

LA LEGITIMITE DE LA JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

Marc VERDUSSEN

Professeur à l'Université de Louvain (UCLouvain)

Co-directeur du Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution (CRECO)

La légitimité est à ranger parmi les notions les plus complexes auxquelles sont confrontées les sciences humaines. N'est-elle pas diversement appréhendée selon les disciplines scientifiques qui, chacune, distinguent différentes formes de légitimité¹ ? Il nous paraît donc essentiel de fixer dès l'entame de ce texte la manière dont la notion de légitimité est ici envisagée. Dans notre ouvrage *Justice constitutionnelle*², nous avons exprimé une triple conviction.

Primo. La question de la légitimité d'une institution publique ne saurait, de notre point de vue, être ramenée à la question purement factuelle – donc contingente – de la perception qu'en a le peuple et, plus précisément, à l'étendue du consensus que cette institution recueille. Le danger d'un tel paramètre réside en ceci qu'une règle de droit ne peut être considérée comme acceptée que si « les gouvernés, dans la collectivité qu'ils forment, en perçoivent la justesse, en faisant abstraction de leur situation individuelle et particulière », et pas « si chacun l'apprécie au regard de son intérêt propre, voire de son efficacité à servir celui-ci, et ne regarde que ses prérogatives sans s'interroger sur ses obligations »³. L'adhésion du peuple est assurément un élément à prendre en considération, mais il ne saurait épuiser à lui seul la question de la légitimité.

Deuxio. L'efficacité est parfois confondue avec la légitimité, les deux notions entretenant des rapports ambigus. Un arrêt ou un jugement est efficace notamment si, dans un souci de cohésion sociale, il ajuste, autant que faire se peut, l'atteinte qu'un constat d'inconstitutionnalité porte inévitablement à l'ordre juridique. Des techniques ont été mises à la disposition des juridictions constitutionnelles, voire imaginées par elles, qui leur permettent de rencontrer une telle préoccupation. Certaines techniques consistent en une modalisation normative du dispositif de jugement, tel le procédé de l'interprétation 'conciliante' ou 'neutralisante', qui vise à sauvegarder la loi querellée par une lecture qui la rend conforme à la Constitution. D'autres techniques procèdent à une modalisation temporelle du dispositif de jugement. Il s'agit ici pour les juges constitutionnels de maîtriser le temps. Ils peuvent suspendre *in limine litis* la norme attaquée, voire constater immédiatement son inconstitutionnalité manifeste. Ils peuvent différer l'annulation de la norme inconstitutionnelle. Ils peuvent encore neutraliser les effets rétroactifs de l'annulation. Bref, ils gèrent le présent, rapprochent le futur et réconcilient le passé et l'avenir. L'ambiguïté des rapports entre efficacité et légitimité gît en ceci que les techniques évoquées ici n'ont pas pour seul enjeu l'intégrité de l'ordre juridique, mais procèdent aussi du souci de construire avec les élus du peuple une relation équilibrée et respectueuse des responsabilités des uns et des autres. Or, on y reviendra, la capacité des juges constitutionnels de contribuer à cet équilibre est un incontestable vecteur de légitimité.

¹ Voy. par exemple, sur les trois concepts – juridique, sociologique et moral – de légitimité, R.H. FALLON, « Legitimacy and the Constitution », *Harv. L. Rev.*, vol. 118, 2005, pp. 1794-1801.

² M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2024, pp. 27-29.

³ S. BRACONNIER, *Un monde sans droit ?*, La Tour d'Aigues, L'Aube, 2023, p. 46.

Tertio. La question de la légitimité d'une institution publique ne se confond pas non plus avec celle de sa légalité⁴. Se déplacer du pôle de la légalité à celui de la légitimité, c'est se transporter de l'ordre normatif à la sphère axiologique. Car la légitimité renvoie à un rapport de conformité, non plus avec des règles juridiques, mais avec des « valeurs fondatrices »⁵, constitutives d'une « dimension extra-juridique de l'expérience humaine »⁶. Quelles valeurs ? De notre point de vue – c'est là un choix épistémologique –, **c'est par référence à la démocratie et aux valeurs qui l'incarnent – l'autonomie collective du peuple et l'égalité des citoyens⁷ – que le problème doit être envisagé. Nous envisageons donc la question de la légitimité de la justice constitutionnelle comme étant la question de sa légitimité démocratique et donc de sa place dans la démocratie.** On comprend ainsi qu'elle mobilise les constitutionnalistes, mais aussi les spécialistes d'autres disciplines scientifiques (philosophie politique, science politique...).

Derrière la question de la légitimité démocratique, se profile, en Belgique comme ailleurs, le spectre du 'gouvernement des juges', lié lui-même à l'inéluctable faillibilité de l'être humain. Comment peut-on éviter que l'arbitraire *de la loi* laisse la place à l'arbitraire *des juges de la loi* ? Comment peut-on se garder de « remplacer le culte de la loi, souverain déchu, par celui de la Constitution dans l'empressement suspect qui entoure le nouveau prince »⁸ ?

Par le contrôle qu'ils exercent sur les lois et par l'interprétation qu'ils procurent à la Constitution, qui laisse très ouvertes de nombreuses questions, les juges constitutionnels assument une fonction qui, à maints égards, est politique. Une juridiction constitutionnelle n'est pas un organe du processus politique qui serait électoralement responsable, mais elle est impliquée dans le processus politique dans le sens où elle participe à l'élaboration des politiques publiques⁹. Forte de son expertise sur la Cour constitutionnelle fédérale allemande, Aurore Gaillet a bien montré que les questions de nature politique qu'il est demandé aux juges constitutionnels de trancher mettent en relief « l'épaisseur politique » du droit constitutionnel et « le caractère illusoire de la séparation entre droit constitutionnel et politique »¹⁰. Le caractère ambivalent de la justice constitutionnelle plonge d'ailleurs dans un abîme de perplexité le juriste soucieux de localiser dans l'architecture des pouvoirs les organes qui l'exercent.

Certes, le risque d'un 'gouvernement des juges' ne se limite pas aux seuls juges constitutionnels. Tous les juges font de la politique. Plus précisément, tous les juges « contribuent à l'établissement et au maintien d'un ordre politique, c'est-à-dire d'un ensemble structuré de valeurs, de principes et

⁴ On concèdera cependant que le fondement constitutionnel d'une juridiction constitutionnelle ne détermine pas seulement la validité juridique des décisions qu'elle rend, mais il contribue aussi au caractère démocratique de celles-ci dès le moment où l'habilitation à exercer ses attributions est conférée à la juridiction par une Constitution démocratique (quand bien même ses membres seraient désignés sur une base méritocratique) : H. LANDEMORÉ, *Open Democracy – Reinventing Popular Rule for the Twenty-First Century*, Princeton University Press, 2020, p. 108.

⁵ B. KRIEGEL, « Le principe de légitimité », in *L'avenir du droit – Mélanges en hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, 1999, p. 47.

⁶ S. GOYARD-FABRE, « Légitimité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 929.

⁷ P. GÉRARD, *Droit et démocratie – Réflexions sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1995, p. 112.

⁸ J.-C. SCHOLSEM, « Droit constitutionnel, branches du droit et droit des affaires », in *Liber Amicorum Commission Droit et Vie des Affaires*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 205.

⁹ J. CHOPER, « The Supreme Court and the Political Branches: Democratic Theory and Practice », *U. Pa. L. Rev.*, vol. 122, 1974, p. 855.

¹⁰ A. GAILLET, *La Cour constitutionnelle fédérale allemande – Reconstruire une démocratie par le droit (1945-1961)*, Paris, La Mémoire du Droit, 2021, pp. 456-457.

d'intérêts par lesquels s'exercent la domination politique »¹¹. Walter van Gerven ne parlait-il pas d'une « politique des juges »¹² ? Il n'en demeure pas moins que la Cour constitutionnelle occupe dans l'espace politique une place sensiblement différente des autres juridictions, qui tient à la fois à ses origines, à ses attributions et à la méthodologie de ses jugements. Ce point mériterait d'amples développements. Relevons simplement qu'une juridiction constitutionnelle est confrontée « à des valeurs qui ont été définies par le constituant, certes, mais qui ne peuvent s'interpréter de manière purement synchronique précisément parce qu'en tant que normes supérieures et fondatrices elles ont aussi pour vocation de s'inscrire dans une certaine historicité »¹³.

