

## LE CONTRÔLE DES DÉCISIONS DE JUSTICE PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

Marc VERDUSSEN<sup>1</sup>

On ne répétera jamais assez que la justice constitutionnelle procède primordialement du souci de rencontrer le risque d'une « omnipotence parlementaire »<sup>2</sup>. Voilà pourquoi il ne saurait y avoir de justice constitutionnelle « sans cette attribution centrale qu'est le contrôle de constitutionnalité des lois, c'est-à-dire la soumission de la volonté du Parlement au respect de la règle de droit »<sup>3</sup>.

Toutes les juridictions constitutionnelles européennes contrôlent donc la constitutionnalité des lois et autres normes législatives. C'est là leur *core business*, pour utiliser un langage économique propre au monde de l'entreprise.

Cependant, certaines d'entre elles, et pas des moindres, sont également compétentes pour contrôler la constitutionnalité des actes, administratifs ou juridictionnels, d'application des normes législatives. L'exemple le plus marquant est celui de la tentaculaire Cour constitutionnelle fédérale allemande, qui peut étendre son contrôle à l'égard de tout acte de la « puissance publique », selon l'article 93-1-4-a de la Loi fondamentale, ce qui recouvre les normes législatives, mais aussi les actes administratifs, réglementaires et individuels, et les décisions juridictionnelles. On retrouve ici la distinction opérée par Francisco Fernández Segado entre le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé en marge de son application et le contrôle de constitutionnalité de la loi exercé à l'occasion de l'application de celle-ci<sup>4</sup>.

Comment se situe, à cet égard, la justice constitutionnelle belge ? Plus particulièrement, la Cour constitutionnelle contrôle-t-elle, d'une manière ou d'une autre, les décisions de justice ? Quelles sont les perspectives envisageables, spécialement au regard des évolutions du contentieux sur renvoi pré-judiciel ? On distingue donc la situation actuelle (I) et les perspectives envisageables (II).

<sup>1</sup> Professeur à l'Université de Louvain (UCL), Centre de recherche sur l'État et la Constitution (JUR I-CRECO).

<sup>2</sup> J. FAZY, *De l'intelligence collective des sociétés – Cours de législation constitutionnelle* [1873], Université de Genève, Schulthess, 2010, p. 187.

<sup>3</sup> L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les Cours constitutionnelles*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 25.

<sup>4</sup> F. FERNÁNDEZ SEGADO, « La faillite de la bipolarité 'modèle américain-modèle européen' en tant que critère analytique du contrôle de la constitutionnalité et la recherche d'une nouvelle typologie explicative », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, 2004, vol. 52, p. 471-503.

## I. La situation actuelle

Le mot « contrôle » est ambigu. On peut l'entendre de deux manières différentes. Contrôler, c'est vérifier. Contrôler, c'est aussi maîtriser. On distingue donc le contrôle-vérification et le contrôle-maîtrise.

**Le contrôle-vérification.** Si contrôler, c'est vérifier, force est alors de constater qu'en Belgique, à la différence de l'Allemagne, ou encore de l'Espagne, ni les jugements et arrêts rendus par les juridictions – cours et tribunaux – de l'ordre judiciaire, ni les décisions rendues par les juridictions administratives ne peuvent faire l'objet de recours auprès de la Cour constitutionnelle. À plusieurs reprises, cette dernière a rappelé qu'elle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des lois, voire des autres normes ayant force de loi, mais pas davantage. Ainsi, dans l'arrêt n° 6/89 du 15 mars 1989, elle constate que le requérant demande l'annulation du jugement rendu le 5 octobre 1987 par la 45<sup>e</sup> chambre correctionnelle du Tribunal de première instance de Bruxelles, de telle sorte que le recours ne relève pas de sa compétence.

Pour autant, les décisions des juridictions ne sont pas exonérées de tout contrôle direct de constitutionnalité. Pour ce qui concerne les juridictions judiciaires, ce contrôle s'exerce dans le cadre des voies de recours, ordinaires (appel ou opposition) et extraordinaires (cassation par exemple). Quant aux griefs d'inconstitutionnalité, ils peuvent concerner tantôt la compétence de la juridiction en cause (dans la mesure où cette compétence est déterminée par la Constitution), tantôt la motivation formelle de la décision querellée (le droit à la motivation des décisions de justice est un droit constitutionnel), tantôt encore l'application qui est procurée par la juridiction à une règle de droit constitutionnel matériel. En ce sens, les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire sont des juges constitutionnels et, en dernière instance, c'est à la Cour de cassation de trancher les éventuelles divergences d'interprétation. *Mutatis mutandis*, la situation de la section du contentieux administratif du Conseil d'État est comparable.

