

QUEL CONTRÔLE POST-ÉLECTORAL ?

par

Céline ROMAINVILLE
Professeure à l'UCLouvain

SOMMAIRE

Introduction	150
I. La nécessaire modification des articles 48 de la constitution et 31 LSRI	151
I.1. Trois scénarii	152
I.2. L'obligation d'exécution de l'arrêt <i>Mugemangango c. Belgique</i>	153
I.3. Les standards constitutionnels européens et internationaux comme balises pour la révision de l'article 48 et la modification de l'article 31 LSRI	154
II. La possibilité d'améliorations législatives réglementaires	154
II.1. Une amélioration des législations et règlements organisant le contrôle de l'élection	154
II.2. Une amélioration des législations et règlements d'assemblée organisant le contrôle de l'élection	154
III. Le ski à la rescousse ?	155
Conclusion	156

INTRODUCTION

Le 10 juillet 2020, dans l'affaire *Mugemangango c. Belgique*, l'État belge a été condamné par la Cour européenne des droits de l'homme siégeant en Grande Chambre, pour non-respect de l'article 3 du premier protocole additionnel et de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. La procédure de vérification des pouvoirs, telle qu'elle se déroulait au niveau wallon, est donc désormais jugée incompatible avec le système de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans cet arrêt, la Cour estime que se déduit de l'article 3 du premier protocole la nécessité que « (...) les organes chargés d'examiner la réclamation du requérant (...) présentent des garanties suffisantes quant à leur impartialité ». Or, « à cet égard, la Cour a déjà dit que des députés ne peuvent, par définition, pas être politiquement neutres. Il en résulte que, dans un système tel que celui en vigueur en Belgique où le parlement est le seul juge de l'élection de ses membres, une attention toute particulière doit

être portée aux garanties d'impartialité prévues par le droit national en ce qui concerne la procédure d'examen des contestations du résultat des élections »¹. Sans grande surprise, la Cour constate que cette procédure n'était pas impartiale et épingle trois éléments : la présence exclusive de parlementaires nouvellement élus au sein de la commission de vérification des pouvoirs ; un vote par des parlementaires dont les pouvoirs n'avaient pas été validés ; la participation de membres issus de la même circonscription électorale que le plaignant au vote final sur la validation des pouvoirs. La Cour conclut à cet égard que « la décision a donc été prise par un organe au sein duquel ont siégé des parlementaires dont l'élection pouvait être remise en cause si la réclamation du requérant était déclarée fondée et qui avaient un intérêt directement opposé au sien. Or (...) une personne dont la nomination à une fonction de député a été refusée a des raisons légitimes de craindre que la grande majorité des membres de l'organe ayant examiné

¹ Cour eur. dr. h. (G.C.), arrêt du 10 juillet 2020, *Mugemangango c. Belgique*, § 98.

la légalité des élections, lorsque ces membres représentaient d'autres partis politiques, aient eu un intérêt contraire au sien »². Elle relève également l'absence de protection des droits de l'opposition³. La Cour juge que « le pouvoir d'appréciation du parlement wallon n'était pas circonscrit par des dispositions du droit interne à un niveau suffisant de précision »⁴ et qu'aucune garantie procédurale n'était prévue ; le requérant n'a bénéficié que de garanties reconnues de manière discrétionnaire⁵. Quant à la violation de l'article 13, l'analyse de la Cour est gagnée ici à être citée plus largement :

« 137. Dans une affaire portant sur un contentieux postélectoral relatif au résultat de l'élection et à la répartition des sièges, il faut et il suffit que l'organe compétent présente des garanties suffisantes d'impartialité, que son pouvoir d'appréciation soit circonscrit par les dispositions du droit interne à un niveau suffisant de précision et que la procédure suivie présente des garanties effectives de nature à assurer une décision équitable, objective et suffisamment motivée.

138. Eu égard au principe de subsidiarité et à la diversité des systèmes électoraux existant en Europe, il n'appartient pas à la Cour d'indiquer quel type de recours devrait être prévu pour satisfaire aux exigences de la Convention (...).

Étroitement liée au principe de la séparation des pouvoirs, cette question relève de la large marge d'appréciation dont disposent les États contractants pour organiser leur système électoral.

139. Cela étant, il y a lieu de noter qu'un recours juridictionnel ou de type juridictionnel, qu'il intervienne en première instance ou après la décision d'un organe non-juridictionnel, est en principe de nature à remplir les exigences de l'article 3 du Protocole n° 1 ».

