

ÉLÉMENTS DE DROIT PUBLIC
Considérations générales et particularités belges

Frédéric BOUHON

Chargé de cours à l'Université de Liège

et

Xavier MINY

Doctorant (Boursier FRESH) à l'Université de Liège

Syllabus partiel et provisoire

Université de Liège

Version du 31 janvier 2020

TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	6
CHAPITRE 1^{ER} – LE DROIT, LE DROIT PUBLIC ET L’ÉTAT.....	7
CHAPITRE 2 – LA CONSTITUTION.....	8
A.- CONSIDERATIONS GENERALES	8
1) <i>Définitions : constitutions formelle et matérielle</i>	<i>8</i>
2) <i>Adoption de la constitution formelle</i>	<i>14</i>
3) <i>Modification de la constitution formelle</i>	<i>16</i>
B.- PARTICULARITES BELGES.....	19
1) <i>Adoption de la constitution formelle en 1831</i>	<i>20</i>
2) <i>Révision de la Constitution formelle</i>	<i>22</i>
3) <i>Contenu et structure actuels de la Constitution formelle</i>	<i>27</i>
4) <i>Constitution matérielle</i>	<i>29</i>
CHAPITRE 3 - LA MONARCHIE CONSTITUTIONNELLE	34
A.- CONSIDERATIONS GENERALES	34
1) <i>Transmission héréditaire du pouvoir</i>	<i>34</i>
2) <i>Traits majeurs des monarchies constitutionnelles</i>	<i>38</i>
3) <i>Par contraste : la République</i>	<i>42</i>
B.- PARTICULARITES BELGES.....	47
1) <i>Transmission héréditaire du pouvoir en Belgique</i>	<i>47</i>
2) <i>Traits majeurs de la monarchie constitutionnelle belge</i>	<i>58</i>
CHAPITRE 4 – LE FEDERALISME	61
A.- CONSIDERATIONS GENERALES	62
1) <i>Définitions : État fédéral, confédération, État unitaire et État régional</i>	<i>62</i>
2) <i>Traits majeurs du fédéralisme</i>	<i>70</i>
3) <i>Exemples d’États fédéraux.....</i>	<i>75</i>
B.- PARTICULARITES BELGES.....	80
1) <i>L’évolution de la Belgique de 1831 à 1970</i>	<i>80</i>
2) <i>Les caractéristiques du système fédéral belge</i>	<i>85</i>
a) <i>Quatre régions linguistiques, trois Communautés, trois Régions.....</i>	<i>86</i>
b) <i>La répartition des compétences entre l’Autorité fédérale, les Communautés et les Régions.....</i>	<i>90</i>
c) <i>Un fédéralisme asymétrique.....</i>	<i>99</i>
3) <i>Déconcentration et décentralisation en Belgique</i>	<i>104</i>
a) <i>Déconcentration</i>	<i>105</i>
b) <i>Décentralisation.....</i>	<i>105</i>
CHAPITRE 5 - LA DEMOCRATIE REPRESENTATIVE	110
A.- CONSIDERATIONS GENERALES	110
1) <i>Définition.....</i>	<i>110</i>
2) <i>Démocratie directe et démocratie représentative</i>	<i>111</i>

3)	<i>Réflexions sur la démocratie représentative</i>	115
4)	<i>Les modes de scrutin</i>	118
B.-	PARTICULARITES BELGES.....	128
1)	<i>La démocratie directe</i>	128
2)	<i>La démocratie représentative</i>	132
CHAPITRE 6 - L'EQUILIBRE ET L'EXERCICE DES POUVOIRS.....		146
A.-	CONSIDERATIONS GENERALES	146
1)	<i>La division tripartite des Pouvoirs</i>	147
2)	<i>De la séparation à l'équilibre des pouvoirs</i>	155
B.-	L'EQUILIBRE ET L'EXERCICE DES POUVOIRS EN BELGIQUE	161
1)	<i>Le pouvoir législatif</i>	162
2)	<i>Le pouvoir exécutif</i>	175
3)	<i>Le pouvoir judiciaire</i>	179
4)	<i>Fédéralisme et exercice des pouvoirs</i>	187
CHAPITRE 7 - LE PARLEMENTARISME		189
A.-	CONSIDERATIONS GENERALES	189
1)	<i>Origines et caractéristiques du parlementarisme</i>	190
2)	<i>La responsabilité du gouvernement devant le parlement</i>	194
3)	<i>Le pouvoir de dissoudre le parlement</i>	201
4)	<i>Autres modèles institutionnels</i>	203
a)	Le régime présidentiel	204
b)	Le régime semi-présidentiel	206
B.-	PARTICULARITES BELGES.....	211
1)	<i>Le parlementarisme au niveau fédéral</i>	211
2)	<i>Le parlementarisme au niveau des entités fédérées</i>	227
CHAPITRE 8 - L'ÉTAT DE DROIT.....		229
A.-	CONSIDERATIONS GENERALES	230
1)	<i>Définition</i>	230
2)	<i>La conception formelle de l'État de droit</i>	235
3)	<i>La conception matérielle de l'État de droit</i>	237
4)	<i>Le contrôle juridictionnel du respect de l'État de droit</i>	239
5)	<i>État de droit et état d'exception</i>	244
B.-	PARTICULARITES BELGES.....	247
1)	<i>La pyramide des normes en Belgique</i>	247
2)	<i>Le contrôle du respect de la hiérarchie des normes</i>	253
a)	Le contrôle de la conformité des normes législatives – la Cour constitutionnelle.....	254
b)	Le contrôle de la conformité des normes exécutives et administratives	260
1.	Un contrôle relativement concentré : le Conseil d'État	261
2.	Un contrôle diffus : l'exception d'illégalité.....	263
c)	Le contrôle de la conformité des arrêts et jugements	264
d)	Une pyramide plus précise des normes en Belgique	266
3)	<i>La responsabilité civile de l'État</i>	267

CHAPITRE 9 - LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC	270
A.- CONSIDERATIONS GENERALES	270
1) <i>Définition</i>	270
2) <i>Les sources du droit international public</i>	273
a) Le traité	275
b) La coutume	280
3) <i>Les acteurs du droit international public</i>	284
a) Généralités	284
b) Présentation de deux organisations internationales majeures	286
1. L'Organisation des Nations Unies	286
2. L'Union européenne	291
4) <i>Effets du droit international dans l'ordre juridique national</i>	301
B.- CONSIDERATIONS PARTICULIERES	305
1) <i>La politique étrangère de la Belgique</i>	305
2) <i>Procédure de conclusion des traités propre à la Belgique</i>	309
3) <i>Effets du droit international dans l'ordre juridique belge</i>	314
CHAPITRE 10 - LES DROITS FONDAMENTAUX	321
A.- CONSIDERATIONS GENERALES	321
1) <i>Fonction et origine des droits fondamentaux</i>	323
2) <i>Diversité des sources nationales et internationales</i>	332
a) Sources nationales	333
b) Sources internationales	340
3) <i>Précisions relatives à la Convention européenne des droits de l'homme</i>	347
B.- CONSIDERATIONS PARTICULIERES	353

AVANT-PROPOS

Le présent syllabus constitue un support complémentaire et partiel pour le cours d'*Introduction au droit public* dispensé notamment aux étudiants inscrits en bachelier en sciences humaines et sociales et en bachelier en information et communication, ainsi que pour le *partim* « droit public » du cours intitulé *Le droit dans ses relations avec le monde économique* et enseigné aux étudiants de bachelier en sciences de gestion et en ingénieur de gestion (HEC-ULiège).

Ce syllabus est un outil complémentaire et n'est dès lors pas considéré comme un support obligatoire. **La matière utile pour l'examen se limite à celle qui est présentée oralement lors des séances hebdomadaires du cours** et qui repose sur le plan détaillé transmis aux étudiants au début du quadrimestre. Le syllabus contient davantage de détails et d'exemples. Il doit permettre aux étudiants de préparer les séances et de vérifier s'ils ont bien compris la matière enseignée. Il leur offre aussi l'occasion d'approfondir certains points et de découvrir des références supplémentaires, notamment à la littérature scientifique pertinente.

Le présent document est actuellement partiel. Il ne couvre que certains chapitres des cours concernés. Il s'agit dès lors d'un document en chantier qui a une nature provisoire. Pour cette raison, nous demandons aux étudiants de ne pas le citer dans son état actuel. Les auteurs accueilleront par ailleurs avec bienveillance les remarques des étudiants qui identifieraient des passages à améliorer. Ces remarques peuvent être transmises par le biais des adresses électroniques suivantes : xavier.miny@uliege.be ou f.bouhon@uliege.be.

CHAPITRE 1^{ER} – LE DROIT, LE DROIT PUBLIC ET L'ÉTAT

Ce chapitre est actuellement en cours de rédaction.

Les étudiants qui voudraient approfondir ces sujets peuvent notamment consulter les pages 21 à 99 de l'ouvrage suivant : Ch. BEHRENDT et Fr. BOUHON, Introduction à la Théorie générale de l'État, 3^e édition, Bruxelles, Larcier, 2014.

CHAPITRE 2 – LA CONSTITUTION

1. - Introduction du chapitre – Les institutions de l'État belge reposent sur une constitution écrite, dont les dispositions s'imposent à toutes les autorités du pays. Cette constitution a vocation à rassembler les normes fondamentales sur lesquelles se fonde l'organisation de l'État. Cela nous amène à considérer, comme premier trait fondamental des institutions politiques belges, leur caractère constitutionnel.

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

2. - Plan de l'exposé – La partie générale de l'exposé sur la constitution se compose de plusieurs éléments. Nous opérerons d'abord une distinction importante entre les notions de constitution formelle, d'une part, et de constitution matérielle, d'autre part (1). Nous nous focaliserons ensuite sur la constitution au sens formel du terme et traiterons de son adoption (2), puis de sa modification (3).

1) Définitions : constitutions formelle et matérielle

3. - Notions et distinction – La constitution est le fondement juridique des institutions politiques. En règle générale, la constitution d'un État établit ses principaux organes, partage le pouvoir entre eux, détermine leurs fonctions respectives et pose des limites à leur champ d'action. Par-delà ces considérations élémentaires, il existe deux manières différentes de définir la constitution. L'approche formelle met l'accent sur le caractère suprême des règles constitutionnelles, sur leur position supérieure au sein de la hiérarchie des normes (n° 4). L'approche matérielle se base sur la substance – sur le contenu – des normes, plutôt que sur leur forme, et implique de considérer que l'ensemble des normes les plus fondamentales pour l'organisation d'un État relève de sa constitution (n° 5).

4. - Constitution au sens formel du terme – Par constitution au sens *formel*, il convient d'entendre le texte écrit qui contient des normes juridiques que toutes les autorités de l'État doivent respecter. En ce sens, la constitution est la 'loi suprême' du pays et s'impose même aux législateurs. Les autorités – législatives, exécutives ou judiciaires¹ – de l'État sont en quelque sorte les joueurs d'un grand jeu dont la constitution établit les règles : ils doivent agir dans le

¹ Voy. le chapitre 6 relatif aux trois pouvoirs.

respect de celles-ci et ne peuvent pas librement les modifier en cours de partie². Dans cette optique, la constitution occupe le sommet de la *hiérarchie des normes* (voy. *supra*) : toutes les autres règles de l'ordre juridique doivent lui être conformes, c'est-à-dire avoir un contenu compatible avec elle.

La plupart des États du monde – mais pas tous, nous le verrons (*infra*, n° 7) – partagent ce trait : ils disposent d'une constitution au sens formel du terme. On peut prendre, comme exemple, la Constitution des États-Unis d'Amérique, adoptée le 17 septembre 1787 par une Convention³ réunie à Philadelphie. C'est dans ce corps de règles que se trouvent inscrits les principes qui organisent les institutions américaines, telles que la Chambre des représentants, le Sénat, le Président et la Cour Suprême, ou les règles qui répartissent les compétences entre l'autorité fédérale et les 50 États fédérés (*States*) qui composent les États-Unis. Ces règles sont suprêmes – et forment à ce titre la constitution formelle – parce qu'elles s'imposent à toutes les règles et toutes les autorités, notamment à celles que nous venons d'énumérer.

Les règles juridiques qui composent la constitution formelle peuvent être codifiées au sein d'un document unique (qui porte alors souvent le nom officiel de 'Constitution' de l'État concerné) ou être réparties entre plusieurs documents distincts⁴. Dans certains pays, la constitution au sens formel porte un intitulé différent : ainsi, en République fédérale d'Allemagne, on parle de *Loi fondamentale* (*Grundgesetz*), plutôt que de Constitution, comme en Belgique ou aux États-Unis. Les deux expressions se réfèrent toutefois à une seule et même réalité : elles désignent le texte suprême⁵ de l'ordre juridique étatique, texte que toutes les autorités du pays doivent respecter.

On peut signaler dès à présent que la constitution au sens formel présente une autre caractéristique majeure. Il n'est en principe possible de la modifier que s'il est satisfait à des conditions (notamment de majorité) plus exigeantes que celles qui sont imposées pour la modification, par exemple, d'une simple loi. En général, il ne suffit pas, pour réviser une disposition de la constitution au sens formel du terme, de réunir la *majorité absolue* des suffrages au sein d'une assemblée

² Voy. toutefois la question de la révision de la Constitution, *infra*, n° 10.

³ Il faut comprendre ici le mot *convention* comme se référant à une assemblée.

⁴ Les règles formellement constitutionnelles sont en effet parfois dispersées dans plusieurs documents différents. Le cas de la France constitue un bon exemple, puisque la constitution formelle comprend quatre documents : il s'agit non seulement de la Constitution de la V^e République du 4 octobre 1958, mais aussi du préambule de la Constitution de la IV^e République du 27 octobre 1946, de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et de la Charte de l'Environnement 2004 insérée dans l'ordre juridique français par la loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005. Dans certains États, les normes formellement constitutionnelles sont éparpillées dans un plus grand nombre de documents (sur ce point, voy. not., C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 214-216).

⁵ Sur le concept de *Grundnorm*, voy. *infra* n° XXX.

parlementaire, même démocratiquement élue⁶ ; le plus souvent, une modification n'est adoptée que si elle est soutenue par une *majorité qualifiée*, c'est-à-dire par une proportion plus importante des suffrages exprimés, par exemple deux tiers ou trois quarts d'entre eux. Il en découle qu'une modification de la constitution n'est en principe possible que si elle repose sur un consensus politique relativement large. Parfois, d'autres conditions particulières s'ajoutent à ces exigences de majorité et contribuent à alourdir le processus de révision constitutionnelle. La révision constitutionnelle nécessite, par exemple, pour être adoptée, une approbation du corps électoral par la voie d'un *référendum*⁷. La raison d'être de ces conditions est assez simple à comprendre : puisque la constitution au sens formel s'impose à toutes les autorités du pays, il convient de faire en sorte qu'elle ne puisse pas être modifiée à la majorité ordinaire par les organes titulaires du pouvoir législatif, sans quoi ces autorités pourraient trop facilement se libérer des normes constitutionnelles, en y dérogeant ou en les abrogeant ; la constitution n'aurait alors qu'une force contraignante limitée. Plus généralement, il semble opportun de chercher à éviter que les normes inscrites dans la loi suprême du pays puissent être modifiées sur un coup de tête par la majorité politique du moment et il est dès lors indiqué d'assortir la procédure de révision de garde-fous⁸. Nous reviendrons sur cette question plus loin, dans la partie de l'exposé consacrée à la modification de la constitution formelle⁹.

5. - Constitution au sens matériel du terme – En revanche, la notion de constitution au sens *matériel* a une portée différente. Elle se définit par son contenu, sa *matière*. L'expression « constitution matérielle » vise l'ensemble des normes juridiques qui sont considérées comme fondamentales pour un ordre juridique donné. Cette qualité est acquise à toutes les règles fondamentales, indépendamment de leur forme : ces règles peuvent dès lors tout aussi bien être inscrites dans la constitution au sens formel (la constitution matérielle coïncide alors avec la constitution formelle) que dans des normes législatives ou exécutives, voire être consacrées par la jurisprudence ou par des règles non-écrites, à savoir les coutumes juridiques.

Les contours de la constitution matérielle d'un État sont susceptibles de varier en fonction de la conception que chacun peut se faire de ce qui est à proprement parler fondamental. Il n'est dès lors pas évident de déterminer abstraitement ce qu'est une norme juridique fondamentale pour un ordre juridique ; on peut toutefois certainement inclure dans cette catégorie les normes juridiques qui déterminent l'attribution des pouvoirs, la répartition des compétences entre des

⁶ S. HOLMES, « Precommitment and the Paradox of Democracy », in : *Passions and Constraint : On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago, University of Chicago Press, 1995, pp. 134-177.

⁷ Voy. *infra*, le chapitre 5 sur la démocratie représentative.

⁸ En un sens, « constitutionnaliser » une règle – cela peut concerner l'organisation de l'État, mais aussi les droits fondamentaux, une orientation politique ou une doctrine économique que l'on veut graver dans le marbre constitutionnel – oblige la formation d'un plus large consensus pour sa modification et la place, en quelque sorte, hors de portée des majorités parlementaires.

⁹ Voy. *infra*, n° 10.

entités ou des organes, les principes majeurs de la composition, de l'organisation et du fonctionnement des institutions publiques, mais aussi les règles juridiques qui contiennent les garanties démocratiques ou encore celles qui assurent des droits et des libertés au profit des personnes qui se trouvent sur le territoire national.

Tous les États du monde disposent d'une constitution au sens matériel du terme. En effet, dans tout État, il est possible de recenser un certain nombre de règles de droit que l'on peut considérer comme fondamentales pour le système concerné. Cela vaut aussi pour les États qui n'ont pas de constitution au sens formel du terme, où la notion de constitution matérielle prend d'ailleurs, par contraste, une importance particulière.

6. - Constitutions formelle et matérielle : divergences et convergences – On le voit : les deux notions – constitution au sens formel et constitution au sens matériel – ne se confondent pas. La première se réfère au caractère suprême des normes, tandis que la seconde met en exergue leur caractère fondamental. Malgré cette distinction importante, il ne faut pas perdre de vue que la constitution au sens formel du terme a vocation à contenir les normes les plus fondamentales. En effet, lorsqu'une constitution formelle est adoptée, ses auteurs entendent en principe conférer le caractère suprême aux seules normes qui sont considérées comme les plus importantes pour l'organisation de l'ordre juridique qu'ils établissent. Dès lors, dans l'idéal, les normes matériellement et formellement constitutionnelles devraient être les mêmes. Pour exprimer cette idée différemment : la constitution au sens formel du terme devrait contenir *toutes* les règles de la constitution matérielle et *rien que* celles-ci. En pratique, cependant, il n'est pas rare qu'on observe des divergences entre les champs qui sont concrètement couverts par chacune des définitions.

D'une part, il se peut que certaines normes inscrites dans la constitution au sens *formel* ne soient pas d'une importance telle qu'elles puissent intégrer le cercle restreint des règles véritablement fondamentales pour l'État ; elles n'ont donc pas leur place au sein de la constitution *matérielle*, alors qu'elles font partie de la constitution formelle. Cette hypothèse n'est pas courante car les auteurs des textes constitutionnels prennent le plus souvent soin de réserver les dispositions constitutionnelles à des règles d'une certaine importance. Toutefois, on peut mentionner quelques cas où l'on trouve des normes moins fondamentales parmi les règles formellement constitutionnelles.

Ainsi, certains auteurs ont émis de sérieux doutes quant au caractère fondamental de l'article 107 de la Constitution grecque de 1975, norme pourtant formellement constitutionnelle, en ce qu'il prévoit, en son premier paragraphe, un statut particulier pour la législation sur les capitaux étrangers¹⁰.

¹⁰ P. C. SPYROPOULOS et T. P. FORTSAKIS, *Constitutional Law in Greece*, Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009, p. 62.

D'autre part, et inversement, il se peut que certaines normes qui sont considérées comme fondamentales – et relèvent à ce titre de la constitution au sens *matériel* – ne se trouvent cependant pas inscrites dans la constitution *formelle*. Cette hypothèse est, en pratique, plus fréquente que la précédente. Il n'est pas rare, en d'autres mots, que le champ de la constitution au sens matériel déborde de celui de la constitution au sens formel et soit plus étendu que ce dernier. Cela peut notamment découler de la volonté des autorités politiques de trancher certaines questions importantes dans des normes qui peuvent être plus facilement modifiées que les dispositions formellement constitutionnelles (par exemple, dans une loi ordinaire), afin de se ménager une plus grande souplesse¹¹.

A titre d'illustration, le mode de scrutin utilisé en France, c'est-à-dire la formule qui permet de déterminer la répartition des sièges de l'Assemblée nationale entre les candidats sur la base des suffrages exprimés par les électeurs, est déterminé par une simple loi¹². Cette question n'est pas réglée par la constitution au sens formel. Or, on pourrait sans doute placer les normes en question parmi celles qui font partie de la constitution au sens matériel de l'ordre juridique de la V^e République française ; il s'agit en effet de règles qui influencent directement la composition des assemblées élues et qui jouent à ce titre un rôle crucial dans la dynamique politique du pays. Le même constat s'applique à l'Allemagne, où le caractère proportionnel du mode de scrutin utilisé pour élire les membres du *Bundestag* est consacré par la loi électorale fédérale (*Bundeswahlgesetz*)¹³, et non par la Loi fondamentale.

7. - États sans constitution formelle – Alors qu'il est possible d'affirmer – comme nous l'avons déjà fait – que tout État dispose d'une constitution au sens matériel, on ne pourrait en revanche soutenir qu'il existe une constitution au sens formel dans chaque État.

Le fait, pour un État, de disposer d'un ensemble de normes suprêmes qui s'imposent à toutes les autorités, y compris au pouvoir législatif, n'est pas universel. Par ailleurs, l'idée d'adopter un texte constitutionnel, qui comprend un *corpus* de normes écrites et supérieures aux lois, n'est apparue qu'au XVI^e siècle¹⁴. Il s'en est suivi un mouvement constitutionnel, qui s'est développé au

¹¹ Dans d'autres cas, des normes matériellement constitutionnelles sont volontairement consacrées sous la forme de textes qui ne relèvent pas de la constitution formelle, mais dont l'adoption ou la modification est tout de même soumise à des règles particulières. On pense ici notamment aux lois spéciales qui sont adoptées en Belgique (voy. *infra*, n° 23).

¹² L'article L123 du Code électoral, modifié par Loi n° 86-825 du 11 juillet 1986 (*Journal officiel* du 12 juillet 1986), dispose ainsi que les députés sont élus au scrutin uninominal majoritaire à deux tours.

¹³ Voy. le § 1^{er}, al. 1^{er}, de cette loi.

¹⁴ Voy. D. BATSELÉ, T. MORTIER et M. SCARCEZ, *Initiation au droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 27. L'augmentation du nombre des constitutions en Europe, dans la foulée des États-Unis et de la France à la fin du XVIII^e siècle, est telle, au XIX^e siècle, que l'on peut lire, en 1831, sous la plume du juriste Joseph Louis Elzéar ORTOLAN : « Aujourd'hui, nous sommes entrés dans le siècle des constitutions » (J.-L. E. ORTOLAN, *Cours public d'histoire politique et constitutionnelle. Histoire générale du droit politique et constitutionnel des peuples de l'Europe*,

cours du XVIII^e siècle, dont la revendication première est la rédaction, dans un écrit solennel, gage de stabilité, des règles d'organisation de l'État¹⁵. La Constitution corse du 18 novembre 1755 est souvent citée comme la première Constitution moderne¹⁶.

Si, depuis lors, on a procédé de la sorte dans de très nombreux États sur tous les continents, il en reste qui n'ont pas suivi cette tendance. Ainsi, au Royaume-Uni, il n'existe pas de constitution formelle ; les règles matériellement constitutionnelles – celles qui posent les fondements de l'organisation de l'État – sont encore largement coutumières ou inscrites dans de simples lois qui ne lient pas le pouvoir législatif. Il existe bien un 'droit constitutionnel britannique' – qui est constitué des normes les plus fondamentales, c'est-à-dire matériellement constitutionnelles¹⁷ – mais il ne repose pas (même partiellement), comme dans d'autres États, sur un ensemble de normes suprêmes, formellement constitutionnelles. Cela signifie notamment que toutes les normes juridiques britanniques, mêmes les plus fondamentales, peuvent être modifiées par le Parlement à la majorité ordinaire.

Le cas du Royaume-Uni est, au XXI^e siècle, assez exceptionnel, mais il n'est pas unique : actuellement, deux autres États dans le monde – Israël et la Nouvelle-Zélande – se trouvent dans la même situation¹⁸.

avec le tableau de leur organisation actuelle, Paris, Fanja aîné, Libraire-éditeur, 1831, p. 24). S'il ne faut pas chercher un instrument similaire aux constitutions modernes, les lois fondamentales du Moyen Âge ont retenu l'attention de certains auteurs en tant qu'elles pourraient – dans une bien moindre mesure – apparaître comme les embryons de lois suprêmes que nous connaissons (voy. les développements à ce sujet dans M. DE VILLIERS et T. DE BERRANGER (sous la dir. de), *Droit public général, Institutions politiques, administratives et européennes, droit administratif, finances publiques*, 7^e éd., Paris, LexisNexis, 2015, pp. 9-16).

¹⁵ D. ROUSSEAU, « Une résurrection : la notion de Constitution », *RD publ.*, 1990, p. 5.

¹⁶ F. DELPÉRÉE, *J'écris ton nom, Constitution*, Coll. L'Académie en poche, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2016, p. 11. On retrouve toutefois des initiatives de codification constitutionnelle en France au XVI^e siècle, et ce afin de consacrer la catholicité du Roi (voy. S. RIALS, « Aux origines du constitutionnalisme écrit ; réflexions en marge d'un projet constitutionnel de la Ligue, 1588 », *Revue d'histoire des Facultés de droit*, 1989, n° 8, pp. 189-268).