La seule limite concerne l'objet du grief d'inconstitutionnalité : s'il porte sur une norme législative, la juridiction saisie ne peut l'examiner, mais doit s'adresser, par la voie d'une question préjudicielle, à la Cour constitutionnelle lorsque l'inconstitutionnalité suspectée entre dans les attributions de cette dernière. Sur ce dernier point, on rappelle que la Cour constitutionnelle a pour mission essentielle de contrôler la compatibilité des normes législatives à l'égard des règles qui sont établies par la Constitution ou vertu de celles-ci pour déterminer les compétences respectives de la collectivité fédérale et des collectivités fédérées, de tous les droits fondamentaux consacrés par le Titre II et par les articles 170, 172 et 191 de la Constitution et, depuis 2014, du principe de loyauté fédérale consacré par l'article 143 de la Constitution. Elle exerce donc un contrôle de constitutionnalité qui vise toutes les normes législatives, mais qui ne s'étend pas à l'ensemble du texte constitutionnel.

**Le contrôle-maîtrise.** Si contrôler, c'est maîtriser, à tout le moins exercer une certaine maîtrise, au sens d'une influence prépondérante, le seul fait qu'ayant été saisie d'une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle puisse interdire à un juge, la juridiction de renvoi, de faire application d'une loi inconstitutionnelle traduit déjà, en soi, une forme de suprématie de la juridiction constitutionnelle.

On objectera que cette suprématie est toute relative, car au-delà de l'interdiction formulée par la Cour, la juridiction de renvoi reste maître de la solution qu'elle estime devoir apporter au litige dont elle est saisie. Mais l'est-elle vraiment dans tous les cas ? En répondant à une question préjudicielle sur la constitutionnalité d'une loi, la Cour constitutionnelle n'est-elle pas amenée à influencer de manière plus déterminante sur l'issue du litige *a quo*? Quatre observations nous paraissent s'imposer ici.

1. En vertu de l'article 26, § 2, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (LSCC), à l'exception de la Cour de cassation et de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, toute juridiction qui envisage de poser une question préjudicielle doit préalablement se prononcer sur la pertinence de cette question dans le litige dont elle est saisie, dans l'idée que, si la réponse à la question n'est pas indispensable pour rendre sa décision, elle s'abstiendra de la poser<sup>5</sup>. La Cour constitutionnelle, tout en reconnaissant que cette appréciation appartient au premier chef à la juridiction de renvoi, considère que, lorsque la question n'est manifestement pas (ou plus) pertinente, il ne lui appartient pas d'y répondre<sup>6</sup>. Elle dit pour droit que « la question préjudicielle n'appelle pas de réponse »<sup>7</sup>. C'est une forme de contrôle-maîtrise qu'on retrouve dans d'autres États, comme l'Italie par exemple<sup>8</sup>. Il arrive aussi que la Cour constitutionnelle renvoie l'affaire à la juridiction de renvoi « afin de lui permettre d'apprécier si la question préjudicielle nécessite encore une réponse »<sup>9</sup>.

2. Quand une juridiction pose une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, elle peut la libeller de manière très neutre, mais elle peut aussi lui donner une formulation fondée sur une lecture particulière de la loi mise en cause. Dans ce cas, la Cour doit bien sûr répondre à la question posée dans l'interprétation retenue par la juridiction de renvoi : si elle tient la norme pour inconstitutionnelle dans cette interprétation, elle doit le dire pour droit à la juridiction qui l'a interrogée. Cependant, la Cour se reconnaît la possibilité de remettre en cause l'interprétation retenue par la juridiction de renvoi, lorsqu'elle estime pouvoir tirer de la loi une autre interprétation – une interprétation alternative –, le but étant d'ajuster la loi à la Constitution et ainsi d'en préserver la constitutionnalité. La Cour formule alors une réponse « bipolaire », dans un arrêt « interprétatif »<sup>10</sup>.

5 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 221.

6 *Ibid.*, p. 254-257.

