

LE MODE DE COMPOSITION DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE EST-IL LÉGITIME ? (*)

PAR

MARC VERDUSSEN (**)

Le modèle concentré de justice constitutionnelle étant fondé sur un critère « organocentrique »(1) – à savoir la concentration du contrôle de constitutionnalité des lois entre les mains d'une juridiction indépendante spécialement créée à cet effet –, il génère d'inévitables discussions sur la composition de cette juridiction. Ces discussions sont aujourd'hui d'autant plus vives que les juridictions constitutionnelles montent sensiblement en puissance et sont ainsi de plus en plus redoutées. Où en est-on en Belgique ? Quelle est la légitimité du mode de composition de la juridiction constitutionnelle belge ?

Si la Cour constitutionnelle tient son existence de l'article 142 de la Constitution, ce dernier ne comporte, en revanche, aucune disposition sur celles et ceux qui la composent. La composition de l'institution est réglée par les articles 31 à 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, qui définissent la procédure à suivre pour les nominations et subordonnent celles-ci à un certain nombre d'équilibres collectifs et de conditions individuelles. Pour l'essentiel, ces articles sont restés inchangés depuis leur adoption.

Pour accéder à la Cour constitutionnelle en qualité de juge, il convient d'être âgé de 40 ans accomplis, selon l'article 34, § 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. De la composition actuelle de la Cour, il ressort que la moyenne d'âge au moment de la nomination est de 51 ans. Le plus jeune nommé l'a été à 44 ans et le plus âgé à 60 ans.

A dire vrai, c'est la seule condition proprement individuelle requise des candidats. Les autres conditions individuelles sont liées aux équilibres collectifs que le législateur spécial a voulu imprimer à la composition de la Cour. Ces équilibres résultent de règles procédurales ou institutionnelles qui, pour certaines, sont formellement posées par le législateur et, pour d'autres, s'inscrivent en marge de la loi (2).

(*) Texte d'une contribution à un colloque organisé le 8 octobre 2010, à la Maison des Parlementaires, par le Centre d'études Jacques Georgin, sur le thème : « Quel avenir pour la Cour constitutionnelle ? ». Le texte est mis à jour au 1^{er} juin 2013.

(**) Marc Verdussen est professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain (UCL) et directeur du Centre de recherche sur l'Etat et la Constitution.

(1) O. PFERSMANN, « Classifications organocentriques et classifications normocentriques de la justice constitutionnelle en droit comparé », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 1153.

(2) Sur le statut des juges constitutionnels (durée du mandat, indépendance, discipline, rémunération), voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 150-154. Sur la présidence de la Cour constitutionnelle, voy. *ibid.*, pp. 154-156.



I. LES JUGES CONSTITUTIONNELS SONT NOMMÉS PAR LE ROI,
PARMI DES CANDIDATS PRÉSENTÉS ALTERNATIVEMENT
PAR LA CHAMBRE DES REPRÉSENTANTS ET PAR LE SÉNAT,
À LA MAJORITÉ DES DEUX TIERS DES SUFFRAGES

Cette première règle est formulée par l'article 32, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. L'article 32, alinéas 2 et 3, de la loi spéciale précise les délais à respecter pour toute présentation, toute publication de celle-ci et toute nomination. Il dispose, d'une part, qu'« il ne peut être procédé aux présentations que quinze jours au moins après la publication de la vacance au *Moniteur belge* », cette publication pouvant « avoir lieu au plus tôt trois mois avant la vacance » – ce qui contribue à assurer un renouvellement rapide – et, d'autre part, que « chaque présentation fait l'objet d'une publication au *Moniteur belge* », la nomination ne pouvant « intervenir au plus tôt que quinze jours après celle-ci ».

En son alinéa 1^{er}, l'article 32 définit donc plusieurs exigences dans le processus de nomination. Elles concourent à asseoir l'indépendance des juges constitutionnels(3).

Un juge constitutionnel est nommé par arrêté royal. En Belgique, comme dans les autres Etats relevant du modèle concentré de justice constitutionnelle, les juges constitutionnels ne sont pas élus par les citoyens. Ils ne jouissent donc pas d'une légitimité électorale directe(4). Ils ne sont pas davantage élus par un corps parlementaire. Le législateur spécial n'a pas retenu l'idée de l'élection comme mode de désignation, mais la nomination. Le choix de ce procédé et le choix du Roi comme autorité de nomination se comprennent d'autant plus aisément que les juges du pouvoir judiciaire et ceux du Conseil d'Etat sont désignés de cette manière(5). On ajoutera que l'arrêté royal de nomination doit, en vertu de l'article 123, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, être délibéré en Conseil des ministres. Cette délibération est obligatoire. Le Conseil des ministres est, en effet, tenu de se réunir chaque fois que l'exige la Constitution ou la loi, voire une disposition réglementaire. Il y va, au surplus, d'une formalité touchant à l'ordre public, de telle sorte que « le requérant n'a pas à établir que la violation de celle-ci lui a fait concrètement grief dans le cas d'espèce »(6). En cas

(3) M. BOSSUYT, R. LEYSEN et B. RENAULD, « Séparation des pouvoirs et indépendance des cours constitutionnelles et instances équivalentes. Rapport de la Cour constitutionnelle de Belgique », 2^e Congrès de la Conférence mondiale de la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 16-18 janvier 2011.

(4) Sur ce débat, voy. P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, pp. 245-257.

(5) Art. 151, § 4, de la Constitution ; art. 197, 198, 203, 215, 216 et 259^{ter} du Code judiciaire ; art. 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

(6) J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, vol. 1^{er}, p. 951.

d'irrégularité, l'arrêté royal de nomination peut faire l'objet d'un recours en annulation devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, ce qui à ce jour ne s'est jamais produit.

Un juge constitutionnel est nommé sur présentation. Il est de tradition, en Belgique, que, pour les fonctions juridictionnelles les plus importantes, toute nomination soit précédée d'une ou plusieurs présentations. S'agissant de la Cour constitutionnelle, c'est une liste double qui doit être présentée, ce qui suppose un nombre minimum de deux candidats ou candidates. Le retrait d'une ou de plusieurs candidatures peut ainsi entraîner un nouvel appel, lorsqu'il n'est plus possible de satisfaire à l'exigence de la liste double. En règle générale, le Roi nomme la candidate ou le candidat classé en premier lieu. Seule une motivation particulière peut justifier qu'il en soit autrement.

Un juge constitutionnel est présenté par une assemblée parlementaire. Cela procède d'une préoccupation très légitime, que l'on retrouve dans tous les Etats du modèle européen de justice constitutionnelle : c'est l'idée que « les contrôlés doivent avoir le sentiment qu'ils sont associés à la désignation des contrôleurs »(7). N'est-il pas indispensable que « ceux qui sont jugés reconnaissent ceux qui les jugent comme leurs juges »(8) ? Si le législateur spécial confie la présentation des juges constitutionnels à l'organe souverain de l'Etat, le Parlement, c'est afin que la loi ne puisse être censurée que par des juges acceptés par ce dernier(9). A l'origine, c'est au Sénat qu'il revenait d'adopter une liste double de candidats. Une seule assemblée sélectionnait donc l'ensemble des juges. On pouvait se demander pourquoi seul le Sénat disposait de cette prérogative et non la Chambre des représentants. Cette réflexion a conduit certains parlementaires à proposer l'adoption d'un système analogue à celui appliqué en Allemagne où, on y reviendra, les juges sont élus pour moitié par le *Bundestag* et pour l'autre moitié par le *Bundesrat*(10). Cette proposition a été rejetée. Il a fallu attendre la modification de l'article 32 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 par l'article 125 de la loi spéciale du 16 juillet 1993 pour qu'à l'occasion de la réforme du Parlement fédéral, la présentation par le Sénat soit remplacée par un système alternatif de présentation par les deux assemblées fédérales(11).

