

Est-ce toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes ?

À propos des relations entre pouvoir politique et pouvoir juridictionnel

Xavier Delgrange
Chargé d'enseignement aux Facultés Universitaires Saint-Louis
Premier Auditeur au Conseil d'État

&

Sébastien Van Drooghenbroeck
Professeur aux Facultés Universitaire Saint-Louis

C'est avec enthousiasme que nous répondons à l'invitation d'Annemie Schaus, Directrice du Centre de droit public de l'ULB, de développer la collaboration interuniversitaire au travers de la mise sur la toile de "papiers gris" destinés à alimenter le débat. Nous nous sommes dès lors conformés aux lois du genre, à savoir une rédaction dans l'urgence, des références lacunaires, une réflexion inaboutie... Le blanchiment de ce papier supposerait dès lors que l'ouvrage soit profondément remis sur le métier, nourri notamment des réactions qu'il pourrait susciter.

1. En Belgique, la doctrine du droit public n'est pas – ou n'est plus ? – le champ de bataille que l'on observe parfois à l'étranger. Ses ténors s'y écharpent rarement de manière explicite, autrement qu'à fleurets mouchetés. Francs et brutaux, les « *Contra*, mais à tort » ont progressivement déserté les notes infrapaginales ; tout juste celles-ci s'autorisent-elles encore des « Comp. » passe-partout, fades et jésuitiques. De même, cette doctrine est souvent affectée d'une révérence polie à l'égard des juges. La décision perçue comme franchement mauvaise sera tout au plus qualifiée de « sujette à discussion » ; le jugement ou l'arrêt incompréhensible recevra quant à lui l'étiquette de « tout en nuances ». Quant à la réflexion *de lege ferenda*, elle délaisse plus souvent qu'à son tour le pur registre du souhaitable pour se placer, concurremment, sous la tyrannie du faisable et du convenable ; les vaches sacrées seront épargnées. Qui oserait encore, aujourd'hui, écrire le *Germes et bois morts* de François Perin¹ ?

La contribution rédigée par Marc Uyttendaele² pour les *Mélanges offerts à P. Martens*, tranche nettement, et à tous points de vue, avec ce ronronnement politiquement correct ; du reste, elle se revendique elle-même comme « iconoclaste »³. Dût-on ne pas en partager la moindre ligne, ce véritable pamphlet, écrit au sabre trempé dans l'acide, a l'incontestable mérite, comme toutes les provocations, de remuer et de rafraîchir les méninges de ceux qui, faute de tels aiguillons, finiraient par ne plus ancrer leurs convictions et idées que dans le

¹ F. Perrin, *Germes et bois morts dans la société politique contemporaine*, Paris/Bruxelles, Rossel, 1981.

² M. Uyttendaele, « Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvais élèves de la classe ? », *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 823.

³ *Id.*, p. 830.

conservatisme, la veulerie intellectuelle ou le confort des vents idéologiquement dominants.

Consacrée aux relations entre le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel, la contribution de Marc Uyttendaele pose un diagnostic, et propose une thérapie.

2. Le diagnostic est, en substance, le suivant : autant le « pouvoir politique » – par quoi sont visés d’un même mouvement le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif – se voit astreint à un contrôle particulièrement dense et sévère exercé par le pouvoir juridictionnel, autant ce dernier échappe pour sa part pratiquement à tout contrôle, si ce n’est celui qu’exercent, à la marge, les juridictions internationales, le Conseil supérieur de la Justice, ou, plus exceptionnellement encore, les commissions parlementaires d’enquête⁴. Pareillement affranchi de toute surveillance étroite, le pouvoir juridictionnel serait fatalement conduit à tous les débordements, à tous les abus. « Le pouvoir n’arrêterait plus le pouvoir », contrairement au vœu de Montesquieu.

De tels débordements et abus, Marc Uyttendaele en épingle une série, singulièrement dans le chef du pouvoir judiciaire. L’affaire *Inusop* aurait ainsi révélé une Cour de cassation « arrogante »⁵, empruntant la posture de la « vestale scrupuleuse du droit et de la morale » avant de se faire administrer un véritable « camouflet » par la Cour européenne des droits de l’Homme. Dans l’affaire *Total*, la Cour de cassation – encore elle – aurait snobé la Cour d’arbitrage en donnant *in fine* pleine efficacité à une loi jugée inconstitutionnelle par celle-ci. Dans un arrêt du 28 septembre 2006, cette même Cour de cassation – décidément, le plus mauvais élève de la classe – aurait, en imputant à l’inaction du législateur la situation d’arriéré judiciaire bruxellois, été saisie par une véritable ivresse du pouvoir : « il n’est pas admissible dans un régime démocratique », écrit Marc Uyttendaele, « qu’un juge se substitue ainsi aux assemblées parlementaires, composées d’élus du peuple, dans l’appréciation de l’opportunité d’une intervention législative »⁶.

Il n’est pas de notre intention de nous lancer ici dans notre propre analyse des affaires ainsi épinglées, aux fins de déterminer si, oui ou non, elles sont véritablement susceptible de justifier un tel courroux.

Quels que fussent en effet les résultats d’une telle analyse, il n’en demeurerait pas moins que le point de départ de la réflexion de Marc Uyttendaele est d’une incontestable pertinence et d’une parfaite légitimité – des milliers de pages lui ont du reste été consacrées, depuis des temps immémoriaux, dans toutes les traditions juridiques : quelle légitimité le juge a-t-il à opposer à ceux qui, à l’inverse de lui-même, ont reçu une investiture par élection au suffrage universel ? Quels sont les contrepoids qui peuvent, et, le cas échéant, doivent être opposés à ses pouvoirs ? Le pouvoir juridictionnel est-il, comme d’aucuns le disent, « the least dangerous branch » ou au contraire, comme l’affirment d’autres, « the most dangerous branch » ? *Quis custodiet custodiam* ?

3. À ces questions, véritables bouteilles à encre de la pensée juridique, Marc Uyttendaele entend apporter des réponses radicales. « Il conviendrait », estime-t-il, « de soumettre les juridictions, et au premier titre la Cour de cassation, à des contrôles qui les contraindraient à un meilleur respect du droit »⁷.

⁴ *Id.*, p. 829-830

⁵ *Id.*, p. 831

⁶ *Id.*, p. 835

⁷ *Id.*, p. 830

Fort de cet axiome, l'auteur prescrit alors une véritable thérapie de choc. Celle-ci ne consiste pas en la concession, au profit du pouvoir politique, d'un véritable pouvoir de censure des juges : ce serait là, à l'estime de Marc Uyttendaele, « une atteinte sans doute disproportionnée à l'indépendance des juges »⁸. Par contre, est proposée une recomposition d'ensemble du paysage juridictionnel belge, qui serait dorénavant placé sous une direction unique – celle de la Cour d'arbitrage **(III)**. Dans le cadre de cette recomposition, les opportunités d'intervention du pouvoir politique dans l'exercice de la fonction de juger seraient accrues, notamment à travers la réinstauration du « référé législatif » **(I)** et l'institution d'un recours extraordinaire devant la Cour d'arbitrage ouvert aux assemblées législatives contre les décisions de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat **(II)**.

La thérapie ainsi proposée nécessiterait, de l'aveu même de son prescripteur, une vaste révision constitutionnelle. À notre estime cependant, là n'est pas le seul écueil.

Qu'il nous soit en effet permis de nous faire à notre tour quelque peu « iconoclastes » et provocateurs, pour constater que les remèdes ainsi proposés s'apparentent somme toutes à de vieilles recettes qui, n'ayant jamais fait leurs preuves par le passé, semblent aujourd'hui difficilement compatibles avec certains impératifs issus du droit européen des droits de l'Homme. Contrairement à ce qu'enseigne la sagesse populaire, ce n'est pas toujours dans les vieilles casseroles que l'on fait les meilleures soupes.