7 Voy. not. C.C., arrêt n° 133/2016 du 20 octobre 2016.

8 A. PIZZORUSSO, « Un cas de 'dénier de justice' dans le système italien de justice constitutionnelle », in *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, p. 403-404.

9 C.C., arrêt n° 167/2016 du 22 décembre 2016, B.4. Voy. égal. C.C., arrêt n° 155/2016 du 8 décembre 2016, B.4 ; arrêt n° 67/2016 du 11 mai 2016, B.2.

10 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 251-254. Voy. par exemple C.C., arrêt n° 16/2017 du 9 février 2017; arrêt n° 14/2017 du 9 février 2017; arrêt n° 7/2017 du 25 janvier 2017.

Dans la mesure où elle contribue au maintien de la sécurité juridique, cette méthode doit être approuvée. Mais elle n'est pas sans se heurter à quelques écueils. D'une part, il arrive que la juridiction de renvoi éprouve de sérieuses difficultés à déterminer avec précision les conséquences d'une interprétation conciliante. D'autre part, une telle méthode peut être ressentie par la juridiction de renvoi comme une ingérence dans ses « affaires intérieures », spécialement lorsque l'interprétation condamnée est une interprétation consolidée. Car, à la différence de la Cour constitutionnelle italienne, la Cour constitutionnelle belge, lorsqu'elle condamne une interprétation consolidée, n'hésite jamais à proposer une interprétation alternative. Dans certaines affaires retentissantes, ce procédé a pu froisser la susceptibilité de la section du contentieux administratif du Conseil d'État et, surtout, de la Cour de cassation<sup>11</sup>.

Confrontée à un arrêt interprétatif, la juridiction de renvoi a deux possibilités : soit elle retient l'interprétation conciliante et applique la loi mise en cause ; soit elle s'obstine à retenir l'interprétation condamnée et elle n'a d'autre choix alors que de refuser d'appliquer la loi mise en cause. La Cour constitutionnelle n'a donc pas le pouvoir d'imposer son interprétation à la juridiction de renvoi. À supposer qu'on puisse malgré tout considérer les arrêts interprétatifs comme une forme de contrôle-maîtrise, il n'y a rien dans cette méthode de très original, la plupart des juridictions constitutionnelles européennes recourant au même procédé.

3. La Cour constitutionnelle a été plus loin encore, en procédant – dans quelques arrêts – à des substitutions de qualifications. Très brièvement et pour la bonne compréhension des choses, on rappelle que tout contrôle de constitutionnalité d'une loi suppose une opération préalable de qualification qui met en présence la loi contrôlée et une disposition tirée de la Constitution ; qualifier, c'est vérifier que la disposition constitutionnelle invoquée est bien applicable à la loi querellée. La juridiction de renvoi est présumée avoir opéré cette vérification. Une substitution de qualification, c'est donc cette opération qui consiste pour la Cour à modifier la qualification donnée par la juridiction de renvoi à la loi faisant l'objet de la question préjudicielle et, en conséquence, à refuser de se prononcer sur la constitutionnalité de cette loi, à tout le moins dans la qualification retenue par la juridiction<sup>12</sup>. On est déjà plus dans l'idée d'un contrôle-maîtrise, mais il n'est pas certain que le procédé soit très atypique.

4. En Belgique, le contrôle exercé par la Cour constitutionnelle lorsqu'elle répond à une question préjudicielle est de plus en plus souvent concret<sup>13</sup>. Qu'entend-t-on par « concret » ? On a souvent écrit que le contrôle de constitutionnalité revêt un caractère concret lorsqu'il est déclenché par une

11 Voy. J. VAN COMPENOLLE et M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *Journal des tribunaux*, 2000, p. 297-304 ; ID., « La réception des décisions d'une Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel. L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2003, n° 14, p. 87-89.

12 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 257-262.

13 Voy. 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*, 2013, vol. XXIX, p. 17-23. Voy. égal. l'intervention de 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 politiques ? – Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 340-342.

question préjudicielle de constitutionnalité. Ce n'est pas dans ce sens que nous l'entendons. Dans l'acception retenue ici, le contrôle de constitutionnalité revêt un caractère concret lorsque l'examen de la 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. Ce n'est donc pas la norme qui est contrôlée, c'est la norme en situation. Et c'est cette mise en situation de la norme qui conduit la juridiction constitutionnelle à contextualiser, donc moduler, son jugement de constitutionnalité<sup>14</sup>. Pour autant que de besoin, on précise qu'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 pouvant en effet amener les juges constitutionnels à réinterroger une norme législative qui, au moment de son adoption, était exempte de tout vice de constitutionnalité.