Ce jugement n'est pas une surprise. Le diagnostic posé lors du colloque était en effet particulièrement lourd : défauts majeurs affectant le système électoral, censé pourtant incarner le geste démocratique, privatisation du contrôle des élections réalisées par voie électronique, crise de confiance dans les institutions démocratiques. Le modèle belge du contrôle des élections paraît à bout de souffle.

Cette contribution, qui est une version légèrement remaniée de l'intervention orale, propose de réfléchir, *de lege ferenda*, aux solutions qui peuvent être apportées à divers problèmes pointés au long du colloque et épinglés, non sans une certaine ambiguïté, par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 10 juillet 2020. L'on se concentre ici sur le problème du contentieux postélectoral et en particulier sur la question de la vérification des pouvoirs. Dans un premier temps, nous envisageons la révision de certaines dispositions constitutionnelles. Ensuite, seront explorées les autres voies de modification du droit positif à droit constitutionnel constant. Enfin, les perspectives de développement d'un point de vue juridictionnel sont explorées, à la lumière du récent arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme.

I. LA NÉCESSAIRE MODIFICATION DES ARTICLES 48 DE LA CONSTITUTION ET 31 LSRI

La voie la plus évidente et la plus satisfaisante pour répondre à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 10 juillet dernier (et à ceux qui pourraient suivre prochainement) est celle d'une révision de l'article 48 de la Constitution et d'une modification de l'article 31 LSRI. En effet, seules ces modifications permettraient un respect complet des obligations induites pour l'État de la Convention européenne des droits de l'homme – nous pensons qu'il est ainsi préférable de ne pas s'aventurer dans les brèches ouvertes par les ambiguïtés de l'arrêt *Mugemangango c. Belgique* et de ne pas se limiter à des modifications réglementaires (voy. *infra*, sur ces modifications).

Concernant la révision de l'article 48 de la Constitution, pareille révision est impossible à envisager au moment d'écrire ces lignes. En effet, dans l'édition du 23 mai 2019 du *Moniteur belge*, l'article 48 de la Constitution n'est repris que dans la déclaration de révision de la Chambre des représentants et du Sénat, mais pas dans celle du Roi. Or, comme on le sait, l'article 195 de la Constitution attribue la fonction préconstituante au pouvoir législatif fédéral. En la matière, le Roi et le Gouvernement, comme branche du pouvoir législatif fédéral, ne se limitent pas à un rôle d'initiateur (qu'ils n'ont pas joué en 2019) : ils peuvent agir comme véritable « gare de triage » dès lors que seuls les articles repris dans les trois déclarations de révision pourront être soumis à révision lors de la législature suivante et qu'en pratique les organes

² *Ibid.*, § 106.

³ *Ibid.*, § 107.

⁴ *Ibid.*, § 114.

⁵ *Ibid.*, §§ 115-120.

du pouvoir exécutif interviennent systématiquement en bout de course⁶. Le gouvernement a exercé ce droit de veto sélectif en mai 2019, en omettant de reprendre l'article 48, ainsi que de nombreuses autres dispositions, dans sa déclaration de révision⁷. Cette omission place la Belgique dans un état d'incapacité à répondre à ses obligations européennes, à tout le moins pour ce qui concerne les chambres fédérales.

L'article 31 LSRI doit également être modifié, pour ce qui concerne les élections fédérées. Cette disposition peut être modifiée de manière plus aisée, à condition de réunir la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres, à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés.

1.1. TROIS SCENARI

On peut, à ce stade, identifier trois pistes concernant la révision des articles 48 de la Constitution et 31 LSRI.

Première piste : l'amélioration de la procédure dans les assemblées parlementaires et l'aménagement d'une voie de recours devant une juridiction existante contre les décisions prises par cette assemblée. Cette piste est notamment proposée par Marc Verdussen qui évoque « une crédibilisation du contrôle des élections ». Il s'agit de passer « d'une manière ou d'une autre, par une juridictionnalisation de l'organe et de la procédure de contrôle. Celui-ci doit être exercé par des juges à tout le moins en dernière instance, et selon une procédure respectueuse des garanties les plus essentielles du procès

