

Audition de Marc Uyttendaele devant la commission des Affaires institutionnelles du Sénat
dans le cadre l'examen de trois propositions de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6
janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle en ce qui concerne la nomination des juges à la
Cour constitutionnelle – 4 juin 2021

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs les Sénateurs,

La vie passe terriblement vite et je me rends compte que j'ai commencé ma carrière académique avant même que naisse la Cour constitutionnelle. J'ai pu donc assister à ses premiers pas, analyser sa jurisprudence, y plaider souvent à l'époque où l'on y plaiderait régulièrement et moins souvent depuis que l'on y plaide plus qu'occasionnellement.

Cela m'autorise, je crois, à poser aujourd'hui un diagnostic. Dans ce pays dans lequel nombre de réformes ont été mal pensées, ont été trop complexes ou ont saccagé des institutions importantes – l'assemblée dans laquelle vous siégez en étant la plus grande des victimes -, il en est une qui est une réussite presque parfaite, la création dans ce pays d'un juge constitutionnel.

Rien n'a été simple cependant. La Cour d'arbitrage a été créée parce que les auteurs de la réforme de l'Etat n'avaient pas le choix : il fallait un arbitre juridictionnel des conflits de compétences entre les différents législateurs. Et les mots ont leur sens car dans les mots « Cour d'arbitrage », il y avait certes le mot « Cour » mais il y avait aussi le mot « arbitrage ». L'arbitre, c'est le mal nécessaire dans une compétition sportive, celui dont l'on ne peut se passer, mais qui n'est pas forcément le plus populaire. Les responsables politiques, dans ce pays, admettaient avec beaucoup de réticences qu'un organe juridictionnel s'attaque à l'œuvre du législateur¹. Il s'agit là de l'une des explications du mode de composition de la Cour. Il fallait créer un lien entre la juridiction et les parlements, éviter la tour d'ivoire du droit où les règles seraient appliquées de manière désincarnée, sans connexion avec le réel. Les travaux préparatoires témoignent de cette préoccupation : la présence d'anciens parlementaires se justifie « *par la garantie qu'elle donne aux représentants de la volonté nationale, communautaire ou régionale, de ne pas voir un organe qui est nommé et non élu s'enfermer à l'encontre de cette volonté dans des raisonnements étroitement juridiques* »² et répond « *au souci d'assurer un équilibre dans l'interprétation entre le droit abstrait et la pratique et (...) doit permettre que l'interprétation des règles de compétence s'effectue dans une optique dynamique* »³.

Créée avec circonspection par le monde politique, la Cour d'arbitrage a été mal accueillie par les autres juridictions suprêmes, et au premier titre par la Cour de cassation. Celle-ci entendait – et malheureusement entend toujours – demeurer la juridiction première de cordée. La Cour d'arbitrage a été ressentie comme un nouveau riche, comme un parvenu dans le monde juridictionnel belge.

36 ans plus tard, nul ne peut contester la réussite de l'entreprise. La Cour, assurément grâce à la manière dont elle est composée, s'est imposée comme une authentique juridiction constitutionnelle. Soyons clair. Si l'on excepte l'arrêt BHV, probable compromis difficilement

¹ Voy. la controverse qui a entouré le prononcé de l'arrêt Le Compte par la Cour de Cassation, le 3 mai 1974 (M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^{ème} ed, Anthémis, 2020, pp. 176 et s.).

² *Doc. Parl.*, Sén., s.o. 1979-1980, 435, n°1, p. 12.

³ *Ibid*

dégagé en son sein et qui a causé plus de problèmes qu'il n'en a résolus⁴, la Cour a réalisé un authentique sans-faute. Sans aucunement entrer dans les détails, elle a rendu viable, par la mise en œuvre d'un authentique système de compétences concurrentes, un régime de répartition des compétences qui avait tout pour devenir ingérable⁵. Elle a été un garant sourcilieux des libertés, n'hésitant pas à rompre avec tous les conservatismes. En témoigne par exemple son arrêt sur les transgenres⁶ ou son arrêt subtil sur la neutralité dans l'enseignement supérieur⁷. Mais surtout, elle s'est comportée, au sens le plus noble du terme, comme une juridiction constitutionnelle. Ainsi a-t-elle livré de ses compétences, une définition le plus souvent originale et extensive, obtenant systématiquement que le législateur spécial lui consente des pouvoirs ou des moyens qu'elle s'était déjà spontanément attribués⁸.