(7) L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *R.I.D.C.*, 1994, p. 577 ; ID., « La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles », in *Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional*, Coimbra Editora, 1995, p. 238. Voy. égal. A. ALEN et S. FEYEN, « De legitimiteit van een Grondwettelijk Hof in een democratische rechtsstaat », in *Liber Amicorum René Foaqué*, Bruxelles, Larcier, Boom Juridische Uitgevers, 2011, p. 4.

(8) R. BADINTER, in *Les entretiens de Provence – Le juge dans la société contemporaine*, Paris, Fayard, Publications de la Sorbonne, 2003, p. 303.

(9) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n° 246/2, p. 141.

(10) *Ibid.*, pp. 141 et 154 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n° 246/4, p. 6 ; *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1982-1983, n° 647/5, p. 12.

(11) A. RASSON-ROLAND, « Les institutions. Les autorités de justice », in *La Belgique fédérale* (dir. F. DELPÉREE), Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 194.

La présentation d'un juge constitutionnel se fait à la majorité qualifiée. Dans sa version initiale, le projet ne prévoyait pas de majorité qualifiée. Il a été amendé sur ce point(12). Ce faisant, la Cour constitutionnelle s'est rapprochée des autres juridictions constitutionnelles européennes qui, pour la plupart, sont constituées par des votes à majorité renforcée(13). La majorité qualifiée s'entend ici d'une majorité des deux tiers des membres présents. Une telle majorité suppose l'existence, autour du candidat présenté, d'un consensus qui transcende tout autant le clivage majorité-opposition que la division en groupes linguistiques. Par ailleurs, elle renforce la légitimité démocratique du juge nommé(14). A titre de comparaison, c'est une majorité ordinaire qui est exigée pour la présentation par la Chambre des représentants et le Sénat – alternativement – des conseillers et des assesseurs du Conseil d'Etat(15). En exigeant une majorité des deux tiers des membres présents, la loi spéciale du 6 janvier 1989 est-elle compatible avec l'article 53, alinéa 1^{er}, de la Constitution ? En vertu de cette disposition, dont on trouve l'équivalent à l'article 35, § 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, toute résolution de la Chambre des représentants et du Sénat « est prise à la majorité absolue des suffrages, « sauf ce qui sera établi par les règlements des Chambres à l'égard des élections et présentations ». Selon Marc Van der Hulst, l'article 53, alinéa 1^{er}, « autorise certes des majorités différentes pour les nominations et présentations, mais celles-ci doivent, en principe, être fixées par les règlements de la Chambre et du Sénat, et non pas par la loi »(16). A notre sens, la dérogation prévue par l'article 53, alinéa 1^{er}, procède de la volonté du Constituant de permettre à chaque assemblée de prévoir une majorité relative, spécialement lorsqu'un premier tour de scrutin ne permet pas de dégager une majorité absolue et met deux candidats en ballottage(17). Certes, la disposition constitutionnelle n'empêche pas les assemblées de prévoir, pour les nominations et présentations, des majorités supérieures à la majorité absolue. Toutefois, l'article 53, alinéa 1^{er}, ne nous paraît pas pouvoir être interprété comme empêchant le législateur lui-même de requérir une majorité plus contraignante que celle exigée par le texte constitutionnel.

(12) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1981-1982, n° 246/12.

(13) Voy. not. J.J. FERNANDEZ RODRIGUEZ, *La justicia constitucional europea ante el siglo XXI*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 42.

(14) F. DELPÉRÉE, « L'organisation de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage – Actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 65 ; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers/Apeldoorn, Maklu, 1990, p. 419.

(15) Art. 70 et 80 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

(16) M. VAN DER HULST, *Le Parlement fédéral – Organisation et fonctionnement*, Kortrijk-Heule, UGA, 2011, p. 446, note 2261. Voy. égal. M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 131-132, note 71.

(17) Voy. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 507.

La présentation d'un juge constitutionnel se fait au scrutin secret. Cette exigence ne découle pas de l'article 32, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, mais de l'article 55 de la Constitution, dont la seconde phrase prévoit que « les élections et présentations de candidats se font au scrutin secret ».

Aucune autre autorité n'intervient dans la procédure. La Cour constitutionnelle elle-même ne joue aucun rôle dans la présentation des candidats à la fonction de juge constitutionnel, bien que cela ait été envisagé(18). C'est là une différence avec le Conseil d'Etat pour les candidats à la fonction de conseiller d'Etat(19). Ce choix traduit sans doute une méfiance « à l'encontre de techniques qui assureraient, en fait sinon en droit, la cooptation des membres de la Cour »(20). Le Conseil supérieur de la justice n'intervient pas, lui non plus, dans la désignation des juges de la Cour constitutionnelle. Sa compétence se limite, en effet, aux seules juridictions qui relèvent du pouvoir judiciaire, au sens constitutionnel de l'expression(21).

Tout va-t-il donc pour le mieux dans le meilleur des mondes ? Il y a tout au moins matière à discussion.

Il est vrai qu'à l'instar de la Belgique, dans les Etats où les juges constitutionnels sont nommés, le plus souvent, l'autorité de nomination, qui est généralement le chef de l'Etat, ne peut nommer tout ou partie des juges que sur proposition ou présentation des assemblées parlementaires ou de l'une d'elles. Il en est ainsi, par exemple, en Autriche(22), en Espagne(23) et en Slovaquie(24). Parfois, le chef de l'Etat ne peut nommer les juges qu'avec le consentement d'une assemblée parlementaire, comme en République tchèque, où il faut l'accord du Sénat(25).

Cependant, dans plusieurs Etats, l'intervention du Parlement est passablement plus significative(26). En effet, les juges constitutionnels sont parfois élus par le Parlement. Dans les régimes bicaméraux, les juges, ou une partie d'entre eux, peuvent être élus par les deux assemblées. C'est ainsi qu'en Allemagne, les seize juges de la Cour constitutionnelle fédérale

(18) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1982-1983, n° 246/2, p. 142.

(19) Art. 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat. Voy. J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'Etat de Belgique*, vol. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 82-83.

(20) F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 28, note 3.

(21) F. DELPÉRÉE, « Le statut et la composition du Conseil supérieur de la justice », in *Le Conseil supérieur de la justice* (dir. M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 32.

(22) Art. 147-2 de la Loi fondamentale autrichienne.

(23) Art. 159-1 de la Constitution espagnole.

(24) Art. 134-2 de la Constitution slovaque.

(25) Art. 84-2 de la Constitution tchèque.

