

## Contentieux électoral et principe d'égalité

Frédéric BOUHON<sup>1</sup>

Professeur à l'Université de Liège

*Le mécanisme de la vérification des pouvoirs a des effets inégalitaires qui semblent désormais juridiquement injustifiables, de sorte que, malgré l'ambiguïté de l'arrêt Mugemangango, le contentieux post-électoral ne devrait plus être confié aux assemblées parlementaires.*

Il n'existe sans doute pas de sujet de droit constitutionnel que le professeur Jan Velaers n'ait pas examiné en profondeur et avec le plus grand soin. Il était donc particulièrement difficile d'en sélectionner un pour lui rendre hommage au moment de son accession à l'éméritat. À défaut d'identifier un critère scientifique et rationnel, c'est donc avec le cœur que j'ai choisi : de toutes les belles rencontres avec Jan Velaers, de toutes les occasions où il a accepté de soutenir avec talent et disponibilité les projets d'un plus jeune universitaire, je retiens d'abord son intervention dans le jury de ma thèse de doctorat. Celle-ci confrontait le droit électoral au principe d'égalité.<sup>2</sup> Parmi les critiques adressées à l'égard de mon travail, figure notamment celle de ne pas avoir abordé le contentieux électoral qui, pourtant, aurait lui aussi mérité un examen à l'aune du principe d'égalité. Ce manquement assumé, mêlé au souvenir des conseils prodigués par Jan Velaers, m'amène aujourd'hui à saisir l'opportunité de ce *Liber amicorum* pour y revenir.

### I. Principe de la vérification des pouvoirs

La Belgique fait partie des quelques rares États qui confient encore aux assemblées législatives le soin de vérifier elles-mêmes les pouvoirs de leurs membres.<sup>3</sup> Seuls six autres États membres du Conseil de l'Europe appliquent encore aujourd'hui le système de la vérification des pouvoirs par l'intermédiaire des assemblées élues.<sup>4</sup> Ainsi, les parlements de l'autorité fédérale et des entités fédérées, lorsqu'ils tiennent leur première réunion après les élections, doivent d'abord vérifier que leurs membres satisfont bien aux conditions d'éligibilité et répondre aux contestations électorales. Ces opérations sont effectuées selon des procédures qui varient d'un parlement à l'autre, mais qui reposent sur les mêmes principes : les recours sont en règle d'abord traités par une ou plusieurs commissions *ad hoc* dont les membres sont tirés au sort ; la commission prend position à l'issue d'un vote et transmet les dossiers à l'assemblée plénière qui se prononce définitivement et appelle les personnes dont l'élection a été confirmée à prêter serment.<sup>5</sup>

1 Si le présent texte est le fruit de la pensée personnelle de l'auteur, les recherches qui alimentent certains passages ont été menées en collaboration avec Léna Geron et Andy Jousten, tous deux doctorants au sein du Centre de droit public et constitutionnel et des droits de l'homme de l'Université de Liège. Ces travaux communs mèneront dans le courant de 2022 à une publication sous la forme d'un *Courrier hebdomadaire du CRISP*.

2 F. BOUHON, *Droit électoral et principe d'égalité. L'élection des assemblées législatives nationales en droit allemand, belge et britannique*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

3 Voy. l'article 48 de la Constitution ; l'article 31, §§ 1er à 4, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 ; l'article 22, §§ 1 à 4, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises ; l'article 50 de la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Parlement de la Communauté germanophone.

4 Le Luxembourg, les Pays-Bas, l'Italie, le Danemark, l'Islande et la Norvège. Cette liste est donnée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son récent arrêt *Mugemangango c. Belgique* – évoqué *infra* – et a pu être corroborée par nos propres recherches.

5 Pour les détails, voy. l'article 2 du règlement de la Chambre des représentants ; les articles 3 à 5 du règlement du Sénat ; l'article 3 du règlement du Parlement flamand ; l'article 7 du règlement du Parlement wallon ; l'article 2 du règlement du Parlement de la Communauté française ; les articles 7 et 8 du règlement du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale ; l'article 14 du règlement du Parlement de la Communauté germanophone.

## II. Justifications originales

Le principe selon lequel l'assemblée procède elle-même à la vérification des pouvoirs de ses membres puise ses racines dans le développement du régime parlementaire, spécialement en Angleterre. Pour gagner en force politique, la *House of Commons* n'a eu de cesse de chercher à renforcer son autonomie par rapport à la Couronne. Dans cette perspective s'est développé le *composition privilege*, dont on trouve des traces sous la dynastie des Tudors et qui a fini par s'imposer judiciairement avec l'affaire *Barnardiston v Soame* de la *Court of Exchequer* en 1674,<sup>6</sup> avant d'être intégré dans le *Bill of Rights* de 1689.