I. Le retour du « référé législatif »

4. Une première réforme suggérée par Marc Uyttendaele consisterait en l'instauration d'une question préjudicielle d'un genre un peu particulier : « Lorsque la Cour de cassation ou le Conseil d'État seraient confrontés à un doute sur l'intention du législateur, ces juridictions pourraient, dans des délais stricts et nettement précisés, solliciter de son auteur un avis sur la portée de la norme en cause »⁹. Bien que son concepteur ne l'affirme pas de manière explicite, il semblerait logique que, dans le cadre de la réforme pareillement suggérée, l'avis rendu par l'assemblée législative concernée soit contraignant pour la juridiction qui l'a sollicité ; dans le cas contraire, on ne voit en effet pas en quoi ladite réforme oeuvrerait utilement à l'objectif qui lui est assigné, à savoir, contraindre les juridictions rebelles à « respecter le droit ».

Ce n'est pas la première fois, dans l'Histoire, que l'on envisage d'impliquer semblablement le Pouvoir législatif dans la résolution des litiges que suscitent l'interprétation et l'application des normes par lui adoptées. Sous son apparent caractère novateur et révolutionnaire, la suggestion de Marc Uyttendaele ressuscite en réalité la figure du « référé législatif » que nos ancêtres avaient abandonné, pour de bonnes raisons, au 19^{ème} Siècle (I.1.). Il est cependant plus que douteux que pareille « délégation », au législateur, de ce qui fait l'essence de la fonction du juge, soit parfaitement conciliable avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (I.2).

⁸ La Cour européenne des droits de l'Homme en juge de même, en des termes au demeurant nettement plus catégoriques. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Van den Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, § 45 : « le pouvoir de rendre une décision obligatoire ne pouvant être modifiée par une autorité non judiciaire au détriment d'une partie est inhérent à la notion même de "tribunal", ainsi que le confirment les termes "qui décidera" (...). Il peut aussi passer pour un élément de l'"indépendance" requise par l'article 6 par. 1 ». Voy. également, Cour eur. D.H., arrêt *Findlay c. Royaume-Uni* du 25 février 1997, § 77.

⁹ M. Uyttendaele, « Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel... », *op. cit.*, p. 838

I.1. Une très vieille casserole.

5. L'idée qu'un juge puisse ou doive solliciter les lumières de l'auteur d'une norme lorsqu'il éprouve des difficultés à l'interpréter, puise ses racines dans des temps immémoriaux. Certains en aperçoivent des traces sous Charlemagne, et d'autres, à l'époque de Justinien¹⁰.

Le légicentrisme et la méfiance des juges qui caractérisaient l'époque révolutionnaire française explique que l'idée ainsi évoquée ait, à l'époque, reçu la meilleure attention du législateur d'Outre-Quévrain¹¹ : c'est à ce moment que, pour la première fois, apparut le vocable de « référé législatif », ou encore, de « référé au législateur ». Deux formes peuvent en être distinguées¹².

Un référé législatif de portée « générale » — également baptisé « référé facultatif » — était tout d'abord organisé par l'article 12 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 : « (Les tribunaux) ne pourront point faire de règlements ; mais ils s'adresseront au Corps législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle ».

Un second référé législatif, de nature « spécifique » et « obligatoire », était quant à lui logé dans les missions dévolues au Tribunal de cassation. Selon l'article 21 de la loi des 27 novembre-1^{er} décembre 1790, « lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au Tribunal de cassation qu'elle n'ait été soumise au Corps législatif, qui, en ce cas, portera un décret déclaratoire de la loi ; et lorsque ce décret aura été sanctionné par le Roi, le tribunal de cassation s'y conformera dans son jugement ».

Ainsi balisée par les deux textes précités, l'organisation judiciaire voulue par la Constituante française était, selon M. Hufteau¹³, « simple » : « Le juge du fond rendait le jugement qui se réduisait à un syllogisme dont la majeure était la loi. Si, faute de loi, le syllogisme s'avérait impossible à construire, le juge en référerait au législateur qui 'prenait' une loi. Au cas où le juge avait surestimé ses forces et mal construit son syllogisme, le Tribunal de cassation était là pour anéantir son œuvre et renvoyer devant un autre juge du fond. Après une double cassation et un nouveau refus des juges du fond de s'incliner, la loi était présumée irréfragablement obscure et le Tribunal de Cassation devait en référer au législateur (...) ».

En France, le référé législatif « général » eut un succès certain dans les années qui suivirent son introduction : les juges en faisaient même un usage excessif, bombardant ainsi un corps législatif de questions qui, parfois, ne reçurent pas de réponses. Conjuguée à un estompement de la méfiance du politique à l'égard des juges, cette raison d'ordre pratique

¹⁰ J. Lenoble et F. Ost, *Droit, Mythe et Raison. Essai sur la dérive mytho-logique de la rationalité juridique*, Bruxelles, pub. F.U.S.L., 1980, p. 92 et les références citées ; J.-P. Nadrin, *Hommes, Normes et Politique. Le Pouvoir Judiciaire en Belgique aux premiers temps de l'indépendance (1832-1848)*, t. I, *La normes et les Moyens. La loi d'organisation judiciaire du 4 août 1832*, Thèse, UCL, 1994-1995, version ronéo, pp. 173 et suiv. ; Ch Huberlant, « Les mécanismes institués pour combler les lacunes de la loi », in Ch. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 45-56.

¹¹ Celui-ci puisa son inspiration dans le droit de l'Ancien Régime, et plus exactement, dans l'article 7 du titre I de l'ordonnance civile pour la réformation de la Justice de 1667.

¹² J.-P. Nadrin, *op. cit.*, pp. 177 et suiv. ; Y.-L. Hufteau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965.

¹³ Y.-L. Hufteau, *op. cit.*, p. 47

conduisit à son abrogation, en 1804. Il faut dire que Portalis en était déjà un « farouche adversaire »¹⁴. Dorénavant, obligation serait faite au juge de statuer, même en cas de silence, de lacune et d'obscurité de la loi. Moyennant réécriture et assouplissement du texte qui le fondait, le référé législatif spécifique survécut, quant à lui, jusqu'en 1837. À ce moment, il fut décidé que le second pourvoi en cassation intervenu dans la même cause serait tranché en Chambres réunies, et que l'éventuel deuxième juge de renvoi serait lié, en droit, par l'arrêt intervenu

6. Héritant du Code civil de 1804, la jeune Belgique ne connut pas, pour sa part, de référé législatif « général ». Le référé législatif spécifique, corrélatif à une double cassation sur des moyens identiques, fut par contre repris dans les articles 23, 24 et 25 de la loi du 4 août 1832 sur l'organisation judiciaire¹⁵, et ne fut abrogé que par une loi du 7 juillet 1865. En cas de seconde cassation, la même solution que celle imaginée en France dès 1837, était retenue (art. 1119 et 1120 Cjud.).

Les motifs qui conduisirent le législateur belge à se débarrasser du référé législatif que lui avait légué la pensée révolutionnaire française, furent tout à la fois empruntés au principe de la Séparation des pouvoirs et à l'indépendance du juge¹⁶, et à des considérations théoriques sur le caractère non souhaitable du mélange des styles. Thonissen écrit ainsi que, « dans certains cas, et notamment dans les questions politiques, il serait difficile d'obtenir d'un corps essentiellement politique une décision impartiale et rendue seulement en vue de la loi à interpréter »¹⁷. Au cours des travaux préparatoires de la loi du 7 juillet 1865, le Ministre de la Justice n'hésita pas quant à lui à qualifier d'erreur le choix qui avait été posé en 1832. Les appréhensions qui avaient déjà été formulées à ce moment — en pure perte —, avaient rétrospectivement été amplement justifiées par l'expérience : « le cours de la Justice suspendu et, pour certaine questions, complètement arrêté ; l'État, tout à la fois juge et partie des questions de droit à résoudre par voie de disposition générale en vue de procès nés et pendants devant les tribunaux ; la solution de ces questions subordonnée au concert unanime de trois branches indépendantes entre elles d'un même pouvoir, là où le concert a déjà tenté vainement entre trois corps, dont la mission spéciale est de se prononcer en ces sortes de matières suivant la vérité et la justice, et placés, par conséquent, dans des conditions bien plus favorables pour s'entendre »¹⁸. Le Parlement se rallia de manière quasiment unanime à cette analyse.

