

LA COUR D'ARBITRAGE ET L'AVOCAT

PAR

Marc VERDUSSEN

CHARGÉ DE COURS

À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

AVOCAT

L'avocat est un acteur important de la scène juridique. C'est aussi un citoyen comme les autres. A ce titre, il a le droit de saisir la Cour d'arbitrage, que ce soit individuellement ou collectivement, aux fins de veiller à la défense des prérogatives de sa profession. Il ne s'est d'ailleurs pas privé d'exercer ce droit. C'est ainsi que plusieurs recours en annulation ont été introduits par l'Ordre national des avocats de Belgique (1). Des recours ont également été formés par des avocats pris individuellement (2), voire par un cabinet d'avocats ayant adopté la forme d'une société commerciale (3). De surcroît, certains arrêts sont de nature à affecter, directement ou indirectement, l'accomplissement de la profession d'avocat et surtout les responsabilités de celui-ci, qu'il s'agisse de la procédure organisée par le Code judiciaire (4) ou de celle mise en place par le Code d'instruction criminelle (5). Comment ne pas

(1) C.A., arrêt n° 24/92, du 2 avril 1992 (recours en annulation partielle de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités, introduits conjointement avec le doyen de l'Ordre national et les vingt-neuf bâtonniers du pays); arrêt n° 66/92, du 21 octobre 1992 (recours en annulation partielle de la loi du 21 juin 1991 relative au crédit à la consommation); arrêt n° 20/93, du 4 mars 1993 (recours en annulation partielle de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, modifiée par la loi du 18 juillet 1991).

(2) C.A., arrêt n° 69/93, du 29 septembre 1993 (recours en annulation partielle de la loi du 3 août 1992 modifiant le Code judiciaire); arrêt n° 53/94, du 29 juin 1994 (recours en annulation partielle de la loi du 6 août 1993 modifiant le Code judiciaire).

(3) C.A., arrêt n° 89/94, du 14 décembre 1994 (recours en annulation partielle de la loi du 22 juillet 1993).

(4) Voy. par ex. C.A., arrêt n° 82/93, du 1^{er} décembre 1993.

(5) Voy. par ex. C.A., arrêt n° 82/94, du 1^{er} décembre 1994.

citer, à cet égard, l'arrêt rendu tout récemment sur la copie en débet de pièces des dossiers répressifs (1) ?

On se permettra toutefois de faire abstraction de cette configuration des rapports entre l'avocat et la Cour d'arbitrage pour jeter un autre regard sur les liens qui unissent l'un et l'autre, à savoir le regard de l'avocat sur la place qui lui est assignée dans le contentieux constitutionnel lui-même et sur le travail qu'il est amené à y accomplir. En somme, le regard qu'il porte sur son statut devant la Cour d'arbitrage. Celui-ci sera analysé à la lumière du statut de l'avocat dans le modèle européen de justice constitutionnelle.

I. — LE STATUT DE L'AVOCAT DANS LE MODÈLE EUROPÉEN DE JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

La question du statut de l'avocat devant le juge constitutionnel ne présente de réel intérêt que pour les Etats du modèle européen — dit « kelsénien » — de justice constitutionnelle, auquel se rattache la Cour d'arbitrage (2). Dans ce modèle, le contrôle de constitutionnalité des lois, voire des actes administratifs et juridictionnels, est exclusivement réservé à une juridiction indépendante spécialement créée à cet effet (*constitutional review*), contrairement au modèle américain où ce contrôle est exercé par l'ensemble de l'appareil juridictionnel, dans le prolongement des fonctions ordinaires de cet appareil (*judicial review*). En somme, le modèle européen met en œuvre un contrôle concentré, alors que le modèle américain se caractérise par un contrôle diffus.

Cette concentration confère au contentieux constitutionnel européen une nature particulière, celle d'un contentieux essentiellement objectif. Il s'agit « de faire le procès à un acte et non de débattre des droits, fussent-ils collectifs, de telle ou telle partie » (3). En effet, le contrôle de constitutionnalité exercé

(1) C.A., arrêt n° 19/95, du 2 mars 1995, *Journ. proc.*, n° 279, 17 mars 1995, p. 28, obs. C. MAILLEUX.

(2) Voy. à cet égard la contribution de Louis Favoreu (*infra*).

(3) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 39.

par le juge constitutionnel tend principalement à assurer la cohérence du système normatif et seulement à titre secondaire, ou par voie de conséquence, à protéger les situations subjectives constitutionnellement garanties des éventuelles lésions provoquées par la loi (1). A cet égard, « il serait erroné de croire que l'accès dorénavant reconnu aux particuliers à la juridiction constitutionnelle change la nature de ce contentieux » (2). De la même manière, la circonstance qu'une procédure constitutionnelle peut être liée, subséquentement ou incidemment, à une contestation portant sur des droits subjectifs n'a pas pour effet d'effacer le caractère objectif de cette procédure.

La nature objective du procès constitutionnel ne rend pas pour autant inutile le rôle de l'avocat, dès le moment où il s'agit de soutenir une demande devant un juge, ou de la contester. A défaut d'être fondée sur un droit, la demande s'appuiera à tout le moins sur l'existence d'un intérêt.

Dans la plupart des Etats du modèle européen, la procédure est organisée de telle sorte que les parties peuvent se faire assister ou représenter par un avocat. Le plus souvent, il y va d'une simple faculté. Mais il existe, à cet égard, des exceptions. C'est ainsi qu'au Portugal, l'intervention d'un avocat est rendue obligatoire par l'article 83 de la loi relative à l'organisation, au fonctionnement et à la procédure devant le Tribunal constitutionnel. En Espagne, l'article 81, § 1^{er}, de la loi organique sur le Tribunal constitutionnel dispose que les particuliers doivent être représentés par un avoué ou assistés par un avocat inscrit dans un des barreaux du pays, mais qu'ils peuvent aussi se défendre eux-mêmes s'ils sont licenciés en droit. Hans Kelsen n'estimait-il pas que « pour les particuliers,

(1) G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Mulino, 1988, p. 169. L. FAVOREU abonde dans le même sens en écrivant que ce contrôle « est peu fait pour donner satisfaction directement aux individus », de telle sorte qu'on peut se demander « si l'aspect objectif ne l'emporte pas sur l'aspect subjectif » (*Les Cours constitutionnelles*, 2^e éd., Paris, P.U.F., 1992, p. 27). D. ROUSSEAU observe que les contrôles de régularité en général répondent à une nécessité objective (*La justice constitutionnelle en Europe*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 21).