C'est donc essentiellement la séparation des pouvoirs qui justifiait originellement la prérogative du Parlement en matière de contentieux électoral : en excluant l'intervention du pouvoir exécutif, mais aussi des juges qui pourraient lui être soumis, l'assemblée s'assure de ne pas voir sa composition manipulée et l'exercice de ses compétences altéré par cette influence. L'institution est un instrument de l'indépendance des assemblées élues.<sup>7</sup>

En outre, le mécanisme d'autocontrôle et le rejet de la juridictionnalisation du contentieux électoral s'inscrivent aussi dans la pensée de Montesquieu selon laquelle les juges ne sont que la bouche de la loi et doivent être tenus à l'écart de la création de la norme et de l'exercice du pouvoir. Ils se concilient par ailleurs avec la thèse de Jean-Jacques Rousseau pour qui la volonté générale – qui prend forme au sein de l'assemblée parlementaire – doit être le souverain absolu, ce qui suppose la suprématie de l'assemblée législative et l'absence de contrôle exercé envers elle, même lorsqu'il s'agit de sa composition.<sup>8</sup> En 1830-31, le constituant belge avait vraisemblablement ces motifs à l'esprit et a introduit le mécanisme de la vérification des pouvoirs dans la loi fondamentale sans que cela ne suscite de grands débats.<sup>9</sup> La formule retenue dans l'article 34 de la Constitution – aujourd'hui 48 – correspond à celle de l'article 94 de la Constitution du Royaume-Uni des Pays-Bas de 1815.<sup>10</sup>

## III. Critiques contemporaines (mais déjà anciennes)

L'eau a coulé sous les ponts de la Tamise et les temps ont changé. Les monarques absolus d'Europe ont été renversés ou ont dû progressivement renoncer à de nombreuses prérogatives, tandis que le parlementarisme a atteint son essor et a été complété (mais aussi amendé) par le développement de la démocratie représentative, régime au sein duquel les partis politiques ont proliféré. Les rapports entre les assemblées et le pouvoir exécutif s'en sont trouvés bouleversés. D'une part, les parlements n'ont plus à craindre l'abus d'influence du chef de l'État, spécialement dans les monarchies européennes où ses prérogatives se sont émoussées ; d'autre part, les partis cherchent du moins dans le cadre des régimes électoraux proportionnels à y former une coalition, en vue de disposer de la majorité des sièges et de pouvoir soutenir un gouverne-

6 L'affaire est notamment évoquée par E. CAMPBELL, « Expulsion of Members of Parliament », *The University of Toronto Law Journal*, vol. 21, 1971, p. 16.

7 Voy. not. X. PHILIPPE, « En guise d'introduction : réflexion sur le pouvoir électoral », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2019, p. 16. R. GHEVONTIAN, « Eugène Pierre et la vérification des pouvoirs », in ID. (dir.), *Eugène Pierre, précurseur du droit parlementaire contemporain*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 95.

8 R. GHEVONTIAN, *op. cit.*, p. 97.

9 W. VAN DEN STEENE, *De Belgische grondwetscommissie (oktober-november 1830): Tekst van haar notulen en ontstaan van de Belgische grondwet*, Bruxelles, Palais des Academies, 1963, p. 103 et l'annexe intitulée PL XII-XIII, folio 4r. Les membres se sont bornés à noter que « [l]a Chambre vérifie les pouvoirs ».

10 Cf. de façon mesurée en ce sens : J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, tome II, Bruges, die Keure, 2019, pp. 174-175. E. Descamps-David identifie une filiation entre cette disposition constitutionnelle et l'article 19 de l'arrêté précité du gouvernement provisoire adopté le 12 octobre 1830, qui prévoit le principe de la vérification des pouvoirs des membres du Congrès national par ses élus et le règlement du Congrès national (E. DESCAMPS-DAVID, *La mosaïque constitutionnelle. Essai sur les sources du texte de la Constitution belge*, Louvain, Charles Peeters, 1891, p. 49).

ment dont les membres sont issus de leurs rangs. Dans ce contexte, la majorité parlementaire se trouve en pratique étroitement liée au gouvernement, dont elle n'est guère séparée au sens de la théorie de Montesquieu. Seule l'opposition parlementaire, plutôt que le Parlement dans son ensemble, peut alors encore véritablement jouer le rôle de contrepoids politique.

Dans cette configuration, confier au Parlement – comprenez : à la majorité de ses membres – la faculté de trancher le contentieux électoral revient presque à offrir au cœur du pouvoir (non plus le monarque d'autrefois, mais le gouvernement d'aujourd'hui) l'influence sur la composition du Parlement qu'on a jadis voulu lui retirer. Par l'intermédiaire de la majorité formée, ou en voie de l'être, au sein du Parlement, les partis qui s'entendent pour constituer le futur gouvernement se trouvent en mesure de prendre des décisions intéressées en traitant le contentieux électoral.

