
L'arrêt Le Compte de la Cour de cassation du 3 mai 1974 : Séparation et lutte des pouvoirs dans l'État de droit d'hier et d'aujourd'hui

Auteur : Grinda, Jean-Baptiste

Promoteur(s) : Behrendt, Christian

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en droit public

Année académique : 2022-2023

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/16794>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

**L'arrêt *Le Compte* de la Cour de cassation du 3 mai 1974 :
Séparation et lutte des pouvoirs dans l'État de droit d'hier
et d'aujourd'hui**

Jean-Baptiste GRINDA

Travail de fin d'études

Master en droit à finalité spécialisée en droit public et administratif

Année académique 2022-2023

Recherche menée sous la direction de :

Monsieur Christian BEHRENDT

Professeur ordinaire

RESUME

L'arrêt *Le Compte*, prononcée par la Cour de cassation le 3 mai 1974, a particulièrement marqué l'histoire du droit constitutionnel belge tant il s'insère difficilement dans la construction traditionnelle de notre État de droit, où les pouvoirs du juge sont supposément les plus restreints, tandis que les mains du Législateur ne connaissent virtuellement que peu d'entraves. En effet, en jugeant de ce que le Pouvoir législatif est permis de faire en vertu de la Constitution, la juridiction judiciaire suprême s'est fameusement retrouvée à un « pas » de créer explicitement un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois.

Ce travail, situé au confluent du droit constitutionnel, de la théorie du droit et de son histoire, s'attellera à étudier les ramifications et les conséquences de l'arrêt de la plus haute juridiction judiciaire sur la notion de la séparation des pouvoirs en droit belge. En outre, cette étude visera à expliquer comment un tel « coup d'État » fut possible, et même, à notre sens, préparé par le Pouvoir judiciaire. Sur ce dernier point, une attention toute particulière sera portée à la figure du plus célèbre Procureur général près la Cour de cassation belge, Ganshof van der Meersch, qui avait anticipé cette prise de pouvoir de l'Ordre judiciaire, posant la question des rapports entre droit et influence du magistrat.

Table des matières

INTRODUCTION	5
PARTIE I : L'ARRET <i>LE COMPTE</i> – PORTEE, CONTEXTE ET CONTRECOUPS	7
SECTION 1 ^{ÈRE} . LA PORTÉE DE LA DÉCISION <i>LE COMPTE</i>	7
<i>Sous-section 1^{ère}. Les faits</i>	7
<i>Sous-section 2. L'examen des moyens par la Cour</i>	8
<i>Sous-section 3. La portée de l'arrêt</i>	11
SECTION 2. LE CONTEXTE DE LA DÉCISION <i>LE COMPTE</i>	13
<i>Sous-section 1. Un nouveau rapport de forces entre pouvoir judiciaire et autres pouvoirs constitués</i>	13
<i>Sous-section 2. Les mercuriales et les conclusions conformes de Ganshof VAN DER MEERSCH</i>	16
SECTION 3. LE CONTRECOUP POLITIQUE DE L'ARRÊT <i>LE COMPTE</i>	19
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE : UN ECHANGE DE « COUPS DE FORCE CONSTITUTIONNELS » ?.....	21
PARTIE II : ANALYSE CRITIQUE METAJURIDIQUE DE L'ARRET <i>LE COMPTE</i>	22
SECTION 1. POSITION DU PROBLEME	22
SECTION 2. L'ARRET <i>LE COMPTE</i> CONFRONTE AU DOGME DE L'INFAILLIBILITE DU LEGISLATEUR	23
<i>Sous-section 1. La tradition de la loi, expression de la volonté générale</i>	23
<i>Sous-section 2. L'infailibilité de la loi face à l'État de droit</i>	27
SECTION 3. L'ARRET <i>LE COMPTE</i> DANS L'ARCHITECTURE DE LA SEPARATION DES POUVOIRS	30
<i>Sous-section 1. Situation de la question</i>	30
<i>Sous-section 2. Montesquieu et la balance des pouvoirs</i>	31
<i>Sous-section 2. L'estompement de la séparation entre Pouvoirs exécutif et législatif</i>	35
<i>Sous-section 3. L'arrêt Le Compte ou l'instauration d'un contre-pouvoir</i>	38
CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE : UN RESULTAT MECANIQUE ?	40
PARTIE III. PRES D'UN DEMI-SIECLE APRES L'ARRET <i>LE COMPTE</i> : LUTTES NOUVELLES ET LUTTES RENOUVELEES	41
SECTION 1 ^{ÈRE} . LES RELATIONS ENTRE POUVOIRS EXECUTIF, LEGISLATIF ET JUDICIAIRE : ACTUALITE ET CRISE SANITAIRE.....	42
<i>Sous-section 1^{ère}. Contexte politique et participatie</i>	42
<i>Sous-section 2. Légalité des mesures gouvernementales et autolimitation du Parlement</i>	43
<i>Sous-section 3. Le Pouvoir judiciaire et l'importance des gardiens alertes</i>	45
SECTION 2. L'INSTITUTION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE : UN NOUVEL EQUILIBRE DES POUVOIRS.....	46
<i>Sous-section 1. La place de la Cour constitutionnelle dans l'architecture des pouvoirs</i>	46
<i>Sous-section 2. Des nouvelles luttes de pouvoirs</i>	48
CONCLUSION GENERALE : QUI CONSTRUIT L'ÉTAT DE DROIT ?	52
BIBLIOGRAPHIE	56

INTRODUCTION

Pourtant partie d'une affaire relativement simple, la décision rendue par la première chambre de la Cour de cassation le 3 mai 1974 est de celles qui remettent en cause les fondements d'un ordre juridique, puisqu'elle est généralement interprétée comme posant un contrôle judiciaire de constitutionnalité d'une norme législative. La Cour aurait de la sorte tenté d'établir son propre *Marbury v. Madison*¹, décision dans laquelle la Cour suprême américaine avait instauré un contrôle diffus de constitutionnalité (aussi appelé « *judicial review* ») des lois². L'année suivante, la Chambre haute du Parlement, piquée au vif, réagit en adoptant une proposition de loi visant à interdire l'établissement d'un tel contrôle.

Le présent travail ne vise pas à contribuer à la « lassitude » éventuelle des constitutionnalistes³ sur le sujet. Ainsi ne seront étudiées qu'incidemment certains arguments de droit positif – citons déjà le fédéralisme et la prolifération normative – avancés en faveur ou à l'encontre de l'instauration d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois. Ces arguments ne sont certainement pas sans intérêt pour comprendre l'arrêt ; néanmoins, leur étude est déjà bien alimentée par la doctrine⁴ et on ne pourra s'empêcher de constater leur caractère quelque peu circulaire.

Le présent travail vise plutôt à proposer une certaine hauteur de vue et une relecture critique des implications métajuridiques de l'arrêt *Le Compte*, particulièrement des points de vue de la théorie générale de l'État de droit et de l'interaction entre pouvoirs constitués.

Dans une première partie seront étudiés le contexte, la portée et les retombées politiques de l'arrêt ; tous ces éléments traduisant pour nous l'existence d'une lutte de pouvoirs interne entre législateur et juge, ce dernier étant notamment entraîné par la volonté du Procureur général VAN

¹ Cour suprême américaine, arrêt *Marbury v. Madison* du 24 février 1803, 5 US 137. Voy. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 33.

² Sur cet arrêt, voy. E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*, 2^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2010, pp.1-28.

³ H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in P. GERARD, F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1983, p. 71. En 1928 déjà, un auteur commence l'article qu'il consacre à ce problème par ces deux phrases : « Encore ! s'écriera sans doute le lecteur, non sans un mouvement d'impatience bien naturel. Et de fait, on hésite à traiter ce sujet après tant de si éminents juriconsultes » : P. VERMEERSCH, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *B.J.*, 1928, col. 321.

⁴ Afin de mieux saisir ces arguments, le lecteur pourra aller consulter les nombreuses contributions de doctrine contemporaines à l'arrêt, citées dans la première partie.

DER MEERSCH. Une fois le contexte posé, cette lutte de pouvoirs sera analysé dans une deuxième partie à travers les deux principaux obstacles métajuridiques se dressant sur le chemin d'un *judicial review* dans l'ordre juridique belge : le dogme de l'infaillibilité du législateur, et le principe de séparation des pouvoirs. Ces deux concepts seront rappelés et précisés, afin de mieux saisir comment l'arrêt *Le Compte* interagit avec eux.

Enfin, nous ne voulons pas nous tourner uniquement vers le passé, tant les questions soulevées par l'arrêt *Le Compte* conserve une actualité brûlante. C'est pourquoi la troisième partie visera à faire l'état des lieux de ces luttes de pouvoir au XXI^{ème} siècle, la pandémie de COVID-19 laissant ses traces dans un ordre juridique où s'exerce désormais un contrôle concentré de constitutionnalité des lois, qui relève de la compétence de la Cour constitutionnelle. Nous aurons ainsi l'occasion de démontrer que les luttes de pouvoirs y sont encore très vives et s'inscrivent dans les concepts que nous aurons développés au cours de la partie précédente.

Tout au long de nos développements, nous évoquerons la figure de l'État de droit. Ainsi, nous terminerons en posant une question à l'apparence simple, mais aux implications fondamentales : qui, en réalité, érige ce principe ?

PARTIE I : L'ARRET *LE COMPTE* – PORTEE, CONTEXTE ET CONTRECOUPS

SECTION 1^{ÈRE}. LA PORTÉE DE LA DÉCISION *LE COMPTE*

Sous-section 1^{ère}. Les faits

Pour un arrêt aussi retentissant, les faits l'ayant précédé sont d'une remarquable simplicité.

En octobre 1970, un médecin flamand, le Docteur Herman Le Compte, est condamné à une suspension du droit d'exercer la médecine pour une durée de six semaines par le Conseil provincial de l'Ordre des médecins de Flandre occidentale en raison d'un entretien accordé à un journal belge, à l'occasion duquel le médecin aurait réalisé une publicité contraire à la dignité et à l'honneur de la profession. Après le rejet par les différentes instances compétentes d'une série de recours successifs, le médecin persiste à ne pas respecter cette sanction, ce qui donnera lieu à une procédure judiciaire aboutissant à un arrêt du 25 juin⁵.

En parallèle, le 30 juin 1971, une nouvelle sanction – à savoir une suspension du droit de pratiquer la médecine d'une durée de trois mois – frappa le Dr. Le Compte, accusé d'avoir outragé l'Ordre en divulguant et critiquant publiquement les décisions prononcées à son encontre. Cette sanction – l'accusation d'outrage en moins – est par la suite confirmée par le conseil d'appel de l'Ordre des médecins. Le médecin engage alors un pourvoi en cassation contre cette dernière décision, dont le rejet constitue la décision *Le Compte contre Ordre des médecins*⁶ à laquelle est dédié le présent travail.

⁵ Cass., 25 juin 1974, *Pas.*, 1975, I, pp. 1114 et s.

⁶ Cass., 3 mai 1974, *Pas.*, 1975, I, pp. 910 et s.

Sous-section 2. L'examen des moyens par la Cour

§1. Le droit applicable à l'espèce

Afin de mieux saisir le raisonnement qui sera suivi par la Cour, nous commencerons par présenter le droit applicable à l'affaire *Le Compte*. Si les textes légaux pertinents peuvent apparaître nombreux, il convient de garder présent à l'esprit qu'il s'agit plus simplement d'une construction « pyramidale » – ce mot n'étant pas choisi au hasard, comme nous aurons l'occasion de le démontrer.

Les griefs du sieur Le Compte sont dirigés contre l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins⁷ (ci-après : « arrêté royal n° 79 »), un arrêté de pouvoirs spéciaux qui soumet l'exercice de la médecine à l'affiliation obligatoire à l'Ordre des médecins et qui accorde aux conseils de l'Ordre le pouvoir de réprimer par la voie disciplinaire les infractions aux règles de la déontologie médicale. Cet arrêté fut pris sur la base d'une habilitation portée par la loi de pouvoirs spéciaux du 31 mars 1967⁸, qui autorisait le Roi à adapter ou abroger certaines dispositions législatives.

En l'occurrence, l'Ordre des médecins a été créé par une loi du 25 juillet 1938⁹, qui est donc remplacée et abrogée par l'arrêté n° 79. Enfin, l'arrêté n° 79 habilite le Roi à fixer sa date d'entrée en vigueur¹⁰. Ce sera chose faite par l'adoption d'un arrêté royal « simple »¹¹ du 25 mars 1969¹², qui entérine de la sorte l'abrogation de la loi de 1938.

§2. L'examen des premier, deuxième et quatrième moyens

À l'appui de son pourvoi, le docteur *Le Compte* invoque quatre moyens, relatifs notamment à la liberté d'association, au droit à un procès équitable ou à la compétence des juridictions disciplinaires. La Cour ne s'étendra que brièvement sur chacun de ces griefs, que l'on peut volontiers considérer comme étant plutôt « hasardeux »¹³.

⁷ *Moniteur belge*, 14 novembre 1967.

⁸ Loi attribuant certains pouvoirs au Roi en vue d'assurer la relance économique, l'accélération de la reconversion régionale et la stabilisation de l'équilibre budgétaire, *Moniteur belge*, 4 avril 1967.

⁹ Loi créant l'Ordre des médecins, *Moniteur belge*, 13 août 1938.

¹⁰ Article 32 de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967.

¹¹ En opposition à « de pouvoirs spéciaux ».

¹² Arrêté royal portant exécution de certaines dispositions de l'article 32 de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins, *Moniteur belge*, 28 mars 1969.

¹³ A. MAST, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », note sous Cass., 3 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1975, p. 217.

La Cour rejettera tout d'abord le premier argument lié au versant négatif de la liberté d'association – à savoir le droit ne pas rejoindre un groupement¹⁴ – en invoquant la nature et les missions de l'Ordre, institution de droit public qui veille notamment au respect des règles de la déontologie médicale. Le but poursuivi par l'obligation présentant un caractère d'intérêt général (car lié à la santé publique), celle-ci est également conforme au prescrit de l'art. 11 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵.

Le deuxième moyen sera également rapidement considéré comme non-fondé : si la Constitution, en son article 92 (actuel art. 144), réserve les contestations ayant pour objet des droits civils aux tribunaux judiciaires, un litige relatif à une sanction disciplinaire n'a pas la nature d'une telle contestation, et les juridictions disciplinaires créées par le Roi (conformément à une autorisation du Pouvoir législatif) en l'espèce ne sont pas des juridictions extraordinaires prohibées par l'article 94 (actuel art. 146) de la Constitution.

Un quatrième et dernier grief reposait sur une éventuelle violation de l'art. 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, protégeant le droit à un procès équitable, au cours de la procédure disciplinaire. Il sera également rapidement rejeté, la disposition conventionnelle ne s'appliquant pas selon la Cour devant les juridictions disciplinaires¹⁶.

§3. *L'examen du troisième moyen*

Bien que le troisième moyen n'ait pas été spécialement mieux formulé que les autres, c'est bien en l'examinant que la Cour écrira les mots qui feront date. L'auteur du pourvoi estimait que le Roi ne pouvait abroger une disposition législative sans violer l'article 67 (actuel 108) de la Constitution, selon lequel « [le Roi] fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution »¹⁷. L'arrêté royal du 25 mars 1969, simple norme réglementaire fondée sur l'arrêté

¹⁴ C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de Droit constitutionnel belge*, 1^{ère} éd., La Charte, 2019, p. 666. Voy. aussi l'art. 1^{er} de la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association : « Nul ne peut être contraint de faire partie d'une association ou de n'en faire pas partie ».

¹⁵ Cela sera confirmé par la Cour de Strasbourg dans Cour eur. dr. h., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, spéc. §§. 64 et 65.

¹⁶ Sur ce point, la Cour de Strasbourg contredira la Cour de cassation belge, et reconnaîtra en l'espèce une méconnaissance de la publicité des audiences requise par l'art. 6, §1^{er} de la Convention (Cour eur. dr. h., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, §§. 41-61).

¹⁷ Le libellé de la disposition constitutionnelle actuelle demeure inchangé, si ce n'est pour l'ajout des mots « Le Roi » en début de phrase, à la place du simple pronom « Il ».

royal de pouvoirs spéciaux n° 79, aurait ainsi abrogé indûment la loi du 25 juillet 1938 créant l'Ordre des médecins.

Formulée de cette manière, la question peut être perçue comme nécessitant un contrôle de constitutionnalité portant sur une simple norme réglementaire, et non sur un acte législatif – examen tout à fait ordinaire prévu par l'art. 159 de la Constitution. Néanmoins, après avoir rappelé la construction normative en cascade applicable à l'affaire¹⁸, la Cour affirme naturellement que « l'article 78 (actuel article 105) de la Constitution *permet* qu'une loi particulière, portée en vertu de la Constitution même, étende l'exercice du pouvoir réglementaire du Roi au-delà des limites fixées par l'article 67 de la Constitution » (nous soulignons). La conclusion est limpide : « dès lors, le Roi a, sur base de la loi d'habitation du 31 mars 1967, pu décider, par l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967, l'abrogation de la loi du 25 juillet 1938 » ; cela vaut par conséquent aussi pour l'arrêté royal du 25 mars 1969, « pris en exécution de l'arrêté n° 79 ».

Il convient une fois de plus de souligner que la solution retenue par la Cour aurait difficilement pu être différente. Il ne fait guère de doute que l'invocation par le requérant de l'article 108 de la Constitution était hors-sujet, puisque cette disposition se contente d'attribuer la compétence spécifique d'exécution des lois au Roi¹⁹ – sans qu'il soit requis une habilitation du Parlement, donc²⁰ – tout en précisant bien qu'il ne peut porter atteinte aux textes législatifs de sa seule initiative²¹. À côté de cette prérogative, l'article 105 autorise le législateur à octroyer plus de liberté à l'action du Roi²², même si cette habilitation ne peut être illimitée, tant sur le plan matériel que temporel²³. Quant à l'arrêté royal du 25 mars 1969, celui-ci a simplement fixé la

¹⁸ Voy. *supra*, au §1. de la présente sous-section.

¹⁹ Appelé plus communément le « pouvoir réglementaire d'exécution » (M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2015, p. 483.)

²⁰ K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 247.

²¹ *Ibid.*, p. 239 ; J. MERTENS, *Le Fondement juridique des Lois de Pouvoirs spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 1945, p. 193.

²² A. BUTTGEBACH, « La pratique des pouvoirs spéciaux et le droit constitutionnel de la Belgique », *Revue de droit public*, 1939, p. 119 ; T. DE PELSMAEKER, G. GOEDERTIER, J. GOOSSENS, Y. HAECK, et J. VANDE LANOTTE, *Belgisch Publiekrecht, Deel 1*, Bruges, die Keure, 2015, p. 130 ; T. MOONEN, « Bijzondere machten als oplossing voor een crisis. Of zelf in een midlifecrisis? », in E. VANDENBOSSCHE (dir.), *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2019, p. 178.

²³ Voy. not. M. LEROY, *op. cit.*, pp. 489-490 ; aussi H. COREMANS, « Losse beschouwingen bij het verschijnen van de bijzondere-machtenwetten » *Liber Amicorum Robert Senelle*, Bruges, Die Keure, 1986, pp. 225-243 ; K. RIMANQUE, « Kritische kanttekeningen bij de recente ontwikkelingen inzake de bijzondere machten », *Liber Amicorum Robert Senelle*, ouvrage précité, pp. 245-265.

date d'abrogation de la loi de 1938, acte différent par nature de l'abrogation-même²⁴, y étant habilité par un arrêté de pouvoirs spéciaux.

Ces derniers développements étaient déjà communément admis par la doctrine majoritaire, et le sont toujours ; l'arrêt de la Cour a néanmoins permis de les consacrer définitivement dans la jurisprudence²⁵.

Sous-section 3. La portée de l'arrêt

Comme nous avons pu le voir, la solution de rejet du pourvoi est difficilement critiquable. Aussi l'intérêt de l'arrêt se trouve plutôt dans la démarche suivie par l'organe judiciaire suprême²⁶. Dans les années suivant son prononcé, le couple d'attendus mettant en rapport l'article 105 de la Constitution et la loi d'habilitation du 31 mars 1967 suscita nombre de controverses quant à sa portée, dans la droite lignée des débats autour de l'instauration d'un contrôle juridictionnel des lois²⁷.