Pourquoi ces quelques mots d'introduction ?

Parce qu'ils sont à l'origine d'une supplique et d'une crainte.

La supplique est de profiter des débats importants que vous menez aujourd'hui pour consacrer sans ambiguïté le caractère suprême de la juridiction constitutionnelle.

La crainte est au cœur de vos travaux et concerne l'objet des auditions auxquelles vous procédez. C'est l'honneur du législateur spécial de « travailler sur la bête », de remettre en question les certitudes ou les présupposés du passé, d'améliorer les procédures et tel est l'objet des propositions en débat devant vous.

Et assurément, il y a matière à améliorer les règles de composition de la Cour. Cependant, il faut toujours avoir à l'esprit que le système actuel a parfaitement fonctionné et qu'il serait dommage qu'en entendant le rendre meilleur, des réformes aient pour effet de remettre en cause la magie du compromis entre le respect de la Constitution et la recherche de l'intérêt général qui est l'empreinte offerte depuis 35 ans par la Cour dans le droit positif national. Une empreinte qui est le résultat et la conséquence de ses règles de composition.

* * *

La supplique tout d'abord.

Le droit positif est clair et permet de hiérarchiser symboliquement les juridictions suprêmes.

⁴ Voy. CC n°73/2003 du 26 mai 2003. Voy. M. UYTTENDAELE, *Trente leçons...*, *op. cit.*, pp. 251 et s.

⁵ Voy. M. UYTTENDAELE, *Trente leçons...*, *op. cit.*, pp. 931 et s.

⁶ CC n°99/2019 du 30 juin 2019.

⁷ CC n°81/2020 du 4 juin 2020.

⁸ Voy. par exemple la manière dont elle a intégré parmi les normes dont elle garantit le respect, en lien avec les articles 10 et 11 de la Constitution, l'ensemble des dispositions de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, la loyauté fédérale ou les principes généraux de droit (Voy. à ce sujet, M. UYTTENDAELE, *La Cour constitutionnelle Réflexions sur sa composition, ses attributions et son apport au système de répartition des compétences*, Anthémis, 2021, pp. 43 et s., 46 et s. et 48). De même, le législateur spécial l'a autorisée à maintenir les effets d'une norme jugée inconstitutionnelle dans le cadre d'un contentieux préjudiciel après qu'elle a elle-même usé, sans fondement légal, de ce pouvoir (voy. art 28, alinéa 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle et CC n°125/2011 du 7 juillet 2011 et M. UYTTENDAELE, *La Cour constitutionnelle...*, *op. cit.* p. 68 et s.).

La Cour de cassation tranche les conflits d'attribution entre les juridictions administratives, dont le Conseil d'État, et les juridictions judiciaires, dont elle-même⁹. Sa primauté est ainsi symboliquement affirmée par rapport au Conseil d'État.

L'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle établit que les juridictions de dernier ressort, donc la Cour de cassation et le Conseil d'État, ne peuvent refuser de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle que dans des cas expressément limités¹⁰.

Dans la réalité cependant, c'est en toute impunité, et sans vergogne, que le Conseil d'État¹¹ et la Cour de cassation¹² refusent de poser des questions préjudicielles sollicitées par les

⁹ Voy. art 158 de la Constitution et art. 33 et s des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat du 12 janvier 1973.