(26) Pour une perspective comparative, voy. A. ANZON, G. AZZARITI et M. LUCIANI (ed.), *La composizione della Corte costituzionale – Situazione italiana ed esperienze straniere*, Turin, Giappichelli, 2004.

sont élus à la majorité qualifiée des deux tiers, pour moitié, par le *Bundestag* et, pour l'autre moitié, par le *Bundesrat*, une répartition qui se justifie par le fait que la première chambre est composée sur une base nationale tandis que la seconde est formée des représentants des *lander*(27). Ainsi encore, en Italie, cinq des quinze juges de la Cour constitutionnelle sont élus directement par les deux chambres du Parlement, réunies en séance commune(28). Les juges peuvent aussi n'être élus que par une des deux assemblées. C'est le cas en Pologne, où les quinze juges du Tribunal constitutionnel sont élus par la Diète(29). Dans les régimes monocaméraux, ils sont nécessairement élus par une assemblée. C'est le cas en Hongrie, où les quinze juges de la Cour constitutionnelle sont élus par les députés de l'Assemblée nationale(30). C'est également, mais partiellement, le cas au Portugal, où dix des treize juges du Tribunal constitutionnel sont élus par l'Assemblée de la République(31).

Ce rôle central attribué au Parlement se retrouve dans le modèle déconcentré de justice constitutionnelle. Aux Etats-Unis, par exemple, les juges à la Cour suprême sont nommés par le Président, mais le Sénat doit donner son avis et son consentement (« *advice and consent* »). Il dispose donc d'un droit de veto. Le rôle du Sénat dans la nomination des juges à la Cour suprême est déterminant(32). Concrètement, le candidat pressenti par le chef de l'Etat est convoqué par le *Judiciary committee* pour une audition qui est parsemée d'embûches, de questions et de suspicions, qui est retransmise à la télévision et qui peut durer plusieurs jours. En comparaison, les auditions auxquelles ont parfois été conviés les candidats à la Cour constitutionnelle de Belgique(33) ressemblaient davantage à des visites de courtoisie. Pourtant, le Parlement aurait tout à gagner à organiser de réelles auditions, dans l'intérêt de la juridiction constitutionnelle elle-même, mais aussi dans l'idée de nourrir le nécessaire dialogue entre les juges constitutionnels et les élus du peuple.

La réforme du Sénat, actuellement en discussion, ne changera rien au système de présentation des juges à la Cour constitutionnelle. Il ressort, en effet, des développements de la proposition de révision de l'article 43

(27) Art. 94-1 de la Loi fondamentale allemande.

(28) Art. 135, al. 1^{er}, de la Constitution italienne. Sur les avantages d'une composition mixte de la juridiction constitutionnelle, voy. P. PASSAGLIA, *Le Juge constitutionnel et le Législateur*, Sarrebruck, Éditions universitaires européennes, 2011, pp. 47-48.

(29) Art. 194-1 de la Constitution polonaise.

(30) Art. 24-4 de la Constitution hongroise.

(31) Art. 222-1 de la Constitution portugaise.

(32) Voy. M. VERDUSSEN, « La Cour suprême des Etats-Unis et ses neuf juges », in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 856-865.

(33) Voy. C. COURTOY, « La formation et le renouvellement de la Cour d'arbitrage de Belgique », *C.D.P.K.*, 2000, p. 540 ; A. RASSON-ROLAND, « Le renouvellement des juges de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après – Analyse des dernières réformes* (dir. A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 25-26.

de la Constitution, déposée sur le bureau du Sénat le 19 juillet 2012, que ce dernier gardera son rôle actuel dans la présentation de candidats à la Cour constitutionnelle(34).

II. LES NOMINATIONS DOIVENT PRENDRE EN COMPTE

UNE EXIGENCE DE PARITÉ LINGUISTIQUE : AUTANT DE JUGES D'EXPRESSION FRANÇAISE QUE DE JUGES D'EXPRESSION NÉERLANDAISE

La Cour constitutionnelle est composée de deux catégories linguistiques de juges, conformément aux articles 31 et 34, § 2, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Six juges sont d'expression française et forment le groupe linguistique français. Six juges sont d'expression néerlandaise et forment le groupe linguistique néerlandais.

Comment déterminer l'appartenance linguistique des juges ?

En ce qui concerne les juristes de formation, la qualité de juge d'expression française ou de juge d'expression néerlandaise est déterminée par la langue de leur diplôme. Si le candidat est titulaire de plusieurs diplômes dont l'un au moins a été délivré dans une langue différente de l'autre ou des autres, il paraît logique de privilégier le diplôme de licencié de droit ou, dans quelques années – lorsque les premiers titulaires d'une maîtrise en droit atteindront l'âge de 40 ans –, celui de maître en droit.

En ce qui concerne les anciens parlementaires, cette qualité est déterminée par l'assemblée parlementaire dont ils faisaient partie en dernier lieu : le juge sera d'expression française s'il a siégé au Parlement de la Région wallonne ou au Parlement de la Communauté française ; il sera d'expression néerlandaise s'il a siégé au Parlement flamand. Pour la Chambre des représentants, le Sénat et le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, la qualité de juge d'expression française ou de juge d'expression néerlandaise est déterminée par le groupe linguistique auxquels ils étaient rattachés au sein de leur assemblée. En revanche, la loi spéciale est silencieuse s'agissant des anciens membres du Parlement de la Communauté germanophone, ainsi qu'à l'égard du sénateur élu par celui-ci et qui, en vertu de l'article 43, § 2, de la Constitution, ne fait partie d'aucun des deux groupes linguistiques du Sénat

Aussi originale soit-elle(35), la règle ne souffre aucune contestation possible(36). Une particularité de l'Etat fédéral belge est liée à sa configura-

(34) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2011-2012, n° 5-1720/1, p. 5.

(35) L. FAVOREU, « La Cour d'arbitrage vue de l'étranger », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage* (dir. F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 328.

(36) Voy. cependant la proposition de loi spéciale modifiant l'article 31 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, déposée le 4 novembre 1999 par M. Wim Verreycken



tion : les intérêts des communautés et régions se cristallisent autour d'une profonde ligne de fracture entre un pôle francophone et un pôle flamand. Certes, de part et d'autre de la frontière linguistique, les projets identitaires ne sont pas comparables. Certes encore, cette singularité n'est pas exclusive d'autres réalités, tout aussi incontournables, telles la Communauté germanophone et, bien sûr, la Région bruxelloise. Il reste que la Belgique est bien un Etat fédéral bipolaire⁽³⁷⁾. De toute évidence, l'aménagement juridique de la collectivité fédérale porte la marque de la profonde bipolarité qui traverse l'Etat fédéral belge, de telle sorte que ses institutions sont organisées en conséquence. La bipolarité conduit, en effet, à un sectionnement de la plupart des institutions fédérales. Par là, il s'agit d'opérer au sein de l'institution une distinction entre deux catégories de personnes, les flamands et les francophones. Ce sectionnement peut revêtir deux formes différentes, selon les institutions : il peut être inégalitaire ou, comme c'est le cas à la Cour constitutionnelle – à l'instar de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat –, paritaire.

La règle de la parité linguistique de la Cour constitutionnelle est une illustration particulière d'un constat général : la composition d'une juridiction constitutionnelle doit être adaptée aux spécificités des attributions qui lui sont confiées. A l'origine, la composition linguistiquement paritaire de la Cour était, en effet, justifiée par les singularités de ses compétences, alors limitées au seul contrôle du respect par les législateurs des règles de répartition des compétences. Francis Delpérée écrivait ainsi que, dans la mesure où la Cour « est appelée à procéder à l'examen des litiges qui peuvent opposer deux communautés, la française et la flamande, elle ne doit pas prêter le flanc à la critique de partialité que pourrait lui valoir une composition déséquilibrée »⁽³⁸⁾. Depuis, les compétences de la Cour ont sensiblement évolué. Désormais, la toute grande majorité des arrêts sont fondés, non plus sur les règles répartitrices de compétences, mais sur les droits fondamentaux reconnus par la Constitution. La parité linguistique de la Cour n'en reste pas moins justifiée, le contentieux des droits constitutionnels étant, aujourd'hui moins que jamais, à l'abri des clivages communautaires.

