

# LA FONCTION DE RÉFÉRENDAIRE

## À LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

### 1. Généralités

En 1980, la structure fédérale de l'État belge basée sur des communautés et des régions a imposé la nécessité de créer une Cour constitutionnelle. Étant donné l'absence de hiérarchie entre lois (législateur fédéral), décrets (communautés et régions) et ordonnances (Région de Bruxelles-Capitale), il s'est avéré nécessaire de créer un organe arbitral habilité à résoudre les conflits entre ces normes. Il a donc été décidé de créer la « Cour d'arbitrage » en 1980, et de la rebaptiser en 2007 en « Cour constitutionnelle ».

Au départ, la compétence de la Cour fut limitée à la résolution de conflits de compétence, mais elle a été étendue, à la suite du transfert aux communautés des compétences en matière d'enseignement par la loi spéciale du 6 janvier 1989, au contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard des articles 10 (égalité), 11 (non-discrimination) et 24 (liberté d'enseignement) de la Constitution. L'accès à la Cour a également été étendu. Alors qu'au départ, les autorités politiques étaient les seules à pouvoir introduire des requêtes, il a été décidé en 1989 que des personnes physiques et morales pourraient également s'adresser à la Cour.

En 2003, les compétences de la Cour ont à nouveau été élargies : elle a été habilitée à contrôler des normes législatives au regard de tous les articles du titre II « Des Belges et de leurs droits » et des articles 170 (principe « no taxation without representation »), 172 (principe d'égalité en matière fiscale) et 191 (principe d'égalité également appliqué aux étrangers). La dernière modification des compétences de la Cour remonte pour l'instant à 2015. La Cour est désormais également habilitée à vérifier la constitutionnalité d'une consultation populaire éventuellement organisée par une région, et à exercer un contrôle des décisions de la Commission de contrôle des dépenses électorales pour les élections de la Chambre des représentants. La Cour peut donc soumettre la consultation populaire régionale à un examen portant aussi bien sur le respect des normes qu'elle contrôle habituellement que sur le respect du décret organique ou de l'ordonnance organique, mais pas sur l'opportunité de la consultation populaire. La compétence relative aux dépenses électorales est nouvelle : la Cour

peut contrôler la légalité des décisions de la Commission de contrôle, et en cas d'infractions en matière de dépenses électorales, elle peut imposer une ou plusieurs sanctions aux candidats élus pour siéger à la Chambre des représentants. De nouveau, la Cour n'est pas habilitée à examiner l'opportunité de la décision.

## 2. Composition

La Cour constitutionnelle se compose de six juges néerlandophones et de six juges francophones.

Six juges siègent sur la base de leur expérience juridique en tant que magistrat à la Cour de cassation, au Conseil d'État, à la Cour des comptes, en tant que référendaire à la Cour constitutionnelle ou en tant que professeur d'université.

Six autres juges siègent sur la base de leur expérience en tant que parlementaires.

La Cour se compose dès lors pour moitié d'anciens mandataires politiques, qui ne doivent pas nécessairement être juristes. Les juges ne sont pas élus par la population, mais nommés à vie par le Roi sur une liste de deux candidats présentée, à tour de rôle, par la Chambre des représentants et par le Sénat. Pour être nommé, un candidat doit recueillir au sein de la chambre législative une majorité des deux tiers.

Cette composition est liée à la particularité des litiges que la Cour a à trancher et qui ont souvent une dimension politique importante.

À l'époque, la présence d'anciens mandataires politiques fut considérée comme un rempart supplémentaire contre ce qu'on qualifiait de '*gouvernement des juges*'.

La Cour dispose d'un président néerlandophone et d'un président francophone assurant chaque année en alternance la présidence de la Cour.

La composition de la Cour constitutionnelle fait ressortir différents équilibres :

- un équilibre entre le nombre de juges néerlandophones et francophones;
- un équilibre entre néerlandophones et francophones sur le plan du fonctionnement de la Cour;

- un équilibre entre le nombre de membres disposant d'une expérience de magistrat et ceux disposant d'une expérience d'ancien parlementaire.

La Cour doit également être composée de juges de sexe différent. Il est toutefois prévu qu'elle doit comprendre au moins 1/3 de juges de chaque sexe, répartis entre mandataires politiques et juristes. Le législateur a néanmoins prévu une disposition transitoire stipulant que la règle de 1/3 de juges de chaque sexe n'entrera en vigueur qu'au moment où la Cour comptera au moins 4 juges de chaque sexe. Tant que cette répartition n'est pas atteinte, un juge de sexe féminin doit être désigné lorsque les 2 nominations précédentes ont concerné des juges de sexe masculin.