(2) M.-F. RIGAUX, « Intérêt particulier et intérêt général devant la Cour d'arbitrage », in *Droit et intérêt*, vol. 3, *Droit positif, droit comparé et histoire du droit*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1990, p. 182.

il serait bon de rendre le ministère d'avocat obligatoire en raison du caractère éminemment juridique du litige » (1) ?

En règle générale, l'avocat exerce sa mission à tous les stades de la procédure. Par conséquent, lorsqu'une audience est prévue, son intervention se prolonge normalement jusqu'au prétoire du juge constitutionnel, qui entendra sa plaidoirie et soulèvera éventuellement l'une ou l'autre question. En ce sens, on citera par exemple le paragraphe 19 de la loi fédérale sur la Cour constitutionnelle autrichienne. Parfois, c'est même précisément pour l'audience que l'intervention d'un avocat est rendue obligatoire. Ainsi en est-il en Allemagne, où le paragraphe 22 de la loi relative à la Cour constitutionnelle fédérale prévoit que les parties doivent se faire représenter à l'audience orale (2), lorsqu'il y a lieu d'organiser une telle audience.

Les avocats bénéficient-ils d'un monopole de représentation devant les juridictions constitutionnelles ? S'agissant des particuliers, il semble qu'il y ait une volonté de privilégier l'intervention d'avocats. La règle n'est cependant pas absolue. En Allemagne, par exemple, le paragraphe 22 précité autorise la représentation des parties par un professeur de droit d'un établissement allemand d'enseignement supérieur. S'agissant des autorités publiques, leur représentation par des fonctionnaires est souvent admise. Par exemple, ce même paragraphe 22 dispose que la fédération, les *Länder* et leurs organes constitutionnels peuvent se faire représenter par ceux parmi leurs fonctionnaires qui sont aptes à exercer les missions de juge ou à occuper des emplois supérieurs de la fonction publique.

Tous les avocats peuvent-ils intervenir devant les juridictions constitutionnelles ? Au Portugal, selon l'article 83 précité, l'intervention devant le Tribunal constitutionnel est réservée aux avocats habilités à plaider devant le Tribunal suprême de justice. En Italie, l'article 20, alinéa 1^{er}, de la loi sur la composition et le fonctionnement de la Cour constitutionnelle confie la représentation et la défense des parties aux

(1) H. Kelsen, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Rev. dr. publ.*, 1928, p. 249.

(2) En faveur de cette solution, voy. H. Steinberger, « Modèles de juridiction constitutionnelle », *A.P.T.*, 1992, p. 238.

seuls avocats qui sont autorisés à intervenir devant la Cour de cassation.

Pour le surplus, il n'est pas inutile de remarquer que la qualité d'avocat est parfois considérée comme une situation permettant d'être nommé en qualité de membre d'une juridiction constitutionnelle. Ainsi en est-il en Italie, où l'article 135, alinéa 2, de la Constitution prévoit que les juges de la Cour constitutionnelle peuvent être choisis parmi les avocats ayant plus de vingt ans d'activité professionnelle. Ainsi en est-il également en Espagne, où, en vertu de l'article 159, § 1^{er}, de la Constitution, un avocat peut être désigné en qualité de membre du Tribunal constitutionnel, à condition d'être un juriste « aux compétences reconnues » et d'exercer sa profession depuis plus de quinze ans. En tout état de cause, les avocats ont une propension certaine à siéger au sein des juridictions constitutionnelles. Les deux derniers présidents du Conseil constitutionnel français, en l'occurrence Robert Badinter et Roland Dumas, ne comptent-ils pas parmi les avocats les plus talentueux de l'Hexagone ?

II. — LE STATUT DE L'AVOCAT DEVANT LA COUR D'ARBITRAGE

La question du statut de l'avocat devant la Cour d'arbitrage est d'abord celle de sa reconnaissance par les textes organiques relatifs à cette dernière. Il convient ensuite de s'interroger sur les missions, mais aussi sur les fonctions, de l'avocat devant la Cour.

A. — *La reconnaissance de l'avocat devant la Cour d'arbitrage*

La loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage reconnaît expressément le rôle de l'avocat dans la procédure constitutionnelle, le terme d'« avocat » devant être compris dans le sens que lui donnent les articles 428 et suivants du Code judiciaire. En son article 5, elle dispose que toute requête en annulation, qu'elle soit formée par le Conseil des ministres, par le gouvernement d'une communauté ou d'une région, par

le président d'une assemblée législative ou par une personne physique ou morale, peut être signée par un avocat seul (1). Selon l'exposé des motifs du projet de loi spéciale, il ressort de cette disposition « qu'aucune partie requérante, y compris les personnes justifiant d'un intérêt, n'est obligée de se faire représenter par un avocat, ceci afin de permettre un large accès à la Cour d'arbitrage » (2). En son article 106, alinéa 4, la loi spéciale prévoit que « ne sont admises aux débats que les parties ayant introduit une requête ou déposé un mémoire, ainsi que leurs avocats » (3). *A fortiori*, l'avocat peut signer les mémoires et les mémoires en réponse au nom de la partie qu'il représente. En somme, il fait office, à toutes les étapes de la procédure, de mandataire *ad litem* de son client (4).

Au surplus, l'article 75 permet à la Cour d'arbitrage de « commettre un avocat d'office », étant entendu que la désignation sera considérée comme non avenue si la partie intéressée choisit un conseil personnel. Le même article ajoute que « le Roi organise les modalités de l'assistance », mais, à ce jour, aucun arrêté royal n'a été adopté en ce sens (5). Cette disposition procède du souci « d'assurer l'égalité de tous les citoyens,

(1) Sur la situation antérieure, voy. E. GILLET, *Recours et questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Némésis, 1985, pp. 87-88 et 134.