Pour autant, les collectivités fédérées n'interviennent pas, comme telles, directement dans la procédure de désignation des juges constitutionnels. Lors des discussions parlementaires ayant précédé la première loi organique, il avait été envisagé de confier la présentation des candidats à cha-

et qui tend à composer la Cour de quatre juges d'expression française et de huit juges d'expression néerlandaise (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1999-2000, n° 2-140/1).

(37) M. VERDUSSEN, « La Belgique. Un fédéralisme bipolaire mû par une dynamique de dissociation », in *Le fédéralisme multinational – Un modèle viable ?* (dir. M. SEYMOUR et G. LAFOREST), Peter Lang, 2011, pp. 211-225.

(38) F. DELPÉRÉE, « Cour suprême, Cour d'arbitrage ou Cour constitutionnelle ? », *Les Cahiers de droit*, 1985, vol. 26, p. 211. Voy. égal. J. DELVA, « Profil constitutionnel de la Cour d'arbitrage de Belgique », *A.P.T.*, 1991, p. 6.

cun des deux groupes linguistiques du Sénat, de manière à permettre aux deux grandes communautés de contribuer à la composition de la Cour(39). Finalement, l'idée a été abandonnée(40). L'association des entités fédérées à la désignation des juges constitutionnels ne devrait-elle pas s'imposer avec la force de l'évidence dans un Etat fédéral(41) ?

III. LES NOMINATIONS DOIVENT PRENDRE EN COMPTE UNE EXIGENCE DE PARITÉ SOCIOPROFESSIONNELLE : AUTANT D'ANCIENS PARLEMENTAIRES QUE DE JURISTES

La Cour constitutionnelle est composée de deux catégories professionnelles de juges, conformément à l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989(42). Les candidats se présentent distinctement à l'une ou à l'autre catégorie.

Six juges sont des juristes de profession. Ils sont nommés parmi les candidats pouvant attester qu'ils ont, pendant au moins cinq ans, occupé une des fonctions suivantes : conseiller, procureur général, premier avocat général ou avocat général à la Cour de cassation ou conseiller d'Etat ou auditeur général, auditeur général adjoint ou premier auditeur ou premier référendaire au Conseil d'Etat (première fonction) ; professeur ordinaire, professeur extraordinaire, professeur ou professeur associé de droit dans une université belge (deuxième fonction) ; référendaire à la Cour constitutionnelle (troisième fonction).

Sur les six juges relevant de cette catégorie, la Cour doit comprendre au moins un juge de chacune de ces trois fonctions. Ce n'était pas le cas à l'origine pour la troisième fonction. La loi spéciale a été modifiée sur ce point le 9 mars 2003, dans le but de valoriser les référendaires de la Cour. Il n'est cependant pas requis que le candidat soit encore référendaire au moment de l'introduction de sa candidature, pourvu qu'il l'ait été pendant cinq ans au moins(43). Parmi les juges actuellement dans le siège de la Cour, il en est un qui, lors de sa nomination en 2001, était conseiller d'Etat, mais qui auparavant – de 1985 à 2000 – avait exercé les fonctions de référendaire.

(39) Voy. les projets de lois cités par H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage – Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité des lois*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 139, note 17.

(40) Voy. les références citées par *ibid.*, p. 139, note 18.

(41) Sur la nécessité dans un Etat fédéral d'une représentativité des juges constitutionnels à l'égard de tous les niveaux de pouvoir, voy. O. BEAUD, « De quelques particularités de la justice constitutionnelle dans un Etat fédéral », in *La notion de justice constitutionnelle* (dir. C. GREWE, O. JOUANJAN et P. WACHSMANN), Paris, Dalloz, 2005, p. 70 ; C. PARENT, *Le concept d'Etat fédéral multinational – Essai sur l'union des peuples*, Peter Lang, 2011, pp. 242-244.

(42) Pour un examen approfondi des travaux préparatoires, voy. J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 410-418.

(43) M. JOASSART, « La valorisation du statut des référendaires de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après...*, *op. cit.*, p. 75.

Par ailleurs, toutes fonctions confondues, l'un de ces six juges doit justifier d'une connaissance suffisante de l'allemand, conformément aux dispositions de l'arrêté royal du 28 septembre 1983 fixant les règles pour la justification d'une connaissance suffisante de la langue allemande à fournir par les candidats membres de la Cour constitutionnelle. Il s'agit là d'une mesure exclusivement linguistique. Elle ne procède pas du souci d'assurer une représentation de la Communauté germanophone et ne doit donc pas être confondue avec l'exigence de parité linguistique examinée ci-dessus.

Six juges sont d'anciens parlementaires. Ils peuvent être juristes de formation, mais le législateur ne l'impose pas. Actuellement, sur ces six juges, trois sont licenciés en droit, tandis que deux sont agrégés de l'enseignement secondaire et un est docteur en médecine. Ils sont nommés parmi les candidats pouvant attester qu'ils ont, pendant cinq ans au moins, été membres du Sénat, de la Chambre des représentants ou d'un Parlement de communauté ou de région. A l'origine, la durée exigée était de huit années. La loi spéciale a été modifiée sur ce point le 16 juillet 1993. La présence d'anciens parlementaires au sein de la Cour constitutionnelle ne constitue pas une spécificité de la justice constitutionnelle belge. L'originalité de la législation belge consiste en ce que, d'une part, elle impose une représentation parlementaire à concurrence de la moitié du nombre des juges et, d'autre part, elle ne requiert aucune qualification juridique pour être nommé en qualité d'ancien parlementaire.

La parité socioprofessionnelle recoupe la parité linguistique, de telle manière que la Cour constitutionnelle ne pourrait pas être composée, par exemple, de six anciens parlementaires du même régime linguistique.

Si l'on en croit les travaux préparatoires, l'objectif de la parité professionnelle de la Cour constitutionnelle était de garantir qu'une partie significative de la Cour – la moitié – soit occupée par des personnes pouvant justifier d'une certaine expérience parlementaire, leur présence devant obvier au risque d'un enfermement dans des « raisonnements étroitement juridiques »(44) et permettre que l'interprétation de la Constitution soit équilibrée – « entre le droit abstrait et la pratique » – et menée « dans une optique dynamique »(45). Cette rhétorique apaisante ne devrait abuser personne. En réalité, la règle imposant la présence d'anciens élus a été dictée par la crainte de voir émerger une Cour trop puissante et donc incommode pour la classe politique. Car, ne l'oublions jamais, la naissance de la Cour constitutionnelle s'est déroulée sous le regard plein de suspicion de nombreux élus. Il a fallu rassurer les formations politiques les plus réticentes, en leur donnant une sorte de « monnaie d'échange »(46). Ni plus ni

(44) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1979-1980, n° 435/1, p. 12.

(45) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1980-1981, n° 704/1, p. 12.