Une partie de la doctrine y a vu, en effet, l'affirmation d'une nouvelle compétence du pouvoir judiciaire de contrôle de constitutionnalité des textes législatifs²⁸ ; l'autre, à l'inverse, a vu dans le manque de fermeté des mots de la Cour la preuve que celle-ci maintenait sa jurisprudence traditionnelle²⁹. Comme l'a résumé – non sans ironie – Francis DELPÉREE, « rarement décision de justice aura fait autant l'unanimité des plaideurs »³⁰. Nous renvoyons le lecteur désireux d'en découvrir plus sur les débats contemporains à l'arrêt aux ouvrages de Hugues DUMONT³¹ et de

²⁴ A. VANWELKENHUYZEN, « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, p. 578.

²⁵ *Ibid.*, p. 579 ; C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 343.

²⁶ F. DELPEREE, « La conformité de la loi à la Constitution », *R.C.J.B.*, 1977, p. 455.

²⁷ L'ouvrage maître en la matière, qui retrace (entre autres) l'évolution de la jurisprudence ainsi que de la doctrine autour du contrôle de constitutionnalité des lois de 1831 jusqu'aux années 1970, est *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Travaux des sixièmes journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Larcier, 1973, 581 p.

²⁸ Voy. not. A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.* pp. 578-579 ; F. DELPÉREE, *op. cit.*, p. 456 ; J. DE MEYER, note sous Cass., 3 mai 1974, *R.W.*, 1974-1975, pp. 102-108 ; E. HAESBROUCK, « Gerechtigkeitsprobleem van wetten met regionaal toepassingsgebied », *R.W.*, 1974-1975, col. 1597-1598.

²⁹ Voy. not. A. MAST, *op. cit.* pp. 217-219 ; K. RIMANQUE, « Overwegingen naar aanleiding van het cassatie-arrest van 3 mei 1974 inzake lecompte tegen de Belgische orde der Geneesheren », *T.B.P.*, 1974, pp. 266-269 ; L. P. SUETENS, « Gerechtigkeitsprobleem van wetten met regionaal toepassingsgebied », *R.W.*, 1974-1975, col. 1723-1725 ; J. DELVA, « Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de Grondwet », *T.B.P.*, 1978, p. 381.

³⁰ F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 452.

³¹ H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 71-174.

Jan VELAERS³², qui ont chacun fourni des synthèses fournies et circonstanciées des commentaires doctrinaux de l'époque³³.

Notre examen se limitera donc aux considérations suivantes, tant l'encre a déjà pu couler sur le sujet.

Tout d'abord, en ce qui concerne les deux premiers moyens, la Cour ne s'est contentée que d'analyser la constitutionnalité d'un arrêté de pouvoirs spéciaux, qui n'est pas un acte législatif³⁴. Elle n'a ainsi pas suivi le raisonnement des conclusions de son Procureur général, qui envisageait la possibilité que la Cour puisse contrôler indirectement la constitutionnalité de la loi du 25 juillet 1938, dont les atteintes supposées à la liberté constitutionnelle d'association et à la compétence des juridictions judiciaires ont simplement été reprises dans l'arrêté litigieux³⁵. Jusque là, il n'y a donc aucune prise de position, même implicite, sur la possibilité d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité³⁶.

En revanche, il nous apparaît indéniable que la Cour a opéré un véritable contrôle de conformité d'une loi par rapport à la Constitution lors de l'examen du troisième moyen. Nous rejoignons en ce sens Francis DELPÉRIE, qui note que les deux attendus tant discutés répondent au moyen posé en retraçant concrètement la hiérarchie normative surplombant l'arrêté litigieux, chacune des normes citées tirant sa validité d'une norme supérieure – y compris la loi par rapport à la Constitution³⁷. Dès lors, en adoptant pleinement ce raisonnement positiviste, « la Cour de cassation consent pour la première fois – de manière implicite, mais certaine – à se prononcer sur la conformité d'une loi à la Constitution »³⁸.

En outre, il est en frappant de constater que la Cour aurait pu répondre aux différents griefs « sans s'attacher au problème du contrôle de la constitutionnalité des lois »³⁹. Du propre aveu du Procureur général, pourtant favorable à l'instauration d'un *judicial review*, « à prendre le moyen au pied de la lettre », seule est soulevée la question de la conformité de l'*arrêté* aux

³² J. VELAERS, *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 578 p.

³³ Voy. également F. DELPÉRIE et F. TULKENS, « La création de la Cour d'arbitrage », in F. DELPÉRIE (dir.), *La Cour d'arbitrage. Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 18-23.

³⁴ M. LEROY, *op. cit.*, p. 489 ; G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 116 ; Voy. aussi C. const., arrêt n° 83/2020 du 4 juin 2020, B.1.2., où la Cour rejette sa compétence au motif qu'un arrêté royal, même adopté en vertu d'une loi de pouvoirs spéciaux, n'est pas une norme législative tant qu'il ne se voit pas confirmé par le Parlement.

³⁵ G. VAN DER MEERSCH, *Concl. préc. Cass.*, 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, p. 565.

³⁶ A. MAST, *op. cit.*, p. 217.

³⁷ F. DELPÉRIE, « La conformité de la loi à la Constitution », *op. cit.*, p. 456.

³⁸ A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 576.

³⁹ H. DUMONT, *op. cit.*, p. 132.

dispositions constitutionnelles et conventionnelles⁴⁰. Ainsi, la Cour a selon nous prononcé les mots décisifs, insérés en « *obiter dictum* » superflu⁴¹, en parfaite connaissance de cause de ce qu'une telle extrapolation des moyens d'origine engendrerait⁴².

Ce dernier constat est d'autant plus vrai que la Cour a réitéré – ou, à tout le moins, n'a pas contredit – son raisonnement plusieurs fois dans les mois qui suivirent⁴³, y compris de manière parfaitement identique dans deux autres arrêts concernant l'affaire *Le Compte*⁴⁴ et où les griefs invoquaient cette fois explicitement une contrariété entre la loi de pouvoirs spéciaux et les dispositions constitutionnelles⁴⁵.

SECTION 2. LE CONTEXTE DE LA DÉCISION *LE COMPTE*

Sous-section 1. Un nouveau rapport de forces entre pouvoir judiciaire et autres pouvoirs constitués

Dans le tumulte des débats doctrinaux sur la possibilité d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois, une chose demeure certaine : le silence tant de la Constitution de 1831⁴⁶ que des travaux du Congrès national⁴⁷.

Cependant, encore adolescente, la Cour de cassation a pu couper court aux éventuelles dissensions jurisprudentielles en affirmant sans équivoque dans un arrêt du 23 juillet 1849 « qu'il n'[appartenait] pas » au pouvoir judiciaire d'examiner si une disposition légale « est ou non en harmonie » avec une disposition constitutionnelle⁴⁸. Cette jurisprudence d'une « fermeté

⁴⁰ G. VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 568.

⁴¹ F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 457.

⁴² F. DELPEREE, « Au nom de la loi », *J.T.*, 1975, p. 491.

⁴³ H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 133-134. Voy. aussi J. DE JONGHE et F. REYNTJENS, « De twijfels van het Hof van cassatie », *R.W.*, 1975-1976 pp. 2113-2130.

⁴⁴ Cass. 25 juin 1974, *Pas.*, 1975, I, pp. 1114 et s., avec les conclusions conformes du premier avocat général F. DUMON, *R.W.*, 1974-1975, col. 108 et s. ; Cass., 6 septembre 1974, *Pas.*, 1975, I, pp. 15 et s.

⁴⁵ F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, p. 458.

⁴⁶ J. VELU, *Droit Public*, t. I : *Le Statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, p. 230.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 231 ; A. ALEN, *Rechter en bestuur in het Belgische Publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, vol. 1, Antwerpen, Kluwer, 1984, p. 877.

⁴⁸ *Pas.*, 1849, I, p. 443.

remarquable »⁴⁹ ne connaîtra presque aucun fléchissement pendant plus d'un siècle⁵⁰, et on a pu en dire qu'il s'agissait d'un véritable « axiome » dont on estimait qu'il n'était même pas nécessaire de le prouver⁵¹.

Néanmoins, plusieurs décisions phares rendues à partir de l'entre-deux-guerres commenceront à marquer une évolution des rapports entre pouvoirs constitués, puisque le juge s'arroge un nombre grandissant de prérogatives de contrôle sur l'action des Puissances exécutives et législatives⁵². À cette montée en puissance du pouvoir judiciaire correspond également un « mouvement continu de désacralisation de la loi »⁵³.

En premier jalon de cette marche vers un contrôle de constitutionnalité des lois, on trouve le célèbre arrêt *La Flandria* de 1920⁵⁴ qui reconnaît que l'action de l'administration ne peut échapper par nature au contrôle du juge judiciaire, et qu'elle peut être constitutive d'une faute engageant la responsabilité du pouvoir exécutif. La Cour doit connaître des contentieux relatifs à des droits civils, peu importe « la qualité des parties contendantes »⁵⁵.

Trente ans plus tard, l'arrêt *Waleffe*⁵⁶ va poser le principe de « présomption de constitutionnalité » des lois de pouvoirs spéciaux. Le juge, en examinant les pouvoirs conférés au Roi par une telle loi, doit ainsi partir du principe que le législateur n'a pas voulu violer la Constitution et rejeter l'interprétation qui rendrait la loi contraire à la Constitution⁵⁷ : si inconstitutionnalité il y a, elle ne se situe pas dans l'habilitation-même, mais dans la violation par l'arrêté litigieux de la loi d'habilitation.

⁴⁹ P.-E. TROUSSE, « La jurisprudence », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, *op. cit.*, p. 299.

⁵⁰ J. STENGERS, « Autour d'un Centenaire Les tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1949, vol. 27, n° 3, pp. 679 et s. Voy. pour plus un exposé plus détaillé P.-E. TROUSSE, *op. cit.*, pp. 299-321.

⁵¹ J. DE MEYER, *op. cit.*, p. 107. Nous reviendrons sur les fondements idéologiques de cet axiome *infra*, dans la seconde partie.

⁵² G. ROSOUX, *op. cit.*, pp. 28-34 ; F. BOUHON, « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de l'arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2007, vol. 4, pp. 388-392. Ces évolutions sont bien évidemment mises en évidence dans les conclusions de VAN DER MEERSCH (*op. cit.*).

⁵³ F. BOUHON, *op. cit.*

⁵⁴ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193.

⁵⁵ Même s'il ne s'agit pas là d'un brutal « arrêt de rupture », son caractère fondateur et définitif est incontestable (B. DUBUISSON, « En guise de conclusions : *La Flandria*, un arrêt centenaire mais toujours vert... », *J.T.*, 2020, pp. 774-745).

⁵⁶ Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, pp. 560-572.

⁵⁷ J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 50-51.

À notre sens, il s'agit là d'une prémisse d'un contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois, étant donné que le juge est appelé à interpréter la loi vis-à-vis de la Constitution, même si cette interprétation conclut systématiquement à un constat de conformité⁵⁸.

En 1971 survient un « coup de tonnerre »⁵⁹ avec l'arrêt *Le Ski*⁶⁰ qui permet aux juges d'exercer un contrôle diffus de conventionnalité des lois. Désormais, selon une formule demeurée célèbre, si un « conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir » ; il s'agit là de la confirmation de l'appartenance de l'ordre juridique belge à l'école moniste à primauté du droit international⁶¹. Voilà la loi directement soumise à une norme supérieure, fait complètement inédit dans l'histoire juridique belge.

Néanmoins, malgré tout ce cheminement, les autorités constitutionnelles et législatives n'étaient cependant pas encore prêtes à renoncer à l'inviolabilité des lois⁶². Cela peut d'ailleurs expliquer en partie pourquoi la Cour ne se montre pas aussi hardie dans l'arrêt *Le Compte* qu'elle a pu l'être dans l'affaire *Le Ski*. Toutefois, il demeure qu'elle a fait le choix de ne pas revenir à ses antennes habituelles, comme si elle préparait le terrain à une « évolution plus progressive et mesurée de sa jurisprudence »⁶³.

D'autres facteurs juridiques ont également pu être cruciaux dans ce processus de remise en question des puissances étatiques, parmi lesquels nous pouvons citer l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité *a priori* des futurs actes législatifs par la section de législation du

⁵⁸ Voy. en ce sens G. ROSOUX, *op. cit.*, p. 30, H. DUMONT, *op. cit.*, p. 109 ; *contra* J. VELAERS, *op. cit.*, p. 51, J. DE MEYER, *op. cit.*, p. 107.

⁵⁹ Certains auteurs ont même parlé de « révision constitutionnelle par voie jurisprudentielle » (J. DE MEYER, « Hiërarchie en conflicten van normen na de grondwetsherziening », *R.W.*, 1971-72, p. 1674).

⁶⁰ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, pp. 886 et s.

⁶¹ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'Etat : manuel*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 487-493.

⁶² J. VELAERS, *op. cit.*, p. 60.

⁶³ A. VANWELKENHUYZEN, *op. cit.*, p. 579.

Conseil d'État⁶⁴, et évidemment le processus de fédéralisation de la Belgique auparavant unitaire⁶⁵⁶⁶.

Sous-section 2. Les mercuriales et les conclusions conformes de Ganshof VAN DER MEERSCH

§1. UN ART DIVINATOIRE ?

Si le pouvoir constituant ne peut prononcer la vérité constitutionnelle comme un « oracle de Delphes »⁶⁷, il peut arriver que d'autres acteurs institutionnels prennent les devants et se lance dans une opération quasi-divinatoire en « prédisant » de quoi sera fait la jurisprudence fondamentale de la Cour de cassation. Tel est, à notre sens, le procédé suivi par les mercuriales de Ganshof VAN DER MEERSCH, Procureur général de la Cour de cassation de 1968 à 1974 ; à titre d'illustration, en 1968, l'Avocat général avait en effet également « prédit » la célèbre décision *Le Ski* de mai 1971⁶⁸.

En réalité, la part de prédiction dans les paroles de VAN DER MEERSCH est à relativiser, tant l'influence concrète de ses avis sur les décisions de la Cour se fait ressentir. L'arrêt *Le Compte* fut en effet prononcé sur conclusions conformes, à l'instar de l'arrêt *Le Ski*. Si en 1973, la Cour s'est exprimée plutôt prudemment, elle a tout de même « cédé (...) aux exhortations » de son

⁶⁴ Même si, de toute évidence, le Conseil d'État n'a jamais pu s'arroger le dernier mot quant à la constitutionnalité des projets qu'il examine (Voy. not. F. PERIN, « Le contrôle de la constitutionnalité des avant-projets et propositions de lois par la section de législation du Conseil d'Etat », *J.T.*, 1951, pp. 329 et s., et W. VAN ASSCHE, « Het preventief toezicht op de grondwettigheid van de ontwerpen van wet en decreet », *T.B.P.*, 1973, pp. 219-229.)

⁶⁵ H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 105 et s.

⁶⁶ Par manque de place, il est impossible de citer les multiples faits historiques et philosophiques pertinents, notamment relatifs aux expériences des guerres mondiales et à l'influence américaine sur nos contrées (voy. not. pour une synthèse de ces éléments F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, pp. 41-53)

⁶⁷ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 23.

⁶⁸ G. VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », Mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 2 septembre 1968, *J.T.*, 1968, pp. 485-496. Voy. aussi celle de son prédécesseur, H. DE TERMICOURT, « Le conflit Traitée-Loi interne », *J.T.*, 1963, pp. 481-486.

Procureur général⁶⁹. Par ailleurs, la doctrine s'accorde généralement à dire que l'intérêt premier – voire « tout entier »⁷⁰ – de l'arrêt de la Cour réside dans les conclusions de VAN DER MEERSCH.

La plume du magistrat assis étant relativement restreinte dans notre système de droit civil par rapport à celle de ses homologues américains, les conclusions du Parquet peuvent indirectement offrir à la Cour un moyen d'expression plus libre que dans le carcan du jugement. Il est à cet égard intéressant de souligner la similarité des arguments énoncés dans *Marbury* par le *Chief Justice* MARSHALL avec ceux repris par VAN DER MEERSCH⁷¹, en particulier ceux relatifs à « l'essence de la mission du juge »⁷² et à l'efficacité de la norme constitutionnelle⁷³.

§2. DES MERCURIALES PROGRAMMATIQUES

Dès 1972, le magistrat l'annonce : face aux profondes réformes de l'État belge, « l'heure du juge va sonner »⁷⁴. Le magistrat en viendrait presque à enfiler la toge de l'avocat quand il poursuit :

« Les cours et tribunaux ont, depuis la naissance de l'Etat belge, contrôlé avec sagesse et sans heurts la conformité de toutes les dispositions de caractère réglementaire à la Constitution et à la loi.

Leur action [...] a contribué à maintenir l'harmonie et l'équilibre qui sont la mission sociale du droit. Demain, avec le même respect du droit, la même conscience et (...) la même maîtrise, le pouvoir judiciaire accomplira les tâches nouvelles qui résulteront pour lui de la mise en œuvre des nouveaux principes constitutionnels »⁷⁵.

Précisons d'emblée que les « tâches nouvelles » dont il est fait mention désignent le processus complexe mis en place à l'aube de la première réforme de l'État, qui comprenaient une

⁶⁹ P. DE VISSCHER, « La sauvegarde de la suprématie de la Constitution », *A.P.T.*, 1976-1977, p. 93.

⁷⁰ A. MAST, *op. cit.*, p. 218.

⁷¹ *Ibid.*, p. 220.

⁷² G. VAN DER MEERSCH, *Concl. préc. Cass.*, 3 mai 1974, p. 566. *Comp. avec Marbury* : « [If] a law be in opposition to the constitution; (...) the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is of the *very essence of judicial duty* ». Nous soulignons.

⁷³ *Ibid.*, pp. 566-567. *Comp. avec Marbury* : « Those then who controvert the principle that the constitution is to be considered, in court, as a paramount law, are reduced to the necessity of maintaining that the courts must close their eyes on the constitution, and see only the law. This doctrine would (...) declare that an act which, according to the principles and theory of our government, is entirely void, is yet, in practice, completely obligatory ».

⁷⁴ G. VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur la révision de la Constitution », *J.T.*, 1972, p. 494.

⁷⁵ *Ibid.*

participation restreinte du pouvoir judiciaire à la résolution des conflits entre normes fédérales et décrétales⁷⁶. Toutefois, l'on ne saurait manquer de noter les compliments dithyrambiques – et ambigus – que l'auteur adresse à ses collègues.

À l'occasion de la mercuriale prononcée en septembre 1973, les paroles de VAN DER MEERSCH prendront une nouvelle signification, puisqu'il y anticipe de manière évidente le contenu de la décision *Le Compte* :

« Appelé à interpréter et à appliquer le droit interne, [le juge] s'inspirera, en cas de concours, du principe fondamental de l'obéissance à la Constitution. (...) Il sera conscient de la sauvegarde que représente, spécialement pour la protection des libertés individuelles dont il a la garde, la suprématie juridique de la règle constitutionnelle, qui s'impose au respect de tous les pouvoirs constitués »⁷⁷.

Cette nouvelle prérogative ne tombe néanmoins pas de nulle part ; aussi VAN DER MEERSCH poursuit encore dans sa défense de l'Ordre judiciaire :

« Ayant, à juste titre, adopté [la] ligne de conduite [*Le Ski*], conforme à l'expression de la conscience publique et aux grandes lignes de l'évolution du droit, peut-il ne pas être attentif au contrôle de la conformité de la loi à la loi suprême de droit interne et laisser dépérir l'exercice d'un pouvoir qui relève de la mission du juge, à l'heure où d'autres contrôles se sont progressivement affaiblis ? Le juge a suffisamment donné de preuves de sa prudence et de sa conscience, pour que ce contrôle, qui juridiquement et socialement s'impose, soit accepté avec confiance. »⁷⁸

Il n'est pas question ici d'accuser la Cour d'une préméditation incompatible avec son devoir de réserve ; néanmoins, permettons-nous de rappeler qu'il est impossible pour le juge d'aborder une affaire « vierge de toute opinion »⁷⁹. En l'espèce, il semble que la fin – l'instauration d'un véritable contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois – attendaient impatiemment les moyens de voir le jour. Une telle opportunité apparut avec la requête du Dr. Le Compte, mais

⁷⁶ Nous renvoyons à la mercuriale pour un exposé de ces mécanismes ; voy. aussi H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 106-115.