Depuis lors, le référé législatif n'est plus évoqué que comme un repoussoir. Il était pour Perelman « la plus mauvaise des solutions »¹⁹ et pour Perrot, une « perversion à rebours du principe de la Séparation des pouvoirs »²⁰. Les Pandectes lui gravaient cette épitaphe : « on voit où peuvent conduire les principes les plus simples en apparence »²¹.

¹⁴ Ch. Perelman, « Le problème des lacunes en droit, essai de synthèse », in Ch. Perelman, *Le problème des lacunes en droit*, op. cit., p. 542.

¹⁵ Sur les raisons de cette reprise, et les oppositions qu'elle suscita, voy. J.-P. Nandrin, op. cit., pp. 185 et suiv.

¹⁶ Voy. P. Wigny, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 545

¹⁷ Thonissen, *La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1879, p. 115.

¹⁸ *Pasin.*, 1865, p. 216.

¹⁹ Ch. Perelman, op. cit., p. 542. Errera le qualifiait déjà de « dangereux », « le droit d'un citoyen se trouvant ainsi à la merci d'un vote, c'est-à-dire d'un coup de parti » (*Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1918, p. 126).

²⁰ R. Perrot, *Institutions judiciaires*, Paris, Montchrestien, 1998, p. 28.

²¹ Pandectes belges, Bruxelles, Larcier, 1896, V° Interprétation des lois », n° 105.

La réforme suggérée par Marc Uyttendaele se révèle être un formidable défi au cours et aux leçons de l'Histoire.

A priori, et pour reprendre une expression chère aux formations politiques flamandes qui souhaitent scinder l'arrondissement de Bruxelles-Halle-Vilvoorde, il suffirait de « cinq minutes de courage politique » pour que le législateur actuel accepte de relever ce défi. Nulle réforme constitutionnelle ne serait en effet nécessaire, puisqu'il a toujours été admis que l'ancien article 28 de la Constitution – aujourd'hui 84 – constituait une base constitutionnelle suffisante pour l'instauration, par la loi, d'un mécanisme de référé législatif.

Les choses ne sont cependant pas si simples. Encore faut-il s'assurer que l'utilisation contemporaine de cette vieille casserole est compatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

I.2. La compatibilité du « référé législatif » avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme

7. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, « ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'oblige les États à se conformer à telle ou telle notion constitutionnelle théorique concernant les limites admissibles à l'interaction entre (les pouvoirs) »²².

Il n'en demeure pas moins que le juge de Strasbourg donne de l'article 6 de la Convention une interprétation qui la conduit à prohiber, ou, à tout le moins, à envisager avec une particulière défaveur toute forme d'ingérence du pouvoir politique dans des procès en cours.

Les lois de validations ou autres lois interprétatives adoptées en vue d'influer sur le dénouement de litiges *sub judice* constituent, selon ce juge, autant d'atteintes au droit d'accès à un tribunal qui ne peuvent se justifier que pour « d'impérieux motifs d'intérêts général »²³. Il en va de même des lois dont l'objet se limite à « suspendre » des procès en cours²⁴.

La Cour de Strasbourg considère par ailleurs que l'indépendance du tribunal peut être compromise par les « déclarations intempestives » des plus hautes autorités de l'État concernant l'issue que devrait, à leur yeux, recevoir la procédure *sub judice*. De telles déclarations étaient par exemple intervenues dans une affaire *Sovtransavto Holding* : le Président de la République ukrainienne avait en l'occurrence invité les juges saisis d'une affaire à « défendre les intérêts supérieurs du Pays ». « Sans prétendre spéculer sur un quelconque effet de telles interventions sur le déroulement de la procédure litigieuse »²⁵, la Cour estima qu'elles pouvaient à bon droit nourrir les craintes de la requérante à l'endroit de l'indépendance et de l'impartialité des juridictions appelées à connaître de sa cause. Jointe à d'autres particularités de l'espèce, cette circonstance la conduisit, en l'espèce, à juger que l'article 6 avait été violé.

²² Cour eur. D.H., arrêt *Pabla Ky c. Finlande* du 22 juin 2004, § 29. Voy. également Cour eur. D.H., arrêt *McGonnell c. Royaume-Uni* du 8 février 2000, § 51 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Kleyn et autres c. Pays-Bas* du 6 mai 2003, § 193

²³ Voy. les références citées in S. Van Drooghenbroeck, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, vol. 1, Article 1 à 6 de la Convention, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 115.

²⁴ *Id.*, p. 116

²⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Sovtransavto Holding c. Ukraine* du 25 juillet 2002, § 80

Non moins sujette aux foudres strasbourgeoises, est la perspective qu'une Commission parlementaire d'enquête se permette de mettre en discussion le verdict atteint par un juge, et suggère une réouverture de la procédure. Comme l'affirme un arrêt *Assanidzé*, « le principe de la prééminence du droit et le notion de procès équitable (...) s'opposent à toute ingérence du pouvoir législatif dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire d'un litige (...). Aussi serait-il extrêmement préoccupant que la législation ou la pratique d'une Partie contractante puisse permettre à une autorité non judiciaire, quel qu'en soit le degré de légitimité, de s'immiscer dans une procédure judiciaire ou de remettre en cause les conclusions d'un organe judiciaire ». Par conséquent, et en présence d'une décision d'acquiescement pénal coulée en force de chose jugée, « le principe de la sécurité des rapports juridiques, qui constitue un des éléments fondamentaux de la prééminence du droit, exclut, sans préjudice des dispositions de l'article 4, § 2, du Protocole n°7, qu'une autorité non judiciaire vienne remettre en cause ce jugement ou empêcher son exécution »²⁶.

8. Formellement, le « référé législatif » proposé par M. Uyttendaele se distingue des « ingérences agressives » ci-avant recensées. Il prend davantage la forme d'une association du Pouvoir législatif à l'œuvre de Justice, sous forme d'une délégation opérée à son bénéfice en vue de résoudre certaines questions de droit. Le procédé est-il pourtant admissible au regard des canons du procès équitable ? Une réponse négative semble devoir être apportée, au nom de l'analogie existant entre ce « référé législatif » et un autre mécanisme d'ores et déjà condamné par la Cour de Strasbourg, à savoir les « questions préjudicielles à l'exécutif » que connaissait, jusqu'il y a peu, la pratique française du contentieux administratif.

Depuis l'arrêt *Veuve Murat* du 23 juillet 1823²⁷, le Conseil d'Etat français estimait en effet qu'il ne lui appartenait pas, dans l'exercice de ses fonctions contentieuses, d'interpréter les traités internationaux. En présence d'un texte — à l'exclusion des textes communautaires — qu'il jugeait insuffisamment clair, il s'en remettait par conséquent à l'interprétation officielle du ministre des Affaires étrangères, sollicité à titre préjudiciel. Il assimilait celle-ci à un acte de gouvernement non détachable des relations internationales, revêtu de la force obligatoire et insusceptible de recours contentieux²⁸.

