

## La Belgique de demain. Toujours grande, belle et ... démocratique

«Illibéralisme» au XXIème siècle. «Dictature» au XXème siècle. «Despotisme» et «tyrannie» au XIXème siècle ... Le nom change, le péril demeure. En Europe, des poussées illibérales se font sentir, même chez nos voisins les plus proches. Contre les dangers du despotisme et de la tyrannie, le Constituant de 1831 nous a légué un héritage inestimable. Prenons le temps de nous plonger dans notre histoire constitutionnelle, le temps d'un dialogue avec le Constituant originaire capable d'éclairer notre futur.

### 1. La démocratie *versus* despotisme, un héritage précieux

Parce que les congressistes ont érigé un ordre constitutionnel basé sur le suffrage censitaire, on a tendance à les reléguer en dehors du champ de la démocratie. C'est oublier la polysémie du terme «démocratie». En ce qu'ils limitent aux plus riches l'accès aux bureaux de vote, les congressistes sont très certainement des adversaires de la démocratie. Dans cette acception, ils s'opposent à la démocratie *versus* aristocratie. Mais dans le même temps, leur lutte contre l'arbitraire et la concentration des pouvoirs les range aussi parmi les défenseurs de la démocratie. Cette démocratie *versus* despotisme est l'héritage précieux qui nous a été légué par le Constituant de 1831.

En tant qu'anciens opposants au régime hollandais, les congressistes ont été victimes des abus de Guillaume d'Orange et plusieurs d'entre eux se sont retrouvés dans les geôles en raison de leur opposition politique. Forts de cette expérience et soudés par leur alliance libérale, leur œuvre constitutionnelle est une véritable forteresse contre le despotisme.

Legs estimé et encore reconnu aujourd'hui : ils dressent un catalogue de droits et libertés extrêmement moderne pour l'époque. Sont garantis les droits politiques dont la Révolution belge est si redevable (liberté de la presse, liberté d'expression, droit de pétition, ...); les droits qui permettent de protéger la sphère privée des individus face aux incursions de l'Etat (liberté de conscience et de cultes, secret des lettres, inviolabilité du domicile, ...); l'*habeas corpus*, qui protège la liberté individuelle des arrestations et poursuites arbitraires.

Mais là n'est pas tout l'héritage. De l'Histoire et de leur expérience, ils savent que c'est par l'exécutif que le despotisme survient, et non par les assemblées. Bien sûr, la Convention de 1793, qui inspire une répulsion unanime sur tous les bancs du Congrès national, est l'exception qui confirme la règle. Mais de César à Napoléon en passant par Pépin le Bref et Philippe II d'Espagne, les congressistes savent que les coups d'Etat et les abus n'arrivent pas du fait des assemblées. Ils surviennent malgré elles.

Les congressistes veillent donc à cadenciser soigneusement les pouvoirs de l'exécutif. D'abord, l'article 105 de la Constitution limite les pouvoirs de l'exécutif en lui attribuant seulement les compétences limitativement attribuées par la Constitution ou par les lois particulières. Parmi ces compétences, le pouvoir d'exécution des lois prévu par l'article 108 de la Constitution. Ensuite, la Constitution réserve à la loi, et à elle seule, le pouvoir de réduire le catalogue de droits et libertés qu'elle énumère. Les congressistes enjoignent donc les Ministres à rester à leur place : celle d'une autorité en réserve, à disposition du Constituant ou du législateur, à qui l'on soustrait les matières les plus délicates.

Dans le nouvel ordre constitutionnel, c'est donc au Parlement que revient la compétence de principe. De manière rétrospective, la compétence d'une assemblée élue au suffrage censitaire ne semble revêtir qu'une faible qualité démocratique. Mais ce serait oublier les autres garanties prévues par les congressistes.

D'abord, l'élection directe. Comme les congressistes ont bonne mémoire, ils se souviennent de la faiblesse des institutions représentatives hollandaises en raison de leur composition alambiquée et de leurs compétences confuses, les rendant incapables de former un contrepoids sérieux aux appétits de l'exécutif. Ils veillent donc à composer le Parlement (la Chambre et le Sénat) à partir de l'élection directe exclusivement. Imposer la délibération parlementaire offre donc des garanties de légitimité et représentativité – notamment de l'opposition – que n'offre pas l'action gouvernementale.