⁷⁷ G. VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *J.T.*, 1973, p. 510.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ P. MARTENS, « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, p. 650.

nul doute que la Cour n'aurait pas tardé à se prononcer dans le même sens dans une autre affaire, notamment au vu de la pression d'une partie grandissante de la doctrine⁸⁰.

Les auteurs du *Fédéraliste* ne pensaient peut-être pas si bien écrire quand il affirmaient que la construction institutionnelle doit lier « l'intérêt de l'homme » aux « droits constitutionnels de la place »⁸¹. À notre sens, tout indique que l'arrêt *Le Compte* s'inscrit dans le prolongement conforme de ces mercuriales et apparaît être une parfaite expression d'une défense des intérêts du juge en tant qu'acteur institutionnel.

SECTION 3. LE CONTRECOUP POLITIQUE DE L'ARRÊT *LE COMPTE*

À la suite d'un discours du Premier Avocat général de la Cour d'appel de Gand dans lequel il revendiquait pour le pouvoir judiciaire la prérogative de contrôler la constitutionnalité des lois⁸², Albert CHOME écrivait dès 1927 ces paroles prophétiques :

« Que le pouvoir judiciaire prenne garde ! Ses tentatives d'empiétement pourraient bien inquiéter un jour le Parlement. Il lui serait facile de rappeler à l'ordre une magistrature qui s'insurge contre l'ordre constitutionnel, ne fût-ce que pour lui montrer par le fait que l'égalité absolue des pouvoirs n'est qu'un vain mot, que la loi est la loi pour tout le monde et qu'il appartient à la magistrature comme à tous d'y obéir »⁸³.

C'est peu dire que la réaction parlementaire à l'arrêt *Le Compte* ne fut guère chaleureuse. Un peu plus d'un an après, le 7 mai 1975, une proposition de loi « sur la constitutionnalité des lois » est déposée au Sénat⁸⁴. Son article unique affirme que « les cours et tribunaux ne sont pas juges de la constitutionnalité des lois et des décrets : cette compétence relève du seul Pouvoir législatif ». Cette disposition sera adoptée dès le 26 juin de la même année, à une écrasante majorité⁸⁵.

⁸⁰ R. LEYSEN et J. SMETS, *Toetsing van de Wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, pp. 7-12.

⁸¹ Madison, *Le Fédéraliste* n° 51

⁸² L. SOENENS, « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *B. J.*, 1927, col. 613-631.

⁸³ A. CHOME, « Le pouvoir judiciaire et la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1927, col. 742.

⁸⁴ *Doc. Parl.*, Sén., 1974-1975, n° 602/1.

⁸⁵ 132 voix pour, 9 voix contre et 3 absentions (*Ann. parl.*, Sén., 1974-1975, séance du jeudi 26 juin 1975, n° 114, p. 2712).

Le rapport défendant la proposition reprend quatre arguments s'opposant à l'instauration d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité : la contrariété à l'esprit de la Constitution et à la séparation des pouvoirs, la contrariété à la volonté du Pouvoir constituant, la nuisance à l'ordre dans l'État et à la sécurité juridique, et le danger pour les intérêts supérieurs de la Nation⁸⁶.

Les trois premiers arguments seront étudiés au long de la seconde partie. Pour ce qui concerne le dernier, permettons-nous de souligner son caractère à tout le moins paradoxal, étant donné qu'il fonde le caractère inconstitutionnel du *judicial review*... sur la nécessité ne pas respecter la Constitution dans certaines circonstances⁸⁷.

Quant à la méthode, elle pose nécessairement question, une telle loi ne pouvait être que « superflue ou inconstitutionnelle »⁸⁸, puisque ce n'est pas au législateur de résoudre la problématique en invoquant un pouvoir d'interprétation authentique de la Constitution : soit cette dernière est claire et l'intervention législative est sans objet, soit le législateur se fait constituant d'autorité en comblant le vide existant, ce qui est évidemment proscrit⁸⁹.

Le projet sera transmis à la Chambre⁹⁰, qui ne lui donnera pas suite. En réalité, les députés n'avaient aucune « indifférence ou (...) hostilité »⁹¹ contre l'idée, mais « la Cour de cassation avait fait savoir par les voies habituelles qu'elle n'entendait pas suivre les solutions proposées par son procureur général »⁹².

⁸⁶ Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. DE STEXHE, *Doc. Parl., Sén.*, 1974-1975, n° 602/2, pp. 12 et s.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 20-23. Rappelons à cet égard qu'en vertu de son article 187, la Constitution belge ne peut en aucune circonstance être suspendue en tout ni en partie.

⁸⁸ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 94.

⁸⁹ Nous renvoyons à la démonstration de l'inconstitutionnalité de la proposition réalisée par F. DELPÉRÉE (« Au nom de la loi », *J.T.*, 1975, pp. 489-496). Voy. la réplique de P. DE STEXHE, « Au nom de la loi. Observations. », *J.T.*, 1975, pp. 625-627.

⁹⁰ *Doc. parl., Ch.*, 1974-1975, n° 637/1.

⁹¹ *Doc. parl., Sén.*, S.E. 1988, n° 100-3/2, p. 9.

⁹² *Ibid.*

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE : UN ECHANGE DE « COUPS DE FORCE CONSTITUTIONNELS » 93 ?

Nous avons pu établir que la Cour de cassation, dans l'arrêt *Le Compte*, avait incontestablement exercé un contrôle de constitutionnalité d'une loi, ouvrant la porte à une nouvelle jurisprudence en la matière. Cet élan, grandement influencé par l'activisme du Procureur général VAN DER MEERSCH, n'a néanmoins pas duré, la Cour s'étant « engagé » auprès des parlementaires à ne pas poursuivre dans cette voie après que ceux-ci ont menacé d'intervenir par le biais législatif. Bien qu'elle puisse être d'un intérêt certain, la question de la validité juridique et de la légitimité d'un tel engagement ne sera pas étudiée ici⁹⁴.

En revanche, tous ces échanges démontrent l'existence d'une tension entre pouvoirs législatif et judiciaire, qui revendiquent pourtant chacun des fondements juridiques et institutionnels souvent identiques, étant intimement liés à la question de la souveraineté et de la séparation des pouvoirs. On a ainsi pu noter l'apparence de « cercle vicieux » de la querelle, où « chacun (...) cherche à interpréter la Constitution en dernier ressort, pour répondre à la question de savoir qui a le droit de l'interpréter en dernier ressort »⁹⁵.

La seconde partie visera à étudier la pertinence des fondements invoqués, et principalement à mettre en lumière la décision *Le Compte* et ses conséquences par leur prisme.

⁹³ Pour reprendre, à propos de la proposition de loi des sénateurs, l'expression de F. DELPEREE (*op. cit.*, p. 496).

⁹⁴ Le Procureur général Frédéric DUMON, sous sa casquette académique, dénoncera à cet égard l'absence d'un quelconque mandat reçu à cet effet et un manquement aux devoirs professionnels des magistrats à l'origine de cette promesse (F. DUMON, « Het juridictioneel toetsingsrecht van de grondwettigheid der wetten », *R.W.*, 1989-1990, p. 7).

⁹⁵ H. DUMONT, *op. cit.*, p. 153.

PARTIE II : ANALYSE CRITIQUE METAJURIDIQUE DE L'ARRET *LE COMPTE*

SECTION 1. POSITION DU PROBLEME

Afin de déterminer les enjeux incarnés par l'arrêt *Le Compte* dans notre État de droit, nous l'envisagerons par le prisme d'une « lutte des Pouvoirs », chacun se disputant pour avoir le « dernier mot »⁹⁶ en matière d'interprétation constitutionnelle⁹⁷. Nous rejoignons en ce sens l'analyse de J. VELAERS, pour qui la problématique posée par le *judicial review* « concerne non pas la relation entre la loi et la Constitution, mais bien la relation entre le législateur et le juge »⁹⁸. À cet égard, deux principaux obstacles semblent se dresser face à l'introduction d'un tel mécanisme par le Pouvoir judiciaire : le dogme de l'infailibilité du législateur, tributaire de la souveraineté nationale⁹⁹ et la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs¹⁰⁰.

Il est évidemment impossible de retracer ici dans leur intégralité les fondements de ces deux concepts.

Dès lors, nous nous concentrerons dans un premier temps sur la problématique de l'insertion d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois par rapport au culte de la loi, qui, de notre point de vue, se résout par la seule logique juridique positiviste inhérente à l'État de droit. Précisons d'emblée que ce dernier terme fait l'objet d'une multitude de définitions diverses et variées¹⁰¹. Aux fins du présent travail, nous nous baserons ici sur une version plutôt minimale du concept, et strictement positiviste : un système visant à garantir l'individu contre l'action

⁹⁶ F. DUMON, *op. cit.*, p. 5.

⁹⁷ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁸ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 24.

⁹⁹ Voy. C.A. Bruxelles, 7 juillet 1928, Pas., 1928, II, p. 206 ; E. CEREXHE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois en Belgique » in J. GERKRATH, (dir.), *La refonte de la constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 79.

¹⁰⁰ Voy. dans le même sens M. TROPER, « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *Analisi e diritto*, 1999, p. 132, et A. ROBLOT-TROIZIER, « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, pp. 92-93.

¹⁰¹ Voy. M. TROPER « Le concept d'Etat de droit », *Droits : revue française de théorie juridique*, 1992, n° 15, pp. 51-63.

arbitraire de la puissance publique¹⁰², se fondant principalement sur une hiérarchie des normes (conformément à la *Stufenbaulehre*)¹⁰³.

Dans un second temps, nous analyserons les rapports entre *Le Compte* et le principe de séparation des pouvoirs, qui à notre sens ne peuvent s'interpréter du seul point de vue de la logique pure du droit, mais bien à travers des considérations juridico-politiques, intimement liées à la théorie générale de l'État¹⁰⁴.

SECTION 2. L'ARRET *LE COMPTE* CONFRONTE AU DOGME DE L'INFAILLIBILITE DU LEGISLATEUR

Sous-section 1. La tradition de la loi, expression de la volonté générale

§1. ORIGINES ET TRANSFORMATION

« Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif ». Par ces mots d'une loi du 16 août 1790, les révolutionnaires français rejetèrent assez radicalement l'idée d'un contrôle des lois ; de ce rejet naîtra une « idéologie juridico-philosophique française »¹⁰⁵. Cette « tradition séculaire »¹⁰⁶, également dominante dans le Royaume belge¹⁰⁷ et dans le reste de l'Europe continentale¹⁰⁸, se fonde sur une conception stricte de la séparation des fonctions judiciaire et législative¹⁰⁹, la dernière étant, par nature,

¹⁰² F. KRENC, « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *R.T.D.H.*, 2021, vol. 128, n° 4, pp. 776-777.

¹⁰³ Cette théorie a été développée par Adolf MERKL (*Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne, Verlag Österreich, 1927, 400 p.). Voy. J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *Revue de droit public*, 1988, p. 318 ; B. LUISIN, « « Le mythe de l'État de droit », « L'État de droit, rétrospectivement... » », *Civitas Europa*, 2016, vol. 37, n° 2, p. 157.

¹⁰⁴ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 27 ; P. DE VISSCHER, « Réflexions sur le contrôle de constitutionnalité des lois », *Ann. Dr. Louvain*, 1969, vol. 4, p. 349.

¹⁰⁵ P. PASQUINO, « Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative perspectives : USA, France, Italy », *Ratio juris*, 1998, vol. 11, pp. 44-45.

¹⁰⁶ A. CHOME, *op. cit.*, col. 739.

¹⁰⁷ Nous y reviendrons au §3. de la présente sous-section, mais doit-on rappeler que la Belgique fut avant tout française ? (Voy. H. HASQUIN, *La Belgique française 1792-1815*, Bruxelles, Crédit communal, 1993, not. p. 5)

¹⁰⁸ A. STONE SWEET, *Governing with judges – Constitutional politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 33.

¹⁰⁹ Nous reviendrons plus en détails sur cette conception de la séparation des pouvoirs dans la section suivante.

infaillible. Sans se lancer dans une étude des fondements historiques et philosophiques de cette idéologie¹¹⁰, il convient d'en exposer les implications afin de mieux comprendre comment la décision *Le Compte* vient les bousculer.

La terminologie et le fondement de cette pensée nous viennent en majeure partie du *Contrat social* de Jean-Jacques ROUSSEAU, publié en 1762. Le syllogisme est limpide : ROUSSEAU affirme que « la volonté générale est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique »¹¹¹ ; or « les lois (...) sont des actes de la volonté générale »¹¹². Par conséquent, la loi elle-même ne peut jamais être dans l'erreur.

L'on ne saurait s'attarder sur les nombreuses défaillances pratiques et théoriques de la conception rousseauiste de l'acte législatif¹¹³. Néanmoins, après avoir été consacrée dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹¹⁴ par les révolutionnaires, il apparaît que la théorie ait abouti, à son insu et par une « opération de psychologie collective », à prêter au vote parlementaire le caractère « auguste et infaillible » propre à la volonté générale¹¹⁵. En effet, si l'idée de ROUSSEAU reposait sur une conception matérielle de la loi (celle-ci n'étant loi que si elle suivait la volonté générale), un système consacrant la suprématie du législateur entraîne « le règne d'une loi formelle qui s'impose davantage parce qu'elle a été votée par le corps législatif que par son contenu »¹¹⁶. En bref, la volonté majoritaire a supplanté la volonté générale¹¹⁷, et en a repris les attributs souverains infaillibles¹¹⁸.

¹¹⁰ Voy. surtout R. CARRE DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984 et la thèse de M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1992. Voy. aussi M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1973, 251 p. et L. HAMON, *Les juges de la loi, Naissance et rôle d'un contre pouvoir : le Conseil constitutionnel*, Paris, Arthème Fayard, 1987, pp. 37 et s.

¹¹¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, Livre II, Chapitre III.

¹¹² *Ibid.*, Livre II, Chapitre IV.

¹¹³ Voy. pour une synthèse C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, pp. 252-262.

¹¹⁴ Article 6 : « La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement ou par leurs représentants à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens, étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents. »

¹¹⁵ L. HAMON, *op. cit.*, p. 37.

¹¹⁶ M.-J. REDOR, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁷ D. ROUSSEAU, « The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution? », in M. ROSENFELD (dir.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, New York, Duke University Press, 2020, p. 275.

¹¹⁸ R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, p. 21 : « On voit (...) quel véritable abîme juridique a été creusé par les fondateurs du droit public français entre le Parlement, qui est déclaré par la Constitution le représentant, c'est-à-dire l'égal, de la nation, et les autres personnages ou corps qui, d'après la Constitution, ne sont que les agents d'exercice d'une fonction de puissance nationale. Le Parlement prend rang de souverain : il est le souverain réel ».

§2. IMPLICATIONS RELATIVEMENT AUX RAPPORTS ENTRE LOI ET CONSTITUTION

CARRÉ DE MALBERG note la création d'un « État légal » – ou « légicentrique »¹¹⁹, où l'acte législatif est suprême par nature¹²⁰, par opposition au concept d'État de droit (*Rechtsstaat*) complet¹²¹. Dans le système hérité des révolutionnaires, le pouvoir législatif n'exerce pas une compétence, mais est bien inconditionné : son acte est par conséquent suprême par nature¹²².

La loi devient ainsi prédominante au point de se soustraire à tout contrôle¹²³, y compris d'une norme pourtant supérieure « sur le papier ». Francine Batailler résume cette pensée ainsi : « rien contre la loi, tout par elle »¹²⁴.

Finalement, en instaurant – ou plutôt en constatant¹²⁵ – la souveraineté absolue du Parlement, le Constituant originaire aurait créé un rocher indéboulonnable¹²⁶, y compris par lui-même, puisqu'il « disparaît » et « se repose pour laisser agir les causes secondes¹²⁷, après avoir donné le mouvement et la vie à tout ce qui existe »¹²⁸. En effet, dans une telle configuration, on ne peut voir dans la Constitution « une loi qui s'appelle ainsi »¹²⁹, mais presque un simple catalogue de vœux sans réelle valeur contraignante¹³⁰.

¹¹⁹ M.-J. REDOR, *op. cit.*, p. 8 ; L. FAVOREU, « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, novembre 1997, n° 3, p. 73.

¹²⁰ F. BATAILLER, *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1966, p. 163.

¹²¹ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1920, pp. 489-492.

¹²² F. BATAILLER, *op. cit.*, p. 163.

¹²³ L. HAMON, *op. cit.*, p. 37 ; F. BATAILLER, *op. cit.*, p. 162.

¹²⁴ *Ibid.*, p. 163.

¹²⁵ R. CARRE DE MALBERG, *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, p. 64.

¹²⁶ De fait, la seule limite à l'ambition législative est purement politique et ne se trouve que dans la crainte d'une non-réélection, ce qui oblige le député à demeurer au contact de l'intention populaire (L. HAMON, *op. cit.*, p. 71 ; R. SENELLE, « De onschiedbaarheid van de wet », *R.W.*, décembre 1971, col. 643).

¹²⁷ À savoir le corps politique, incarné par l'assemblée parlementaire.

¹²⁸ PORTALIS, Discours au corps législatif, le 23 frimaire, an IX, sur le premier projet du titre préliminaire du Code civil, cité par C. FAIDER, « Etude sur l'application des lois inconstitutionnelles », *Bulletins de l'Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique*, XVII, 1850, p. 478, note 1.

¹²⁹ P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 168.

¹³⁰ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *Revue de droit public*, 1928, p. 250.

§3. LE CULTE DE LA LOI DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

Dans le jeune Royaume belge, il apparaît très clairement que le Congrès national était « profondément imbu du principe de la souveraineté nationale », hérité de ROUSSEAU¹³¹. La jurisprudence traditionnelle de la Cour de cassation telle qu'elle est née en 1849 a finalement confirmé cette liberté d'action totale du Pouvoir législatif, étant donné qu'elle affirme que le juge judiciaire appliquera en toutes circonstances les actes adoptés par le Parlement¹³².

Il ne faudrait pas penser que le caractère programmatique de la Constitution n'était qu'une conséquence presque indésirée de l'idéologie rousseauiste. Si une frange des publicistes belges semblent longtemps s'être « désintéressé[s] de la question de l'effectivité de la Constitution »¹³³, d'autres, en tant qu'adversaires du *judicial review*¹³⁴, assument parfois franchement le « caractère essentiellement politique »¹³⁵ de la norme suprême. Ainsi peut-on retrouver sous la plume d'un juriste du début du XX^{ème} siècle que le Constituant originaire n'a établi que « des règles abstraites »¹³⁶ et a « abandonné au pouvoir législatif le soin d'interpréter les droits constitutionnels et de les maintenir, étendre ou restreindre, selon les nécessités »¹³⁷. Seules subsistent alors la stabilité et l'antériorité inhérentes aux dispositions de la loi fondamentale¹³⁸, dont la sanction dans l'ordre juridique belge ne consiste qu'en la désapprobation du peuple¹³⁹.

¹³¹ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 351 ; M. ADAMS et G. VAN DER SCHYFF, « Grondwettigheidstoetsing door de rechter als "list van de rijke": Methodologische en andere vragen bij processen van rechtsverandering », *T.P.R.*, 2008, pp. 923-925.

¹³² J. STENGERS, *op. cit.*, p. 689.

¹³³ M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 742.

¹³⁴ Voy. H. DUMONT, *op. cit.*, pp. 79-82.

¹³⁵ A. MAST, « L'interprétation de la Constitution », *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1970, p. 539.

¹³⁶ Dans le même sens, voy. A. MAST, « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », *op. cit.*, p. 223 : « [Les règles constitutionnelles] sont, (...) bien souvent, moins des normes que des dispositions qui orientent plus qu'elles ne prescrivent, indiquent plus qu'elles ne commandent et montrent la voie plus qu'elles ne l'imposent ».