Pour démontrer la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle, il ne suffit pas de rappeler que la Constitution est, comme la loi, le produit d'une volonté démocratique et d'ajouter que cette volonté démocratique prime nécessairement sur les volontés contingentes du législateur. La question de la légitimité démocratique de la justice constitutionnelle est bien celle de la légitimité de l'institution ou des institutions qui en sont chargées.

De notre point de vue toujours, la légitimité démocratique d'une juridiction constitutionnelle peut se mesurer à l'aptitude qui est la sienne, et dans les limites de son statut, à favoriser l'implication de tous les membres de la société civile dans l'espace public politique et, partant, à promouvoir une citoyenneté politique active et égalitaire, tout en veillant à construire avec les assemblées parlementaires une relation équilibrée et respectueuse des responsabilités des uns et des autres. Tout élément organique ou fonctionnel qui peut contribuer, peu ou prou, à cette dynamique d'intelligence collective dans la construction d'un bien commun nous paraît être un vecteur de légitimation démocratique de l'institution.

*

I. L'ÉTAT DE LA PENSÉE SUR LA LÉGITIMITÉ DU JUGE CONSTITUTIONNEL

¹¹ L. DUMOULIN, « Les juges sont-ils des décideurs politiques ? Libres propos sur ce qui apparaît comme un oxymore, mais n'en est peut-être pas un ... », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? – Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 79.

¹² W. VAN GERVEN, *Het beleid van de rechter*, Gand, Standaard Wetenschappelijk Uitgeverij, 1973. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et J. VAN MEERBEECK, « La 'Politique du juge', Anno 2017. À la recherche de nouveaux cadres de légitimation de la fonction de juger », in *De magistrat en de professor – Hulde aan Walter van Gerven / Le magistrat et le professeur – Hommage à Walter van Gerven*, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 165-186. Voy. égal. G. GRANDJEAN, *Pouvoir politique et audace des juges – Approche européenne et comparée*, Bruxelles, Bruylant, 2018, spéc. pp. 23-51.

¹³ M.-F. RIGAUX, « Légitimité et incomplétude de la justice constitutionnelle », in *Droit constitutionnel et démocratie : de la nation l'Europe – Dialogues avec Hugues Dumont*, Bruxelles, Larcier-Intersentia, 2025, p. 1101.

Si la question de la légitimité du juge constitutionnel fait l'objet de développements théoriques, parfois fort substantiels, en dehors des frontières de la Belgique, elle a été moins investie par la doctrine belge¹⁴. L'auteur du présent rapport y a consacré plusieurs écrits¹⁵ et s'en inspire ici partiellement.

On peut s'étonner de l'intérêt très relatif de la doctrine pour cette question. En effet, la Cour constitutionnelle est née par une sorte de fatalisme, mais sous le regard suspicieux de certains élus, qui redoutaient de voir émerger une juridiction constitutionnelle trop puissante et donc incommode pour la classe politique. Comme l'a très justement observé Paul Martens, ancien président de la Cour constitutionnelle, celle-ci « ne s'est pas, comme dans d'autres pays d'Europe, créée dans l'enthousiasme de l'après-guerre ou dans les clameurs d'une révolution » et « elle ne s'est pas entourée d'un discours lyrique comparable à celui qui a accompagné les cours créées au lendemain du fascisme ou le jour même de l'abolition du communisme »¹⁶. Par ailleurs, la Cour a pris des initiatives pour étendre son contrôle au-delà des limites qui lui étaient formellement imparties – le cadre constitutionnel de référence –, succombant ainsi à une tentation que le même Paul Martens a qualifiée de « totalitaire »¹⁷ et Jean-Claude Scholsem de « boulimique »¹⁸.

Une juste compréhension des éléments contribuant à la légitimité de la Cour constitutionnelle belge nécessite, selon nous, quelques mots d'explication sur son origine.

Lorsqu'en 1980, la Belgique s'est décidée à instaurer un contrôle de constitutionnalité des lois, deux solutions s'offraient à elles : le modèle déconcentré et le modèle concentré. La question fit l'objet de discussions scientifiques. En 1971, un important colloque fut organisé sur le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois¹⁹. Dans une étude prémonitoire, Paul De Visscher et Francis Delpérée lancèrent un plaidoyer en faveur de la création d'une juridiction constitutionnelle en Belgique²⁰. En confiant une mission nouvelle à une institution nouvelle, écrivaient-ils, « la formule a l'avantage de ne

¹⁴ Voy. not. A. ALEN et S. FEYEN, « De legitimiteit van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat », in *Liber Amicorum René Foqué*, Bruxelles, Larcier, Boom Juridische Uitgevers, 2011, pp. 3-10 ; J. DE JAEGERE, « Inclusiviteit als deliberatieve bouwsteen van legitimiteit : een empirische analyse van het Belgische Grondwettelijk Hof », *T.B.P.*, 2015, pp. 194-215 ; J. DELVA « Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité », in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, t. 1^{er}, pp. 107-139 ; H. DUMONT et M. EL BERHOUMI, *Droit constitutionnel – Approche critique et interdisciplinaire*, t. 1, *L'État*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 239-246 ; T. MERCKX-VAN GOEY et D. KEYAERTS, « De legitimiteit van het Grondwettelijk Hof op microniveau : het pad van een generationaliseerde besluitvorming », in *Libertés, (l)égalité, humanité – Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 521-537 ; T. MOONEN, *De keuzes van het Grondwettelijk Hof – Argumenten bij de interpretatie van de Grondwet*, Bruges, die Keure, 2015, pp. 211-287 ; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 405-410 ; M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 1083-1104.

¹⁵ M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004 ; ID., « Un procès constitutionnel légitime », in *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, *op. cit.*, pp. 473-486 ; ID., « La Cour constitutionnelle de Belgique : une juridiction politique ? », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *op. cit.*, pp. 325-345 ; ID., « La Cour constitutionnelle dans l'espace politique : tiers pouvoir et contre-pouvoir », in M. CADELLI et J. ENGLEBERT (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, Association syndicale des magistrats, 2020, pp. 97-117 ; ID., *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, spéc. pp. 26-39 ; ID., « La légitimité du contrôle de constitutionnalité des lois », in *Droit constitutionnel et démocratie : de la nation l'Europe...*, *op. cit.*, pp. 1063-1082.

¹⁶ P. MARTENS, « Le métier de juge constitutionnel », in *La saisine du juge constitutionnel – Aspects de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 26.

¹⁷ *Ibid.*, p. 34.

¹⁸ J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. ULB.*, n° 20, 1999, p. 237.

¹⁹ FACULTE DE DROIT DE L'UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN, *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Travaux des sixièmes Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1973.

²⁰ P. DE VISSCHER et F. DELPEREE, « Pour une juridiction constitutionnelle en Belgique », in *ibid.*, pp. 241-296.

déranger en rien l'ordre constitutionnel existant, et spécialement le mode de répartition des compétences entre les juridictions judiciaires et administratives »²¹. Ce texte fut le point de départ de débats doctrinaux nourris, la plus haute magistrature n'hésitant pas à se lancer dans l'arène, à coups de mercuriales et autres discours de rentrée²². Les opinions étaient disparates : mise en cause du principe même d'un contrôle de constitutionnalité des lois, plaidoyer en faveur d'un contrôle de constitutionnalité des lois déconcentré au profit des cours et tribunaux, mise en évidence des vertus des modes préventifs de contrôle de constitutionnalité, formulation de diverses propositions de contrôle concentré de constitutionnalité des lois, etc.