équitable »⁸. Plusieurs auteurs plaident pour s'inspirer du modèle allemand, qui voit intervenir en premier ressort l'assemblée parlementaire comme organe de contrôle des élections, et qui fait ensuite intervenir la Cour constitutionnelle fédérale. L'article 41 de la Loi fondamentale est ainsi formulé : « *Le contrôle des élections relève du Bundestag. Il lui appartient également de constater que l'un de ses membres a perdu la qualité de député. Un recours est ouvert devant la Cour constitutionnelle fédérale contre la décision du Bundestag. Les modalités sont définies par une loi fédérale* ». Selon Marc Verdussen, cette « (...) voie allemande a le mérite de ne pas rompre totalement avec une procédure, qui, si elle est aujourd'hui obsolète, n'en est pas moins enracinée dans une tradition parlementaire séculaire. Il est des réformes qui sont d'autant plus facilement acceptées qu'elles n'opèrent pas une coupure radicale entre le passé et l'avenir »⁹.

Si la doctrine paraît privilégier la Cour constitutionnelle pour les éventuels recours contre les décisions prises par l'assemblée parlementaire, d'autres scenarii sont également envisagés. Examinons les forces et faiblesses de chaque alternative.

D'abord, il y a de bonnes raisons d'envisager la compétence de la Cour constitutionnelle, comme une partie de la doctrine, pour connaître de la vérification des pouvoirs, voire de l'ensemble du contentieux post-électoral. La Cour constitutionnelle présente certains avantages tenant à sa composition, incluant des anciens parlementaires rompus aux questions électorales et sensibles aux spécificités du contexte électoral. Sa position de surplomb dans l'ordonnancement juridictionnel lui confère une forme de légitimité pour se prononcer sur la régularité d'élections législatives. En outre, il y aurait une certaine forme de cohérence à reconnaître à la Cour une compétence en matière de contrôle des élections, dès lors qu'elle est déjà compétente pour connaître des recours contre les sanctions individuelles à l'égard des candidats prononcées dans le cadre de la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des Chambres fédérales ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques. Par ailleurs, c'est le modèle retenu dans d'autres ordres juridiques, notamment l'Allemagne, et celui proposé dans plusieurs propositions de déclaration de révision de la Constitution¹⁰. On pourrait néan-

⁶ Voy. sur cette déclaration de révision de 2019 et la légitimité du « veto » gouvernemental : M. EL BERHOUMI et C. ROMAINVILLE, « La déclaration de révision de 2019 : une occasion manquée », in *C.D.P.K.*, 2019.

⁷ Le gouvernement justifie l'usage de son droit de veto sélectif en l'espace en se réclamant de la vision « traditionnelle » des affaires courantes, qui implique qu'un gouvernement en affaires courantes doit se limiter, dans l'exercice de la fonction préconstituante, à reproduire la dernière déclaration de révision de la Constitution. Si cette justification est pertinente pour l'omission de l'article 48 de la déclaration de révision proposée par le Gouvernement (l'article 48 était absent de la déclaration de révision adoptée le 28 avril 2014), on doit néanmoins pointer certaines incohérences. En effet, au-delà de la controverse sur sa pertinence actuelle, on doit observer que le Gouvernement, tout en se réclamant de cette « vision traditionnelle » des affaires courantes, s'en est écarté. En effet, la déclaration de révision finalement adoptée ne se limite pas à une reproduction de la déclaration de 2014, mais se révèle plus restrictive que cette dernière. Les dispositions suivantes ont été retranchées de la liste : l'article 10, alinéa 2, deuxième membre de phrase, réservant, en principe, les emplois civils et militaires aux Belges ; l'article 21, alinéa 1^{er}, de la Constitution relatif à la liberté des cultes ; l'article 146 prescrivant la légalité dans l'établissement d'une juridiction et les paragraphes 2, deuxième alinéa, deuxième phrase de l'article 151 de la Constitution, relatif à la composition du Conseil supérieur de la justice, 3, relatif aux missions du Conseil supérieur de la justice, et 6, relatif à l'évaluation des chefs du corps du siège.

⁸ M. VERDUSSEN, « Prendre au sérieux le contrôle des élections », *R.B.D.C.*, 2014, n° 3/4, p. 467.

⁹ *Ibid.*, p. 470.

¹⁰ Voy. not. : proposition de déclaration de révision des articles 48 et 142, *Doc. parl.*, Ch., sess. 2014-2019, n° 3689/001.

moins objecter que la Cour constitutionnelle reste principalement un juge de la régularité du droit objectif : ce « juge du législateur » aurait ainsi, moins que d'autres, l'habitude de trancher des cas concrets.