(46) J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. ULB*, 1999, vol. 20, p. 207.

moins. Pourtant, dans une fort intéressante interview accordée à *La Libre Belgique*, le mardi 5 octobre 2010, Paul Martens semble s'accrocher à l'idée : « ces parlementaires, déclare-t-il, nous apportent une connaissance de la sensibilité des politiques et donc du pays, parce qu'ils sont plus proches du citoyen que des magistrats professionnels qui courent toujours le danger de vivre dans une tour d'ivoire ». Or, n'est-on pas en droit d'attendre de la magistrature professionnelle qu'elle ait une attitude quotidienne d'ouverture vers la société civile et de dialogue avec les citoyens ? Ne doit-on pas reconnaître qu'elle répond, aujourd'hui mieux qu'hier, à cette attente sociale ? Pour un juge constitutionnel plus particulièrement, le meilleur moyen d'être à l'écoute de la société et des citoyens n'est-il pas de leur donner la parole directement, dans le prétoire même de la juridiction ?

Cette mise au point étant faite, la règle de la parité socioprofessionnelle se heurte à de sérieux écueils.

1. Le fait que puissent accéder à la Cour constitutionnelle des personnes dépourvues de formation en droit est pour le moins inédit dans le concert des Nations démocratiques(47), ce que la doctrine étrangère n'a pas manqué de relever(48). Ne constate-t-on pas une « domination écrasante des juristes au sein des cours constitutionnelles européennes »(49) ? En effet, la plupart des juridictions constitutionnelles européennes sont composées de juristes de formation qui, au surplus, sont en mesure de faire valoir une expérience professionnelle significative dans le monde du droit. Le caractère significatif de l'expérience acquise se mesure à la durée de l'expérience professionnelle ou à l'âge requis des candidats. Il dépend aussi parfois de l'origine professionnelle particulière imposée aux candidats. Trois catégories professionnelles sont généralement privilégiées : les magistrats, les avocats et les professeurs d'université.

La seule exception est la France, où, soit dit en passant, des voix se font entendre aujourd'hui pour revoir la composition du Conseil constitutionnel(50). Guillaume Drago note ainsi que, conjugué à l'absence depuis 2010 de tout professeur de droit, le retour des « politiques » au sein de la juri-

(47) P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 21 (« een opmerkelijk gegeven »).

(48) Voy. not. L. PEGORARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Turin, Giappichelli, 1998, p. 73.

(49) L. FAVOREU et W. MASTOR, *Les cours constitutionnelles*, Paris, Dalloz, 2011, p. 33.

(50) P. PACTET et F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Droit constitutionnel*, 31^e éd., Paris, Sirey, 2012, p. 514. Voy. not. M.-L. BASILIEN-GAINCHE, P. BLACHER, F. CHALTIEL, B. FRANÇOIS et J.P. HEURTIN, « Le Conseil constitutionnel est, plus que jamais, un vieux club de mâles en fin de carrière politique », *Le Monde*, 1^{er} mars 2010 ; O. BEAUD et P. WACHSMANN, « Révisons la Constitution ! », *Le Monde*, 11 mars 2011 ; B. FRANÇOIS, « La naissance d'une Cour suprême », *ibid.* ; J. KRYNEN, *L'état de justice, France, XIII^e-XX^e siècle – II. L'emprise contemporaine des juges*, Paris, Gallimard, 2012, pp. 330-331 ; P. WACHSMANN, « Sur la composition du Conseil constitutionnel », *Jus Politicum*, 2010, n° 5 (http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Wachsmann_Cseil-constit_corr02.pdf). Comp. avec J.-C. COLLIARD, « Un nouveau Conseil constitutionnel ? », *Pouvoirs*, 2011, n° 137, p. 158.

diction constitutionnelle française « est paradoxal au moment où le Conseil se “juridictionnalise” et se “juridicise” fortement avec l’introduction de la question prioritaire de constitutionnalité »(51).

La présence de non-juristes dans le siège d’une juridiction constitutionnelle donne une image tronquée de la justice constitutionnelle. Qu’on le veuille ou non, le contrôle de la constitutionnalité des lois relève de la fonction de juger. De toute juridiction constitutionnelle, on attend qu’elle utilise un langage juridique au service de raisonnements juridiques. Les juges issus de l’univers politique n’échappent pas à cette contrainte. Qu’ils soient conscients de la nécessité de se départir du discours partisan propre à la fonction parlementaire, cela ne fait aucun doute. De là à ce que, du jour au lendemain, ils puissent acquérir une maîtrise suffisante des exigences de la dialectique juridique, on a peine à le croire. Au demeurant, les référendaires, qui assistent les juges de la Cour constitutionnelle dans l’exercice de leur mission, sont d’autant plus influents lorsqu’ils sont attachés à un juge qui n’a pas de formation juridique, ce qui est de nature à créer quelques distorsions, puisqu’à la différence des juges, les référendaires sont nommés au terme d’un concours très sélectif. Certes, la fonction de juger ne se réduit plus au maniement du syllogisme judiciaire. Le juge n’est plus simplement « la bouche de la loi ». La modernité l’a élevé au rang d’un créateur. Il lui revient de pondérer les intérêts en présence, de concilier les valeurs en conflit et de répartir les droits en jeu. Le « juge-arbitre » s’est mué en un « juge-entraîneur » et même en un « juge médiateur »(52). Il est aussi un « réparateur sociologique »(53). Mais il n’en demeure pas moins un juge, avec les aptitudes particulières que cet office suppose.

2. Pour le citoyen, il est troublant de constater que la loi est jugée, en partie tout au moins, par ceux-là même qui l’ont créée. Cette confusion est de nature à compromettre l’impartialité objective des juges constitutionnels et donc leur légitimité(54).

Deux arrêts de la Cour constitutionnelle du 10 mai 1994 méritent ici d’être évoqués(55). Dans le cadre d’une procédure en annulation et en sus-

(51) G. DRAGO, *Contentieux constitutionnel français*, 3^e éd., Paris, P.U.F., 2011, p. 176. Voy. égal. E. CARTIER (dir.), *La question prioritaire de constitutionnalité – Étude sur le réagencement du procès et de l’architecture juridictionnelle française*, Université de Lille 2, Centre de recherche Droits et perspectives du droit, 2012, p. 43. On précisera que, le 12 février 2013, le Président de la République a nommé membre du Conseil constitutionnel Mme Nicole Belloubet, professeure à l’Institut d’études politiques de Toulouse.

(52) F. OST, *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 103-107.

(53) P. MARTENS, « La sociologie juridique existe-t-elle ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 835.

(54) Voy. la proposition de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, déposée par M. Desmedt et qui vise à supprimer la catégorie des juges anciens parlementaires (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1995, n° 1-55/1).