¹⁰ Tel est le cas lorsque l'action portée devant la juridiction de dernier ressort est irrecevable ou que la juridiction est compétente pour des motifs de procédure tirés de normes ne faisant pas elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle (art. 26, § 2, 1^o) ou lorsque la Cour constitutionnelle a déjà répondu à une question ayant un objet identique (art. 26, § 2, 2^o). La juridiction de dernier ressort peut également refuser de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsqu'il s'agit d'une procédure en référé, en référé administratif ou qui porte sur une détention préventive et pour autant qu'il n'existe pas de doute sérieux quant à la compatibilité de la norme en cause avec les dispositions dont la Cour constitutionnelle assure le contrôle, et que la Cour ne soit pas saisie d'un recours en annulation ou interrogée à titre préjudiciel à propos de la norme en cause (art. 26, § 3). Ensuite, elle peuvent également s'abstenir de poser pareille question si est invoquée la violation d'un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par le titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, lorsque elles estiment que la disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée, qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée ou qu'un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée (art. 26, § 4).

¹¹ Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il décidé qu'il « *n'y a pas lieu de poser question préjudicielle suggérée en termes de mémoire en réplique dès lors que la différence de traitement alléguée est invoquée pour la première fois, et donc, tardivement, dans ce mémoire* » (CE n°249.606 du 26 janvier 2021, *Fagnot et Brose*), que « *Étant donné que la question préjudicielle repose sur un postulat inexact, elle n'est nullement nécessaire à la solution du litige. Il n'y a dès lors pas lieu d'interroger la Cour constitutionnelle* » (CE n°244.796 du 13 juin 2019, *SA Rocoluc*) ou que « *Dès lors que la question préjudicielle que le requérant suggère de poser à la Cour constitutionnelle ne permet pas d'identifier les catégories de justiciables entre lesquelles une différence de traitement résulterait de l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat, en manière telle que cette disposition serait contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, fussent-ils lus en combinaison avec d'autres dispositions, la question formulée ne peut être considérée comme étant une question préjudicielle au sens de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, de sorte qu'il n'y a pas lieu de la poser* » (CE n°225.781 du 11 février 2013, *Tariki*). Voy aussi M. UYTENDAELE, *La Cour constitutionnelle...*, *op. cit.* p. 65, note 203.

¹² Les exemples de cette pratique foisonnent. Ainsi dans un arrêt du 12 février 1996 (*J.T.*, 1996, p. 281), la Cour de cassation refuse de poser des questions préjudicielles dans l'affaire Inusop sur la compatibilité de certaines dispositions du code d'instruction criminelle relatives à la connexité avec les articles 10 et 11 de la Constitution (voy. M. UYTENDAELE, *Trente leçons...*, *op. cit.*, pp. 514 et s.). Voici encore une manifestation récente de cette politique jurisprudentielle de la Cour de cassation. Un demandeur en cassation demandait à la Cour de cassation de poser à propos du mécanisme d'évocation qui prive un justiciable de la possibilité de bénéficier d'un double degré de juridiction la question préjudicielle suivante : « *L'article 215 du Code d'instruction criminelle viole-t-il les articles 10, 11, 12 et 13 de la Constitution, combinés avec l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'article 2 du 7ème protocole additionnel de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, l'article 14, 5 du Pacte international sur les droits civils et politiques et le principe général du droit à un double degré de juridiction en matière pénale en ce qu'il prive une catégorie de citoyens d'un double degré de juridiction ?* ». La Cour refuse de poser la question préjudicielle,

parties, pour d'autres motifs que ceux prévus par le législateur spécial, et cela en violation flagrante de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. En ce faisant, ces juridictions déniaient symboliquement à la Cour constitutionnelle sa fonction de juridiction suprême et bouleversent l'équilibre institué par le constituant et le législateur spécial. Dès lors que ces arrêts de refus de poser des questions préjudicielles sont rendus par des juridictions de dernier ressort, nous sommes en présence d'un crime parfait dont la première victime est le justiciable.

Chacun aperçoit évidemment le danger qu'il y aurait à permettre aux parties qui se sont vu refuser par l'une de ses juridictions suprêmes de voir poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle d'introduire directement un recours devant cette dernière à la suite de cette situation.