Les juges sont assistés par des référendaires (18 actuellement, mais seulement 16 en pratique).

### 3. La mission du référendaire

#### 3.1. Introduction

Comme nous l'avons déjà souligné, lorsqu'il a créé la Cour d'arbitrage en 1983, le législateur a prévu qu'elle soit composée non seulement de juges, mais aussi d'un corps de référendaires. Ce corps a été calqué sur celui des référendaires auprès de la Cour de justice de l'Union européenne. En Belgique, la Cour constitutionnelle et le Conseil d'Etat furent les premières juridictions à faire usage de la fonction de référendaire. La Cour de cassation a dû attendre 1997 pour leur emboîter le pas.

Basé sur le mot latin « *re-ferre* », rapporter, et plus précisément sur sa déclinaison « *referenda* », qui signifie « celui qui doit rapporter », le terme « référendaire » désigne celui qui est chargé de rapporter ce qui doit l'être. D'un point de vue étymologique, le mot fait donc référence à la mission d'information et à la relation de confiance et de subordination; le référendaire est le proche collaborateur, il est celui qui est chargé de la tâche essentielle lors de l'exercice d'une compétence, sans toutefois disposer de la compétence proprement dite.

Le titre de « référendaire » est ancien étant donné qu'il apparaît déjà à l'époque de l'Empire byzantin, où le référendaire était un officier chargé de présenter les demandes de l'empereur

et de transmettre ses décisions aux intéressés. On retrouve également la trace de référendaires durant les premières années du Royaume de France.

### 3.2. Mission

Les référendaires auprès de la Cour constitutionnelle sont chargés d'une mission juridique. Cependant, celle-ci n'a été décrite ni dans la loi ordinaire de 1983, ni dans la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, parce que le législateur a jugé opportun de permettre à la Cour d'en tracer elle-même le contenu. A l'heure actuelle, la quasi-totalité des référendaires auprès des multiples cours et tribunaux sont chargés de cette mission classique, mais au moment de la création de la Cour constitutionnelle, en 1983, il s'agissait d'une nouveauté !

Lorsqu'il a adopté la loi ordinaire du 28 juin 1983 portant l'organisation, la compétence et le fonctionnement de la Cour d'arbitrage, le législateur a opté pour un système dynamique et a laissé à la Cour le soin de définir elle-même le statut du référendaire. Les travaux préparatoires s'y rapportant ont souligné que les référendaires assistent les membres-rapporteurs (juges) sur le plan juridique. Dans leur fonction, ils pouvaient également être appelés à participer à l'instruction des affaires dont la Cour était saisie. Il a également été stipulé explicitement que les référendaires « sont des personnes jeunes et compétentes bénéficiant de la confiance des membres de la Cour ». C'est pourquoi ils doivent être âgés de 25 ans révolus, être docteurs ou licenciés en droit et s'être classés en ordre utile lors d'un concours organisé par la Cour elle-même. Selon les travaux préparatoires, cette procédure de nomination offre « les meilleures garanties de compétence et permet d'attendre une grande efficacité de cette institution lors de la constitution des dossiers et la préparation des arrêts ». A l'origine, les référendaires étaient nommés pour une période renouvelable de cinq ans; à l'heure actuelle, les référendaires sont nommés pour une durée indéterminée après avoir accompli un stage de 3 ans. Le législateur a semble-t-il opté pour l'installation du référendaire parce que les juges se composent pour moitié d'anciens parlementaires, qui ne doivent donc pas nécessairement disposer d'une formation de juriste.

Après que la Cour ait montré aux chambres législatives qu'elle méritait leur confiance, le législateur a remplacé en 1989 la loi ordinaire par une loi spéciale, en l'occurrence la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, et il a également adapté le statut de

référéndaire. Dans les travaux préparatoires de celle-ci, le législateur a indiqué que la fonction de référéndaire auprès de la Cour constitutionnelle doit être définie comme étant « celle d'un conseiller juridique assistant le juge qui doit prendre une décision ».