(55) C.C., arrêts n°s 35/94 et 36/94 du 10 mai 1994. Comp. avec C.C., arrêt n° 32 du 29 janvier 1987. Sur les arrêts du 10 mai 1994, voy. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit*

pension relative à des dispositions de la loi ordinaire du 16 juillet 1999 visant à achever la structure fédérale de l'Etat, la Cour constitutionnelle est saisie par les requérants de requêtes en récusation dirigées contre le juge Etienne Cerexhe. Les demandes sont fondées sur la circonstance qu'étant sénateur lors de l'élaboration et du vote des normes attaquées, ce dernier a voté contre l'adoption des différents amendements à ces dispositions, amendements dont la justification correspondait, dans son ensemble, aux développements des moyens articulés devant la Cour. Selon les requérants, le juge Cerexhe ne serait plus apte à se prononcer sur la constitutionnalité des normes entreprises. A tout le moins, sa présence parmi les membres du siège ferait naître un doute légitime et objectif sur son impartialité. Dans les deux arrêts précités, la Cour a rejeté les requêtes en récusation. En premier lieu, la Cour souligne qu'en soi, « la participation à l'élaboration d'une loi par un membre du Parlement ne suffit pas à mettre en doute l'impartialité à laquelle il sera tenu lorsque, en qualité de juge nommé à vie, indépendant et soumis à un strict régime d'incompatibilités, il sera amené à contrôler la constitutionnalité de cette loi au sein d'un organe juridictionnel collégial saisi d'un recours en annulation »(56). En effet, toujours selon la Cour, « le point de vue auquel s'est placé un représentant de la Nation pour prendre position à l'égard d'une politique et des actes législatifs par lesquels celle-ci se réalise n'est pas comparable avec celui du juge spécialisé dans l'appréciation juridique de la constitutionnalité de tels actes ». Ce faisant, les juges constitutionnels tiennent pour acceptable le principe même de la présence obligatoire en leur sein de personnes ayant siégé auparavant dans une assemblée législative. En second lieu, la Cour constate qu'en l'espèce, les appréciations des requérants quant à l'aptitude du juge Cerexhe à contrôler avec impartialité la constitutionnalité de la loi critiquée ne peuvent passer pour objectivement justifiées, la participation de l'intéressé à l'élaboration de cette loi s'étant limitée « à émettre avec la majorité dont son groupe faisait partie un vote positif en ce qui concerne la loi et un vote négatif à l'égard d'amendements déposés par l'opposition »(57). De la sorte, l'arrêt laisse clairement entendre qu'une participation plus engagée d'un parlementaire serait de nature à ébranler ultérieurement son impartialité en qualité de juge.

3. La présence d'anciens parlementaires accrédite l'idée qu'une juridiction constitutionnelle aurait vocation à être une troisième chambre législative. Une idée incompatible avec le rôle de « tiers pouvoir » qu'on est en droit d'attendre de toute juridiction constitutionnelle. Une idée qui,

international des droits de l'homme devant le juge national, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 544-551 ; J.-P. MASSON, « Faut-il récuser la Cour d'arbitrage ? », *Journ. proc.*, 1994, n° 263, pp. 30-31 ; M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 1994, pp. 140-143.

(56) C.C., arrêts n° 35/94 du 10 mai 1994, B.2.2. et n° 36/94 du 10 mai 1994, B.2.2.

(57) C.C., arrêts n° 35/94 du 10 mai 1994, B.4 et n° 36/94 du 10 mai 1994, B.4.

contrairement à ce qui est parfois soutenu, ne peut en rien être attribuée à Hans Kelsen et à sa théorie du « législateur négatif ». Dans son célèbre texte fondateur de la justice constitutionnelle européenne, ne plaide-t-il pas vigoureusement pour des juridictions constitutionnelles composées de « juristes de profession », élément qu'il considère comme étant « de la plus grande importance »(58) ?

4. Les partis politiques ne sont pas toujours conscients de l'importance de la fonction. Bien sûr, la Cour constitutionnelle a pu bénéficier, à plusieurs reprises, de la participation précieuse d'anciens parlementaires, qui ont su faire profiter de leur sagesse tout en acceptant de se reconvertir dans une fonction d'autant plus inhabituelle pour eux qu'ils n'étaient pas nécessairement juristes. Mais l'on sait aussi que les partis politiques se sont parfois montrés peu soucieux d'envoyer à la Cour leurs meilleurs éléments. On ne le dira jamais assez : le numéro 7 de la Place Royale n'est pas un refuge pour des parlementaires encombrants ou désabusés.

IV. LES SIX JURISTES PROFESSIONNELS DOIVENT ÊTRE ISSUS DU SÉRAIL : LA COUR DE CASSATION, LE CONSEIL D'ÉTAT, L'UNIVERSITÉ, OU LA COUR CONSTITUTIONNELLE ELLE-MÊME

Selon l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, les juges relevant de la catégorie des juristes de profession sont nommés parmi les candidats pouvant attester qu'ils ont, pendant au moins cinq ans, occupé la fonction de conseiller, de procureur général, de premier avocat général ou d'avocat général à la Cour de cassation ou de conseiller d'Etat ou d'auditeur général, d'auditeur général adjoint ou de premier auditeur ou de premier référendaire au Conseil d'Etat, ou la fonction de professeur ordinaire, de professeur extraordinaire, de professeur ou de professeur associé de droit dans une université belge, ou encore la fonction de référendaire à la Cour constitutionnelle.

Cette règle prête également à discussion. Certes, on l'a dit, la Cour constitutionnelle aurait tout à gagner à être composée d'hommes et femmes de loi. Mais pourquoi devraient-ils tous être issus de la magistrature et de l'université ? L'excellence juridique ne se rencontre-t-elle que dans les palais de justice et les campus universitaires ? Que la loi exige d'un candidat qu'il soit en mesure de faire valoir une expérience durable dans le domaine du droit, on le comprend aisément. Mais cette expérience, il peut l'avoir acquise dans un cabinet d'avocat – d'ailleurs, à l'origine, la possibilité a été évoquée de permettre d'accéder à la Cour des « avo-

(58) H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *Rev. dr. publ.*, 1928, p. 227.

cats spécialisé en droit public »(59) –, une société commerciale, un service public, une association humanitaire, une union syndicale ou une organisation internationale. Dans tous ces milieux professionnels, l'on rencontre des juristes enthousiastes et sérieux. Certes, les conditions de recrutement dans la magistrature et l'université auréolent ceux qui y sont désignés d'une éminence présumée. Mais la présomption est réfragable. Et, surtout, elle n'est pas exclusive.

Une modification de la loi en ce sens serait hautement souhaitable. Elle contribuerait à favoriser une diversité des approches juridiques au sein de la Cour constitutionnelle. Dans la plupart des Etats du modèle concentré de justice constitutionnelle, on cherche à « mettre en jeu des expériences différentes dans le contrôle de constitutionnalité »(60). Dans l'immédiat, le siège de la Cour pourrait au moins être rendu accessible aux avocats jouissant d'une certaine ancienneté, moyennant l'avis favorable des autorités de l'ordre dont l'avocat relève.

V. LES SIÈGES DE JUGE CONSTITUTIONNEL SONT RÉPARTIS ENTRE LES PARTIS POLITIQUES LES PLUS REPRÉSENTATIFS

Les douze sièges font l'objet d'une répartition à la représentation proportionnelle des groupes politiques des assemblées parlementaires fédérales – c'est le système dit de la « *Parteinproporz* » –, de telle sorte que la Cour constitutionnelle « est en principe à l'image des forces politiques présentes au Parlement fédéral »(61). La règle n'est écrite nulle part, ni dans la Constitution, ni dans la loi spéciale.

Lors de chaque vacance, il convient de déterminer si, au vu des résultats des dernières élections législatives fédérales, le siège demeure ou non affecté au groupe politique auquel il était précédemment attribué. C'est ainsi qu'en 2010, à la faveur de la vacance d'un siège du groupe linguistique français, ce siège est passé des socialistes aux socio-chrétiens. Actuellement, les six sièges du groupe linguistique français sont répartis entre les socialistes (deux sièges), les libéraux (deux sièges), les écologistes (un siège) et les socio-chrétiens (un siège) ; les six sièges de groupe linguistique

(59) Voy. *Ann. parl.*, Sénat, sess. ord. 1982-1983, séance du 27 avril 1983, n° 53, p. 1816.