Ce nouveau recours aurait pour effet non seulement d'encombrer considérablement le rôle de la Cour constitutionnelle, mais encore de retarder les procédures et de générer un arriéré judiciaire supplémentaire. Pire, l'existence d'un tel recours pourrait être utilisé à des fins dilatoires par certains plaideurs.

Par contre, il ne peut être supporté que deux des plus hautes juridictions de ce pays puissent impunément faire fi, au détriment des justiciables de leurs obligations légales, et ainsi dénier à la Cour constitutionnelle sa qualité de juridiction suprême.

À cette fin, le législateur spécial pourrait utilement mettre en œuvre un mécanisme qui impliquerait l'obligation pour la Cour de cassation et le Conseil d'État, immédiatement avant de rendre leur arrêt, de transmettre à la Cour constitutionnelle les actes de procédure dans lesquels est sollicité que soit posée une question préjudicielle s'ils n'entendent pas spontanément interroger celle-ci. La Cour, bénéficiant de l'appui de ses référendaires et siégeant dans sa composition restreinte¹³, examinerait dans un délai bref si elle entend, ou non, évoquer l'affaire et partant répondre à ladite question préjudicielle.

Une telle formule n'augmenterait pas sensiblement le travail au sein de la Cour constitutionnelle notamment en raison de son effet dissuasif¹⁴, n'aurait pas pour conséquence de retarder inutilement nombre de procédures et permettrait de préserver la primauté de la

sans référence aucune aux hypothèses visées à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, et en se substituant ainsi à la Cour constitutionnelle pour apprécier la pertinence de la question préjudicielle en affirmant que « *La Cour n'est pas tenue de poser une question préjudicielle dont ni les termes, ni l'objet ne permettent de discerner par rapport à quelle catégorie de personnes le demandeur subirait une inégalité de traitement* » (Cass, 14 avril 2021, F20.1060.F/1). Voy aussi M. UYTENDAELE, *La Cour constitutionnelle...*, op. cit. p. 65, note 202.

¹³ L'article 69 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 prévoit qu'il « *existe une chambre restreinte, composée du président et des deux rapporteurs* » qui intervient déjà dans une procédure préliminaire permettant de mettre fin à l'examen de l'affaire en cas de recours en annulation ou de question préjudicielle manifestement irrecevable. Cette chambre restreinte pourrait également examiner les demandes de questions préjudicielles qu'entendent rejeter les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours. Il est même possible de confier à un juge unique de la Cour constitutionnelle de se charger de cette mission à charge pour lui de saisir la chambre restreinte s'il l'estime opportun.

¹⁴ Il est certain que l'existence même de ce système d'évocation aurait un effet dissuasif. En effet, la Cour de cassation et le Conseil d'État seront, en effet, enclins à bien plus de prudence au moment de refuser de poser une question préjudicielle dès lors que ces juridictions seront conscientes qu'elles s'exposent à un contrôle de la Cour elle-même et qu'elles ne peuvent plus statuer sur cette question en toute impunité.

juridiction constitutionnelle, de garantir le procès équitable au bénéfice des justiciables et d'adresser un signal clair et nécessaire à la Cour de cassation et au Conseil d'État.

* * *

Venons-en à la composition de la Cour.

Tout d'abord, est proposé d'étendre l'accès à la nomination aux chargés de cours dans les universités¹⁵. C'est, à l'évidence, une initiative heureuse. Ils ont, en effet, été nommés à titre définitif dans leur institution et sont titulaires d'une thèse de doctorat. Ils ont donc tous les titres pour devenir juge constitutionnel.

À cet égard, je ne peux m'empêcher de partager avec vous une interrogation. Pourquoi la porte de la Cour constitutionnelle est-elle fermée aux avocats ? Alors que des conseillers à la Cour de cassation, les membres du parquet général de cassation, les conseillers d'État, l'auditeur général, l'auditeur général adjoint et les premiers auditeurs au Conseil d'Etat peuvent être nommés juges au sein de la Cour, les avocats à la Cour de cassation et les avocats qui plaident régulièrement devant le Conseil d'Etat ou devant la Cour constitutionnelle n'y ont pas accès.