(2) *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, n° 483/1, p. 7. Depuis toujours, l'opinion a été défendue qu'un justiciable est perdu, dans la plupart des cas, s'il ne s'adresse à une personne au courant des lois et de la jurisprudence, et, surtout peut-être, dont la pensée n'est pas obscurcie par l'intérêt personnel » (E. REUMONT, « Les Conseils de l'Ordre des avocats et la compétence du Conseil d'Etat », *J.T.*, 1957, p. 21). C'est la raison pour laquelle des amendements ont été déposés qui visaient à imposer l'intervention obligatoire d'un avocat pour les personnes physiques et morales. Ils ont cependant été retirés ou rejetés : voy. *ibid.*, n° 483/2, pp. 64-66 ; *Ann. parl.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, séances du 30 novembre 1988, p. 453. Déjà sous l'empire de la précédente loi, des auteurs ont pu souligner que « la juridiction, dans l'établissement de son règlement de procédure, ne peut s'écarter de sa loi constitutive », de telle sorte qu'elle ne pourrait « réserver elle-même un monopole de représentation ou de plaidoirie aux avocats » (J. PUTZEYS et A. VERRIEST, « L'intervention des avocats devant la Cour d'arbitrage », *L'Avocat — Omnia fraterne*, 1985, n° 2, p. 10).

(3) L'art. 103, al. 1^{er}, précise que « les parties qui ont introduit une requête ou déposé un mémoire, leurs représentants et leurs avocats sont avisés de la date de l'audience quinze jours d'avance ». Voy. égal. les art. 92, al. 1^{er}, 93 et 111, 3^o.

(4) R. ANDERSEN et J. VAN COMPERNOLLE, « Les caractères de la procédure devant la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage — Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 102.

(5) Devant les membres de la commission de la justice de la Chambre des représentants, le ministre de la Justice avait pourtant insisté sur le caractère indispensable de cet arrêté royal : *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1988-1989, n° 633/4, p. 7.

y compris les plus démunis » (1). Toutefois, ni le texte de loi, ni les travaux préparatoires ne fournissent d'indications plus précises sur les cas dans lesquels la Cour pourrait désigner elle-même un avocat (2).

De façon générale, il est à noter que la loi n'impose aucune forme d'exigence dans le choix de l'avocat. Il n'existe pas un barreau particulier qui regrouperait les avocats à la Cour d'arbitrage. L'intervention devant celle-ci n'est pas davantage réservée aux avocats du barreau de la Cour de cassation (même si, en pratique, plusieurs parmi ceux-ci y interviennent régulièrement). Par ailleurs, compte tenu de l'article 439 du Code judiciaire, rien même ne s'oppose à ce que les parties fassent le choix d'un avocat stagiaire. Il y a là une différence fondamentale par rapport à la section d'administration du Conseil d'Etat, où les parties ne peuvent se faire représenter ou assister que « par des avocats inscrits au tableau de l'Ordre des avocats ainsi que, selon les dispositions du Code judiciaire, par toute personne établie dans un Etat membre des Communautés européennes et y habilitée, depuis trois ans au moins, à exercer la profession d'avocat » (3).

L'avocat ne jouit pas d'un monopole de plaidoirie devant la Cour d'arbitrage. Il faut se souvenir, en effet, que ce monopole, tel qu'il est réglé par l'article 440, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, ne vise que les juridictions de l'ordre judiciaire (4). Ceci explique que le Conseil des ministres et les gouvernements de communauté et de région peuvent charger leurs fonctionnaires d'intervenir devant la Cour d'arbitrage. Si le Gouvernement flamand a parfois recouru à cette possibilité, il semble néanmoins que seul le Conseil des ministres en fasse réellement usage, désignant soit un juriste des services du Premier ministre, soit un juriste du département ministériel concerné.

(1) *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, n° 483/2, p. 92. Il est cependant précisé qu'« étant donné le caractère particulier de la procédure devant la Cour d'arbitrage, cela doit se faire hors du cadre de l'assistance judiciaire telle qu'elle est réglée par le Code judiciaire ».

(2) J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 1990, p. 470.

(3) Art. 19, al. 2, des L.C. sur le Conseil d'Etat, remplacé par la loi du 6 mai 1982.

(4) P. LAMBERT, *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 345-346.

Dans un autre ordre d'idées, l'article 44, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale établit une incompatibilité entre les fonctions de juge, de référendaire et de greffier à la Cour d'arbitrage, d'une part, et la profession d'avocat, d'autre part. L'article 46, 1^o, prévoit également que ces mêmes personnes ne peuvent « assumer la défense des intéressés, ni verbalement, ni par écrit, ni leur donner des consultations ». La pertinence de ces règles ne souffre aucune contestation possible.

B. — Les missions de l'avocat devant la Cour d'arbitrage

La question des missions de l'avocat intervenant devant la Cour d'arbitrage renvoie à celle du rôle qui lui est assigné et, partant, aux responsabilités qui lui incombent.

Dans son principe, ce rôle n'est pas différent de celui qui lui est attribué devant toute juridiction. En sa qualité d'« organe de justice » (1), il lui revient « de faire en sorte que, par ses conseils, les justiciables aient non seulement accès à la justice, mais puissent bénéficier de toutes les garanties attachées à la notion de prééminence du droit, en particulier de celles d'un procès équitable » (2).

Un des éléments les plus essentiels du droit à un procès équitable est assurément le droit au caractère contradictoire de l'instance, dont l'avocat est le garant le plus naturel. L'on entend par là le droit pour chaque partie d'exposer au juge son point de vue sur les éléments de fait et de droit qui peuvent déterminer la solution à apporter au litige, et ce dans des conditions qui ne la défavorisent pas vis-à-vis des autres parties, le principe du contradictoire étant indissociable du principe de l'égalité des armes. Il faut rappeler, à cet égard, que, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour européenne des droits de l'homme (3), les garanties de l'article 6, § 1^{er}, de

(1) E. REUMONT, *Permanence et devoirs de la profession d'avocat*, Bruxelles, Bruylant, 1947, p. 42.

(2) A. WEITZEL et M. DE SALVIA, « L'avocat et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Présence du droit public et des droits de l'homme — Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1445.

(3) Cour. eur. D.H., arrêt *Ruiz-Mateos*, du 23 juin 1993, *R.B.D.C.*, 1994, p. 123, obs. M. VERDUSSEN (« Le juge constitutionnel face à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme »).

la Convention, en ce compris le respect du contradictoire, sont applicables à toute procédure constitutionnelle qui est liée, de manière subséquente ou de manière incidente, à une contestation sur des droits et obligations à caractère civil ou à une accusation en matière pénale. Il y a plus. Selon la Cour d'arbitrage elle-même, les « droits de la défense » — qui « contiennent celui de se faire assister par un avocat », mais non celui de « se faire représenter par un avocat » — constituent « un principe général de droit » (1). Ce faisant, la Cour rejoint la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat. Ce principe général résulte du caractère immémorial des droits de la défense (2). Il s'applique là où il est fait œuvre de justice.