¹³⁷ L. HALLET, « Le pouvoir judiciaire est-il appelé à rechercher si une loi est ou non conforme à la Constitution ? », *B.J.*, 1928, col. 369. L'on fera une comparaison avec le concept de repos de la « main toute-puissante » du pouvoir constituant tel que décrit par PORTALIS (*supra*).

¹³⁸ F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 64 ; F. BATAILLER, *op. cit.*, p. 164.

¹³⁹ J. STENGERS, *op. cit.*, pp. 693-694. STENGERS cite en guise d'illustration l'avertissement solennel d'un membre du Congrès national de 1831 aux législateurs : « La Constitution, c'est une arche d'alliance ; si vous y touchez, vous serez frappés de mort ; oui, vous serez frappés de mort par l'opinion ».

Sous-section 2. L'infaillibilité de la loi face à l'État de droit

§1. L'EFFICACITÉ DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE

Dans le système que nous venons de décrire, l'encadrement du pouvoir de l'État se fait ainsi par une volonté de séparation stricte des pouvoirs, et non par une hiérarchisation de l'ordre juridique, où la loi devrait se soumettre à la Constitution¹⁴⁰. Selon Jacques CHEVALLIER, « la croyance profonde en l'incontestabilité de la loi », couplée à la « défiance vis-à-vis de l'autorité judiciaire », forme la « grande faiblesse de l'œuvre révolutionnaire », en tant qu'elle ne permet aucunement de réellement garantir la hiérarchie normative¹⁴¹.

L'opposition de cette tradition à la vision de l'ordre juridique défendue par les partisans de la *Stufenbautheorie* : ces derniers ne voient dans la loi une « exécution de la Constitution »¹⁴², tandis que la vision « française » – pour la nommer ainsi – considère la loi comme issue d'un « pouvoir autonome, dont la Constitution n'essaye même pas de définir l'objet matériel ou le cadre limitatif »¹⁴³.

Si le plus célèbre des positivistes reconnaissait que, « dans la réalité », le Parlement « se considère (...) comme un créateur libre du droit » et que sa subordination théorique à la Constitution demeurait « restreinte »¹⁴⁴, nous sommes d'avis que cette position n'est pas conforme à la pure réalité juridique, étant donné que la construction de l'État de droit repose avant tout sur une hiérarchie des règles de droit, au sommet de laquelle trône la Constitution.

Par conséquent, dans la pyramide normative, si la loi tire bien sa validité juridique de la Constitution, cette dernière présente un degré d'efficacité moindre que la norme législative à partir de l'instant où cette dernière est considérée comme souveraine et libre de tout contrôle¹⁴⁵, comme le prescrit le modèle de la loi expression de la volonté générale.

¹⁴⁰ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 351 ; A. LAQUIEZE, « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2003, vol. 18, p. 30.

¹⁴¹ J. CHEVALLIER, *L'Etat de droit, op. cit.*, p. 28.

¹⁴² A. MERKL, *op. cit.*, p. 171.

¹⁴³ R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi, expression de la volonté générale, op. cit.*, p. 61.

¹⁴⁴ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 223.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 251.

L'article 33 de la Constitution affirme que « tous les pouvoirs (...) sont exercés de la manière établie de la Constitution. Au regard de cette disposition, il ne fait pas de doute que « le Constituant belge a entendu imposer au législateur le respect de la règle constitutionnelle »¹⁴⁶.

Toutefois, dans un modèle positiviste, on considère que la juridicité d'une norme dépend de la contrainte socialement organisée qui y est attachée¹⁴⁷. La suprématie professée de la Constitution n'est dès lors qu'un « faux-semblant »¹⁴⁸ quand l'ordre juridique étudié ne permet qu'un « courroux platonique » par la doctrine en cas de violations du texte constitutionnel par un législateur toujours infaillible, y compris lorsqu'il se trompe¹⁴⁹.

§2. L'EFFET DE L'INSTAURATION D'UN CONTRÔLE JUDICIAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ DES LOIS

C'est précisément la vision de l'ordre juridique que nous venons de décrire que craint explicitement le *Chief Justice* MARSHALL, quand il écrit dans *Marbury* que la doctrine selon laquelle les tribunaux doivent « fermer les yeux face à la Constitution, et ne voir que la loi » conduit à accorder au pouvoir législatif une « omnipotence pratique et réelle ». D'ailleurs, « l'apport de la jurisprudence *Marbury* est d'avoir posé le principe du contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois comme corollaire obligé du principe de la suprématie constitutionnelle »¹⁵⁰. C'est donc tout naturellement que le Procureur VAN DER MEERSCH a repris *mutatis mutandis* le même argument dans ses conclusions¹⁵¹.

Ainsi, aux États-Unis, « la Constitution seule a été conçue comme une œuvre de volonté générale », comme en témoigne le fameux préambule « We, the People »¹⁵². La conclusion qui en découle est limpide : le Pouvoir législatif n'étant qu'un organe délégué et dominé par la Constitution, son œuvre n'est valable pour autant qu'elle est conforme au texte suprême, et

¹⁴⁶ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 350-351.

¹⁴⁷ H. KELSEN, *General theory of norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 139-140.

¹⁴⁸ L. FAVOREU, « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, 1991/2, n° 64, p. 154.

¹⁴⁹ P. MARTENS, « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, p. 300.

¹⁵⁰ E. ZOLLER, *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*, 1^{ère} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000, p. 40.

¹⁵¹ « Refuser d'exercer le contrôle de la conformité de la loi à la Constitution n'est-ce pas donner à la loi une force juridique supérieure à celle de la Constitution à laquelle elle est cependant subordonnée et dont elle déduit sa validité, et attribuer donc la primauté au pouvoir constitué sur le pouvoir constituant ? » (G. VAN DER MEERSCH, *Concl., op. cit.*, pp. 566-567).

¹⁵² R. CARRE DE MALBERG, *op. cit.*, p. 109.

l'obligation faite au juge d'appliquer les acte législatifs ne vaut que pour autant qu'il ait vérifié leur constitutionnalité¹⁵³.

Évidemment, dans la Belgique de 1974, la loi avait déjà bien perdu de sa superbe, « l'auréole qui nimбай le front du législateur » s'étant depuis des décennies évanouie « au dur contact des réalités »¹⁵⁴. Néanmoins, si l'on part de l'observation selon laquelle notre ordre juridique était régi par le dogme de l'infailibilité du législateur, le bouleversement tenté par *Le Compte* vient n réalité parachever l'édifice de l'État de droit – dont il avait déjà érigé les murs avec *Le Ski*¹⁵⁵ – en faisant passer la Constitution du monde des « considérations abstraites » à une réalité juridique concrète¹⁵⁶.

Sans sanction attachée aux règles constitutionnelles, il est en effet exclu de les reconnaître comme juridiquement obligatoires. L'établissement d'un contrôle de constitutionnalité – peu importe ici la nature de l'organe l'exerçant – vise justement à transformer « en normes véritablement juridiques ce qui seulement se voulait tel »¹⁵⁷.

Pour conclure, « du point de vue de la systémique juridique » et particulièrement au vu de la soumission de la loi aux normes internationales¹⁵⁸, nous pouvons affirmer avec CARRE DE MALBERG qu'« une fois écartée l'identification de la loi avec la volonté générale, il n'existe plus de raison qui mette obstacle à l'établissement d'un contrôle juridictionnel s'exerçant sur les lois en vue de vérifier leur conformité à la Constitution »¹⁵⁹.

Gardons de nouveau à l'esprit qu'il ne s'agit que de raisons fondées sur une théorie pure du droit ; il demeure crucial d'analyser un arrêt comme *Le Compte* au vu de considérations plus politiques, puisque « dès l'instant où l'on passe du plan de la logique appliquée à l'idée de droit, au plan de la logique interne d'un droit construit, les perspectives changent »¹⁶⁰, comme nous pourrons le voir dans les sections suivantes.

¹⁵³ *Ibid*, pp. 109-110.

¹⁵⁴ P. VERMEERSCH, *op. cit.*, col. 340 : « [N]ous ne voyons plus dans la loi une divinité tutélaire, nous ne lui vouons plus un culte aveugle. (...) Si dans notre Brabançonne, nous unissons encore la loi et la liberté, dans la pratique, nous les voyons, hélas, trop souvent opposées l'une à l'autre ».

¹⁵⁵ G. VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 566.

¹⁵⁶ J. DE MEYER, *op. cit.*, p. 107.

¹⁵⁷ C. EISENMANN, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, L.G.D.J., 1928, p. 2.

¹⁵⁸ R. LEYSEN, et J. SMETS, *op. cit.*, p. 33

¹⁵⁹ R. CARRÉ DE MALBERG, *op. cit.*, p. 221.

¹⁶⁰ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 349.

SECTION 3. L'ARRÊT *LE COMPTE* DANS L'ARCHITECTURE DE LA SÉPARATION DES POUVOIRS

Sous-section 1. Situation de la question

Dans la section précédente, nous avons pu démontrer que le *judicial review* ne pose en réalité pas de problèmes plutôt simples à résoudre d'un point de vue positiviste. Toutefois, leur examen et la conclusion que nous en avons déduite n'est pas superflue, puisqu'elle permet de déduire que l'intérêt de l'arrêt *Le Compte* est découvert par une approche juridico-politique¹⁶¹.

Depuis que la controverse existe, principe de la séparation des pouvoirs est tout à la fois invoqué par les partisans et par les adversaires du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois¹⁶², et cela s'est encore confirmé avec les conversations autour de l'arrêt *Le Compte*¹⁶³. Faut-il croire comme VAN DER MEERSCH avance que la théorie de la séparation des pouvoirs est « toute abstraite » et « détachée de la réalité du droit »¹⁶⁴ ? Ou affirmer que le contrôle judiciaire des lois signifierait l'« anéantissement de la séparation des pouvoirs, base de l'ordre constitutionnel »¹⁶⁵ ?

Nous tenterons ici de ne pas prendre pour point de départ des réflexions pouvant paraître dogmatiques, afin de mieux guider notre démonstration. Loin de le rejeter au motif de sa plasticité¹⁶⁶ ou de son caractère fictif¹⁶⁷, nous pensons que le principe de séparation des pouvoirs offre précisément une clé de lecture cruciale pour mieux saisir l'arrêt *Le Compte* et

¹⁶¹ J. STENGERS, *op. cit.*, p. 679.

¹⁶² Voy. R. PHILIPPART, *Séparation des Pouvoirs : discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, le 16 novembre 1946*, Liège, Vaillant-Carmanne, 1946, p. 3.

¹⁶³ L'argument est ainsi repris à la fois dans les conclusions du Procureur général VAN DER MEERSCH précédent l'arrêt du 3 mai 1974 et dans les arguments à l'appui de la proposition de loi du Sénat visant à proscrire tout contrôle judiciaire des lois.

¹⁶⁴ Concl., *op. cit.*, p. 567.

¹⁶⁵ C. FAIDER, *op. cit.*, p. 455.

¹⁶⁶ Certains auteurs qualifient ainsi l'expression de « mot-valise désordonné d'arguments et de politiques » (G. MARSHALL, *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, p. 124) aux traits de « caméléon » lui permettant d'appuyer des théories contradictoires (E. CAROLAN, *The new separation of powers. A theory for the modern state*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 30).

¹⁶⁷ Voy. M. ADAMS, « De scheidings der machten tussen feit en fictie: Of waarom het soms goed is om in de leugen te leven », *Nederlandsch juristenblad*, 2010, vol. 85, n° 5, p. 281. On a aussi parlé d'une « relique conceptuelle désormais vide de tout contenu » (C.-M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, 2002/3, n° 102, p. 121)

les luttes de pouvoirs qu'il implique, à condition de revenir préalablement au « socle minimal »¹⁶⁸ du concept.

Sous-section 2. Montesquieu et la balance des pouvoirs

§1. UN ÉQUILIBRE DES POUVOIRS

Il est traditionnellement enseigné que le principe de la séparation des pouvoirs tel que nos régimes démocratiques l'appliquent a été développé – à défaut de parler d'invention¹⁶⁹ – par le Baron de MONTESQUIEU, dans son œuvre majeure *De l'esprit des lois*, parue en 1748. Sans exposer de manière exhaustive la conception de MONTESQUIEU, il convient de la saisir adéquatement afin d'y situer adéquatement le mécanisme de *judicial review*.

Michel TROPER¹⁷⁰ et Charles EISENMANN¹⁷¹ ont démontré qu'en réalité, le philosophe français – à l'instar de Locke – entendait avant tout préconiser un « principe purement négatif », selon lequel les fonctions étatiques ne peuvent être confondues ou réunies dans les mains d'un seul organe¹⁷². Ainsi, « lorsque (...) la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a point de liberté ; (...) [il] n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive »¹⁷³.

Demeure la question de la répartition de ces fonctions. Malgré le vocable traditionnellement employé de « séparation », celle-ci ne doit pas être entendue comme synonyme d'étanchéité

¹⁶⁸ A. TSAMPI, *Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2019, p. 37.

¹⁶⁹ Les auteurs des *Federalist Papers*, 40 ans après la parution des textes de MONTESQUIEU, rappelleront qu'il n'est pas l'auteur du précepte, mais qu'il l'a « recommandé avec le plus de succès à l'attention du monde » (A. HAMILTON, J. JAY ET J. MADISON, *Le Fédéraliste* n° 47). Certains auteurs remontent jusqu'à l'Antiquité pour trouver des ébauches de fractionnement et de hiérarchisation de certains aspects de la puissance publique (Voy. not. M. BARBERIS, « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, vol. 143, n° 4, 2012, pp. 8-12) ; on cite également Thomas HOBBS et surtout John LOCKE comme théoriciens modernes du concept (C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, pp. 150-151 ; voy. aussi S. RATNAPALA, « John Locke's Doctrine of the Separation of Powers: A Re-Evaluation » *American Journal of Jurisprudence*, vol. 38, 1993, pp. 189-220).

¹⁷⁰ Voy. M. TROPER, *op. cit.*

¹⁷¹ Voy. C. EISENMANN, « L'*Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Recueil Sirey, 1933, pp. 165-192.

¹⁷² M. TROPER, « Séparation des pouvoirs », in *Dictionnaire Montesquieu*, disponible sur <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr>, septembre 2013, §§. 26 et s.

¹⁷³ *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

parfaite¹⁷⁴. Les pères de la Constitution américaine l'avaient déjà compris : Montesquieu n'a en effet jamais « entendu proscrire toute action partielle, tout contrôle réciproque des différents pouvoirs l'un sur l'autre »¹⁷⁵.

Étant donné que « Pour faire un bon gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les tempérer, les faire agir et les régler ; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre »¹⁷⁶, et qu' « il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »¹⁷⁷, le Baron préconise plutôt un système de « balance »¹⁷⁸ ou « d'équilibre »¹⁷⁹ des pouvoirs, « conçu comme capable de se réguler et de se conserver automatiquement, en vertu de sa seule organisation interne »¹⁸⁰. Ainsi entendu, le principe de séparation des pouvoirs ne s'oppose pas à une intervention limitée des pouvoirs dans l'exercice des autres fonctions ; au contraire, « il les suppose et les exige »¹⁸¹.

§2. L'ALTERNATIVE : LA SPÉCIALISATION DES ORGANES

Pour distribuer les fonctions aux organes souverains, une approche différente est possible, à savoir celle de la spécialisation des organes, défendue par ROUSSEAU et les révolutionnaires français¹⁸², ainsi que – quoique de manière nuancée – par les sénateurs belges¹⁸³. Elle s'oppose

¹⁷⁴ Les pères de la Constitution américaine l'avaient déjà compris : MONTESQUIEU n'a en effet jamais « entendu proscrire toute action partielle, tout contrôle réciproque des différents pouvoirs l'un sur l'autre » (J. MADISON, *Le Fédéraliste*, n° 47). Voy. aussi C. EISENMANN, *op. cit.*, pp. 177-179.

¹⁷⁵ J. MADISON, *Le Fédéraliste*, n° 47

¹⁷⁶ *De l'Esprit des lois*, Livre V, Chapitre XIV.

¹⁷⁷ *Ibid.*, Livre XI, Chapitre VI.

¹⁷⁸ « Pour faire un bon gouvernement modéré, il faut combiner les puissances, les tempérer, les faire agir et les régler ; donner, pour ainsi dire, un lest à l'une, pour la mettre en état de résister à une autre » (*De l'Esprit des lois*, Livre V, Chapitre XIV). Ou encore, « il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir » (*Ibid.*, Livre XI, Chapitre VI). Voy. aussi R. FOQUE, B. RAYMAEKERS, J. VANDEURZEN, W. VAN GERVEN, et P. VAN ORSHOVEN, « Debat: De scheiding der machten », *Ethische Perspectieven: Nieuwsbrief van het Overlegcentrum voor Ethiek*, 2009, vol. 19, p. 347.

¹⁷⁹ F. BOUHON et Q. PIRONNET, « Le pouvoir judiciaire et l'équilibre des pouvoirs : réflexions à propos des récentes réformes », *Pyramides*, 2017, n° 29, pp. 95-96 ; L. WODON, *Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1942, p. 19.

¹⁸⁰ M. TROPER, *op. cit.*, §. 34.

¹⁸¹ O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, tome I, Liège, Dessain, 1911, p. 375.

¹⁸² S. DAUCHY, « Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, vol. 256, p. 335.

¹⁸³ « Ces trois pouvoirs ont, chacun, une mission différente, ils sont indépendants l'un de l'autre et ne peuvent empiéter sur le domaine que la Constitution réserve à l'un des deux autres. (...) Or, si la Constitution, et plus tard les nécessités de la gestion de l'Etat ont établi une certaine collaboration, ou interpénétration accentuée des pouvoirs, ce fut toujours dans le respect du principe fondamental de la primauté du pouvoir législatif, et par sa volonté » (Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. DE STEXHE, *Doc. Parl.*, Sén., 1974-1975, n° 602/2, pp. 12 et 15).

l'approche fonctionnelle – à savoir indépendante de l'organe qui exerce une compétence déterminée – de la séparation des pouvoirs. Cette conception traditionnelle veut que chaque pouvoir soit attribué à une institution spécifique, sans aucun chevauchement toléré, et mène naturellement à une hiérarchisation des fonctions étatiques, au sommet de laquelle on retrouve le Parlement, tenant exclusif du Pouvoir législatif, représentant le peuple souverain et seul créateur de la volonté générale¹⁸⁴.

Pourtant d'apparence démocratique, puisque fondé sur la légitimité électorale, nous pensons qu'il faut radicalement rejeter un tel système, tant pratiquement que conceptuellement. En effet, outre la contradiction avec la suprématie de la Constitution¹⁸⁵, cette approche est en réalité « autodestructrice »¹⁸⁶, étant donné qu'un tel système contient de façon inhérente une négation paradoxale de la séparation des pouvoirs (entendue dans son sens originel négatif), puisque rien ne s'oppose à l'appropriation par les députés de toute la puissance étatique¹⁸⁷.

§3. LA BRANCHE LA PLUS DANGEREUSE

L'on a retenu de MONTESQUIEU l'affirmation selon laquelle le juge devrait être « la bouche de la loi »¹⁸⁸, étant donné que la puissance de juger est « si terrible parmi les hommes »¹⁸⁹. Un parallèle peut être dressé avec la pensée des *Founding Fathers* américains, qui voyaient au contraire l'assemblée législative comme le plus dangereux des acteurs institutionnels, danger expliqué par son ambition, motivée par sa multitude et par son influence sur le peuple¹⁹⁰. Ainsi, si *Marbury c. Madison* s'explique en grande partie par un contexte historique précis et s'inscrit dans le mouvement fédéraliste¹⁹¹, le contrôle des lois qu'il instaure s'explique également par une méfiance à l'égard du Pouvoir législatif, couplée à une vision de la figure judiciaire qui devient « *the least dangerous branch* »¹⁹².

¹⁸⁴ M. TROPER, *op. cit.*, §§. 8 et 18.

¹⁸⁵ Voy. *supra*, section 2 de la présente partie.

¹⁸⁶ M. TROPER, *op. cit.*, §. 34.

¹⁸⁷ M. LAHMER, « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus politicum*, juin 2014, n° 12, p. 6, disponible sur www.juspoliticum.com.

¹⁸⁸ *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

¹⁸⁹ *Ibid.*

¹⁹⁰ J. MADISON, *Le Fédéraliste*, n° 48.