Les élus – particulièrement ceux qui préfigurent la majorité – sont à la fois juges et parties. Même si la plupart des réclamations sont certainement traitées avec sérieux (notamment par les services des greffes qui préparent les dossiers), il peut être tentant, pour un député, d'écarter la requête introduite par un candidat qui, s'il venait à accéder au sein de l'assemblée, viendrait prendre sa propre place ou celle d'un collègue issu du même parti ou d'un parti associé au sein d'une coalition (le cas échéant, émergente). Après les élections, c'est un moyen de « [...] porter un dernier coup à l'adversaire ».<sup>11</sup>

Pour ces motifs, le principe de la vérification des pouvoirs est l'objet de vives critiques doctrinales depuis longtemps.<sup>12</sup> Les reproches exprimés à l'égard du système se sont toutefois amplifiés et internationalisés<sup>13</sup> au cours des dernières décennies, de sorte qu'aujourd'hui il n'y a plus guère de juristes disposés à le soutenir. À cet égard, le professeur Velaers considère sévèrement que « [d]e kritiek is van driërlei aard : het stelsel is aangetast door een interne inconsistentie, het gaat in tegen de meest elementaire beginselen van behoorlijke rechtsbedeling in een democratische rechtsstaat en is, *last but not least*, strijdig met de fundamentele rechten en vrijheden die in het EVRM zijn gewaarborgd ».<sup>14</sup>

#### IV. Réflexion à l'aune du principe d'égalité

Dans la thèse de doctorat défendue en présence du professeur Velaers, j'ai tenté d'examiner les règles de droit électoral à l'aune du principe d'égalité, entendu ici comme un principe politique susceptible de prendre corps dans des règles juridiques. Repartant de l'idée selon laquelle l'égalité est inhérente à la démocratie<sup>15</sup> – « der eigentliche Substanzbegriff der Demokratie », selon Gerhard Leibholz<sup>16</sup> –, j'ai essayé d'identifier les règles électorales qui, grâce au développement de la démocratie depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, assurent, au moins tendanciellement, l'égalité entre les

11 F. DELPÉREÉ, « Le contentieux électoral en Europe », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 13, 2002, p. 76.

12 Voy. not. A. DELEBECQUE, *Commentaire législatif des lois électorales de Belgique*, 1843, p. 227 ; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. II, Liège, Dessain, Paris, Giard & Brière, 1908, p. 470 ; P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, 2e éd., Paris, Giard & Brière, 1918, p. 176 ; P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 507.

13 Voy. par exemple la position de la Commission de Venise du Conseil de l'Europe, *Rapport sur le traitement du contentieux électoral*, 9-10 octobre 2020, pp. 13-14 (accessible ici : [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2020\)025-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2020)025-f)).

14 J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, Deel II, Bruges, die Keure, 2019, pp. 177-178.

15 Sur ce point, voy. not. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des Lois*, 1748, première partie, livre 5, chapitre 3 ; A. de TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835 et 1840, [réédition, Paris, Flammarion, 2008], p. 11 ; J. S. MILL, *Le gouvernement représentatif*, [ *Considerations on representative government*, 1861 ], Paris, Guillaumin, 1865, p. 151 ; H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Sirey, 1932, p. 2 ; H. VON ARMIN, « Der strenge und der formale Gleichheitssatz », *Die Öffentliche Verwaltung*, 1984, pp. 85-92, ici p. 86 ; G. BURDEAU, *Traité de science politique. Tome V : Les régimes politiques*, 3e édition, Paris, L.G.D.J., 1985, p. 514 ; R. DAHL, *Democracy and its critics*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1989, p. 86.

16 G. LEIBHOLZ, *Demokratie und Rechtsstaat*, Hannover, Niedersächsisch Landeszentrale für Heimatdienst, 1957, p. 13 (cité par E. BECHT, *Die 5%-Klausel im Wahlrecht: Garant für ein funktionierendes parlamentarisches*

gouvernés, c'est-à-dire la même influence électorale.<sup>17</sup> Par ailleurs, mon travail a cherché à démontrer que d'autres règles électorales tendent à répartir l'influence inégalement entre les gouvernés et que cela peut être justifié juridiquement, dans une certaine mesure, par des objectifs d'intérêt général, tel que la volonté de favoriser l'efficacité ou la pérennité des institutions démocratiques, de développer certaines conceptions de la représentation politique ou de garantir l'effectivité de certains droits fondamentaux.