Sans équivalent au sein des autres États membres du Conseil de l'Europe, cette pratique fut jugée incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme par un arrêt *Beaumartin c. France* du 24 novembre 1994. À l'estime du juge de Strasbourg en effet, « seul mérite l'appellation de "tribunal" au sens de l'article 6 par. 1 un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause ». Or, et en l'espèce, « le Conseil d'Etat s'en remit à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour résoudre le problème juridique qui lui était posé : il rejeta la requête (des requérantes) parce que le ministre avait confirmé l'interprétation retenue par la commission d'indemnisation. (...) l'interposition de l'autorité ministérielle, décisive pour l'issue du contentieux juridictionnel, ne se prêtait à aucun recours de la part des intéressés, qui n'avaient d'ailleurs eu aucune possibilité de s'exprimer sur l'utilisation du renvoi préjudiciel et sur le libellé de la question »²⁹.

Dès avant le prononcé de l'arrêt *Beaumartin*, le Conseil d'Etat français avait abandonné

²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Assanidzé c. Géorgie* du 8 avril 2004, §§ 129-130

²⁷ Arrêt *Veuve Murat*, Comtesse de Lipona, du 23 juillet 1823, *Rec.*, p. 545.

²⁸ Arrêt d'assemblée du 3 juillet 1931, *Sieurs Karl et Toto Samé*, *Rec.*, p. 722, *Sirey* 1932, III, p. 129

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Beaumartin c. France* du 24 novembre 1994, § 98.

sa pratique des « questions préjudicielles », à tout le moins lorsque celles-ci avaient pour objet l'interprétation d'un engagement international³⁰. Cette pratique survivait par contre lorsqu'était soulevée devant lui la question de l'application desdits engagements, telle que subordonnée à la clause de réciprocité contenue à l'article 55 de la Constitution française.

Cette survivance donna lieu à un second arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'Homme, dans une affaire *Chevrol c. France*³¹. Sur le plan des principes, cette Cour rappela que « pour qu'un 'tribunal' puisse décider d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil en conformité avec l'article 6 § 1, il faut qu'il ait compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi »³². Le Gouvernement français, suivi sur ce point par le Juge dissident Mularoni, affirmait en substance que l'enseignement du précédent *Beaumartin* ne devait pas trouver application en pareille occurrence, dès lors que la question de la réciprocité – c'est-à-dire, du respect par la partie cocontractante de son engagement international – est une « political question » échappant à toute appréciation juridictionnelle³³. La Cour ne rallia cependant pas cette argumentation. Certes admit-elle que « (...) la transposition (..) de la jurisprudence *Beaumartin* n'a rien d'automatique, car l'appréciation de l'applicabilité des traités diffère de l'interprétation des traités : il s'agit notamment d'une matière plus factuelle que purement juridique. Selon la Cour, il est indéniable que, afin de déterminer si, dans les faits, un traité est appliqué ou non par l'État contractant, les juridictions peuvent être appelées à consulter le Ministère des affaires étrangères, par nature susceptible de détenir des informations concernant l'application du traité par l'autre État »³⁴. Ce n'est donc pas tant le principe même du renvoi préjudiciel qui posait problème en l'espèce, mais plutôt la portée qui lui fut conférée. À l'examen du dossier en effet, il apparaissait que la juridiction qui avait procédé à ce renvoi – le Conseil d'État français – « s'oblige(a) à suivre obligatoirement l'avis du Ministre, c'est-à-dire, d'une autorité qui lui est extérieure, et qui se trouve en outre relever du Pouvoir exécutif, sans soumettre cet avis à la critique ni à un débat contradictoire »³⁵. La requérante, quant à elle, n'avait pas la possibilité de s'exprimer sur l'utilisation du renvoi préjudiciel et sur le libellé de la question, ni de faire examiner ses propres éléments de réponse quant à celle-ci, ni d'exercer un quelconque droit de recours ou de réplique contre l'avis du Ministre³⁶. Ici résidait très précisément le problème : le Conseil d'État, par une délégation totale de sa juridiction sur le point litigieux, « s'(était) (...) privé volontairement de la compétence d'examiner et de prendre en compte des éléments de fait qui pouvaient être cruciaux pour le règlement *in concreto* du litige qui lui était soumis »³⁷.

De ces arrêts – et d'autres encore³⁸ –, l'on croit pouvoir déduire un enseignement de portée générale : l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme s'oppose à ce

³⁰ C.E. (fr.), Arrêt GISTI du 29 juin 1990.

³¹ Cour eur. D.H., arrêt *Chevrol c. France* du 13 février 2003

³² *Id.*, § 77

³³ *Id.*, §§ 72-73.

³⁴ *Id.*, § 80.

³⁵ *Id.*, § 81

³⁶ *Id.*, § 82

³⁷ *Id.*, § 82

³⁸ Voy., s'agissant de juridictions liées en droit, ou s'estimant telles, par les avis formulés par des autorités administratives, Cour eur. D.H., arrêt *Obermeier c. Autriche* du 28 juin 1990, Série A, n°17-, §§ 69-70 ; Cour eur. D.H., arrêt *Terra Woningen BV c. Pays-Bas* du 17 décembre 1996, §§ 52-55 ; Cour eur. D.H., arrêt *I.D. c. Bulgarie* du 28 avril 2005, § 46 et 50-55, Cour eur. D.H., arrêt *Capital Bank A.D. c. Bulgarie* du 24 novembre 2005, §§ 100 et suiv. Voy. également, à propos d'une législation qui confie à l'exécutif (Ministre) le soin de déterminer le *quantum* d'une peine assortissant une condamnation pénale prononcée par une juridiction, Cour eur. D.H., arrêt *V c. Royaume-Uni* du 16 décembre 1999, § 114

qu'un juge, saisi d'un litige, ampute son propre pouvoir d'appréciation relatif aux questions de droit ou de fait soulevées par ce litige, en s'estimant lié en droit par l'avis que forme à ce propos une instance qui, quant à elle, ne satisfait pas aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. À l'aune de cet enseignement, le « référé législatif », ressuscité par M. Uyttendaele, nous semble appeler les plus vives réserves.

II. Le recours extraordinaire ouvert aux assemblées législatives

9. Une autre réforme suggérée par M. Uyttendaele consiste en la création d'un recours extraordinaire, ouverts aux différents législateurs, lorsqu'il leur apparaît que leurs œuvres ont été mal interprétées : « Lorsqu'une assemblée législative estime que la Cour de cassation ou le Conseil d'État ont donné d'une norme qu'elles ont adoptée (sic) une interprétation inadmissible, elle pourrait à la majorité de ses membres – et à la majorité de ses groupes linguistiques pour les assemblées bicommunautaires – saisir la Cour d'arbitrage d'un recours. La juridiction constitutionnelle disposerait alors d'un pouvoir de réformation de la décision contestée »³⁹.

Nous nous pencherons ici sur la seule question du recours pareillement préconisé ; les raisons qui conduisent à vouloir qu'il soit confié à la compétence de la Cour d'arbitrage, seront quant à elles analysées et évaluées plus loin.

10. À nouveau, la surveillance pareillement exercée par le Pouvoir politique sur ce qui se dit au sein des prétoires, n'est pas sans rappeler certaines figures du droit de l'Ancien Régime. Sa pleine compatibilité avec les impératifs de la prééminence du droit et de la sécurité juridique, issus de la Convention européenne des droits de l'Homme, est également douteuse.