¹⁷ Parmi les documents qui composent la constitution matérielle du Royaume-Uni, nous pouvons mentionner en premier lieu la *Magna Carta*, la Grande Charte des Libertés d'Angleterre, acceptée par Jean sans Terre, le 15 juin 1215. Relèvent également de la constitution matérielle, la *Bill of Right* (1689), l'*Act of Union* de 1707 qui réunit l'Angleterre et l'Écosse pour former le Royaume-Uni, ainsi que l'*Act of Union* de 1801 qui rattache l'Irlande à cet ensemble ((l'Irlande déclarera son indépendance en 1919), le *Parliament Act* de 1911 qui prévoit la prédominance de la Chambre des Communes sur la Chambre des Lords, le *Constitutional Reform Act* de 2005 qui met en place une Cour suprême pour le Royaume-Uni ou encore le *Succession to the Crown Act* de 2013 qui modifie les règles fixant l'ordre de succession à la Couronne britannique en établissant la primogéniture absolue, en abolissant non seulement le principe de préférence masculine, mais aussi l'exclusion des personnes mariées à des personnes de confession catholique. Cette liste n'est bien entendu pas exhaustive.

¹⁸ V. BOGDANOR, *The New British Constitution*, Oxford, Hard Publishing, 2009, p. 8.

2) Adoption de la constitution formelle

8. - **Pouvoir constituant originaire** – Les constitutions ne tombent pas du ciel. Le plus souvent, les dispositions qui composent la constitution au sens formel du terme sont adoptées par une autorité (qui s’est imposée, selon le cas, violemment ou pacifiquement). Cette autorité – l’auteur de la constitution – porte un nom particulier : on la désigne abstraitement comme le *pouvoir constituant* (par opposition aux pouvoirs *constitués*) ou, plus précisément, comme le pouvoir constituant *originaire* (pour le distinguer du pouvoir constituant *dérivé* qui est compétent pour modifier une constitution déjà existante¹⁹). La Constitution d’un État, dans sa version initiale, est donc l’œuvre du pouvoir constituant *originaire*.

Le pouvoir constituant *originaire* est une autorité créatrice. Il agit en rupture avec le ou les régimes qui ont existé sur le territoire que la nouvelle constitution est appelée à régir : juridiquement, il part d’une page blanche et n’est tenu par aucune norme de droit national, car c’est précisément lui qui crée les fondements normatifs de l’État. Dans l’absolu, le pouvoir constituant ne se confond d’ailleurs pas avec les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, dont nous traiterons plus loin ; il s’en distingue nettement puisque c’est lui qui les organise. Les trois pouvoirs sont ses créatures.

L’intervention du pouvoir constituant originaire peut correspondre à la création d’un État qui n’existait sous aucune autre forme auparavant. Cette hypothèse est susceptible de survenir, par exemple, à la suite d’une révolution, éventuellement violente, qui a mené à la sécession d’un territoire et à l’indépendance d’une communauté. Dans d’autres cas, l’intervention du pouvoir constituant originaire se produit au sein d’un pays qui est déjà indépendant de longue date, et dont le territoire n’est pas nécessairement modifié, mais dont les institutions subissent un changement radical, en rupture avec celles qui étaient jusqu’alors en place. C’est alors aussi, juridiquement, un nouvel État qui prend la place du précédent, même s’il existe une continuité territoriale (mais aussi humaine, et donc historique et culturelle) avec ce dernier. Dans tous les cas, l’intervention du pouvoir constituant originaire coïncide avec l’avènement d’un nouvel ordre juridique.

9. - **Illustrations** – Aux Pays-Bas, le pouvoir constituant originaire est intervenu il y a environ deux siècles. La Constitution formelle a été adoptée en 1814 et est toujours en vigueur aujourd’hui²⁰. On peut dès lors considérer que la continuité de l’ordre juridique néerlandais n’a jamais été interrompue au cours des deux cents dernières années, par une nouvelle intervention d’un pouvoir constituant originaire. Certes, la Constitution de 1815 a été modifiée à de nombreuses reprises et a parfois connu des changements profonds, notamment en 1848 lorsque les rudiments d’une démocratie parlementaire ont été établis ou en 1983 lorsque le texte constitutionnel a été presque entièrement réorganisé. Ces révisions ont toutefois été opérées en

¹⁹ Voy. *infra*, n° 10.

²⁰ Voy. not. C. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, 6^e éd., Deventer, Kluwer, 2008, pp. 27-28.

application de la procédure de révision de la Constitution²¹ et ne sont donc pas les fruits de l'action du pouvoir constituant originaire.

Le cas du Brésil est sensiblement différent. Ce pays d'Amérique du sud est devenu indépendant le 7 septembre 1822, à la suite de plus de trois cents ans de domination portugaise. Un an et demi plus tard, le 25 mars 1824, la première constitution brésilienne a été adoptée pour fonder une monarchie constitutionnelle, sous la forme d'un Empire dirigé par Pedro I. Le pays a néanmoins connu par la suite plusieurs constitutions successives, adoptées par autant de pouvoirs constituants originaires intervenus au cours des XIX^e et XX^e siècles. Ainsi, depuis son indépendance, obtenue en 1822, le pays a connu sept constitutions différentes, souvent adoptées à l'issue de coups d'État militaires. La Constitution impériale de 1824, déjà évoquée, a été remplacée, en 1891, par une constitution républicaine, inspirée largement de la Constitution des États-Unis d'Amérique. En 1934, une troisième constitution a été mise en place, mais elle a été abandonnée, à la suite du coup d'État du 11 novembre 1937, au profit de la Charte constitutionnelle, centralisatrice, autoritaire et inspirée des régimes fascistes européens. Ce texte était conçu de telle manière qu'il consolidait le pouvoir du dictateur populiste Getulio Vargas. Une fois le régime de Vargas renversé, le 29 octobre 1945, le Brésil a adopté une nouvelle constitution – la cinquième – en 1946, influencée par la Constitution française de la même année, c'est-à-dire celle de la IV^e République. Le coup d'État mené par les forces armées le 31 mars 1964 a cependant mis fin à la démocratie et une nouvelle constitution a été imposée par les militaires en 1967. Il s'agissait alors de la sixième intervention d'un pouvoir constituant originaire. La transition d'un régime autoritaire vers la démocratie a commencé en 1974 et s'est accélérée en 1985 avec la convocation d'une Assemblée nationale constituante (*Assembléia Nacional Constituinte*) qui a préparé la constitution actuelle, adoptée le 5 octobre 1988²². C'est, en conséquence, la septième et dernière intervention du pouvoir constituant originaire au Brésil.

La France a également connu un nombre important de manifestations du pouvoir constituant originaire. La Constitution actuellement en vigueur, celle qui établit les institutions de la V^e République, a été adoptée le 4 octobre 1958. Mais avant cela, le pays a connu un grand nombre de constitutions formelles successives qui correspondent à autant d'interventions d'un pouvoir constituant originaire. Dans les années qui ont suivi la révolution française de 1789, plusieurs constitutions formelles se sont succédé rapidement les unes aux autres en une vingtaine d'années, dans un contexte de grande instabilité politique. La Constitution de 1791 a d'abord instauré une monarchie constitutionnelle. Une deuxième Constitution, adoptée en 1793, a établi, à sa place, la I^{ère} République (également connue sous le nom de « Convention nationale »). À partir de 1795, le régime du Directoire lui a succédé. Dès 1799, une nouvelle Constitution a institué le Consulat, lui-même modifié en Consulat à vie en 1802. Le I^{er} Empire a quant à lui été le résultat d'une intervention du constituant originaire en 1804. À partir de 1814, un régime monarchique connu sous le nom de « Restauration » a été mis en place. Ce dernier a été remplacé en 1830 par un autre régime, également de type monarchique (dit « Monarchie de juillet »). En 1848, la II^e République a brièvement succédé à ce retour de la monarchie en France. Quatre ans plus tard, en 1852, c'est le II^e Empire qui a été mis en place par une nouvelle constitution. Le constituant originaire est à nouveau intervenu en 1870 pour établir la III^e République. Ce régime a perduré jusqu'à la fin de la Deuxième Guerre mondiale, après avoir connu l'occupation et le régime de Vichy. En 1946, une nouvelle Constitution instaure la IV^e République. Enfin, comme nous l'avons déjà indiqué, la V^e République est établie en 1958 par un nouveau pouvoir constituant originaire²³. Si la France a existé continuellement comme entité politique, sociologique et culturelle au cours des derniers

²¹ Voy. *infra*, n° 10.

²² Voy. à ce sujet A. L. DE LYRA TAVARES, *La Constitution brésilienne de 1988 : données à l'intention des comparatistes*, in : A. WALD et C. JAUFFRET-SPINOSI, *Le droit brésilien – Hier, aujourd'hui et demain*, Paris, Société de législation comparée, 2005, pp. 327-329. Voy. également T. PASSOS MARTINS, *La Cour suprême du Brésil et l'État démocratique de droit*. Contribution à une théorie de la démocratie réflexive, Bayonne, Fondation Varenne, 2013, pp. 17-20.

²³ Sur ces évolutions, on lira avec profit M. DUVERGER, *Les constitutions de la France*, 15^e éd., Paris, P.U.F., 2006, 128 pages. Voy. aussi G. BURDEAU, *Manuel de droit constitutionnel et institutions politiques*, 20^e éd., Paris, L.G.D.J., 1984, p. 446.

siècles, son existence juridique a, quant à elle, connu des soubresauts : à chaque nouvelle constitution, c'est un nouvel ordre juridique qui a été créé.

3) Modification de la constitution formelle

10. - Pouvoir constituant dérivé – La nature de la constitution au sens formel lui donne vocation à une certaine pérennité : censée réunir les dispositions considérées comme les plus fondamentales pour l'organisation de l'État, elle est amenée à connaître, en théorie, une assez grande stabilité²⁴. Il ne paraît pas déraisonnable d'affirmer que ce qui est considéré comme fondamental pour un État à un moment donné a en principe peu de chance d'être considéré comme désuet ou sans importance le lendemain²⁵.

Il existe cependant de nombreuses situations où la modification d'une ou plusieurs dispositions de la constitution formelle est jugée opportune. Cela peut être, par exemple, une conséquence de l'évolution des mœurs au sein de la société que la constitution est appelée à régir. Au début du XXI^e siècle, on a ainsi considéré qu'il était opportun d'introduire dans la Constitution belge un article qui dispose que « la peine de mort est abolie »²⁶, alors que la peine capitale était autrefois prévue par le Code pénal et effectivement pratiquée en Belgique²⁷. La volonté de modifier la constitution formelle est par ailleurs souvent motivée par le souhait de faire évoluer certaines institutions politiques. À titre d'illustration, on peut mentionner que la Constitution de la République française a été modifiée en 2002 dans le but de réduire la durée du mandat présidentiel de sept à cinq ans²⁸ (on est ainsi passé du septennat au quinquennat).

Pour pouvoir satisfaire à ce besoin d'adaptabilité des règles suprêmes, il existe, dans la plupart des constitutions formelles, un ou plusieurs articles qui organisent une *procédure de révision* de la constitution²⁹. Comme nous l'avons

²⁴ La pérennité et la stabilité sont relatives ; il suffit de se référer aux exemples brésilien et français, présentés *supra* (n° 9), pour le mesurer.

²⁵ Ceci est toutefois aussi relatif. Ainsi, les détenteurs du pouvoir, au sein d'un État, peuvent subitement changer. Dès lors, ce que les prédécesseurs considéraient comme fondamental, voire sacré, peut être considéré comme peu important, ou même être jugé comme incompatible avec les valeurs ou les principes que proposent d'appliquer les nouveaux gouvernants.

²⁶ Voy. l'article 14*bis* de la Constitution.

²⁷ Sur cette question, voy. *infra*, chapitre 6.

²⁸ Voy. l'article 6, alinéa 1^{er}, de la Constitution du 4 octobre 1958.

²⁹ Théoriquement, une constitution formelle peut très bien ne pas contenir de disposition qui organise une procédure de révision. Les normes formellement constitutionnelles sont dans ce cas juridiquement irrévocables. Le seul moyen de faire évoluer le contenu de la constitution est alors l'intervention d'un pouvoir constituant originaire qui substitue une nouvelle constitution à l'ancienne. Un tel processus implique cependant une rupture dans la continuité de l'ordre juridique, ce que les interventions du pouvoir constituant dérivé permettent précisément d'éviter. Il existe peu d'exemples de constitutions formelles sans clause de révision ; on peut toutefois mentionner le cas la Charte française du 4 juin 1814, octroyée « à toujours », et celle du 14 août 1830 (P. JAN, « Titre XVI : De la révision – article 89 », in : F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT

déjà indiqué précédemment, cette procédure est souvent caractérisée par une certaine lourdeur : en général, les modifications de la constitution au sens formel ne sont adoptées que si elles sont soutenues par une majorité qualifiée des membres de l'assemblée compétente pour procéder à la révision. Cela permet de s'assurer que la nouvelle règle constitutionnelle repose sur un consensus politique qui dépasse celui de la majorité simple.

L'autorité qui est habilitée à réviser la constitution formelle reçoit abstraitement le nom de *pouvoir constituant dérivé*. Concrètement, ce pouvoir peut être exercé par un ou plusieurs organes. Il s'agit souvent d'organes qui exercent d'autres fonctions au sein de l'État et qui sont en outre habilités à participer au processus de révision, mais cela peut aussi être des organes institués spécialement pour procéder à la révision constitutionnelle. Dans les États démocratiques, un rôle décisif est généralement confié au parlement national ou à une autre assemblée dont les membres représentent la communauté humaine régie par la constitution. Dans certains États, l'intervention directe des électeurs est prévue sous la forme du référendum.

11. - Illustrations – Pour compléter cet exposé, nous proposons de présenter synthétiquement la procédure de révision de la Constitution dans quelques États choisis. Le cas de la Belgique sera examiné ultérieurement, dans la seconde partie de ce chapitre³⁰. Par-delà des règles qui conditionnent presque partout les révisions constitutionnelles à l'expression de majorités qualifiées en leur faveur, nous allons voir que chaque système présente des traits particuliers.

Aux Pays-Bas, la procédure de révision, organisée par l'article 137 de la Constitution, se compose de plusieurs phases³¹. Dans un premier temps, une loi ordinaire doit être adoptée afin de déclarer qu'une modification de la Constitution, telle qu'elle est précisée dans cette loi, est envisagée³². Cette loi est votée à la majorité simple. La publication de cette loi entraîne ensuite la dissolution de la Seconde Chambre (*Tweede Kamer*) et son renouvellement à l'occasion d'élections législatives³³. Enfin, après ces élections, les deux chambres du parlement examinent en seconde lecture le projet de modification précédemment arrêté sous la forme d'une loi. Celui-ci n'est définitivement adopté que s'il est soutenu par au moins les deux tiers des suffrages exprimés dans chacune des chambres³⁴.

En droit français, la procédure de révision est visée à l'article 89 de la Constitution de 1958³⁵. Elle peut être initiée soit par le Président de la République, sur proposition du Premier ministre (on

(sous la dir. de), *La Constitution de la République française. Analyses et commentaires*, 3^e. éd., Paris, Economica, 2009, p. 1991).

³⁰ Voy. *infra*, n° 17.

³¹ Voy. not. C. KORTMANN, *Constitutioneel recht*, 6^e éd., Deventer, Kluwer, 2008, p. 28.

³² Art. 137, § 1^{er}, de la Constitution des Pays-Bas.

³³ Art. 137, § 3, de la Constitution des Pays-Bas.

³⁴ Art. 137, § 3, de la Constitution des Pays-Bas.

³⁵ L'article 11 de la Constitution a également servi de fondement à une révision constitutionnelle adoptée en 1962 à l'initiative du Général De Gaulle, dont l'objet consistait à prévoir l'élection directe du Président de la République. La réforme proposée a été approuvée par la majorité des électeurs. Un autre référendum constitutionnel a été initié sur cette base en 1969, dans le but de revoir les compétences du Sénat, mais n'a pas été soutenu par une majorité des suffrages populaires. Le recours à l'article 11 dans le but de réviser la Constitution a été et demeure juridiquement controversé, car cet article ne prévoit pas explicitement qu'il peut être utilisé afin de modifier la Constitution (seul l'article 89 de la Constitution prévoit spécifiquement cette hypothèse). Le recours à l'article 11 présente, pour le Président de la République, l'avantage de

parle dans ce cas d'un *projet* de révision), soit par un ou plusieurs membres du Parlement (il s'agit alors d'une *proposition* de révision)³⁶. Dans la pratique, toutes les révisions constitutionnelles qui ont abouti ont trouvé leur origine dans un projet, plutôt que dans une proposition, ce qui montre l'influence du pouvoir exécutif dans ce domaine³⁷. Dans tous les cas, la modification doit ensuite être adoptée par l'Assemblée Nationale et le Sénat dans des termes identiques. La majorité simple suffit, mais la révision n'est définitive qu'après avoir été approuvée par référendum³⁸ : les électeurs sont donc appelés à confirmer ou à infirmer le choix posé par le Parlement. La Constitution prévoit toutefois une alternative au référendum, qui n'est possible que dans l'hypothèse d'un projet de révision (les propositions initiées par les parlementaires ne sont donc pas concernées) : le projet n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès, c'est-à-dire sous la forme d'une réunion commune des membres des deux chambres – Assemblée nationale et Sénat. Dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés³⁹.

La Constitution de la République italienne peut être révisée en vertu de son article 138. Celui-ci prévoit que les modifications sont adoptées à la majorité absolue par les deux chambres du parlement (la Chambre des députés et le Sénat de la République) au moyen de deux délibérations successives séparées par un intervalle de trois mois au moins⁴⁰. On voit qu'aucune majorité qualifiée n'est exigée, mais que le processus doit s'étaler sur un certain temps pour éviter les révisions menées dans l'urgence, éventuellement sous le coup de l'émotion. Par ailleurs, l'article 138 prévoit que dans l'hypothèse où la modification n'a pas été soutenue, lors de la deuxième délibération, par au moins deux tiers des membres des deux chambres, la révision peut être soumise au référendum, si cela est demandé dans les trois mois de sa publication par un cinquième des membres d'une des deux chambres, par cinq cent mille électeurs ou par cinq Conseils régionaux⁴¹.

La Constitution des États-Unis d'Amérique du 17 septembre 1787 peut être modifiée en application de son article V⁴². Lorsque cette disposition est mise en œuvre avec succès, un amendement est ajouté à la fin du texte constitutionnel. Formellement, le texte de la version originale de 1787 demeure inchangé, mais doit être lu en combinaison avec ces amendements qui modifient, parfois considérablement, sa portée. À l'heure actuelle, 27 amendements complètent le texte. Les dix premiers ont été adoptés dès 1791 et forment ensemble le *Bill of Rights*, sorte de déclaration des droits de l'homme applicable aux États-Unis. La procédure qui permet d'introduire un amendement dans la Constitution est l'une des plus lourdes au monde. Elle comporte deux phases : une phase de proposition et une phase de ratification. Lors de la première phase, l'amendement peut être proposé, soit directement par les deux chambres du Congrès (*House of Representatives* et *Senate*) à la majorité des deux tiers des suffrages, soit par une convention – c'est-à-dire une assemblée spéciale – convoquée à l'initiative des deux tiers des parlements des États qui composent les États-Unis d'Amérique. En pratique, seule la première méthode a été mise en œuvre. Une fois l'amendement officiellement proposé, celui-ci n'entre en vigueur que s'il a été ratifié. À nouveau, deux possibilités sont offertes par l'article V de la Constitution : l'amendement doit être approuvé soit par les parlements de trois quarts des États, soit par des conventions organisées dans trois quarts des États. La première modalité a été

pouvoir contourner une éventuelle opposition parlementaire à l'égard du projet qu'il a initié. Voy. not. O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 2013, pp. 488-494.

³⁶ Art. 89, al. 1^{er}, de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

³⁷ Voy. O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 3^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 2013, p. 489.

³⁸ Art. 89, al. 2, de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

³⁹ Art. 89, al. 3, de la Constitution de la République française du 4 octobre 1958.

⁴⁰ Art. 138, al. 1^{er}, de la Constitution de la République italienne du 22 décembre 1947.

⁴¹ Art. 138, al. 2 et 3, de la Constitution de la République italienne du 22 décembre 1947.

⁴² Voy. Sur ce sujet L. H. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3^e éd., vol. 1, New York, Foundation Press, 2000, pp. 94-117 ; M. A. GRABER, *A New Introduction to American Constitutionalism*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 140-173.

employée vingt-six fois, tandis que la seconde n'a été mise en œuvre qu'une seule fois (en 1933, pour le 21^e amendement). Un certain nombre d'amendements – six à l'heure actuelle – ont été adoptés par le Congrès, mais n'ont pas reçu le soutien d'un nombre suffisant d'États pour pouvoir entrer en vigueur⁴³.

12. - Contraste par rapport au pouvoir constituant originaire – Grâce à l'intervention du pouvoir constituant dérivé, la constitution au sens formel du terme peut être modifiée sans qu'il y ait de rupture de l'ordre juridique, sans interrompre la continuité de l'État. Les règles du jeu sont certes changées en cours de partie, mais en application de la procédure et dans les conditions fixées par lesdites règles du jeu. C'est là que se trouve la différence radicale, au plan juridique, par rapport à la situation où le pouvoir constituant originaire établit une toute nouvelle constitution.

Néanmoins, dans une perspective politique, il est vrai qu'une opération de révision de la constitution peut éventuellement avoir une ampleur considérable et impliquer une transformation significative des institutions d'un État. En d'autres mots, ce qui distingue l'intervention du pouvoir constituant dérivé de celle du pouvoir constituant originaire, ce n'est pas nécessairement la profondeur de la réforme, mais la manière dont elle a été réalisée : dans le premier cas, les procédures et conditions fixées par la Constitution sont appliquées, dans le second cas, on n'y a aucun égard.

En droit, comme l'indique à raison le professeur Lucien François⁴⁴, la seconde situation, celle où l'on observe « un changement au sommet qui ne respecte pas les règles sur le changement »⁴⁵, doit être qualifiée de *révolution*. Il peut certes s'agir d'une révolution paisible, sans effusion de sang, mais il s'agit d'une révolution tout de même, dans la mesure où de nouvelles règles suprêmes ont été instaurées, sans respecter celles qui étaient jusqu'alors applicables. La révision constitutionnelle, en revanche, engendre une simple *évolution*, respectueuse d'un cadre préexistant.

B.- PARTICULARITES BELGES

13.- Plan de l'exposé – Dans cette partie de l'exposé, consacrée à la Constitution belge en particulier, nous examinerons d'abord le contexte de l'adoption de la version originale du texte constitutionnel, dans la foulée de l'accession à l'indépendance du pays (A). Nous nous intéresserons ensuite à la

⁴³ J. E. NOWAK, R. D. ROTUNDA et J. NELSON YOUNG, *Constitutional Law*, St. Paul, West Publishing, 1983, pp. 1104-1106.

⁴⁴ L. FRANÇOIS, « La révolution selon le droit », in : E. DELRUELLE et G. BRAUSCH (sous la dir. de), *Le droit sans la justice. Actes de la rencontre du 8 novembre 2002 autour du Cap des Tempêtes de Lucien François*, Paris et Bruxelles, L.G.D.J. et Bruylant, 2004, pp. 111-131.

⁴⁵ *Idem*, p. 116.

faculté de réviser la constitution formelle et à la procédure qui l'encadre (B). La suite de la réflexion portera sur le contenu et la structure de la Constitution belge actuelle (C). Enfin, les dernières pages du chapitre se focaliseront sur la constitution matérielle, telle qu'elle se conçoit en droit belge (D).

1) Adoption de la constitution formelle en 1831

14. - Indépendance de la Belgique – La Belgique dispose d'une Constitution au sens formel du terme, dont la version originale a été adoptée le 7 février 1831, soit quelques mois après la révolution de septembre 1830 à l'occasion de laquelle la Belgique a acquis son indépendance par rapport au Royaume des Pays-Bas. Depuis 1815, à la suite du Congrès de Vienne, le territoire de la future Belgique était en effet inclus dans le Royaume des Pays-Bas, dont Guillaume I^{er} d'Orange-Nassau était le chef d'État. Contre la volonté des autorités néerlandaises, les provinces du sud s'en sont détachées en 1830 pour constituer un nouvel État, le Royaume de Belgique, dont l'indépendance a été déclarée le 4 octobre 1830.

La sécession a notamment été opérée en raison de motifs religieux : les provinces du sud, qui allaient former la Belgique, étaient majoritairement catholiques, alors que les provinces du nord, restées aux Pays-Bas, étaient principalement protestantes (calvinistes). D'autres éléments ont contribué à ce mouvement révolutionnaire. Ainsi, l'élite sécessionniste était francophone et se sentait dominée par l'administration principalement néerlandophone des Pays-Bas. Par ailleurs, il existait une aspiration à rejeter le régime monarchique de la Maison d'Orange-Nassau, encore marqué par des traits de l'Ancien régime⁴⁶, pour lui préférer des institutions politiques plus libérales, inspirées par les principes du parlementarisme et de la monarchie constitutionnelle⁴⁷ (voy. *supra*).

⁴⁶ Ainsi, les Pays-Bas connaissaient un régime représentatif organisé en références à trois grands ordres. Les États provinciaux (assemblées compétentes au niveau provincial) étaient composés de membres élus par (1) les nobles (ou corps équestre), (2) les villes et (3) les campagnes (art. 129 de la Constitution des Pays-Bas du 24 août 1815). Les États provinciaux des différentes provinces nommaient à leur tour les membres de la Seconde chambre des États-Généraux (art. 79 de la Constitution précitée), tandis que les membres de la Première chambre étaient choisis par le Roi (art. 80 de la Constitution précitée).