Ainsi, un seuil électoral légal ou naturel élevé – comme il en existe en Belgique – contribue à une certaine inégalité entre les gouvernés (ceux qui voudraient voter pour des petits partis ont peu d'espoir de voir leurs candidats préférés élus), mais permet, selon la Cour constitutionnelle, d'éviter une trop grande fragmentation des assemblées<sup>18</sup> et de favoriser « la formation de groupes politiques suffisamment cohérents au sein des organes représentatifs ».<sup>19</sup> Pour prendre un autre exemple, lié à l'organisation des campagnes électorales, le fait de laisser aux partis et aux candidats une marge de manœuvre importante dans la façon dont ils gèrent la propagande (choix des outils de communication, origine des ressources, ventilation des dépenses, etc.) est de nature à engendrer des inégalités, parfois considérables, mais contribue à l'effectivité de droits fondamentaux de la première importance, comme la liberté d'expression et la liberté d'association.<sup>20</sup>

Autrement dit, le droit électoral, tel qu'il est avalisé par les juridictions constitutionnelles et la Cour européenne des droits de l'homme, permet aux démocraties contemporaines des tendances inégalitaires. Celles-ci peuvent même être qualifiées d'oligarchiques dans la mesure où elles renforcent la position des acteurs dominants et spécialement des principaux partis.<sup>21</sup> L'appréciation juridique de ces règles est dès lors ambivalente : d'une part, on peut soutenir qu'une certaine inégalité entre les gouvernés est le prix à payer pour certains choix qui sont eux-mêmes juridiquement justifiables et de nature à asseoir des principes démocratiques ; d'autre part, les mêmes règles contribuent largement à faciliter le maintien au pouvoir de ceux qui l'exercent déjà. Elles offrent en effet aux dirigeants des principaux partis une position confortable d'où ils peuvent justifier, en se référant à des objectifs abstraits, la portée des normes qui leur profitent directement. Robert Dahl relève à cet égard la tendance qu'ont les gouvernants à se servir des théories disponibles pour justifier les avantages dont ils bénéficient : « [t]he most highly privileged members of a society – the political, social, and economic elites, if you will – typically espouse and, when they can, even enforce doctrines that justify their superiority ».<sup>22</sup>

Les règles juridiques qui organisent la vérification des pouvoirs appartiennent (aujourd'hui) à la catégorie des règles tendanciellement inégalitaires. En effet, elles attribuent à la majorité parlementaire un pouvoir de contrôle sur la composition de l'assemblée, aux dépens potentiels des candidats de partis tiers, et indirectement de leurs électeurs. Une fois cela établi, il reste à rechercher si les règles en cause, malgré leur tendance inégalitaire, peuvent bénéficier d'une justification juridique ou si elles ne reposent plus que sur des prétextes politiques inspirés par l'attrait du pouvoir. Pour essayer de répondre à cette question, il paraît indispensable d'aborder la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

*Regierungssystem?*, Stuttgart, Boorberg, 1990, p. 65). Traduction libre : « la véritable notion substantielle de la démocratie ».

- 17 Sur la signification donnée à cette notion, voy. F. BOUHON, *Droit électoral et principe d'égalité*, op. cit., pp. 89-92.
- 18 C.A., arrêt n° 30/2003 du 26 février 2003, B.22.6 ; C.A., arrêt n° 73/2003 du 26 mai 2003, B.19.6 ; C.A., arrêt n° 22/2004 du 4 février 2004, B.3.
- 19 C.A., arrêt n° 96/2004 du 26 mai 2004, B.11.1, alinéa 2 ; C.A., arrêt n° 103/2004 du 9 juin 2004, B.10, alinéa 2 ; C.A., arrêt n° 78/2005 du 27 avril 2005, B.13.2, alinéa 2. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt du 8 juillet 2008 (Gde Ch.), *Yumak et Sadak c. Turquie*, considérant n° 125.
- 20 Sur ce thème, on peut notamment renvoyer à Cour eur. D.H., arrêt du 19 février 1998, *Bowman c. Royaume-Uni*.
- 21 Sur le cas belge, on lira avec intérêt A.-E. BOURGAUX, *La démocratisation du gouvernement représentatif en Belgique, une promesse oubliée ?*, thèse, Université libre de Bruxelles, 2013.
- 22 R. DAHL, *On political equality*, New Heaven, Yale University Press, 2006, p. 25.

### V. Arrêt *Grosaru* et allusion (*maladroite*) aux démocraties établies

La Cour de Strasbourg a prononcé plusieurs arrêts pertinents pour le sujet étudié. Parmi les plus importants, il convient d'évoquer l'arrêt *Grosaru* du 2 mars 2010. Candidat déçu aux élections législatives organisées en Roumanie en 2000, Mircea Grosaru a introduit un recours contre les décisions des autorités électorales de son pays ; conformément au droit en vigueur, l'affaire a abouti en dernier ressort devant la commission de validation des élections, organe composé de 30 membres de la Chambre des députés, qui a rejeté la contestation. Saisie par l'intéressé, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'État roumain avait confié le contentieux postélectoral à des organes dont la composition ne paraît « pas de nature à fournir un gage suffisant d'impartialité ».<sup>23</sup> Dans cette affaire, la haute juridiction européenne a conclu à la violation de l'article 3 du Premier Protocole additionnel et de l'article 13 de la Convention.