Cette objection amène à considérer de confier cette compétence au *Conseil d'État*. En effet, la procédure serait très proche d'une procédure de droit administratif. En outre, la juridiction administrative est déjà investie de la compétence de connaître des recours en annulation des autres décisions rendues par les Commissions fédérale ou régionales de contrôle des dépenses électorales¹¹. Considérant les compétences déjà importantes de la juridiction administrative en matière de contrôle des dépenses électorales, il y aurait une certaine forme de cohérence à reconnaître sa compétence pour la vérification des pouvoirs. Le Conseil d'État est, en outre, déjà compétent pour le traitement des irrégularités dans les élections locales ; il a déjà pu prononcer l'annulation de certaines d'entre elles.

Concernant les cours et tribunaux, ceux-ci détiennent une compétence pour les droits politiques en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution, « *sauf les exceptions prévues par la loi* ». Or, selon la Cour constitutionnelle, le droit d'être élu est un droit politique par excellence. Il y a donc ici un argument de principe, fondé sur la volonté du Constituant de confier le contrôle des droits politiques aux cours et tribunaux par principe, n'envisageant d'autres contrôles qu'à titre exceptionnel. Les cours et tribunaux exercent en outre déjà un contrôle préventif, notamment sur la question des dépenses électorales.

Deuxième piste : confier directement à une juridiction existante, les cours et tribunaux, la Cour constitutionnelle ou le Conseil d'État, l'ensemble du contentieux électoral, et particulièrement la vérification des pouvoirs.

Certes, un tel modèle implique la disparition de la logique parlementaire sous-jacente à la première piste envisagée. Mais il permet de gagner d'emblée une professionnalisation de la procédure de contrôle de l'élection et d'éviter certains risques qui sont inhérents au traitement par les parlementaires des questions posées par le contentieux électoral. Confier le contentieux électoral directement à une juridiction permet un traitement d'ensemble, indépendant, professionnel et comportant moins de filtres. En effet, dans le premier scénario, un tel contrôle n'existe que lorsque des individus ou des

partis ont l'audace de contester une décision rendue par une assemblée parlementaire.

Troisième piste : la création d'une Commission électorale *sui generis*, avec un recours devant les cours et tribunaux par la suite. Une partie de la doctrine spécialisée envisage l'attribution du contentieux électoral à des commissions spécialisées, indépendantes, qualifiées de « *nouveau pouvoir* », de « *special branch of government* » ou de « *democracy branch* » par Bruce Ackerman¹². L'enjeu est alors de confier la fonction spécifique du « *representational reinforcement* »¹³ à une instance spécialisée, instituée en principe comme un nouveau contrepouvoir.

Si la création d'une telle branche spécialisée peut comporter certains avantages, elle doit être entourée de grandes précautions pour éviter les dérives qui ont par exemple pu affecter la *Federal Election Commission* des États-Unis d'Amérique, ou l'*Electoral Commission* britannique : un financement suffisant, des garanties d'indépendance maximales, des relations équilibrées avec les autres branches du pouvoir, une compétence de pleine juridiction, des compétences décisionnelles et juridictionnelles claires. Ainsi, la Commission de Venise recommande qu'un recours devant un tribunal en bonne et due forme puisse être formé contre les décisions d'instances spécialisées en matière électorale¹⁴.

Quelle que soit la piste privilégiée, il faudra s'interroger sur l'opportunité d'une centralisation de l'ensemble des recours prévus à l'occasion du contrôle des élections dans les mains d'une seule juridiction, qui aurait alors la possibilité de développer une véritable expertise sur les questions de contentieux électoral. On pourrait ainsi éviter d'éventuels conflits de compétence ou d'interprétation entre juridictions sur le contentieux post-électoral. Dans tous les cas, la crédibilisation de la procédure de contrôle des élections implique qu'un contrôle doit être exercé par une juridiction en dernière instance, compétente de pleine juridiction.

I.2. L'OBLIGATION D'EXÉCUTION DE L'ARRÊT MUGEMANGANGO C. BELGIQUE

Dans la modification de l'article 31 LSRI et la révision de l'article 48 de la Constitution, il conviendra de tenir compte de manière scrupuleuse de tous les enseignements de l'arrêt

¹² B. ACKERMAN, « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, 2000, vol. 113, n° 3, pp. 716-722.