Le fédéralisme a été déterminant dans le choix, non seulement d'un contrôle de constitutionnalité des lois, mais également d'un contrôle organisé selon le modèle concentré de justice constitutionnelle²³. L'émergence du fédéralisme a rendu inéluctable l'aménagement d'un contrôle de constitutionnalité des lois, tant fédérales que fédérées, destiné à vérifier que nul législateur n'outrepasse les limites de ses pouvoirs. C'est donc « l'idée de régulation des compétences » qui a permis « de vaincre la tradition légicentriste en Belgique »²⁴. L'émergence du fédéralisme, et spécialement d'un fédéralisme bipolaire, a convaincu les esprits de la nécessité d'opter pour le modèle concentré, en instaurant une juridiction spécifique, composée sur un mode linguistiquement paritaire.

La Cour constitutionnelle a donc été créée « par l'effet d'un pragmatisme résigné, plutôt que dans l'emportement d'une utopie romantique »²⁵. Elle ne s'est pas imposée « pour des raisons de théorie ou de logique juridique », mais plutôt « pour des nécessités pratiques » liées au développement du fédéralisme belge²⁶. Comme l'a très judicieusement relevé le professeur Louis Favoreu, elle « s'est construite de manière empirique, en tenant compte des nécessités et des particularités du système politique et juridique belge »²⁷. De ce point de vue, la Cour est unique en son genre, comme l'est par ailleurs toute juridiction constitutionnelle.

Sur la question de sa légitimité, il serait scientifiquement douteux de prétendre dégager des tendances communes qui seraient partagées par les auteurs cités ci-avant. Nous nous limiterons à deux constats.

Tout d'abord, la majorité des études ont été rédigées sous la plume de juges et de référendaires de la Cour constitutionnelle, ce qui n'est évidemment pas damnable, mais suscite quelques interrogations liées à la question de la production de leur propre doctrine par les acteurs de la justice constitutionnelle (secret des délibérés, absence d'opinions individuelles, devoir d'impartialité objective, neutralité...) ²⁸

²¹ *Ibid.*, p. 277.

²² Voy. les sources citées par F. DELPEREE et F. TULKENS, « La création de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 19-23 et 24-30.

²³ Dans tous les États fédéraux, le fédéralisme a aussi des impacts sur le mode de composition de la juridiction constitutionnelle, sur ses attributions ou encore sur ses modes de saisine : voy. M. VERDUSSEN, *Constitutional Justice in the Federal States of Europe*, in F. MATHIEU, D. GUÉNETTE et A.-G. GAGNON (eds), *Comparative Federalism – A Pluralist Exploration*, Springer/Palgrave Macmillan, 2024, pp. 149-164.

²⁴ C. GREWE et H. RUIZ FABRI, *Droits constitutionnels européens*, Paris, P.U.F., 1995, p. 75.

²⁵ P. MARTENS, « La Cour de cassation, la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges », *J.T.*, 2007, p. 654.

²⁶ F. DELPEREE et F. TULKENS, *op. cit.*, pp. 40-41.

²⁷ L. FAVOREU, « La Cour d'arbitrage vue de l'étranger », in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 324.

²⁸ Voy. A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Juges constitutionnels et doctrine. Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2014, vol. XXX, spéc. pp. 237-238 et 240-242 ; M. VERDUSSEN, « The Wasp and the Orchid: Constitutional Justice and Legal Scholarship Need Each Other », in V. BARSOTTI, P.G. CAROZZA, M. CARTABIA et A. SIMONCINI (eds), *Dialogues on Italian Constitutional Justice: A Comparative Perspective*, Torino, Giappichelli, London, Routledge, 2020, spéc. pp. 47-49.

Ensuite, si la légitimité de la Cour constitutionnelle est questionnée, il n'est plus aucun auteur pour contester l'existence de la Cour et surtout le monopole réservé à cette dernière dans le contrôle de constitutionnalité des normes législatives. Certes, des doutes ont pu subsister dans certains esprits, en raison du caractère spécialisé du contrôle de constitutionnalité exercé par la juridiction constitutionnelle. Cependant, la question ne souffre plus la moindre ambiguïté depuis la révision en 1988 de l'article 142 de la Constitution, qui octroie au législateur spécial la possibilité d'étendre la compétence de la Cour à l'ensemble du texte constitutionnel. La voie ainsi tracée vers un contrôle concentré global de constitutionnalité des lois met un point final à une controverse qui a agité la doctrine pendant plusieurs années.

II. LES ELEMENTS DE LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

La question de la légitimité de la justice constitutionnelle ne s'accommode pas d'une seule réponse. Les réponses imaginées – ou imaginables – pour concilier la démocratie et le constitutionnalisme, et partant pour asseoir la légitimité de la justice constitutionnelle, sont plurielles, et pas nécessairement exclusives l'une de l'autre. On peut les englober sous deux approches différentes et complémentaires : une approche organique et une approche fonctionnelle et procédurale.

1. L'approche organique

L'approche organique tient, pour l'essentiel, aux conditions et aux modalités de désignation de celles et ceux qui exercent la justice constitutionnelle. Comme l'écrivait Louis Favoreu, « la composition des juridictions constitutionnelles conditionne la légitimité de la justice constitutionnelle » et « la recherche de la légitimité impose un certain type de composition des juridictions constitutionnelles »²⁹. Celles-ci, poursuit-il, doivent être composées de manière à donner « le sentiment aux principales forces politiques et, parfois, aux composantes de la population, que l'on peut leur faire confiance »³⁰. Ceci ne signifie en aucune manière que les juridictions constitutionnelles auraient vocation à être représentatives³¹.

En Belgique, la question de la composition de la Cour constitutionnelle donne lieu, ces dernières années, à de sensibles discussions. En 2021, à l'occasion du dépôt sur le bureau du Sénat de plusieurs propositions de lois modifiant la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle (LSCC)³², la Commission des Affaires institutionnelles a organisé plusieurs auditions de magistrats et d'universitaires. En 2023, sous la direction scientifique de Aurore Gaillet et Marc Verdussen, un colloque international a été organisé à Bruxelles par l'Académie royale de Belgique sur le thème : 'La composition des cours constitutionnelles, enjeu du constitutionnalisme du XXI^e siècle'. En 2024, une proposition modifiant la LSCC a été déposée sur le bureau de la Chambre des représentants 'en ce qui concerne la composition

²⁹ L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, p. 571.

³⁰ L. FAVOREU, « Cours suprêmes et Cours constitutionnelles », in L. CADIEU (dir.), *Dictionnaire de la justice*, Paris, P.U.F., 2004, p. 279.

³¹ M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 1094-1095.

³² *Doc. parl.*, Sénat, 2019-2020, n° 7-73/1, n°s 7-138/1 et 7-166/1.

de la Cour et les conditions pour pouvoir être nommé juge³³, ce qui a amené la Commission de la Constitution et du Renouveau institutionnel à solliciter l'expertise de plusieurs universitaires.

Les discussions concernent à titre principal trois règles³⁴.

Six des douze juges sont des juristes de profession. Ils sont nommés parmi les candidats pouvant attester qu'ils ont, pendant au moins cinq ans, occupé une de ces fonctions : conseiller, procureur général, premier avocat général ou avocat général à la Cour de cassation ou conseiller d'État ou auditeur général, auditeur général adjoint ou premier auditeur ou premier référendaire au Conseil d'État (première fonction) ; professeur ordinaire, professeur extraordinaire, professeur ou professeur associé de droit dans une université belge (deuxième fonction) ; référendaire à la Cour constitutionnelle (troisième fonction). Dans les faits, les trois fonctions ne sont pas représentées à parts égales et, de plus, les lignes qui les séparent sont poreuses, un juge pouvant être nommé en qualité de conseiller d'État tout en ayant enseigné à l'université, par exemple. Sur les six juges relevant de cette catégorie, la Cour constitutionnelle doit comprendre au moins un juge de chacune de ces trois fonctions.