⁴⁷ On peut, pour se convaincre des ressentiments qui existaient à l'époque, lire un extrait du discours du 10 novembre 1830 du journaliste Louis DE POTTER, le doyen d'âge du Gouvernement provisoire :

« Les consciences violées ; l'enseignement enchaîné ; la presse condamnée à n'être plus que l'instrument du pouvoir, ou forcée au silence ; [...] le droit de pétition méconnu ; la confusion de tous les pouvoirs, devenus le domaine d'un seul ; l'imposition despotique d'un langage privilégié ; l'amovibilité des juges, abaissés au rôle de commissaires du pouvoir ; l'absence complète de la garantie de la publicité et de celle du jury ; une dette et des dépenses énormes, seule dot que nous eût apportée la Hollande, lors de notre déplorable union ; des impôts accablants par leur hauteur et plus encore par leur répartition tout

Ce sont notamment ces grandes caractéristiques que le pouvoir constituant originaire a inscrites dans la Constitution qu'il a adoptée le 7 février 1831. Pendant leurs travaux, menés au cours des mois précédents, les auteurs de la Constitution se sont inspirés des constitutions et des institutions de plusieurs États voisins, notamment des systèmes britanniques, français et néerlandais⁴⁸.

15. - Congrès National – Concrètement, la Constitution belge a été élaborée puis adoptée au sein du Congrès national, qui était une assemblée composée de membres élus dont il convient de dire quelques mots ici.

Après le « détachement violent »⁴⁹ des provinces du sud des Pays-Bas, un Gouvernement provisoire a été constitué le 24 septembre 1830⁵⁰ pour assurer le succès de la révolution et convoquer une assemblée de représentants, désignée comme le Congrès national⁵¹. Celui-ci était composé de 200 membres qui ont été élus le 3 novembre 1830 par un électorat restreint : seul environ un pourcent de la population établie sur le territoire de la toute nouvelle Belgique disposait du droit de participer à cette élection⁵². Installé le 10 novembre 1830, le Congrès

impopulaire, toute au détriment des classes indigentes ; des lois toujours votées par les Hollandais pour la Hollande seulement, et toujours contre la Belgique, si inégalement représentée aux anciens états généraux ; le siège de tous les grands corps constitués et de tous les établissements importants fixé dans cette même Hollande ; la scandaleuse distraction des fonds spécialement destinés à favoriser l'industrie, et enfin la plus révoltante partialité dans la distribution des emplois civils et militaires, par un gouvernement aux yeux duquel la qualité de Belge était un titre de réprobation ; en un mot, la Belgique entière traitée comme une province conquise, comme une colonie ; tout nécessitait une révolution, la rendait inévitable, en précipitait l'époque » (cité par E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, T. I, Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie, 1844, pp. 100-101).

⁴⁸ D'après l'étude de GILISSEN, 40 % des dispositions de la Constitution belge sont plus ou moins textuellement empruntées à la Loi fondamentale des Pays-Bas de 1815, 35 % de la Charte française de 1830, 10 % de la Constitution française de 1791, 10 % du droit public anglais (voy. J. GILISSEN, « La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence », *Res Publica*, 1968, numéro spécial, pp. 107-141, ici p. 132 ; voy. également V. DUJARDIN, « Les droits constitutionnels originaires », in : M. VERDUSSEN et N. BONBLED, (sous la dir. de), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, t. I, pp. 37-75. Ultérieurement, la Constitution belge a elle aussi, à son tour, influencé de nombreuses constitutions (voy. à ce sujet E. DESCAMPS, *La mosaïque constitutionnelle. Essai sur les sources du texte de la Constitution belge*, Louvain, 1891, p. 31).

⁴⁹ Le gouvernement provisoire a en effet proclamé le 4 octobre 1830 l'indépendance du territoire belge par ces mots : « Les provinces de la Belgique, violemment détachée de la Hollande, constitueront un État indépendant ».

⁵⁰ Il est composé d'André JOLLY, ancien officier du génie, du baron Emmanuel VAN DER LINDEN D'HOOGHVORST et de Charles ROGIER, avocat à Liège. Le baron Emmanuel VAN DER LINDEN D'HOOGHVORST a fait nommer secrétaires Joseph VANDER LINDEN et Feuillien DE COPPIN.

⁵¹ T. JUSTE, *Histoire du Congrès national ou de la fondation de la monarchie belge*, T. I, Bruxelles, Librairie polytechnique d'Aug. Decq, 1850, p. 67 et s.

⁵² Seuls ceux qui payaient le cens électoral – c'est-à-dire un certain montant d'impôts – ou qui pouvaient faire valoir une capacité (attestée par un diplôme ou l'exercice de certaines professions) étaient admis à l'électorat. Voy. l'arrêté du Gouvernement provisoire du 10 octobre 1830 relatif aux élections au Congrès national (*Bulletin officiel*, 1830, n° 7). Sur ces questions, voy. aussi *infra*, chapitre 5.

national devait donner une légitimité représentative aux organes du nouvel État. Outre son rôle de législateur amené à adopter les premières lois, par décret⁵³, le Congrès national avait également la tâche d'élaborer la Constitution belge.

16. - Constitution et décrets constitutionnels – Outre la Constitution au sens strict, c'est-à-dire le document adopté par le Congrès National le 7 février 1831⁵⁴, la constitution formelle du Royaume de Belgique comprend deux autres documents moins connus et qui ont, il est vrai, un caractère accessoire par rapport au texte principal que nous venons d'évoquer. Il s'agit du décret constitutionnel du 18 novembre 1830 proclamant l'indépendance du peuple belge⁵⁵ et du décret du 24 novembre 1830 qui exclut la famille d'Orange-Nassau à perpétuité de tout pouvoir en Belgique⁵⁶. Ces deux décrets, qui ont précédé l'adoption de la constitution proprement dite et qui ne contiennent chacun qu'un seul article, sont toujours en vigueur aujourd'hui. Ils ont la valeur de normes suprêmes au même titre que les articles de la Constitution.

2) Révision de la Constitution formelle

17. - Procédure de révision de la Constitution – La Constitution belge n'est pas immuable et a d'ailleurs été modifiée à de nombreuses reprises depuis 1831. Comme la plupart des constitutions formelles⁵⁷, celle de la Belgique contient une disposition qui organise une procédure de révision ; il existe donc un pouvoir constituant dérivé en droit belge.

À cet égard, l'article 195 de la Constitution prévoit une procédure assez lourde ; elle a été pensée pour garantir la stabilité de la Constitution. Dans son ouvrage de 1844, la *Constitution belge annotée*, Jean-Joseph Thonissen résume comme suit la raison d'être de la disposition :

« Une Constitution doit être la combinaison rationnelle des besoins du gouvernement et du peuple, de l'État et des individus. Si ces besoins sont profondément modifiés par des événements imprévus ; si les garanties individuelles ou générales, convenables et suffisantes à une époque antérieure, sont devenues incomplètes ou illusoire, en présence

⁵³ Voy., en guise d'illustrations, le décret du 3 mars 1831 sur les élections pour la formation de la chambre des représentants et du sénat (*Bulletin officiel*, 1831, n° 19), celui du 19 juillet 1831 qui rétablit le jury (*Bulletin officiel*, 1831, n° 183) et celui du 20 juillet 1831 sur la presse (*Bulletin officiel*, 1831, n° 185).

⁵⁴ La Constitution a été sanctionnée dans la séance du Congrès du 7 février 1831 et promulguée le 11 du même mois ; l'article 1^{er} du décret du Congrès national du 11 février 1831 (*Pas. belge*, troisième série, t. I, p. 211), dispose que « [l]a Constitution solennellement sanctionnée dans la séance du 7 février 1831, sera immédiatement promulguée dans la forme prescrite par le décret du 27 novembre 1830 ». La Constitution est devenue obligatoire le 25 février 1831, date de l'entrée en fonction du Régent. Voy. sur ces dates G. DOR, *Notes de Droit public*, 1^{er} fascicule, 6^e éd., Liège, Les Presses universitaires de Liège, 1953, pp. 16-17.

⁵⁵ *Bulletin officiel*, 1830, n° 41.

⁵⁶ *Bulletin officiel*, 1830, n° 41.

⁵⁷ Voy. *supra*, présent chapitre, n° 10 et n° 11.

de faits nouveaux qui se produisent dans la vie sociale, la loi fondamentale doit inévitablement subir des modifications »⁵⁸.

Selon l'expression de Francis Delpérée et Sébastien Depré, l'article 195 vise dans un même temps à « éviter que la Constitution ne soit modifiée à l'improviste ou ne subisse des altérations significatives sous l'impulsion de majorités de circonstance »⁵⁹. Comme nous allons le voir, cette procédure allie une condition de majorité qualifiée à une règle potentiellement dissuasive d'étalement du processus dans le temps. Elle comprend trois phases distinctes.

La première étape consiste en l'adoption de déclarations de révision d'un ou plusieurs articles de la Constitution. Les organes du pouvoir législatif – c'est-à-dire la Chambre des représentants, le Sénat et le Roi – peuvent décider « qu'il y a lieu à la révision de telle disposition constitutionnelle qu'il désigne »⁶⁰. Il s'agit donc d'établir la liste des articles que l'on propose de modifier, en visant éventuellement des paragraphes ou des alinéas précis de ces articles. Ces listes, qu'on appelle 'déclaration de révision de la Constitution', doivent – pour être valable – être adoptée par chacune des deux chambres, à la majorité absolue, ainsi que par le Roi⁶¹. La déclaration ainsi arrêtée ne contient pas de projets de textes nouveaux ; elle se borne à indiquer les dispositions actuelles que la majorité a l'intention de modifier. Seules les dispositions se retrouvant dans chacune des trois déclarations sont considérés comme 'ouvertes à révision', c'est-à-dire susceptibles d'être modifiées. À ce jour, la dernière déclaration de révision de la Constitution date du printemps 2019⁶². Elle envisage la révision d'une dizaine d'articles ou morceaux d'articles et suggère l'insertion d'une série de dispositions nouvelles.

La deuxième étape de la procédure correspond au renouvellement des chambres fédérales. La publication au *Moniteur belge*⁶³ de la déclaration de révision entraîne de plein droit, c'est-à-dire sans qu'aucun autre acte ne soit nécessaire, la

⁵⁸ J.J. THONISSEN, *Constitution belge annotée, offrant sous chaque article, l'état de la doctrine de la jurisprudence et de la législation*, Hasselt, P.-F. Milis, 1844, p. 339.

⁵⁹ F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Larcier, 1998, p. 262.

⁶⁰ Art. 195, al. 1^{er}, de la Constitution.

⁶¹ Si l'une des dispositions n'est pas reprise dans la déclaration arrêtée par un des organes compétents, elle ne peut être considérée comme ouverte à modification (voy. B. CADRANEL, « La déclaration de révision de la Constitution d'avril 2003 », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1811-1812, 2003, p. 37).

⁶² Plus précisément, une déclaration de révision a été adoptée par la Chambre des représentants le 5 avril 2019 et le Sénat a fait de même le 26 avril 2019. Enfin, le gouvernement a adopté sa déclaration de révision de la Constitution le 20 mai 2019. Les trois déclarations ont été publiées au *Moniteur belge* le 23 mai 2019. Pour identifier les articles ouverts à révision, il convient donc d'isoler ceux repris dans les trois listes.

⁶³ Le *Moniteur belge*, en allemand *Belgisches Staatsblatt*, et en néerlandais *Belgisch Staatsblad*, est le journal officiel qui publie les lois, décrets, ordonnances et autres textes réglementaires des différentes entités qui composent l'État belge. Bien que créé le 16 juin 1831, il ne remplacera le *Bulletin officiel* comme journal officiel que par une loi du 28 février 1845 (*Bulletin officiel*, 1845, n° 7). Depuis le 1^{er} janvier 2003, il n'est en principe plus publié sous forme papier, mais reste accessible par Internet.

dissolution de la Chambre des représentants et du Sénat⁶⁴. Des élections doivent alors être organisées pour renouveler la Chambre des représentants et il est procédé à de nouvelles désignations de sénateurs⁶⁵, de sorte que les nouvelles chambres puissent être convoquées dans les trois mois de la dissolution⁶⁶. Cet aspect de la procédure de révision de la Constitution belge est spécialement lourd, puisqu'il implique l'impossibilité de modifier une disposition de la constitution formelle sans passer par des élections⁶⁷. En théorie, cette étape permet aux électeurs d'intervenir dans le processus de révision : lorsqu'ils choisissent un parti ou des candidats, ils peuvent éventuellement tenir compte des intentions politiques de ces derniers à l'égard des dispositions constitutionnelles contenues dans la déclaration de révision.

Enfin, la troisième étape est celle de la révision proprement dite de la Constitution. Les nouvelles chambres fédérales – qui sont considérées comme 'chambres constituantes' – peuvent désormais procéder à la modification des dispositions constitutionnelles mentionnées dans la déclaration précédemment arrêtée. Il s'agit bien d'une *possibilité* qui s'offre aux organes du pouvoir constituant dérivé : la Chambre des représentants, le Sénat et le Roi ne sont pas obligés de modifier les textes ouverts à révision⁶⁸. C'est dans l'hypothèse où cette faculté est mise en œuvre que la condition de majorité qualifiée intervient : les modifications de la Constitution ne sont acquises que si au moins deux tiers des membres qui composent chacune des deux chambres sont présents au moment du vote (*quorum*) et si le changement proposé réuni au moins les deux tiers des suffrages exprimés⁶⁹. En ce qui concerne cette dernière condition, il convient de noter que les éventuelles abstentions ne sont pas considérées comme des suffrages exprimés ; il suffit dès lors que le nombre de suffrages exprimés en faveur de la modification soit au moins deux fois supérieur au nombre de suffrages exprimés à l'encontre du projet⁷⁰. Une fois que la modification a été

⁶⁴ Art. 195, al. 2, de la Constitution.

⁶⁵ Sur ce dernier point, voy. F. AMEZ, « Le bicaméralisme après la sixième réforme de l'État », *C.D.P.K.*, 2015, pp. 189-220, ici p. 207.

⁶⁶ Art. 46, al. 5, de la Constitution.

⁶⁷ En pratique, on observe que les déclarations de révision de la Constitution sont le plus souvent adoptées peu de temps avant le terme de la législature fédérale, c'est-à-dire à un moment où les chambres sont de toute façon sur le point d'être renouvelées. Il y a alors, juridiquement, une dissolution en application de l'article 195 de la Constitution, mais les élections ont lieu à peu près au moment où elles étaient attendues et n'apparaissent dès lors pas, politiquement, comme des élections anticipées.

⁶⁸ Par ailleurs, seuls les éléments explicitement soumis à révision sont susceptibles de faire l'objet de l'attention du constituant dérivé (A. ALEN et F. MEERSCHAUT, « De impliciete herziening van de Grondwet », in : *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruxelles, Bruylant, 1992, T. I, p. 261).

⁶⁹ Art. 195, al. 5, de la Constitution.

⁷⁰ Article 60, alinéa 2, du règlement de la Chambre et article 44.4 du règlement du Sénat. Nous voudrions montrer ce que cette règle peut impliquer en pratique. Si, à la Chambre des représentants, qui compte 150 membres, 100 députés au moins sont présents, il est satisfait à la condition de *quorum* pour cette assemblée. Supposons que, parmi les 100 députés présents, 70 s'abstiennent et 30 seulement expriment un vote positif ou négatif. La modification

arrêtée par la Chambre des représentants et le Sénat dans les mêmes termes et selon les modalités que nous venons de préciser, le texte est alors transmis au Roi qui le sanctionne et le promulgue avant sa publication au *Moniteur belge*⁷¹. Sauf disposition particulière, la modification constitutionnelle entre en vigueur le jour-même de sa publication⁷².

18. - Objet des révisions constitutionnelles opérées (aperçu) – Si la Constitution adoptée en 1831 est toujours en vigueur, son contenu a évolué sensiblement, à la suite d'un grand nombre d'applications de l'article 195 de la Constitution. L'examen complet des révisions constitutionnelles dépasserait largement les objectifs du présent syllabus, mais il paraît utile de donner un aperçu des principaux objets de ces réformes.

Les premières révisions constitutionnelles, opérées à la fin du XIX^e siècle (1893) puis au lendemain de la Première Guerre mondiale (1920-21) visaient essentiellement à démocratiser les institutions belges. Les modifications portaient notamment sur certaines règles électorales majeures. On relève en particulier que le principe du cens électoral – qui réservait la faculté de voter à ceux qui payaient beaucoup d'impôts – a ainsi été remplacé en 1893 par le suffrage universel masculin tempéré par le vote plural⁷³. Le système du vote plural, qui offrait à certains hommes deux, voire trois voix, a à son tour été abrogé après le premier conflit mondial en faveur du suffrage universel masculin⁷⁴. Nous reviendrons, plus loin, sur le caractère démocratique de l'État belge⁷⁵.

Pendant les 140 années qui se sont écoulées entre 1831 et 1970, le pouvoir constituant dérivé n'est intervenu qu'aux deux occasions que nous venons d'indiquer (1893 et 1920-21). On peut donc considérer que la Constitution belge a connu une remarquable stabilité pendant une longue période de l'histoire nationale. Le rythme des révisions s'est en revanche sensiblement accéléré à partir de 1970.

constitutionnelle sera adoptée si au moins 20 de ces 30 parlementaires votent en faveur de la révision (autrement dit, si dix députés au plus s'y opposent). En effet, les 20 suffrages favorables représentent bien deux tiers des 30 suffrages exprimés. On voit, à travers cet exemple fictif, qu'il n'est pas indispensable que deux tiers des membres de la Chambre des représentants – soit 100 députés – votent en faveur d'une modification pour que celle-ci soit acquise. Dans un cas extrême, on pourrait même imaginer qu'une modification constitutionnelle soit adoptée par la Chambre des représentants avec le soutien d'un seul député, face à 149 abstentionnistes : cet unique vote favorable correspond à cent pourcents des suffrages exprimés et satisfait donc à l'exigence de la majorité qualifiée.

⁷¹ Nous reviendrons *infra* (chapitre 6) sur les notions de 'sanction', de 'promulgation' et de 'publication'.

⁷² A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht, Syllabusuitgave*, 2^e éd., T. I, Malines, Kluwer, 2008, p. 122, et C.A., arrêt n° 5/2004 du 14 janvier 2004, considérant B.14.7.

⁷³ Voy. l'ancien art. 47 de la Constitution, tel que modifié le 7 septembre 1893 (*Moniteur belge* du 9 septembre 1893).

⁷⁴ Voy. l'ancien art. 47 de la Constitution, tel que modifié le 7 février 1921 (*Moniteur belge* du 10 février 1921).

⁷⁵ Voy. *infra*, chapitre 5.

Depuis lors, le Royaume de Belgique a connu un nombre important de révisions constitutionnelles, par vagues successives. Une partie significative de ces modifications visait un but commun : transformer progressivement l'État belge, autrefois unitaire, en un État fédéral avec des Communautés et des Régions autonomes et dotées de leurs propres institutions. Sur le plan symbolique, cette évolution a connu son paroxysme en 1993, lorsque l'article 1^{er} de la Constitution a été révisé en vue de prévoir que « [l]a Belgique est un État fédéral qui se compose des communautés et des régions »⁷⁶. À côté de cela, un chapitre entier du Titre III de la Constitution – son chapitre IV –, ainsi que bien d'autres dispositions, concernent directement le caractère fédéral du pays⁷⁷.

En plus des modifications relatives à la démocratisation et à la fédéralisation de l'État, la Constitution a été révisée sur des points divers. On pense par exemple aux modifications constitutionnelles intervenues dans le domaine de la justice à la fin des années 1990⁷⁸, en réaction aux scandales liés à l'affaire Dutroux, aux dispositions qui rendent possibles les consultations populaires aux niveaux local⁷⁹ et régional⁸⁰ ou à un certain nombre de changements intervenus dans le domaine des droits fondamentaux⁸¹.

19. - Coordination de la Constitution – Il paraît utile d'ajouter que la Constitution belge, en vertu de son article 198, permet de coordonner le texte constitutionnel. Ceci peut notamment viser à adapter la numérotation des articles, à revoir les subdivisions des articles ou encore à revoir les subdivisions de la Constitution elle-même en titres, chapitres et sections. Ceci peut notamment être utile pour remettre de l'ordre dans le texte fondamental et ainsi faciliter sa lecture, après qu'une série de révisions successives a introduit des numéros d'article 'bis', 'ter', 'quater', etc.

À la différence de la révision constitutionnelle, la coordination ne peut pas modifier le contenu des règles, mais seulement leur ordonnancement. Elle vise à revoir la présentation des règles, sans en changer la substance.

Pour procéder valablement à une opération de coordination, il est nécessaire que les modifications envisagées soient adoptées d'un commun accord par le Roi et par les deux Chambres⁸². Ces dernières ne peuvent procéder à un vote sur ce point que si deux tiers au moins de leurs membres sont présents et les changements ne

⁷⁶ Modification de la Constitution du 5 mai 1993 (*Moniteur belge* du 8 mai 1993).

⁷⁷ Nous traiterons *infra* de la notion de fédéralisme ; voy. chapitre 4.

⁷⁸ Spécialement la révision de l'article 151 de la Constitution en vue d'instaurer le Conseil supérieur de la Justice. Voy. la révision constitutionnelle du 20 novembre 1998 (*Moniteur belge* du 24 novembre 1998).

⁷⁹ Art. 41, al. 5, de la Constitution.

⁸⁰ Art. 39bis de la Constitution.

⁸¹ Par exemple, une modification constitutionnelle du 21 février 2002 a introduit le principe d'égalité des femmes et des hommes à l'art. 10, al. 3, de la Constitution (*Moniteur belge* du 26 février 2002, 2^e éd.). La peine de mort a été constitutionnellement abolie par l'art. 14bis, adopté le 2 février 2005 (*Moniteur belge* du 17 février 2005).

⁸² Art. 198, al. 1^{er}, de la Constitution.

sont acquis que si l'ensemble des modifications réunit au moins les deux tiers des suffrages exprimés⁸³.

L'article 198 de la Constitution a été mis en œuvre en 1994, après la quatrième réforme de l'État. La Constitution coordonnée a été sanctionnée par le Roi le 17 février 1994⁸⁴. La numérotation des articles de la Constitution a été modifiée à cette occasion, de sorte qu'il est nécessaire d'utiliser une table de concordance lorsqu'on veut comparer l'ancienne version du texte constitutionnel avec le nouveau⁸⁵.

3) Contenu et structure actuels de la Constitution formelle

20. - Contenu des normes constitutionnelles – La Constitution belge porte sur bien des aspects différents du droit public, dont elle pose les fondements. On peut apercevoir trois grandes catégories de règles, qui correspondent à trois grands domaines du droit public⁸⁶.

La Constitution belge contient, premièrement, des règles essentielles pour l'organisation de l'État et de ses institutions. Elle pose notamment les principes de la dynamique fédérale du Royaume et envisage les principales subdivisions administratives de l'État. Elle décrit par ailleurs les principaux organes législatifs, exécutifs et judiciaire, elle traite de leur composition, de leurs rôles, de leur fonctionnement et des relations qu'ils entretiennent entre eux.

Le texte constitutionnel consacre aussi, deuxièmement, un certain nombre de dispositions aux relations entre l'État et les individus. Cet aspect du droit public se matérialise spécialement à travers les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution : les individus qui se trouvent en Belgique bénéficient du principe d'égalité et jouissent des libertés d'expression, de religion, de réunion, d'association, *etc.* Les autorités publiques doivent s'abstenir de violer ces libertés et contribuer à garantir leur effectivité.

Enfin, troisièmement, la Constitution belge comprend des normes qui posent les fondements des relations entre le Royaume et les autres États. S'y trouvent notamment les bases juridiques des procédures de conclusion des traités internationaux.

21. - Structure de la Constitution – La version originale de la Constitution belge, adoptée en 1831, était composée de 139 articles. La version qui est actuellement en vigueur est plus longue : depuis la coordination de 1994, elle

⁸³ Art. 198, al. 2, de la Constitution.

⁸⁴ *Moniteur belge* du 17 février 1994, 2^e éd.

⁸⁵ L'article 198 a aussi été appliqué en 2005 pour adapter la terminologie dans le texte de la Constitution. Le mot « conseil », qui désignait jusqu'alors les assemblées des entités fédérées, a été remplacé par le terme « parlement ».

⁸⁶ Voy. *supra*, chapitre 1^{er}, la définition du droit public.

contient des dispositions structurées sous la forme d'articles numérotés de 1 à 198. Il existe par ailleurs un certain nombre d'articles '*bis*' ou '*ter*' qui ont été insérés dans la Constitution après cette restructuration du texte. On peut aussi relever que certains articles ont été abrogés : en droit positif, il n'existe ainsi plus d'articles 72, 79, 80 et 81. La longueur des articles de la Constitution est très variable : les plus courts ne contiennent que quelques mots (six seulement dans le cas des articles 14*bis*⁸⁷ et 97⁸⁸) ; tandis que les plus longs sont souvent composés de plusieurs paragraphes (§), eux-mêmes structurés en plusieurs alinéas. Le plus long article de la Constitution – l'article 151 – compte à lui seul plus de mille mots.

La Constitution belge contient aussi des dispositions transitoires. Il s'agit de normes particulières qui déterminent l'entrée en vigueur des règles juridiques (ici, des dispositions constitutionnelles). Certaines dispositions transitoires sont regroupées à la fin de la Constitution, dans son titre IX, et sont numérotées en chiffres romains. D'autres sont greffées à des articles dans le corps du texte constitutionnel. C'est le cas, par exemple, de l'article 35, dont la disposition transitoire prévoit que le principe inscrit à l'article en question n'entrera en vigueur qu'après une révision constitutionnelle ultérieure et l'adoption d'une loi spéciale, qui n'existe pas à ce jour⁸⁹.