Ensuite, le principe de la publicité des débats et des votes. Cette garantie essentielle inscrite à l'article 47 de la Constitution est un héritage capital des Lumières. Comme l'a montré Jurgen Habermas dans son ouvrage *La publicité des débats* (1962), la publicité met fin à la culture du secret dont le pouvoir d'Ancien Régime se repaissait. Elle permet d'éclairer l'action publique en la plaçant sous le contrefeu constant de la critique de l'opinion publique éclairée. La publicité permet donc de faire d'une pierre deux coups. Elle permet un contrôle continu de l'action des gouvernants. Elle prolonge la citoyenneté électorale en instaurant une possibilité d'interaction entre élus et électeurs entre deux scrutins. Les congressistes ont bien compris l'importance de ce principe, comme en témoigne cette déclaration de Blagnies à la séance du 22 novembre 1830 « (d)ans ce Gouvernement, quand il est bien organisé, la loi est le résultat de l'opinion publique éclairée, exprimée par les élus du peuple, par la presse, par les pétitions ».

A partir de 1970, cet héritage inestimable légué par les Pères fondateurs ne sera pas oublié lors de l'évolution fédérale de l'Etat. D'abord, le principe de la limitation des pouvoirs des gouvernements fédérés à ceux qui leur sont attribués formellement est reproduit dans les différentes lois institutionnelles. Ensuite, le principe de légalité s'ouvre aux nouvelles réalités institutionnelles. En sus du Parlement fédéral, le Constituant confie désormais la garde de nos droits et libertés aux parlements fédérés dans le cadre de leurs compétences respectives. Désormais, quand le catalogue constitutionnel des droits et libertés s'enrichit de nouvelles protections, elles sont confiées à la garde de la loi, du décret et de l'ordonnance. Dernier exemple en date : le nouvel article 22<sup>ter</sup> du 17 mars 2021 qui garantit les droits des handicapés. Le principe de publicité n'est pas oublié : les différentes lois institutionnelles garantissent que les séances des parlements fédérés sont publiques.

En ce XXI<sup>ème</sup> siècle, forte de cette belle démocratie *versus* despotisme, la Belgique est parée contre les montées illibérales qui se réveillent. Mais pour cela, encore faut-il que cet héritage soit estimé à sa juste valeur. Or, comme nous allons le voir à présent, rien n'est moins sûr.

## 2. La démocratie *versus* despotisme, un héritage sous-estimé

Aujourd'hui, deux facteurs ont puissamment contribué à dévaluer l'héritage légué par les Fondateurs. Dans la pratique politique, les exécutifs sont partout, à rebours du paradigme constitutionnel octroyant la compétence de principe au législateur. En droit, cette inversion de paradigme fait l'objet d'une tolérance doctrinale et jurisprudentielle qui interpelle. Comme nous allons le voir, cette exécutivisation de l'Etat menée au pas de charge s'opère sur plusieurs fronts.

### 2.1. De front : les arrêtés de pouvoirs spéciaux

Le XX<sup>ème</sup> siècle et ses conflits mondiaux ont laissé un héritage juridique lourd en ce qui concerne les rapports entre Parlement et Gouvernement. Des «arrêtés-lois» de la Première Guerre Mondiale aux «pouvoirs extraordinaires» de la Seconde en passant par les «pouvoirs spéciaux» de l'entre-deux-guerres, ces techniques ont en commun de permettre à l'Exécutif d'adopter par arrêté des décisions qui sont normalement du ressort du Parlement. A l'origine exceptionnelle, cette intrusion

s'est banalisée au fil du temps et des crises qui se répètent. Après la II<sup>ème</sup> Guerre Mondiale, la technique des pouvoirs spéciaux s'est imposée lors des crises économiques successives selon une procédure rôdée : pour une période déterminée, l'Exécutif est autorisé à adopter, à la place du législateur, des mesures dans tel ou tel domaine, poursuivant tel ou tel objectif, mesures qui peuvent modifier, compléter, abroger la loi.