¹⁹¹ E. ZOLLER, « Les deux Constitutions de John Marshall : une relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, vol. 123, n° 3, pp. 521-540.

¹⁹² Des célèbres mots du constitutionnaliste américain Alexander BICKEL (A. BICKEL, *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1966, 303 p.).

Y faut-il voir là une opposition de principe ? Nous ne le croyons pas et rejoignons la thèse d'EISENMANN, selon laquelle l'essentiel de la théorie du MONTESQUIEU vise en réalité la répartition de la puissance souveraine « politique » entre les Pouvoirs exécutif et législatif¹⁹³. Ainsi, la balance professée vise à s'appliquer à ces deux organes, tandis que le principe de spécialisation est le plus marqué pour les organes juridictionnels¹⁹⁴.

L'innovation du Baron réside précisément dans sa mise à l'écart du Pouvoir judiciaire, qui ne peut participer aux mécanismes de contrôle réciproque des deux autres puissances¹⁹⁵. Pour le philosophe français, il est crucial que le juge soit placé en dehors des conflits opposant les forces sociales de l'État et puisse demeurer « hors du jeu politique »¹⁹⁶.

§4. Situation et évolution dans l'ordre juridique belge

Bien qu'il n'y soit pas inscrit en tant que tel, le principe de la séparation des pouvoirs a bien une valeur constitutionnelle¹⁹⁷ et ressort de l'esprit¹⁹⁸ et des mécanismes institutionnels¹⁹⁹ organisés par notre Constitution.

Il semblerait que le Constituant ait dans un premier temps voulu souligner « l'égalité souveraineté des pouvoirs constitués »²⁰⁰. Néanmoins, nous avons déjà pu évoquer le dogme de l'infailibilité de la loi, qui est venu nimber le Parlement d'une suprématie éclatante : très vite s'est imposée la primauté du Pouvoir législatif²⁰¹. Dès lors, les pouvoirs se présentent comme un triangle, où trône au sommet le législateur, et où, à la base horizontale, se retrouvent les autorités exécutives et judiciaires²⁰².

¹⁹³ C. EISENMANN, *op. cit.*, p. 181.

¹⁹⁴ A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, p. 129.

¹⁹⁵ C. MÖLLERS, *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2015, p. 18

¹⁹⁶ F. DELPEREE, « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *A.P.T.*, 1990, pp. 126-127.

¹⁹⁷ J. VELAERS, « Les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, P. GERARD, I. HACHEZ, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Bruxelles, F.U.S.L., 2012, p. 556.

¹⁹⁸ E. LIEKENDAEL, « De scheidings van de machten aan de vooravond van het derde millennium », discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, n° 17, p. 553.

¹⁹⁹ Pour une synthèse, voy. C. SÄGESSER, « Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs », *Dossiers du CRISP*, 2016, vol. 87, n° 2, pp. 9-71.

²⁰⁰ A. MAST, *De geschillen van bestuur naar belgisch recht*, Brussel, Ferdinand Larquier, 1945, p. 68.

²⁰¹ A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs », *A.P.T.*, 1990, p. 224 et sources citées.

²⁰² Cette approche géométrique est celle de Henri ROLIN, cité par A. ALEN, *op. cit.*, p. 224.

De la sorte, même si notre Constitution, suivant les enseignements de MONTESQUIEU, a accordé une importance primordiale à l'indépendance des cours et tribunaux²⁰³, il demeure qu'à l'adoption du Code civil et sous l'influence de l'école exégétique, l'héritage de *l'Esprit des lois* fut bien réduit à l'idée d'un juge « organe machinal de la loi »²⁰⁴, inféodé et non égal à l'infailible puissance législative, à l'instar du Pouvoir exécutif²⁰⁵.

Sous-section 2. L'estompement de la séparation entre Pouvoirs exécutif et législatif

§1. DES DÉLÉGATIONS DE LA FONCTION LÉGISLATIVE

Nous avons établi que Montesquieu s'intéressait surtout aux rapports entre pouvoir exécutif et législatif, et à l'indépendance du juge, et nous avons pu voir comment le Pouvoir législatif peut parfois se mettre en position d'empiètement sur le domaine des autres puissances, en invoquant son caractère souverain et suprême. Néanmoins, les rapports qu'il entretient avec le Pouvoir exécutif depuis la première guerre mondiale posent question quant à sa réelle suprématie particulièrement au regard des concessions qu'il peut offrir au Pouvoir exécutif, alors même qu'il est censé le contrôler²⁰⁶.

Nous évoquons ici en premier lieu la technique des pouvoirs spéciaux, même si d'autres mécanismes comme la validation législative d'actes irréguliers de l'administration amène aussi à s'interroger sur le respect du principe de séparation – même dans son acception souple²⁰⁷.

²⁰³ *Ibid.* ; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 86.

²⁰⁴ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, tome I, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1919, p. 101. Voy. K. M. SCHONFELD, « Rex, Lex et Judex ; Montesquieu and “la bouche de la loi” revisited », *European Constitutional Law Review*, 2008, pp. 274-301.

²⁰⁵ On peut lire de la plume de celui qui endossera en premier la fonction de premier Président de la Cour de cassation que la Constitution « respire partout la haine du roi passé et la peur du roi futur » (E. DE GERLACHE, *Histoire du Royaume des Pays-Bas. De 1814 jusqu'en 1830*, tome II, 3^{ème} éd., Bruxelles, Goemaere, 1859, p. 371). Voy. aussi F. HAMON et C. WIENER, *op. cit.*, p. 36.

²⁰⁶ ALEN parle ainsi de situations où le Parlement devient le « servile allié du gouvernement » (A. ALEN, *op. cit.*, p. 230) ; Voy. aussi C. SÄGASSER, *op. cit.*, p. 35, et K. MUYLLE, « Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten? », in A. ALEN et S. SOTTIAUX, *Leuvense staatsrechtelijke standpunten. Deel 1*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 158.

²⁰⁷ A. ALEN, *op. cit.*, p. 230.

En guise d'illustration frappante, soulignons qu'en 1936, Carl SCHMITT, célèbre théoricien juridique du III^{ème} Reich, prédisait la fin de l'ère des régimes parlementaires, non au regard du totalitarisme allemand ou italien, mais bien en raison des larges délégations législatives accordées par les assemblées démocratiques américaine, britanniques et française²⁰⁸.

Dans nos contrées, c'est ainsi à l'occasion du recours multiplié aux arrêts royaux de pouvoirs spéciaux que la question de la séparation des pouvoirs est revenue massivement sous la plume dans le débat public²⁰⁹ ainsi qu'au sein des décisions de justice – faut-il rappeler que les arrêts *Waleffe* et *Le Compte*, dont on a pu établir l'importance dans le changement des rapports entre juge et lois, concernaient précisément des problématiques liées aux pouvoirs spéciaux ?

Rappelons à cet égard que les pouvoirs spéciaux se caractérisent par l'importance du pouvoir discrétionnaire confié au Roi²¹⁰, ce qui mène à « brouiller » la frontière entre prérogative législative et exécutive²¹¹. Certes, un contrôle et une ratification des arrêtés de pouvoirs spéciaux prend place *a posteriori* ; toutefois, cet examen « est plus formel qu'effectif », en raison du risque pour la sécurité juridique qu'engendrerait un refus de validation législative²¹².

§2. UNE FUSION INHÉRENTE AU PARLEMENTARISME

Au-delà de l'abdication par le Parlement d'une fraction de sa suprématie, le régime même du système parlementaire mène à une reconsidération radicale du principe de séparation des pouvoirs. Nul besoin d'attendre la seconde moitié du XX^{ème} siècle pour faire ce constat : dès 1920, Carré de Malberg reprenait les termes de l'Anglais BAGEHOT²¹³ et évoquait déjà une

²⁰⁸ C. SCHMITT, « Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen) », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1936, vol. 6, pp. 252-268.

²⁰⁹ Et ce, particulièrement à la fin des années 1920. Voy. F. BELLEFLAMME, F. et E. MAES, « Origine et cheminement du principe de légalité en droit public belge : gouvernement par la loi ou État de droit ? » in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI, et B. LOMBAERT, (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 652 et s.

²¹⁰ C.E., section de législation, avis n° L. 25.169/8, 31 mai et 4 juin 1996, p. 64.

²¹¹ F. BELLEFLAMME, F. et E. MAES, *op. cit.*, p. 691.

²¹² M. LEROY, *op. cit.*, p. 500.

²¹³ W. BAGEHOT, *La Constitution anglaise*, trad. M. Gaulhiac, Paris, Germer Baillière, 1869, cité dans A. LE DIVELLEC, *op. cit.*, p. 131.

« fusion organique » entre pouvoirs législatif et exécutif, ce qui le menait à affirmer que le régime parlementaire est l'« opposé d'une séparation des pouvoirs »²¹⁴.

En effet, l'une des causes principales de la remise en cause de la séparation des pouvoirs – dont nombre d'auteurs estiment désormais que la séparation des pouvoirs est « mythe (...) controversé et suranné »²¹⁵ – réside dans la nature-même du Pouvoir exécutif, devenu une « députation permanente de la majorité parlementaire »²¹⁶.

Le premier facteur de cette « fusion organique » entre le gouvernement et la majorité parlementaire est le principe de responsabilité politique des ministres, qui « crée en effet une dynamique dont l'expérience nous confirme qu'elle est à peu près irrésistible et qui est venue modifier en pratique la substance de la structure de balance des pouvoirs instaurée au début du constitutionnalisme libéral »²¹⁷.

Dans le système parlementaire moderne, la logique de *checks and balance* a cédé la place à une solidarité structurelle – on peut même parler de symbiose – juridique et politique entre gouvernement et Parlement²¹⁸ : désormais, il est clair que la loi « exprime une volonté majoritaire et non une volonté générale »²¹⁹. Si l'on ajoute à ces considérations la discipline de partis, certains auteurs vont jusqu'à affirmer qu'il n'existe plus en Belgique de réelle séparation des pouvoirs²²⁰.

Sans adopter un point de vue aussi radical – de nombreuses disparités techniques demeurent²²¹, il convient de souligner que sur le plan normatif, l'union entre Pouvoirs exécutif et législatif mène à l'expression d'une même volonté politique.

Il existe dès lors un risque que le Parlement ne remplisse plus sa « tâche principale »²²² de contrôle du gouvernement, tout simplement car – de l'aveu même d'un opposant notoire au contrôle judiciaire des lois – « vouloir encadrer la résistance des organes de représentation

²¹⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1922, p. 48.

²¹⁵ J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, vol. 83, n° 3, p. 487.

²¹⁶ P. DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 356 ; dans le même sens, voy. J.-P. FELDMAN, *op. cit.*, p. 485, et D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 275.

²¹⁷ A. LE DIVELLEC, *op. cit.*, p. 132.

²¹⁸ *Ibid.*, p. 135.

²¹⁹ L. FAVOREU, *op. cit.*, p. 160.

²²⁰ P. POPELIER et K. LEMMENS, *The Constitution of Belgium: a contextual analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 58 ; dans le même sens, voy. D. ROUSSEAU, *op. cit.*, p. 275.

²²¹ A. LE DIVELLEC, *op. cit.*, pp. 134-135.

²²² *Ibid.*, p. 231.

populaire contre un pouvoir issu de cette représentation populaire n'a guère de sens »²²³. Dès lors, qui peut remplir cette fonction d'encadrement ?

Sous-section 3. L'arrêt *Le Compte* ou l'instauration d'un contre-pouvoir

Nous avons démontré que l'opposition traditionnelle entre gouvernement et parlement apparaît dépassée, au profit d'une opposition entre majorité et opposition²²⁴. Toutefois, l'opposition n'a pas d'armes pour empêcher ou modérer l'œuvre normative en vigueur.

Apparaît alors une nouvelle démarcation entre pouvoir « normatif » et « juridictionnel »²²⁵. Ainsi, pour reprendre la dichotomie proposée par HAURIOU, le système parlementaire a accentué la division entre les souverainetés politique et juridique²²⁶. L'Ordre judiciaire, détenteur de cette dernière, sans prise sur des puissances politiques qui n'usent désormais plus de leur « faculté d'empêcher »²²⁷, est seulement en mesure d'assurer « le règne de la loi établie »²²⁸ – ou dans l'arrêt qui nous intéresse, de l'ordre juridique dans son intégralité.

À nos yeux, l'arrêt *Le Compte* est un arrêt d'opportunité, en ce qu'il tente justement de s'approprier cette fonction de régulation de la « participatie », mot nouvellement consacré dans les années 1960²²⁹. La fonction de juger n'est plus « si terrible parmi les hommes »²³⁰ ; au contraire seule subsiste son indépendance²³¹, « pierre angulaire de la séparation des pouvoirs »²³² que notre Constitution a toujours concrètement préservée²³³.

Pour la Cour de cassation, de la même manière qu'il était absurde, sur le plan juridique, de permettre un contrôle de la loi par rapport au traité mais de le refuser par rapport à la

²²³ A. MAST, *op. cit.*, p. 88.

²²⁴ M. VAN DER HULST, « Parlementaire procedure en behoorlijke wetgeving » in F. JUDO (dir.), *Behoorlijke regelgeving, ons aller zorg. Staatsrechtconferentie 2004. Vlaamse juristenvereniging*, Gand, Larcier, 2005, p. 144.

²²⁵ C. ROMAINVILLE, « Les multiples visages de la séparation des pouvoirs », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 698.

²²⁶ M. HAURIOU, *Principes de droit public : à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès sciences politiques*, 2^{ème} éd., Paris, Recueil Sirey, 1916, pp. 31 et s.

²²⁷ *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

²²⁸ M. HAURIOU, *op. cit.*, p. 643.

²²⁹ S. FIERS, K. VAN NIEUWENHUYSE, et F. VERLEDEN, « De macht van partijen in België sinds 1981 – participatie revisited », *Res publica*, 2018, vol. 60, n° 4, pp. 303.

²³⁰ *De l'Esprit des lois*, Livre XI, Chapitre VI.

²³¹ J.-P. FELDMAN, *op. cit.*, p. 488.

²³² A. ALEN, *op. cit.*, pp. 231-232.

²³³ F. BOUHON et Q. PIRONNET, *op. cit.*, p. 97

Constitution²³⁴, il est incohérent, sur le plan politique, d'admettre un contrôle des règlements et de rejeter celui des lois, « puisque les uns et les autres émanent de la même volonté »²³⁵. Pour les magistrats, entraînés en ce sens par un VAN DER MEERSCH soucieux de faire sonner « l'heure du juge »²³⁶, il était réellement temps de faire rentrer la justice dans « la chorégraphie de l'État moderne »²³⁷ et de la faire passer de simple pouvoir à véritable « contre » ou « tiers » pouvoir²³⁸, à l'instar de ce qu'a pu accomplir la Cour suprême américaine²³⁹.

Vis-à-vis de l'État de droit, il semble que la Cour de cassation a désiré passer de l'« âge de la hiérarchie des fonctions » à l'« âge de la hiérarchie des normes »²⁴⁰, un nouveau temps de l'ordre juridique où « législation et exécution sont, non pas deux fonctions étatiques coordonnées, mais deux étapes hiérarchisées du procès de création et d'application du droit »²⁴¹. Seule compte alors l'indépendance judiciaire, nécessaire pour vérifier que chacune des étapes de création et d'application du droit se fait dans le respect de l'habilitation précédente.

Pour conclure et appuyer notre propos, nous observerons qu'en réaction à l'arrêt *Le Compte*, les sénateurs belges ont naturellement défendu un principe de séparation des pouvoirs entendu comme une spécialisation marquée des pouvoirs, quoique nuancée²⁴².

²³⁴ G. VAN DER MEERSCH, *op. cit.* p. 566.

²³⁵ P. MARTENS, « Les juges, ennemi des peuples ? », in M. CADELLI, et J. ENGLEBERT, (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020, p. 27. De plus, « le choix de l'un ou l'autre emballage normatif est parfois dû au hasard. Pire : il arrive que pour échapper au juge de l'excès de pouvoir ou pour rendre sa décision d'annulation inefficace, le législateur habille en loi ce qui était un règlement ».

²³⁶ G. VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur la révision de la Constitution », *op. cit.*, p. 494.

²³⁷ M. CAPPELLETTI, « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle », *Revue internationale de droit comparé*, 1981, vol. 33, n° 2, p. 632.

²³⁸ Voy. D. SALAS, *Le tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 1998, pp. 172-188.

²³⁹ E. ZOLLER, « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *Revue internationale de droit comparé*, n° 3, 2001, pp. 569-570.

²⁴⁰ C.-M. PIMENTEL, *op. cit.*, p. 130

²⁴¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la constitution », *op. cit.*, p. 199

²⁴² « Ces trois pouvoirs ont, chacun, une mission différente, ils sont indépendants l'un de l'autre et ne peuvent empiéter sur le domaine que la Constitution réserve à l'un des deux autres. (...) Or, si la Constitution, et plus tard les nécessités de la gestion de l'Etat ont établi une certaine collaboration, ou interpénétration accentuée des pouvoirs, ce fut toujours dans le respect du principe fondamental de la primauté du pouvoir législatif, et par sa volonté » (Rapport fait au nom de la commission de la justice par M. DE STEXHE, *Doc. Parl.*, Sén., 1974-1975, n° 602/2, pp. 12 et 15).

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE : UN RESULTAT MECANIQUE ?

Nous avons pu établir comment, dans un premier temps, comment l'opposition à un contrôle judiciaire des lois ne se justifiait pas au sein d'un système hiérarchisé de normes, tel que nous définissons l'État de droit. Il peut presque sembler étonnant que l'arrêt *Le Compte* n'ait pas connu de lendemain plus heureux et n'ait pas réellement pu être « l'annonce d'un nouveau printemps »²⁴³ significatif d'un achèvement de l'ordre juridique où la Constitution (re)trouverait sa pleine juridicité.

Cependant, le deuxième temps de notre raisonnement a également montré que tout n'était pas susceptible de s'expliquer sur le plan strictement juridique, tant une décision comme *Le Compte* touche en réalité à des fondements propres à la conception « européenne » de la séparation des pouvoirs. Néanmoins, une telle conception permet également de mieux saisir la démarche opérée par l'arrêt, ainsi que les réactions qu'il a pu entraîner.

Parlant du phénomène de revitalisation de la justice en tant que véritable pouvoir sous la V^{ème} république, Olivier BEAUD estime qu'elle est « le résultat mécanique de la concentration des pouvoirs opérée par un système institutionnel et par la loi d'airain du fait majoritaire dont l'effet déterminant est de réduire grandement la portée de contrôle parlementaire des gouvernants »²⁴⁴. La volonté traduite par l'arrêt *Le Compte* s'inscrit de son côté dans la mécanique belge de la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Bien que plaçant le Pouvoir législatif à son sommet, le triangle institutionnel classique possédait autrefois une base doublement renforcée par la présence du gouvernement et du juge. Selon nous, l'avènement du parlementarisme et du phénomène militant ont effrité cette base et conduit l'Ordre judiciaire à proposer une nouvelle approche de la séparation des pouvoirs : la métamorphose du triangle en une balance où s'équilibrent souverainetés judiciaire et politique.

Précisons pour conclure qu'il ne s'agit ici que de constater des mécanismes métajuridiques, et non de juger du bien-fondé politique de ce désir de changement ; à cet effet, la troisième partie, ancrée dans le présent, visera à évoquer quelques critiques inhérentes à cette méthode.

²⁴³ J. DE MEYER, *op. cit.*, col. 102.

²⁴⁴ O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, p. 59.

PARTIE III. PRES D'UN DEMI-SIECLE APRES L'ARRET LE COMPTE : LUTTES NOUVELLES ET LUTTES RENOUVELEES

Au cours des deux parties précédentes, nous avons établi comment l'arrêt *Le Compte* était la concrétisation de luttes inhérentes à notre État de droit, entre logique purement juridique et considérations souveraines liées à la séparation des pouvoirs. Cette troisième et dernière partie visera à montrer l'actualité des enseignements tirés de l'arrêt *Le Compte* et de ses répercussions, près de cinquante ans après son prononcé.