Les avocats sont-ils les lépreux de notre système juridictionnel ? Ne conviendrait-il pas à tout le moins de donner accès à la fonction de juge constitutionnel aux avocats à la Cour de cassation et aux avocats qui plaident habituellement tant devant le Conseil d'État que devant la Cour constitutionnelle. Sans doute n'y a-t-il pas pour ces deux juridictions, à l'inverse de la Cour de cassation, un corps d'avocats autorisés à y plaider, mais rien ne leur interdirait, lorsqu'un candidat se manifeste, d'attester que celui-ci plaide habituellement devant elles et peut ainsi voir sa candidature prise en considération.

Marc VERDUSSEN préconise, quant à lui, d'ouvrir portes et fenêtres et permettre notamment à des magistrats de toute juridiction, à des avocats, à des juristes d'entreprise, à des juristes travaillant dans des administrations publiques d'avoir accès à la nomination à la Cour constitutionnelle¹⁶.

Cette formule ne doit pas forcément être récusée pour autant que les intéressés puissent réellement se prévaloir d'une expérience utile et significative sur le plan juridique et aient pris la pleine mesure de la mission de juge constitutionnel. N'y a-t-il malgré tout un certain paradoxe à ouvrir les portes de la Cour à des juristes de terrain qui peuvent tout ignorer du droit constitutionnel, du droit de la répartition des compétences et du droit des libertés publiques et de les fermer aux anciens parlementaires qui, pendant plusieurs années, ont été, même s'ils ne sont pas juristes, des praticiens de ces matières ?

* * *

Ainsi que je l'ai indiqué déjà, il faut faire preuve d'une grande circonspection avant de modifier les règles de composition de la Cour constitutionnelle. Voilà pourquoi il serait particulièrement périlleux de rompre les équilibres sur lesquels elle a été bâtie.

Je n'évoque que pour mémoire la proposition visant à exclure les binationaux du siège de la Cour¹⁷. Il s'agit là d'une option discriminatoire qui ne mérite pas que l'on s'y attarde.

¹⁵ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-73/1

¹⁶ Art 34, § 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

¹⁷ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-138/1.

Il est question aussi de remettre en cause la parité linguistique¹⁸. On retrouve ce mode de composition au sein des trois juridictions suprêmes¹⁹ tout comme au Conseil Supérieur de la Justice²⁰. Il est consubstantiel au modèle fédéral belge et le remettre en cause dans la composition de la Cour constitutionnelle reviendrait à remettre celui-ci en cause.

Plus fondamentalement, la grande force de la Cour a été, depuis sa création, d'échapper, apparemment du moins, au clivage communautaire et de produire des décisions dans lesquelles chaque communauté pouvait se reconnaître. Ceci n'a été rendu possible que par le fait qu'aucune des deux grandes communautés n'était ni majoritaire, ni minoritaire en son sein. Le législateur spécial a, dès l'origine, veillé à éviter d'adopter des règles qui portent atteinte à la cohésion de la Cour. Ainsi, par exemple, contrairement à la pratique de nombre de juridictions suprêmes, les juges constitutionnels belges ne sont pas autorisés à formuler des opinions dissidentes ou divergentes²¹.

Remettre en cause la parité linguistique reviendrait, précisément, à créer un fait majoritaire, lequel ne pourrait déboucher que sur des tensions internes, l'apparition de majorités et de minorités, avec pour conséquence quasiment inéluctable la remise en cause de la cohésion de la juridiction.

De la même manière, il ne se justifie pas de modifier le mode de désignation des juges. Un juge constitutionnel n'est ni un juge judiciaire, ni un membre d'un organe politique ou exécutif. Voilà pourquoi, il est essentiel de confier aux représentants du peuple, et partant à la Chambre des représentants et au Sénat, un rôle central dans le processus de désignation. Cette mission dévolue aux assemblées est un marqueur démocratique essentiel. Pour siéger à la Cour, un juge doit avoir reçu le soutien de deux tiers des membres de l'assemblée parlementaire²². Ceci lui confère une légitimité démocratique qui doit le conduire, tout en exprimant sa sensibilité idéologique et philosophique, à s'exonérer de toute appartenance partisane.