De manière tout à fait générale, la Cour européenne des droits de l'Homme nourrit une méfiance particulière à l'égard des « recours extraordinaires » qui, n'étant astreints à aucun délai de forclusion ou à des délais de forclusion particulièrement amples, permettent aux parties de remettre indéfiniment en cause des décisions qui, en principe, ont définitivement acquis force de chose jugée. À l'estime de la Cour en effet, le respect dû à l'autorité de la chose jugée fait obstacle à l'existence d'« appels déguisés », c'est-à-dire, à la possibilité qu'une partie puisse introduire un recours contre une décision définitive et obligatoire aux seules fins d'obtenir un nouvel examen de la cause⁴⁰. Dès lors, les juridictions supérieures statuant sur de tels recours extraordinaires devraient voir leurs interventions limitées au seul redressement d'erreurs judiciaires – par exemple, en cas de découverte de faits nouveaux demeurés inconnus lorsque a été rendue la décision *a quo*⁴¹ –, et non étendues au-delà, aux fins de fonder un droit pur et simple à un nouvel examen du litige⁴². La simple possibilité que subsiste une controverse quant à la meilleure solution à donner au litige ne devrait, en conséquence, et sauf circonstances exceptionnelles et impérieuses en sens contraire, pas être un motif suffisant de réouverture dudit litige. L'adoption de nouvelles normes juridiques dotées d'une portée rétroactive ne saurait s'apparenter à de telles circonstances⁴³.

La méfiance de la Cour de la Cour de Strasbourg se mue en véritable aversion lorsque l'exercice du recours extraordinaire pareillement caractérisé est le fait, non d'une partie au

³⁹ M. Uyttendaele « Le pouvoir politique... », *op. cit.*, p. 838

⁴⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Pravdenaya c. Fédération de Russie* du 18 novembre 2004, § 25

⁴¹ *Id.*, § 28

⁴² Cour eur. D.H., arrêt *Riabykh c. Fédération de Russie* du 24 juillet 2003, § 52

⁴³ Cour eur. D.H., arrêt *Pravdenaya c. Fédération de Russie* du 18 novembre 2004, § 28

litige, mais bien d'une autorité publique tierce à l'instance, fut-ce même un magistrat indépendant. Comme l'affirme un arrêt *Ryabykh c. Fédération de Russie*, « the right of a litigant to a court would be (...) illusory if a Contracting State's legal system allowed a judicial decision which had become final and binding to be quashed by a higher court on an application made by a State official »⁴⁴. Jusqu'à présent, la Cour européenne des droits de l'Homme n'a pas encore eu à connaître de la situation où l'autorité publique tierce à l'instance serait une assemblée législative. Il est cependant douteux que sa position, en la matière, serait différente.

III. La pyramide et son sommet

11. Comme on a pu l'apercevoir au travers des lignes qui précèdent, le recours extraordinaire suggéré par Marc Uyttendaele a pour objet central de placer la totalité du pouvoir juridictionnel – et au premier chef, le Conseil d'État et la Cour de cassation – sous la tutelle ultime de la Cour d'arbitrage. Via le recours extraordinaire envisagé, il sera possible à cette dernière de censurer toute mauvaise interprétation de la loi commise au contentieux judiciaire ou au contentieux administratif, et ce, dans n'importe quelle branche du droit. La Cour d'arbitrage – qui n'en porte même pas encore le nom –, deviendrait par là-même bien plus qu'une « Cour constitutionnelle » : une véritable « Cour suprême ». Le contentieux de constitutionnalité – ainsi que, dans la réforme suggérée, le contentieux de la validité des lois, décrets et ordonnances avec « l'ensemble des dispositions de droit international qui ont des effets directs dans l'ordre juridique interne »⁴⁵ – serait sa chasse gardée ; hors de celle-ci, les autres juges n'agiraient que sous sa surveillance.

Exit le « droit en réseau » dont le système juridictionnel belge revêtait si bien les traits, en tolérant sous son toit trois juges « suprêmes » aux rapports non hiérarchisés : place à la figure, classique, de la pyramide⁴⁶.

Qu'il nous soit permis de suggérer qu'une telle réforme est tout à la fois peu réaliste dans ses conséquences pratiques (III.1), chimérique dans ses visées ultimes (III.2) et surtout, *a priori* très paradoxale dans sa conception (III.3).

III.1. Une réforme peu réaliste.

12. La Cour de cassation a rendu, dans l'année 2005, 2820 arrêts⁴⁷. Sur l'année 2004-2005, la Section d'administration du Conseil d'État affiche 11.923 arrêts sur recours en annulation⁴⁸. Dans la réforme suggérée par M. Uyttendaele, ce sont donc 14.743 affaires qui deviennent potentiellement « déférables » devant la Cour d'arbitrage, qui, en 2006, et forte de ses douze juges et 24 référendaires, a quant à elle pondé 200 arrêts. Il faudra donc envisager d'élargir considérablement les cadres, et de revendre le beau bâtiment de la Place Royale, à vue de nez trop petit pour accueillir tant de dossiers et de plaideurs.

Il faudra en outre veiller à l'omniscience des juges de la Cour. Jusqu'à présent, ils ne

⁴⁴ Cour eur. D.H., arrêt *Riabykh c. Fédération de Russie* du 24 juillet 2003, § 56 ; Cour eur. D.H., arrêt *Tregubenko c. Ukraine* du 2 novembre 2004, § 36

⁴⁵ M. Uyttendaele, « Le pouvoir politique... », *op. cit.*, p. 838

⁴⁶ Pour reprendre le vocabulaire cher à François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Pub. F.U.S.L., 2002.

⁴⁷ Rapport annuel de la Cour de cassation de Belgique, 2005, p. 270.

⁴⁸ Rapport annuel du Conseil d'Etat, 2004-2005, p. 42.

doivent maîtriser que, si l'on ose écrire, le droit constitutionnel. Avec la réforme, il devraient entrer dans toutes les arcanes de toutes les branches du droit.

III.2. Une réforme chimérique.

13. Jusqu'à la moitié du vingtième siècle, il était encore possible d'envisager un système juridictionnel comme une classe d'élèves dont chacun des États, de manière souveraine et discrétionnaire, désignerait le maître unique en fonction des qualités pédagogiques attendues de lui. À l'heure de la montée en puissance de la justice internationale et européenne, une telle prétention relève d'un combat d'arrière-garde⁴⁹. Dans des domaines sans cesse plus diversifiés, le juge étatique voulu comme suprême a perdu le pouvoir de dire le droit en dernier lieu : ce pouvoir est devenu, dans l'espace européen, celui de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la Cour de Justice des Communautés.

La Cour d'arbitrage, dont la « culture jurisprudentielle » – ce sont les mots de M. Uytendaele – aurait été jugée digne d'être récompensée par le statut de *primus inter pares* au niveau national, se verrait de toute façon soumise à son tour aux Cours européennes, dont la « culture jurisprudentielle » est potentiellement différente de la sienne, et, en toute hypothèse, hors de l'emprise de chacun des États européens considérés individuellement, voire, en pratique, collectivement⁵⁰. Les nouveaux maîtres de la classe échappent à la direction de l'école, et n'ont pas toujours les mêmes vues que celle-ci sur l'identité des mauvais élèves.

Est-il besoin, à cet égard, de rappeler la saga du pilotage dans l'Escaut ? Une loi⁵¹ rétroactive est votée pour « contrer » un revirement de jurisprudence de la Cour de cassation⁵², dont les conséquences inquiètent le Trésor public. Sage et sensible aux intérêts de ce dernier, la Cour d'arbitrage donne son brevet de constitutionnalité⁵³. Sage elle aussi – une fois n'est pas coutume –, la Cour de cassation s'incline devant la parole du juge constitutionnel⁵⁴. La Cour européenne – visiblement dotée d'une autre « culture jurisprudentielle » – estime pour sa part que de purs intérêts financiers ne peuvent⁵⁵, au regard de la Convention, justifier que la loi litigieuse ait torpillé des procès en cours.