Tant dans les textes que dans la pratique, on doit admettre que la procédure devant la Cour d'arbitrage est globalement respectueuse du principe du contradictoire (3). Les parties ont la possibilité de déposer des écrits de procédure : il s'agit, selon le cas, d'un « mémoire », d'un « mémoire en réponse », d'un « mémoire complémentaire » ou encore, dans l'hypothèse d'une réouverture des débats, d'un « dernier mémoire ». Les parties ont également la possibilité de présenter à l'audience des « observations orales ». Ces possibilités sont prévues tant pour les recours en annulation que pour les questions préjudicielles (4). Il faut remarquer, en effet, que les parties en cause devant la juridiction ayant pris la décision de renvoi sont en droit de se porter partie intervenante devant la Cour d'arbitrage. Le respect du contradictoire s'étend également à la procédure préliminaire (5) : concrètement, si les rapporteurs esti-

(1) C.A., arrêt n° 6/94, du 20 janvier 1994 (B.4.1. et B.4.2.), *R.W.*, 1994, p. 1266, obs. C. BERTX (« De herkeuringsraad en de advocaat »). *Adde* C.A., arrêt n° 27/94, du 22 mars 1994 (4.1. et 4.2.). Sur la jurisprudence la plus récente de la Cour de Strasbourg, voy. les arrêts *Lala* et *Pelladoah* du 22 septembre 1994, cités par P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme — 1994 », *J.T.D.E.*, n° 17, 16 mars 1995, p. 61.

(2) P. VASSART, « Les jambes d'Iseult ou le paradoxe de l'avocat », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, t. II, Bruxelles, Némésis, 1986, p. 837.

(3) J. DELVA, « Staatsrechtelijk profiel van het Belgisch Arbitragehof », *T.B.P.*, 1991, p. 77.

(4) Les parties doivent cependant se conformer strictement aux prescriptions légales. Ainsi, elles ne peuvent déposer d'autres écrits que ceux prévus par la loi spéciale, au risque que la Cour d'arbitrage les écarte des débats : voy. par ex. C.A., arrêts n° 9/95 et 10/95, du 2 février 1995, II.

(5) Pour une comparaison avec d'autres pays du modèle européen, voy. M. VERDUSSEN, « Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel* (dir. F. DELPÉRIÉ), Paris, Economica, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 161 et 171 ; *adde* pp. 207-208.

ment, *in limine litis*, que le recours ou la question est manifestement irrecevable ou non fondé, ou que la Cour n'est manifestement pas compétente pour en connaître, les conclusions des rapporteurs sont notifiées aux parties qui peuvent introduire un « mémoire justificatif ». Comme l'a observé la Cour elle-même, « cette notification vise à garantir le droit du requérant à une bonne administration de la justice en lui offrant la faculté de se justifier en ce qui concerne le problème soulevé » (1).

Plusieurs difficultés subsistent néanmoins (2). On en relève l'une ou l'autre.

1. — Il est stupéfiant que, depuis l'entrée en vigueur de l'article 75 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, aucun arrêté royal n'ait organisé les modalités de l'assistance offerte par les avocats commis d'office, et ce alors même qu'au cours des travaux préparatoires, le ministre lui-même avait souligné l'importance d'un tel arrêté (3). Car il ne suffit pas de consacrer le droit d'être assisté d'un conseil, ni même de prévoir la désignation d'un avocat d'office : encore faut-il « prendre des mesures positives destinées à garantir la jouissance effective de ce droit » (4). Cette garantie constitue un des aspects essentiels du droit à un procès équitable (5). En priver le justiciable est même de nature à rendre parfois illusoire le droit de former un recours à la Cour d'arbitrage. L'article 2 de la Charte internationale de l'accès à la justice pour tous, signée à Morelia le 2 août 1991, dispose, en ce sens, qu'un tel accès « comporte le droit d'être conseillé comme celui d'être assisté et défendu par un avocat, en toute indépendance, devant toute juridiction, ordinaire ou extraordinaire, devant toute instance ou institu-

Concernant la Cour constitutionnelle fédérale allemande, voy. égal. J. RIVERS, « Stemming the flood of constitutional complaints in Germany », *Public Law*, 1994, p. 558.

(1) C.A., arrêt n° 43/94, du 19 mai 1994, 2.

(2) Nous ne revenons pas ici sur le problème de la participation des juges rapporteurs à l'examen de l'affaire par la Cour d'arbitrage dans l'hypothèse où ils ont mis en œuvre la procédure préliminaire. Sur ce problème, qui concerne davantage l'exigence d'impartialité, voy. les opinions discordantes de P. LEGROS et de P. LEMMENS, in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, op. cit., pp. 56-57 et 59-60.

(3) Voy. *supra*.

(4) N. CAHEN, « Le droit à l'assistance d'un défenseur », obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Granger*, du 28 mars 1990, *Rev. trim. dr. h.*, 1991, p. 373.

(5) R. ERGEC et P. LAMBERT, « Les conditions minimales pour un libre exercice de la profession d'avocat dans un système démocratique », *Lettre du barreau*, 1995, n° 1 & 2, p. 160.

tion appelée à résoudre quelque litige ou contestation que ce soit ».

2. — Dans le cas où une demande de suspension est introduite, la loi spéciale du 6 janvier 1989 se contente d'imposer la tenue d'une audience, aux fins d'entendre l'exposé des rapporteurs et les plaidoiries des parties. En revanche, elle n'envisage pas le dépôt d'observations écrites. Certes, dans la directive qu'elle a adoptée en séance plénière le 14 février 1989 « concernant la procédure », la Cour d'arbitrage prévoit que, dans ce cas, « l'ordonnance de fixation est portée à la connaissance de la ou des parties requérantes et des autorités mentionnées à l'article 76 de la loi, et précise, *s'il y a lieu* (c'est nous qui soulignons), le délai dont chacune de ces autorités dispose pour faire parvenir des observations écrites au greffe », étant entendu que « passé ce délai, aucun autre écrit n'est admis aux débats sur la demande de suspension » (1). Force est malheureusement de constater que la Cour ne semble pas user systématiquement de cette possibilité, privilégiant de la sorte les débats oraux (2). Ceci oblige souvent les plaideurs à prendre l'initiative de déposer des notes d'audience (ou des écrits y assimilés), ce que la Cour tolère, puisqu'elle les vise dans ses arrêts (3).