Les juridictions belges se privent de moins en moins de poser des questions contextualisées et la Cour constitutionnelle de leur apporter les réponses qu'elles attendent : à question circonstanciée, réponse circonstanciée<sup>15</sup>. Plutôt que de condamner la norme législative comme telle, la Cour censure l'inconstitutionnalité de cette norme en tant qu'elle s'applique à la situation à laquelle est confrontée la juridiction de renvoi. Le développement de ces questions contextualisées et du contrôle ciblé qu'elles génèrent – « *case by case* » – est très significatif de la volonté des juges ordinaires et des juges constitutionnels, non seulement de révéler toutes les virtualités du mécanisme de renvoi préjudiciel, mais aussi de protéger le plus efficacement possible les droits fondamentaux des citoyens.

Cela peut aller très loin, en ce sens que la contextualisation de la question posée est parfois à ce point précise que la réponse que la Cour constitutionnelle donne à cette question détermine directement la solution à apporter au litige *a quo*. Il arrive, à cet égard, que le dispositif de l'arrêt de la Cour soit une reproduction de la question dont elle a été saisie, la forme interrogative étant remplacée par une forme affirmative. Dans ces conditions, peut-on encore soutenir que la juridiction de renvoi reste maître de la solution qu'elle juge devoir apporter au litige dont elle est saisie ?

## II. Les perspectives envisageables

Faut-il aller plus loin, en étendant les compétences de la Cour constitutionnelle à l'ensemble des décisions de justice, sur le modèle allemand ou espagnol, en passant d'un contrôle-maîtrise à un contrôle-vérification ? On entreprend ici une première approche de cette question, en précisant, d'une part, qu'on reste dans le cadre belge et, d'autre part, qu'en Belgique, une telle extension de compétence n'a jamais été sérieusement envisagée par le monde politique, pas plus que la question n'a été approfondie dans le milieu scientifique. On se risque donc à quelques éléments de réponse très personnels.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Pour deux exemples significatifs, voy. C.C., arrêt n° 65/200 du 30 mai 2000 ; arrêt n° 167/2006 du 18 octobre 2006. Pour un exemple récent, voy. C.C., arrêt n° 25/2017 du 16 février 2017.

On peut sérieusement douter de la faisabilité d'une telle réforme en Belgique, tout au moins dans l'état actuel des choses. Il serait difficilement justifiable d'étendre le périmètre d'action de la Cour constitutionnelle aux décisions juridictionnelles sans englober les autres actes d'application de la loi, à savoir les décisions des administrations. Par la force des choses, une telle extension de compétence aurait pour effet d'élever la Cour constitutionnelle au rang de seule et unique juridiction suprême. Or, la Cour constitutionnelle n'a pas une légitimité suffisamment solide pour être placée dans une position aussi hiérarchiquement supérieure à la Cour de cassation et au Conseil d'État, qui ont été créés bien des années avant la création en 1980 de la Cour constitutionnelle : 1831 pour la Cour de cassation et 1946 pour le Conseil d'État.

Surtout, le déroulement chronologique de la création des trois hautes juridictions a abouti à mettre en place un système où l'interprétation de la Constitution n'est pas monopolisée par quelques juges, mais est partagée entre trois ordres juridictionnels et donc entre trois hautes juridictions, qui par la force des choses sont obligées de s'engager dans un dialogue constitutionnel. Le concept de « dialogue constitutionnel » – est-il besoin de préciser qu'il est dépourvu de tout caractère normatif? – renvoie à l'idée que l'interprétation du texte constitutionnel ne peut être réservée à un organe juridictionnel, car elle concerne toutes les juridictions et, au delà, les législateurs, les administrations et, bien sûr, le citoyen lui-même. Ce n'est pas sans quelques effets collatéraux, mais c'est tellement plus enrichissant si on veut bien admettre que la Constitution doit être interprétée quotidiennement à travers des échanges continus auxquels participent tous les segments de la société. Avec lucidité, Dominique Rousseau observe que la juridiction 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 ; elle continue de vivre, car le sens produit ouvre, dans les assemblées, dans les juridictions, dans la doctrine... de nouveaux débats, de nouvelles réflexions qui peuvent produire, quelques temps plus tard, une nouvelle interprétation »<sup>16</sup>.