Au printemps 2010, le prononcé de cet arrêt a soulevé la question de savoir si d'autres États – et notamment la Belgique – devaient craindre une condamnation similaire. Le débat s'est en particulier cristallisé sur un passage pour le moins curieux – pour ne pas dire maladroit<sup>24</sup> – de l'arrêt *Grosaru*. La Cour a en effet énoncé, à propos de trois États qui confient le contentieux postélectoral à la seule assemblée élue – la Belgique, l'Italie et le Luxembourg –, qu'ils « jouissent d'une longue tradition démocratique qui tend à dissiper les doutes éventuels quant à la légitimité d'une telle pratique ».<sup>25</sup> On a pu se demander si cette affirmation pouvait être comprise comme une approbation, par la Cour, du système en vigueur en Belgique. Même si une réponse positive a parfois été offerte à cette question, notamment par certains responsables politiques,<sup>26</sup> il nous semble nécessaire de relativiser la portée de cette phrase.<sup>27</sup> En outre, on peut s'étonner de ce que la tradition démocratique qui caractérise la Belgique puisse générer auprès d'un organe de contrôle comme la Cour de Strasbourg une confiance telle qu'il en résulterait un contrôle différent (moins strict ?) que celui qu'elle applique aux autres États.

### VI. Contraste sur le terrain : des épisodes qui suscitent le doute

Le scepticisme est d'autant plus marqué que l'histoire politique belge offre un certain nombre d'exemples qui ne dissipent pas, mais au contraire accroissent « les doutes éventuels quant à la légitimité d'une telle pratique » d'autocontrôle du résultat des élections.

On peut par exemple évoquer la situation survenue en 1928, au sujet de la vérification des pouvoirs d'Auguste Borms. Figure controversée du mouvement flamand et vainqueur d'une élection partielle, l'intéressé était alors détenu et la question se posait de savoir par quel autre candidat il devait être remplacé. Plusieurs thèses étaient discutées, dont l'une s'appuyait sur des décisions prises en 1919. Pour tenter de l'écartier, un parlementaire a soutenu qu'à cette époque, « le Sénat n'a[vait] pas voulu trancher la question selon la jurisprudence, mais par

23 Cour eur. D.H., arrêt *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010, § 54.

24 Le terme est notamment employé par M. VERDUSSEN, « Le droit à un contrôle électoral impartial, effectif et équitable : l'arrêt *Mugemangango* met la Belgique au pied du mur », *R. T.D.H.*, 2021, pp. 621-642, ici p. 633.

25 Cour eur. D.H., arrêt *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010, § 28.

26 Ainsi, le 7 mai 2010, soit deux mois après le prononcé de l'arrêt *Grosaru*, le ministre de la Justice Stefaan De Clerck (CD&V) s'est livré à une analyse rassurante pour la Belgique (*Doc. Parl.*, Ch. Repr., 2009-2010, doc. 53-2593/3, pp. 96-97).

27 D'une part, il convient de rappeler que le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme consiste à examiner la situation individuelle des personnes qui lui adressent des requêtes et qu'elle n'a pas vocation à examiner dans l'abstrait la compatibilité à la Convention de normes juridiques nationales, encore moins lorsqu'il s'agit de normes produites par un ordre juridique étranger à l'affaire dont elle est saisie. D'autre part, la position de ce passage dans le texte de l'arrêt – dans une rubrique intitulée « le droit comparé en matière de recours postélectoraux » qui présente les règles applicables dans d'autres États du Conseil de l'Europe – conduit à en limiter la signification juridique.

condescendance pour un parti représenté au gouvernement ».<sup>28</sup> Le mésusage de la technique de la vérification des pouvoirs au profit des forces politiques établies est donc déjà pertinemment évoqué au début du XX<sup>e</sup> siècle.