En fait, chaque référéndaire est chargé d'assister un juge de la Cour. Compte tenu de la composition des juges et des référéndaires, l'on peut affirmer concrètement que chaque juge a à son service un référéndaire et demi. Notez qu'il n'est pas fait usage de spécialisations. Lorsqu'une affaire parvient au greffe de la Cour, elle se voit attribuer un numéro de rôle, en fonction duquel elle est assignée à tel ou tel juge, ainsi qu'à son référéndaire. Ni les juges ni les référéndaires ne peuvent choisir leurs affaires de prédilection. Il n'y a pas non plus de screening des affaires. L'affaire est attribuée au référéndaire du premier juge-rapporteur, selon une clé de répartition complexe. A cet instant, le référéndaire contrôle seulement si une procédure sommaire peut être appliquée (arrêt semblable, incompétence ou irrecevabilité) et complète les mots-clés de l'affaire.

La mission du référéndaire correspond à celle que le législateur avait envisagée; il procède à l'examen préparatoire du recours introduit ou de la question préjudicielle; il établit un projet d'arrêt conjointement avec le premier juge-rapporteur, rédige également les rapports nécessaires et effectue les recherches juridiques utiles en la matière. Les référéndaires ne participent jamais au délibéré. L'on craignait que le référéndaire devienne le 13e juge et que cela devore tout son temps. Il y a bien entendu un inconvénient : le juge devant défendre le projet lors du délibéré, il doit pouvoir l'expliquer dans les moindres détails.

Il est parfois demandé aux référéndaires d'écrire des notes de recherche pour expliquer certaines difficultés liées à des affaires spécifiques. D'autre part, ils peuvent être chargés d'écrire des discours que les Présidents ou les juges prononceront à l'occasion de différents colloques.

### 3.3. La sélection

Le législateur a compris qu'il fallait mettre à l'arrière-plan le rapport de force entre le « conseiller juridique » et le juge, au profit d'une relation de confiance entre le juge et le référéndaire. Il s'est à nouveau inspiré de l'exemple luxembourgeois donné par la Cour de justice de l'Union européenne, qui permet au juge de désigner lui-même son référéndaire.

Pour ce faire, le juge se laisse en partie guider par des motifs d'ordre culturel. Même si un référendaire est attaché à son juge, il n'en demeure pas moins que tous les référendaires assistent la Cour dans son fonctionnement; ils sont considérés comme faisant partie de l'institution.

C'est à la Cour qu'il incombe de construire la relation de confiance; c'est la raison pour laquelle, même après la création du Conseil supérieur de la justice, elle continue d'organiser elle-même ses examens de recrutement de référendaires. Elle ne fait pas qu'organiser elle-même les examens de recrutement, elle en désigne également le jury d'examen, qui se compose pour moitié de juges de la Cour. Dans la pratique, le jury d'examen rassemble 4 juges de la Cour (le rôle linguistique est déterminé par celui de la place vacante). En conformité totale avec son autonomie, la Cour constitutionnelle est également habilitée à nommer ses référendaires.

Le concours comprend deux parties. Il y a d'abord un examen écrit qui prend une journée entière. Le matin, les candidats doivent répondre à une question théorique dans le domaine du droit constitutionnel (ils doivent p. ex. commenter le statut de la loi au regard de la Constitution) et l'après-midi, ils doivent écrire un projet d'arrêt sur une affaire dont la Cour a effectivement déjà été saisie, mais sur laquelle elle ne s'est bien sûr pas encore prononcée. La deuxième partie consiste en un examen oral, durant lequel le candidat doit répondre à des questions de droit constitutionnel. Pour pouvoir participer à la deuxième partie, le candidat doit avoir obtenu au moins 60 % à la première partie. Le pourcentage de réussite est très faible.

Comme nous l'avons déjà souligné, un candidat retenu doit être âgé de 25 ans révolus et disposer d'un diplôme de master ou docteur en droit.

La quasi-totalité des référendaires ont un parcours académique (doctorants ou assistants) lié à la nature même du concours de recrutement, à savoir une connaissance très approfondie du droit constitutionnel belge. Les référendaires proviennent des différentes universités belges (ainsi, les néerlandophones sont originaires des établissements suivants : UA, VUB, Ugent, et KULeuven).

A la Cour constitutionnelle, la relation de confiance entre un juge et son référendaire est très importante. Il attend de ce dernier qu'il prépare les projets, rédige des amendements, des notes de recherche, etc. C'est la raison pour laquelle la confiance est capitale, car elle veille à une bonne compréhension entre le juge et son référendaire.

D'autre part, un référendaire travaille aussi en étroite collaboration avec le référendaire du deuxième juge-rapporteur.