¹³ J. HART ELY, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, 1980, I, 104.

¹⁴ Commission de Venise, *Code de bonne conduite en matière électorale. Lignes directrices et rapport explicatif*, 51^e et 52^e sessions, Venise, 5-6 juillet et 18-19 octobre 2002, p. 31.

Mugemangango c. Belgique et des articles 3 du premier protocole et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'impartialité des organes de contrôle, sur les balises nécessaires entourant le pouvoir d'appréciation de l'organe de contrôle, et sur les garanties qui doivent accompagner la procédure pour qu'elle soit équitable, objective et motivée.

I.3. LES STANDARDS CONSTITUTIONNELS EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX COMME BALISES POUR LA RÉVISION DE L'ARTICLE 48 ET LA MODIFICATION DE L'ARTICLE 31 LSRI

Au-delà de l'arrêt *Mugemangango*, de très nombreuses sources d'inspiration pour la modification de l'article 48 de la Constitution et 31 LSRI sont offertes par la jurisprudence antérieure de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁵, ainsi que par la Commission de Venise et la *soft law* produite en matière électorale, dont notamment les lignes directrices du Code de bonne conduite en matière électorale. Ces lignes directrices privilégient l'intervention d'un tribunal en dernière instance¹⁶.

Les conclusions du comité scientifique adjoint aux commissions pour le renouveau politique pourraient également utilement servir de source d'inspiration, tout comme le droit comparé (à la condition d'éviter les greffes artificielles qui risquent de ne pas prendre).

II. LA POSSIBILITÉ D'AMÉLIORATIONS LÉGISLATIVES RÉGLEMENTAIRES

Sont envisagées ici les améliorations possibles de la procédure de contrôle des élections par une voie législative ordinaire ou réglementaire, à droit constitutionnel constant.

II.1. UNE AMÉLIORATION DES LÉGISLATIONS ET RÈGLEMENTS ORGANISANT LE CONTRÔLE DE L'ÉLECTION

Certaines législations organisant le contrôle des élections mériteraient d'être repensées et mieux encadrées, pour satisfaire aux standards rappelés ci-dessus. Il est possible de remédier par la voie législative ou réglementaire à certains problèmes soulignés par le Groupe d'État contre la corruption (GRECO), et procédant de l'écart existant entre la situation belge et les recommandations de la Commission de Venise. Nous pointerons ici les problèmes suivants : le caractère très bref des délais

pour l'introduction de contestations (notamment en Région wallonne) ; l'étroitesse de la période suspecte pour ce qui concerne les dépenses électorales (un allongement est intervenu au plan fédéral et flamand, mais pas encore en Région wallonne, notamment) ; les imprécisions et flous dans la législation, notamment en ce qui concerne les publications communales durant la période électorale ; le manque de clarté et d'accessibilité des législations (il conviendrait notamment d'éviter de légiférer par référence).

D'autres aspects mériteraient également d'être améliorés, que ce soit par la voie législative ou réglementaire. Mentionnons ici la gradation et modulation des sanctions, la publicité des décisions (seules les sanctions sont publiées en Région wallonne, alors qu'il faudrait que la publication concerne l'ensemble de la décision), la motivation complète et précise de toutes les décisions, les asymétries entre les procédures de contrôle des dépenses électorales communales et régionales au plan notamment de l'association des experts, l'inexistence d'une représentation des groupes politiques non reconnus dans certaines procédures ou encore les imprécisions procédurales.

II.2. UNE AMÉLIORATION DES LÉGISLATIONS ET RÈGLEMENTS D'ASSEMBLÉE ORGANISANT LE CONTRÔLE DE L'ÉLECTION

Pourquoi ne pas « crédibiliser » et « juridictionnaliser » le processus prévu à l'article 48 de la Constitution par la voie législative ? Une loi pourrait-elle se fonder sur l'article 48 pour organiser la compétence des assemblées de contrôler leurs pouvoirs, en première instance, et ensuite organiser des recours devant une instance *ad hoc* ou une juridiction, en se prévalant de la compétence de droit commun du pouvoir judiciaire de connaître des droits politiques, par exemple ?