La limitation de la catégorie des juges-juristes à ces seules professions pose question³⁵. Un élargissement à d'autres catégories (avocats, juges issus d'autres juridictions...) contribuerait à favoriser une diversité des approches juridiques au sein de la Cour.

Les six autres juges sont d'anciens parlementaires. Ils peuvent être juristes de formation, mais le législateur ne l'impose pas. Ils sont nommés parmi les candidats pouvant attester qu'ils ont, pendant cinq ans au moins, été membres du Sénat, de la Chambre des représentants ou d'un Parlement de région ou de communauté. La présence d'anciens parlementaires au sein de la Cour constitutionnelle ne constitue pas une spécificité de la justice constitutionnelle belge. L'originalité de la législation belge consiste plutôt en ce que, d'une part, elle impose cette représentation politique à concurrence de la moitié du nombre de ses juges et, d'autre part, elle ne requiert aucune qualification juridique pour être nommé en qualité d'ancien parlementaire. Ce dernier aspect de la loi fut vivement critiqué au moment de son adoption en ce qu'il s'écartait du schéma adopté par la plupart des États européens³⁶.

La règle relative à la présence d'anciens parlementaires est discutable. Elle suscite deux débats qu'il convient de ne pas amalgamer.

Le premier débat concerne l'obligation de réserver la moitié des sièges à d'anciens élus. Est-ce à dire que la présence d'anciens parlementaires doit être exclue ? Loin s'en faut. Ils « connaissent la réalité

³³ *Doc. parl.*, Ch. repr., S.E. 2024, n° 56-200/1.

³⁴ Le 18 juillet 2025, le Conseil des ministres a approuvé un avant-projet de loi modifiant les conditions de nomination des juges de la Cour constitutionnelle. Cet avant-projet, qui modifie en partie les règles actuellement applicables, a été transmis pour avis à la section de législation du Conseil d'Etat.

³⁵ A. ALEN, « Kanttekeningen bij de samenstelling en de werking van het Grondwettelijk Hof », in *De Grondwet en Jan Velaers – IV. Een vriendschapsgewijze commentaar*, Bruges, die Keure, 2022, pp. 375-376 ; M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 315-316.

³⁶ *Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, n° 246/2, p. 145 ; *Ann. parl.*, Sénat, 1981-1982, pp. 1779 et 1905 ; *Ann. parl.*, Ch. repr., 1982-1983, p. 2454.

qui se cache derrière une loi »³⁷. Ils connaissent, plus précisément, les enjeux axiologiques dont les lois sont traversées. Dans un monde de plus en plus pluraliste, les conflits de valeurs vont croissant et les parlementaires sont les premiers à y être confrontés. Ils peuvent aussi mesurer les conséquences qu'une annulation ou un constat d'inconstitutionnalité est de nature à entraîner pour la collectivité. La Cour constitutionnelle a d'ailleurs pu bénéficier, à plusieurs reprises, de la participation précieuse d'anciens parlementaires, qui ont su tirer profit de leur expérience tout en acceptant de se reconvertir dans une fonction d'autant plus inhabituelle pour eux qu'ils n'étaient pas nécessairement juristes. Par conséquent, la qualité d'ancien parlementaire doit demeurer une voie d'accès à la Cour. En revanche, il ne se justifie pas que la moitié des sièges soit réservée à d'anciens élus nommés en cette qualité. N'est-il pas troublant pour le citoyen de constater que la loi est jugée – pour moitié ! – par ceux-là même qui l'ont créée ? Une telle confusion est de nature à compromettre l'impartialité objective de la Cour constitutionnelle dans son ensemble et donc sa légitimité. Surtout, elle accrédite l'idée qu'une juridiction constitutionnelle aurait vocation à être une troisième chambre législative. Cette idée est incompatible avec le rôle de 'tiers pouvoir' qu'on est en droit d'attendre de toute juridiction constitutionnelle.

L'arrêt rendu en Grande chambre le 1^{er} décembre 2020 par la Cour européenne des droits de l'homme³⁸ peut difficilement être interprété comme remettant en cause la présence de juges non professionnels, donc non-juristes, au sein des juridictions constitutionnelles, la Cour européenne admettant « que les juges non professionnels peuvent être soumis à des critères de sélection différents »³⁹. En revanche, il nous paraît que réserver la moitié des sièges de la Cour à d'anciens parlementaires peut compromettre la préoccupation des juges européens de voir nommés les candidats les plus méritants (au regard de leurs compétences professionnelles et de leur intégrité morale). Par-là, il ne s'agit pas d'affirmer que les mérites d'un ancien parlementaire ne pourraient jamais justifier sa nomination. Loin s'en faut. Il s'agit plutôt de souligner que le 'quota' garantissant la moitié des sièges à d'anciens parlementaires introduit un biais faussant une comparaison objective des candidats potentiels à la fonction de juge constitutionnel. De manière plus générale, l'arrêt plaide en faveur d'une plus grande diversification du 'réservoir' de candidats potentiels.

Le second débat touche à la possibilité que puissent accéder à la Cour constitutionnelle des personnes dépourvues de formation en droit. Une juridiction constitutionnelle utilise un langage juridique au service de raisonnements juridiques. Les juges dépourvus de formation en droit n'échappent pas à cette contrainte. Qu'ils soient conscients de la nécessité de se départir du discours partisan propre à la fonction parlementaire, cela ne fait aucun doute. De là à ce que, du jour au lendemain, ils puissent acquérir une maîtrise suffisante des exigences de la dialectique juridique, on peine à le croire. Faut-il rappeler ici qu'un diplôme en sciences juridiques s'acquiert après cinq années de formation universitaire ? Certes, la fonction de juger ne se réduit plus au maniement du syllogisme judiciaire. Le juge n'est plus simplement « la bouche de la loi ». La modernité l'a élevé au rang d'un créateur. Il lui revient de pondérer les intérêts en présence, de concilier les valeurs en conflit et de répartir les droits en jeu. Le « juge-arbitre » s'est mué en un « juge-entraîneur » et même en un « juge-médiateur »⁴⁰.

³⁷ T. GIET et G. ROSOUX, « Du rôle intrinsèquement politique du juge constitutionnel belge. Brèves réflexions sur un lieu commun », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *op. cit.*, p. 289.

³⁸ Cour eur. D.H. (Gr. ch.), arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1er décembre 2020.

³⁹ § 222.

⁴⁰ F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 103-107.

Mais il n'en demeure pas moins un juge, avec les aptitudes particulières que cet office suppose. On ajoutera que les référendaires, qui assistent les juges de la Cour constitutionnelle dans l'exercice de leur mission, sont eux nommés au terme d'un concours très sélectif. La situation nous paraît plus problématique qu'au moment de la création de la Cour constitutionnelle. Pour diverses raisons, le contentieux constitutionnel est devenu juridiquement de plus en plus complexe. La Cour « développe des jurisprudences sophistiquées à haute teneur juridique »⁴¹. Le '*core business*' de nos juges constitutionnels, ce ne sont plus uniquement les questions institutionnelles, ce sont aussi – et surtout – les droits fondamentaux. Et le contrôle du respect de ces droits contraint les juges à plonger dans les arcanes de toutes les disciplines juridiques, à imaginer des décisions éminemment subtiles et à garantir une concordance optimale avec le droit européen. Qui plus est, sur le fondement de ces droits, la Cour est de plus en plus saisie de questions très concrètes qui l'obligent à contrôler, non pas la loi comme telle (macro-constitutionnalité), mais la loi en tant qu'elle s'applique à une situation particulière, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi (micro-constitutionnalité). En conséquence, il nous paraît que tous les juges composant la Cour constitutionnelle devraient pouvoir attester de la délivrance d'un diplôme en droit, en ce compris les anciens parlementaires⁴². Il est heureux qu'à ce jour, cinq sur les six le soient.

Six juges sont d'expression française et six juges sont d'expression néerlandaise. Aussi originale soit-elle⁴³, la règle ne souffre aucune contestation possible. De toute évidence, l'aménagement juridique de l'État fédéral belge porte la marque d'une profonde bipolarité, de telle sorte que les institutions fédérales sont organisées en fonction de celle-ci⁴⁴.