#### 3.4. Le caractère définitif de la nomination

A l'occasion de l'élaboration de la loi spéciale du 6 janvier 1989, le caractère définitif ou non de la nomination du référendaire a fait l'objet d'un vaste débat. Lors de la création de la Cour d'arbitrage, en 1983, le législateur a opté pour un mandat temporaire de 5 ans, renouvelable indéfiniment pour une nouvelle période de 5 ans. La philosophie sous-jacente était que les référendaires devaient être des personnes jeunes, dotées d'une certaine expérience juridique, qui rempliraient seulement une fonction temporaire à la Cour. Pour rendre ce mandat temporaire un tant soit peu attractif, le législateur a prévu des mesures transitoires facilitant la mobilité des référendaires vers d'autres fonctions, comme la fonction publique, l'ordre judiciaire et même le Conseil d'Etat. L'examen de recrutement a été mis sur un pied d'égalité avec celui du Conseil d'Etat et avec d'autres examens à passer pour pouvoir être nommé à d'autres postes. Le traitement était celui d'un substitut du Procureur du Roi.

Il a toutefois été constaté que si l'on souhaitait que la Cour puisse continuer à fonctionner avec des juristes compétents spécialisés en droit constitutionnel, il était indispensable de rendre le statut de référendaire définitif. En outre, la qualité de la première génération de référendaire a été très fortement évaluée (actuellement, deux d'entre eux ont même été nommés en qualité de juge à la Cour constitutionnelle), de sorte que leur statut a été adapté tant sur le plan financier que sur le plan de la sécurité d'emploi.

C'est la raison pour laquelle la fonction de référendaire bénéficie d'une nomination à titre définitif depuis 1989. Leur régime pécuniaire en période de stage a été aligné sur celui des membres du bureau de coordination du Conseil d'Etat, et il en va de même pour les augmentations barémiques et le régime de sécurité sociale. De plus, après une période de stage de trois ans, les référendaires sont nommés en qualité de magistrat et leur traitement est alors aligné sur celui des auditeurs au Conseil d'Etat.

### 3.5. La composition du corps des référendaires

La loi spéciale définit seulement le nombre maximum de référendaires, qui est actuellement fixé à 24, après être passé de 10 à 14, laissant à la Cour le soin de décider du nombre de référendaires dont elle a réellement besoin. De plus, la Cour doit respecter la parité linguistique, c'est-à-dire disposer d'autant de référendaires francophones que néerlandophones. Le rôle linguistique du référendaire est déterminé par la langue de son diplôme.

Les référendaires doivent justifier d'une connaissance suffisante de la seconde langue nationale sur la base d'un examen linguistique, et au moins un référendaire d'expression française doit également justifier d'une connaissance suffisante de l'allemand.

Depuis 2003, le nombre de référendaires peut être porté à 24; le législateur spécial a jugé cette augmentation nécessaire en raison de l'élargissement des compétences de la Cour opéré en 2003. Dans les travaux préparatoires, il a été précisé que chaque juge pouvait dorénavant disposer de 2 référendaires, mais les Présidents de la Cour constitutionnelle ont explicitement déclaré, lors de leur audition, qu'ils se réservent le droit de déterminer eux-mêmes combien de référendaires supplémentaires pourront être mobilisés et pour quelles fonctions.

Conformément à la répartition actuelle, un juge a à sa disposition un référendaire et demi.

Cinq référendaires sur 18 sont toujours occupés (2 ont été nommés juge à la Cour constitutionnelle, 2 sont devenus conseiller d'Etat au Conseil d'Etat) et 1 a accédé à l'éméritat. Seulement 6 référendaires ont quitté la Cour constitutionnelle. L'ancienneté moyenne des référendaires est de 17 ans.

### 3.6. Possibilités de carrière

Seuls quelques référendaires ont quitté la Cour constitutionnelle pour un autre emploi. Au cours des 20 dernières années, 11 référendaires ont quitté la Cour de manière temporaire ou

permanente. La plupart des référendaires sont aussi toujours actifs dans le monde universitaire, soit comme assistant, comme assistant doctorant ou comme professeur.

La situation du référendaire est comparable à celle des auditeurs au Conseil d'Etat. La réussite de l'examen de référendaire leur donne accès à la fonction de conseiller d'Etat, et même à celle de juge à la Cour constitutionnelle, pour autant qu'ils respectent la condition d'âge imposée et qu'ils totalisent les 5 années d'expérience requises à la Cour constitutionnelle.

Ils ont également accès aux fonctions juridiques, mais cette spécificité ne s'applique qu'aux référendaires que la Cour occupait déjà avant 2007.