Il ne peut être question, dans pareille perspective, de subordonner la désignation des juges à la Cour constitutionnelle à la réussite d'un concours²³. En effet, il est attendu du juge constitutionnel non seulement qu'il soit techniquement équipé pour remplir sa mission mais qu'il dispose d'une personnalité qui lui confère une autorité naturelle, un sens de l'intérêt général et une capacité de dialogue, ensemble de qualités qu'il est impossible de cerner par un concours.

De la même manière, il ne peut être question que la Cour constitutionnelle soit composée à la proportionnelle de la représentation des groupes politiques au sein de l'assemblée parlementaire²⁴. Contrairement à ce que soutiennent les auteurs d'une proposition de loi en débat, telle ne peut être ni la réalité, ni l'objectif du législateur spécial. En exigeant que se dégage une majorité de deux-tiers au sein de l'assemblée sur la présentation d'un candidat, l'objectif du législateur spécial était précisément que soient nommés des juges réputés sages et puisant leur légitimité bien au-delà de la formation politique à laquelle ils pourraient être rattachés. Si cela a pour effet d'exclure des candidats émanant de partis extrêmes, c'est la simple conséquence de leur incapacité de fédérer autour d'eux une confiance suffisamment

¹⁸ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-138/1.

¹⁹ *Voy. Art. 43quater* des lois coordonnées sur l'emploi de langues en matière judiciaire et art. 73 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

²⁰ *Voy. art 259bis 1* du Code judiciaire.

²¹ *Voy aussi M. UYTTENDAELE, La Cour constitutionnelle..., op. cit. p. 23. Contra J. SOHIER, "Vote secret ou vote dissident (La pratique de la publication des opinions dissidentes au tribunal constitutionnel fédéral allemand)", in Mélanges offerts à Raymond Vander Elst, T. 2, Nemesis, 1986, pp. 766 et s*

²² *Art. 32* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²³ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-138/1.

²⁴ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-138/1 et *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-166/1.

large. Cette volonté du législateur spécial de constituer une juridiction de sages explique aussi la nomination à vie des juges constitutionnels, laquelle est la première garantie de leur indépendance. N'ayant plus rien à recevoir, ils n'auront plus rien à demander et pourront exercer leur mission sans subir d'influence délétère. La juridiction constitutionnelle doit être celle du temps long et il ne peut-être question que, à l'instar du conseil d'administration d'une entreprise publique sa composition, épouse, de législature en législature, les rapports de forces politique du moment. Son autorité puise sa source dans la pérennité de son siège²⁵.

* * *

Doit également être abordée la durée du mandat parlementaire qui permet de devenir juge constitutionnel. Il y a à cet égard une contradiction potentielle entre la volonté de déprofessionnaliser la fonction de parlementaire et l'exigence d'une présence plus longue sur les bancs d'un Parlement pour avoir accès à la Cour constitutionnelle. Les cinq ans actuellement prévus paraissent, cependant, insuffisants. Par contre, fixer la durée à dix ans²⁶ peut provoquer une rupture du principe d'égalité entre parlementaires fédéraux et régionaux puisqu'une dissolution anticipée est possible à la Chambre des représentants et ne l'est pas dans les parlements régionaux et communautaires. Une solution médiane serait d'exiger que le parlementaire ait été élu à deux reprises et qu'il ait exercé ses fonctions pendant au moins huit ans. Il ne s'agirait d'ailleurs là que d'un heureux retour aux sources puisque que jusqu'à l'adoption de la loi spéciale du 27 mars 2006, la durée requise du mandat parlementaire était bien de huit ans. Par contre, il est permis de se demander si la condition d'âge –fixée à quarante ans – a bien un sens. Le siège de la Cour serait, en effet, vivifié si pouvaient y avoir accès des candidats plus jeunes, qu'il s'agisse de professionnels du droit ou d'anciens parlementaires – pour autant évidemment qu'ils remplissent toutes les autres conditions de désignation.