Les articles de la Constitution sont structurés en 'titres', numérotés de I à IX. Si l'on compte le Titre I^{er}*bis*, introduit dans la Constitution en 2007, on peut considérer que le texte constitutionnel contient les dix grandes parties suivantes :

- Titre I^{er} – *De la Belgique fédérale, de ses composantes et de son territoire* (articles 1^{er} à 7)
- Titre I^{er} *bis* – *Des objectifs de politique générale de la Belgique* (article 7*bis*)
- Titre II – *Des Belges et de leurs droits* (articles 8 à 32)
- Titre III – *Des Pouvoirs* (articles 33 à 166)
- Titre IV – *Des relations internationales* (articles 167 à 169)
- Titre V – *Des finances* (articles 170 à 181)
- Titre VI – *De la force publique* (articles 182 à 186)
- Titre VII – *Dispositions générales* (articles 187 à 194)
- Titre VIII – *De la révision de la Constitution* (articles 195 à 198)
- Titre IX – *Dispositions transitoires* (articles I à VI).

On voit que ces différents titres ont des volumes différents. Alors que le Titre I^{er}*bis* contient le seul article 7*bis*, le Titre III s'étend aux articles 33 à 166 et inclut ainsi à lui seul environ trois quarts des dispositions de la Constitution. Ce volumineux Titre III, qui porte sur l'organisation des pouvoirs étatiques, est aussi le seul qui est subdivisé en plusieurs chapitres. La lecture des intitulés des huit chapitres qu'il contient permet de se faire une première idée des principales institutions du Royaume :

⁸⁷ « La peine de mort est abolie ».

⁸⁸ « Seuls les Belges peuvent être ministres ».

⁸⁹ Sur l'art. 35 Const., voy. *infra*, chapitre 4.

Chapitre I^{er} – *Des Chambres fédérales* (articles 42 à 73)
Chapitre II – *Du pouvoir législatif fédéral* (articles 74 à 84)
Chapitre III – *Du Roi et du Gouvernement fédéral* (articles 85 à 114)
Chapitre IV – *Des communautés et des régions* (articles 115 à 140)
Chapitre V – *De la Cour constitutionnelle, de la prévention et du règlement des conflits* (articles 141 à 143)
Chapitre VI – *Du pouvoir judiciaire* (articles 144 à 159)
Chapitre VII – *Du Conseil d'État et des juridictions administratives* (articles 160 et 161)
Chapitre VIII – *Des institutions provinciales et communales* (articles 162 à 166).

Certains de ces chapitres sont à leur tour divisés en sections et, elles-mêmes, parfois, en sous-sections.

4) Constitution matérielle

22. - Étendue de la constitution matérielle – La distinction que nous avons présentée entre constitution au sens formel et constitution au sens matériel⁹⁰ s'applique également à la Belgique. On se souviendra que la constitution formelle désigne l'ensemble formé par les normes suprêmes, tandis que la constitution matérielle comprend l'ensemble des règles fondamentales d'un ordre juridique, indépendamment de leur forme.

Il s'avère que la Constitution belge au sens formel du terme – dont nous avons traité dans les pages précédentes – ne rassemble pas toutes les normes fondamentales relatives au fonctionnement de l'État. À titre d'exemple, on relève que les compétences des Régions ne sont pas énumérées – pas même dans les grandes lignes – dans le texte constitutionnel formel. Il est donc impossible, à la lecture de la seule Constitution, de se faire une idée générale du partage des compétences entre les composantes de l'État fédéral. Il s'agit pourtant là d'une question fondamentale de droit public. Par ailleurs, de nombreuses règles importantes qui concernent l'organisation des entités fédérées, la composition de leurs organes législatifs et exécutifs, leurs compétences ou leur financement se trouvent également en dehors de la constitution au sens formel.

La situation inverse existe aussi, mais est plus anecdotique : on peut observer que certaines dispositions incluses dans la constitution formelle du Royaume ne sont pas véritablement fondamentales et ne font donc pas partie de la Constitution au sens matériel. Ainsi, les articles 66, alinéa 2, 71, alinéa 5, et 118*bis* de la Constitution – qui prévoit que les parlementaires peuvent utiliser gratuitement les transports publics – ne semble pas être un élément essentiel au regard de l'organisation de l'État belge. On peut aussi considérer que certaines parties du long article 151 de la Constitution relève du détail plutôt que de la catégorie des règles fondamentales.

⁹⁰ Voy. *supra*, n^{os} XXX.

23. - Notion de loi spéciale – Comme nous venons de le voir, la constitution matérielle de la Belgique est plus large que la constitution formelle. Pour cerner les contours de la constitution matérielle, il est donc nécessaire d’investiguer en dehors de la constitution formelle pour identifier des normes fondamentales inscrites dans d’autres types de normes juridiques.

À cet égard, des règles importantes peuvent être trouvées dans des normes législatives (lois, décrets ou ordonnances), dans des normes exécutives (arrêtés royaux ou arrêtés des gouvernements régionaux et communautaires), voire dans des normes juridictionnelles (spécialement dans les arrêts des juridictions suprêmes que sont la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d’État).

Cependant, en droit belge, une partie considérable des normes matériellement constitutionnelles qui ne sont pas incluses dans la constitution formelle se retrouve dans un type particulier de normes juridiques, que sont les *lois spéciales*. Ces lois spéciales sont des normes législatives fédérales, adoptées par la Chambre des représentants, le Sénat et le Roi, en application de règles spéciales de procédure, fixées par l’article 4, alinéa 3, de la Constitution. Nous exposerons cette procédure en détail *infra*⁹¹, mais nous pouvons déjà indiquer sa caractéristique majeure : elle fait intervenir les groupes linguistiques français et néerlandais de la Chambre des représentants et du Sénat et exige qu’au sein de chacun d’eux, la majorité des suffrages soient exprimés en faveur du texte envisagé. Il ne suffit donc pas, comme pour les lois ‘ordinaires’, qu’une majorité soutienne le projet au sein de chaque chambre globalement considérée ; il faut qu’une telle majorité se manifeste dans chaque groupe linguistique. De la sorte, on s’assure qu’une loi spéciale ne peut être adoptée, modifiée ou abrogée que si les représentants des deux grandes communautés linguistiques et culturelles du pays y consentent majoritairement. En outre, une loi spéciale n’est valablement adoptée que si des règles particulières de quorum sont respectées et si le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteint les deux tiers des suffrages exprimés⁹².

Dès lors, on observe que de nombreux éléments de la constitution matérielle, à défaut de se trouver dans la constitution formelle, sont inscrits dans des normes qui sont elles aussi assez difficiles à modifier.

Les plus importantes lois spéciales en vigueur, dans lesquelles on peut identifier des règles matériellement constitutionnelles, sont les suivantes :

- la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁹³ (dont l’intitulé est souvent abrégé sous la forme suivante : L.S.R.I) ;

⁹¹ Voy. n° XXX.

⁹² Voy. *infra*, chapitre 6.

⁹³ *Moniteur belge* du 15 août 1980.

- la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle⁹⁴ (L.S.C.Const) ;
- la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises⁹⁵ (L.S.Bxl) ;
- la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions⁹⁶ (L.S.Fin.).

Il ne faut cependant pas déduire de ce qui précède que des normes matériellement constitutionnelles ne pourraient exister en dehors de la Constitution et des lois spéciales. Comme nous l'avons indiqué précédemment, elles peuvent se trouver dans toutes les formes de normes juridiques. On signale par exemple que de nombreuses règles relatives à la Communauté germanophone sont consacrées par une loi ordinaire, à savoir la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone⁹⁷.

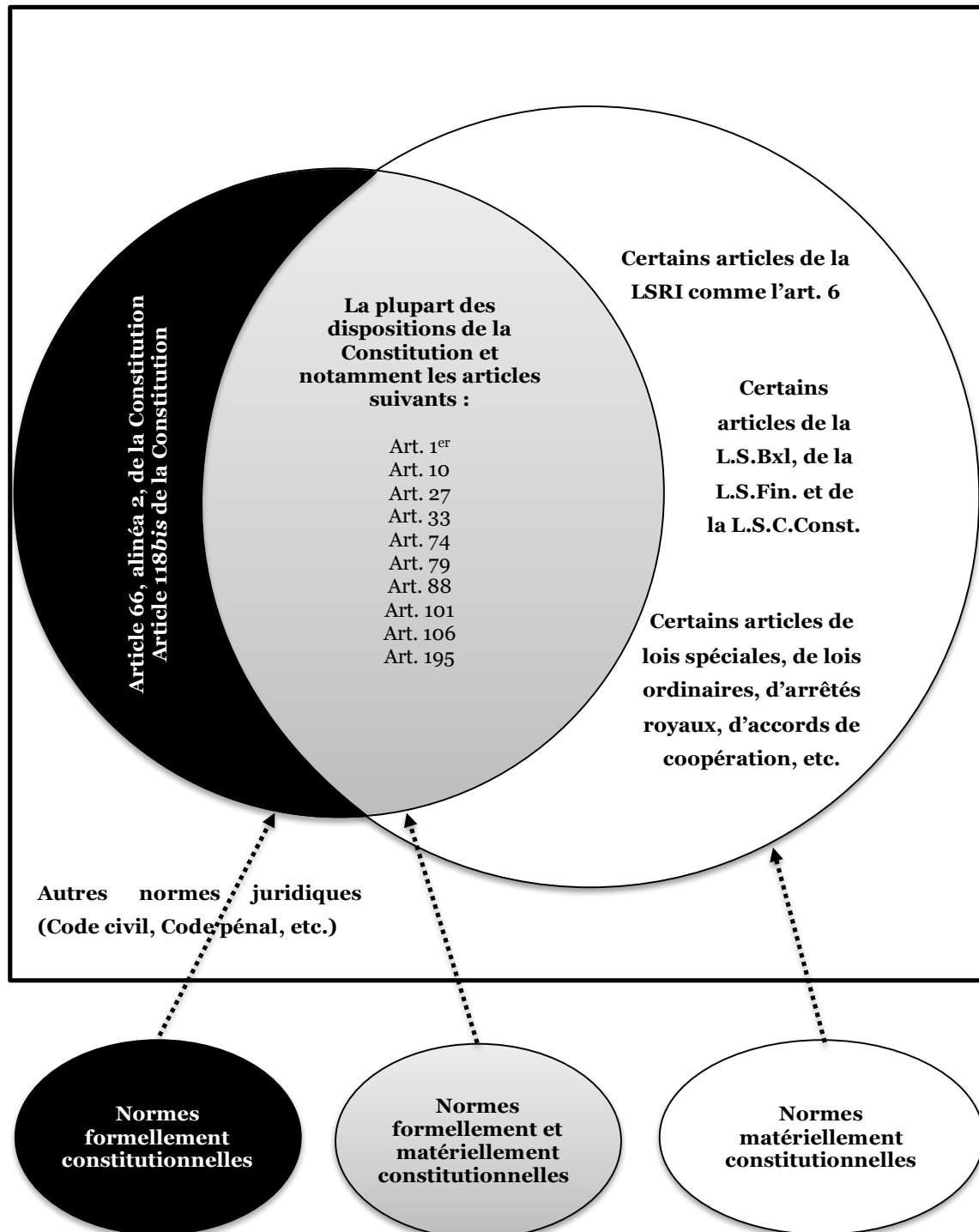
24.- Représentation graphique des constitutions formelle et matérielle – Sur la base des propos qui précèdent, on peut représenter schématiquement les constitutions formelle et matérielle du Royaume de Belgique, au sein de l'ordre juridique global constitué par l'ensemble des normes juridiques en vigueur dans le pays :

⁹⁴ *Moniteur belge* du 7 janvier 1980.

⁹⁵ *Moniteur belge* du 14 janvier 1989.

⁹⁶ *Moniteur belge* du 17 janvier 1989.

⁹⁷ *Moniteur belge* du 18 janvier 1984.



25. - Modifications de la constitution matérielle et réformes de l'État

– La constitution matérielle de la Belgique connaît régulièrement des modifications. Lorsque des changements de grande ampleur sont réalisés, on emploie généralement les expressions 'réforme de l'État' ou 'réformes

institutionnelles' pour les désigner. Depuis 1970, le pays a connu six réformes de ce genre : la première en 1970, la deuxième en 1980, la troisième en 1988, la quatrième en 1993, la cinquième en 2001 et la sixième en 2012-14. Ces différentes phases de réformes ont notamment créé les Régions et les Communautés et ont progressivement augmenté leur degré d'autonomie.

Dans la plupart des cas, ces réformes se sont concrétisées, sur le plan juridique, par des révisions de la constitution formelle qui ont été accompagnées de l'adoption ou de la modification d'autres règles – particulièrement des lois spéciales – contenant elles aussi des éléments de droit constitutionnel matériel. Ainsi, dans la pratique, la réalisation des accords politiques qui portent sur les grandes réformes institutionnelles appellent presque toujours la mise en œuvre de plusieurs procédures différentes : non seulement celle qui est prévue à l'article 195 de la Constitution et qui permet la révision de la Constitution elle-même, mais aussi celle qui est visée à l'article 4, alinéa 3, de la Constitution et qui concerne les lois spéciales, voire encore celles qui permettent l'adoption d'autres normes afin de compléter la réforme de l'État (lois ordinaires, arrêtés royaux, *etc.*).

Il est cependant arrivé qu'une réforme de l'État soit opérée sans que la constitution formelle ne soit révisée. Ce fut le cas de la cinquième réforme de l'État (2001) : si la constitution matérielle a bien été modifiée sur de nombreux points (ce qui permet d'affirmer qu'il y a bien eu réforme de l'État), cela a été réalisé par le biais de modifications à des lois spéciales et à d'autres normes externes à la constitution formelle. Ainsi, l'un des éléments les plus significatifs de cette réforme – à savoir l'accroissement des compétences des régions à de nouvelles matières – a pu être juridiquement concrétisé par une modification de l'article 6 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. En effet, comme nous l'avons déjà indiqué, les compétences régionales ne sont pas réglées par la constitution formelle et il est dès lors possible de les faire évoluer sans toucher à un mot des règles suprêmes.

CHAPITRE 3 - LA MONARCHIE CONSTITUTIONNELLE

26. - Introduction du chapitre – Certains États, comme la Belgique, peuvent être qualifiés de monarchies héréditaires, dans la mesure où le chef d'État y détient ses pouvoirs en application du principe de l'hérédité. En d'autres mots, le chef d'État exerce cette fonction parce que son père, sa mère, son frère, sa tante ou un autre parent l'exerçait avant lui. En Belgique, la monarchie est aussi dite « constitutionnelle », parce que le rôle du Roi est encadré et limité par des règles constitutionnelles qui s'imposent à lui et qu'il ne peut modifier seul. Nous proposons d'examiner la notion de monarchie héréditaire et constitutionnelle dans les pages qui suivent.

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

27. - Plan de l'exposé – Nous examinerons succinctement, dans la partie générale du chapitre, la caractéristique majeure de la monarchie, c'est-à-dire la transmission héréditaire du pouvoir (1). Nous analyserons par la suite les traits saillants d'une monarchie constitutionnelle (2), avant de la comparer à la république (3).

1) *Transmission héréditaire du pouvoir*

28. - Notion de chef d'État – On trouve, à la tête de chaque État, une personne qui représente symboliquement ce dernier et à qui on peut attribuer le titre générique de « chef d'État ». Le chef d'État occupe la position protocolaire suprême ; il est, en d'autres mots, le premier personnage de l'État⁹⁸.

Au-delà de cette affirmation générale, le rôle du chef d'État varie considérablement d'un pays à l'autre. Dans certains cas, le chef d'État dispose de pouvoirs effectifs importants et est un élément majeur de la dynamique politique. Le Président des États-Unis d'Amérique incarne à merveille cette hypothèse : il est un chef d'État qui dirige effectivement le pouvoir exécutif (il n'y a pas de Premier ministre pour le seconder dans ce rôle) et qui exerce une influence réelle sur le pouvoir législatif. À l'opposé, il existe des États où les pouvoirs du chef d'État sont nuls et où sa fonction se borne à l'aspect symbolique et représentatif

⁹⁸ P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 2^e éd., Coll. Que Sais-je?, Paris, P.U.F., 2009, pp 19-20; voy. également D. ROBERTSON, *A Dictionary of Modern Politics*, 3^e éd., Londres, Routledge, 2002, p. 221.

que nous avons évoqué précédemment. Cette situation caractérise, par exemple, le Royaume de Suède : le roi ou la reine, chef de l'État, n'y exerce aucune part du pouvoir exécutif, pas même formellement ; c'est le gouvernement qui dirige le Royaume⁹⁹.

29. - Titre du chef d'État dans les monarchies héréditaires – Le titre précis que porte le chef d'État varie lui aussi d'un État à l'autre. La diversité des règles constitutionnelles, elles-mêmes imprégnées de contextes historiques multiples, laisse place à de nombreuses possibilités. Le titre de « Président » (ou une variation sur la base de ce terme, telle que « Président de la République ») est assez courant. Il est cependant porté par des chefs d'États qui n'obtiennent pas leurs pouvoirs par l'hérédité¹⁰⁰.

Dans les monarchies, c'est-à-dire les régimes politiques qui nous intéressent particulièrement ici, d'autres titres sont usités. Celui de Roi ou de Reine est relativement fréquent, notamment en Europe, où il est porté par le chef d'État au Danemark, en Espagne, en Norvège, aux Pays-Bas, au Royaume-Uni, en Suède et en Belgique. Le même terme est aussi utilisé en dehors du continent européen, par exemple, en Arabie Saoudite. Mais des titres différents sont encore attribués aujourd'hui à des chefs d'États héréditaires dans d'autres pays : celui d'Empereur au Japon, de Prince à Monaco ou au Liechtenstein, de Grand-Duc au Luxembourg, de Sultan en Oman ou au Brunei, ou encore d'Emir au Koweït ou au Qatar.

Pour tenir compte de cette pluralité terminologique, nous emploierons dans la suite le terme 'monarque' pour désigner, de manière générale, le chef d'un État monarchique.

30. - Transmission héréditaire des pouvoirs du chef de l'État – Le trait saillant des régimes que nous examinons ici réside dans le caractère héréditaire de la transmission des pouvoirs du chef de l'État¹⁰¹. Lorsque le monarque décède, son héritier reçoit ses fonctions constitutionnelles, de la même manière qu'une personne ordinaire devient propriétaire des biens de ses parents quand ceux-ci perdent la vie.

Traditionnellement, les règles de l'hérédité favorisent la descendance directe du chef d'État : ce sont ses enfants (légitimes) qui sont placés en première ligne pour

⁹⁹ Art. 6 de la Constitution suédoise.

¹⁰⁰ Voy. *infra*, n° 38 et suivants.

¹⁰¹ Il convient toutefois de remarquer que certaines monarchies modalisent la transmission héréditaire en prévoyant, par exemple, des élections au sein de la dynastie au pouvoir. C'est le cas de l'Arabie saoudite où le monarque est élu au sein de la famille royale par le Conseil d'allégeance, composé de 35 descendants du roi fondateur, IBN SAOUD. On se permettra pourtant d'affirmer que ce critère de transmission par l'hérédité est tout de même respecté au sein des monarchies électives dès lors que les votes ne peuvent se porter que sur des candidats issus d'une même dynastie. En cela, nous nous éloignons d'une notion « vulgaire » de la monarchie invoquée par Charles Eisenmann (voy. C. EISENMANN, « Sur la théorie de la monarchie », *Revue française de science politique*, 1955, p. 140).

la succession au trône. Si le monarque a plusieurs enfants, la règle de la primogéniture s'applique en principe : c'est l'aîné, parmi les enfants vivants au moment de la succession, qui devient le nouveau chef d'État.

Le genre des successeurs potentiels peut jouer un rôle dans le processus de transmission des pouvoirs. Trois formules sont possibles. Selon la première, qui pose le principe de *primogéniture mâle* ou *masculine*, seuls les hommes peuvent accéder au trône, à l'exclusion des femmes. Cette règle est aussi désignée sous le nom de 'loi salique'. Dans les États où elle est appliquée, un monarque qui n'a que des filles parmi ses enfants ne peut transmettre ses pouvoirs à aucune d'elles, de sorte que ceux-ci passeront à une autre branche de la famille. C'est notamment une caractéristique de la France sous l'Ancien régime : aucune femme n'a accédé au trône royal. Nous verrons plus loin que la constitution belge a consacré ce principe jusqu'en 1991¹⁰². Le second modèle est celui de la *primogéniture agnatique*. Il donne la priorité aux hommes, sans toutefois exclure les femmes : si l'on compte des hommes et des femmes au sein de la progéniture du chef d'État, c'est alors le plus âgé des hommes qui accédera prioritairement au pouvoir, même si certaines de ses sœurs sont nées avant lui. Les femmes ne peuvent donc devenir chef d'État qu'en l'absence d'hommes dans la fratrie. Le Royaume-Uni a longtemps connu ce principe. En droit positif, la Constitution espagnole¹⁰³ et celle de la Principauté de Monaco appliquent encore cette règle de la priorité masculine¹⁰⁴. Enfin, la dernière formule – celle de la *primogéniture absolue* – est égalitaire au point de vue du genre : l'accession au trône est ouverte aux femmes comme aux hommes, l'aînée ou l'aîné de la fratrie succède au monarque décédé. C'est, depuis 2013, la solution qu'a retenu le Royaume-Uni¹⁰⁵. Le principe est aussi en vigueur dans d'autres monarchies européennes, notamment aux Pays-Bas¹⁰⁶ et au Danemark¹⁰⁷.

À défaut de descendance – ou à défaut de descendance mâle, dans les États où seuls les hommes peuvent accéder à la qualité de chef d'État –, la couronne est transmise à d'autres membres de la famille du monarque décédé. Ce sont en principe les frères et sœurs du défunt, puis ses neveux et nièces, qui sont alors susceptibles d'hériter des fonctions monarchiques. Quant à l'accès des femmes (sœurs, nièces, *etc.*) au trône, les différents modèles évoqués précédemment sont susceptibles d'être appliqués *mutatis mutandis*. Les règles constitutionnelles des

¹⁰² Voy. *infra*, n° 44.

¹⁰³ Voy. l'art. 57 de la Constitution du 27 décembre 1978.

¹⁰⁴ Conformément à l'art. 10 de la Constitution de la Principauté de Monaco du 17 décembre 1962, « [l]a succession au Trône, ouverte par suite de décès ou d'abdication, s'opère dans la descendance directe et légitime du Prince régnant, par ordre de primogéniture avec priorité masculine au même degré de parenté ».

¹⁰⁵ Voy. l'Acte de succession à la Couronne (*Succession to the Crown Act*) sanctionné par la Reine le 25 avril 2013.

¹⁰⁶ Art. 25 de la Constitution des Pays-Bas.

¹⁰⁷ Art. 2.1 de la Loi de succession (*Tronfølgeoven*) n° 170 du 27 mars 1953 tel que modifié par la Loi portant modification de la succession (loi n° 528 du 12 juin 2009) et approuvée par référendum en 2009.

monarchies prévoient par ailleurs souvent des solutions pour l'hypothèse où le chef d'État n'aurait aucun successeur et où il conviendrait de remédier à la vacance du trône en fondant une nouvelle dynastie.

31. - Décès et abdication – Dans le contexte de la monarchie héréditaire, la transmission du pouvoir au successeur du chef d'État est en principe déclenchée par le décès de ce dernier. Le monarque est en effet en principe titulaire de sa fonction à vie.

Il existe une exception à cette règle, pour le cas de l'abdication. L'abdication est l'acte par lequel le monarque renonce à ses fonctions et ouvre, de la sorte, anticipativement sa succession. Au point de vue du droit constitutionnel, les effets de l'abdication sont largement assimilables à ceux du décès. Celui qui y procède est écarté du pouvoir, tandis que son héritier est appelé à prendre sa place.

Certaines constitutions formelles contiennent des dispositions expresses à propos de l'abdication. C'est le cas de l'article 27 de la Constitution des Pays-Bas, qui prévoit que « [l]’abdication entraîne la succession héréditaire conformément aux règles fixées dans les articles précédents ». Les articles qui sont visés par cette disposition concernent le décès du Roi, ce qui confirme, dans la pratique, l'assimilation des deux concepts – abdication et décès – quant à leurs effets. D'autres constitutions monarchiques ne traitent pas explicitement de l'abdication, à laquelle il reste néanmoins possible de recourir dans la pratique. Cette dernière hypothèse se réalise notamment en droit belge, ainsi que nous le verrons plus loin¹⁰⁸.

Il semble utile d'ajouter, bien qu'il ne s'agisse pas de considérations juridiques, que le recours à l'abdication tend à augmenter dans les monarchies européennes et qu'il semble devenir un acte normal dans certaines d'entre elles. L'abdication n'est plus nécessairement le dernier recours d'un monarque acculé, en manque de légitimité, qui doit renoncer à ses pouvoirs parce qu'il se trouve dans une situation politique qui lui empêche de les exercer sereinement. L'abdication est désormais parfois aussi considérée comme un instrument qui permet à un monarque âgé de transmettre ses fonctions à un héritier plus jeune et de prendre, en quelque sorte, sa retraite politique. Les monarchies européennes ont ainsi connu une série de trois abdications de ce genre en un peu plus d'un an : le 30 avril 2013, la Reine Beatrix des Pays-Bas a abdicé en faveur de Willem-Alexander ; le 21 juillet 2013, le Roi des Belges, Albert II, a cédé le trône à son fils Philippe¹⁰⁹ et, le 18 juin 2014, le chef d'État espagnol, Juan Carlos, s'est retiré au profit de Felipe¹¹⁰. Dans d'autres monarchies, cette conception moderne, plus

¹⁰⁸ Voy. *infra*, n° 47.

¹⁰⁹ Sur ce point, voy. *infra*, n° 47.