La règle de la parité linguistique de la Cour constitutionnelle est une illustration particulière d'un constat général : la composition d'une juridiction constitutionnelle doit être adaptée aux spécificités des attributions qui lui sont confiées. À l'origine, la composition linguistiquement paritaire de la Cour était justifiée par les singularités de ses compétences, alors limitées au seul contrôle du respect par les législateurs des règles de partage des compétences. Francis Delpérée écrivait ainsi que, dans la mesure où la Cour « est appelée à procéder à l'examen des litiges qui peuvent opposer deux communautés, la française et la flamande, elle ne doit pas prêter le flanc à la critique de partialité que pourrait lui valoir une composition déséquilibrée »⁴⁵. Depuis, les compétences de la Cour ont sensiblement évolué. Désormais, comme nous l'avons souligné ci-avant, la toute grande majorité des arrêts sont fondés, non plus sur les règles de partage des compétences, mais sur les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. La parité linguistique de la Cour n'en reste pas moins justifiable, le contentieux des droits constitutionnels étant, moins que jamais, à l'abri des clivages communautaires.

Pourtant, le 2 août 2022, une proposition de loi spéciale modifiant la LSCC a été déposée sur le bureau de la Chambre des représentants qui entend, entre autres modifications, augmenter d'une unité le

⁴¹ F. DELPÉRÉE, *Dictionnaire constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2023, p. 138.

⁴² Voy. égal. A. ALEN, « Kanttekeningen bij de samenstelling en de werking van het Grondwettelijk Hof », *op. cit.*, pp. 367-375.

⁴³ L. FAVOREU, « La Cour d'arbitrage vue de l'étranger », *op. cit.*, p. 328.

⁴⁴ Si la Belgique se compose de trois régions et de trois communautés, un examen pragmatique de la situation permet de constater qu'en surplomb, les intérêts de ces diverses collectivités se cristallisent autour d'un clivage profond entre deux pôles, l'un flamand, l'autre francophone. Le constat de la bipolarité n'est pas seulement sociologique. En effet, de toute évidence, l'aménagement juridique de l'État fédéral belge porte la marque de cette bipolarité, les institutions fédérales étant organisées en fonction de celle-ci. Voy. 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 ?*, Peter Lang, 2011, pp. 211-225.

⁴⁵ F. DELPÉRÉE, « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ? », *Les Cahiers de droit*, vol. 26, 1985, p. 211.

nombre de juges d'expression néerlandaise et, partant, réduire d'une unité le nombre de juges d'expression française⁴⁶. Dans l'avis n° 72.316/AG donné le 10 mars 2023, la section de législation du Conseil d'État, se retranchant derrière une interprétation étroitement textuelle de la Constitution, considère qu'une rupture de la parité linguistique dans la composition de la Cour, non seulement ne heurte aucune coutume constitutionnelle ni aucun principe général à valeur constitutionnelle, mais en outre ne s'écarte d'aucun choix du Constituant (§ 3.1).

2. L'approche fonctionnelle et procédurale

Aussi inévitable soit-elle, l'approche organique est insuffisante. De manière générale, « les décisions politiques et juridictionnelles ne peuvent plus trouver une légitimité durable si elles se fondent sur le seul argument d'autorité d'un pouvoir »⁴⁷. Toute réflexion sur la légitimation d'une institution doit prolonger l'approche organique par une approche fonctionnelle et procédurale. Il s'agit de dépasser la question de la composition de la juridiction constitutionnelle et d'aborder celle de l'action des juges constitutionnels, qui sera d'autant plus légitime qu'ils acceptent de se soumettre à des exigences opératoires. En cela, comme le souligne très bien Julien Bonnet, « la notion de 'gouvernement des juges' se révèle paradoxalement utile, non pas en raison de sa capacité explicative qui est réduite, mais pour les craintes qu'elle suscite et les réactions qu'elle engendre sur le comportement des juges qui restent conscients de la fragilité de leur place et de la nécessité de manier avec prudence et responsabilité leur puissance publique »⁴⁸.

a. Légitimité fonctionnelle et procédurale et garanties d'un procès équitable

La légitimité fonctionnelle et procédurale se nourrit du respect de garanties qui, pour l'essentiel, sont tirées du droit de chaque justiciable à un procès équitable.

Les garanties du procès équitable sont fonctionnelles : une fois désignés, les juges doivent préserver leur impartialité, tant objective que subjective, dans le cadre d'une juridiction qui doit demeurer indépendante. Le respect du droit à « un tribunal indépendant et impartial », au sens de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, est garanti dans la LSCC par un assortiment de règles qui concernent tout autant l'autonomie organisationnelle et financière de l'institution que la désignation et le statut de ses membres⁴⁹.

Les garanties du procès équitable sont aussi procédurales : un large accès au prétoire des juges, des échanges d'arguments respectueux du contradictoire et de l'égalité des armes, des audiences publiques, des délibérés collégiaux, des décisions suffisamment motivées en la forme, etc. En trois mots, il s'agit d'*accueillir*, d'*écouter* et de *justifier*. En un mot, il s'agit de *procéduraliser*. De prendre acte qu'une procéduralisation bien comprise ne se limite pas à une modalisation procédurale du

⁴⁶ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2021-2022, n° 55-2850/1.

⁴⁷ P. COPPENS, « Objectivité et légitimité des décisions constitutionnelles », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 72.

⁴⁸ J. BONNET, « Peut-on parler d'un gouvernement des juges sous la V^e République ? », in P. BLACHER (dir.), *La Constitution de la V^e République – 60 ans d'application (1958-2018)*, Paris, L.G.D.J., 2018, p. 601.

⁴⁹ Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 328-337.

discours d'adoption et de justification des normes, mais s'étend à une modalisation procédurale du discours d'application de ces mêmes normes⁵⁰.

Tant la procédure organisée par la LSCC que la manière dont cette procédure est mise en œuvre par la Cour constitutionnelle, non seulement accentuent son caractère juridictionnel, mais renforcent sa légitimité. Il faut s'en réjouir. Si toute décision juridictionnelle représente une « brisure de la chaîne argumentative », celle-ci n'en est pas moins « le préalable nécessaire à la légitimité même de la décision juridictionnelle »⁵¹. La phase argumentative concourt à cette légitimité à mesure qu'elle respecte certaines exigences procédurales, qui s'imposent avec d'autant plus de vigueur dans les contentieux où le juge est confronté à des notions larges et imprécises, qui souffrent d'une faible déterminabilité. Sans l'épuiser, le respect du contradictoire devant le juge constitutionnel participe assurément de ce mouvement d'ouverture. La représentation contradictoire d'intérêts individuels dans le procès constitutionnel procède de l'idée que le débat public contradictoire est de nature à atténuer le caractère discrétionnaire et catégorique, voire apparemment arbitraire, des décisions du juge constitutionnel.

Concrètement, la Cour constitutionnelle se montre très soucieuse d'ouvrir largement son prétoire et d'y garantir le respect scrupuleux des exigences du procès équitable. On en donne trois illustrations.

1° De manière générale, la démonstration d'un intérêt à agir, condition de recevabilité dont dépendent en principe tous les recours en annulation est appréciée de manière très souple par la Cour. Celle-ci est particulièrement ouverte à l'égard des recours formés par des associations. Là où les recours initiés par des individus peuvent, à tort ou à raison, paraître dictés par des particularismes égoïstes, les recours des associations sont porteurs d'inquiétudes collectives. Par ailleurs, dans un contexte de recul de l'État social, les recours des associations permettent de garantir les droits de personnes qui peinent à se faire entendre dans l'espace politique. Ils peuvent, en effet, suppléer à l'absence de recours individuels en cas d'atteinte à des droits appartenant à des « personnes qui, isolément, n'auraient pas les ressources d'en rechercher la protection en justice, ou bien qui n'auraient pas un incitant suffisant à le faire »⁵². En accueillant « à bras ouverts » les associations, la Cour constitutionnelle veut faire « entendre la voix des exclus, de ceux qui ne l'ont pas assez forte pour qu'elle soit entendue dans les parlements, de ceux qui composent cette société réelle sur laquelle se penchent les sociologues, plus nombreuse et plus vivante que cette société légale dont s'occupent les juristes »⁵³. En cela, de tels recours contribuent à renouveler la nécessaire articulation entre l'individuel et le collectif et à refonder le lien social. Partant, ils rencontrent, en partie, les griefs relatifs à une dérive individualiste des droits fondamentaux.