L'épisode le plus célèbre, mais aussi le plus susceptible de créer des doutes sur l'institution, est celui qui concerne Antoon (Toon) Van Overstraeten. En 1985, ce dernier avait été élu au Sénat, sur une liste de la Volksunie présentée dans la circonscription de Nivelles. Cette élection surprenante et peu probable était le résultat de l'application du système de l'appareillage entre les circonscriptions de la province du Brabant encore unitaire. Elle avait pour effet d'inclure Toon Van Overstraeten au sein du groupe linguistique français du Sénat mais aussi – en vertu des règles en vigueur à l'époque – au sein des assemblées de la Région wallonne et de la Communauté française. Or, en Région wallonne, le PRL et le PSC – qui ambitionnaient de former une coalition majoritaire pour former ensemble le gouvernement régional – ne disposaient ensemble que de 52 sièges sur 104, ce qui ne correspondait pas à la majorité. La technique de la vérification des pouvoirs était l'instrument tout désigné pour contourner l'obstacle : alors qu'aucun argument juridique ne le permettait, Toon Van Overstraeten a été exclu de l'assemblée sans être remplacé, ce qui a permis ensuite aux membres des deux partis susmentionnés de mettre en place le gouvernement Wathélet et de le soutenir avec une majorité de 52 sièges sur 103.<sup>29</sup> Comme l'indiquait Marc Uyttendaele, c'est « en violant manifestement les règles relatives à la composition des assemblées régionales et communautaires », que le sénateur a été exclu.<sup>30</sup>

Enfin, pour prendre un dernier exemple, les opérations postélectorales de 2014 – spécialement celles qui ont été menées au Parlement wallon – ont aussi alimenté le doute envers la pratique évoquée dans ces pages. On relève en particulier que l'assemblée plénière a rejeté – future majorité (PS-CDH) contre future opposition (MR-ECOLO-PTB) – la réclamation introduite par le candidat déçu Germain Mugemangango (PTB), et ce contre l'avis de la commission compétente qui invitait à un recomptage des voix dans la circonscription de Charleroi où l'élection de l'intéressé se jouait à 14 suffrages près et alors que des doutes sur l'honnêteté du scrutin avaient été exposés.<sup>31</sup> Cette affaire a d'ailleurs donné lieu à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui mérite quelques développements.

### VII. Arrêt *Mugemangango* : une double condamnation de la Belgique

L'arrêt de Grande chambre *Mugemangango* n'est pas la seule décision pertinente qui concerne directement la Belgique sur le sujet traité ici,<sup>32</sup> mais c'est la première qui condamne ouvertement le système qui y est appliqué pour traiter le contentieux postélectoral.

Comme la Roumanie dix ans plus tôt, la Belgique se trouve être, selon la Cour de Strasbourg, auteur de violations des articles 3 du Protocole additionnel et 13 de la Convention.<sup>33</sup> Ce

28 Ch. Repr., C.R.I., 18 décembre 1928, p. 260.

29 On pourrait aussi évoquer le cas comparable, mais moins remarquable quant à ses conséquences, de l'élection en 1979 d'Aline Bernaerts-Viroux (liste PVV, Sénat, circonscription de Nivelles). L'intéressée avait été exclue du Conseil de la Communauté culturelle française au motif – juridiquement non convaincant – qu'elle avait prêté le serment constitutionnel au Sénat dans la seule langue néerlandaise.

30 M. UYTENDAELE, « La réforme des assemblées législatives et le cumul des mandats », *Rev. Dr. ULB*, 1990, p. 94. À ce sujet, voy. aussi not. X. MABILLE et E. LENTZEN, « Les élections du 13 octobre 1985 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1095-1096, p. 1985 ; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 391-392 ; F. DEHOUSSE, « Le feuilleton constitutionnel de l'hiver : la désignation de l'exécutif régional wallon », *J.T.*, 1986, p. 153 ; K. MUYLLE, « La vérification des pouvoirs et le vote automatisé face à la Cour européenne des droits de l'homme : la Cour de cassation temporise », *C.D.P.K.*, 2004, pp. 558-572, ici p. 571.

31 *Voy. Doc. parl.*, Parl. wallon, session extraordinaire 2014, n° 4/1, p. 4.

32 *Voy. spécialement* Cour eur. D.H., arrêt *G.K. c. Belgique*, 21 mai 2019, commenté not. par T. GAUDIN, « À propos de l'arrêt *G.K. c. Belgique* et de la vérification des pouvoirs : reculer pour mieux sauter ? », *R.T.D.H.*, 2019, pp. 979-995.