3. — Les délais impartis pour déposer des écrits de procédure peuvent s'avérer extrêmement brefs. Certes, ils sont parfois prorogeables, et ce par ordonnance motivée du président. C'est le cas pour le dépôt d'un mémoire (4). Mais il s'agit le plus souvent de délais de rigueur. C'est ainsi que le législateur n'a pas prévu la possibilité de proroger le délai de trente jours pour déposer un mémoire en réponse (5). Dans certaines circonstances, un tel délai peut représenter une entrave à l'exercice des droits de la défense du requérant (6). Il faut se souve-

(1) *Mon. b.*, 23 février 1989, p. 3238.

(2) F. TULKENS, « La procédure de suspension devant la Cour d'arbitrage (1989-1990) », *J.T.*, 1991, p. 305. Pour un exemple récent, voy. C.A., arrêt n° 86/94, du 1^{er} décembre 1994, II.

(3) Voy. par ex. C.A., arrêt n° 88/93, du 22 décembre 1993, II (dépôt d'un « mémoire en suspension ») ; arrêt n° 12/91, du 8 mai 1991, II (dépôt d'une « note d'observations »).

(4) Art. 85, al. 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Voy. par ex. C.A., arrêt n° 13/91, du 28 mai 1991, II.

(5) Art. 89 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(6) P. LEMMENS, *op. cit.*, pp. 60-61.

nir en effet que, virtuellement, celui-ci peut être amené à devoir répondre — ou plus exactement répliquer — à dix-sept mémoires, sans compter les éventuels mémoires en intervention introduits sur base de l'article 87, § 2, de la loi spéciale. Certes, il s'agit là d'une occurrence toute théorique. Elle montre néanmoins qu'il peut arriver que le temps du requérant soit compté.

4. — Alors même que les mémoires prévus par la loi ont été déposés, la Cour d'arbitrage peut estimer que l'affaire n'est pas en état et, entre autres mesures, inviter les parties à déposer un nouveau mémoire — qu'elle qualifie habituellement de « mémoire complémentaire » (1) — dans le délai qu'elle fixe (2). En dehors de ce cas de figure — au demeurant exceptionnel —, les parties ne sont pas autorisées à transmettre des pièces ou des écrits de procédure postérieurement à l'expiration du délai imparti pour le dépôt des mémoires en réponse. Cette lacune peut s'avérer préjudiciable aux droits de la défense (3). Tout d'abord, on doit se souvenir que la partie qui est chargée de « défendre » la norme querellée ne découvre parfois la substance des raisonnements des autres parties qu'à l'occasion de l'examen de leurs mémoires en réponse. Ceci est particulièrement avéré dans la procédure sur recours en annulation, lorsque la partie requérante se contente d'énoncer ses moyens sans vraiment les développer (4). La partie « défenderesse » se voit alors contrainte d'approfondir son argumentation au stade des observations orales, et ce au mépris du caractère écrit que le législateur a voulu attacher à la procédure devant la Cour d'arbitrage. Un tel risque est accentué par cette pratique détestable qui consiste à déclarer, dans son mémoire, « intervenir et s'en remettre provisoirement à la sagesse de la Cour,

(1) Voy. par ex. C.A., arrêts n° 3/95 à 5/95 et 7/95 à 10/95, II.

(2) Art. 90, al. 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

(3) P. LEMMENS, *op. cit.*, p. 61.

(4) La Cour d'arbitrage considère toutefois que « le moyen, qui dans la requête n'était l'objet que d'une allusion trop peu claire pour qu'il pût y être répondu dans les mémoires, est tardif » (C.A., arrêt n° 4/92, du 23 janvier 1992, B.2.5.). De façon générale, la Cour estime, au vu du prescrit de l'art. 6 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, que « les autres parties doivent avoir la possibilité d'opposer à l'argumentation des requérants une réplique pour laquelle elles doivent disposer d'un exposé clair et univoque des moyens » (C.A., arrêt n° 69/92, du 12 novembre 1992, 4.B.1.). Cette jurisprudence est constante : voy. not. C.A., arrêt n° 9/93, du 11 février 1993, B.5.1. ; arrêt n° 34/94, du 26 avril 1994, B.1.1. *Adde* C.A., arrêt n° 21/95, du 2 mars 1995, B.11.

sous réserve d'autres prises de position dans un mémoire en réponse » (1). Ensuite, le laps de temps qui sépare l'établissement des mémoires en réponse de l'audience publique peut se prolonger jusqu'à plusieurs mois, de telle sorte que des éléments nouveaux — telle une évolution jurisprudentielle — sont susceptibles d'apparaître, obligeant parfois les parties à modifier, peu ou prou, l'argumentation développée dans les écrits de procédure. Le cas échéant, elles ne pourront le faire qu'au stade des observations orales, sauf à déposer une note d'audience que la Cour tolérera, de manière forcément prétorienne (2).

5. — La Cour d'arbitrage ne compte en son sein ni auditoir, ni parquet général, ce qui n'est pas sans incidence sur l'exercice des droits de la défense. En effet, une fois que les parties ont « dialogué » entre elles à travers le dépôt des écrits de procédure, elles ne bénéficient d'aucune réaction extérieure, ce qui les prive de la possibilité de rectifier, de nuancer ou d'approfondir, à tout le moins par écrit, certains éléments de leur argumentation. Doit-on rappeler que, devant le Conseil d'Etat, les parties peuvent, à la suite du rapport de l'auditorat, établir un dernier mémoire et préparer l'audience en conséquence ? Rien de tout cela devant la Cour d'arbitrage, où la première réaction extérieure est celle des juges rapporteurs, au moment même de l'audience. Ces rapports peuvent être très neutres, voire aseptisés. Ils peuvent aussi se révéler plus engagés, les juges rapporteurs prenant la peine de dégager les enjeux véritables des débats et de soumettre aux parties l'un ou l'autre problème. Tout cela dépend de plusieurs facteurs, comme le niveau de complexité de l'affaire ou encore la manière dont les parties ont contribué à l'instruire, mais aussi la personnalité des rapporteurs et la conception qu'ils se font de ce rapport. Quoi qu'il en soit, les parties peuvent se trouver confrontées, lors de l'audience, à des questions, voire

(1) C.A., arrêt n° 14/92, du 27 février 1992, B.1. Cette pratique est acceptée par la Cour selon qui « malgré son caractère succinct, ce mémoire peut être considéré comme un mémoire au sens de l'article 85 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage ». Pour d'autres exemples, voy. C.A., arrêt n° 41/90, du 21 décembre 1990, B.1. ; arrêt n° 27/92, du 2 avril 1992, 2.B. Voy. les critiques de F. DELFÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « Chroniques. Belgique », *A.I.J.C.*, 1990, vol. VI, p. 499 ; 1992, vol. VIII, p. 349. En revanche, la Cour considère que « le caractère contradictoire des débats (...) ne serait pas respecté s'il était admis qu'une partie renvoie sans plus à un mémoire introduit dans une autre affaire » (C.A., arrêt n° 6/90, du 25 janvier 1990, B.1.).