On peut également douter de l'utilité, et même de la pertinence, d'une telle réforme en Belgique. Les divergences entre les trois hautes juridictions sur l'interprétation de la Constitution ne sont pas suffisamment significatives pour justifier une réforme aussi appréciable, qui serait vécue par la Cour de cassation et le Conseil d'État comme un désaveu aussi injuste qu'injustifié.

Par ailleurs, si un contrôle de constitutionnalité des décisions de justice devait être confié à la Cour constitutionnelle, il va de soi, selon nous, que les griefs dirigés contre ces décisions pourraient aussi concerner l'inconstitutionnalité d'une loi appliquée par un juge. Or, le système actuel des questions préjudicielles est conçu de telle manière que, lorsqu'existe un doute sur la constitutionnalité d'une loi applicable au litige, il est vidé à un stade ou un autre de la procédure. En effet, à ce jour, les juges peuvent de leur propre initiative saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle de constitutionnalité et, en toute hypothèse, lorsqu'une partie interroge la constitutionnalité d'une loi,

<sup>16</sup> D. ROUSSEAU, « La jurisprudence constitutionnelle : quelle 'nécessité démocratique' ? », in G. DRAGO, B. FRANÇOIS et N. MOLFESSIS (dir.), *La légitimité de la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1999, p. 376.

le juge a en principe l'obligation de renvoyer une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. L'utilité d'un recours postérieur serait donc limitée à deux hypothèses. Soit personne – ni les juges ni les parties – n'ont songé à soulever le problème, et ce tous les degrés de l'instance. Soit une des parties au moins y a songé, mais le juge n'a pas fait droit à la demande de cette partie de renvoyer la question à la Cour constitutionnelle, ce qui en dernière instance n'est légalement possible que si la Cour de cassation ou la section du contentieux administratif du Conseil d'État constate que la Cour a déjà répondu à une question ayant un objet identique.

Pour autant, devons-nous exclure toute évaluation du système existant ? Pas nécessairement. Trois constats sont ici formulés.

Le premier constat touche à la temporalité du procès constitutionnel. En Belgique, la juridiction qui interroge la Cour constitutionnelle doit attendre une année, en moyenne, pour recevoir une réponse. Et lorsque la Cour pose une question en interprétation ou en validité à la Cour de justice de l'Union européenne – ce qui n'est pas rare<sup>17</sup> –, l'instance se prolonge au-delà de ce qu'on peut considérer comme un délai convenable. N'est-il pas contraire aux exigences d'une bonne administration de la justice d'imposer un tel délai aux justiciables ? N'est-ce pas d'autant plus incompréhensible dans le cas de questions concrètes de constitutionnalité – au sens indiqué ci-dessus – qui, parce qu'elles sont contextualisées, se révèlent fortement imbriquées dans le litige *a quo* et relèvent davantage de la « micro-constitutionnalité » ? À la lecture de certaines réponses données par la Cour constitutionnelle à des questions concrètes, on ne peut manquer de penser que le juge de renvoi aurait pu fournir lui-même la réponse. Au lieu de cela, il doit y renoncer. Ce renoncement peut générer des frustrations. Surtout il contraint le juge à attendre trop longtemps une réponse que, le plus souvent, il devine avec succès.

Le deuxième constat est lié au premier. Un contrôle concret de constitutionnalité exige de la part de la juridiction constitutionnelle des spécialisations dans toutes les branches du droit. Si le manque d'expertise dans telle ou telle matière est un problème qui concerne le contrôle de constitutionnalité des lois en général, il se pose avec une acuité particulière s'agissant des contrôles concrets. Or, dans un pays comme la Belgique, les règles relatives à la composition de la Cour constitutionnelle et au choix des juges et des référendaires ne garantissent pas que chaque question concrète puisse être traitée par des juges et des référendaires ayant une expertise suffisante. Le problème concerne-t-il uniquement la Belgique ? Sans doute touche-t-il d'autres cours constitutionnelles. En revanche, dans les États du modèle déconcentré de justice constitutionnelle, comme les États-Unis et le Canada, les affaires dont est saisie la Cour suprême ont fait l'objet d'un examen préalable par des juges spécialisés, en premier et en deuxième ressort. Elles ont en quelque sorte été prétraitées par des juges et des avocats ayant une maîtrise de la discipline.