Peu à peu, cette technique s'est étendue à d'autres situations exceptionnelles telles que les crises sanitaires, et a gagné les autres niveaux de pouvoir. Récemment, la pandémie covid-19 l'a illustré de manière inédite. Au printemps 2020, tous les parlements du pays, sauf le Parlement flamand, ont autorisé leur Exécutif à adopter des mesures à leur place. A l'automne 2020, une deuxième vague de pouvoirs spéciaux a été accordée au centre et au sud du pays. Au total, des centaines d'arrêtés de pouvoirs spéciaux ont été adoptés par presque tous les niveaux de pouvoir, dans les secteurs les plus variés, en ce compris dans les matières réservées à la loi par la Constitution.

Au départ très controversé, le principe des pouvoirs spéciaux est désormais admis par la jurisprudence, la légisprudence et la doctrine majoritaire. La systématisation, à partir des années 80, de l'exigence d'une confirmation législative des arrêtés adoptés sur la base de pouvoirs spéciaux a achevé de faire taire les scrupules constitutionnels. Dans une jurisprudence désormais classique, la Cour constitutionnelle rejette les requêtes qui lui sont adressées à l'encontre d'une loi qui délègue des pouvoirs à l'Exécutif dans les domaines réservés du législateur, pour autant que les arrêtés soient confirmés par la voie législative. Selon la Haute Cour, cette confirmation offrirait en effet la garantie d'une décision par une assemblée démocratiquement élue.

Récapitulons. Ayant vécu les abus d'un Exécutif insuffisamment contrecarré, les congressistes accordent à l'Exécutif une place subordonnée et limitée, et lui interdisent expressément de s'immiscer dans certaines matières réservées à la compétence du législateur. Deux siècles plus tard, la pratique politique multiplie ces intrusions, sous l'œil bienveillant de la majorité des juristes, au motif qu'outre la délibération parlementaire en amont (pour octroyer les pouvoirs spéciaux), la délibération parlementaire en aval (pour confirmer les arrêtés adoptés sur cette base) offrirait les mêmes garanties démocratiques qu'une délibération parlementaire sur le même objet. Or, si l'on prend la démocratie parlementaire au sérieux, cela est tout simplement inexact : la procédure de confirmation législative des arrêtés de pouvoirs spéciaux ne présente pas les mêmes garanties démocratiques que la délibération parlementaire classique.

Dans la procédure de confirmation des arrêtés, le rôle des parlementaires est considérablement réduit. Face à ces listes d'arrêtés, souvent très techniques et dont le contenu est décidé en amont et sans les parlementaires, la marge de manœuvre de ces derniers est en réalité très étroite. Elle se réduit à un choix binaire sur le mode OUI/NON qui énerve le droit d'amendement que la Constitution leur accorde dans la procédure législative. Au fond, les parlementaires se retrouvent face aux arrêtés de pouvoirs spéciaux dans un rôle formel analogue à celui qu'ils occupent face aux traités internationaux – rôle formel dont la faible qualité démocratique n'est sérieusement contestée par personne. Face à la confirmation d'arrêtés de pouvoirs spéciaux, la position des parlementaires est cependant plus inconfortable encore puisque ces arrêtés produisent déjà leurs effets juridiques et que par définition, la confirmation intervient dans un contexte de crise. Dans ce contexte, qui prendra la responsabilité de faire cesser des mesures qui, de toutes façons, sont déjà en cours ? Dévalorisante pour les parlementaires, cette procédure de confirmation législative élimine aussi les garanties démocratiques offertes dans le processus législatif aux électeurs. Le principe de publicité prévu à l'article 47 de la Constitution, ce bijou hérité des Pères Fondateurs, peine à éclairer l'opinion publique dans un tel scénario de crise. Il ne dévoile rien des délibérations gouvernementales qui sont à la source des arrêtés de pouvoirs spéciaux puisqu'il ne s'impose pas à elles. Même s'il s'applique à la procédure législative de confirmation, il n'est que de peu de secours vu la faible

qualité délibérative de ce processus mené en bloc, en urgence et *a posteriori*. En outre, ce qui est loin d'être un détail, le rôle de l'opposition est amoindri dans une telle procédure, ce qui diminue les garanties démocratiques en termes de pluralisme et de représentativité.