Il convient de répondre à cette question par la négative. Une telle loi heurterait la logique d'une compétence confiée à l'article 48 de la Constitution à chacune des deux chambres au nom de la protection de leur autonomie (historiquement, il s'agissait de placer les parlements à l'abri du Roi et du pouvoir judiciaire¹⁷). C'est que le pouvoir législatif fédéral fait intervenir deux, voire souvent trois branches du pouvoir législatif fédéral : la Chambre des représentants, le Sénat et le Roi. Le même problème surgit pour l'intervention d'un décret au niveau des entités fédérées. En effet, à ce niveau également, le législateur est bicéphale. La voie législative y est donc également exclue,

¹⁵ Cour eur. dr. h., *Grosaru c. Roumanie*, 2 juin 2010.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 11 et 12.

¹⁷ K. MUYLLE, « L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 83, 2010, p. 728.

puisqu'elle postule un empiètement dans une compétence explicitement conçue comme relevant de l'autonomie de fonctionnement des parlements¹⁸.

Pourrait-on tout de même soutenir que l'organisation d'un certain type de recours par la loi, le décret ou l'ordonnance n'affecterait pas l'autonomie des parlements de vérifier les pouvoirs de ses membres et de « juger les contestations qui s'élèvent à ce sujet » ? La jurisprudence déduit de la Constitution et de la législation en vigueur une compétence exclusive de l'assemblée¹⁹. La doctrine a toujours considéré que la Constitution exclut que la tâche de juger des contestations qui s'élèvent au sujet des élections soit confiée par la loi à une autre autorité²⁰. On peut néanmoins constater qu'il existe déjà deux législations qui affectent l'exclusivité de la compétence des assemblées de connaître des pouvoirs de ses membres reconnue par les articles 48 de la Constitution et 31 LSRI. La première est la législation de 1989 relative au contrôle des dépenses électorales, qui a été partiellement juridictionnalisée²¹. On touche donc ici, par la voie de la législation sur les dépenses électorales, à la question de savoir qui peut siéger comme membre d'une assemblée législative. La deuxième est la législation prévoyant un contrôle préalable de l'éligibilité des candidats par les bureaux principaux de circonscription. Évidemment, il s'agit là d'un contrôle préventif, la décision définitive revient à l'assemblée. Mais il y a tout de même une brèche à la compétence exclusive de l'assemblée.

Qu'en est-il d'améliorations substantielles par la voie réglementaire ? Premièrement, à l'évidence, il est tout à fait possible d'améliorer la procédure de contrôle des élections telle qu'elle est organisée au sein des assemblées parlementaires. Deuxièmement, on peut imaginer la création d'un organe parlementaire *ad hoc*, mais avec toutes les limites induites de l'article 48 et 53 de la Constitution.

III. LE SKI À LA RESCOUSSE ?

Alors qu'un certain nombre de requêtes étaient introduites à l'encontre de l'État belge devant la

Cour européenne des droits de l'homme pour son système de vérification des pouvoirs, l'on présentait déjà depuis longtemps que la Belgique allait être condamnée par la Cour européenne des droits de l'homme en raison de son système de vérification des pouvoirs²². L'arrêt *Mugemangango c. Belgique* n'est, dans ce contexte, nullement surprenant. Il s'agit désormais de l'exécuter, suivant en cela l'engagement international pris, et mettre en conformité le droit interne. Comme on l'a vu ci-dessus, cette exécution est impossible, à bref délai, pour le Constituant pour ce qui concerne l'article 48 de la Constitution ; elle reste envisageable pour le législateur spécial pour l'article 31 LSRI. À défaut d'une modification de ces deux dispositions, les législateurs ordinaires sont placés dans l'incapacité d'agir pour exécuter cet arrêt. Il reste la possibilité d'une intervention des parlements, par la voie réglementaire, mais qui ne pourra résoudre tous les problèmes posés par le principe d'une compétence discrétionnaire octroyée à une assemblée pour la vérification des pouvoirs de ses membres. Dans ce contexte, quel peut être le rôle du juge ?

Une juridiction belge pourrait-elle, saisie de réclamations concernant la vérification des pouvoirs à la suite d'une élection, considérer que l'article 48 de la Constitution ou 31 LSRI doit céder devant l'article 3 du premier protocole additionnel à la Convention, éventuellement combiné avec l'article 13 du même instrument, tel qu'interprété à la lumière de l'arrêt *Mugemangango*, qui, comme l'arrêt *Grosaru*, établit un « droit à un juge de l'élection » ?