¹¹⁰ On peut aussi indiquer que, le 8 août 2016, l'Empereur du Japon, Akihito, a exprimé dans une allocution télévisée exceptionnelle, sans prononcer le mot « abdication », ses inquiétudes quant à son état de santé et sa capacité à continuer de s'acquitter de ses obligations compte tenu de son âge. Cela étant, la Constitution japonaise ne prévoyait pas la faculté d'abdiquer pour l'Empereur. Une révision de la législation de la Maison impériale semblait nécessaire afin que l'Empereur

décomplexée, de l'abdication ne semble pas être à l'ordre du jour ; on pense notamment à Elisabeth II, qui – née en 1926 – règne sur le Royaume-Uni et d'autres États membres du *Commonwealth* depuis 1952 sans montrer aucune intention de renoncer à ses fonctions.

2) *Traits majeurs des monarchies constitutionnelles*

32. - Généralités – Les monarchies constitutionnelles sont généralement caractérisées par un certain nombre de traits communs qui contribuent à définir le rôle du monarque, dans son rapport avec les autres institutions, en particulier avec le gouvernement et le parlement. Dans les lignes qui suivent, nous nous intéresserons d'abord à deux principes fondamentaux, à savoir l'inviolabilité (n° 33) et l'irresponsabilité (n° 34) du monarque. Nous verrons ensuite que la responsabilité politique – traditionnellement refusée au Roi – revient aux ministres, c'est-à-dire aux membres du gouvernement (n° 35), qui l'endossent par le biais d'un acte appelé contreseing ministériel (n° 36).

33. - Inviolabilité royale – Les États qui ont institué une monarchie héréditaire ont, par ce choix constitutionnel, voulu favoriser la continuité à la tête de l'État¹¹¹. Le fait que la question du choix du successeur ne se pose en principe jamais, puisqu'elle est automatiquement résolue par les règles successorales, est en soi un facteur de stabilité. Walter Bagehot, fin observateur du droit constitutionnel britannique au XIX^e siècle, a ainsi affirmé que « *[t]he characteristic advantage of a constitutional king is the permanence of his place* »¹¹². Si le principe-même de l'hérédité contribue à la réalisation de ces objectifs, il existe un autre élément typique des monarchies constitutionnelles qui y participe également, à savoir la règle de l'inviolabilité du monarque.

On la trouve sous des formes assez similaires dans différentes constitutions monarchiques. L'article 13 de la constitution danoise évoque la personne « inviolable et sacrée » du Roi ; l'article 56, alinéa 3, de la constitution espagnole affirme que « la personne du Roi d'Espagne est inviolable » ; aux Pays-Bas, l'article 42, alinéa 2, de la constitution prévoit simplement que « [d]e Koning is onschendbaar », c'est-à-dire que « le Roi est inviolable » ; *etc.* La constitution suédoise est particulièrement explicite : l'article 7 de son chapitre V porte que « le Roi ne peut être poursuivi en raison de ses actes ».

abdique et cède le trône à son fils, le prince Naruhito. Finalement, suivant les recommandations d'une commission *ad hoc*, le Parlement japonais a voté, le 9 juin 2017, une loi d'exception lui permettant de céder le trône à son fils aîné, ouvrant ainsi la voie à la première abdication en plus de 200 ans. L'abdication de l'Empereur Akihito a eu lieu le 30 avril 2019.

¹¹¹ En ce sens, voy. not. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge, Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 635-636.

¹¹² W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 70.

Cette règle implique d'abord que, sur le plan *pénal*, le monarque bénéficie de l'immunité de juridiction. Il ne peut être recherché, arrêté, poursuivi ou jugé par les autorités judiciaires pour des faits qu'il aurait commis et qui seraient susceptibles d'être considérés comme infractionnels s'ils avaient été posés par une autre personne. Il s'agit d'un principe qui s'est développé il y a plusieurs siècles en droit anglais sous la forme de l'adage suivant : « *the King can do no wrong* » ou, en français, « le Roi ne peut pas mal faire ». Ce principe se concrétise notamment par l'inviolabilité pénale du monarque, laquelle est absolue : quels que soient la nature des faits (liés ou non à l'exercice des fonctions royales) ou le degré de gravité qu'on leur attribue, le monarque est juridiquement immunisé contre toute mesure qui viserait à faire reconnaître sa responsabilité pénale.

Dans certaines monarchies, cette immunité s'étend également sur le plan *civil*. Le monarque ne peut donc pas non plus être personnellement attiré devant une juridiction civile. Toutefois, certains contentieux qui concernent le monarque – par exemple des litiges susceptibles d'engager son patrimoine – peuvent être tranchés par les juridictions compétentes à condition qu'un représentant agisse à sa place, soit comme demandeur, soit comme défendeur. C'est le cas en Espagne où, en vertu de l'article 56.3 de la Constitution, le Roi est personnellement inviolable, mais il est possible d'astreindre dans certains cas en justice la *Casa de Su Majestad El Rey*.

34. - Irresponsabilité royale – À côté de la notion d'inviolabilité, qui protège le monarque contre les actions portées devant les juridictions, il existe un deuxième principe typique des monarchies constitutionnelles qui entretient d'ailleurs un rapport étroit avec le premier ; il s'agit de l'irresponsabilité du monarque.

Si le Roi « ne peut pas mal faire », c'est aussi parce qu'il est considéré comme politiquement irresponsable, c'est-à-dire qu'il ne porte jamais la responsabilité des actes politiques, même lorsqu'il en est formellement l'auteur¹¹³.

Dans les constitutions des monarchies européennes, l'irresponsabilité royale est généralement consacrée explicitement en sus de l'inviolabilité que nous avons traitée précédemment. C'est le cas notamment de la Constitution danoise, qui

¹¹³ La notion d'irresponsabilité et d'inviolabilité du chef de l'État n'est pas une idée neuve. De 985 à 1789, la Principauté de Liège fut un État indépendant, vassal du Saint Empire romain. Or, une juridiction – le Tribunal des XXII – fut instituée en 1343 pour veiller au respect de la fameuse *Paix de Fexhe* par les officiers du Pouvoir exécutif. Supprimée le 25 février 1344, la juridiction est réinstaurée, avec tous les caractères que le Tribunal conservera dans l'avenir, en 1373, sous Jean d'Arckel, à la suite de la *Paix des XXII*. Le Tribunal des XXII a pour fonction principale de trancher les litiges en matière d'abus d'autorité, d'atteinte à la propriété, à la liberté individuelle et de déni de justice. S'il n'est pas justiciable du Tribunal des XXII, le Prince-Évêque ne peut « prendre à lui le fait de ses officiers » en vertu de la troisième Paix des XXII et de la Paix de Saint-Jacques de 1487. « En somme », constate Eugène POLAIN, « le pays de Liège avait dès le XIV^e siècle, le principe de l'article [88] de la Constitution belge : la personne du roi est inviolable, ses ministres sont responsables » (E. POLAIN, « La vie à Liège sous Ernest de Bavière, études archéologiques », *Bulletin de l'Institut archéologique liégeois*, T. LXII, 1938, p. 82).

prévoit que « le Roi est irresponsable », avant d'ajouter que « sa personne est inviolable et sacrée »¹¹⁴. D'une manière similaire, en Espagne, la personne du Roi est « inviolable et irresponsable »¹¹⁵. En revanche, le texte de la constitution néerlandaise ne traite que de l'inviolabilité et n'affirme pas explicitement que le Roi est, en outre, irresponsable¹¹⁶ ; la littérature montre que la notion d'irresponsabilité est cependant sous-entendue dans celle d'inviolabilité¹¹⁷.

35. - Contreseing ministériel – Le corollaire du principe d'irresponsabilité politique, c'est qu'il est impossible au monarque de poser *seul* un quelconque acte qui aurait une portée politique. Ses actes ne sont considérés comme juridiquement valables que s'ils reçoivent le contreseing d'un ministre, c'est-à-dire si au moins un ministre applique sa signature à côté de celle du monarque. Le contreseing est, étymologiquement, le seing (terme synonyme de « signature »¹¹⁸) qui est apposé contre un autre.

Le lien entre l'irresponsabilité royale et le mécanisme du contreseing ministériel apparaît nettement dans la constitution espagnole. Son article 56, alinéa 3, prévoit non seulement – comme on l'a déjà vu – que le Roi est inviolable et irresponsable, mais il ajoute aussi que « ses actes sont toujours contresignés » et qu' « ils sont dépourvus de validité sans ce contreseing ».

La règle du contreseing a des implications majeures dans la dynamique politique des États monarchiques¹¹⁹. En effet, toutes les règles qui attribuent des pouvoirs au monarque doivent être comprises et nuancées à l'aune de ce principe. Si la constitution d'un Royaume habilite, par exemple, le Roi à nommer des magistrats, il faut comprendre que le Roi ne peut exercer cette prérogative que s'il dispose du soutien d'un ministre prêt à consentir aux nominations envisagées. Monarque et membres du gouvernement constituent donc un tout indissociable dans l'accomplissement des fonctions qui relèvent formellement du monarque.

Il convient encore d'indiquer, si l'on veut bien comprendre le fonctionnement des monarchies constitutionnelles européennes, que la véritable impulsion politique provient, dans ces systèmes, du gouvernement ou de ses membres, plutôt que du monarque personnellement. En pratique, les actes qui relèvent des attributions

¹¹⁴ Article 13 de la constitution danoise.

¹¹⁵ Art. 56, alinéa 3, de la constitution espagnole.

¹¹⁶ Art. 42, alinéa 2, de la constitution néerlandaise.

¹¹⁷ C. W. VAN DER POT et A. M. DONNER, *Handboek Van Het Nederlandse Staatsrecht*, 14^e éd., Haarlem, H. D. Tjeenk Willink, 2001, p. 421.

¹¹⁸ En langue française, on retrouve le terme « seing » dans l'expression « sous-seing privé » qui est couramment utilisée en droit privé et qui désigne un acte juridique conclu par des particuliers, par opposition à l'acte *authentique* qui requiert en règle générale l'intervention d'un notaire (il s'agit de la majeure partie des cas, mais, dans certaines hypothèses, d'autres acteurs ont le droit de rédiger et de passer des actes *authentiques* – c'est le cas des *Comités d'acquisition*).

¹¹⁹ Il nous paraît important de préciser ici que la notion de contreseing n'est pas une exclusivité des monarchies. Ainsi, l'article 19 de la constitution de la V^e République française prévoit que les actes du Président de la République doivent en principe être contresignés par le Premier ministre et, le cas échéant, par les ministres responsables.

royales sont d'abord initiés par le gouvernement, qui en est l'auteur *en fait*, avant d'être adoptés formellement par le monarque qui en devient ainsi l'auteur *en droit* et contresignés par un ou plusieurs ministres qui en prennent officiellement la responsabilité.

Dans certaines monarchies, il a été jugé opportun de rapprocher la règle de droit de la situation en fait. À cette fin, les pouvoirs attribués par la Constitution au monarque ont été considérablement diminués ; ce n'est en principe plus lui qui adopte formellement les actes du pouvoir exécutif. Le gouvernement est directement habilité à y procéder, de sorte que la règle du contreseing perd de son importance. Cette évolution caractérise notamment le Royaume de Suède.

36. - Responsabilité ministérielle – Si le monarque est irresponsable, les ministres prennent en revanche la responsabilité politique de ses actes. Dès lors que le monarque ne doit rendre de compte à personne, ce sont les ministres qui vont assumer les conséquences des décisions et des actes formellement pris par le monarque. Le principe est notamment un élément-clé du droit constitutionnel britannique où il est exprimé sous la forme suivante : « *for every exercise of royal power some minister is answerable* »¹²⁰.

Le contreseing, que nous venons d'évoquer, sert non seulement à valider les actes du monarque, mais aussi à marquer la prise de responsabilité de celui ou ceux qui l'apposent. Ainsi, en vertu de l'article 64, alinéa 2, de la Constitution espagnole, « ceux qui contresignent les actes du Roi en sont responsables ». Dans le même sens, au Danemark, l'article 14 de la constitution énonce que « [l]a signature du Roi au bas des décisions concernant la législation et le gouvernement les rend exécutoires, quand elle est accompagnée du contreseing d'un ou de plusieurs ministres. Chaque ministre qui l'a contresignée est responsable d'une décision ».

La responsabilité ministérielle, en ce qu'elle est le corollaire de l'irresponsabilité royale, s'applique bien entendu aux normes juridiques qui sont formellement adoptées par le monarque. Elle s'étend toutefois aussi à d'autres actions et attitudes du monarque ; ainsi, les discours officiels qu'il prononce ou les visites d'État qu'il entreprend sont préparés et menés en étroite collaboration avec un ou plusieurs ministres qui en prennent la responsabilité. Dès lors, ce serait une erreur de penser que le monarque rédige librement ses discours ou décide seul de l'agenda de ses voyages officiels.

37. - Lien avec le parlementarisme – Contrairement à ce que l'on observe dans les monarchies absolues, où un individu est titulaire de toutes les attributions qui appartiennent au gouvernement¹²¹, les monarchies constitutionnelles, comme celles qui existent en Europe, sont caractérisées par

¹²⁰ F.W. MAITLAND, *The Constitutional History of England*, Cambridge, Cambridge University Press, 1908, p. 203.

¹²¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., T. II, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et cie., 1928, p. 771.

un pouvoir limité (parfois à peu de prérogatives) du chef d'État. Il convient de souligner que ce trait est en pratique associé avec une autre caractéristique importante que nous étudierons ultérieurement (*infra* n° XX) : les monarchies constitutionnelles européennes correspondent généralement à des régimes parlementaires, c'est-à-dire à des systèmes politiques où le gouvernement est responsable devant le parlement et pas devant le chef d'État lui-même, qui n'a dès lors qu'une emprise limitée, voire nulle, sur la composition et sur l'action du gouvernement. Dans ces États, le pouvoir exécutif est divisé en deux parties : le pouvoir du monarque, qui est irresponsable et inviolable, et celui des ministres qui l'assistent¹²² et prennent la responsabilité de ses actes. Or, cette responsabilité politique n'aurait guère de portée effective si elle ne s'exerçait pas vis-à-vis d'un organe capable de sanctionner les décisions ou les attitudes qui sont considérées comme inopportunes ou inadéquates. Dans les monarchies européennes, c'est le parlement, ou l'une des assemblées qui le compose, qui exerce le pouvoir de contrôle sur le gouvernement et ses membres. On parle alors à juste titre de « monarchies parlementaires ».

3) *Par contraste : la République*

38. - Élection du chef de l'État – Le mot « république » est ambigu. Dans une première acception, dont la portée est générale et fidèle à l'étymologie du terme, il désigne « la chose publique » (*res publica*), c'est-à-dire l'État avec toutes ses composantes ou, dans une conception encore plus large, l'ensemble des questions politiques. Le mot a toutefois un second sens, plus étroit ; la république est alors une forme de régime politique qui se distingue de la monarchie en rejetant la caractéristique héréditaire¹²³. La désignation du chef de l'État n'est pas laissée au hasard de l'hérédité, mais est le fruit d'une élection. Le modèle républicain est donc basé sur le *suffrage*, c'est-à-dire le vote exprimé lors d'une élection. Cela implique aussi que la durée de l'exercice de la fonction par un individu donné est en principe plus courte : le chef d'État ne détient pas ses pouvoirs à vie, comme dans la monarchie, mais seulement jusqu'à la prochaine élection.

Dans les régimes démocratiques, ce suffrage peut prendre plusieurs formes. Il peut s'agir d'un suffrage universel et direct, qui suppose que tous les individus qui ont le droit de vote puissent prendre part à la désignation du chef de l'État (*infra*, n° 39). L'alternative est le scrutin indirect : le chef de l'État est alors choisi par les membres d'un organe de l'État, tel qu'un parlement ou une assemblée spéciale,

¹²² P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 2^e éd., Coll. Que Sais-je?, Paris, P.U.F., 2009, pp. 80-81.

¹²³ R. MONNIER, « "Démocratie représentative" ou "république démocratique" : de la querelle des mots (république) à la querelle des anciens et des modernes », *Annales historiques de la Révolution française*, n°325, 2001. pp. 1-21.

plutôt que par la population qui n'intervient donc pas directement dans le processus électoral (elle y intervient le cas échéant indirectement dans la mesure où elle a pris part à l'élection des membres de l'assemblée qui désigne à son tour le chef de l'État) (*infra*, n° 40).

39. - Élection du chef de l'État au suffrage universel et direct – Dans le cadre d'un scrutin direct, le chef de l'État est directement élu par les citoyens « sans intermédiaire »¹²⁴.

Pour présenter ce mode d'élection, nous pouvons prendre l'exemple du modèle français tel qu'il est prévu par la Constitution de la V^e République promulguée le 4 octobre 1958. Conçue par Michel Debré et inspirée par l'idéologie gaulliste¹²⁵, la Constitution donne un rôle important au chef de l'État. Aux premières heures de la V^e République, le président était élu par un collège électoral composé d'environ 80.000 grands électeurs, maires et conseillers généraux, c'est-à-dire selon un système d'élection indirecte. Mais depuis 1962, c'est au contraire le principe de l'élection directe du président qui est entré en vigueur¹²⁶. Désormais,

¹²⁴ P. ARDANT, *Institutions politiques & Droit constitutionnel*, 28^e éd., Paris, L.G.D.J, 2016, p. 205.

¹²⁵ N. WAHL, « Aux origines de la nouvelle Constitution », *Revue française de science politique*, 1959, pp. 30- 66.

¹²⁶ Ce n'est par ailleurs pas la première fois que la France connaît un régime caractérisé par l'élection directe, au suffrage universel, du chef de l'État. Plus d'un siècle auparavant, la révolution de février 1848 renverse la monarchie constitutionnelle de Louis-Philippe I^{er} (la *monarchie de juillet*) et la II^e République émerge. Malgré les mises en garde de certaines voix, craignant que l'idée aboutisse à un affaiblissement du parlement et au triomphe des démagogues (voy. sur ces débats P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 2015, pp. 112-119), c'est le principe de l'élection du président au suffrage universel (masculin) qui est retenu. Parmi les opposants à ce régime, Jules Grévy, député et futur président de la III^e République, ne cache pas ses craintes :

« Le président de la République », déclara-t-il, « a tous les pouvoirs de la royauté : il dispose de la force armée ; il nomme aux emplois civils et militaires ; il dispense toutes les faveurs ; il a tous les moyens d'action, toutes les forces actives qu'avait le dernier roi. Mais ce que n'avait pas le roi, et qui mettra le président de la République dans une position bien autrement formidable, c'est qu'il sera l'élu du suffrage universel ; c'est qu'il aura la force immense que donnent des millions de voix. [...] Oubliez-vous que ce sont les élections de l'an X qui ont donné à Bonaparte la force de relever le trône et de s'y asseoir ? Voilà le pouvoir que vous élevez ! [...] Il est vrai que ce pouvoir, au lieu d'être héréditaire, sera temporaire et électif, mais il n'en sera que plus dangereux pour la liberté. Êtes-vous bien sûrs que, dans cette série de personnages qui se succéderont tous les quatre ans au trône de la présidence, il n'y a aura que de purs républicains empressés d'en descendre ? Êtes-vous bien sûrs qu'il ne se trouvera jamais un ambitieux tenté de s'y perpétuer ? Et si cet ambitieux est un homme qui a su se rendre populaire, si c'est un général victorieux, entouré de ce prestige de la gloire militaire auquel les Français ne savent pas résister ; si c'est le rejeton d'une des familles qui ont régné sur la France, et s'il n'a jamais renoncé expressément à ce qu'il appelle ses droits ; si le commerce languit, si le peuple souffre, s'il est dans un de ces moments de crise où la misère et la déception le livrent à ceux qui cachent, sous des promesses, des projets contre sa liberté, répondez-vous que cet ambitieux ne parviendra pas à renverser la République ? » (cité par P. BASTID, *Doctrines et institutions politiques de la Seconde République*, T. II, Paris, Hachette, 1945 p. 109).

le Président de la République est désigné au terme d'un scrutin organisé au suffrage universel. Est élu le candidat qui obtient la majorité absolue des voix exprimées par les électeurs qui ont pris part aux opérations, soit dès le premier tour, soit – si aucun candidat n'a alors obtenu ce résultat – à l'issue d'un second tour auquel n'accèdent que les deux meilleurs candidats du premier¹²⁷.

L'avenir lui a finalement donné raison : le 2 décembre 1851, le neveu de Napoléon I^{er}, qui était devenu le 1^{er} Président de la II^e République à l'issue du scrutin du 10 décembre 1848, s'empare du pouvoir par un coup d'État. Un an plus tard, Charles-Louis-Napoléon Bonaparte se proclame Empereur des Français et prend le nom de Napoléon III. Cette expérience a dûment frappé les esprits, comme semblent le démontrer les réticences exprimées à l'égard de la réforme de 1962 (voy. P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 2015, pp. 142-149).

¹²⁷ La procédure est fixée par les articles 6, 7 et 58 de la Constitution française ainsi que par la loi organique du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel (*Journal officiel* du 7 novembre 1962). La révision constitutionnelle, qui a permis l'instauration du suffrage universel pour l'élection présidentielle a été opérée sur la base de l'article 11 de la Constitution française, qui a impliqué l'organisation d'un referendum, tenu le 28 octobre 1962. Une nette majorité de l'électorat (62 %) s'était montrée favorable à ce changement, cher au Général De Gaulle. F. GOGUEL, « Le référendum du 28 octobre et les élections des 18-25 novembre 1962 », *Revue française de science politique*, pp. 289-314. Un mois avant le referendum, soit le 20 septembre 1962, De Gaulle avait annoncé son intention à l'occasion d'une allocation radiotélévisée, dont on peut épingle l'extrait suivant :

« Sans que doivent être modifiés les droits respectifs, ni les rapports réciproques des pouvoirs, exécutifs, législatif, judiciaire, tels que les fixe la constitution, mais en vue de maintenir et d'affermir dans l'avenir nos institutions vis-à-vis des entreprises factieuses, de quelque côté qu'elles viennent, ou bien des manœuvres de ceux qui, de bonne ou de mauvaise foi, voudraient nous ramener au funeste système d'antan, je crois donc devoir faire au pays la proposition que voici : quand sera achevé mon propre septennat ou si la mort ou la maladie l'interrompaient avant le terme, le président de la République sera dorénavant élu au suffrage universel. Sur ce sujet, qui touche tous les Français, par quelle voie convient-il que le pays exprime sa décision ? Je réponds : par la plus démocratique, la voie du référendum ».

Cette réforme importante du mode de scrutin provient d'une réflexion ancienne du Général. Il écrit à cet égard, dans le second tome de ses *Mémoires* :

« Depuis longtemps, je crois que le seul moyen est l'élection par le peuple du président de la République. Celui-ci, s'il était désigné par l'ensemble des Français – personne d'autre n'étant dans ce cas –, pourrait être « l'homme du pays » revêtu, par-là, aux yeux de tous et aux siens, d'une responsabilité capitale. Cela, bien évidemment, la loi ne peut le garantir. Car, en aucun temps et dans aucun domaine, ce que l'infirmité du chef a, en soi, d'irréparable ne saurait être compensé par la valeur de l'institution. Mais, à l'inverse, le succès n'est possible que si le talent trouve son instrument et rien n'est pire qu'un système tel que la qualité s'y consume dans l'impuissance. Il est vrai que, parlant à Bayeux en 1946 du régime qu'il faut à la France, puis dirigeant en 1958 les travaux et les débats où s'élaborait la Constitution, je n'avais pas encore spécifié que le chef de l'État devait être élu au suffrage universel et m'en étais d'abord tenu, pour sa désignation, à un large collègue qui serait, à l'échelon national du même genre que ceux qui, à l'échelon départemental, choisissaient les sénateurs. C'est qu'en effet je jugeais préférable de ne pas tout faire à la fois. Dès lors que je demandais au pays d'arracher l'État à la discrétion des partis en décidant que le président et non plus le Parlement serait la source du pouvoir et de la politique, mieux valait prendre quelque délai avant achever cette immense mutation. J'ajoute que sur le moment, afin de ne pas contrarier le mouvement presque unanime de l'adhésion nationale, je jugeais bon de tenir compte des préventions passionnées que,

40. - Élection du chef de l'État par des organes de l'État – Comme on l'a indiqué, la République n'est pas nécessairement caractérisée par l'élection au suffrage universel et direct du président. Cette élection peut aussi avoir lieu selon d'autres modalités et, en particulier, être réservée à un groupe d'électeurs (très) restreint, composé des seuls membres d'un organe de l'État. Ces électeurs particuliers sont alors en général considérés comme des représentants de la population et disposent dès lors d'une certaine légitimité pour opérer le choix du chef de l'État.

Une telle procédure est notamment organisée en Allemagne. Le président de la République fédérale – chef de l'État – qu'il convient de bien distinguer du chancelier – chef du gouvernement – est élu par l'Assemblée fédérale (*Bundesversammlung*). Cet organe, dont la fonction se borne à procéder à cette élection, se compose de tous les membres du *Bundestag* (qui est la chambre basse du parlement fédéral) et d'un nombre égal de membres élus à la proportionnelle par les seize *Landtage* (qui sont les parlements des entités fédérées – des *Länder* – allemandes). Est élu président le candidat qui recueille la majorité des suffrages exprimés par les membres de l'Assemblée fédérale. Si aucun candidat n'obtient ce soutien, il est procédé à un nouveau tour de vote. Dans l'hypothèse où un troisième tour doit être organisé, la majorité relative des suffrages suffit : le candidat qui obtient le plus de voix, même s'il ne recueille pas la majorité absolue des suffrages, accède à la fonction présidentielle¹²⁸.