14. Non contentes de ravir le pouvoir du dernier mot aux juridictions nationales « suprêmes » ou voulues comme telles, les Cours européennes iront, le cas échéant, jusqu'à interdire que des « chasses gardées » soient constituées à leur profit. Les travaux préparatoires de l'article 32bis de la Constitution⁵⁶ – aujourd'hui avorté – ont ainsi rappelé que, selon la

⁴⁹ Voy. P. Martens, « L'égalité et le droit privé », *La Cour d'arbitrage et le droit privé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 327 (cité par M. Verdussen, *Les douzes juges*, Bruxelles, Labor, 2004, p. 83) : « L'idée d'un dernier mot sur la chose juridique évoque la nostalgie d'un pouvoir absolu qui ne peut concevoir une cohérence juridique sans une autorité qui serait le 'Patron du droit', conception héritée non seulement de la méthode géométrique, mais aussi de l'obéissance militaire »

⁵⁰ N. Foulquier, introduction à E. Picard, « Démocraties nationales et justice supranationale : l'exemple européen », in S. Brondel, N. Foulquier et L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, p. 212; P. Magnette, *Le régime politique de l'Union européenne*, Paris, Presses de Sciences po, 2003, pp. 191-195.

⁵¹ Loi du 30 août 1988 modifiant la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer

⁵² Cass., 15 décembre 1983, *Pas.*, ; Cass., 17 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1159

⁵³ C.A., arrêt n°25/90 du 5 juillet 1990.

⁵⁴ Cass., 19 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 746

⁵⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera c. Belgique* du 20 novembre 1995, § 43. Comp. C.A., arrêt n°25/90 du 5 juillet 1990, 8.B.7.2.

⁵⁶ Voy. Not. S. Depré et V. Ost, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la

jurisprudence *Simmenthal* de la Cour de justice CE, il serait incompatible avec le Droit communautaire qu'un État réserve à un seul de ses juges, à l'exclusion des autres, le pouvoir de statuer sur la conformité des lois avec les prescrits de ce Droit, et d'écarter au besoin l'application desdites lois en cas de non-conformité avérée. En tant qu'elle prétendrait centraliser, entre les mains de la seule Cour d'arbitrage, le contentieux de la compatibilité des lois, décrets et ordonnances avec « l'ensemble des dispositions de droit international qui ont des effets dans l'ordre juridique interne », la réforme suggérée par Marc Uyttendaele encourrait par conséquent les foudres du Juge de Luxembourg.

III.3. Une réforme *a priori* paradoxale.

15. Il est de prime abord déconcertant qu'un raisonnement, inauguré par le constat de l'insuffisance des contrôles exercé sur le « pouvoir juridictionnel » en général, propose finalement, à titre de remède, la reconstruction d'un modèle pyramidal strict au sommet duquel serait placé un « super-juge ». Il en va d'autant plus ainsi que le « super-juge » pressenti est, en l'état actuel de notre droit institutionnel, celui sur lequel s'exerce le moins de surveillance. Faut-il le rappeler ? Les juges de la Cour d'arbitrage échappent à l'ensemble des mécanismes qui, depuis la loi du 18 juillet 1991 jusqu'à la réforme constitutionnelle du 20 novembre 1998, ont été mis en place pour « dépolitiser » et « objectiver » le recrutement de la magistrature judiciaire. Pas davantage n'a-t-on estimé souhaitable ou utile de soumettre la Cour d'arbitrage au contrôle externe du Conseil supérieur de la justice, ou d'y prévoir des mécanismes d'évaluation interne, certes limités aux aspects « managériaux », comme c'est le cas au sein du Pouvoir judiciaire, et, depuis récemment, au sein du Conseil d'État⁵⁷. Si l'on peut se permettre une telle métaphore, le dispositif de la réforme proposée ne semble *a priori* pas très conforme à ses motifs... Que peut-on attendre de l'installation d'un tel « super-juge », si ce n'est une « ivresse du pouvoir » plus forte encore que celle des « mauvais élèves » dont il est chargé de contenir les excès ?

Le paradoxe n'échappe pas à Marc Uyttendaele, lorsqu'il écrit : « Sans doute affirmerait-on à raison que la Cour d'arbitrage a également été saisie de l'ivresse et n'a pas manqué de livrer une conception toujours extensive des pouvoirs constitutionnels qui sont les siens »⁵⁸. Mais, ajoute-il immédiatement, « il n'en demeure pas moins, que de par sa composition – une moitié de ses juges sont d'anciens parlementaires – que par sa culture jurisprudentielle, elle est la mieux placée pour opérer, s'il échec et dans des cas exceptionnels, le contrôle interne qui doit s'opérer au sein du monde juridictionnel »⁵⁹.

16. Faute d'explications supplémentaires, on avoue ne pas apercevoir immédiatement en quoi la proposition qui précède fournit quelque motif incontestable d'apaisement. Risquons-nous malgré tout à quelques remarques et interrogations.

La présence d'anciens parlementaires au sein de la Cour d'arbitrage fit l'objet, lors de la création de celle-ci, de nombreux débats⁶⁰. Comme le montre le récent ouvrage de Marc

Constitution », in A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen, *La Cour d'arbitrage vingt ans après*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 105.

⁵⁷ Voy. La loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'Etat et créant un Conseil du Contentieux des Etrangers.

⁵⁸ M. Uyttendaele, « Le Pouvoir politique... », *op. cit.*, p. 837

⁵⁹ M. Uyttendaele, « Le Pouvoir politique... », *op. cit.*, p. 838

⁶⁰ F. Delpérée et A. Rasson-Roland, « En route pour la Cour d'arbitrage », *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 33 et références citées note 1 ; H. Simonart, *La Cour d'arbitrage. Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 142 et suiv. ; J.

Verdussen⁶¹ et la critique dont il a fait l'objet, sur ce point précis, de la part de Francis Delpérée⁶², ces débats sont loin d'être clos.

Cette composition relativement insolite⁶³ – les parlementaires concernés ne doivent, de surcroît, pas avoir de qualification spécifique, notamment juridique – a reçu deux explications.

17. La première explication – *a priori* la plus propre des deux – est celle que fournissent Francis Delpérée et A. Rasson-Roland. « Il n'est pas déraisonnable », écrivent-ils, « d'exiger de certains membres de la Cour d'arbitrage une expérience parlementaire : il faut présumer que, pour avoir siégé au sein de l'une des deux Chambres, ils sont initiés aux méthodes du travail législatif et familiarisés avec les modes d'élaboration des lois et des décrets »⁶⁴. Par conséquent, les anciens parlementaires pourraient utilement contribuer à « mettre à jour l'esprit de la loi ou du décret dont il convient de vérifier la constitutionnalité »⁶⁵.

L'explication ainsi fournie n'évacue cependant pas toute difficulté. Tout d'abord, parce que la présence en son sein d'anciens parlementaires – si louables en puissent être les motifs – rend la Cour d'arbitrage particulièrement vulnérable aux foudres de la Cour de Strasbourg. Non que celle-ci estime que la justice doive nécessairement être rendue par des professionnels du droit : elle admet au demeurant que des élus du peuple en activité puissent être associés à la fonction de juger⁶⁶. Par contre, la Cour européenne des droits de l'Homme, aux termes d'une jurisprudence bien affirmée, estime inacceptable qu'en tant que juge, un parlementaire ou un ex-parlementaire soit amené à interpréter ou à appliquer une loi qu'il a lui-même votée, ou à en contrôler la validité⁶⁷. De ce point de vue, l'on peut affirmer que l'article 101, al. 2 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, et la jurisprudence de celle-ci qui en porte l'interprétation⁶⁸, sont incompatibles avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ni cette disposition, ni cette jurisprudence ne prohibent en effet, de manière absolue, la survenance de pareilles situations de « service-après-vente ».