2° Le formalisme, inhérent à l'œuvre de justice, ne s'entend pas avec la même intensité d'une juridiction à l'autre, d'un État à l'autre, d'une culture juridique à une autre. S'agissant de la Cour constitutionnelle belge, la manière dont, en règle générale, elle interprète et applique les règles relatives à la procédure devant elle, montre qu'elle est consciente de ce que « la procédure doit être finaliste et non formaliste » et que les juges comme les parties « doivent faire la procédure mais non de la

⁵⁰ J. LENOBLE, *Droit et communication*, Paris, Cerf, 1994, p. 89.

⁵¹ J. LENOBLE et P. COPPENS, « Un pouvoir de résistance », *Juger*, 1992/4, p. 13.

⁵² O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 675.

⁵³ P. MARTENS, « Du danger pour un juriste de lire un sociologue », in *Penser la négociation – Mélanges en hommage à Olgierd Kutu*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 155.

procédure »⁵⁴. Ainsi, elle prend soin de souligner que si « les règles en matière de recevabilité d'une requête tendent à assurer une bonne administration de la justice et à contrer les risques d'insécurité juridique », il n'en est pas moins vrai qu'elle « doit veiller à ne pas appliquer ces règles de manière excessivement formaliste »⁵⁵. Cet état d'esprit de la Cour permet de comprendre qu'elle a été très vite encline à respecter, et même dépasser, les enseignements de la jurisprudence *Ruiz-Mateos* de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux juridictions constitutionnelles⁵⁶.

3° Lorsqu'une juridiction interroge la Cour sur la constitutionnalité d'une norme législative envisagée, non pas de manière abstraite – en ce que la norme a vocation à s'appliquer à toutes les situations qu'elle appréhende abstraitement –, mais de manière concrète – en ce que la norme régit ou s'applique à telle situation concrète –⁵⁷, la Cour, dans la mesure où cela s'impose, apporte à la juridiction la réponse qu'elle attend : à question circonstanciée, réponse circonstanciée. Plutôt que de condamner la norme législative comme telle – elle la tient, au contraire, pour constitutionnelle en soi et elle s'attache même parfois à le démontrer –, la Cour censure l'inconstitutionnalité de cette norme en tant que, et uniquement en tant que, elle s'applique à une situation précise, celle à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Si l'on se place du côté du justiciable, on soulignera qu'une juridiction constitutionnelle qui se contente de fournir une réponse abstraite à une question concrète – donc « une réponse hors sujet »⁵⁸ – porte atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective, qui implique la possibilité concrète de faire valoir ses droits devant un juge. « Dès lors qu'on organise un débat contradictoire qui permet au citoyen d'exprimer le tort que lui cause l'action du législateur et que celui-ci a la faculté de se faire entendre, peut-on immuniser sa production sous prétexte que, légiférant pour tous, il ne peut se préoccuper de chacun ? », s'interroge Paul Martens⁵⁹.

On le voit, la légitimité fonctionnelle et procédurale dépend largement de garanties juridiques que l'autorité politique doit imposer aux juges et auxquelles ces derniers doivent se conformer, mais elle ne se réduit pas pour autant au respect par les juges de contraintes juridiques. Elle est également tributaire des conditions concrètes dans lesquelles les juges sont priés de respecter ces contraintes, ainsi que de l'esprit dans lequel ils s'y plient et de leur capacité à les sublimer. On peut alors parler d'une « éthique de l'agir juridictionnel », selon l'expression de Dominique Rousseau⁶⁰. L'approche procédurale et fonctionnelle renvoie à l'idée qu'une institution est dépositaire de sa légitimité, celle-ci tenant autant à ce que fait l'institution qu'à ce qu'elle est. En somme, la qualité de l'acte de juger est aussi importante, si pas davantage, que la qualité de celles et ceux qui le posent. Par conséquent, si la

⁵⁴ G. DE LEVAL, « La chaîne et le maillon. L'impossible réforme ? », *J.T.*, 2012, p. 30.

⁵⁵ C.C., arrêt n° 48/2012, 22 mars 2012, B.2 ; arrêt n° 44/2015, 23 avril 2015, B.2.2.

⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993. Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 553-564.

⁵⁷ Nous envisageons ici la concrétude du contrôle dans le rapport qui unit la réponse de la Cour constitutionnelle, non pas seulement au litige *a quo* comme tel, mais aux données concrètes de ce litige. En effet, la circonstance que la question préjudicielle émerge dans le cadre d'un litige déterminé confère à la saisine un indéniable caractère concret, puisque la Cour constitutionnelle est saisie d'un problème de constitutionnalité né à l'occasion de l'application d'une norme, et non en marge de son application. Cela étant, si le contexte d'émergence de la question préjudicielle confère à la saisine de la Cour un caractère concret, il ne suffit pas à considérer comme tel le contrôle exercé par la Cour. Saisine concrète et contrôle concret ne sont pas à confondre.

⁵⁸ P. RRAPI, « Le 'contrôle abstrait' de constitutionnalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme*, 2016, n° 9, p. 7.

⁵⁹ P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 448-449.

⁶⁰ D. ROUSSEAU, *Six thèses pour la démocratie continue*, Paris, Odile Jacob, 2022, p. 89.

légitimité n'est pas un donné préalable, elle n'est pas non plus une propriété immuable. Elle s'acquiert, mais elle s'altère aussi. Car, « assumer une position d'autorité suppose désormais d'accepter le fardeau d'une reconstruction permanente »⁶¹. Qu'elle se gagne, se maintienne ou se perde, dans chaque cas, la légitimité « est liée au temps et possède par conséquent une dimension évolutive importante qui en constitue une caractéristique incontournable »⁶². Comme la confiance, elle se mesure et s'éprouve dans le temps long. Elle « doit toujours être perçue comme un problème à résoudre »⁶³.

b. Légitimité fonctionnelle et procédurale et relation avec le législateur

On l'a souligné, la légitimité de la Cour constitutionnelle se mesure aussi à l'aune de sa capacité à construire avec les assemblées parlementaires une relation équilibrée et respectueuse des responsabilités des uns et des autres.

La Cour constitutionnelle rappelle ainsi régulièrement qu'il ne lui appartient pas d'apprécier si une norme ou un ensemble de normes est équitable ou non⁶⁴. Il ne lui appartient pas non plus d'apprécier si une norme législative soumise à son contrôle est opportune ou souhaitable, ce qui relève du pouvoir d'appréciation du législateur⁶⁵, notamment lorsqu'il s'agit « de garantir le respect des libertés et droits fondamentaux »⁶⁶. Lui seul définit souverainement l'objectif ou les objectifs qu'il entend atteindre. Lui seul prend la ou les mesures lui paraissant de nature à y parvenir, en ce compris la définition de l'ampleur des moyens budgétaires qu'il entend consacrer à telle ou telle politique⁶⁷ et la décision de donner aux mesures adoptées un effet immédiat ou de les assortir d'un régime transitoire⁶⁸. Relèvent ainsi du pouvoir d'appréciation du législateur, « les choix sociaux qui doivent être réalisés lors de la collecte et de l'affectation des ressources »⁶⁹.