Enfin, l'effectivité des recours est sérieusement éternée par la complexité de la procédure. Pour contester une mesure, les plaideurs doivent se tourner vers le Conseil d'Etat quand elle fait l'objet d'un arrêté, vers la Cour constitutionnelle quand elle est confirmée par la voie législative. Comme l'a montré la vague de pouvoirs spéciaux à la fin des années nonante, cela offre une arme redoutable à l'Etat qui détient la maîtrise du calendrier de confirmation et oblige les justiciables à un véritable slalom juridictionnel. L'articulation des délais, l'incertitude juridique sur la nature de l'acte attaqué, l'enchevêtrement des procédures, l'addition des coûts de procédure, tous ces facteurs pèsent lourd en termes d'effectivité des recours. Au fond, quand la Cour constitutionnelle assimile, sur le plan démocratique, la confirmation législative d'arrêtés de pouvoirs spéciaux à la procédure législative classique, elle oublie paradoxalement les garanties juridictionnelles qui sont liées à sa propre saisine.

A notre avis, la technique des pouvoirs spéciaux autorise justement ce que le Constituant avait voulu éviter. Elle dévalue donc substantiellement le legs des Pères Fondateurs visant à protéger la démocratie *versus* despotisme. Ce n'est cependant pas le seul procédé juridique qui permet à l'Exécutif de jouer le calife à la place du calife, même s'il est le plus spectaculaire. Il en est un autre, plus discret mais aussi plus sournois ...

## **2.2. En douce : l'exécution de la loi**

La montée en puissance des exécutifs s'ancre aussi dans une interprétation gourmande du pouvoir d'exécution prévu à l'article 108 de la Constitution. Les arrêtés de pouvoirs spéciaux englobent la loi. Les arrêtés d'exécution la grignotent. En confiant au Roi – et donc au Gouvernement – la mission d'adopter les arrêtés nécessaires à l'exécution de la loi, le Constituant originaire entendait lui confier un pouvoir à la fois accessoire et subordonné. Pas question que les ministres se substituent aux parlementaires dans le cadre de cette mission d'exécution. Le Constituant originaire met d'ailleurs les pendules à l'heure : les ministres ne peuvent ni suspendre, ni dispenser de l'exécution de la loi.

Les congressistes auraient cependant dû se méfier de la plasticité sémantique du terme « exécution ». Où s'arrête la fidélité due à la loi ? Et où commence la trahison ? Comme pour les pouvoirs spéciaux, la période de l'entre-deux-guerres s'avère un moment juridique crucial pour définir les rôles des uns et des autres. Dans une affaire lourde de conséquences juridiques et pratiques pour l'avenir, la Cour de cassation va lâcher la bride mise par le Constituant autour du cou de l'Exécutif.

Une loi datant du 2 juin 1856 prévoit le principe du recensement décennal de la population, la tenue de registres de la population et l'obligation de déclarer son changement de résidence à la commune, et en confie l'exécution au Gouvernement. Sur cette base, l'arrêté royal du 6 février 1919 prévoit, pour la première fois dans l'histoire belge, l'obligation de détenir une carte d'identité et de s'en munir afin d'en permettre le contrôle par les forces de police, sous peine d'amende.

Tel David contre Goliath, un citoyen, indigné d'être poursuivi devant le juge pénal pour avoir circulé sur la voie publique sans une carte d'identité, se défend. Par trois fois, les juges de fond lui donnent raison et l'acquittent au motif que le Gouvernement a dépassé les limites de la loi et imposé une mesure contraire à la liberté individuelle garantie par l'article 12 de la Constitution. Selon eux, imposer le port de la carte d'identité est manifestement sans rapport avec le recensement et les déclarations de résidence. Par deux fois, la Cour de cassation vole au secours du Gouvernement et

estime qu'imposer le port de la carte d'identité se rattache intimement au but poursuivi par le législateur. Dans son arrêt du 18 novembre 1924, désormais canonique, elle pose que dans sa mission d'exécution, le pouvoir exécutif peut *«dégager du principe de celle-ci et de son économie générale les conséquences qui en dérivent naturellement d'après l'esprit qui a présidé à sa conception et les fins qu'elle poursuit»*.