* * *

Venons-en enfin au sujet qui fâche

L'osmose réussie entre spécialistes du droit et anciens parlementaires a jusqu'ici parfaitement fonctionné. La Cour constitutionnelle est un alliage de compétences et d'expériences. Le simple fait que la moitié de ses membres soit des juristes de haute qualité et que la Cour comprend en son sein un corps de 24 référendaires désignés à la suite d'un concours particulièrement exigeant²⁷ permet de garantir que toute décision soit le fruit d'une analyse juridique sérieuse et rigoureuse. Rien ne justifie, et sur ce point je suis en opposition totale avec les auteurs de l'une des propositions de loi²⁸ et avec mon ami et collègue Marc VERDUSSEN, de créer dans le chef des anciens parlementaires siégeant au sein de la Cour des conditions capacitaires²⁹.

²⁵ Telle est la raison pour laquelle il est vivement déconseillé de recourir à un système de mandats. La nomination à vie des magistrats, consacrée pour les juges de l'ordre judiciaire, par l'article 152 de la Constitution est une garantie incoercible de leur indépendance. Le système des mandats existant dans l'organisation judiciaire est d'une toute autre nature car elle implique simplement qu'un magistrat nommé à vie exerce, pendant un temps limité, une fonction particulière au sein d'une cour ou d'un tribunal, soit une hypothèse qui est totalement étrangère à la mission d'un juge constitutionnel (Voy. M. UYTENDAELE, *Trente leçons...*, *op. cit.*, pp. 621 et s.).

²⁶ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-166/1.

²⁷ Art. 35 et s. de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

²⁸ *Doc. Parl Sén*, s.o 2019-2020, 7-166/1.

²⁹ La présence d'anciens parlementaires dont il n'est de surcroît pas exigé qu'ils soient juristes suscite de vives critiques dans le monde juridique. Elles sont notamment synthétisées par Marc VERDUSSEN (*Justice constitutionnelle*, Larcier, Bruxelles, 2013, pp. 146 et s. et « Le mode de composition de la Cour constitutionnelle est-il légitime, *R.B.D.C.*, 2013, pp. 67 et s.). Cet auteur indique notamment : « *Qu'on le veuille ou non, le contrôle de la constitutionnalité des lois relève*

Leur désignation n'est pas la conséquence de leur maîtrise du droit, mais de leur expérience du débat démocratique, du travail d'assemblée qui a été le leur et, également, des liens qu'ils ont entretenus avec leurs électeurs. Autrement dit, ils sont au sein de la Cour, les porteurs de la réalité. De plus, s'ils ont correctement assumé leur travail parlementaire, ils sont en quelque sorte des Monsieur Jourdain du droit. En effet, en fabriquant des normes législatives, et ce pendant une période suffisamment longue, ils ont, en matière de légistique, et donc nécessairement en droit, des connaissances dont ne dispose pas le commun des mortels.

Pour le reste, il convient de faire ce que fait la Cour constitutionnelle au quotidien, à savoir appliquer le principe d'égalité.

Celui-ci interdit d'exiger d'un ancien parlementaire qu'il soit titulaire d'un diplôme universitaire, en l'occurrence - d'un diplôme de droit. Ceci reviendrait à créer, entre les différents partis politiques, des discriminations inacceptables. On peut imaginer, en effet, que des partis politiques représentant des strates moins aisées de la population ne disposent pas, parmi leurs différents parlementaires, de diplômés en droit. Les parlementaires de ces partis se verraient alors, par principe, empêchés de devenir juges à la Cour constitutionnelle quand bien même ils auraient pu obtenir, en raison de leurs qualités intrinsèques, le soutien de deux tiers des députés ou des sénateurs intervenant dans le processus de désignation.

* * *

Un constat se dégage : le système actuel est performant et permet des recrutements de qualité. Des reproches ont pu être adressés aux partis politiques de s'entendre dans des débats opaques sur la désignation des futurs juges constitutionnels. Le reproche est justifié même s'il n'a pas nui à la qualité du travail de la Cour, ni même, le plus souvent, à la désignation de juristes parmi les anciens parlementaires siégeant en son sein.