33 Cour eur. D.H., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, GC, 10 juillet 2020.



n'est certes pas le principe d'égalité, en tant que tel, qui en cause, mais celui-ci se situe en toile de fond, car c'est l'égalité des armes dans le cadre du contentieux électoral qui n'est pas assurée. La haute juridiction considère ainsi que l'organe auquel les réclamations électorales sont confiées ne présente pas les garanties suffisantes d'impartialité et n'est pas de nature à protéger le requérant contre une décision partisane. En effet, la Cour insiste sur le fait que « l'examen d'une réclamation relative au résultat des élections ne doit pas devenir le théâtre d'un combat politique entre les partis ». <sup>34</sup> Les juges estiment, par ailleurs, que le pouvoir du Parlement wallon, au moment de l'examen des réclamations électorales, n'était pas encadré par des règles suffisamment précises pour éviter les abus. Plus spécialement, la Cour observe que « les critères susceptibles d'être retenus par le parlement wallon pour statuer sur des réclamations telles que celle du requérant n'étaient pas énoncés avec une clarté suffisante dans les dispositions applicables du droit interne ». <sup>35</sup> Enfin, la Cour estime que les garanties d'une décision équitable, objective et suffisamment motivée n'ont pas été clairement prévues par le droit et que, dans la pratique, le requérant n'en a pas suffisamment bénéficié au cours de la procédure menée en 2014. Les garanties sur lesquelles l'accent est placé concernent, d'une part, l'accès à une procédure contradictoire qui permet au requérant de faire valoir son point de vue et ses arguments et, d'autre part, la motivation de la décision qui doit démontrer que ces arguments ont été pris en considération. <sup>36</sup>

### VIII. Arrêt *Mugemangango* : un message ambigu

Quant aux mesures à prendre par l'État belge pour améliorer son dispositif et éviter d'autres condamnations, la Cour ajoute que l'instance chargée de traiter le contentieux « n'a pas besoin d'être une institution juridictionnelle au sens strict ». <sup>37</sup> Selon la juridiction européenne, « 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 ». <sup>38</sup> À lire cela, il semble que le contentieux postélectoral pourrait toujours être confié aux assemblées parlementaires, même en dernier ressort, pour autant que soient revues les modalités relatives à la composition précise des organes parlementaires et à la procédure qu'ils appliquent afin de s'accorder avec la jurisprudence strasbourgeoise.

Cependant, comme l'écrit Marc Verdussen, « la piste consistant à laisser aux parlementaires la compétence de vérification des pouvoirs tout en objectivant la procédure d'examen des réclamations apparaît passablement illusoire ». <sup>39</sup> Elle serait, selon Thibault Gaudin, « un emplâtre sur une jambe de bois ». <sup>40</sup> La position de Céline Romainville se situe dans la même veine : il est « préférable de ne pas s'aventurer dans les brèches ouvertes par les ambiguïtés de l'arrêt *Mugemangango c. Belgique* ». <sup>41</sup> Il ne nous paraît dès lors pas fantaisiste de considérer que, pour être certain d'éviter une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme, une interprétation plus ambitieuse de la jurisprudence présente un intérêt certain. En effet, tant que la gestion du contentieux électoral reste dans les mains de l'assemblée parlementaire, on peut considérer que les différentes qualités que cette gestion doit présenter selon la Cour

34 *Idem*, § 97.

35 *Idem*, § 112.

36 *Idem*, § 116.

37 *Idem*, § 137.

38 *Ibidem*.

39 M. VERDUSSEN, « Le droit à un contrôle électoral impartial, effectif et équitable : l'arrêt *Mugemangango* met la Belgique au pied du mur », *R.T.D.H.*, 2021, pp. 621-642, ici p. 635.

40 T. GAUDIN, « Le contrôle de l'élection directe », *A.P.T.*, 2020, pp. 94-117, ici p. 116.

41 C. ROMAINVILLE, « Quel contrôle post-électoral ? », *A.P.T.*, 2020, pp. 150-157, ici p. 151.

(impartialité, légalité, caractère équitable, objectivité, motivation) ne peuvent, en pratique, qu'être imparfaitement rencontrées.

On peut d'ailleurs se demander si la Cour n'a pas elle-même des doutes à ce sujet. Elle achève ainsi son raisonnement en précisant que, même s'il ne lui revient pas d'indiquer aux États les solutions à mettre en œuvre, « 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 »<sup>42</sup> et, partant, de l'article 13 de la Convention.

La lecture des opinions concordantes qui accompagnent l'arrêt tend à appuyer cette interprétation maximaliste de l'arrêt *Mugemangango*<sup>43</sup> et à appeler une réforme plus fondamentale du système, impliquant une juridictionnalisation du contentieux, à tout le moins en dernière instance.