Un tel raisonnement implique, premièrement de considérer que l'article 3 du premier protocole implique un effet direct. En effet, on le sait, la Cour de cassation réserve l'application de sa jurisprudence *Le Ski*, et la primauté du droit international sur le droit interne, aux « conventions ayant un effet direct ».

Deuxièmement, une telle décision requiert de considérer que le droit international prime la Constitution. On se souvient que la Cour de cassation, dans deux arrêts de novembre 2004, a confirmé que « la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution »²³.

¹⁸ J. CLARENNE et C. ROMAINVILLE, « La légalité face à l'autonomie d'organisation des assemblées parlementaires et des gouvernements. Une logique de contrepouvoirs face à la séparation organique des Pouvoirs », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT, *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, 2019, Bruxelles, Larcier, pp. 423-476.

¹⁹ K. MUYLLE, « De zaak-Geybels: juridische problemen bij het ontslag van een senator », *T.B.P.*, 2011/2, p. 108 et les décisions citées en note 23. Voy. C.E., 20 juin 2014, n° 227.788 ; Civ. Bruxelles (réf.), 10 juin 2014, *J.T.*, 2014, p. 527 ; C.E., 12 mai 2014, n° 227.344, *Van de Caute*.

²⁰ Voy. J. VELU, *Droit public*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 527-530.

²¹ Voy. *supra*, la contribution de Sofia Vandenbosch et Emmanuel Vandenbosche, « Peut-on garder les gardiens ? », dans le présent numéro.

²² Mentionnons ici les requêtes introduites contre la Belgique à ce sujet : *K.G. c. la Belgique*, introduite le 8 décembre 2010 ; *Verzin et a. c. Belgique* et les affaires n° 77940/14, n° 78512/14 ; n° 310/15, n° 71809/17, introduites en 2014.

²³ Cass., 16 novembre 2004, R.G. n° P.04.0644.N, conclusions de l'avocat général Duinslaeger ; *R.W.*, 2005-2006, liv. 10, p. 387, note P. POPELIER ; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, pp. 42-90. Voy. L. VANCRAVEBECK, « VIII. 2. Le conflit traité constitution », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, coll. Les grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 282 et s.

Troisièmement, une telle décision postule que le juge peut, au nom de la primauté du droit international, se reconnaître une compétence alors qu'une disposition constitutionnelle problématique l'en prive. Sébastien van Drooghenbroeck note à ce sujet que « *selon le procureur général Jean-François Leclercq, la nécessité de garantir le droit au recours effectif déduit de l'article 13 de la Convention peut parfaitement conduire un juge interne à excéder les compétences dans lesquelles la Constitution elle-même entend enserrer son office* »²⁴.

Quatrièmement, une telle situation, dans laquelle un juge tire sa propre compétence de la primauté du texte conventionnel sur le texte constitutionnel, ne peut, selon Sébastien van Drooghenbroeck, pas s'envisager de la même manière pour chaque ordre juridictionnel. Un tel « rôle "provisoire et subsidiaire", si tant est qu'il doive incomber à l'une ou l'autre de nos juridictions nationales, devrait être celui du "juge de droit commun" du contentieux des droits politiques – c'est-à-dire, le juge judiciaire (art. 145) – et non du Conseil d'État ou de la Cour constitutionnelle »²⁵.

CONCLUSION

La procédure de contrôle de l'élection est principalement de nature « politique », au niveau des assemblées législatives fédérales et fédérées²⁶ – alors qu'elle s'est développée sous un modèle « juridictionnel » pour ce qui concerne les élections communales.

La raison d'être de ce modèle politique doit, nous disent la doctrine et la Cour constitutionnelle, être recherchée dans la séparation des pouvoirs. Koen Muylle souligne que l'objectif poursuivi était d'assurer l'indépendance des assemblées législatives vis-à-vis du Roi et du pouvoir judiciaire. La Cour constitutionnelle estime qu'il s'agit ici d'un des principes de base de la structure démocratique de la Belgique. Elle considère que

cette indépendance de l'assemblée « *s'exprime, entre autre, dans le contrôle qu'elles exercent elles-mêmes sur leurs membres, aussi bien pour ce qui concerne la validité du mandat que pour ce qui est de la manière dont celui-ci s'acquiert par voie d'élections* »²⁷.