Le mode de scrutin indirect est aussi utilisé pour les élections présidentielles aux États-Unis d'Amérique. Le président et le vice-président des États-Unis sont en effet élus par un Collège électoral constitué des grands électeurs (*electors*), qui sont quant à eux élus au suffrage universel dans chaque État. Lors de l'*Election Day*, les électeurs américains n'élisent pas directement leur président, mais les grands électeurs de leur État (il y en a 538 si on cumule les 50 États et le district de Columbia) qui, à leur tour, choisissent le président et le vice-président des États-Unis¹²⁹. En pratique, le caractère indirect de l'élection est estompé par le fait que les intentions de vote des candidats qui se présentent aux mandats de grands électeurs sont affirmées à l'avance, de sorte qu'on connaît en principe le

depuis Louis-Napoléon, l'idée de plébiscite soulevait dans maints secteurs de l'opinion. Quand la pratique de la Constitution nouvelle aurait montré que l'échelon suprême y détenait l'autorité sans qu'il eût dictature, il serait temps de proposer au peuple la réforme définitive. Au surplus, j'avais l'intention d'assumer moi-même au départ les fonctions de chef de l'État et en raison de l'Histoire d'hier et des circonstances d'à-présent, la façon dont j'y accéderai ne serait une formalité sans conséquence quant à mon rôle. Mais en considération de la suite, j'étais résolu à parfaire l'édifice à cet égard avant la fin de mon septennat » (C. DE GAULLE, *Mémoires d'espoir*, T. II *L'effort 1962 - ...*, Paris, Pion, 1971, pp. 18-20).

¹²⁸ Cette procédure est organisée par les articles 54 et suivants de la Loi fondamentale allemande et par la loi du 25 avril 1959 relative à l'élection du Président fédéral par l'Assemblée fédérale (*Gesetz über die Wahl des Bundespräsidenten durch die Bundesversammlung*).

¹²⁹ Les principes de l'élection présidentielle sont consacrés par l'article II, section 1, de la Constitution des États-Unis d'Amérique.

nom du nouveau président dès que le résultat de l'élection des grands électeurs est livré. La question du maintien de ce modèle indirect est toutefois débattue aux États-Unis¹³⁰.

41. - Relativisation de la différence entre monarchie et république – Léon Duguit synthétise en quelques mots la distinction qui sépare, selon lui, la monarchie de la république : « Quand le chef de l'État est héréditaire, le gouvernement est monarchique. Je ne vois pas, en effet, d'autre différence possible entre la monarchie et la république »¹³¹. Si, au point de vue des principes, la différence entre les deux régimes est significative, il convient d'ajouter que la distinction présente une importance pratique de plus en plus relative en Europe. On peut certes considérer que la transmission du pouvoir par l'hérédité est anachronique dans des États où la démocratie est établie depuis longtemps et, à ce titre, préférer la république à la monarchie. Il importe cependant de bien considérer la réalité et de mesurer que ce qui est transmis par le monarque à son successeur est un pouvoir limité, voire nul. On ne pourrait dès lors pas affirmer sérieusement que les monarchies constitutionnelles européennes du XXI^e siècle seraient d'emblée moins compatibles avec les principes démocratiques que ne le seraient les républiques du même continent¹³². En d'autres termes, le régime n'est ni bon, ni mauvais – considéré notamment par rapport aux idéaux démocratiques et à l'existence de contre-pouvoirs – simplement en raison du fait qu'il est monarchique ou républicain¹³³.

¹³⁰ E. R. A. N. SMITH et P. SQUIRE, « Direct Election of the President and the Power of the States », *The Western Political Quarterly*, Vol. 40, n° 1, 1987, pp. 29-44 ; G. C. EDWARDS III, *Why the Electoral College is Bad for America*, 2^e éd., New Haven et Londres, Yale University Press, 2011, 278 pages ; T. ROSS, *Enlightened Democracy: The Case for the Electoral College*, 2^e éd., Dallas, Colonial Press L.P., 2012, 282 pages ; E. B. FOLEY, « Recounts – Elections in Overtime », in : M. J. STREB (ed.), *Law and Election politics. The Rules of the Game*, 2^e éd., Abingdon, Routledge, 2013, pp. 154-156 ; M. A. GRABER, *A New Introduction American Constitutionalism*, New York, Oxford University Press, 2013, pp. 230-231 ; G. C. EDWARDS III, « The Faulty Premises of the Electoral College », in : M. NELSON (ed.), *The Presidency and the Political System*, 10^e éd., Londres, CQ PRESS, 2014, pp. 214-230. Voy. encore récemment J. BOUIE, « The Electoral College is the greatest threat to our democracy », *The New York Times*, 28 février 2019 et les nombreuses réactions émises à la proposition de la Sénatrice du Massachusetts et candidate à l'investiture du Parti démocrate 2020 Elizabeth Warren en faveur de la suppression du Collège électoral.

¹³¹ L DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., T. II, Paris, Ancienne librairie Fontemoing et cie., 1928, p. 769.

¹³² En Europe, les monarchies actuelles correspondent en pratique à des régimes parlementaires dans lesquels le pouvoir exécutif est véritablement exercé par le gouvernement tandis que le chef d'État ne dispose que de pouvoirs limités, voire symboliques. Au Royaume-Uni, en Belgique, aux Pays-Bas, au Luxembourg, au Danemark, en Suède, en Norvège et en Espagne, les monarchies sont encadrées par la Constitution et sont irresponsables. Les compétences restent limitées et, quand elles existent, elles sont, en fait, soumises au contreseing par le gouvernement. Il convient d'indiquer, comme exception, le cas particulier du Liechtenstein où la constitution, datant de 1921, prévoit une position relativement forte du monarque, doté de prérogatives législatives et exécutives.

¹³³ K. LOEWENSTEIN, *Die Monarchie im modernen Staat*, Francfort-sur-le-Main, Alfred Metzner, 1952, p. 18.

On ne pourrait pas non plus prétendre que la différence entre république et monarchie serait déterminante pour apprécier la nature et l'importance des pouvoirs du chef de l'État. Dans les deux types de régime, les prérogatives reconnues au chef de l'État peuvent, selon l'État considéré, être nombreuses et effectives ou limitées et symboliques. D'une part, dans le cas des monarchies, nous avons déjà à plusieurs reprises évoqué la (quasi-)absence de pouvoir des monarques européens contemporains, mais il ne faudrait pas oublier qu'il existe au XXI^e siècle des États – comme l'Arabie saoudite – dont le chef héréditaire dispose de prérogatives importantes et exerce un pouvoir politique concret. D'autre part, en ce qui concerne les républiques, on peut opérer un constat similaire : le chef d'État dispose de prérogatives majeures dans certains États, comme aux États-Unis d'Amérique, en République fédérative du Brésil ou en République fédérale de Russie, alors que sa fonction est davantage symbolique au sein de la République italienne ou de la République fédérale d'Allemagne. À cet égard, on peut remarquer, en pratique, une certaine corrélation entre le mode d'élection du président et l'importance de son pouvoir. Les présidents élus au suffrage direct et universel (comme au Brésil ou en Russie) acquièrent par ce biais une 'légitimité' forte à laquelle on associe souvent de larges prérogatives, tandis que ceux qui sont élus par des assemblées (comme en Italie ou en Allemagne) ont une légitimité plus faible et en général des pouvoirs moindres, plus proches de ceux d'un monarque européen contemporain¹³⁴. Dans cette perspective, l'élection présidentielle américaine, qui correspond formellement à un scrutin indirect, s'apparente en pratique – pour les motifs évoqués précédemment¹³⁵ – à une élection directe au suffrage universel.

B.- PARTICULARITES BELGES

42. - Plan de l'exposé – La seconde partie du chapitre est consacrée à l'examen des règles qui organisent la monarchie en Belgique. Nous mettrons l'accent sur deux aspects : la transmission héréditaire du trône, d'une part (1), et les traits caractéristiques du fonctionnement de la monarchie, d'autre part (2).

1) Transmission héréditaire du pouvoir en Belgique

43. - Instauration de la monarchie et de la dynastie – Le constituant originaire de la Belgique a opté, le 22 novembre 1830, pour la forme de la monarchie constitutionnelle et représentative sous un chef héréditaire, par 174

¹³⁴ En Allemagne, par exemple, le président ne peut agir sans contreseing ministériel à l'exception de la nomination et de la révocation du chancelier, et ce, en vertu de l'article 58 de la Loi fondamentale.

¹³⁵ Voy. *supra*, n° XX.

contre 13 voix seulement en faveur de la république¹³⁶. La décision était principalement guidée par des enjeux de nature géopolitique : les autorités politiques de la toute jeune Belgique craignaient d'attirer les foudres des grandes puissances voisines, qui étaient à l'époque toutes des monarchies¹³⁷. Ainsi, aux yeux d'Alexandre Gendebien,

« la république est le meilleur de tous les gouvernements. [...] mais dans la position où nous sommes placés, je demeure persuadé que si nous établissons aujourd'hui la république elle n'aurait pas trois mois d'existence ; les puissances-mêmes qui nous protègent ne craindraient pas de descendre jusqu'à des intrigues pour nous plonger dans l'anarchie »¹³⁸.

Le 3 février 1831, le Congrès national belge offre la couronne au duc de Nemours, second fils du roi des Français Louis-Philippe. Confronté à de nombreuses pressions internationales, principalement britanniques¹³⁹, Louis-Philippe décline le trône pour son fils, le 17 février 1831. Le 24 février 1831, le Congrès belge confère la régence temporaire à son président, le baron Surlet de Chokier. Il faudra attendre le 4 juin 1831 pour que le Congrès s'accorde pour offrir la Couronne¹⁴⁰ au prince Léopold de Saxe-Cobourg-Gotha qui prête serment le 21 juillet 1831¹⁴¹. Une dynastie a ainsi été instaurée en application de la décision du Congrès national. Le trône du Royaume de Belgique est depuis lors occupé par les descendants du Roi Léopold.

Le chef de l'État porte officiellement le titre de « Roi des Belges », plutôt que de « Roi de Belgique ».

44. - Principe de l'hérédité – En Belgique l'article 85 de la Constitution dispose que « [l]es pouvoirs constitutionnels du Roi sont héréditaires dans la descendance directe, naturelle et légitime de S.M. Léopold, Georges, Chrétien, Frédéric de Saxe-Cobourg, par ordre de primogéniture ». Le caractère héréditaire des pouvoirs du Roi s'exprime ainsi par la transmission des prérogatives royales à la descendance *directe, naturelle et légitime*.

En prévoyant que le pouvoir ne se transmet qu'à la descendance *naturelle*, la Constitution exclut les éventuels enfants adoptifs du monarque de l'ordre de la succession ; aucune règle juridique ne lui interdit d'adopter un enfant, mais dans l'hypothèse où il le ferait, ce lien de filiation ne pourrait être pris en considération dans la succession au trône. Par ailleurs, l'accès à la tête de l'État est réservé aux

¹³⁶ E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, T. I, Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie, 1844, p. 260.

¹³⁷ X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique, Facteurs et acteurs de changement*, 4^e éd., Bruxelles, CRISP, 2000, p. 107.

¹³⁸ Séance du 22 novembre 1830 (E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, T. I, Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie, 1844, p. 253).

¹³⁹ E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, T. II, Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie, 1844, p. 488.

¹⁴⁰ Il ne s'agit là que d'une figure de style : le Roi des Belges – ou la Reine des Belges – ne porte pas de couronne.

¹⁴¹ X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique, Facteurs et acteurs de changement*, 4^e éd., Bruxelles, CRISP, 2000, pp. 110-115.

descendants *légitimes*, ce qui implique que les enfants nés hors mariage sont également exclus de l'ordre de succession.

L'article 85 de la Constitution consacre le principe de l'ordre de *primogéniture*. En d'autres termes, au décès du Roi, c'est le descendant ou la descendante aînée qui devient le nouveau Chef de l'État. S'il n'y a pas d'enfant en vie au moment où la succession est ouverte, la fonction royale est transmise au frère ou à la sœur la plus âgée du défunt, ou – s'il n'a pas de frère ou de sœur en vie, à un neveu ou une nièce, en suivant toujours le principe de la primogéniture. Ainsi, après le décès en 1993 du Roi Baudouin, qui n'avait pas eu d'enfants, c'est son frère – Albert II – qui lui a succédé.

Jusqu'en 1991, les femmes étaient purement et simplement exclues de l'ordre de succession. L'article 85 – anciennement article 60 – de la Constitution prévoyait que la transmission devait se faire « de mâle en mâle »¹⁴². Cette règle a eu des effets pratiques en 1909, au décès de Léopold II. En effet, le deuxième Roi des Belges avait eu plusieurs enfants, dont un fils qui était cependant décédé à l'âge de neuf ans, et plusieurs filles qui ont quant à elles survécu à leur père. L'aînée, Louise, n'a toutefois pas pu accéder au trône qui, en vertu de la Constitution, a été cédé à son cousin (soit le neveu de Léopold II) qui est alors devenu le Roi Albert.

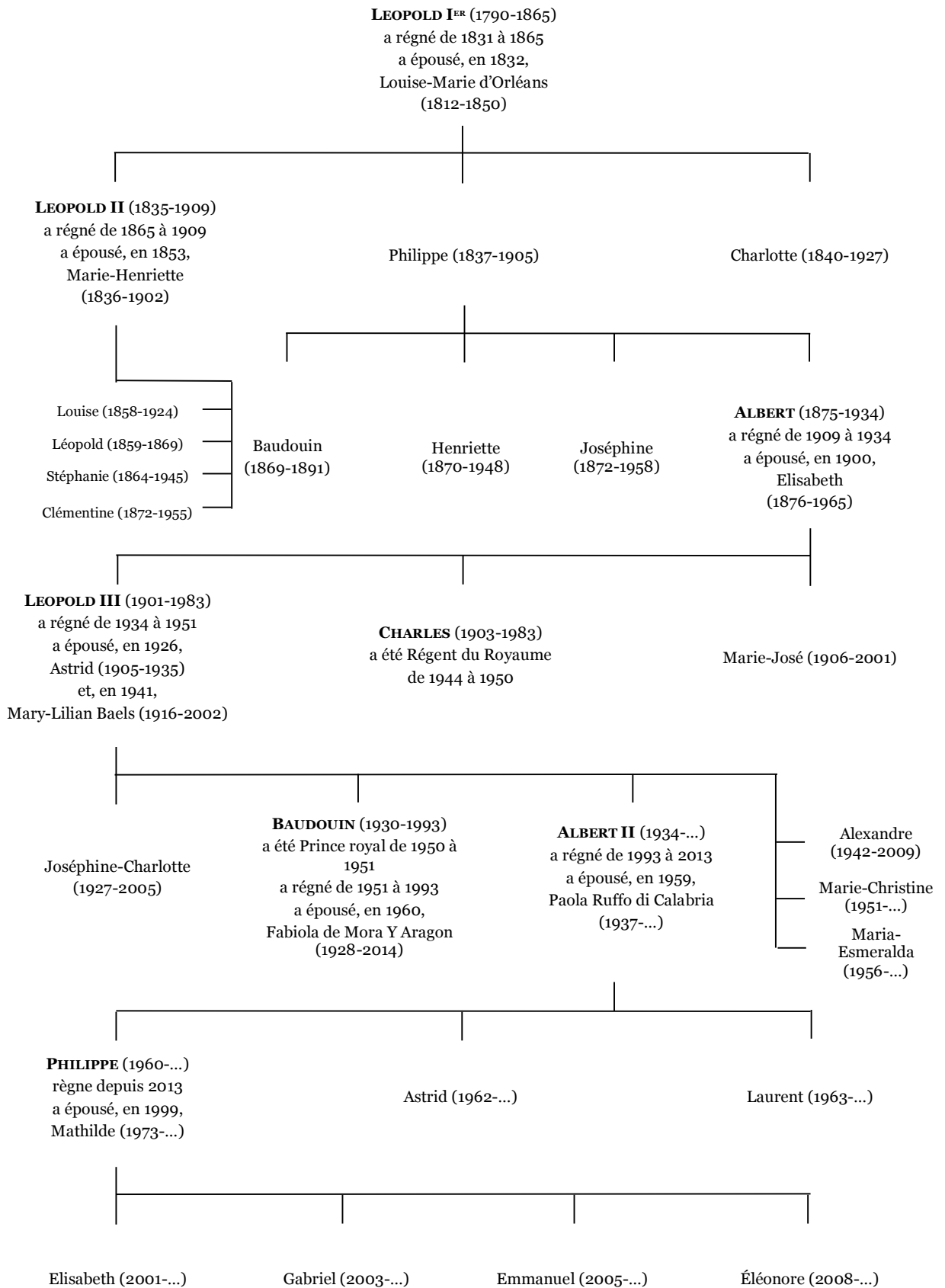
Cette règle constitutionnelle a été maintenue jusqu'à la fin du XX^e siècle avant d'être modifiée. Constatant que « [l]a Belgique [était] la seule monarchie du monde occidental où la "loi salique" [était] encore d'application »¹⁴³, le premier ministre belge, Wilfried Martens, a proposé l'abrogation de cette pratique, ce qui fut réalisé par le biais de la révision constitutionnelle du 21 juin 1991¹⁴⁴. Ainsi, la succession est désormais aussi ouverte aux princesses issues de la maison royale de Belgique¹⁴⁵. La fille aînée du Roi Philippe, la princesse Elisabeth, devrait être la première à en bénéficier concrètement.

¹⁴² Cette formulation provenait de l'interprétation faite dans le courant du XIV^e siècle d'une disposition d'un ancien code juridique, la *Loi salique* (*lex salica*), élaborée durant le haut Moyen-Âge.

¹⁴³ Discours de Wilfried Martens pour l'abrogation de l'exclusion des femmes du trône devant la Commission de la Chambre des représentants puis devant celle du Sénat (*Documents Parlementaires*, Chambre, 10/60-1531/2-90/91, p. 2).

¹⁴⁴ *Moniteur belge* du 10 juillet 1991. On remarquera que cette modification correspond donc à l'intervention du pouvoir constituant dérivé.

¹⁴⁵ Voy. J. STENGERS, *L'action du Roi en Belgique depuis 1831*, 3^e édition, Bruxelles, Racine, 2008, pp. 316-317.



Enfin, il convient de préciser que les héritiers du trône se trouvent dans une situation particulière en ce qui concerne le mariage. La Constitution belge prévoit en effet qu'ils sont déchus de leurs droits à la Couronne s'ils se marient sans le consentement du Roi ou de ceux qui, à son défaut, exercent ses pouvoirs dans les cas prévus par la Constitution¹⁴⁶. Autrement dit, le monarque – et ses ministres, par le biais du *contreseing* – ont un droit de regard sur le choix du conjoint des héritiers¹⁴⁷.

45. - Interrègne et ministres réunis en conseil – En Belgique, le pouvoir royal n'est pas transmis à l'héritier au moment précis du décès du Roi. On ne suit donc pas le système traditionnel où l'avènement du nouveau monarque a lieu à l'instant du décès ou de l'abdication du précédent chef d'État. Pour cette raison, l'adage « Le roi est mort, vive le roi ! » n'a pas lieu d'être appliqué en Belgique. Plutôt qu'un transfert instantané du pouvoir, l'article 90 de la Constitution organise une procédure de transition qui suppose l'existence d'un interrègne, c'est-à-dire d'une période entre deux règnes. En vertu du second alinéa de l'article 90,

« À dater de la mort du Roi et jusqu'à la prestation du serment de son successeur au trône ou du Régent, les pouvoirs constitutionnels du Roi sont exercés, au nom du peuple belge, par les ministres réunis en conseil, et sous leur responsabilité ».

Cette brève disposition contient plusieurs éléments importants. D'une part, on peut y lire que l'interrègne s'ouvre au moment du décès (auquel est assimilé l'abdication) et qu'il s'achève lors de la prestation de serment du successeur. D'autre part, le texte précise que, pendant cette période, les pouvoirs constitutionnels du Roi – c'est-à-dire l'ensemble des prérogatives qui reviennent au Roi en temps normal – sont exercés par « les ministres réunis en conseil ». Ce sont donc les ministres, collectivement, qui se substituent au Roi en attendant que le successeur prête serment ; les ministres réunis en conseil exercent ainsi les pouvoirs royaux *ad intérim*. Quant à la durée de l'interrègne, l'article 90, alinéa 1^{er}, de la Constitution précise que la prestation de serment du successeur, évènement qui y met fin, doit avoir lieu au plus tard dix jours après le décès :

« À la mort du Roi, les Chambres s'assemblent sans convocation, au plus tard le dixième jour après celui du décès. Si les Chambres ont été dissoutes antérieurement, et que la convocation a été faite, dans l'acte de dissolution, pour une époque postérieure au dixième jour, les anciennes Chambres reprennent leurs fonctions, jusqu'à la réunion de celles qui doivent les remplacer. »

En pratique, la période de dix jours permet d'organiser les funérailles du monarque défunt et la séance de prestation de serment. Il s'agit toutefois d'un délai maximal et la Constitution admet que l'interrègne soit plus court. Une réduction de la durée de l'interrègne se conçoit notamment à la suite d'une

¹⁴⁶ Article 85, al. 2, de la Constitution.

¹⁴⁷ L'article 85, alinéa 3, précise néanmoins qu'« il pourra être relevé de cette déchéance par le Roi ou par ceux qui, à son défaut, exercent ses pouvoirs dans les cas prévus par la Constitution, et ce moyennant l'assentiment des deux Chambres ».

abdication, car l'évènement – contrairement au décès – peut être programmé à l'avance. Ainsi, le Roi Philippe a prêté serment le jour-même de l'abdication de son père Albert II, soit le 21 juillet 2013.

46. - Prestation de serment – L'existence de la procédure d'interrègne, qui s'achève par la prestation de serment, est une caractéristique de la monarchie constitutionnelle belge. Le Roi ne dispose pas d'un pouvoir absolu, mais d'un pouvoir encadré par la Constitution et qui ne lui est transmis qu'après qu'il se soit solennellement engagé, devant les représentants élus, à respecter le cadre juridique auquel il se soumet. En effet, aux termes de l'article 91, alinéa 2, « [l]e Roi ne prend possession du trône qu'après avoir solennellement prêté, dans le sein des Chambres réunies, [...] serment ». Le serment est prononcé devant les Chambres réunies, c'est-à-dire devant une assemblée qui rassemble les membres de la Chambre des représentants ainsi que les membres du Sénat. Ceci contribue à donner un caractère exceptionnel à la séance, puisque, d'ordinaire, chaque chambre du parlement fédéral tient ses réunions et exerce ses compétences séparément.

Le troisième alinéa de ce même article 91 précise la formule dudit serment qui est prononcé dans les trois langues nationales : « Je jure d'observer la Constitution et les lois du peuple belge, de maintenir l'indépendance nationale et l'intégrité du territoire ». On retrouve dans cette courte phrase des liens avec les éléments constitutifs de l'État, que nous avons étudiés *supra*¹⁴⁸ : le Roi s'engage à maintenir l'indépendance, ce qui suppose la *souveraineté* de l'État, et de veiller à l'intégrité de son *territoire*. Par ailleurs, la formule se réfère aussi à la notion de peuple, qui est une manière d'évoquer la *communauté humaine* qui contribue à constituer l'État.

47. - Cas de l'abdication – Le renoncement volontaire au pouvoir du roi n'est pas expressément prévu par la Constitution¹⁴⁹ ; elle n'envisage en effet que le décès comme cause de la fin d'un règne, qui ouvre la période d'interrègne pour dix jours au maximum. On considère néanmoins qu'il s'agit d'une faculté que le silence des textes n'empêche pas¹⁵⁰. Par analogie, pendant l'intervalle entre l'abdication et la prestation de serment, ce sont les ministres, réunis en conseil, qui exercent les pouvoirs constitutionnels du Roi.

Au cours de l'histoire belge, deux rois ont abdicé. Il s'agit de Léopold III et d'Albert II, respectivement le 16 juillet 1951¹⁵¹ et le 21 juillet 2013¹⁵². Dans le

¹⁴⁸ Voy. le chapitre 1^{er}.

¹⁴⁹ Il faut veiller à ne pas confondre l'abdication, c'est-à-dire le renoncement volontaire au trône d'un monarque en fonction, de la renonciation au trône, qui vise le désistement du successeur envisagé au trône, avant d'y accéder donc (voy. P.-Y. MONETTE, *Métier de Roi, Famille. Entourage. Pouvoir*, Bruxelles, Alice éditions, 2002, p. 16).

¹⁵⁰ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 158.

¹⁵¹ *Moniteur belge* des 16-17 juillet 1951.

¹⁵² *Moniteur belge* du 21 juillet 2013.

premier cas, le Roi, dont l'attitude pendant la Seconde Guerre mondiale était controversée, a abdiqué pour apaiser une situation politique extrêmement tendue ; le Roi Baudouin a accédé au trône dans des circonstances douloureuses. Le second cas s'est au contraire produit dans un contexte apaisé et a été mu par une cause bien différente : Albert II, âgé alors de 79 ans, a souhaité se retirer pour faire place à un chef d'État plus jeune, en la personne de son fils Philippe.

48. - Absence de descendance et vacance du trône – Le pouvoir constituant originaire a été prévoyant : il a organisé une procédure pour remédier à la situation où il n'y aurait pas de successeurs au trône. Si la succession au trône ne peut être assurée dans le cadre de la descendance de Léopold I^{er}, l'article 86 de la Constitution prévoit que « le Roi pourra nommer son successeur, avec l'assentiment des Chambres, émis de la manière prescrite par l'article 87 »¹⁵³. Le Roi, avec le contreseing d'un ministre et l'assentiment des chambres dispose ainsi de la faculté de choisir son successeur qui deviendrait, à son décès, le premier monarque d'une nouvelle dynastie.