(60) A. VON BRÜNNECK, « Le contrôle de constitutionnalité et le législateur dans les démocraties occidentales », *A.I.J.C.*, 1988, vol. IV, p. 20. Voy. A. HARDING, P. LEYLAND et T. GROPP, « Constitutional Courts : Forms, Functions and Practice in Comparative Perspective », *J.C.L.*, 2008, vol. 3, p. 15 : « An equally important issue relating to the selection process concerns the issue of what social groups might be represented on the constitutional bench. In other words, judges selected from a homogeneous professional group of predominantly male lawyers might be technically equipped, but they might also be perceived as being out of touch with the lives of ordinary people ».

(61) M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 305.

néerlandais sont répartis entre les socio-chrétiens (deux sièges), les libéraux (deux sièges) et les socialistes (deux sièges). Le prochain siège vacant au sein du groupe linguistique néerlandais devrait, dans cette logique, revenir à la Nieuw-Vlaamse Alliantie (NVA).

On trouve des règles comparables dans certains Etats européens qui, eux aussi, ont recours à la répartition proportionnelle, à tout le moins équilibrée, des sièges entre les partis politiques. De manière générale, il est rare que la désignation des juges constitutionnels ne soit pas le résultat de compromis entre les principaux partis politiques(62).

Cet usage entretient l'illusion d'un pluralisme politique, social et culturel de la Cour constitutionnelle. Surtout, il ne me paraît pas approprié à une institution dont la vocation est de préserver l'autonomie individuelle de chacun, fut-il politiquement minoritaire, socialement défavorisé ou culturellement marginal. L'intérêt de voir la Constitution respectée appartient à chaque citoyen, et pas seulement à ceux qui se reconnaissent dans les partis politiques dominants. On sait que, dans la logique de la démocratie représentative, il est parfois tentant pour la majorité de négliger les intérêts de quelques-uns au respect de la Constitution lorsque ces intérêts sont éloignés des préoccupations des catégories dominantes de la population, celles dont les intérêts sont directement pris en charge par les partis politiques les plus représentatifs. La mission d'une Cour constitutionnelle, qui entend assumer pleinement son rôle de contre-pouvoir, est alors d'écouter et, s'il échet, de protéger ceux dont les intérêts ont été délaissés dans les hémicycles parlementaires et les cénacles gouvernementaux. On touche ici à un défi majeur de la modernité juridique : préserver *les droits* des plus faibles dans un monde où *le droit* est omniprésent.

D'aucuns objecteront que les juges constitutionnels sont parés contre toute sollicitation d'allégeance politique. Aussitôt nommés, ils se débarrasseraient de leur chape politique comme le papillon de sa chrysalide. Le président Eisenhower, républicain convaincu, n'a-t-il pas déclaré que la nomination d'Earl Warren comme *Chief Justice* (président de la Cour suprême des Etats-Unis) était l'erreur la plus idiote (« *the biggest damn-fool mistake* ») qu'il ait jamais commise, tant Warren s'était finalement révélé un des juges les plus libéraux de toute l'histoire de la Cour suprême ? C'est le « miracle de la transfiguration », dont a coutume de parler le juge Paul Martens. La réalité est-elle vraiment aussi simple ? Dénier à tout juge une détermination à faire preuve de la plus grande indépendance traduit une profonde ingratitude. Mais croire que tout juge est capable de se départir,

(62) Voy. A.S. STONE, *Governing with Judges : Constitutional Politics in Europe*, Oxford University Press, 2000, p. 48 : « This bargaining process occurs in intense, behind-closed-doors negotiations. In practice, these negotiations determine which party will fill vacancies on the court, with allocations usually roughly proportionate to relative parliamentary strength ».

en toutes circonstances, de ses attaches politiques relève de l'angélisme. Comme souvent, la vérité est quelque part entre les deux.

Gardons toutefois de sombrer dans une candide naïveté. Il est évident que, si cette répartition politique n'était pas pratiquée, les juges constitutionnels seraient nommés au gré des alternances politiques, ce qui serait effectivement pire encore. A la supposer inévitable, la règle de la répartition politique des sièges à la Cour constitutionnelle serait pourtant beaucoup plus acceptable si le Parlement acceptait de jouer le rôle qu'on attend de lui. S'assurer que le candidat est un candidat enthousiaste et sérieux. S'assurer qu'il est capable de s'interroger sur le sens de la fonction qu'il convoite et sur la place de celle-ci dans l'aménagement de la Cité. S'assurer qu'il témoigne du souci d'une éthique professionnelle solide dans l'exercice de cette fonction. S'assurer que les convictions idéologiques ou politiques du candidat ne sont pas de nature à entraîner des bouleversements jurisprudentiels chaotiques. S'assurer que le candidat manifeste une adhésion claire aux valeurs fondamentales qui sont au cœur de l'Etat de droit constitutionnel et démocratique. Voilà ce qu'on attend du Parlement. Or, aujourd'hui, force est de constater que, dans la présentation des candidats, le Parlement ne joue pas son rôle. La liste double de candidats que la loi spéciale impose d'établir à la Chambre ou au Sénat, selon le cas, lui est dictée par le parti politique concerné et, le plus souvent, par le seul président du parti. C'est un déni parlementaire et un affront à la démocratie.

VI. LA COUR CONSTITUTIONNELLE EST COMPOSÉE DE JUGES DE SEXE DIFFÉRENT

A ce jour, deux femmes ont siégé à la Cour constitutionnelle, dont l'une a exercé la fonction de présidente. Une troisième y siège actuellement. Toutes trois ont été nommées au titre d'anciennes parlementaires. Si l'on compare la composition actuelle de la juridiction constitutionnelle belge avec celles des plus anciennes juridictions constitutionnelles européennes, seule l'Italie accuse un déséquilibre plus important. En effet, sur les quinze membres qui composent la Cour constitutionnelle italienne, on ne dénombre qu'une seule femme. Ailleurs, les rapports sont très variables : 2 sur 12 au Tribunal constitutionnel espagnol, 3 sur 9 au Conseil constitutionnel français (ou sur 12 si l'on compte les trois membres de droit que sont les anciens présidents de la République), 5 sur 16 à la Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 sur 14 à la Cour constitutionnelle autrichienne et 6 sur 13 au Tribunal constitutionnel portugais.

En réaction à une composition décidément très masculine de la Cour constitutionnelle, il s'est trouvé des parlementaires pour proposer l'application d'un quota. La loi spéciale du 6 janvier 1989 a été modifiée en ce

sens le 9 mars 2003(63). Elle prévoit, en son article 34, que la Cour doit être « composée de juges de sexe différent ». Cette mesure s'inscrit dans le droit fil de l'ajout, le 21 février 2002, à l'article 10 de la Constitution d'un troisième alinéa, ainsi libellé : « L'égalité des femmes et des hommes est garantie ».