La vérification des pouvoirs est donc rattachée à la dimension « organique » de la séparation des pouvoirs, cette idée qu'on peut identifier plusieurs organes, plusieurs pouvoirs, séparés les uns les autres, indépendants au point de vue de leur organisation et de leur fonctionnement.

Mais cette application de la séparation organique des pouvoirs entre en tension avec une autre dimension de la séparation des pouvoirs : la séparation des fonctions normatives, des tâches et missions assignées aux pouvoirs publics. En effet, le « modèle politique » du traitement du contentieux postélectoral suppose qu'une assemblée parlementaire exerce une fonction juridictionnelle, alors qu'une telle fonction est en principe confiée au pouvoir judiciaire.

La vérification des pouvoirs, considérée comme un dérivé de la séparation organique des pouvoirs, pose problème au regard de la dimension centrale du principe de séparation des pouvoirs : l'exclusion de toute forme de concentration du pouvoir. L'idée principale de Montesquieu est en effet celle de freins et de contrepoids. Montesquieu n'est pas un promoteur de la spécialisation des fonctions ; cette dernière est le fruit d'évolutions ultérieures, controversées, du régime français. Cette logique de contrepouvoir, dans laquelle le pouvoir arrête le pouvoir, a pour objectif de garantir la liberté politique.

La vérification des pouvoirs confiée aux parlementaires depuis 1831 n'intègre pas cette règle négative, centrale, de la séparation des pouvoirs (la liberté politique), ni la logique des contrepouvoirs. Ce mécanisme, considéré comme un dérivé de la séparation organique des pouvoirs, peut être considéré comme problématique par rapport à trois autres dimensions de la séparation des pouvoirs : la séparation fonctionnelle des fonctions, la logique des contrepouvoirs et la lutte contre la concentration du pouvoir. Elle paraît encore davantage problématique sous la pression d'un ensemble de facteurs.

Sous la pression de la démocratisation des régimes politiques, premièrement, de la montée en puissance des droits humains et des droits politiques, deuxièmement, et du pouvoir judiciaire comme contrepouvoir, troisièmement, le régime

²⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, « Contentieux électoral : les oublis de la sixième réforme de l'État », *J.T.*, 2014, note sous Civ. Bruxelles (réf.), 10 juin 2014, p. 532, note 36. L'auteur évoque les conclusions de J.-F. Leclercq précédant Cass., 23 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1404. Voy. égal. : S. VAN DROOGHENBROECK et F. BELLEFLAMME, « XI.1. L'ordre public procédural », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, coll. Les grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 361 et les conclusions de J.-F. Leclercq précédant Cass., 23 mai 2011, *Pas.*, 2011, pp. 1404 et s.

²⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, « Contentieux électoral : les oublis de la sixième réforme de l'État », *op. cit.*

²⁶ La procédure est clairement « juridictionnelle » pour les élections locales. Voy. sur ces deux modèles, M. VERDUSSEN, « Vers une juridictionnalisation », p. 398 et S. VAN DROOGHENBROECK et M. VAN DER HULST, P.D.G. CABOOR, « Le contentieux post-électoral », in *Les systèmes électoraux de la Belgique*, p. 565.

²⁷ C.A., 24 février 2000, 20/2000, B.3.

de vérification des pouvoirs organisé en 1831 est désormais contesté par une grande partie de la doctrine, la jurisprudence, et même par une partie croissante des élus.

Cette évolution est révélatrice des bougés dans la théorie de la séparation des pouvoirs en Belgique. On est ainsi passé d'une conception fondée sur une certaine compartimentalisation entre les organes et les pouvoirs²⁸ vers une conception dans

laquelle la mécanique de freins et de contrepouvoirs devient l'objectif prioritaire. On constate une telle évolution sur d'autres questions : la montée en puissance du pouvoir judiciaire, notamment soutenue par le discours des droits humains ; la création d'une série de juridictions *ad hoc* qui développent des contrôles de l'exécutif et du législateur ; la responsabilisation du pouvoir juridictionnel... En réformant le contrôle de l'élection et la vérification des pouvoirs des parlementaires, la Belgique démontrerait sa capacité à réinventer la théorie de la séparation des pouvoirs au XXI^e siècle.

²⁸ Qui repose sur une interprétation par ailleurs erronée des thèses de Montesquieu, comme Michel Troper a pu le montrer (M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle*, Paris, L.G.D.J., 1973).