Il y a plus. La Cour fait fluctuer la marge d'appréciation du législateur selon les domaines où elle s'applique, la plus ou moins grande intensité du contrôle de la Cour étant fonction de la position où elle place son curseur. On lit ainsi dans la jurisprudence que le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation « large » ou « étendu » dans certaines matières – par exemple, en matière socio-économique, fiscale, de pensions, d'allocations de chômage, d'accès à la nationalité belge, de sécurité routière ou d'énergie – ou encore « en raison de la technicité de la matière »⁷⁰. Elle considère que, dans des matières éthiques, « il appartient avant tout au législateur d'apprécier les choix qui doivent être

⁶¹ D. SALAS, *Les 100 mots de la justice*, Paris, P.U.F., 2011, p. 14.

⁶² J. FRÉMONT, « La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation », in *Droit contemporain, Rapports canadiens au Congrès international de droit comparé* (Athènes, 1994), Cowansville, Yvon Blais, 1995, p. 687.

⁶³ H. DUMONT, « La démocratie, moteur des mutations de l'Etat de droit et vice-versa. Points de repère pour penser une relation dialectique équilibrée », in *Semper perseverans – Liber amicorum André Alen*, Bruxelles, Intersentia, 2020, p. 89.

⁶⁴ Not. C.C., arrêt n° 79/2021, 3 juin 2021, B.3.

⁶⁵ Not. C.C., arrêt n° 155/2023, 23 novembre 2023, B.12.3.

⁶⁶ C.C., arrêt n° 203/2019, 19 décembre 2019, B.25.

⁶⁷ Not. C.C., arrêt n° 195/2019, 5 décembre 2019, B.15.2.

⁶⁸ Not. C.C., arrêt n° 5/2020, 16 janvier 2020, B.5.1.

⁶⁹ C.C., arrêt n° 35/2022, 10 mars 2022, B.7.3.

⁷⁰ Voy. les arrêts citée par M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 163-165.

faits »⁷¹. Par ailleurs, on observe que la Cour se montre très soucieuse de respecter la marge d'appréciation du législateur sur le terrain de la répression pénale⁷².

La jurisprudence à géométrie variable de la Cour constitutionnelle sur la marge d'appréciation laissée au législateur est une manifestation, parmi d'autres, d'un souci d'auto-limitation (*'judicial self-restraint'*), posture qui consiste « pour l'organe en question, à s'imposer des limites – du moins en apparence – para-légales dans le seul but de consolider sa légitimité »⁷³. Cela étant, lorsque les juges constitutionnels estiment devoir manifester une déférence particulière à l'égard du législateur, il est indispensable qu'ils la justifient de manière convaincante, en se fondant sur des éléments juridiques, tirés spécialement du droit européen et international mais aussi, prioritairement, de la Constitution et des principes qu'elle consacre ou qui la sous-tendent. La soumission de telle matière au principe de légalité ou le caractère régalien de telle autre matière peuvent ainsi justifier une plus grande latitude accordée au législateur, mais la Cour doit s'y référer et l'argumenter. A défaut, les choix des juges constitutionnels exposent ceux-ci au reproche de privilégier péremptoirement une vision politique particulière de la société (néolibérale, répressive...) et de favoriser arbitrairement la protection des intérêts de catégories déterminées de membres du corps social.

Le caractère équilibré de la relation de la Cour avec le législateur concerne aussi le dispositif des arrêts. Nous avons évoqué au début de cette contribution certaines techniques d'arrêt qui procèdent de cette préoccupation.

Un autre procédé mérite l'attention. L'exercice par la Cour d'un contrôle concret (*voy. supra*) est, selon nous, une autre manière de rencontrer une objection élevée à l'encontre de la légitimité de la justice constitutionnelle : la juridiction constitutionnelle ne ferait que substituer l'opinion de quelques juges à celle de plusieurs dizaines d'élus, représentatifs de l'ensemble de la population. En réalité, 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 une 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 législative. Pour autant, la Cour constitutionnelle ne va pas jusqu'à exiger du législateur que, dans le cadre d'une normativité qui doit rester générale et abstraite, il prenne en compte toutes les situations particulières, lui qui recourt à des catégories – de personnes ou de situations – qui, par la force des choses, sont impuissantes à embrasser la réalité avec précision et dans toutes ses subtilités. Selon les mots de la Cour, le législateur doit pouvoir faire usage de catégories qui, nécessairement, n'appréhendent la diversité des situations qu'avec « un certain degré d'approximation »⁷⁴.

De manière générale⁷⁵, la Cour constitutionnelle est l'institution la mieux placée pour contribuer à un dialogue constitutionnel. Son statut de juridiction lui permet d'être à l'écoute des citoyens. Son statut de juridiction constitutionnelle la place au centre d'un réseau de relations avec les branches politiques

⁷¹ C.C., arrêt n° 153/2015, 29 octobre 2015, B.19.2 et arrêt n° 134/2022, 20 octobre 2022, B.11.2 (recours en annulation et questions préjudicielle portant sur des dispositions de la loi du 28 mai 2002 relative à l'euthanasie).

⁷² Voy. les arrêts cités par M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., pp. 165-166.

⁷³ A.-C. BEZZINA, « L'auto-limitation du juge constitutionnel : orgueil et préjugés », in *Révolution, Constitution, Décentralisation – Mélanges en l'honneur de Michel Verpeaux*, Paris, Dalloz, 2020, p. 164.

⁷⁴ Not. C.C., arrêt n° 83/2022, 23 juin 2022, B.10.2.

⁷⁵ M. VERDUSSEN, *Les douze juges...*, op. cit., pp. 87-88.

du pouvoir, ainsi qu'avec les autres juridictions. Cette situation particulière l'empêche de rester confinée dans ses retranchements. C'est grâce au dialogue constitutionnel que la montée en puissance de la Cour ne saurait être interprétée comme la résurgence de l'idée de Vérité transcendante. C'est dans les limites imposées par ce dialogue qu'elle peut trouver sa légitimité.

III. LES FRAGILITES DE LA LEGITIMITE DU JUGE CONSTITUTIONNEL

Deux types de facteurs peuvent fragiliser la légitimité de la Cour constitutionnelle, selon qu'ils sont *intrinsèques* à la Cour elle-même – une institution peut éroder elle-même sa propre légitimité – ou qu'ils lui sont *extrinsèques*, car imputables à d'autres pouvoirs. Nous privilégions ici les facteurs extrinsèques. En effet, nous sommes dans un contexte européen d'illibéralisme, propice à des régressions constitutionnelles. La Belgique n'est pas à l'abri d'une dérive populiste et autoritaire du pouvoir. Construits sur la fiction de l'unité du peuple souverain, les régimes populistes « n'accordent guère d'importance aux équilibres des pouvoirs et des contre-pouvoirs, aux *checks and balances* »⁷⁶. Contre-pouvoir par excellence, le juge « met en œuvre une défiance juridiquement organisée alors que le populisme oppose un rejet immédiat et radical de la classe politique (le 'dégagisme') »⁷⁷. Dès lors, lorsque les juridictions frappent d'inconstitutionnalité les actions menées par ces régimes populistes, « elles sont d'abord accusées de trahison, avant d'être réformées ou abolies »⁷⁸. C'est là le paradoxe du populisme étatique : « en noyant tribunaux et organismes neutres, [...] les assassins de la démocratie retournent contre elle ses propres institutions, graduellement, subtilement, voire légalement, pour mieux la tuer »⁷⁹. Dans une telle logique de polarisation du pouvoir, on comprend que les régimes populistes ont les juges constitutionnels dans leur viseur⁸⁰. Il s'agit tantôt de marginaliser les juridictions constitutionnelles, tantôt de s'en emparer.

La Belgique n'est pas actuellement dans une telle situation. Pour autant, la Cour constitutionnelle est-elle à l'abri de menaces ?