Il est toujours utile, cependant, et vos débats le démontrent, de s'interroger sur la manière d'améliorer le régime existant. Le premier diagnostic à cet égard est que les défaillances du régime actuel proviennent bien plus de la manière dont la loi spéciale est appliquée par le monde politique que par des défauts qui la caractériseraient.

Ainsi peut-on évoquer les auditions des candidats par l'assemblée³⁰. Rien n'interdit d'y procéder d'ores et déjà et rien n'oblige de désigner les juges dans des petits arrangements entre amis. Compte tenu de ces circonstances, le législateur spécial peut estimer souhaitable de protéger le monde politique de lui-même et rendre le processus de désignation des juges constitutionnels plus formalisé et plus transparent. A cette fin, le législateur spécial peut imposer des auditions parlementaires des candidats à la Cour, qu'il s'agisse d'anciens parlementaires ou de spécialistes du droit. De telles auditions sont de nature à resserrer les liens entre le candidat et l'assemblée parlementaire qui a décidé de lui faire confiance. Symboliquement, elle est de nature à casser la logique selon laquelle les désignations des juges à la Cour constitutionnelle sont le résultat de compromis souterrains passés entre parties politiques. Tout au plus conviendra-t-il d'éviter que ces auditions deviennent des ersatz d'un examen capacitaire. Elles doivent avoir pour objet principal, sinon exclusif, de permettre aux candidats de décrire la manière dont ils conçoivent leur mission de juge constitutionnel, de démontrer leur sens du dialogue et de l'intérêt général. A juste titre, Marc VERDUSSEN fixe

de la fonction de juger. De toute juridiction constitutionnelle, on attend qu'elle utilise un langage juridique au service de raisonnements juridiques. Les juges issus de l'univers juridique n'échappent pas à cette contrainte. Qu'ils soient conscients de la nécessité de se départir du discours partisan propre à la fonction parlementaire, cela ne fait aucun doute. De là à ce que du jour au lendemain, ils puissent acquérir une maîtrise suffisante de la dialectique juridique, on a peine à le croire ».

³⁰ Doc. Parl Sén, s.o 2019-2020, 7-166/1.

ainsi le périmètre de ces auditions qui doivent permettre de choisir « *celui ou celle qui montre les plus fortes capacités à s'interroger sur le sens de la fonction convoitée et sur la place de celle-ci dans l'État, à témoigner du souci d'une éthique professionnelle solide dans l'exercice de cette fonction et surtout à manifester une adhésion claire aux valeurs fondamentales qui sont au cœur de l'État de droit constitutionnel et démocratique* »³¹.

D'autres questions pourraient également faire l'objet de débats : l'augmentation du nombre de juges d'une juridiction dont le contentieux a considérablement augmenté depuis sa création, une rémunération plus substantielle pour ces magistrats sur qui pèsent les plus hautes responsabilités ou, sur un autre plan, un droit de suite de la Cour sur la manière dont les juridictions de dernier ressort font application des arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle. Mais à chaque jour, suffit sa peine.

L'idéal du législateur est de changer le monde, en mieux. Il y a, dans la démarche du Sénat, dans la réflexion que vous menez, un vrai courage. Les questions qui se posent sont pour l'essentiel un dialogue entre le monde politique et lui-même : que changer pour éviter ses propres mauvaises habitudes et rendre meilleur le recrutement des juges constitutionnels ? Le projet est louable et ambitieux et il est à espérer qu'il soit mené à son terme mais sans oublier que s'il est une œuvre dont vous et vos prédécesseurs peuvent être fiers, c'est bien d'avoir doté ce pays instable d'une véritable juridiction constitutionnelle efficace, sage et toujours soucieuse de préserver l'intérêt général.

Marc UYTTENDAELE

Professeur ordinaire à la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles

³¹ M. VERDUSSEN, « Prendre la Cour constitutionnelle au sérieux », *La Libre Belgique*, 27 mai 2021, p. 41.