Deux thèmes, intrinsèquement liés, seront abordés en maintenant notre approche métajuridique axée sur l'observation des interactions entre puissances étatiques. Nous analyserons tout d'abord les équilibres contemporains internes à la souveraineté politique et relatifs à l'interaction entre pouvoir politique et pouvoir juridictionnel – à cet égard, une grande attention sera portée à l'influence de la crise sanitaire de COVID-19 sur ces rapports. Ensuite, nous verrons ce qu'est advenue la problématique du contrôle de constitutionnalité des lois, récupérée depuis par la Cour constitutionnelle. Seront alors abordées sa place dans la configuration actuelle des pouvoirs et les nouvelles luttes de pouvoirs que son installation a entraînées.

SECTION 1^{ÈRE}. LES RELATIONS ENTRE POUVOIRS EXECUTIF, LEGISLATIF ET JUDICIAIRE : ACTUALITE ET CRISE SANITAIRE

Il est certain que l'évolution décrite dans la partie précédente quant à l'effacement progressif de la distinction entre Pouvoir exécutif n'a pas connu de ralentissement ou de mouvement inverse. La production normative du XXI^{ème} semble définitivement issue de l'expression d'une même volonté, à savoir celle du couple Parlement-Gouvernement²⁴⁵. La « démocratie partisane » semble désormais complètement réalisée, tant la majorité parlementaire et l'exécutif qu'elle investit apparaissent n'être que « le prolongement des partis politiques au sein des institutions du pays »²⁴⁶.

L'expérience de la pandémie de COVID-19 a été particulièrement signifiante en venant « ébranler les principes du régime parlementaire »²⁴⁷. Afin de ne pas nous éloigner de notre approche axée sur l'interactions entre puissances étatiques, nous nous limiterons à trois considérations. Les deux premières viseront à montrer comment la crise a exacerbé certains des traits de la relation contemporaine entre Exécutif et Législatif, et porteront respectivement sur le contexte politique entourant la crise et la légalité des mesures gouvernementales. La troisième s'interrogera quant à elle sur la posture du Pouvoir judiciaire face à l'action du pouvoir politique en temps de crise.

Sous-section 1^{ère}. Contexte politique et participatif

Il est évident les principes de responsabilité politique ont été grandement bousculés. Résumons brièvement le contexte politique encadrant la crise²⁴⁸. Lorsque la pandémie éclate, le gouvernement dirigé par Sophie WILMES est en affaires courantes et démissionnaire depuis

²⁴⁵ Ainsi, 80 à 90% des lois sont issues de l'initiative gouvernementale, et sont par la suite exécutées par des normes réglementaires (G. VAN DER BIESEN, « Niet te schatten. Parlementaire beïnvloeding van wetgeving ? », in P. POPELIER et J. VAN NIEUWEHOVE (dir.), *Wie maakt de wet*, Bruges, die Keure, 2006, p. 57). On avance également que dans la dernière partie du XX^{ème} siècle, seuls 2,7 % des propositions de lois ont fini par voir le jour (L. DE WINTER, M. NUYTEMANS ET S. WALGRAVE, *Mise à l'agenda politique en Belgique (1991-2000). Le dialogue difficile entre l'opinion publique, les médias et le système politique*, Gand, Academia Press, 2005, p. 56).

²⁴⁶ H. VUYE, « Het parlement als wetgevende macht, historisch en prospectief », in P. POPELIER et J. VAN NIEUWEHOVE (dir.), *op. cit.*, p. 20.

²⁴⁷ F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020, vol. 2446, n° 1, p. 39.

²⁴⁸ Voy. pour une synthèse *ibid.*, pp. 15-18, et J. FANIEL et C. SÄGESSER, « La Belgique entre crise politique et crise sanitaire (mars-mai 2020) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020, vol. 2447, n° 2, pp. 5-46.

octobre 2018 – il ne compte alors que 38 sièges sur les 150 de la Chambre²⁴⁹. Mais voilà qu'arrive la maladie COVID-19 dans nos contrées, et face à la dégradation de la situation sanitaire au début du mois de mars 2020, « à l'apparente tranquillité de la crise politique s'est substituée l'urgence de la crise sanitaire »²⁵⁰.

Le 18 mars, neuf partis consentent finalement à octroyer leur confiance à un gouvernement WILMES II, identique dans sa composition, mais de plein exercice. Ce plein exercice n'est toutefois pas suffisant pour affronter l'épidémie, et la Chambre décide alors d'octroyer les pouvoirs spéciaux au nouveau gouvernement fédéral²⁵¹. L'escalade est impressionnante : des pouvoirs spéciaux d'une « ampleur inégalée dans l'histoire de notre pays »²⁵² sont ainsi conférés à un gouvernement encore démissionnaire quelques jours auparavant.

Il est frappant de constater que ce ne sont pas aux chefs de groupes parlementaires, mais bien aux présidents de partis, qui ne siègent pas à l'assemblée, à qui la Première ministre doit rendre compte de l'évolution de la crise et des décisions entreprises²⁵³. Nous évoquons le caractère « partocratique » de la Belgique, il est difficile d'en trouver une plus grande illustration²⁵⁴.

Sous-section 2. Légalité des mesures gouvernementales et autolimitation du Parlement

Il est évidemment frappant de constater que des mesures hautement attentatoires aux libertés publiques ont été entérinées par l'adoption de simples arrêtés ministériels issus dans un premier

²⁴⁹ C. LANSSENS et E. SLAUTSKY, « Le recours aux pouvoirs spéciaux dans le contexte de la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 : une première évaluation », in S. PARSA et M. UYTENDAELE (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, p. 82

²⁵⁰ L. RIGAUX et M. UYTENDAELE, « L'impact du Covid-19 sur le gouvernement fédéral et les parlements », in S. PARSA et M. UYTENDAELE (dir.), *op. cit.*, p. 43.

²⁵¹ Lois du 27 mars habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I) et (II), *M.B.*, 30 mars 2020.

²⁵² A.-E. BOURGAUX et T. GAUDIN, « (In)compétences des parlements belges en période de confinement et de distanciation sociale : pouvoirs spéciaux et mesures urgentes pour lutter contre le Covid-19. Du principe de légalité... au principe de l'arrêt : enrayer le basculement » in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER, (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 181.

²⁵³ F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, *op. cit.*, p. 18.

²⁵⁴ Les critiques de l'opposition n'ont d'ailleurs pas manqué de le souligner (P. POPELIER, « COVID-19 legislation in Belgium at the crossroads of a political and a health crisis », *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, vol. 8, p. 144).

temps, d'un gouvernement en affaires courantes²⁵⁵. À ce titre, l'arrêté pris le 18 mars²⁵⁶ est édifiant, puisqu'il ordonne un confinement presque intégral, alors même que le Parlement n'avait pas encore donné sa confiance aux ministres²⁵⁷.

Il n'est pas question ici de discuter en détails de la légalité de toutes les décisions prises pour endiguer la maladie – bien qu'un grand nombre d'entre elles semblent contestables²⁵⁸. Nous préférons de nouveau envisager les interactions entre pouvoirs que la crise révèle, face à une urgence poussant les concepts juridiques dans leurs extrêmes retranchements²⁵⁹.

Si elle marquera de son empreinte notre histoire institutionnelle, a pandémie a aussi permis de réaliser la flexibilité que pouvait connaître notre régime parlementaire, qui pourtant ne connaît *de jure* ni l'état d'exception ni l'état d'urgence²⁶⁰. Le Parlement a dès lors du « s'autoexclure » de ses prérogatives²⁶¹ face à un gouvernement mieux apte à agir rapidement et efficacement. Néanmoins, cette plasticité est synonyme d'un affaiblissement extrême du Parlement, voire d'une suspension *de facto* de l'ordre constitutionnel²⁶² ; tout cela pose certainement question quant au respect de l'État de droit²⁶³, tant le Pouvoir exécutif a pu « [grignoter] peu à peu les sphères réservées de la loi »²⁶⁴.

²⁵⁵ Le premier arrêté ministériel date ainsi du 13 mars (arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 17 mars 2020).

²⁵⁶ Arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 18 mars 2020.

²⁵⁷ Le gouvernement Wilmès ne reçoit la confiance de la Chambre le 19 mars, soit près d'une semaine après le premier arrêté ministériel du 13 mars 2020 « portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19 » (*M.B.*, 13 mars 2020). Nous rejoignons Nicolas BERNARD, pour qui la théorie selon laquelle les affaires courantes prennent fin au moment de la prestation de serment devant le Roi (qui en l'espèce s'est déroulée le 18 mars) mène à une contradiction de la finalité des affaires courantes, soit la protection du Parlement face aux actions gouvernementales illégitimes (« Les pouvoirs du gouvernement fédéral en période de crise : le gouvernement Wilmès face à l'épidémie de Covid-19 », *J.T.*, 2020, p. 372).

²⁵⁸ Voy. sur ce sujet A.-E. BOURGAUX et T. GAUDIN, *op. cit.*, pp. 203 et s.

²⁵⁹ F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, *op. cit.*, p. 16.

²⁶⁰ Voy. R. DELFORGE, C. ROMAINVILLE, S. VAN DROOGENBROECK, et M. VERDUSSEN, « Absence d'état d'urgence en droit constitutionnel belge » in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER, (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 25-82

²⁶¹ M. VERDUSSEN, « The Parliament in the time of coronavirus. Belgium », *Fondation Robert Schuman*, disponible sur <https://www.robert-schuman.eu>, s.d., p. 6, consulté le 10 mai 2023.

²⁶² R. DELFORGE, C. ROMAINVILLE, S. VAN DROOGENBROECK, et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 61 et s.

²⁶³ Voy. pour une critique virulente sur ce sujet N. THIRION, *Le confinement par les nuls*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2021, 236 p.

²⁶⁴ A.-E. BOURGAUX et T. GAUDIN, *op. cit.*, p. 216.

Sous-section 3. Le Pouvoir judiciaire et l'importance des gardiens alertes

Les considérations qui précèdent peuvent être ramenées à la conclusion suivante : « loin d'avoir la rigidité d'une ligne rouge, la Constitution endosse la flexibilité d'un élastique. La Constitution devrait borner les pouvoirs. À défaut de gardiens juridiques alertes, c'est désormais les pouvoirs qui semblent la borner »²⁶⁵. Une fois de plus, face à une pratique ambitieuse – pour ne pas dire excessive – des pouvoirs spéciaux se pose la question du contrôle du pouvoir politique.

Cette fois, le Pouvoir judiciaire peut endosser ce rôle de gardien en faisant usage de sa prérogative de contrôler la légalité de normes réglementaires. Aussi, bien que dans un premier temps les débats soient restés limités aux contributions scientifiques, il semble désormais que les principaux reproches contre l'action gouvernementale soient soulevés par les cours et tribunaux²⁶⁶. S'il existe une tendance forte à reconnaître la validité des arrêtés litigieux, nombre de juges ont ainsi posé des constats d'illégalité²⁶⁷. De leur côté, le Conseil d'État²⁶⁸ et la Cour constitutionnelle²⁶⁹ se montrent plus cléments dans leur appréciation, à l'instar de la Cour de cassation²⁷⁰.

En plus de toucher à la structure du régime parlementaire, la crise aura également illustré – et tout indique que ce n'est pas encore terminé²⁷¹ – la position du juge en tant que véritable contre-pouvoir, son travail étant ici facilité par la nature réglementaire des normes litigieuses. Néanmoins, les juridictions suprêmes, y compris la Cour de cassation, semblent faire preuve d'une certaine mesure, certainement sensibles au caractère exceptionnel d'un « virus calamiteux »²⁷².

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 221.

²⁶⁶ X. MINY « Au nom de l'État de droit », obs. sous Tribunal civil francophone Bruxelles (référés), 05/08/2020, *Administration Publique : Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, 2020 (3-4), p. 639.

²⁶⁷ F. BOUHON, « Légalité des arrêtés ministériels de lutte contre la pandémie : la controverse survit au virus », *J.L.M.B.*, 2023, n° 5, pp. 226, spéc. note 12, et 229.

²⁶⁸ *Ibid.*, p. 227, spéc. note 16.

²⁶⁹ La Cour a ainsi reconnu la constitutionnalité et la conformité au principe de la séparation des pouvoirs de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, qui a servi de fondement aux arrêtés ministériels de lutte contre la pandémie. Ainsi affirme-t-elle que « l'article 182 de la loi du 15 mai 2007 est donc compatible avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison ou non avec les principes de la légalité, de la sécurité juridique et de la séparation des pouvoirs, en ce qu'il n'entoure pas de garanties procédurales ni d'un contrôle parlementaire a posteriori les mesures que le ministre de l'Intérieur peut adopter sur la base de cette disposition » (arrêt n° 170/2022, B. 19). Voy. également C. const., arrêt n° 33/2023 du 2 mars 2023, qui rejette les recours en annulation intentés contre la « loi pandémie ».

²⁷⁰ Voy. not. Cass., 28 septembre 2021, et Cass., 10 novembre 2021.

²⁷¹ Voy. en ce sens F. BOUHON, *op. cit.*, p. 229.

²⁷² Cass., 10 novembre 2021.

SECTION 2. L'INSTITUTION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE : UN NOUVEL EQUILIBRE DES POUVOIRS

Sous-section 1. La place de la Cour constitutionnelle dans l'architecture des pouvoirs

§1. UN BREF HISTORIQUE

Depuis une révision constitutionnelle du 29 juillet 1980, insérant dans la loi fondamentale l'actuel article 142, l'ordre juridique belge a vu naître en son sein un nouvel acteur institutionnel : la Cour constitutionnelle, auparavant Cour d'arbitrage. Ce nouvel organe fut presque créé à contre-cœur²⁷³ – nul besoin de rappeler les réticences des parlementaires à voir leur œuvre critiquée – en raison du fédéralisme désormais définitivement acquis et des potentiels conflits de compétence à venir²⁷⁴.

Néanmoins, cette autolimitation de la surpuissance législatif d'autrefois s'accompagne d'une « condition *sine qua non* »²⁷⁵ : la présence parmi les juges d'au moins une moitié d'anciens parlementaires. En outre, le nom « d'arbitrage » et les compétences attribuées ne trompent guère : la finalité de la Cour est de régler les éventuels conflits entre entités fédérées et fédérale et non d'imposer le respect des libertés fondamentales à l'action du législateur²⁷⁶.

Malgré cet encadrement initial, la Cour profitera de nouvelles prérogatives acquises en matière de liberté d'enseignement et d'égalité et de non-discrimination²⁷⁷ grâce à la loi spéciale du 6 janvier 1989²⁷⁸ pour étendre *proprio motu*²⁷⁹, par le biais du « raisonnement combinatoire » les normes à partir desquelles elle exerce son contrôle²⁸⁰. Finalement, il semble que la Cour

²⁷³ *Ibid.*, pp. 206-207.

²⁷⁴ J. VELAERS, *op. cit.*, p. 69. Pour un exposé plus détaillé Voy. *Ibid.*, pp. 69 et s., et M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, pp. 62 et s. Le Constituant belge a ainsi suivi la recommandation de Kelsen : « c'est certainement dans l'État fédéral que la justice constitutionnelle acquiert la plus considérable importance. Il n'est pas excessif d'affirmer que l'idée politique d'un État fédéral n'est pleinement réalisée qu'avec l'institution d'un tribunal constitutionnel » (H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la démocratie (la justice constitutionnelle) », *op. cit.*, p. 252).

²⁷⁵ G. ROSOUX, *Contentieux*, *op. cit.*, p. 38.

²⁷⁶ C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 558.

²⁷⁷ Article 10, 11 et 24 de la Constitution.

²⁷⁸ Loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 7 janvier 1989.

²⁷⁹ Jean-Claude SCHOLSEM parle à cet égard d'un comportement « boulimique » (J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 237).

²⁸⁰ G. ROSOUX, pp. 41-42. Voy. not. l'arrêt *Biorim* n° 23/89.

d'arbitrage ait réussi là où ont échoué VAN DER MEERSCH et la Cour de cassation, puisque cette évolution purement prétorienne sera non pas combattue mais consacrée par le législateur spécial en 2003²⁸¹.

La Cour – rebaptisée « Cour constitutionnelle » en 2007²⁸² – est désormais compétente pour contrôler les lois au regard de l'intégralité du Titre II de la Constitution relatif aux libertés fondamentales. Son monopole en matière de contrôle de la loi vis-à-vis de la Constitution semble aujourd'hui pleinement acquis²⁸³.

§2. DE QUEL POUVOIR RELEVÈ LA COUR CONSTITUTIONNELLE ? APPROCHES ORGANIQUE ET FONCTIONNELLE

Voilà donc l'ordre juridique belge muni d'un organe apte à contrôler la constitutionnalité des lois. Afin de mieux saisir le nouvel équilibre des pouvoirs qu'implique cette organe, il convient de déterminer quelle est sa place dans la balance des souverainetés.

D'un point de vue organique, la Cour constitutionnelle apparaît échapper à la conception triadique des pouvoirs²⁸⁴. Nous sommes d'avis, comme une majorité de la doctrine, que les juridictions constitutionnelles « transcendent les frontières entre les pouvoirs »²⁸⁵ et sont placées « à l'extérieur »²⁸⁶ de ceux-ci. Étant donné sa nature d'organe *sui generis*, certains suggèrent que la Cour constitutionnelle est un « quatrième pouvoir »²⁸⁷. Dans tous les cas, il s'agit bien d'un contre-pouvoir, étant donné sa nature d' « institution contre-majoritaire »²⁸⁸.

²⁸¹ Loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'Arbitrage, *M.B.*, 11 avril.

²⁸² Par deux révisions constitutionnelles opérées le 7 mai 2007.

²⁸³ Voy. Cass, 7 août 2019 : « En écartant l'application de l'article 187, § 6, 1^o, précité au motif que cette application « aux jugements du tribunal de l'application des peines serait [...] contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution », le jugement attaqué, qui procède ainsi lui-même au contrôle de constitutionnalité, ne justifie pas légalement sa décision. »

²⁸⁴ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Limal, Anthemis, 2020, p. 73.

²⁸⁵ M. UYTENDAELE, « Gouvernement des juges : retour sur un grand classique », in M. CADELLI, et J. ENGLEBERT (dir.), *op. cit.*, p. 19.

²⁸⁶ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 261, spéc. note 807.

²⁸⁷ K.-J. VANDORMAEL, *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever? – Analyse van de draagwijdte van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 11-12.

²⁸⁸ M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 12. Il cite à cet égard Alexander BICKEL, *op. cit.*, pp. 16-17.

Cela étant dit, nous avons pu observer que les nomenclatures classiques ne correspondaient plus toujours à la réalité politico-juridique, aussi apparaît-il autrement plus intéressant d'aborder question d'un point de vue fonctionnel.

Certains auteurs suggèrent ainsi que les juges constitutionnels appartiendraient au Pouvoir constituant dérivé, étant donné qu'elle est habilitée à interpréter la Constitution sans recours possible²⁸⁹. D'autres estiment que, bien qu'ils ne se revendiquent évidemment pas législateur et rappellent sans cesse le caractère marginal de leur contrôle²⁹⁰ ; la nature même de leur contrôle tend à les faire concourir à la production des normes législatives²⁹¹, notamment lorsqu'ils agissent en tant que « législateur-cadre positif »²⁹². Dès lors, loin d'être un juge qui gouverne, la Cour devrait être considérée comme un second législateur²⁹³.

EISENMANN nous offre un compromis représentant bien la dualité de la fonction du juge constitutionnel : ce dernier participe positivement au pouvoir constituant en dégagant le sens du texte constitutionnel et négativement au pouvoir législatif en annulant certaines lois votées par le législateur²⁹⁴.

Sous-section 2. Des nouvelles luttes de pouvoirs

§1. LES VŒUX DE L'ARRÊT LE COMPTE ENFIN RENCONTRÉS ?

Nous l'avons vu : là où a échoué la Cour de cassation en 1974, la Cour d'arbitrage a brillamment réussi : voilà le législateur définitivement placé en « liberté conditionnelle »²⁹⁵. Voilà qu'a sonné la fin d'une garantie des libertés uniquement fondée sur un principe de séparation des

²⁸⁹ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Manuel*, *op. cit.*, pp. 260-261.