Des menaces sur sa composition ? La modification – par le Constituant ou par le législateur, selon les États – de la composition de la juridiction constitutionnelle est une technique structurelle visant à contrer cette dernière lorsque sa jurisprudence fâche la majorité en place. On se souviendra du célèbre '*court-packing plan*' du Président américain Franklin D. Roosevelt, visant à augmenter le nombre total de juges composant la Cour suprême à la seule fin de procéder à la nomination de nouveaux juges, plus fidèles à son *New Deal* (1937), projet qui échoua grâce à la subsistance d'un fort attachement aux textes fondateur⁸¹. Il n'en a jamais été question en Belgique. En revanche, on l'a souligné, une proposition a été déposée visant à rompre avec le règle de la parité linguistique de la Cour, ce qui abimerait sensiblement la légitimité de la Cour (voy. *supra*).

⁷⁶ I. DIAMANTI et M. LAZAR, *Peuplocratie – La métamorphose de nos démocraties*, trad., Paris, Gallimard, 2019, p. 43.

⁷⁷ D. SALAS, « Les populistes à l'assaut des démocraties libérales », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Dominique Turpin – État du droit, état des droits*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2017, pp. 542-543.

⁷⁸ Y. MOUNK, *Le peuple contre la démocratie*, trad., Paris, Éditions de l'Observatoire, 2018, p. 68.

⁷⁹ S. LEVITSKY et D. ZIBLAT, *La mort des démocraties*, trad., Paris, Calmann-Lévy, 2019, p. 15.

⁸⁰ P. CASTILLO-ORTIZ et Y. ROZNAI, « The Illiberal Abuse of Constitutional Courts in Europe », *EuConst*, vol. 15, 2019, pp. 48-72 ; P. CASTILLO-ORTIZ et Y. ROZNAI, « The Democratic Self-Defence of Constitutional Courts », *ICL Journal*, vol. 18, 2024, pp. 6-8.

⁸¹ J. PERRIGNON, *L'autre Amérique*, Paris, Grasset, 2025, p. 88.

La Belgique risque d'être confrontée à une autre difficulté dans les prochaines années. Les douze sièges de la Cour constitutionnelle font l'objet d'une répartition à la représentation proportionnelle des groupes politiques des assemblées parlementaires fédérales, de telle sorte que la Cour « est en principe à l'image des forces politiques présentes au Parlement fédéral »⁸². L'usage n'est écrit nulle part, ni dans la Constitution, ni dans la LSCC, mais il est continûment respecté, en ce compris pour les juges qui ne sont pas d'anciens parlementaires. C'est ainsi que, lors de chaque vacance, au vu des résultats du dernier scrutin fédéral, on détermine le parti chargé de choisir des personnes susceptibles d'être intéressées par la fonction. Or, les dernières élections législatives fédérales ont vu une montée spectaculaire du Vlaams Belang, parti d'extrême droite, qui a désormais 20 sièges sur les 150 à la Chambre des représentants. Il est plus que probable qu'au moins un siège prochainement vacant parmi les juges du groupe linguistique néerlandais basculera d'un parti démocratique vers ce parti liberticide. Certes, un accord politique a été conclu qui vise à exclure les partis d'extrême droite de toute majorité politique, à quelque niveau de pouvoir que ce soit : le 'cordon sanitaire'. Cet usage est né en 1988, un parti d'extrême droite flamand (Vlaams Blok) ayant fait une inquiétante percée électorale lors des élections communales. En 2004, la condamnation pénale de plusieurs composantes du Vlaams Blok pour incitation à la haine raciale, d'une part, a conduit ce dernier à changer d'appellation (Vlaams Belang) et, d'autre part, a renforcé la nécessité du cordon sanitaire. Là où le bât blesse, c'est que ce cordon sanitaire fait l'objet de critiques croissantes, spécialement au Nord du pays, où l'extrême droite à la fois progresse de manière très significative et développe des stratégies de dédramatisation visant à diffuser l'image d'un parti respectable.

Des menaces sur ses attributions ? Visiblement mécontent de certains des arrêts de la Cour constitutionnelle, jugés trop activistes, le parti Nieuw-Vlaamse Alliantie (N-VA) a fait l'annonce, en 2013, de sa volonté d'instituer ce qu'il appelle un « recours populaire (*Volksberoep*) » contre les arrêts de cette Cour, à tout le moins ceux qui concernent les droits économiques et sociaux⁸³. En cas d'annulation d'une loi par la Cour sur cette base, le Parlement pourrait renverser cet arrêt avec l'accord d'au moins deux tiers de ses membres. Si un tel recours devait être organisé, il constituerait une atteinte à la légitimité de la Cour, mais plus fondamentalement procéderait d'une remise en cause de la justice constitutionnelle comme telle.

Un manque de confiance à l'égard de la Cour constitutionnelle peut aussi représenter une menace à son égard. En 2020, l'Etat belge a été condamné dans l'arrêt *Mugemangango c. Belgique*⁸⁴. Dans cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme, se fondant sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 et sur l'article 13 de la CEDH, rappelle qu'une réclamation introduite par un candidat après les élections doit être portée devant un organe qui offre des garanties suffisantes quant à son impartialité, dont le pouvoir d'appréciation est circonscrit à un niveau suffisant de précision par le droit interne, selon une procédure garantissant une décision équitable, objective et suffisamment motivée, le recours du candidat devant, en outre, être effectif. En réalité, la procédure de vérification des pouvoirs prévue par la Constitution est sur la sellette depuis bien avant cet arrêt. Cette procédure revient à confier le contrôle de la validité d'élections à l'assemblée même qui est issue de l'élection. Il revient

⁸² M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, p. 395.

⁸³ Voy., à ce sujet, Carte blanche, « Un appel contre les arrêts de la Cour constitutionnelle ? Une vraie mauvaise idée », *Le Soir*, 20 mars 2023.

⁸⁴ Cour eur. D.H. (Gr. ch.), arrêt *Mugemangango c. Belgique*, 10 juillet 2020. Voy. M. VERDUSSEN, « Le droit à un contrôle électoral impartial, effectif et équitable : l'arrêt *Mugemangango* met la Belgique au pied du mur (obs. sous Cour eur. D.H., Gde ch., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, 10 juillet 2020) », *R.T.D.H.*, 2021, pp. 621-642.

ainsi aux assemblées parlementaires de vérifier, d'une part, que chaque élu réunit toutes les conditions d'éligibilité et, d'autre part, que le processus électoral n'est pas affecté par des irrégularités de nature à entraîner l'annulation du scrutin. Pourquoi le pouvoir politique s'obstine-t-il à ne pas modifier la Constitution et à confier ce contentieux particulier à la Cour constitutionnelle alors que de nombreux arguments convergent vers cette solution⁸⁵ ? On peut penser que ces tergiversations traduisent un déficit de confiance à l'égard de la Cour, à tout le moins pour un contentieux aux enjeux politiques très sensibles.

Des menaces sur sa dotation ? La LSCC garantit à la Cour constitutionnelle une autonomie financière. En son article 123, § 1^{er}, elle prévoit que les crédits nécessaires au fonctionnement de la Cour sont inscrits au budget des dotations (crédits forfaitaires). L'autonomie financière ainsi accordée à la Cour ne concerne toutefois que l'utilisation des moyens mis à sa disposition. En revanche, le pouvoir politique reste largement maître de l'ampleur de ces moyens et, partant, de la capacité financière de la Cour à assumer les fonctions qui lui sont confiées par la Constitution. A cette fin, les présidents sont entendus chaque année par la Commission de la Comptabilité de la Chambre des représentants⁸⁶. A l'avenir, un Parlement mal intentionné pourrait, comme le note très justement Guillaume Tusseau, « tenter d'utiliser l'arme financière pour signifier son mécontentement et ainsi mettre en jeu, *mutatis mutandis*, une forme de responsabilité politique des juridictions »⁸⁷. De là à penser qu'un jour la Cour elle-même puisse être amenée à invalider une loi budgétaire lui infligeant un traitement discriminatoire...

⁸⁵ Sur ces arguments, voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, pp. 703-704.

⁸⁶ Voy. not. *Doc. parl.*, Ch. repr., 2024-2025, n° 56-502/1, pp. 11-14.

⁸⁷ G. TUSSEAU, *Contentieux constitutionnel comparé – Une introduction critique au droit processuel constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 2021, p. 707.