Dans le cas où un Roi sans héritier décède sans avoir procédé à une telle nomination, le trône est – en vertu de l'article 86 de la Constitution – considéré comme vacant. Afin de mettre fin à cette vacance, la Constitution prévoit en son article 95 une procédure d'élection indirecte en trois étapes pour désigner le nouveau chef de l'État, et par conséquent la nouvelle dynastie. Premièrement, les Chambres réunies élisent un régent qui assurera temporairement la fonction de chef d'État. Deuxièmement, des élections législatives sont organisées dans les deux mois. Troisièmement, les Chambres nouvelles, délibérant en commun, pourvoient définitivement à la vacance et élisent le nouveau souverain.

Les dispositions que nous évoquons ici n'ont jamais dû être mises en œuvre, puisque, depuis la prestation de serment de Léopold I^{er} en 1831, les monarques ont toujours pu transmettre le trône à leurs héritiers, soit à un fils (dans les cas de Léopold I^{er}, d'Albert I^{er}, de Léopold III et d'Albert II), soit à un frère (dans le cas de Baudouin), soit à un neveu (dans le cas de Léopold II).

49. - Minorité du successeur – Si le successeur désigné en application des règles d'hérédité est mineur au moment où il est appelé à accéder au trône, l'article 92 de la Constitution prévoit que « les deux Chambres se réunissent en une seule assemblée, à l'effet de pourvoir à la régence et à la tutelle ». À cet égard, l'article 91 de la Constitution précise que le Roi est majeur à l'âge de dix-huit ans accomplis. Les auteurs de la Constitution ont voulu éviter que les pouvoirs royaux puissent être exercés par un individu immature, inexpérimenté et influençable, en prévoyant que les prérogatives du Roi soient, en attendant sa majorité,

¹⁵³ L'article 87, alinéa 2, dispose que « [a]ucune des deux Chambres ne peut délibérer sur cet objet, si deux tiers au moins des membres qui la composent ne sont présents, et la résolution n'est adoptée qu'autant qu'elle réunit au moins les deux tiers des suffrages ».

provisoirement confiées à un régent. Cette disposition n'a jamais dû être appliquée au cours de l'histoire du Royaume.

50. - Impossibilité de régner – En principe, le Roi détient les prérogatives constitutionnelles qui lui reviennent dès le moment de la prestation de serment devant les Chambres réunies et, sans discontinuité, jusqu'à son décès (ou son abdication). Il se peut cependant que des situations exceptionnelles rendent la réalisation de ce principe difficile ou impossible : dans certaines circonstances, le Roi peut se trouver empêché de régner. L'article 93 de la Constitution traite de cette question :

« [s]i le Roi se trouve dans l'impossibilité de régner, les ministres, après avoir fait constater cette impossibilité, convoquent immédiatement les Chambres. Il est pourvu à la tutelle et à la régence par les Chambres réunies ».

Cette disposition mérite quelques développements. En 1830-31, le Congrès national avait à l'esprit les difficultés causées par la santé déclinante du roi d'Angleterre George III (1738-1820) à la fin de son règne¹⁵⁴. Les auteurs de la Constitution belge voulaient prévoir un moyen de transmettre à un Régent les pouvoirs d'un Roi, qui est toujours en vie et qui n'a pas abdicqué, mais qui est devenu incapable de régner, par exemple à cause d'une maladie grave. Contrairement aux autres dispositions constitutionnelles qui impliquent la désignation d'un régent (en cas de vacance du trône ou de minorité du successeur), celle qui concerne l'impossibilité de régner a été mise en œuvre en pratique. Cependant, les deux situations concrètes dans lesquelles l'article 93 de la Constitution a été appliqué ne correspondent guère aux hypothèses théoriques (comme la maladie ou la vieillesse) qui avaient convaincu le constituant d'adopter cette disposition.

La première occurrence de l'utilisation de cette disposition a eu lieu au cours de la seconde guerre mondiale et de la crise institutionnelle majeure baptisée la *Question royale*¹⁵⁵.

Le 10 mai 1940, l'Allemagne nazie envahit la Belgique. Dix-huit jours plus tard, soit le 28 mai, le Roi Léopold III, commandant en chef de l'armée belge en vertu de l'article 167 de la Constitution, décide la capitulation inconditionnelle de la Belgique, en désaccord total avec le Premier ministre belge, Hubert Pierlot¹⁵⁶.

¹⁵⁴ F. DELPÉRÉE, *La Constitution de 1830 à nos jours*, Bruxelles, éd. Racine, 2006, p. 41 et J.-P. MASSON, « Vive la nation », *Journal des Procès*, 20 avril 1990, pp. 12 et s.

¹⁵⁵ Sur cette période, voy. J. STENGERS, *Léopold III et le gouvernement: les deux politiques belges de 1940*, Gembloux, Éditeur Duculot, 1980, 248 pages ; J. GÉRARD-LIBOIS et J. GOTOVITCH, *L'an 40, la Belgique occupée*, Bruxelles, CRISP, 1971, 517 pages.

¹⁵⁶ Ce-dernier déclare le jour même sur les ondes radiophoniques françaises :

« Passant outre à l'avis formel du gouvernement, le Roi vient d'ouvrir des négociations et de traiter avec l'ennemi. La Belgique sera frappée de stupeur, mais la faute d'un homme ne peut être imputée à la Nation entière. Notre armée n'a pas mérité le sort qui lui est fait. L'acte que nous déplorons est sans valeur légale et n'engage pas le pays. Aux termes de la Constitution que le Roi a juré d'observer, tous les pouvoirs émanent de la Nation ; ils sont

Après la capitulation de l'armée belge, le Roi Léopold III est assigné à résidence au château de Laeken. Le 9 juin 1944, peu après le débarquement des troupes alliées en Normandie, il est transféré en Allemagne puis en Autriche où il demeure jusqu'en mai 1945. Depuis que le gouvernement Pierlot s'est dressé contre lui, le Roi semble considérer qu'il n'a plus de ministres¹⁵⁷. De son côté, le gouvernement belge en exil estime que le Roi, prisonnier des forces allemandes, est dans l'impossibilité de régner depuis le 28 mai 1940¹⁵⁸. À cela s'ajoute le mariage du Roi en 1941 avec Lilian Baels qui a provoqué un choc puissant dans l'opinion publique belge¹⁵⁹ et fragilisé la position de Léopold III. En raison de l'occupation allemande du territoire belge, il n'a pas été possible de procéder, dès le début de la guerre, à la désignation d'un régent par les Chambres réunies. Dès lors, c'est le conseil des ministres, exilé à Londres, qui exerce les pouvoirs constitutionnels du Roi. Une fois le pays libéré, l'article 93 de la Constitution, relatif à l'impossibilité de régner, est mis en œuvre le 20 septembre 1944, afin de désigner le Prince Charles, Comte de Flandre et frère du Roi, comme régent du Royaume de Belgique. Libéré le 7 mai 1945, le Roi est rapidement confronté à l'opposition d'une partie significative de la population et de certaines forces politiques belges. L'impossibilité de régner est dès lors maintenue pendant plusieurs années. Sur le plan politique, le débat sur l'opportunité du retour au pouvoir du Roi Léopold III est houleux. Au point de vue juridique, la loi du 19 juillet 1945¹⁶⁰ établit qu'il appartient aux chambres réunies de constater que l'impossibilité de régner du Roi a pris fin ; la régence sera donc poursuivie tant que la majorité des parlementaires n'admet pas le retour de Léopold III sur le trône.

exercés de la manière prévue par la Constitution. Aucun acte du Roi ne peut avoir d'effet s'il n'est contresigné par un ministre. Ce principe est absolu. Il est une règle fondamentale de nos institutions. Le Roi, rompant le lien qui l'unissait à son peuple, s'est placé sous le pouvoir de l'envahisseur. Dès lors, il n'est plus en situation de gouverner, car de toute évidence la fonction de chef d'État ne peut être exercée sous contrôle étranger ».

¹⁵⁷ J. STENGERS, *L'action du Roi en Belgique depuis 1831*, 3^e éd., Bruxelles, Racine, 2008, p. 288.

¹⁵⁸ La mobilisation de l'article 93 de la Constitution (82 à l'époque) n'allait pas de soi et était audacieuse, comme le souligne Jean STENGERS : « Première audace : l'article 82 de la Constitution, relatif à l'impossibilité de régner du Roi, visait dans l'esprit des Constituant, le cas de la demande, ou de l'incapacité mentale du souverain à remplir ses fonctions. Le Roi prisonnier de l'ennemi, dira-t-on, était également incapable de les remplir. Mais précisément, le 28 mai, on ne sait pas du tout à Paris si Léopold III sera considéré ou non par les Allemands comme prisonnier. On fait application de l'article 82 parce que, étant resté en Belgique occupée, il s'est "placé sous le pouvoir de l'envahisseur" » (J. STENGERS, *Léopold III et le gouvernement: les deux politiques belges de 1940*, Gembloux, Éditeur Duculot, 1980, p. 52). Il est piquant d'indiquer que c'est précisément la lecture de cet ouvrage de STENGERS qui inspira Wilfried MARTENS dans la seconde application de l'article 93 de la Constitution en 1990 (voy. W. MARTENS, *Mémoire pour mon pays*, Bruxelles, Éditions Racine, 2006, p. 180).

¹⁵⁹ J. STENGERS, *L'action du Roi en Belgique depuis 1831*, 3^e éd., Bruxelles, Racine, 2008, p. 289.

¹⁶⁰ Loi du 19 juillet 1945 tendant à pourvoir à l'exécution de [l'article 93] de la Constitution (*Moniteur belge* du 3 août 1945).

La controverse cependant perdure et, faute d'accalmie, les autorités politiques décident de consulter la population. En vertu d'une loi du 11 février 1950¹⁶¹, les électeurs du Royaume sont invités à répondre, par oui ou par non, à la question suivante : « Êtes-vous d'avis que le Roi Léopold III reprenne l'exercice de ses pouvoirs constitutionnels ? ». À l'issue de la consultation, tenue le 12 mars 1950, il apparaît qu'une majorité nette des électeurs (57,7 %) est favorable au retour du Roi. Cependant, les disparités régionales sont importantes : alors que dans les arrondissements flamands, 72,2 % des citoyens souhaitent que Léopold III reprenne ses prérogatives, cette position n'est partagée que par 42 % des électeurs dans les arrondissements wallons et 48,16 % dans l'arrondissement de Bruxelles.

Tenant compte de la volonté de la majorité de la population¹⁶², les Chambres réunies votent la fin de l'impossibilité de régner de Léopold III le 20 juillet 1950, appliquant ainsi la loi précitée du 19 juillet 1945, malgré une situation de crise majeure, marquée par des manifestations, des grèves importantes et même des attentats. À la suite de cette décision, Léopold III revient à Bruxelles le 22 juillet 1950. Le 30 juillet, alors que la tension était à son comble, quatre militants anti-léopoldistes sont abattus par la gendarmerie au cours d'un rassemblement à Grâce-Berleur, sur les hauteurs de Liège. Conscient qu'il ne peut pas réconcilier les Belges autour de sa personne, Léopold III accepte le 31 juillet 1950 de renoncer au trône et de confier le pouvoir à son fils Baudouin qui prête serment quelques jours plus tard, le 11 août 1950, en tant que Lieutenant général du Royaume. Après une année de transition, Léopold III abdique, le 16 juillet 1951, et le Prince Baudouin lui a pleinement succédé le lendemain.

Le mécanisme de l'impossibilité de régner, visé à l'article 93 de la Constitution a également été utilisé en 1990, dans un contexte bien différent. Il s'agissait ici de trouver une solution juridique à une situation politique complexe : alors que le parlement vient d'adopter un projet de loi qui dépénalise, à certaines conditions, la pratique de l'avortement, le Roi Baudouin – tout en souhaitant que la volonté démocratique exprimée au parlement soit respectée – ne veut pas apposer sa signature, pourtant nécessaire pour donner au projet sa force de loi¹⁶³. Le 30 mars

¹⁶¹ Loi du 11 février 1950 instituant une consultation populaire au sujet de la question royale (*Moniteur belge* du 13 février 1950).

¹⁶² Les autorités publiques n'étaient pas juridiquement obligées de s'en remettre au choix de la majorité des électeurs, car une simple consultation populaire avait été organisée. Or, à la différence d'un referendum, une consultation ne lie pas en droit l'autorité publique. Sur ces questions, voy. *infra*, chapitre 5.

¹⁶³ Nous avons déjà eu l'occasion de mentionner que le pouvoir législatif fédéral est attribué par l'article 36 de la Constitution à la Chambre des représentants, au Sénat ainsi qu'au Roi. Celui-ci est en effet chargé de sanctionner les lois, c'est-à-dire d'accorder son assentiment à celles-ci. Il est possible de retrouver cet acte du Roi – en tant que branche du pouvoir législatif – à la simple lecture de n'importe quelle loi publiée au *Moniteur belge*. Sous le présent règne, le texte est systématiquement précédé de la formule suivante : « Philippe, roi des Belges, A tous, présents et à venir, Salut. Les Chambres ont adopté et Nous sanctionnons ce qui suit... ». La signature du Roi est accompagnée de la signature d'au moins un ministre.

1990, le Roi Baudouin, fervent catholique, explique la situation dans laquelle il se trouve dans une lettre adressée au Premier ministre Wilfried Martens :

« Monsieur le Premier Ministre,

Ces derniers mois, j'ai pu dire à de nombreux responsables politiques ma grande préoccupation concernant le projet de loi relatif à l'interruption de la grossesse. Ce texte vient maintenant d'être voté à la Chambre après l'avoir été au Sénat. Je regrette qu'un consensus n'ait pu être dégagé entre les principales formations politiques sur un sujet aussi fondamental.

Ce projet soulève en moi un grave problème de conscience. Je crains en effet qu'il ne soit compris par une grande partie de la population comme une autorisation d'avorter durant les douze premières semaines après la conception.

J'ai de sérieuses appréhensions aussi concernant la disposition qui prévoit que l'avortement pourra être pratiqué au-delà de douze semaines si l'enfant à naître est atteint d'une « affection d'une particulière gravité et reconnue comme incurable au moment du diagnostic ». A-t-on songé comment un tel message serait perçu par les handicapés et leurs familles ?

En résumé, je crains que ce projet n'entraîne une diminution sensible du respect de la vie de ceux qui sont les plus faibles. Vous comprendrez donc pourquoi je ne veux pas être associé à cette loi.

En signant ce projet de loi et en marquant, en ma qualité de troisième branche du pouvoir législatif, mon accord avec ce projet, j'estime que j'assurerais inévitablement une certaine coresponsabilité. Cela, je ne puis le faire pour les motifs exprimés ci-dessus.

Je sais qu'en agissant de la sorte, je ne choisis pas une voie facile et que je risque de ne pas être compris par un bon nombre de concitoyens. Mais c'est la seule voie qu'en conscience je puis suivre.

A ceux qui s'étonneraient de ma décision, je demande : serait-ce normal que je sois le seul citoyen belge à être forcé d'agir contre sa conscience dans un domaine essentiel ? La liberté de conscience vaut-elle pour tous sauf pour le roi ?

Par contre, je comprends très bien qu'il ne serait pas acceptable que par ma décision, je bloque le fonctionnement de nos institutions démocratiques. C'est pourquoi j'invite le Gouvernement et le Parlement à trouver une solution juridique qui concilie le droit du Roi de ne pas être forcé d'agir contre sa conscience et la nécessité du bon fonctionnement de la démocratie parlementaire.

Je voudrais terminer cette lettre en soulignant deux points importants sur le plan humain. Mon objection de conscience n'implique de ma part aucun jugement des personnes qui sont en faveur du projet de loi. D'autre part, mon attitude ne signifie pas que je sois insensible à la situation très difficile, et parfois dramatique, à laquelle certaines femmes sont confrontées.

Monsieur le Premier ministre, puis-je vous demander de faire part de cette lettre, à votre convenance, au gouvernement et au Parlement ?

Votre dévoué,

(s) Baudouin »

La solution trouvée à la demande du Roi Baudouin¹⁶⁴ consiste à mettre en œuvre l'article 93 de la Constitution et à constater que le Roi se trouve, pour des raisons

¹⁶⁴ Dans son projet initial de lettre, le Roi Baudouin n'invitait pas explicitement le gouvernement à trouver une solution juridique, ce qui fut chose faite dans une version ultérieure amendée à la demande du Premier Ministre, celui-ci ayant écrit en réponse au premier jet : « Sire, votre lettre soulève un problème fondamental. Si elle reste formulée de cette manière, je ne puis que vous

de conscience, dans l'impossibilité de régner. Le conseil des ministres a dès lors exercé les prérogatives royales et a sanctionné le 3 avril 1990 la loi relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code¹⁶⁵. Les Chambres réunies ont levé l'interdiction de régner le 5 avril et ainsi rétabli le Roi dans ses fonctions, en application de la loi du 19 juillet 1945 précitée. Parmi les membres des Chambres réunies, 243 parlementaires ont voté en faveur du retour du Roi, tandis que 93 se sont abstenus¹⁶⁶.

51. - Régence – synthèse – Les trois hypothèses que nous avons évoquées dans les lignes qui précèdent – la vacance du trône (art. 95 Const.), la minorité du successeur (art. 92 Const.) et l'impossibilité de régner (art. 93 Const.) – ont un point commun, puisqu'elles peuvent toutes mener à la désignation d'un régent. La régence est la période durant laquelle une personne est élue par les Chambres réunies pour exercer provisoirement les pouvoirs constitutionnels du roi. L'article 94 de la Constitution dispose que « [l]a régence ne peut être conférée qu'à une seule personne ». Élu selon la procédure prévue par le décret du 28 janvier 1831 sur le mode d'élection du chef de l'État, le Régent doit également, pour entrer en fonction, prêter le serment prescrit par l'article 91. Le régent peut être un membre de la famille royale – comme ce fut le cas avec Charles, quand son frère Léopold III se trouvait dans l'impossibilité de régner – mais la Constitution permet aussi de choisir une personne en dehors de ce cercle restreint.

La régence du Prince Charles, qui dura du 20 septembre 1944 au 20 juillet 1950 est la seule que la Belgique ait connu depuis la prestation de serment du premier roi, Léopold I^{er}. Cependant, avant le règne de ce dernier, les prérogatives royales avaient été provisoirement confiées au Baron Surllet de Chockier qui, dans cette perspective, a porté le titre de Régent du 24 février au 21 juillet 1831.

2) Traits majeurs de la monarchie constitutionnelle belge

52. - Une monarchie constitutionnelle - La Belgique est une monarchie *constitutionnelle*, autrement dit une monarchie dans laquelle les prérogatives du chef de l'État, le Roi, sont limités par la Constitution en vertu de laquelle il détient le pouvoir. En Belgique, selon le libellé même de l'article 105 de la Constitution,

présentez la démission de mon gouvernement, ce qui peut mener à une véritable crise constitutionnelle et monarchique. Si vous voulez éviter cela, il faudrait me demander de trouver une solution qui concilierait deux éléments : votre problème de conscience et le bon fonctionnement de nos institutions démocratiques » (W. MARTENS, *Mémoire pour mon pays*, Bruxelles, Éditions Racine, 2006, p. 177).

¹⁶⁵ Loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse, modifiant les articles 348, 350, 351 et 352 du Code pénal et abrogeant l'article 353 du même Code (*Moniteur belge* du 5 avril 1990).

¹⁶⁶ Sur cet épisode, voy. R. ERGEC, « L'institution monarchique à l'épreuve de la crise », *J.T.*, 1990, pp. 265-267 et F. DELPÉRÉE, « Le Roi sanctionne les lois », *J.T.*, 1991, pp. 593-597.

« [l]e Roi n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois particulières portées en vertu de la Constitution même ».

Ainsi, le Roi se voit doté de compétences. Selon l'article 37 de la Constitution, c'est à lui qu'appartient l'exercice du pouvoir exécutif, tel qu'il est réglé par la Constitution (ce qui signifie que ce pouvoir est encadré). C'est aussi lui qui nomme et révoque ses ministres en vertu de l'article 96, alinéa 1^{er}, de la Constitution. Il jouit également du droit de dissoudre la Chambre des représentants dans certaines circonstances précisées à l'article 46 de la Constitution. Il participe en outre au pouvoir législatif, en application de l'article 36 de la Constitution, et est à ce titre notamment compétent pour sanctionner les lois, ainsi que le confirme l'article 109.

Malgré le rôle important que la Constitution belge accorde formellement au Roi, son pouvoir réel est presque nul. Son rôle est essentiellement symbolique et représentatif, même si on considère que le Roi conserve le droit d'être consulté par ses ministres, de les stimuler et de les mettre en garde.

En pratique, le pouvoir qui est formellement attribué au Roi se trouve dans une large mesure dans les mains des ministres et des secrétaires d'État qui, ensemble, constituent le gouvernement fédéral. Cette situation est d'ailleurs tout à fait conciliable avec les dispositions de la Constitution belge, spécialement celles qui – typiques des monarchies constitutionnelles, comme on l'a vu précédemment – prévoient l'inviolabilité et l'irresponsabilité royales (n° 53), le contreseing ministériel (n° 54) et la responsabilité politique des ministres (n° 55).

53. - Inviolabilité et irresponsabilité royales – En Belgique, l'article 88, alinéa 1^{er}, de la Constitution prévoit que « la personne du Roi est inviolable ». Cette disposition constitutionnelle protège le Roi de toute action en justice, tant en matière pénale qu'en matière civile¹⁶⁷, et ce, même s'il commettait un crime grave tel un homicide¹⁶⁸. Elle implique aussi – même si le mot irresponsabilité n'est pas explicitement utilisé dans le texte – que le Roi est politiquement irresponsable de ses actions et de ses attitudes. Il n'existe aucun moyen juridique de reprocher au Roi les implications – quand bien même elles seraient néfastes – d'une décision qu'il a prise. Le Roi ne rend de compte à personne.

L'inviolabilité est personnelle au Roi (ou au régent). Les autres membres de la famille royale n'en bénéficient pas. L'inviolabilité ne suit pas la personne du roi, mais sa fonction. Elle cesse donc de s'appliquer au monarque qui aurait abdiqué.

¹⁶⁷ On admet cependant que certaines actions civiles puissent être entreprises contre le Patrimoine royal. Dans ces hypothèses, c'est alors l'Intendant de la Liste royale – pas le Roi personnellement – qui est cité devant le tribunal compétent.

¹⁶⁸ Sur le plan civil, cependant, certaines actions civiles peuvent être intentées à l'encontre du Patrimoine royal. Cela étant dit, dans une telle hypothèse, c'est l'Intendant ou l'administrateur de la Liste civile, et pas le Roi lui-même, qui est cité dans le cadre de cette procédure, et ce en vertu de l'article 41 du Code judiciaire. Voy. en guise d'illustration: Tribunal de grande instance de Paris (réf.), 18 octobre 2001, *J.T.*, 2001, p. 762 et *J.L.M.B.*, 2001, p. 1583.

54. - Contreseing ministériel – L'irresponsabilité politique du Roi est en quelque sorte compensée par la règle du *contreseing* ministériel. En vertu de l'article 106 de la Constitution, « aucun acte du Roi ne peut avoir d'effet, s'il n'est contresigné par un ministre [...] ». En d'autres mots, avant de poser le moindre acte politique, le Roi doit obtenir l'accord d'au moins un de ses ministres (*fédéraux*), qui accepte de soutenir l'action du Roi. La portée de l'obligation de contreseing est large : la règle s'applique aussi bien pour les actes juridiques que pour les aspects officiels de la vie du Roi et tous les actes susceptibles d'avoir, directement ou indirectement, des conséquences politiques, comme des discours, des visites officielles sur le territoire belge ou en dehors de celui-ci. Echappent en revanche à la règle du contreseing les actes purement privés. Par exemple, « [l]e Roi pourra sans le concours d'un ministre conclure seul les contrats relatifs à la gestion de son patrimoine et disposer de ses biens par donation ou testament »¹⁶⁹.

Le contreseing peut être exprimé par écrit ; c'est le cas lors de la sanction d'une loi ou de l'adoption d'un arrêté royal. Parfois, le contreseing est donné oralement, notamment quand il s'agit d'acte moins formalisé comme un discours¹⁷⁰.

Dans la dynamique institutionnelle contemporaine, la règle du contreseing implique un retournement du principe théorique : en pratique, ce n'est pas le Roi qui décide avec le contreseing d'un ministre ; ce sont au contraire les ministres, individuellement ou collectivement, qui prennent des décisions effectives que le Roi adopte formellement sans avoir de marge d'appréciation personnelle.

55. - Responsabilité ministérielle – Dès lors que le Roi est inviolable et irresponsable, ce sont ses ministres fédéraux qui sont responsables devant la Chambre des représentants pour les actes politiques du Roi en vertu des articles 88 et 106 de la Constitution. Le contreseing, que nous venons d'évoquer, est l'acte par lequel la prise de responsabilité se concrétise. Les actes du Roi doivent être contresignés par un ministre qui, en vertu de l'article 106, « par cela seul, s'en rend responsable ». L'action du Roi est de la sorte toujours en harmonie avec celle de son gouvernement¹⁷¹ qui, lui, cherche à garder la confiance de la Chambre des représentants pour se maintenir en fonction¹⁷². Enfin, il convient de noter que, si les ministres prennent la responsabilité de l'action politique du Roi, ils ne peuvent pas être considérés comme responsables des comportements de nature infractionnelle qu'il viendrait à commettre : l'inviolabilité n'entraîne pas un déplacement de responsabilité en matière pénale¹⁷³.

¹⁶⁹ Rapport de la commission Soenens du 27 juillet 1949 (*Moniteur belge* du 6 août 1949).

¹⁷⁰ F. DELPÉRÉE, « Le Roi règne et ne gouverne pas », *J.T.*, 1990, p. 702.

¹⁷¹ F. DELPÉRÉE et B. DUPRET, « Nul ne peut découvrir la Couronne », *Les Cahiers constitutionnels*, 1989, p. 14.