Aujourd'hui, après un siècle de carte d'identité et son utilisation dans des secteurs toujours plus nombreux, personne ne doute que son port obligatoire est, en soi, une question de principe et non une simple mesure d'exécution, *a fortiori* quand elle est sanctionnée pénalement. C'est désormais le législateur, via la loi du 19 juillet 1991, qui régleme la carte d'identité. Pourtant, cet arrêt est devenu canonique. En autorisant l'Exécutif à s'égarer dans les «conséquences naturelles de la loi» et non en l'obligeant à marcher dans ses pas, la Cour de cassation a ouvert la porte à une interprétation à la fois extensive et floue du pouvoir d'exécution prévu à l'article 108 de la Constitution, à rebours de la volonté du Constituant originaire.

La création de la Cour constitutionnelle dans les années 80 n'a pas contribué à refermer la porte ouverte par la Cour de cassation. Selon une jurisprudence constante, la Cour constitutionnelle estime que le législateur peut confier une mission d'exécution au Gouvernement dans les matières réservées à la loi pour autant qu'il en détermine les éléments essentiels de manière suffisamment précise. Les «éléments essentiels» exigés par la Cour constitutionnelle sont cependant aussi évanescents que les «conséquences naturelles» tolérées par la Cour de cassation. Ils permettent donc beaucoup. On en trouve une illustration en matière de politique pénale à l'égard des drogues. Plutôt que d'arbitrer lui-même ces questions politiques sensibles, le législateur de 1921 – encore l'entre-deux-guerres ! - confie au Gouvernement une habilitation générale pour décider quel type de comportement (consommation, détention, vente, ...) et quel type de drogue (drogue dure, drogue douce ...) doivent être pénalement réprimés. Poursuivis devant le juge pénal, des consommateurs de cannabis se plaignent de ne pas avoir bénéficié de la protection offerte par la Constitution, leur garantissant de n'être poursuivis que dans les cas prévus par la loi (et non par un arrêté royal). Dans son arrêt du 18 novembre 1998, la Cour rappelle à raison que l'article 12 de la Constitution vise à garantir aux citoyens qu'aucun comportement ne sera pénalement punissable qu'en vertu d'une décision prise par une assemblée délibérante démocratiquement élue. Elle n'en tire cependant pas les conséquences juridiques et valide l'habilitation très large confiée au Roi dans ce domaine. Pourtant, arrêter la liste des drogues illicites ne relève pas de la simple mesure d'exécution : c'est précisément ce type d'arbitrage politique que la Constitution réserve aux parlementaires afin d'offrir les garanties de représentativité et de publicité qui sont attachées à leur délibération.

On l'aura compris : la montée en puissance des exécutifs via leur pouvoir d'exécution n'est pas moins efficace que via les pouvoirs spéciaux. Bien au contraire. Paradoxalement en effet, fort de ce pouvoir d'«exécution», l'Exécutif arbitre des débats politiques sensibles qui échappent à la délibération parlementaire, sans que cet arbitrage ne doive être confirmé a posteriori par les parlementaires, comme c'est le cas pour les pouvoirs spéciaux. Du point de vue de la Constitution et des citoyens, l'uppercut est moins direct. Mais le crochet est encore plus douloureux.

Par les pouvoirs spéciaux et le pouvoir d'exécution, les exécutifs tendent à déborder du cadre constitutionnel tracé pour eux par le Constituant originaire, puis par le législateur institutionnel. Mais il existe encore un moyen d'une brûlante actualité : les pouvoirs de police.

### **2.3. En force : les pouvoirs de police**

La pandémie covid-19 que connaît la Belgique est sans précédent. Pour y faire face, le Gouvernement fédéral exerce, depuis mars 2020, des pouvoirs de police administrative

exceptionnels par leur durée, leur fréquence, leur impact sur les droits et libertés des individus et leur approche pénale.