Philosophiquement, une telle idée est problématique. Certes, l'humanité se caractérise par une irréductible dualité sexuelle. Comme l'a magistralement démontré Sylviane Agacinsky, les femmes et les hommes, loin de constituer comme tels une communauté, sont les éléments différenciés de toute communauté : « la différence des sexes, comme donnée naturelle biologique, fournit une structure générale que toutes les cultures vont traduire, chacune à sa façon »(64). Cette dichotomie ontologique de l'espèce humaine procède d'une vision de l'être humain inspirée d'un « universalisme sexué », selon l'expression de Gisèle Halimi. Et c'est précisément parce que l'humanité est sexuée qu'on ne peut construire de démocratie qui ne le soit pas elle-même. Cependant, si cette mixité essentielle et fondatrice du genre humain justifie pleinement une obligation de parité dans l'établissement des listes électorales, elle s'accommode plus difficilement de quotas dans la composition d'organes publics, car il s'agit là d'une formule qui revient à reléguer le sexe féminin au rang d'une minorité, donc d'une simple catégorie sociale. A la différence des « races » et des religions, par exemple, la distinction de sexe repose « sur une division anthropologique tenant au fait que nous sommes des êtres vivants, qui naissent, qui meurent, et qui se reproduisent sexuellement », une distinction universelle et naturelle qui « conditionne les cultures et les civilisations »(65).

Qui plus est, le quota retenu en Belgique est dérisoire. Quitte à continger, le législateur spécial aurait été bien inspiré d'imposer la présence d'au moins une femme par groupe linguistique, voire, dans chacun de ceux-ci, d'au moins une femme par catégorie socioprofessionnelle. Une telle règle s'inscrirait en parfaite cohérence avec le système croisé de double parité évoqué ci-dessus. Avec un minimum légal de quatre femmes, la Cour constitutionnelle belge gagnerait assurément en légitimité. Tel est l'objet d'une proposition de loi spéciale modifiant l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, déposée le 21 septembre 2012 sur le bureau de la Chambre des représentants par Mme Eva Brems et consorts(66). Une proposition identique a été déposée au Sénat le 14 novembre 2012 par Mmes Zakia Khattabi et Freya Piryns(67). Ces

(63) Voy. S. WEERTS, « La présence obligatoire des femmes parmi les juges de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après...*, op. cit., pp. 37-62.

(64) S. AGACINSKY, *Politique des sexes*, Paris, Seuil, 1998, p. 20.

(65) S. AGACINSKY, « Construire la parité », in *La plus belle histoire des femmes*, Paris, Seuil, 2011, p. 272.

(66) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2011-2012, n° 53-2420/1.

(67) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2011-2012, n° 5-1843/1.

propositions aboutissent à imposer que la Cour soit composée d'un tiers de personnes du même sexe. Une autre proposition de loi spéciale a été déposée le 18 janvier 2011 par Mmes Sabine de Bethune et Cindy Franssen, qui vise à prévoir dans l'article 34 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 que la Cour « compte au maximum deux tiers de juges du même sexe » (68). Cependant à la différence des deux précédentes, cette dernière proposition n'opère aucune répartition entre les catégories de juges.

CONCLUSION

On le voit, tout éventuel candidat à un siège vacant à la Cour constitutionnelle doit être attentif à plusieurs éléments. Est-il âgé de 40 ans accomplis ? Possède-t-il la bonne expérience professionnelle et, si oui, remplit-il toutes les conditions liées à cette expérience ? La langue de son diplôme ou de son groupe correspond-elle à la coloration linguistique du siège vacant ? Est-il disposé à faire allégeance au parti politique à qui revient ce siège et, mieux encore, est-il dans les bonnes grâces de celui ou de celle qui préside aux destinées du parti en question ? Éventuellement, est-il une femme ? Éventuellement encore, a-t-il une connaissance suffisante de la langue allemande ? Enfin, dernier élément – qui ne découle pas tant de la loi que de son esprit –, est-il un candidat sérieux et enthousiaste ?

La composition de la Cour constitutionnelle est-elle irréprochable ? Certes, aucun mode de nomination « n'est sans reproches, aucun n'est exempt de conséquences fâcheuses, aucun n'est sans effets pervers » (69). Certes encore, la Cour, avec la composition qui est la sienne, fait-elle « partie des organes de compromis grâce auquel nous vivons en paix dans un pays présentant les symptômes qui en ont mené d'autres à la guerre civile » (70). Elle a pu ainsi « gagner le respect nécessaire non seulement des hommes politiques, mais aussi celui des citoyens » (71). Pourtant, le mode de composition retenu par le législateur spécial appelle de sérieuses réserves. Et il n'est pas interdit de penser que ce mode de composition n'est pas tout à fait étranger à la

(68) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-660/1. Mme Sabine de Bethune avait déjà déposé précédemment des propositions identiques : voy. *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2-1445/1 ; *Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 2003, n° 3-174/1. Comp. avec les propositions de loi spéciale déposées par Mme Dominique Tilmans et qui visent à composer la Cour constitutionnelle « de 40 % de juges de sexe différent de celui des autres juges » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2008-2009, n° 4-1310/1) ou « de 40 % de juges de sexe féminin » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-381/1).

(69) D. SCHNAPPER, *Une sociologue au Conseil constitutionnel*, Paris, Gallimard, 2010, p. 194.

(70) P. MARTENS, in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, p. 317.

(71) G. VERHOSTADT, Intervention du Premier ministre lors de la séance académique célébrant le changement de dénomination de la Cour d'arbitrage en Cour constitutionnelle, Bruxelles, 9 mai 2007 (<http://www.presscenter.org/files/ipc/import/pressrelease/pdf/7a2fb9c91fe18ab563e142d465f2d6ac-fr.pdf>).

pusillanimité ou au conservatisme de certains arrêts. Ni qu'il peut incliner la Cour à une déférence excessive à l'égard du pouvoir législatif.

La légitimité de la composition d'une juridiction constitutionnelle détermine-t-elle la légitimité de l'institution elle-même ?

Il n'est pas douteux que la légitimité d'une juridiction constitutionnelle, que ce soit en Europe ou aux Etats-Unis, tient aux conditions et aux modalités de désignation de ses membres. Elle se prête donc à une approche organique. Comme l'écrivait le professeur Louis Favoreu, « la composition des juridictions constitutionnelles conditionne la légitimité de la justice constitutionnelle » et « la recherche de la légitimité impose un certain type de composition des juridictions constitutionnelles »(72).

Cela étant, on ne dira jamais assez que toute tentative de légitimation d'une institution doit prolonger l'approche organique par une approche procédurale et fonctionnelle, une approche en termes de limites substantielles à l'action des juges(73). C'est pourtant là un enseignement majeur de la pensée des Lumières, qui entend « privilégier ce qu'on choisit et décide soi-même, au détriment de ce qui nous est imposé par une autorité extérieure »(74). En d'autres termes, les décisions juridictionnelles, comme d'ailleurs les décisions politiques, « ne peuvent plus trouver une légitimité durable si elles se fondent sur le seul argument d'autorité d'un pouvoir »(75). La légitimité d'une institution tient autant à ce qu'elle fait qu'à ce qu'elle est, ce qui revient à dire que l'institution est dépositaire de sa propre légitimité.

(72) L. FAVOREU, « La légitimité du juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 571 ; ID., « La légitimité de la justice constitutionnelle et la composition des juridictions constitutionnelles », *op. cit.*, pp. 230 et 235.

(73) Pour de plus amples développements, voy. M. VERDUSSEN, *Les douze juges – La légitimité de la Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Labor, 2004 ; ID., « Un procès constitutionnel légitime », in *Renouveau du droit constitutionnel – Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 473-486 ; ID., *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, pp. 385-406.

(74) T. TODOROV, *L'esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006, p. 10.

(75) P. COPPENS, « Objectivité et légitimité des décisions constitutionnelles », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 72.