Indépendamment de cette première difficulté – elle est cependant de taille –, il apparaît encore que cette première explication de la présence parlementaire au sein de la Cour d'arbitrage, est insuffisante pour conférer une parfaite cohérence et logique à la réforme suggérée par Marc Uyttendaele. Si l'on peut concevoir que la « science de la production législative » dont les anciens parlementaires sont dépositaires est utile au sein d'une Cour

Velaers, *Het Arbitragehof*, Anvers, Maklu, 1985, pp. 145 et suiv.

⁶¹ M. Verdussen, *Les douzes juges...*, *op. cit.*, p. 55

⁶² F. Delpérée, compte-rendu de l'ouvrage de M. Verdussen, *J.T.*, 2004, p. 847

⁶³ Voy. Not. D. Rousseau, *La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1996, 2ème éd., pp. 53-54.

⁶⁴ F. Delpérée et A. Rasson-Roland, « En route pour la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 33

⁶⁵ *Ibid.*, p. 35. Comme l'observe cependant finement H. Simonart, la loi n'exige par contre pas que les Conseillers d'État, chargés de juger de la légalité des arrêtés, qu'ils justifient d'une expérience pratique au sein de cabinets ministériels ou des diverses administrations où s'élaborent des arrêtés (H. Simonart, *La Cour d'arbitrage...*, *op. cit.*, p. 144)

⁶⁶ F. Tulkens et S. Van Drooghenbroeck, « La double vie du juge est-elle compatible avec son impartialité », *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ? Liber amicorum P. Martens*, Bruxelles, Larcier, p. 487.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 507 et 508 et références citées aux arrêts *McGonnell* et *Pabla Ky* de la Cour européenne des droits de l'Homme. Les mêmes difficultés ont été pointées en France avec la nomination du Président de l'Assemblée Nationale à la tête du Conseil constitutionnel (voy. J. Francès-Lagarigue, « Vous avez dit séparation des pouvoirs ? », *AJDA*, 2007, p. 393?)

⁶⁸ C.A., n°35/94, 10 mai 1994

spécialisée dans le contentieux de la constitutionnalité des lois, l'on peine par contre à démontrer que cette « science » serait tout aussi indispensable au sein de la « Cour suprême » imaginée par Marc Uyttendaele, et dont le rôle s'étendrait bien au-delà du contentieux de la constitutionnalité des lois. Par dessus tout, on ne voit pas comment, ni pourquoi, la présence de pros de la légistique au sein de la Cour d'arbitrage, prémunit nécessairement celle-ci de l'ivresse du pouvoir et des abus.

18. La première explication doit donc céder la place à une seconde – moins avouable – : l'ancien parlementaire doit moins sa présence au sein de la Cour d'arbitrage à la science de l'élaboration législative dont il est investi, qu'à la confiance que suscite, auprès du pouvoir politique, son expérience et sa sensibilité politiques. Johan Vande Lanotte et G. Goedertier l'affirment de manière concise : « aangezien het arbitragehof bevoegd is om wetgevende akten te toetsen aan de Grondwet heeft men het, om een 'gouvernement des juges' te vermijden, nodig geacht om politici in het Arbitragehof op te nemen »⁶⁹.

Bien qu'une certaine littérature ait tenté de la refouler d'un mouvement proprement freudien⁷⁰, cette explication est celle qui se manifeste le plus clairement dans les discussions parlementaires qui ont présidé à la création de la Cour d'arbitrage. Il fut ainsi affirmé que la présence d'anciens parlementaires au sein de la Cour d'arbitrage 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 », ou encore, 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 »⁷¹. On retrouvera des propos du même acabit⁷² dans un débat tenu en Commission des affaires institutionnelles du Sénat en 1996, et dont l'objet était notamment de déterminer si, et, le cas échéant, par quelle procédure, les nominations à la Cour d'arbitrage devaient être davantage objectivées. Toutes les suggestions qui furent alors émises – « assessment » par un « Comité des sages » ; élaboration de critères d'évaluation ; formulation d'exigences de qualification à l'égard des « juges-parlementaires » – furent rejetées. Même l'idée *a priori* assez minimaliste que les impétrants à la fonction de juge constitutionnel soient entendus par la Commission parlementaire compétente, ne fut pas, ni à ce moment, ni ultérieurement, inscrite dans la pratique parlementaire⁷³.

19. Ici s'aperçoivent les ressorts profonds de cette « culture jurisprudentielle » de la Cour d'arbitrage, qui conduisent Marc Uyttendaele à vouloir ériger cette dernière en juge suprême du système juridictionnel belge, chargé de censurer, en dernière instance, les « mauvais élèves de la classe ». La profonde intimité qui unit la Cour d'arbitrage au Pouvoir politique, sur le

⁶⁹ J. Vande Lanotte et G. Goedertier, *Overzicht Publiek Recht*, Bruges, La Charte, 2^{ème} éd., 2003, p. 1296. Voy. également J. Velaers, *Het Arbitragehof*, op. cit., p. 148)

⁷⁰ Voy. F. Delpérée et A. Rasson-Roland, « En route... », op. cit., pp. 33-35.

⁷¹ Cités par M. Uyttendaele, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 562.

⁷² Voir encore, lors des travaux préparatoires de la loi organique du 28 juin 1983, les déclarations de R. Lallemand à propos d'un contrôle de constitutionnalité qui mêle, en les superposant, « des appréciations politiques et des garanties juridiques » *Ann. Parl. Sénat*, 82-83, Séance du 26 avril 1983

⁷³ « Problématique des nominations au sein du pouvoir judiciaire, à la Cour d'arbitrage et au Conseil d'Etat », Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par M. Erdman, *Doc. Parl.*, Sénat, 1996-1997, n° 1-491/1, sp. pp. 16-20. Voy. Également C. Courtroy, « La formation et le renouvellement de la Cour d'arbitrage de Belgique », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 538-542; A. Rasson-Roland, « Le renouvellement des juges de la Cour d'arbitrage », A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen, *La Cour d'arbitrage vingt ans après*, op. cit., pp. 21-35.

plan de sa composition, la prémunirait de tout intégrisme juridique et en garantirait la sagesse. Dans son chef, il n'y aurait point à redouter une ivresse du pouvoir telle celle qui, occasionnellement, s'empare de la Place Poelaert.

Marc Uyttendaele avait déjà souligné, il y a dix ans, ce qui, à son estime, constitue les traits distinctifs de la Justice et de la jurisprudence constitutionnelles belges : « On peut, il est vrai, lui reprocher son pragmatisme, s'étonner devant ses arrêts, mais ne fait-elle pas ce qui choque les juristes austères ? Elle négocie à l'aune du bon sens une solution heureuse et pondérée et l'habille, ensuite, au mieux du possible, en droit »⁷⁴. Et l'auteur ajoutait que « la Cour d'arbitrage, juridiction moderne par excellence, juridiction belge par nature, est peut-être la seule aujourd'hui qui échappe totalement à toute critique fondamentale. Échappant à l'intégrisme juridique, réalisant une subtile synthèse entre des intérêts et des sensibilités contrastées sinon contradictoires, elle paraît être le roseau de la fable de la Fontaine »⁷⁵.

20. S'offusquera-t-on de tout ceci ? Il faut évidemment raison garder. Eisenmann écrivait déjà en 1928 que la seule difficulté sérieuse à laquelle se heurte le Constituant lorsqu'il opte pour l'érection d'une cour constitutionnelle, est sa composition⁷⁶.