Le fondement légal de ces pouvoirs de police a été beaucoup discuté. Initialement, le Gouvernement fédéral a justifié son action par deux lois antérieures à la pandémie, à savoir la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile et la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police. Était-ce juridiquement suffisant pour fonder des pouvoirs de police aussi puissants ? Plusieurs juges de première ligne ont estimé que non. Mais le Conseil d'État puis la Cour de cassation ont validé ce fondement légal. Après des mois de controverses, la Chambre a finalement voté la loi du 14 août 2021 dite « loi pandémie ». À défaut de redonner une place centrale à la Chambre dans la gestion sanitaire, cette loi offre un fondement juridique de première main aux pouvoirs de police du Gouvernement dans sa lutte contre le covid-19. Pour le surplus, ces pouvoirs restent définis de manière très large, fondés sur une approche pénale et localisés dans les mains du Gouvernement. Le rôle de la Chambre est défini à la marge, pour confirmer l'état d'urgence épidémique ou pour entendre un rapport mensuel du Gouvernement relatif aux mesures de police.

Au-delà de la controverse juridique sur son fondement, il semble peu contestable que la gestion sanitaire menée par arrêté de police se caractérise par sa variabilité, son opacité et sa complexité, ce qui entraîne des difficultés de compréhension et d'adhésion pour les citoyens. Au contraire, le Constituant originaire pariait sur la publicité, la représentativité et la légitimité de la délibération parlementaire. La décision gouvernementale est certainement plus rapide. Mais est-elle plus efficace ? Seule une conception autoritaire de la gestion de crise, qui croit pouvoir se passer de la compréhension et de l'adhésion des citoyens pour surmonter cette dernière, répond à cette question de manière catégorique par l'affirmative. Les chiffres à ce sujet sont édifiants : au 6 juin 2021, 240 598 dossiers de prévenus impliqués dans des infractions covid-19 ont été traités par les différents parquets du pays.

L'étendue, la durée et la puissance des pouvoirs de police utilisés par le Gouvernement face à la crise sanitaire soulèvent des interrogations constitutionnelles pour l'avenir. Ces pouvoirs de police ébranlent en effet le modèle constitutionnel des Pères Fondateurs basé sur la compétence de principe des parlementaires, la restriction des pouvoirs des ministres et la protection constitutionnelle accordée à certaines matières délicates telles que les droits et libertés, ou les matières pénales.

Le caractère exceptionnel de la crise sanitaire ne suffit pas à rassurer ces inquiétudes. Face à la multiplication des crises, comment éviter que ce mode de gouvernance ait valeur de précédent et ne se répète à l'avenir ? Une exceptionnalité qui se répète tend à devenir la règle. De manière théorique, les juristes définissent la police administrative de manière très large : elle tend au maintien de la sécurité, de la salubrité ou de la tranquillité publiques, de manière générale ou spéciale. Dans une société qui aspire à toujours plus de sécurité d'existence, et qui collectionne les peurs - en ce compris la peur de la disparition de sa propre espèce et de la planète qui l'accueille -, la gouvernance par arrêté de police peut en tenter plus d'un. Comment, dans ce contexte, préserver le legs des Pères Fondateurs ?

## **Conclusions**

La pratique politique accorde des pouvoirs toujours plus étendus aux exécutifs, même dans les matières réservées par la Constitution aux parlementaires. Loin d'être univoque, cette montée en puissance est tridimensionnelle (pouvoir spéciaux, pouvoir d'exécution et pouvoirs de police) et bénéficie d'une attitude conciliante de la part de nos hautes juridictions.

Comme nous l'avons vu, cette conception exécutive de l'Etat a trouvé sa source dans l'entre-deux-guerres. Cela n'est pas anodin. Sommes-nous désormais immunisés contre les dérives de cette époque sombre ? Rien n'est moins sûr. Le Vlaams Belang, parti d'extrême droite, a gagné 18 sièges lors des dernières élections du 18 mai 2019, ce qui lui assure la place de troisième parti à la Chambre. Depuis, il caracole en tête des sondages. La concentration de pouvoirs ne séduit pas que les extrêmes. Dans une étude récente, 1 jeune sur 2 (parmi les 25-34 ans) adhère à la proposition «notre société serait mieux gérée si le pouvoir était concentré dans les mains d'un seul leader ».

Pour fêter son bicentenaire prochain, la Belgique a donc un cadeau merveilleux sous la main : redécouvrir et revaloriser cette belle démocratie *versus* despotisme léguée par le Constituant originaire. Passé, présent et futur se fondent en une invite commune : prendre à nouveau cette démocratie au sérieux en remettant les exécutifs à leur place.

Anne-Emmanuelle Bourgaux  
UMONS