<sup>17</sup> 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.

Le risque est grand de développer une jurisprudence qui suscite, à tort ou à raison, l'incompréhension – et, partant, des reproches d'incompétence – dans le chef de celles et ceux, scientifiques ou praticiens, qui ont une expertise dans la matière concernée. On retient un exemple. La Cour constitutionnelle belge a été saisie de nombreuses questions préjudicielles très concrètes en droit de la filiation. Or, dans cette matière, les arrêts de la Cour ont suscité de vives réactions de la part des « familiaristes ». Dans une étude récente, deux professeurs de droit familial ont écrit que la Cour « a posé des choix pas toujours inspirés » et qu'« un malaise s'est installé et a grandi entre la Cour qui distillait ses enseignements au gré d'arrêts de moins en moins limpides et les auteurs chargés de tirer de ces enseignements des normes juridiques applicables par les praticiens du droit »<sup>18</sup>.

Le troisième constat découle de l'émergence des ordres juridiques européens. Il devient de plus en plus difficile de justifier sérieusement que les juridictions ordinaires n'aient ni le pouvoir ni la capacité d'exercer un contrôle de constitutionnalité des lois alors qu'elles ont l'obligation d'écarter toute loi qui serait incompatible avec le droit de l'Union européenne<sup>19</sup>. Dans certains États, dont la Belgique fait partie, elles ont aussi le pouvoir d'écarter les lois qui ne seraient pas compatibles avec d'autres traités, telle la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, selon l'arrêt *Le Ski* rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971<sup>20</sup>, lorsqu'un conflit oppose une norme législative de droit interne et une norme de droit international conventionnel, la règle établie par le traité international doit prévaloir, la prééminence de celle-ci résultant « de la nature même du droit international conventionnel », et toutes les juridictions sont habilitées à le constater à titre incident. L'arrêt *Le Ski* est l'équivalent des arrêts *Société des cafés Jacques Vabre* et *Nicolo* rendus respectivement par la Cour de cassation de France le 24 mai 1975 et par le Conseil d'État de France le 20 octobre 1989.

Ces constats, tirés de l'expérience belge, conduisent à penser que la distinction traditionnelle entre le modèle concentré et le modèle déconcentré de justice constitutionnelle a atteint ses limites. Alors, bien sûr, la Belgique n'abandonnera pas de sitôt le modèle concentré. Et c'est heureux, pour toutes les raisons qui ont justifié sa création. Il n'en reste pas moins que les constats faits ici justifient un requestionnement du modèle concentré.

Une piste mérite d'être creusée, celle d'un partage du contrôle de constitutionnalité des lois entre la Cour constitutionnelle et les juridictions ordinaires, par une « hybridation »<sup>21</sup>, limitée mais réelle, des modèles concentré et déconcentré. Compte tenu des constats brièvement esquissés, on

18 N. MASSAGER et J. SOSSON, « Filiation et Cour constitutionnelle », in N. MASSAGER et J. SOSSON (dir.), *Cour constitutionnelle et droit familial*, Limal, Anthemis, 2015, p. 33 et 34. Voy. égal. J. SOSSON, « Un enfant majeur a-t-il un droit inconditionnel à contester sa filiation? Les enseignements de l'arrêt dit 'Boël' de la Cour constitutionnelle », *Journal des tribunaux*, 2016, p. 289-294.

19 Depuis l'arrêt *Simmenthal*, la Cour de justice de l'Union européenne considère que « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale », de telle sorte que serait « incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » (CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, §§ 21-22). Voy. L.F.M. BESSELINK, « The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All », *Utrecht L. Rev.*, 2013, vol. 9, p. 24.

20 Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 887, concl. W.-J. Ganshof van der Meersch.

21 A. HARDING, P. LEYLAND et T. GROPPA, « Constitutional Courts : Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », *Journal of Comparative Law*, 2008, vol. 3, p. 3.



se risque à envisager de laisser aux juridictions ordinaires la possibilité de trancher elles-mêmes les exceptions concrètes d'inconstitutionnalité ou, pour le dire autrement, ce qui relève de la microconstitutionnalité.