²⁹⁰ F. HAMON et C. WIENER, *op. cit.*, p. 147.

²⁹¹ *Ibid.*, p. 148

²⁹² C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparée en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 576 p.

²⁹³ H. KELSEN, *op. cit.*, pp. 224-225.

²⁹⁴ C. EISENMANN, « La justice constitutionnelle dans la République Fédérale Allemande » in C. EISENMANN, *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, 2002, pp. 562 et s., cité dans L. BONNARD, « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », *Jus Politicum*, septembre 2012, n° 8, disponible sur www.juspoliticum.com.

²⁹⁵ G. ROSOUX, « Le contrôle juridictionnel des “validations législatives” en France et en Belgique : un conflit de légitimités », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2005, p. 138.

pouvoirs : l'institution d'une Cour constitutionnelle procède en effet d'un rejet du dogme de l'infaillibilité du Législateur²⁹⁶ et d'une pleine adoption du principe de hiérarchie des normes²⁹⁷.

Les deux principaux obstacles dressés sur la route d'un contrôle judiciaire de constitutionnalité des lois sont levés. D'une part, du point de vue de la théorie pure du droit, la hiérarchie des normes est pleinement réalisée et l'efficacité de la norme constitutionnelle assurée²⁹⁸. D'autre part, le triangle des pouvoirs auparavant déséquilibré se voit complètement métamorphosé : voilà le pouvoir législatif partagé entre Parlement et Cour constitutionnelle²⁹⁹ et la fonction de juger doublement divisée³⁰⁰ – l'égalité entre pouvoirs constitués apparaît mieux garantie³⁰¹.

La valse à deux entre souveraineté politique et souveraineté juridique semble être redevenue une ronde à trois avec l'irruption de ce nouveau Pouvoir de juridiction constitutionnelle, même dans sa configuration contemporaine exacerbée par la crise dont la mission essentielle est précisément de contrôler le pouvoir politique. Ce dernier est désormais doublement contrôlé tant sur son flanc législatif que réglementaire³⁰². En guise d'illustration, face aux problématiques soulevées par la légalité de certaines mesures de lutte contre la pandémie, le juge judiciaire a pu « renvoyer la patate chaude »³⁰³ au juge constitutionnel ; le contrepois juridique apparaît alors s'effectuer plus aisément à deux.

§2. DES LUTTES CONTEMPORAINES DE POUVOIRS

Malgré les raisonnements précédents, qui semblent laisser entrevoir une paix institutionnelle, le nouveau paysage juridico-politique a laissé la place à un nouveau champ de bataille, qui oppose précisément Cour constitutionnelle et Cour de cassation. Chacune des cours suprêmes tend à s'approprier certaines parts du contrepois juridictionnel à l'action politique, puisque

²⁹⁶ Paul MARTENS parle d'une « désacralisation de l'activité parlementaire » (« Le juge et l'élu », in *En hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 934). Voy. aussi M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 11-15.

²⁹⁷ M.-J. REDOR, *op. cit.*, p. 231.

²⁹⁸ Ainsi, en France, « la loi n'est l'expression de la volonté générale que si elle respecte la Constitution » (Conseil constitutionnel français, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985)

²⁹⁹ M. TROPER, *op. cit.*, §. 48.

³⁰⁰ M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 20.

³⁰¹ A. ALEN, *op. cit.*, p. 235 ; E. KRINGS, « Enkele beschouwingen betreffende Rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht », *R.W.*, 1989-1990, pp. 175-177

³⁰² Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois est en effet soumis à un « dédoublement organique » (M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle, op. cit.*, p. 75).

³⁰³ A. CLOOT, « Légalité des mesures covid: la cour d'appel renvoie la patate chaude à la Cour constitutionnelle », *Le Soir*, 7 juin 2021.

s'affrontent deux méthodes de contrôle des droits fondamentaux : le contrôle concentré de constitutionnalité des lois et celui diffus de conventionnalité des lois³⁰⁴.

En effet, à la jurisprudence *Le Ski* vient s'opposer la technique de l'« ensemble indissociable », créée en 2004³⁰⁵, par laquelle la Cour constitutionnelle tient compte des protections du droit international si elles ont une portée analogue aux libertés constitutionnelles³⁰⁶. La Cour de cassation avait alors réagi en ne raisonnant plus que sur base du droit international, lui permettant de contrôler la conformité de lois au regard de droits fondamentaux sans s'adresser préalablement à la Cour constitutionnelle³⁰⁷.

Voilà les pouvoirs juridictionnels opposés ! Face à l'impasse, et après avoir « invité les belligérants à se parler » lors d'un symposium³⁰⁸, c'est ironiquement le Pouvoir législatif spécial, pourtant la cible du contrôle, qui tranchera en accordant la priorité chronologique au contrôle de la Cour constitutionnelle³⁰⁹, soucieux d'assurer une « coexistence harmonieuse »³¹⁰ entre les contrôleurs.

Nous n'entrerons pas ici dans une analyse des arguments *de lege ferenda* en faveur de la compétence de l'une ou l'autre juridiction suprême, et ne ferons qu'une dernière observation. Nous avons déjà longuement disserté sur la problématique liée à la conception de la séparation des pouvoirs, notons toutefois qu'un autre obstacle de taille semble se dresser inévitablement sur le chemin de la Cour de cassation désireuse d'exercer une telle compétence : l'absence de règle du précédent dans notre système de droit civil³¹¹. En effet, malgré la prééminence de la jurisprudence de cassation, le risque d'incohérence entre les différentes solutions apportées par les juges à des questions d'ordre fondamental paraît trop élevé³¹².

³⁰⁴ G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 182.

³⁰⁵ Créé par C. const., arrêt n° 136/2004. Notons que van der Meersch avait déjà souligné la similarité des protections constitutionnelles et internationales (Concl., *op. cit.*, p. 566).

³⁰⁶ Sur le sujet, voy. G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1072 p.

³⁰⁷ Cass., arrêt du 16 novembre 2004 ; voy. G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 184.

³⁰⁸ P. MARTENS, « La cour de cassation la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges ? », *J.T.*, 2007, p. 654.

³⁰⁹ Voy. l'art. 26, §4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

³¹⁰ *Doc. parl.*, Sénat., S.E. 2007, n° 4-12/1, p. 14.

³¹¹ N. ZANON, « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991, vol. 5, n° 1989, p. 181.

³¹² H. KELSEN, « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, 1942, vol. 4, n° 2, p. 185. Dans le même sens, voy. R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, *op. cit.*, pp. 221-222.

Quoi qu'il en soit, tous les développements précédents illustrent une nouvelle dynamique de tensions dans la construction institutionnelle : loin de voir les deux contre-pouvoirs juridiques peser à l'encontre du pouvoir politique, les deux premiers sont soumis à une tension continue afin de savoir qui pourra véritablement maîtriser le troisième. Il semble que cela soit le prix à payer de la scission à la fois de la puissance de juger et de celle de légiférer, de telles tensions étant inhérentes à un tel système³¹³.

³¹³ L. GARLICKI, « Constitutional Courts versus Supreme Courts », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, p. 63. Ainsi, alors même que l'affaire semblait définitivement résolue, l'arrêt *Gérardrie* (Cass., 21 avril 2011) a invoqué un « principe général du droit de valeur constitutionnelle de la légalité et de la hiérarchie des normes » et est apparu un moment comme une nouvelle tentative de la Cour de cassation d'outrepasser le contrôle du juge constitutionnel (voy. S. FEYEN, « Het hof van cassatie en het grondwettelijk hof op weg naar een nieuw conflict ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1358-1381). Cet arrêt est demeuré isolé, mais nulle trace d'« engagement par voies appropriées » de la Cour de cassation de ne pas récidiver...

CONCLUSION GENERALE : QUI CONSTRUIT L'ÉTAT DE DROIT ?

À travers nos développements, nous avons pu constater les difficultés inhérentes à notre système politico-juridique relativement à l'établissement d'un contrôle judiciaire des lois. Il apparaît à cet égard que le principe d'autonomie collective, sur lequel repose la démocratie, est trop frontalement heurté par l'exercice d'un *judicial review*³¹⁴. Le Pouvoir judiciaire semble dès lors démuni face à l'accusation du « gouvernement de juges »³¹⁵ voulant « mettre la souveraineté démocratique en cage »³¹⁶, alors même que le juge ne semble vouloir qu'assurer la pleine efficacité de l'État de droit face à un pouvoir politique qui s'autorégule de moins en moins.

Néanmoins, de la même manière que nous avons été sceptique sur les dons divinatoires du Procureur VAN DER MEERSCH, nous devrions-nous pas nous interroger sur la nature véritable de l'architecte de l'État de droit ? Nous avons démontré que l'arrêt *Le Compte* est la conséquence logique de la hiérarchie des normes, mais qui produit cette hiérarchie, qui la constate ?

À notre sens, et bien que nous défendions une approche positiviste de l'État de droit, il nous faut rejoindre la thèse de Michel TROPER : « lorsque la théorie du droit affirme que l'ordre juridique présente une structure hiérarchisée, elle décrit sans doute des relations entre des normes, mais ces relations sont le produit de décisions juridictionnelles justifiées par l'idée de hiérarchie des normes. La théorie du droit n'est donc que la formalisation de l'argumentation des Cours, une argumentation à laquelle elles sont contraintes de recourir dès lors qu'elles entendent contrôler la validité des lois »³¹⁷.

Cette affirmation a pu être vérifiée à de multiples reprises au cours de notre histoire constitutionnelle³¹⁸. À notre sens, en première et dernière instances, ce sont bien les juges – judiciaires, administratifs et constitutionnels – qui créent et entretiennent l'État de droit en

³¹⁴ F. KRENC, *op. cit.*, pp. 783-784. Sur la tension entre démocratie et État de droit, voy. H. DUMONT, « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre État de droit et démocratie », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *op. cit.*, pp. 835-880

³¹⁵ Expression issue de E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921, 276 p.

³¹⁶ A.-M. LE POURHIET, « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, 2022, vol. 61, n° 1, p. 48.

³¹⁷ M. TROPER, « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 28, juillet 2010, Paris, Dalloz, p. 7.

³¹⁸ Voy. F. PERIN, « Y a-t-il trois pouvoirs constituants ? » *Annales de droit de Liège*, 1987, p. 3-16.

assurance la stabilité de l'édifice juridique, tandis que l'État de droit renforce structurellement leur position dans l'ordre juridique³¹⁹.

Entres autres exemples, un arrêt comme *Le Ski* forme ainsi une manifestation patente d'un « pouvoir constituant jurisprudentiel »³²⁰. Ne reste plus qu'à s'incliner devant « le fait accompli » et à reconnaître un nouveau principe de hiérarchie des normes, pourtant ouvertement d'origine prétorienne³²¹. À ces considérations, nous rajouterons que « le pouvoir du juge constitutionnel est inversement proportionnel à la capacité de contradiction de l'auteur de la norme de référence »³²². Or, on sait à quel point la procédure de révision de la Constitution est lourde³²³ – bien qu'un changement soit toujours possible, la lourdeur du processus tend à notre sens à faire pencher la balance en faveur du pouvoir juridictionnel.

Nous avons déjà mentionné que l'arrêt *Le Compte* visait notamment à redistribuer les cartes de l'architecture institutionnelle et d'organiser le passage de l'« âge de la hiérarchie des fonctions » à l'« âge de la hiérarchie des normes »³²⁴. Nous pourrions aller plus loin en affirmant que la Cour de cassation et Ganshof VAN DER MEERSCH jetait les bases d'un véritable projet politique, à savoir la transition du légicentrisme au « juricentrisme »³²⁵, où, « du haut de son savoir politique magnifié par ses compétences juridiques, [le juge] sait davantage quel est le contenu véritable du bien commun », à l'inverse du simple élu³²⁶.

Toutefois, l'arrêt *Le Compte* a semble-t-il affronté trop abruptement la souveraineté politique. La Cour de cassation s'est alors retrouvée « quasi acculé[e] à adopter une attitude de dénégation, pour manifester son respect à l'égard de la souveraineté du pouvoir politique »³²⁷.

Le temps est passé, et le Pouvoir judiciaire a finalement vu la Cour constitutionnelle récupérer la prérogative de contrôler le législateur ; peut-être est-ce aussi là l'une des raisons de la tension toujours existante entre les deux juridictions. D'un côté, nous voyons un organe encore jeune,

³¹⁹ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 5^{ème} éd., Paris, L.G.D.J., 2010, p. 126.

³²⁰ *Ibid.*, p. 16.

³²¹ L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, p. 263.

³²² G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, *op. cit.*, p. 18.

³²³ Article 195.

³²⁴ *Supra*, Partie II, Section 3, Sous-section 3.

³²⁵ H. DUMONT, *op. cit.*, p. 167 : « Si l'on compare, terme à terme, sa description des qualités du juge et celle des défauts du législateur, on en arrive à constater un surprenant transfert des vertus reconnues à la loi au moment où celle-ci bénéficiait encore du culte que nous avons évoqué, au profit du juge ».

³²⁶ P.-M. RAYNAL, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, 2016, vol. 37, n° 2, p. 38.

³²⁷ F. PERIN, *op. cit.*, p. 16.

qui se targue d'une structure originale alliée à une « logique pragmatique (...) soucieuse de dégager des compromis qui caractérisent ses processus de décision »³²⁸. De l'autre, on peut apercevoir la majesté d'une institution qui pendant 115 ans a « régné sans partage sur le monde juridictionnel du pays, grâce à la sagesse des hommes, et aujourd'hui des femmes, qui y siègent et à l'*audace de ses éminents procureurs généraux* »³²⁹.

³²⁸ M. UYTENDAELE, « Gouvernement des juges : retour sur un grand classique », in M. CADELLI, et J. ENGLEBERT (dir.), *op. cit.*, p. 20.

³²⁹ P. MARTENS, *op. cit.*, p. 655. Nous soulignons.

BIBLIOGRAPHIE

LEGISLATION

LOIS

- Loi du 25 juillet 1938 créant l'Ordre des médecins
- Loi du 31 mars 1967 attribuant certains pouvoirs au Roi en vue d'assurer la relance économique, l'accélération de la reconversion régionale et la stabilisation de l'équilibre budgétaire
- Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage
- Loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'Arbitrage
- Lois du 27 mars habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I) et (II), *M.B.*, 30 mars 2020.

ARRETES ROYAUX

- Arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins
- Arrêté royal du 25 mars 1969 portant exécution de certaines dispositions de l'article 32 de l'arrêté royal n° 79 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des médecins

ARRETES MINISTERIELS

- Arrêté ministériel du 13 mars 2020 « portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19 »
- Arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19

JURISPRUDENCE

JURISPRUDENCE EUROPEENNE

Cour européenne des droits de l'homme

- Cour eur. dr. h., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981

JURISPRUDENCE BELGE

Cour de cassation belge

- Cass., 23 juillet 1849
- Cass., 5 novembre 1920, arrêt *La Flandria*,
- Cass., 20 avril 1950, arrêt *Waleffe*
- Cass., 3 mai 1974, arrêt *Le Compte*
- Cass., 25 juin 1974
- Cass., 6 septembre 1974
- Cass, 7 août 2019
- Cass., 28 septembre 2021
- Cass., 10 novembre 2021

Cour constitutionnelle belge

- C.A., arrêt *Biorim* n° 23/89 du 13 octobre 1989
- C.A., arrêt n° 136/2004.
- C. const., arrêt n° 83/2020 du 4 juin 2020
- C. const., arrêt n° 170/2022 du 22 décembre 2022
- C. const., arrêt n° 33/2023 du 2 mars 2023

Conseil d'État, section de législation

- C.E., section de législation, avis n° L. 25.169/8 des 31 mai et 4 juin 1996

JURISPRUDENCE ETRANGERE

Cour suprême américaine

- Cour suprême américaine, arrêt *Marbury v. Madison* du 24 février 1803

Conseil constitutionnel français

- Conseil constitutionnel français, décision n° 85-197 DC du 23 août 1985

DOCTRINE

MONOGRAPHIES

- ALEN, A., *Rechter en bestuur in het Belgische Publiekrecht. De grondslagen van de rechterlijke wettigheidscontrole*, vol. 1, Antwerpen, Kluwer, 1984, 1069 p.
- BATAILLER, F., *Le Conseil d'État juge constitutionnel*, Paris, L.G.D.J., 1966, 676 p.
- C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif. Une analyse comparée en droit français, belge et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 576 p.
- BEHRENDT, C., et BOUHON, F., *Introduction à la théorie générale de l'Etat : manuel*, Bruxelles, Larcier, 2014, 649 p.
- BEHRENDT, C., et VRANCKEN, M., *Principes de Droit constitutionnel belge*, 1^{ère} éd., La Charte, 2019, 766 p.
- BICKEL, A., *The least dangerous branch*, New Haven, Yale University Press, 1966, 303 p.
- CAROLAN, E., *The new separation of powers. A theory for the modern state*, Oxford, Oxford University Press, 2009, 320 p.
- CHEVALLIER, J., *L'Etat de droit*, 5^{ème} éd., Paris, Montchrestien, 2010, 158 p.
- DELPEREE, F., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 1048 p.
- DE PELSMAEKER, T., GOEDERTIER, G., GOOSSENS, J., HAECK, Y., et VANDE LANOTTE, J., *Belgisch Publiekrecht*, Bruges, die Keure, 2 volumes, 2015, 1625 p.
- DE WINTER, L., NUYTEMANS, M. et WALGRAVE, S., *Mise à l'agenda politique en Belgique (1991-2000). Le dialogue difficile entre l'opinion publique, les médias et le système politique*, Gand, Academia Press, 2005, 242 p.
- CADELLI, M. et ENGLEBERT, J. (dir.), *Gouvernement des juges: une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020, 227 p.

- CARRE DE MALBERG, R., *Confrontation de la Théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1933, 174 p.
- CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome I, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1920, 837 p.
- CARRE DE MALBERG, R., *Contribution à la théorie générale de l'État*, tome II, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1922, 638 p.
- CARRE DE MALBERG, R., *La loi, expression de la volonté générale*, Paris, Economica, 1984, 228 p.
- EISENMANN, C., *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, L.G.D.J., 1928, 363 p.
- EISENMANN, C., *Charles Eisenmann, Ecrits de théorie du droit, de droit constitutionnel et d'idées politiques*, Paris, Presses de l'université de Panthéon-Assas, 2002, 668 p.
- DE GERLACHE, E., *Histoire du Royaume des Pays-Bas. De 1814 jusqu'en 1830*, tome II, 3^{ème} éd., Bruxelles, Goemaere, 1859, 543 p.
- 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, Larcier, 1973, 581 p.
- FIERS, S., VAN NIEUWENHUYSE, K., et VERLEDEN, F., « De macht van partijen in België sinds 1981 – participatie revisited », *Res publica*, 2018, vol. 60, n° 4, pp. 302-317.
- HAMON, F. et WIENER, C., *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, 285 p.
- HAMON, L. *Les juges de la loi : naissance et rôle d'un contre pouvoir le conseil constitutionnel*, Paris, Arthème Fayard, 1987, 300 p.
- HASQUIN, H., *La Belgique française 1792-1815*, Bruxelles, Crédit communal, 1993, 503 p.
- HAURIOU, M., *Principes de droit public : à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès sciences politiques*, 2^{ème} éd., Paris, Recueil Sirey, 1916, 828 p.
- KELSEN, H., *General theory of norms*, Oxford, Oxford University Press, 1991, 465 p.
- LAMBERT, E., *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats-Unis*, Paris, Giard, 1921, 276 p.
- LEYSEN, R. et SMETS, J. *Toetsing van de Wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1991, 86 p.
- MARSHALL, G., *Constitutional Theory*, Oxford, Clarendon Press, 1971, 248 p.