(2) Voy. par ex. C.A., arrêt n° 12/92, du 20 février 1992, II.

des objections, inattendues. Le cas échéant, elles doivent y répondre immédiatement, ce qui ne favorise pas toujours un exercice serein des droits de la défense. C'est la raison pour laquelle la Cour d'arbitrage a pris l'initiative, dans certaines affaires, d'inviter les parties, au moment de la fixation de l'audience, à s'expliquer à l'occasion de celle-ci sur tel ou tel point qu'elle précise, ou bien à lui fournir telle ou telle indication (1). Cette pratique gagnerait à être généralisée ou, mieux encore, aménagée dans la loi spéciale elle-même.

Au-delà de ces quelques difficultés, il reste que l'efficacité des droits de la défense est largement tributaire de l'attitude de l'avocat lui-même et de la manière dont il s'acquitte de son rôle. Trois observations s'imposent à cet égard.

La première observation est relative à la responsabilité professionnelle de l'avocat et, plus spécialement, à sa responsabilité civile, qu'on ne peut ici qu'évoquer. Qu'il s'agisse de responsabilité contractuelle ou de responsabilité aquilienne, la conduite du défenseur doit être appréciée par référence à celle d'un avocat normalement prudent et avisé (2). Cette appréciation variera en fonction de la nature de l'activité mise en cause. C'est ainsi que, dans la mesure où l'avocat accepte un mandat *ad litem*, sa responsabilité peut être très lourde, puisqu'il répond « des nullités ou des vices qui atteignent les actes qu'il accomplit ou des prescriptions ou déchéances des actes de procédure qu'il aurait dû accomplir et qu'il n'a pas accomplis » (3).

Tout avocat intervenant devant la Cour d'arbitrage se souviendra de la rigueur de ces principes, dès lors que l'accomplissement des actes de procédure y est soumis à des règles éminemment strictes, notamment du point de vue des délais impartis par la loi spéciale du 6 janvier 1989. En revanche, les activités que l'avocat déploie dans le cadre de son devoir généré-

(1) Le plus souvent, l'invitation de la Cour d'arbitrage est contenue dans l'ordonnance de fixation elle-même : voy. not. C.A., arrêt n° 12/95, du 7 février 1995, II ; arrêt n° 17/95, du 16 février 1995, II. Parfois, l'invitation est adressée par une lettre subséquente : voy. C.A., arrêt n° 34/94, du 26 avril 1994, II. Il arrive également que la Cour demande aux parties de déposer, dans le délai qu'elle fixe (généralement une semaine avant l'audience), une note écrite sur des points qu'elle détermine : voy. C.A., arrêt n° 57/94, du 14 juillet 1994, II.

(2) P. LAMBERT, *Règles et usages...*, op. cit., p. 507.

(3) A. BRAUN, *Les avocats*, Bruxelles, Story-Scientia, 1993, p. 97.

ral d'assistance, d'information et de conseil requièrent une appréciation plus souple. C'est sans doute ce qui a conduit le conseil de l'Ordre des avocats du barreau de Bruxelles à considérer que le fait pour un avocat, ayant défendu une partie dans un litige tranché selon une règle de droit ultérieurement annulée par la Cour d'arbitrage, d'informer son client, ou ancien client, de la possibilité d'un recours en rétractation ne constitue pas « une obligation dont le non-respect serait susceptible d'engager la responsabilité professionnelle de l'avocat » (1).

La deuxième observation concerne l'indépendance de l'avocat. Dans une lettre au général baron von Falkenhausen, le bâtonnier Braffort écrivait, en 1942, que « l'indépendance est le premier titre de noblesse de l'avocat », de telle sorte qu'« aucun intérêt, aucune puissance ne pourront le faire consentir à en abdiquer une parcelle » (2). Le Code judiciaire lui-même ne proclame-t-il pas, en son article 444, alinéa 1^{er}, que « les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité » ? Il y va d'une garantie fondamentale de la liberté de jugement et d'action de l'avocat.

Au-delà des inévitables prescriptions légales et déontologiques, l'exigence d'indépendance recommande l'adoption de certains comportements qui relèvent de l'ordre de la conscience plus que de l'ordre du devoir (3). On sait, par exemple, qu'en vertu de l'article 438 du Code judiciaire, les avocats qui sont membres de l'une des deux chambres législatives « ne peuvent être désignés comme avocat en titre des administrations publiques, ni plaider, ni suivre aucune affaire litigieuse dans l'intérêt de l'Etat ou de l'un des organismes prévus à l'article 1^{er}, littera A et B, de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, ni leur donner avis ou consultation en pareille affaire, si ce n'est

(1) M. FORGES, « La rétractation instaurée par la loi du 10 mai 1985 impose-t-elle de nouveaux devoirs aux avocats ? », *J.T.*, 1986, p. 403.

(2) « Hommage au bâtonnier Louis Braffort », allocution prononcée le 22 août 1994 par le bâtonnier Legros, *Lettre du barreau*, 1994, n^{os} 1 & 2, p. 14.

(3) Sur cette distinction, voy. P. LAMBERT, « De l'éthique de l'avocat à sa déontologie », in *Jura vigilantibus — Antoine Braun, les droits intellectuels, le barreau*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 373 à 379.

gratuitement » (1). Il y va là d'une interdiction légale. Si l'on passe de l'ordre de la légalité à l'ordre de l'éthique, ne doit-on pas admettre combien il serait louable que tout avocat élu comme membre d'une chambre législative fédérale ou d'une assemblée communautaire ou régionale s'abstienne d'intervenir devant la Cour d'arbitrage ? L'exercice des fonctions législatives qui sont attachées à son statut d'élu est, en effet, de nature à ébranler l'indispensable détachement qui sied à la profession d'avocat. Comment ne pas s'apercevoir, au surplus, que les juges de la Cour d'arbitrage tiennent leur existence et leurs pouvoirs d'actes votés par les parlementaires fédéraux ?