Ces derniers mots doivent être bien compris. L'expression « micro-constitutionnalité » a été utilisée par une partie de la doctrine avec une connotation négative. On peut lire ainsi, sous la plume d'un des plus grands constitutionnalistes italiens, que « le régime judiciaire des affaires constitutionnelles met souvent le juge, qui prend l'initiative, au contact des problèmes de constitutionnalité des lois dans une perspective de micro-constitutionnalité (c'est-à-dire que pour la solution d'un tout petit problème, on évoque, sans médiations, par exemple le grand principe d'égalité) », avec la conséquence « que souvent les grands principes de la Constitution sont 'sollicités' dans des cas négligeables »<sup>22</sup>. Selon nous, un micro-problème de constitutionnalité est un problème qui épouse les contours d'un litige particulier et dont l'enjeu est, par la force des choses, limité aux particularités de ce litige. Ce n'est pas pour autant un problème négligeable. Car, pour le justiciable confronté à un problème de constitutionnalité, peu lui chaut que ce problème concerne une généralité de situations ou une situation spécifique – la sienne –, dès le moment où il est pour lui source d'injustice.

Quel serait, dans ce schéma, le rôle de la Cour constitutionnelle ? Son rôle serait potentiellement double. Tout d'abord, elle continuerait à être saisie de questions abstraites de constitutionnalité, des questions de « macroconstitutionnalité » en quelque sorte. Ensuite, s'agissant de ce qui relève de la microconstitutionnalité, la Cour n'interviendrait qu'au bout de la chaîne juridictionnelle, sur recours introduit contre le jugement ou l'arrêt final. Dans ces conditions, on pourrait imaginer la possibilité d'un recours auprès de la Cour constitutionnelle qui serait dirigé contre la décision prise en dernière instance. Elle aurait ainsi, dans ce cadre, la possibilité de contrôler des décisions de justice ? Il s'agirait d'un contrôle-vérification, et non plus d'un contrôle-maîtrise.

Une telle piste suscite moult interrogations et se heurte à de sérieux écueils. Parmi ces difficultés, la distinction entre une question concrète et une question abstraite de constitutionnalité n'est pas la moindre. Elle débouche sur une autre difficulté, celle de savoir à qui il revient de décider du caractère concret ou abstrait d'une question. Mais ces difficultés ne méritent-elle pas d'être à tout le moins explorées ? Il y a assurément place pour un débat sur ce point.

Un tel réaménagement du contrôle de constitutionnalité des lois renforcerait l'idée que la Constitution est l'affaire de tous, et pas uniquement de douze juges. Une Constitution n'est légitime que si chacun, autorité publique ou personne privée, peut se l'approprier. Comme l'écrit si bien Mark Tushnet, professeur de droit constitutionnel à la Harvard Law School, « *the Constitution belongs to us collectively, as we act together in political dialogue with each other – whether we act in the streets, in the voting booths, or in legislatures as representatives of others* »<sup>23</sup>.

22 G. ZAGREBELSKY, « La multiplication des recours en Italie. Encombrement et micro-constitutionnalité », *AIJC*, 1985, vol. I, p. 113-114.

23 M. TUSHNET, *Taking the Constitution away from the Courts*, Princeton University Press, 1999, p. 181.

---

Ce réaménagement aurait, par ailleurs, pour effet de permettre à la Cour constitutionnelle de jouer un rôle plus « principal », terme retenu par référence à la notion de « *forum de principes* » qu'a utilisée Ronald Dworkin<sup>24</sup>.

Plus la question qui leur est posée est abstraite et générale, plus les juges constitutionnels tranchent un problème constitutionnel qui intéresse la communauté des citoyens et qui, soit dit en passant, a pu susciter des opinions à travers les canaux traditionnels d'expression démocratique, dans le cadre d'une délibération constitutionnelle collective.

Plus la question qui leur est posée est abstraite et générale, plus les juges constitutionnels seront amenés à dégager des principes, et pas seulement des solutions. Pour citer une fois encore Dominique Rousseau, « le droit se fabrique aussi avec des principes »<sup>25</sup>. Et, dans l'élaboration de ces principes, les juges constitutionnels jouent un rôle prépondérant.

---

24 R. BADINTER et S. BREYER (dir.), *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, 2003, p. 130.

25 D. ROUSSEAU, « La question de la légitimité du juge constitutionnel, auteur du droit », in L. FONTAINE (dir.), *Droit et légitimité*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2011, p. 112.