### IX. Conclusion : contentieux électoral et inégalité

Si, pendant ma soutenance de thèse, le professeur Velaers m'avait interrogé sur mon analyse des mécanismes visant à traiter le contentieux des élections législatives en Belgique, je lui aurais répondu qu'il s'agissait d'un des rares aspects du droit électoral pour lequel je ne parvenais pas à trouver de justification juridique crédible aux effets tendanciellement inégalitaires observés.<sup>44</sup> Ainsi, les règles en cause ne servent à assurer l'effectivité d'aucun droit fondamental. Elles ne peuvent pas non plus être sérieusement considérées comme des moyens d'éviter la fragmentation des assemblées ou de garantir la pérennité du régime démocratique ; il s'agirait d'une requalification trop honorable des manœuvres douteuses, voire illégales, qui sont parfois dirigées contre ceux qui apparaissent comme des intrus aux yeux de la majorité. Certes, j'ai écrit que certaines règles électorales tendanciellement inégalitaires s'expliquaient ou se justifiaient implicitement par la volonté de « façonner » la représentation parlementaire : la composition du parlement est « la résultante de la volonté des électeurs qui est exprimée par le biais de suffrages et de la volonté des gouvernants qui contribue à déterminer comment le peuple devrait être représenté ».<sup>45</sup> Si cette caractéristique du droit électoral est interpellante en général, elle l'est en particulier quand elle se concrétise dans la possibilité offerte à la majorité parlementaire de sculpter la composition de l'assemblée au cas par cas, en incluant ou en excluant tel individu, sans aucun contrôle externe. L'argument de la tradition politique est lui aussi émoussé : « [I]e principe de la séparation des pouvoirs ne suffit plus aujourd'hui à justifier une vision par trop absolue de l'autonomie fonctionnelle des assemblées parlementaires ».<sup>46</sup> Et on a rappelé qu'on ne pouvait pas avoir une confiance naïve dans la probité des acteurs de la démocratie belge, si ancienne qu'elle soit. Cette vertu, pour autant qu'elle ait jamais été acquise, ne se transmet pas nécessairement de génération en génération ou de majorité en majorité.

Huit ans plus tard, je persiste et signe dans cette analyse, que l'avènement de l'arrêt *Mugemangango* vient renforcer, malgré son ambiguïté. Quant à l'avenir du contentieux postélectoral en Belgique, et tout en étant conscient des diverses possibilités qui existent *de lege ferenda*,<sup>47</sup>

42 Cour eur. D.H., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, GC, 10 juillet 2020, § 139.

43 Cour eur. D.H., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, GC, 10 juillet 2020, opinion concordante des juges Turkovic et Lemmens, § 5 ; Cour eur. D.H., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, GC, 10 juillet 2020, opinion concordante du juge Wojtyczek, § 9, *in fine*.

44 Ceci explique d'ailleurs peut-être en partie le fait que j'avais souhaité laisser ces questions en dehors du champ d'étude doctoral.

45 F. BOUHON, *Droit électoral et principe d'égalité. op. cit.*, p. 936.

46 M. VERDUSSEN, « Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales », *J.T.*, 2010, p. 399.

47 Pour un examen de ces possibilités, voy. not. M. LELOUP, « Kroniek van een aangekondigde verdragsschending: het onderzoek van de geloofsbrieven getoetst aan de Europese mensenrechtenstandaarden », *TBP*, 2020, pp. 383-407.



je me rallie à la proposition formulée par de nombreux auteurs, dont Jan Velaers<sup>48</sup> : la Cour constitutionnelle, déjà compétente pour une partie du contentieux des dépenses électorales, pourrait se voir confier la prérogative de trancher les litiges relatifs à la composition des assemblées parlementaires. Il reste au constituant et aux législateurs compétents à prendre leurs responsabilités en mains,<sup>49</sup> à moins que la voie ne soit forcée par l'une ou l'autre juridiction qui accepterait de se saisir du contentieux pour donner son plein effet à la Convention européenne des droits de l'homme telle qu'elle est interprétée par les juges de Strasbourg.<sup>50</sup>

48 J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, Deel II, Bruges, die Keure, 2019, p. 181.

49 La création d'un recours auprès de la Cour constitutionnelle contre les décisions des assemblées a été envisagée dans plusieurs propositions de loi ou de loi spéciale au cours des dernières années. Pour ce qui concerne le Parlement wallon et le Parlement flamand, voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2018-2019, n° 54-2714/001 ; *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2019-2020, n° 55-918/001. Pour ce qui concerne le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2018-2019, n° 54-2715/001 ; *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2019-2020, n° 55-918/001. Pour ce qui concerne le Parlement de la Communauté germanophone, voy. *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2018-2019, n° 54-2716/001 ; *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2019-2020, n° 55-919/001. Voy. aussi deux propositions de lois spéciales qui envisagent la modification de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle : *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2018-2019, n° 54-2712/001 ; *Doc. parl.*, Ch. Repr., session 2019-2020, n° 55-915/001. Ces démarches semblent toutefois vouées à l'échec à défaut de révision constitutionnelle.

50 Sur cette éventualité et son fondement juridique ancré dans la jurisprudence *Le Ski*, voy. not. K. MUYLLE, « Kroniek Parlementair Recht », *T.B.P.*, 2010, pp. 40-41 ; 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, pp. 529-532, ici p. 532 ; T. GAUDIN, « Le contrôle de l'élection directe », *A.P.T.*, 2020, pp. 94-117, ici p. 117 et C. ROMAINVILLE, « Quel contrôle postélectoral ? », *A.P.T.*, 2020, pp. 150-157, pp. 155-156.