L'indépendance de l'avocat pose le problème de la contrariété d'intérêts. Un des devoirs essentiels de l'avocat lui interdit de plaider pour et contre une même personne, même s'il s'agit d'affaires distinctes. Mais quand peut-on dire qu'il y va de la même personne ? La question s'est ainsi posée de savoir si l'intervention d'un avocat devant la Cour d'arbitrage pour le Conseil des ministres lui interdisait par ailleurs d'intervenir dans toute affaire mettant en cause une loi fédérale. Il convient, à notre sens, d'appliquer ici la règle qui veut que « l'avocat d'un département de l'Etat peut consulter et plaider, sans autorisation quelconque, contre un autre département de l'Etat, à moins qu'en sa qualité de conseil du premier département, il ait connaissance d'éléments couverts par le secret professionnel, lesquels seraient de nature à être utilisés contre le second » (2).

La troisième observation touche aux compétences de l'avocat. La concentration du contentieux constitutionnel entre les mains d'une juridiction unique, et l'autonomisation qui en résulte, participe d'un mouvement de fragmentation des contentieux, qui deviennent ainsi de plus en plus spécialisés. Cette spécialisation appelle de la part de l'avocat une certaine

(1) L'art. 438 ajoute que « la même interdiction s'applique aux conseillers provinciaux et aux conseillers communaux en ce qui concerne les affaires introduites pour la province ou pour ou contre la commune où ils ont été élus ». Dans le même esprit, le conseil de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles a rejeté la demande d'un avocat parlementaire coopté d'être le conseil d'organismes régionaux ou communautaires, et ce tant au regard de la déontologie du barreau qu'au regard de l'art. 438 du Code judiciaire (Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, *Recueil des règles professionnelles*, n° 46).

(2) *Recueil des règles professionnelles*, op. cit., n° 282.

érudition, qui seule doit lui permettre d'acquérir et de maintenir une maîtrise suffisante de la discipline pratiquée (1). Ceci explique que, depuis 1985, plusieurs avocats interviennent régulièrement devant la Cour d'arbitrage, certaines autorités recourant habituellement aux mêmes avocats (2).

Cette spécialisation n'est pas sans provoquer certains effets pervers. Elle engendre notamment le risque d'une justice à deux vitesses, l'une pour la clientèle des grands cabinets, où chaque spécialité est représentée, en ce compris le droit constitutionnel, l'autre pour les justiciables ordinaires, où l'avocat généraliste « s'efforce d'aider son client dans les limites d'une compétence qui ne peut être universelle » (3).

C. — *Les fonctions de l'avocat devant la Cour d'arbitrage*

Les fonctions de l'avocat intervenant devant la Cour d'arbitrage se rapportent aux éléments essentiels du rôle qu'il assume réellement et effectivement, au-delà des missions qui lui sont formellement confiées, mais dans les limites du contentieux constitutionnel.

1. *Une fonction d'instigation*

Le renouveau du droit constitutionnel dans les pays du modèle européen de justice constitutionnelle tient, pour une large part, à la « judiciarisation » de la Constitution (4). Ce constat se vérifie en Belgique où l'essor de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage conduit progressivement à une imprégnation du droit constitutionnel dans les diverses branches du droit (5).

(1) M. STORME note « que le contrat par lequel l'avocat accepte la mission peut déjà être fautif dans la mesure où il savait ou devrait raisonnablement savoir qu'il ne disposait pas de la connaissance, de l'expérience ou de l'habileté requise pour accomplir sa mission de manière adéquate » (« Les périls du procès », *J.T.*, 1993, p. 510). Sur la responsabilité civile professionnelle de l'avocat, voy. *supra*.

(2) La nomenclature des activités préférentielles reprise en annexe de la résolution du conseil général de l'Ordre national du 9 juin 1988 (Ordre national des avocats de Belgique, *Communications*, 1988/5, p. 3) range le « droit constitutionnel et administratif » parmi les activités préférentielles.

(3) M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 206.

(4) F. FERNÁNDEZ SEGADO, « La judicialización del Derecho Constitucional », *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1993/3, p. 43.

(5) Voy. à cet égard la contribution de Donatienne de Bruyn (*infra*).

Comment ne pas voir que l'existence d'un recours par voie d'exception — que Georges Vedel et François Luchaire considèrent comme « universel » (1) — contribue fortement à accentuer le mouvement de « constitutionnalisation » des disciplines juridiques ? Par son caractère concret, ce mécanisme incident de saisine du juge constitutionnel confère une plus grande immédiateté à un tel mouvement, mais il en accentue aussi l'intensité, car il « permet aux valeurs consacrées par la Constitution de pénétrer jusqu'aux endroits les plus reculés de l'ordonnement juridique » (2).

Dans la mesure où les justiciables ont la possibilité de solliciter du juge du fond qu'il adresse une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, le juge ayant d'ailleurs en principe l'obligation de satisfaire à une telle demande, l'on est en droit d'attendre des avocats qu'ils fassent preuve d'une perspicacité suffisante que pour apercevoir les dispositions législatives dont la constitutionnalité suscite un doute, de manière à ce que celui-ci puisse être coulé dans la forme d'une question à soumettre à titre préjudiciel au juge constitutionnel (3). Le cas échéant, on pourra dire que l'avocat remplit une réelle fonction d'instigation à la propagation des valeurs constitutionnelles.

Dans l'état actuel des choses, on doit malheureusement constater que de nombreux membres du barreau manquent de ce qu'on peut appeler, par un raccourci, le « réflexe constitutionnel ». Un travail pédagogique de sensibilisation reste à accomplir dont les ordres sont très largement responsables (4). C'est ainsi que le cycle de formation professionnelle, dont la réussite confère au stagiaire le certificat d'aptitude à exercer

(1) « L'exception d'inconstitutionnalité », *Le Monde*, 11 juin 1993.

(2) M. FROMONT, « Suisse, Autriche, République fédérale d'Allemagne », in *L'exception d'inconstitutionnalité* (Journée d'études du 1^{er} décembre 1989 à l'Université de Paris I Panthéon-Sorbonne), Paris, Ed. STH, 1990, p. 20.

(3) « L'examen de la constitutionnalité des lois oblige chaque juriste, si expert soit-il dans sa spécialité, à une gymnastique entièrement nouvelle » (G. LYON-CAEN, « Plaidoyer pour le droit et les juristes », in *Convergences — Etudes offertes à Marcel David*, Quimper, Calligrammes, 1991, p. 303).