- MAST, A., *De geschillen van bestuur naar belgisch recht*, Brussel, Ferdinand Larcier, 1945, 221 p.
- MAST, A., *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, 632 p.
- MERKL, A., *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Vienne, Verlag Österreich, 1927, 400 p.
- MERTENS, J., *Le fondement juridique des lois de pouvoirs spéciaux*, Bruxelles, Larcier, 1945, 272 p.
- MÖLLERS, C., *The Three Branches. A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford University Press, 2015, 280 p.
- ORBAN, O., *Le droit constitutionnel de la Belgique*, tome I, Liège, Dessain, 1911, 474 p.
- PHILIPPART, R., *Séparation des Pouvoirs : discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, le 16 novembre 1946*, Liège, Vaillant-Carmanne, 1946, 32 p.
- POPELIER, P. et LEMMENS, K., *The Constitution of Belgium: a contextual analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2015, 280 p.
- REDOR, M.-J., *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française (1879-1914)*, Paris, Economica, 1992, 330 p.
- RIMANQUE, K., *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 444 p.
- ROSOUX, G., *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 1072 p.
- ROSOUX, R., *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, 848 p.
- SALAS, D., *Le tiers pouvoir – Vers une autre justice*, Paris, Hachette, 1998, 329 p.
- STONE SWEET, A., *Governing with judges – Constitutional politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, 248 p.
- THIRION, N., *Le confinement par les nuls*, Louvain-la-Neuve, Presses universitaires de Louvain, 2021, 236 p.
- TROPER, M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 1973, 251 p.
- TSAMPI, A., *Le principe de séparation des pouvoirs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Éditions A. Pedone, 2019, 384 p.

- UYTTENDAELE, M., *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^{ème} éd., Anthemis, Limal, 2020, 1097 p.
- VANDORMAEL, K.-J., *Het Grondwettelijk Hof: rechter of regelgever ? Analyse van de draagwijde van de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof*, Bruxelles, Larcier, 2015, 134 p.
- VELAERS, J., *Van arbitragehof tot grondwettelijk hof*, Antwerpen, Maklu, 1990, 578 p.
- VELU, J., *Droit Public*, t. I : *Le Statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, 884 p.
- VERDUSSEN, M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 845 p.
- VERDUSSEN, M. *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 436 p.
- WIGNY, P., *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, 954 p.
- WODON, L., *Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1942, 69 p.
- ZOLLER, E. *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*, 1^{ère} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2000, 1336 p.
- ZOLLER, E., *Grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique*, 2^{ème} éd., Paris, Presses universitaires de France, 2010, 922 p.

CONTRIBUTIONS A UN OUVRAGE COLLECTIF

- BELLEFLAMME, F. et MAES, E., « Origine et cheminement du principe de légalité en droit public belge : gouvernement par la loi ou État de droit ? » in DETROUX, L., EL BERHOUMI, M., et LOMBAERT, B., (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 623-693
- BOURGAUX, A.-E., et GAUDIN, T., « (In)compétences des parlements belges en période de confinement et de distanciation sociale : pouvoirs spéciaux et mesures urgentes pour lutter contre le Covid- 19. Du principe de légalité... au principe de l'arrêt : enrayer le basculement » in BOUHON, F., SLAUTSKY, E., et WATTIER, S. (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 179-223

- CEREXHE, E. , « Le contrôle de constitutionnalité des lois en Belgique » in GERKRATH, J., (dir.), *La refonte de la constitution luxembourgeoise en débat*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 79-96
- COREMANS, H., « Losse beschouwingen bij het verschijnen van de bijzondere-machtenwetten » *Liber Amicorum Robert Senelle*, Bruges, Die Keure, 1986, pp. 225-243
- DELFORGE, R., ROMAINVILLE, C., VAN DROOGENBROECK, S. et VERDUSSEN, M., « Absence d'état d'urgence en droit constitutionnel belge » in BOUHON, F., SLAUTSKY, E., et WATTIER, S. (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 25-82
- DELPEREE, F., et TULKENS, F., « La création de la Cour d'arbitrage », in DELPEREE, F. (dir.), *La Cour d'arbitrage. Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 15-59
- DUMONT, H., « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in GERARD, P., OST, F., et VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1983, pp. 71-174
- DUMONT, H., « De la crise du principe de légalité à son redéploiement à l'aune d'un nouvel équilibre entre État de droit et démocratie », in DETROUX, L., EL BERHOUMI, M., et LOMBAERT, B., (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 835-880
- EISENMANN, C., « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Recueil Sirey, 1933, pp. 165-192
- FRANÇOIS, L., « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261-266
- LANSSENS, C., et SLAUTSKY, E., « Le recours aux pouvoirs spéciaux dans le contexte de la crise sanitaire liée à la pandémie de Covid-19 : une première évaluation », in PARSA, S. et UYTENDAELE, M. (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 79-102
- MARTENS, P., « La constitutionnalisation du droit juridictionnel », *Liber Amicorum Yvon Hannequart et Roger Rasir*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 285-301
- MARTENS, P., « Le juge et l'élu », in *En hommage à Francis Delpérée, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 931-946

- MARTENS, P., « Les juges, ennemi des peuples ? », in CADELLI, M., et ENGLEBERT, J. (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 23-32
- MOONEN, T., « Bijzondere machten als oplossing voor een crisis. Of zelf in een midlifecrisis? », in VANDENBOSSCHE, E. (dir.) *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Brugge, die Keure, 2019, pp. 177-213
- MUYLLE, K., « Rechterlijke controle op niet-wetgevende handelingen van een wetgevende vergadering: democratie versus rechtsstaat, of toch maar scheiding der machten? », in ALEN, A. et SOTTIAUX, S. (dir.) *Leuvense staatsrechtelijke standpunten. Deel 1*, Bruges, Die Keure, 2010, pp. 137-172
- RIGAUX, L., et UYTENDAELE, M., « L’impact du Covid-19 sur le gouvernement fédéral et les parlements », in PARSA, S. et UYTENDAELE, M. (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 43-77
- RIMANQUE, K., « Kritische kanttekeningen bij de recente ontwikkelingen inzake de bijzondere machten », *Liber Amicorum Robert Senelle*, Bruges, Die Keure, 1986, pp. 245-265
- ROUSSEAU, D., « The Constitutional Judge: Master or Slave of the Constitution? », in ROSENFELD, M., (dir.), *Constitutionalism, Identity, Difference, and Legitimacy*, New York, Duke University Press, 2020, pp. 261-283
- ROMAINVILLE, C., « Les multiples visages de la séparation des pouvoirs », in D'ARGENT, P., RENDERS, D. et VERDUSSEN, M. (dir.), *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 697-713
- TROUSSE, P.-E., « La jurisprudence », in *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, pp. 299-321
- UYTENDAELE, M., « Gouvernement des juges : retour sur un grand classique », in CADELLI, M., et ENGLEBERT, J. (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 13-22
- VAN DER BIESEN, G., « Niet te schatten. Parlementaire beïnvloeding van wetgeving ? », in POPELIER, P. et VAN NIEUWEHOVE, J. (dir.), *Wie maakt de wet*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 53-71
- VAN DER HULST, M. « Parlementaire procedure en behoorlijke wetgeving » in JUDO, F. (dir.), *Behoorlijke regelgeving, ons aller zorg. Staatsrechtconferentie 2004. Vlaamse juristenvereniging*, Gand, Larcier, 2005, pp. 65-144

- VUYE, H., « Het parlement als wetgevende macht, historisch en prospectief », in P. Popelier et J. Van Nieuwehove (dir.), *Wie maakt de wet*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 1-35

ARTICLES DE REVUE

- ADAMS, M., « De scheiding der machten tussen feit en fictie: Of waarom het soms goed is om in de leugen te leven », *Nederlandsch juristenblad*, 2010, vol. 85, n° 5, pp. 280-286
- ADAMS, M. et VAN DER SCHYFF, G., « Grondwettigheidstoetsing door de rechter als "list van de rijke": Methodologische en andere vragen bij processen van rechtsverandering », *T.P.R.*, 2008, pp. 913-978
- ALEN, A., « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, pp. 221-236
- BARBERIS, M., « Le futur passé de la séparation des pouvoirs », *Pouvoirs*, vol. 143, n° 4, 2012, pp. 5-15
- BEAUD, O., « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, pp. 47-59
- BERNARD, N., « Les pouvoirs du gouvernement fédéral en période de crise : le gouvernement Wilmès face à l'épidémie de Covid-19 », *J.T.*, 2020, pp. 372-375
- BONNARD, L., « La pensée constitutionnelle de Charles Eisenmann », *Jus Politicum*, septembre 2012, n° 8, disponible sur www.juspoliticum.com.
- BOUHON, F., « Arrêt d'espèce ou arrêt de principe ? Réflexions de synthèse autour de l'arrêt du 28 septembre 2006 de la Cour de cassation », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2007, vol. 4, pp. 387-421
- BOUHON, F. « Légalité des arrêtés ministériels de lutte contre la pandémie : la controverse survit au virus », *J.L.M.B.*, 2023, n° 5, pp. 225-229
- BOUHON F. et PIRONNET, Q., « Le pouvoir judiciaire et l'équilibre des pouvoirs : réflexions à propos des récentes réformes », *Pyramides*, 2017, n° 29, pp. 93-118
- BOUHON, F., JOUSTEN, A., MINY, X., et SLAUTSKY, E. « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020, vol. 2446, n° 1, pp. 5-56.
- BUTTGENBACH, A. « La pratique des pouvoirs spéciaux et le droit constitutionnel de la Belgique », *Revue de droit public*, 1939, pp. 80-158
- CAPPELLETTI, M., « Nécessité et légitimité de la justice constitutionnelle » *Revue internationale de droit comparé*, 1981, vol. 31, n° 2, pp. 625-657

- CHEVALLIER, J. « L'État de droit », *Revue de droit public*, 1988, pp. 313-380
- CHOME, A., « Le pouvoir judiciaire et la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1927, col. 737-744
- DAUCHY, S., « Le juge, bouche de la loi. A propos de la célèbre métaphore de Montesquieu », *Nagoya University Journal of Law and Politics*, 2014, vol. 256, pp. 325-343
- DE JONGHE, J. et REYNTJENS, F., « De twijfels van het Hof van cassatie », *R.W.*, 1975-1976, pp. 2113-2130
- DELPEREE, F., « Au nom de la loi », *J.T.*, 1975, pp. 489-496
- DELPEREE, F., « La conformité de la loi à la Constitution », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 450-468
- DELPEREE, F. « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *A.P.T.*, 1990, pp. 126-131
- DELVA, J., « Actualiteit van de confrontatie van de rechter met de toetsing van de wet aan de Grondwet », *T.B.P.*, 1978, pp. 379-395
- DE MEYER, J., « Hiërarchie en conflicten van normen na de grondwetsherziening », *R.W.*, 1971-1972, col. 881-900
- DE MEYER, J. note sous Cass., 3 mai 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 99-108
- DE STEXHE, P., « Au nom de la loi. Observations. », *J.T.*, 1975, pp. 625-627
- DE TERMICOURT, H., « Le conflit Traité-Loi interne », *J.T.*, 1963, pp. 481-486
- DE VISSCHER, P., « La sauvegarde de la suprématie de la Constitution », *A.P.T.*, 1976-1977, pp. 93-99
- DE VISSCHER, P., « Réflexions sur le contrôle de constitutionnalité des lois », *Ann. Dr. Louvain*, 1969, vol. 4, p. 349-362
- DUBUISSON, B., « En guise de conclusions : *La Flandria*, un arrêt centenaire mais toujours vert... », *J.T.*, 2020, vol. 36, pp. 774-780
- DUMON, F., Concl. préc. Cass., 25 juin 1974, *R.W.*, 1974-1975, col. 108-117
- DUMON, F. « Het jurisdictioneel toetsingsrecht van de grondwettigheid der wetten », *R.W.*, 1989-1990, pp. 1-10
- FAIDER, C., « Etude sur l'application des lois inconstitutionnelles », *Bulletins de l'Académie royale des Sciences, des Lettres et des Beaux-Arts de Belgique*, 1850, tome XVII, pp. 435-484
- FANIEL, J. et SÄGESSER, C., « La Belgique entre crise politique et crise sanitaire (mars-mai 2020) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2020, vol. 2447, n° 2, pp. 5-46

- FAVOREU, L., « De la démocratie à l'État de droit », *Le Débat*, 1991/2, n° 64, pp. 154-158
- FAVOREU, L., « Légalité et constitutionnalité », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, novembre 1997, n° 3, p. 73-81
- FELDMAN, J.-P., « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, vol. 83, n° 3, pp. 483-496
- FEYEN, S., « Het hof van cassatie en het grondwettelijk hof op weg naar een nieuw conflict ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1358-1381
- FIERS, S., VAN NIEUWENHUYSE, K., et VERLEDEN, F., « De macht van partijen in België sinds 1981 – participatie revisited », *Res publica*, 2018, vol. 60, n° 4, pp. 302-317
- FOQUE, R., VAN ORSHOVEN, P., VAN GERVEN, W., RAYMAEKERS, B., et VANDEURZEN, J., « Debat: De scheiding der machten. » *Ethische Perspectieven: Nieuwsbrief van het Overlegcentrum voor Ethiek*, 2009, vol. 19, pp. 346-373
- GARLICKI, L., « Constitutional Courts versus Supreme Courts », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, pp. 44-68
- HAESBROUCK, E., « Gerechtelijke toetsing van de wet en het constitutionaliteitsprobleem van wetten met regionaal toepassingsgebied », *R.W.*, 1974-1975, col. 1597-1598
- HALLET, L., « Le pouvoir judiciaire est-il appelé à rechercher si une loi est ou non conforme à la Constitution ? », *B.J.*, 1928. col. 353-373
- KELSEN, H. « La garantie juridictionnelle de la Constitution (la Justice constitutionnelle) », *Revue de droit public*, 1928, pp. 107-257
- KELSEN, H., « Judicial Review of Legislation: A Comparative Study of the Austrian and the American Constitution », *The Journal of Politics*, 1942, vol. 4, n° 2, pp. 183-200
- KRENC, F., « L'État de droit : une exigence à clarifier, un édifice à préserver », *R.T.D.H.*, 2021, vol. 128, n° 4, pp. 775-790
- KRINGS, E., « Enkele beschouwingen betreffende Rechtsstaat, scheiding der machten en rechterlijke macht », *R.W.*, 1989-1990, pp. 169-186
- LAHMER, M., « Le Moment 1789 et la séparation des pouvoirs », *Jus politicum*, juin 2014, n° 12, disponible sur www.juspoliticum.com.
- LAQUIEZE, A. « Le contrôle de constitutionnalité de la loi aux États-Unis vu par les penseurs libéraux français du XIX^{ème} siècle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2003, vol. 18, pp. 29-44

- LE DIVELLEC, A., « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, pp. 123-140
- LE POURHIET, A.-M., « Gouvernement des juges et post-démocratie », *Constructif*, 2022, vol. 61, n° 1, pp. 45-49
- LEROY, M. « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2015, pp. 483-504
- LIEKENDAEL, E. « De scheiding van de machten aan de vooravond van het derde millennium », discours prononcé lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1997, *R.W.*, 1997-1998, p. 553-569
- LUISIN, B., « « Le mythe de l'État de droit », « L'État de droit, rétrospectivement... » », *Civitas Europa*, 2016, vol. 37, n° 2, pp. 155-182
- MARTENS, P., « La cour de cassation la Constitution et la Cour constitutionnelle : la paix des juges ? », *J.T.*, 2007, pp. 653-655.
- MAST, A., « L'interprétation de la Constitution », *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, 1970, pp. 521-553
- MAST, A., « Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois », note sous Cass., 3 mai 1974, *R.C.J.B.*, 1975, pp. 216-228
- MARTENS, P. « La tyrannie de l'apparence », *R.T.D.H.*, 1996, pp. 627-656
- MINY, X., « Au nom de l'État de droit », obs. sous Tribunal civil francophone Bruxelles (référés), 05/08/2020, *Administration Publique : Revue du Droit Public et des Sciences Administratives*, 2020, pp. 628-641
- PASQUINO, P., « Constitutional Adjudication and Democracy. Comparative perspectives : USA, France, Italy », *Ratio juris*, 1998, vol. 11, pp. 38-50
- PERIN, F. « Y a-t-il trois pouvoirs constituants? » *Annales de droit de Liège*, 1987, pp. 3-16
- PIMENTEL, C.-M., « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, 2002/3, n° 102, pp. 119-131
- POPELIER, P., « COVID-19 legislation in Belgium at the crossroads of a political and a health crisis », *The Theory and Practice of Legislation*, 2020, vol. 8, pp. 131-153.
- RAYNAL, P.-M., « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, 2016, vol. 37, n° 2, pp. 27-46
- RIMANQUE, K., « Overwegingen naar aanleiding van het cassatie-arrest van 3 mei 1974 inzake l.e.compte tegen de Belgische orde der Geneesheren », *T.B.P.*, 1974, pp. 255-271

- ROBLOT-TROIZIER, A., « Un concept moderne : séparation des pouvoirs et contrôle de la loi », *Pouvoirs*, 2012, vol. 143, n° 4, pp. 89-103
- ROSOUX, G., « Le contrôle juridictionnel des “validations législatives” en France et en Belgique : un conflit de légitimités », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 137-219, 2005, p. 138.
- SÄGESSER, C. « Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs », *Dossiers du CRISP*, 2016, vol. 87, n° 2, pp. 9-71
- J.-C. SCHOLSEM « La Cour d'arbitrage », *Revue de droit public de l'ULB*, 1999, n° 20, pp. 205-237.
- SCHONFELD, K. M. « Rex, Lex et Judex ; Montesquieu and “la bouche de la loi” revisited », *European Constitutional Law Review*, 2008, pp. 274-301
- SCHMITT, C., « Vergleichender Überblick über die neueste Entwicklung des Problems der gesetzgeberischen Ermächtigungen (Legislative Delegationen) », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1936, vol. 6, pp. 252-268.
- SENELLE, R. « De onschiedbaarheid van de wet », *R.W.*, 1971-1972, col. 641-644
- SOENENS, L. « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *B. J.*, 1927, col. 613-631
- STENGERS, J., « Autour d'un Centenaire Les tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue belge de philologie et d'histoire*, 1949, vol. 27, n° 3, pp. 679-701
- SUETENS, L. P. « Gerechtelijke toetsing van de wet en het constitutionaliteitsvraagstuk van wetten met regionaal toepassingsgebied », *R. W.*, 1974-1975, col. 1723-1725
- TROPER, M. « Le concept d'Etat de droit », *Droits : revue française de théorie juridique*, 1992, n° 15, pp. 51-63
- TROPER, M., « Le juge constitutionnel et la volonté générale », *Analisi e diritto*, 1999, pp. 131-144
- TROPER, M., « Histoire constitutionnelle et théorie constitutionnelle », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°28, juillet 2010, Paris, Dalloz, pp. 3-9
- TROPER, M., « Séparation des pouvoirs », in *Dictionnaire Montesquieu*, disponible sur <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr>, septembre 2013
- VAN ASSCHE, W., « Het preventief toezicht op de grondwettigheid van de ontwerpen van wet en decreet », *T.B.P.*, 1973, pp. 219-229

- VAN DER MEERSCH, G., « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, pp. 485-496.
- VAN DER MEERSCH, G., « Réflexions sur la révision de la Constitution », *J.T.*, 1972, 477-495
- VAN DER MEERSCH, G., « Réflexions sur l'art de juger et l'exercice de la fonction judiciaire », *J.T.*, 1973, pp. 509-520
- VAN DER MEERSCH, G., Concl. préc. Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, 1974, pp. 564-570
- VANWELKENHUYZEN, A., « L'attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, pp. 577-588 et pp. 597-607
- VELAERS, J. « Les principes généraux du droit à valeur constitutionnelle : des incontournables de notre ordre constitutionnel », in CARTUYVELS, Y., DUMONT, H., GERARD, P., HACHEZ, I., F. OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Bruxelles, F.U.S.L., 2012, pp. 537-580
- VERMEERSCH, P. « Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *B.J.*, 1928, col. 321-341
- ZANON, N., « La polémique entre Hans Kelsen et Carl Schmitt sur la justice constitutionnelle », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991, vol. 5, n° 1989, pp. 177-189
- ZOLLER, E., « La justice comme contre-pouvoir : regards croisés sur les pratiques américaine et française », *Revue internationale du droit comparé*, 2001, vol. 53, n° 3, pp. 559-574
- ZOLLER, E.. « Les deux Constitutions de John Marshall : une relecture de l'arrêt *Marbury v. Madison* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2020, vol. 123, n° 3, pp. 521-540