Une étude de droit comparé – telle celle à laquelle se livra la Commission de Venise en 1997⁷⁷ – enseigne que dans la plupart des États – européens ou autres –, le pouvoir politique exerce un rôle très important dans la désignation des juges constitutionnels. Plus récemment, cette même Commission de Venise glissa du simple constat à la véritable recommandation. Dans un avis rendu en 2006, elle écrivait en effet ce qui suit : « L'une des principales conditions relatives à la composition des cours constitutionnelles est la garantie d'indépendance des juges constitutionnels dès le processus de leur sélection, nomination ou élection par les parlements nationaux. Cette approche ne signifie pas pour autant que le processus de sélection des juges de la Cour constitutionnelle ne puisse ou ne doive subir la moindre influence politique démocratique, car ce serait utopique et contraire aux principes essentiels de la justice constitutionnelle ». En effet, « dans un pays démocratique, il est non seulement loisible, mais aussi souhaitable que la Cour constitutionnelle comprenne des personnes justifiant non seulement de compétences juridiques, mais aussi d'une participation à la vie démocratique du pays ». Et la Commission de Venise de s'en expliquer de la sorte : « La création d'une Cour constitutionnelle spécialisée telle que la conçoit Kelsen et telle que la Constitution autrichienne de 1920 fut la première à y procéder, tient à la reconnaissance du principe selon lequel l'annulation des actes du parlement, représentant du peuple souverain, diffère par nature de la juridiction de droit commun civile, pénale ou administrative. La composition des cours constitutionnelles spécialisées diffère de celle d'une juridiction de droit commun parce que la Cour constitutionnelle a besoin d'un supplément de légitimité (...). Plus cette composition reflète les diverses tendances de la société, plus la légitimité est grande »⁷⁸.

⁷⁴ M. Uyttendaele et F. Legros, « Les robes éblouissées », *La République des juges. Actes du Colloque organisé par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège le 7 février 1997*, Liège, ASBL éd. du Jeune Barreau de Liège, 1997, p. 10

⁷⁵ *Ibid.*, p. 11

⁷⁶ Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, républié par Economica/PUAM, 1986, p. 293.

⁷⁷ Commission européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Rapport révisé sur la composition des Cours constitutionnelles*, CDL-JU(1997)010, consultable sur www.venice.coe.int.

⁷⁸ Commission européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Avis n°370/2006 sur les deux projets de loi portant amendement de la loi n°47/1992 sur l'organisation et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle de Roumanie (17-18 mars 2006)*, CDL-AD (2006) 006, §§ 10 et 14 (consultable sur www.venice.coe.int). Voy. également H. Dumont, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois en Belgique :

À y regarder de plus près cependant, cette dernière remarque de la Commission de Venise invite à questionner la réforme proposée par Marc Uytendaele. En effet, autant la « sensibilité politique » peut-elle se concevoir, et recevoir légitimité, au niveau d'une Cour constitutionnelle spécialisée dans le contentieux de constitutionnalité, autant devient-elle, semble-t-il, sujette à caution dans le chef d'une « Cour suprême » qui se voit investie, outre de ce contentieux spécifique, d'un pouvoir du dernier mot dans le cadre du contentieux de « droit commun » – civil, pénal, et administratif – que génère l'ordre juridique concerné. L'analyse du droit comparé confirme cette différence d'approche⁷⁹ : la fonction de juger constitutionnelle et la fonction de juger « normale » répondent à des caractéristiques différentes, qui peuvent justifier que la première soit confiée à des institutions de justice dont la composition ne serait par contre pas légitime dans le cadre de l'exercice de la seconde.

Or, le projet promu par Marc Uytendaele conduit à nier cette distinction, pour permettre à la « culture jurisprudentielle » et à la sensibilité politique qu'il prête à la Cour d'arbitrage d'imprégner, par le haut, la totalité de la fonction de juger.

Une telle révolution copernicienne est-elle légitime ? Il appartiendra à chacun d'en juger, en examinant s'il est prêt à faire éventuellement son deuil de certaines décisions judiciaires, qui tout en étant assurément pas « sages » d'un point de vue politique, n'en ont pas moins été largement saluées dans la communauté des « intégristes juridiques ». Au nombre de ces décisions « impopulaires », fruits de juges demeurés sourds aux appels à l'inventivité et à la modération que le pouvoir politique, dans les plus hautes sphères, lui avaient adressés, figure par exemple l'arrêt de la Cour de cassation du 14 octobre 1996, prononçant le dessaisissement du juge Connerotte. Ironie de l'Histoire : il ne s'est trouvé plus grand défenseur de l'arrêt que Marc Uytendaele lui-même⁸⁰.

Pour conclure

21. Il y a deux sortes de vieilles casseroles. Celles qui se transmettent religieusement parce qu'elle ont toujours permis de réussir les meilleures blanquettes ou touffayes. Nul ne saura évidemment jamais si la casserole elle-même y est pour quelque chose ou bien si elle se contente de transcender le cuisinier qui y accède. Ni si la vieille casserole est apte à développer la nouvelle cuisine. Mais il y a aussi les casseroles que l'on traîne, retrouvées abandonnées dans une brocante parce que le fond colle irrémédiablement. Seules des raisons esthétiques pourraient justifier leur réintégration en cuisine. Mais le gastronome se gardera d'y faire mijoter le moindre plat. Certes, un adage peu démocratique veut que les goûts et les couleurs ne discutent pas. À voir les discours prononcés lors de l'enterrement du référé législatif, il y a plus de 150 ans, il est toutefois permis de douter que cette institution ait pu être transmise entre des générations de constitutionnalistes. Elle gagnerait dès lors à demeurer dans les placards de l'Histoire.

fonction juridictionnelle ou politique », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, sous la dir. De P. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, FUSL, 1983, spéc. pp. 147 et suiv.

⁷⁹ Commission européenne pour la Démocratie par le Droit (Commission de Venise), *Rapport révisé sur la composition des Cours constitutionnelles*, CDL-JU(1997)010, consultable sur www.venice.coe.int

⁸⁰ Voy. M. Uytendaele et F. Legros, « Les robes éclaboussées », *op. cit.*, p. 12-13 ; M. Uytendaele et R. Wittmeur, « L'impossible doute », obs. sous Cass., 14 octobre 1996 et 11 décembre 1996, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 197 et suiv.

22. Quant aux réserves émises à l'égard de l'installation de la Cour d'arbitrage au faîte du système juridictionnel belge, elles doivent être bien comprises. Loin de nous l'idée de contester que les décisions de la Cour d'arbitrage s'imposent à toutes les autres juridictions belges, en ce compris la Cour de cassation et le Conseil d'Etat. Mais cette hiérarchie se déduit directement de la hiérarchie des normes, la Cour disant le droit constitutionnel. À l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice des Communautés européennes pour leur ordre juridique respectif, celle-ci n'a toutefois pas vocation à s'immiscer dans les contentieux particuliers.

Encore plus loin de nous, évidemment, l'idée de contester la pertinence d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Comme le rappelait Paul Martens, citant Marcel Gauchet, ce contrôle était déjà envisagé par les penseurs révolutionnaires : « 'car le peuple qui choisit et qui vote n'est jamais lui-même que le représentant momentané de la puissance du peuple perpétuel, celui qui perdure identique à lui-même au travers de la succession des générations et qui constitue le véritable titulaire de la souveraineté'. Il faut donc permettre au 'peuple perpétuel' d'en appeler contre le 'peuple actuel', au peuple juridique de contrôler le peuple empirique, car 'il y a le risque (...) qu'un peuple actuel usurpe dans le présent de sa volonté une puissance qui n'appartient qu'au peuple transcendant'. Il faut 'vérifier en permanence que les pouvoirs délégués, quels qu'ils soient, restent dans les limites de la délégation' »⁸¹.

Cette mission est suffisamment fondamentale et noble pour que l'on permette à la Cour constitutionnelle, configurée en conséquence, de s'y consacrer exclusivement.

⁸¹ P. Martens, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », in *La République des juges*, Liège, ed. Jeune barreau de Liège, 1997, p. 57.