(4) Les conférences du jeune barreau se sont parfois attachées à suppléer à cette carence. Voy. par ex. P. VANDERNOOT, « La Cour d'arbitrage et le praticien », in *L'avènement des Communautés et des Régions — Quels changements pour les praticiens du droit ?* (Journée d'étude organisée par la Conférence du Jeune barreau de Mons), Bruxelles, De Boeck, 1990, pp. 37 à 66.

la profession d'avocat (C.A.P.A.), devrait comporter ne fût-ce que quelques heures de formation relative au contentieux constitutionnel et, plus spécialement, au mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour d'arbitrage. En ce sens, le projet de licence interuniversitaire d'études judiciaires, élaboré conjointement par l'Université libre de Bruxelles et l'Université catholique de Louvain en 1992, à l'initiative de l'Ordre français des avocats du barreau de Bruxelles, prévoyait un cours de contentieux constitutionnel de 15 heures, comprenant « la rédaction de recours et mémoires, ainsi que la constitution de dossiers ». On sait toutefois que ce projet a été — provisoirement ? — abandonné.

2. *Une fonction de légitimation*

Au terme de quelques pages d'un plaidoyer efficace, quoiqu'un peu ressassé, en faveur du Conseil constitutionnel, Alain Minc souligne, en son dernier essai, que « dans une société dont le droit devient la clef de voûte, le juge suprême a besoin d'une légitimité absolue » (1). Qui le démentirait ? Cette quête de légitimité n'en est pas moins fort complexe. Elle appelle assurément des réponses nuancées. C'est ainsi qu'elle ne saurait être assouvie par une simple réflexion sur les conditions de nomination des membres des juridictions constitutionnelles. Car la légitimité du gardien de la Constitution ne tient pas uniquement au caractère démocratique de sa désignation, ce qui procéderait d'une vision étriquée, à tout le moins statique, de la démocratie.

La légitimité du « sage moderne » tient également « à une conduite prudentielle », à la recherche d'un « consensus intersubjectif », qui « tourne le dos aux enthousiasmes unanimistes comme aux tyrannies majoritaires » (2). Il n'est certes pas contestable que toute décision juridictionnelle représente « une

(1) A. MINC, *L'ivresse démocratique*, Paris, Gallimard, 1995, p. 131.

(2) E. PISIER, « La prudence et les sages », in *Une prudence moderne ?* (dir. P. RAYNAUD et S. RIALS), Paris, P.U.F., 1992, pp. 128-129. L. FAVOREU écrit, en ce sens, que le sage « n'est plus, comme dans l'Antiquité grecque, celui qui accède à la juste contemplation d'un ordre du monde — un *cosmos* — hiérarchisé et finalisé, pour en déduire la place et la part de chacun », mais « il est celui qui, à partir certes d'une compétence reconnue, accepte la libre discussion » (« Argumentation », in *Dictionnaire constitutionnel*, dir. O. DUHAMEL et Y. MÉNY, Paris, P.U.F., 1992, p. 43).

brisure de la chaîne argumentative », mais il est tout aussi indiscutable que celle-ci est « le préalable nécessaire à la légitimité même de la décision juridictionnelle » (1). Si l'acte de juger est un acte de raison, il n'est pas pour autant la simple expression monologique d'une hégémonie. Il représente davantage le fruit d'un « échange argumenté au sein d'une discussion » (2), bref d'une démarche communicative.

L'avocat assume à cet égard un rôle non négligeable. Par sa constante présence tout au long du cheminement procédural de l'affaire, qu'il jalonne de ses interventions, depuis les murs de son cabinet jusqu'au prétoire même de la place Royale, il rappelle à la Cour d'arbitrage que cette communication, loin de se cantonner aux juges du siège, doit s'ouvrir aux parties elles-mêmes. Il est essentiel, en effet, que les idées et les préoccupations exprimées par chaque partie soient intégrées dans la réflexion menée entre les membres de la Cour, qui devront les écouter, les apprécier et les confronter, tant à celles des autres parties qu'à leurs propres convictions. Mieux la décision finale reflétera cette dialectique, plus grande sera sa légitimité et, partant, son acceptabilité.

3. Une fonction de création

Toute autorité investie d'une mission à caractère juridictionnel et chargée par là de « dire le droit » a vocation à interpréter celui-ci. Ce travail d'interprétation procède d'un acte de volonté et, dès lors, revêt nécessairement une dimension créatrice. Dans le cadre de l'interprétation des normes de la Constitution, le juge constitutionnel dispose même d'une ample marge d'appréciation qui est à la mesure du degré élevé de généralisation et d'abstraction de ces normes. A cela, il faut ajouter que, dans un système qui refuse toute hiérarchie entre normes constitutionnelles, le juge est souvent amené, par delà une « interprétation systémique » (3), à devoir chercher des

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

(2) J. LENOBLE, « Droit et communication : Jürgen Habermas », in *La force du droit — Panorama des débats contemporains* (dir. P. BOURETZ), Paris, Esprit, 1991, p. 173. Du même auteur, voy. *Droit et communication — La transformation du droit contemporain*, Paris, Cerf, 1994, spéc. pp. 86-96.

(3) M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, P.U.F., coll. Léviathan, 1994, p. 279.

points d'équilibre entre des normes en conflit. Le travail d'interprétation se double ainsi d'un travail de conciliation, qui lui aussi exige un effort de création.

Qu'il soit permis de croire que l'avocat joue, sur ce point également, un certain rôle, en participant directement et activement à cette démarche créatrice. Pour chaque dossier qui lui est confié, il lui appartient, non seulement de défricher le terrain, mais également de tracer des pistes. En clair, il lui revient de faire œuvre d'imagination, en suggérant telle voie de raisonnement, à partir de telle lecture du texte constitutionnel.

En cas d'échec, il peut se produire que l'avocat ressente un profond regret. Celui de ne pas s'être fait comprendre à suffisance ou de ne pas avoir été assez inspiré. Parfois, ce regret laisse la place à un amer sentiment de frustration. La frustration de celui qui demeure sur sa faim à la lecture d'un arrêt dont la motivation est par trop laconique.

Mais l'entreprise peut aussi s'avérer fructueuse. L'avocat n'est jamais autant comblé que lorsque la Cour d'arbitrage ne se contente pas de donner satisfaction à sa demande ou à sa défense, mais en outre souscrit précisément à l'argumentation qu'il a développée.

Et puis — pourquoi ne pas le dire ? —, il arrive quelquefois que la Cour d'arbitrage convainque jusqu'à l'avocat même qu'elle déboute.