¹⁷² Sur la responsabilité du gouvernement devant la Chambre des représentants, voy. *infra*, chapitre 7.

¹⁷³ O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, T. II, Liège et Paris, Dessain et Giard & Brière, 1908, p. 225.

CHAPITRE 4 – LE FEDERALISME

56. - Introduction du chapitre – « La Belgique », proclame l'article 1^{er} de la Constitution, « est un État fédéral qui se compose des Communautés et des Régions ». À la suite d'un processus enclenché principalement dans le courant des années 1960, le Royaume, à l'origine unitaire et relativement décentralisé (voy. *infra*), s'est transformé progressivement en un État dit *fédéral*. Une telle architecture institutionnelle postule la reconnaissance d'une pluralité de centres de pouvoir décisionnels et normatifs. Pour l'exprimer autrement, les *compétences* étatiques – par exemple, le pouvoir d'établir la défense du territoire, la réglementation de l'enseignement et de la délivrance des diplômes ou encore l'organisation des transports publics et de la signalisation routière – n'appartiennent pas intégralement à une seule et même entité, mais sont partagées entre plusieurs. L'organisation initiale de la Belgique, sous la forme d'un État unitaire, est en effet apparue inadaptée aux yeux des décideurs politiques de l'époque pour assurer la coexistence de différentes communautés humaines en quête d'une plus grande autonomie (notamment culturelle et économique). Les institutions ont progressivement, mais fondamentalement évolué, de sorte qu'il existe dorénavant en Belgique une autorité fédérale, trois Communautés (article 2 de la Constitution) et trois Régions (article 3 de la Constitution).

Il faut bien se garder de considérer cette charpente institutionnelle, subtile et complexe à bien des égards comme nous le constaterons, comme aboutie. En dépit du fait que la réforme de 1993 – la quatrième réforme de l'État – était censée parachever la structure de l'État, les réformes ultérieures ont mis en évidence que les institutions belges continuent d'évoluer, spécialement en ce qui concerne les rapports respectifs entre l'Autorité fédérale, les Communautés et les Régions. Confrontée à des forces centrifuges, la Belgique est toujours sous tension.

Dès lors que la dimension fédérale de l'État belge est primordiale, il nous faut, pour bien la cerner, savoir ce que représente un État fédéral, en le différenciant d'autres systèmes politiques courants. Nous verrons aussi que, même si le modèle fédéral belge présente bien des spécificités, le principe du fédéralisme est appliqué à de nombreux États dans le monde, sur tous les continents. Il offre en effet une solution concrète à toute structure qui veut se maintenir sous la forme d'un État unique, tout en accordant une large autonomie aux entités politico-juridiques qui la composent.

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

57. - Plan de l'exposé – Nous examinerons succinctement, dans la partie générale du chapitre, ce qui distingue fondamentalement l'État fédéral du modèle confédéral, de l'État unitaire et du modèle régional. Une fois ces définitions posées, la seconde partie explore pour sa part les traits majeurs qui caractérisent l'État fédéral. Enfin, certains États fédéraux sont pris en exemple et font l'objet de quelques développements à titre illustratif dans la troisième et dernière partie de ces *considérations générales*.

1) *Définitions : État fédéral, confédération, État unitaire et État régional*

58. - Notion – Le fédéralisme (du latin *foederatio*, lui-même dérivé de *foedus*, traité ou alliance) correspond à une philosophie politique s'inspirant de l'union d'éléments hétérogènes qui préserve dans un même temps les spécificités de ceux-ci. Cette approche vise en d'autres mots à rassembler, à fondre « la diversité dans l'unité »¹⁷⁴. Sa traduction institutionnelle la plus classique, la *fédération* (ou *État fédéral*), peut, quant à elle, être définie comme « un mode de gouvernement qui repose sur une division constitutionnelle des pouvoirs et une répartition des compétences entre deux ordres de gouvernement séparés et autonomes »¹⁷⁵.

Plus concrètement, dans le cadre d'un État fédéral, il existe une *autorité fédérale* qui exerce ses compétences sur l'ensemble du territoire national, et des *entités fédérées* qui agissent, en ce compris sur le plan *législatif*, chacune sur une partie déterminée de ce territoire¹⁷⁶. « Moyen de faire vivre au sein du même État des populations qui ne sont pas assez homogènes pour former un État unitaire »¹⁷⁷, la fédération suppose un degré d'autonomie assez élevé des deux niveaux de pouvoir, fédéral et fédéré. Dans ce canevas, chacun est en principe autorisé à édicter des normes qui lui sont propres dans son domaine de compétences et à développer les politiques qu'il privilégie.

¹⁷⁴ M. CROISAT, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 11.

¹⁷⁵ M. CROISAT, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, Montchrestien, 2010, p. 17. Pour d'autres définitions des traits essentiels de l'État fédéral, voy. not. les ouvrages de référence suivants : D. J. ELAZAR, *Exploring federalism*, Tuscaloosa, The University of Alabama Press, 1987, pp. 34 et s. ; M. BURGESS, *Comparative Federalism. Theory and Practice*, Londres et New York, Routledge, 2006, pp. 136 et s. et R. WATTS, *Comparing federal systems*, 3^e éd., Montréal et Kingston, Institute of Intergovernmental Relations, 2008, pp. 8 et s.

¹⁷⁶ H. DUMONT, « Au-delà du principe de territorialité : fédéralisme, intégration et subsidiarité », *AP*, 1999, p. 67 : « Dans l'État fédéral, seules la Constitution fédérale et la loi fédérale sont les mêmes pour tous. Des lois fédérées distinctes pour les collectivités fédérées s'y ajoutent ».

¹⁷⁷ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, Recueil Sirey, 1949, p. 109.

Les ordres juridiques sont ainsi multiples. S'il nous est permis de paraphraser légèrement l'auteur autrichien Hans Kelsen, l'ordre juridique de l'autorité fédérale, formé des normes fédérales, constitue une communauté juridique regroupant tous les individus qui résident sur l'intégralité du territoire de l'État fédéral. Les normes fédérées, valides seulement dans certaines parties du territoire, forment des ordres juridiques fédérés. Il existe donc à la fois un ordre juridique fédéral et une pluralité de communautés juridiques fédérées¹⁷⁸.

Supposons un État fédéral qui serait composé de trois entités fédérées, X, Y et Z. Il existe dans cette perspective deux niveaux de pouvoir, celui de l'autorité fédérale A, et celui des entités fédérées (X, Y ou encore Z). Le droit étatique applicable varie par conséquent en fonction de l'entité en question. Un ressortissant dudit État fédéral qui se situerait sur le territoire de l'entité X sera soumis au droit A-X, alors que celui qui proviendrait de l'entité Y connaîtra le droit A-Y. Enfin, le ressortissant de l'entité Z relèvera de la variante A-Z. Si l'on applique ceci à un exemple concret, on peut affirmer que l'individu qui se trouve à Los Angeles est soumis tant au droit fédéral américain, qu'au droit californien (la Californie étant une entité fédérée des États-Unis d'Amérique). Dans le même temps, un autre individu qui vit à Miami est quant à lui soumis au même droit fédéral américain, mais doit respecter par ailleurs les règles de l'État de Floride, qui est une autre entité fédérée parmi les cinquante que comptent les États-Unis.

On notera enfin que les entités fédérées qui composent l'État fédéral portent des dénominations diverses : États (*States*) en Australie, aux États-Unis, ou en Inde, *Länder* en Allemagne ou en Autriche, Cantons en Suisse, Régions et Communautés en Belgique ou encore Provinces au Canada.

59. - Distinction entre l'État fédéral et la confédération – Il convient de ne pas confondre la notion d'État fédéral (*Bundesstaat*) avec celle de « confédération d'États » (*Staatenbund*), malgré la proximité des expressions utilisées. La confédération correspond à une association de plusieurs États *souverains*. Ce dernier adjectif se révèle, il convient de le souligner, d'une grande importance. En effet, ce sont les composantes mêmes de la confédération qui disposent de la souveraineté.

Il convient d'insister sur ce point afin de bien discerner les deux concepts. Dans un contexte confédéral, des États ont décidé de traiter de manière coordonnée, en instituant des organes supranationaux *ad hoc*¹⁷⁹, des thématiques qui les intéressent communément, sans pour autant avoir renoncé à leur indépendance. La confédération ne constitue donc dans cette optique qu'une « simple union entre États restés distincts »¹⁸⁰ et ne peut être désignée comme un État – il est

¹⁷⁸ H. KELSEN, *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, p. 366. Il convient d'observer que Kelsen a étroitement participé à l'élaboration du fédéralisme en Autriche. Voy. O. BEAUD, « Hans Kelsen, théoricien constitutionnel de la Fédération », in : C. M. HERRERA (sous la dir. de), *Actualité de Kelsen en France*, Paris, LGDJ, 2001, p. 50.

¹⁷⁹ J. CHEVALLIER, *L'État*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2011, p. 5.

¹⁸⁰ L. LE FUR, *État fédéral et confédération d'États*, rééd., Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2000 (rééd.), p. 579.

même incohérent de parler d'*État confédéral*¹⁸¹. Aussi, la confédération repose-t-elle sur un *traité* international et relève des principes du droit international classique. À ce titre, puisque les États sont égaux sur la scène internationale, chaque État membre de la confédération, qu'il soit fortement peuplé ou non, qu'il soit territorialement étendu ou non, qu'il jouisse d'une économie florissante ou non, jouit d'un droit de *veto* dans le processus décisionnel, et ce à l'encontre de toute mesure confédérale qui n'emporterait pas son adhésion. En outre, il n'y a pas d'application directe des mesures confédérales ; il convient encore que les États membres les intègrent – on dira *transpose* – en droit interne. Enfin, les citoyens disposent de la nationalité d'un État membre, non de la confédération.

On l'aura saisi, c'est la notion de *souveraineté* qui permet de différencier la fédération de la confédération. Pour rappel, la souveraineté peut se définir, sur le plan interne, par l'*exclusivité* et la *plénitude* des pouvoirs sur un territoire donné et, sur le plan externe, par l'absence d'autorité supérieure, par l'absence de soumission, c'est-à-dire par l'indépendance. En gardant cette notion basique du droit public à l'esprit, nous pouvons constater l'alternative qui suit : soit les entités qui s'unissent restent souveraines et conservent dès lors la qualité d'États, et l'union qu'ils forment est alors une confédération, soit c'est l'union – la fédération – qui est elle-même souveraine, qui constitue un État, et les entités qui la composent ne sont pas indépendantes¹⁸². Il ne faut donc pas imaginer un instant, comme le soutiennent certains discours politiques, que la confédération ne représente rien d'autre qu'une version approfondie de l'État fédéral, dans laquelle les composantes auraient une plus grande autonomie. Entre l'État fédéral et la confédération, il n'y a pas une différence de degré, mais une différence de nature.

Les tenants de cette doctrine, traditionnelle, partagent ainsi le présupposé selon lequel la confédération ne présente, elle, aucun aspect de la souveraineté.

Cette littérature classique a été sérieusement critiquée, et, plus particulièrement, cette approche binaire entre *fédération* et *confédération*¹⁸³. Fer de lance de cette nouvelle doctrine, Olivier Beaud, professeur de droit public à l'Université de Paris II (Panthéon-Assas) et directeur de l'Institut Michel Villey pour la philosophie du droit et la culture juridique, juge ainsi le concept de souveraineté dépassé lorsque l'on doit réfléchir au phénomène fédéral car celui-là reste intrinsèquement lié à la notion d'État¹⁸⁴. Or, selon le juriste, « les notions de fédéralisme et de

¹⁸¹ E. ARCQ, V. DE COOREBYTER et C. ISTASSE, *Fédéralisme et confédéralisme*, Bruxelles, CRISP, n° 79, 2012 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier/Anthemis, 2014, p. 707.

¹⁸² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. II, Paris, CNRS, 1920, pp. 90, 104 et 129.

¹⁸³ Voy. V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, P.U.F., 2011, pp 293-295.

¹⁸⁴ Voy. également, pour une critique de l'assimilation de la fédération à un État (en particulier dans le contexte des États-Unis d'Amérique), E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitution Contribution à la théorie de la fédération d'États », *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 2002, T. 294, pp. 60-63 et spéc. p. 63 : « Une fédération d'États n'est pas un État, mais une société d'États II s'agit d'une structure composée d'États qui n'est pas elle-même un État au sens habituellement donné à ce terme par le droit constitutionnel européen ».

souveraineté semblent logiquement antinomiques car la première évoque l'idée de pluralisme, à la fois juridique et politique, et la seconde celle d'unicité du pouvoir et de monisme juridique »¹⁸⁵. Écartant la dichotomie classique entre fédération et confédération, la thèse que soutient le professeur français dans une étude phare, *Théorie de la fédération*¹⁸⁶, est que la *fédération* engloberait les différentes formes d'association et correspondrait à une entité politique autonome. En cela, le fédéralisme et le confédéralisme se conjuguent, se mêlent et s'entremêlent. Ils constituent, à eux deux, une forme politique à part entière, distincte de l'État et de ses éléments constitutifs.

Si l'on s'appuie sur la doctrine classique de la distinction entre État fédéral et confédération, on peut mentionner un certain nombre de confédérations qui ont effectivement existés au cours de l'histoire : la Confédération irlandaise catholique, entre 1642 et 1651, la confédération « et union perpétuelle » qui regroupait les treize États fondateurs des États-Unis d'Amérique – ceux-là même en révolte contre la Couronne britannique – entre 1781 et 1788, à la suite de la ratification des *Articles of Confederation* ou encore le régime de la confédération helvétique avant 1848.

À ce sujet, on veillera bien à ne pas se méprendre sur la nature de l'État suisse de nos jours. Le nom officiel du pays, « Confédération suisse », est, il est vrai, bien trompeur. Son nom est le fruit d'une histoire séculaire qui remonte au 1^{er} août 1291, date du plus ancien document connu attestant d'une alliance militaire entre trois cantons, les régions d'Unterwalden, de Schwyz et d'Uri¹⁸⁷. Depuis le 12 septembre 1848 et le vote d'une première Constitution, la Suisse constitue cependant un État fédéral au sein duquel les cantons sont des entités fédérées, qui ne sont donc pas souveraines. Précisons que la Suisse a connu par la suite deux Constitutions fédérales, à savoir une deuxième en 1874 et puis la Constitution du 18 avril 1999, qui est en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2000. En Suisse, le terme « Confédération » vise d'ailleurs l'autorité fédérale.

Aujourd'hui, seules quelques rares associations d'États sont encore considérées comme des confédérations. Le principal exemple est celui de la Communauté des États indépendants (CEI) instituée par les accords de Minsk et d'Alma-Ata et qui regroupe l'Azerbaïdjan, l'Arménie, la Biélorussie, le Kazakhstan, le Kirghizistan, la Moldavie, l'Ouzbékistan, la Russie et le Tadjikistan.

60. - Distinction entre l'État fédéral et l'État unitaire - L'État fédéral se distingue de l'État unitaire qui, lui, est caractérisé par une *unité* du pouvoir politique : toute la puissance étatique se trouve en quelque sorte « condensée en un centre unique d'impulsion, à partir duquel elle rayonne dans toute la société »¹⁸⁸. Partant de la présomption que la communauté nationale est homogène, il n'existe donc qu'un centre de décision : un seul pouvoir législatif, un seul pouvoir exécutif et un seul pouvoir judiciaire. Dans ce système où il n'existe qu'un ordre juridique uniformément appliqué, et non plusieurs à l'instar de ce que l'on peut identifier dans une fédération, toutes les institutions reçoivent leurs pouvoirs de l'autorité centrale à laquelle elles sont subordonnées. Aussi, les

¹⁸⁵ O. BEAUD, « Fédéralisme et souveraineté », *Rev. Dr. Pub.*, n° 1, 1998, p. 86.

¹⁸⁶ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, P.U.F., 2007, 434 pages.

¹⁸⁷ G. KREIS, « Der Mythos von 1291. Zur Entstehung des schweizerischen Nationalfeiertages », in : J. WIGET (éd.), *Die Entstehung der Schweiz: vom Bundesbrief 1291 zur nationalen Geschichtskultur des 20. Jahrhunderts*, Schwyz, Historischer Verein des Kantons Schwyz, 1999, pp. 43-102.

¹⁸⁸ J. CHEVALLIER, *L'État*, 2^e éd, Paris, Dalloz, 2011, p. 53.

potentielles collectivités sub-étatiques – provinces, régions, communes, municipalités – sont soumises ici au niveau central et à ses lois ; lois qui sont susceptibles de les supprimer ou de modifier unilatéralement leurs marges de manœuvre.

En Europe, la France est souvent prise en exemple pour illustrer le système unitaire. Il ne s'agit toutefois pas d'un cas isolé : l'Irlande, l'Égypte ou la Chine sont également, parmi bien d'autres, des États unitaires.

61. - Notions de centralisation, de déconcentration et de décentralisation¹⁸⁹ – Nous nous permettons à ce stade de présenter un certain nombre de précisions qui nous semblent pertinentes aussi bien pour ce qui concerne les États *unitaires* que les États *fédéraux*. Pour le dire autrement, les observations que nous allons présenter dans les lignes qui suivent trouvent à s'appliquer dans les différents systèmes étatiques abordés.

Une structure est dite *centralisée* lorsque les différents organes de pouvoir sont rattachés à une seule et même institution centrale. Cette structure engendre un exercice des compétences de manière uniforme sur l'ensemble du territoire.

Toutefois, une institution publique peut avoir recours à une forme particulière et limitée de délégation – connue en français sous le vocable de *déconcentration* – par laquelle l'autorité confie une tâche, un pouvoir de décision, à des administrations spécialisées ou locales, c'est-à-dire disséminées sur le territoire national, et ce dans l'optique de garantir le bon accomplissement de l'ensemble des tâches administratives. Ne jouissant pas de la personnalité juridique, ces organes déconcentrés exerceront toutefois leur pouvoir *au nom et pour le compte* de l'entité délégatrice. Aussi, ils demeurent étroitement surveillés par celle-ci, à travers non seulement un contrôle de légalité et d'opportunité des décisions prises, mais aussi par le fait que les agents et services ne sont pas autonomes. Ceux-ci restent placés en situation de subordination. La déconcentration repose ainsi sur un principe hiérarchique¹⁹⁰.

On parle en revanche de *décentralisation*, territoriale (c'est-à-dire relative à une aire territoriale précise, un territoire municipal par exemple) ou par service ou fonctionnelle (c'est-à-dire relative à une sphère de compétences), lorsque certaines prérogatives sont confiées à des organes infra-étatiques distincts de l'institution délégatrice¹⁹¹. Principalement instituées sur la base du principe de subsidiarité qui favorise l'organe le plus « proche » du citoyen, les administrations décentralisées jouissent d'un pouvoir de décision plus étendu pour régler des matières en prenant en considération l'intérêt local qui leur est

¹⁸⁹ Ch. EISENMANN, « La centralisation et la décentralisation : principe d'une théorie juridique », *R.D.P.*, 1947, pp. 280-290; P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 74 et s.

¹⁹⁰ M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier/Anthemis, 2014, pp. 699-700.

¹⁹¹ J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de droit de Liège, 1978, pp. 110-174.

propre¹⁹². Généralement, le degré d'autonomie dépend de l'étendue des compétences matérielles, des ressources financières et des mécanismes de contrôle. Dans le cadre de la décentralisation territoriale, la composition des organes peut même être déterminée par un vote des citoyens.

Il ne faut toutefois pas confondre décentralisation et fédéralisation¹⁹³. L'entité décentralisée (la municipalité, la commune, par exemple) ne bénéficie pas d'une autonomie aussi large que l'entité fédérée. Aux yeux du constitutionnaliste français Léon Duguit, il existe une pluralité de gouvernants dans un État fédéral alors que, si l'on aborde la « simple » décentralisation, il n'existe qu'une source unique de pouvoir, l'autorité centrale¹⁹⁴. L'autonomie des autorités décentralisées est en effet bornée de différentes façons. Premièrement, le constituant ou le législateur établit par voie normative les matières dans lesquelles l'autorité décentralisée est compétente. Deuxièmement, le constituant ou le législateur prévoit les structures élémentaires des institutions décentralisées qui ne peuvent les modifier par elles-mêmes. Troisièmement, et cette restriction est primordiale, les actes juridiques posés par des autorités décentralisées sont soumis à une forme de surveillance et de contrôle de l'autorité centrale, que l'on appelle la *tutelle*¹⁹⁵. Il ne s'agit pas ici d'un pouvoir hiérarchique, dès lors que l'autorité supérieure ne se substitue en principe pas à l'autorité décentralisée. Par tutelle, il faut plutôt comprendre « tous les mécanismes de contrôle qui permettent à l'autorité supérieure de contraindre les autorités décentralisées soit à respecter la légalité ou l'intérêt, soit à agir »¹⁹⁶.

À la suite de ces développements, on peut comprendre qu'il est inexact de désigner la Ve République, pourtant archétype de l'État unitaire, comme un État centralisé. Il est vrai que la France est historiquement ancrée dans une dynamique centralisatrice, et ce depuis l'Ancien Régime. Sous la Révolution française, la Société des Amis de la Constitution – ou, plus communément, le *Club des Jacobins* – a milité pour l'adoption d'une constitution unitaire et centralisée, consacrant l'indivisibilité de l'État et de sa souveraineté¹⁹⁷. Si le nom des *Jacobins* reste aujourd'hui lié à la période la plus radicale de la Révolution, la *Terreur*, les Républicains du XIX^e siècle ont continué à se référer aux principes fondamentaux du *jacobinisme*, principalement pour militer contre la décentralisation de l'État français. Pourtant, une véritable dynamique de décentralisation, qui prend place dans un mouvement vers davantage de reconnaissance des

¹⁹² D. DEOM et G. DE KERCKHOVE, « L'intérêt communal », *Ann. Dr. Louvain*, 1980, pp. 147 et s.

¹⁹³ Voy. Y. LEJEUNE, « Régionalisation et fédéralisme dans les États d'Europe », *Annales de droit de Louvain*, 1997, p. 16.

¹⁹⁴ Voy. L. DUGUIT, *Études de droit public. T. II : L'État, les gouvernants et les agents*, Paris, Fontemoing, 1903, pp. 756-758. Voy. sur ce point, G. SCELLE, « La doctrine de Léon Duguit et les fondements du droit des gens », *A.P.D.*, 1932, p. 109 et F. SAINT-OUEN et R. BERMEJO, « Décentralisation et fédéralisme », in : D. DE ROUGEMONT (sous la dir. de), *Dictionnaire international du fédéralisme*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 27 et s.

¹⁹⁵ Voy. P. GILLIAUX, *Le concours des tutelles administratives*, Bruxelles, Nemesis, 1990, 175 pages.

¹⁹⁶ F. DEHOUSSE, *Introduction au droit public*, 2^e éd., Liège, Coll. Faculté de droit, 1998, p. 50.

¹⁹⁷ La prééminence du pouvoir central s'est ainsi opposé, parfois violemment, aux mouvements locaux et provinciaux perçus comme réactionnaires.

particularismes régionaux, a émergé en 1982, avec l'adoption des lois *Defferre*¹⁹⁸. Depuis mars 2003, l'article 1^{er} de la Constitution dispose à cet égard que :

« La France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances. Son organisation est décentralisée ».

Il convient enfin de remarquer qu'il n'est pas impossible qu'un organe soit une autorité décentralisée, mais tout de même chargé de missions particulières.

C'est le cas, par exemple, en Belgique pour ce qui concerne, notamment, les communes. Elles constituent des entités territorialement décentralisées en vertu des articles 41 et 162 de la Constitution qui énoncent que les intérêts exclusivement communaux sont réglés par les conseils communaux. À côté de cette décentralisation générale prévue par la Constitution, les mêmes autorités communales sont chargées par l'Autorité fédérale ou les entités fédérées de missions plus spécifiques qu'elles doivent remplir au nom et pour le compte des entités supérieures. Tel est ainsi le cas de la gestion de l'état civil qui englobe la tenue du registre de la population, la délivrance des cartes d'identité, de passeports, etc.

62. - La notion controversée d'État régional – La littérature est largement divisée quant à la question de savoir s'il existe une catégorie intermédiaire¹⁹⁹, spécifique et charnière²⁰⁰, entre l'État unitaire et l'État fédéral, que serait l'État *régional*²⁰¹. On utilise principalement cette expression pour désigner les cas de l'Espagne, de l'Italie et du Royaume-Uni. En effet, certains auteurs estiment que ces trois pays ont expérimenté une décentralisation telle qu'ils ne présentent plus, à proprement parler, les caractéristiques d'une structure purement unitaire, mais que les entités ne seraient pas suffisamment autonomes pour être considérées comme des entités fédérées.

La différence entre ces États et les États qui sont unanimement considérés comme fédéraux se marque en particulier par le fait que la Constitution n'attribue aux entités régionales qu'un pouvoir réglementaire, autrement dit un pouvoir d'exécution, ou bien ne leur délègue qu'avec parcimonie l'exercice du pouvoir législatif. Dans les deux cas, le pouvoir constituant ou le niveau central reste relativement libre de restreindre les compétences régionales à l'envi et de dissoudre, le cas échéant, les collectivités sub-étatiques. En outre, les régions autonomes ne jouent pas de rôle dans la procédure de révision de la Constitution.

La Constitution italienne, promulguée le 27 décembre 1947 et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1948, consacre un principe d'autonomie dont profitent les régions, mais également l'unité de l'État. L'article 5 de la Constitution dispose ainsi :

« La République, une et indivisible, reconnaît et favorise les autonomies locales ; réalise dans les services qui dépendent de l'État la plus large décentralisation administrative ;

¹⁹⁸ Voy. F. LUCHAIRE et Y. LUCHAIRE, *Le droit de la décentralisation*, Paris, P.U.F., 1983. Voy. A. DE LAUBADERE, J.C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, T. I, 12^e éd., Paris, L.G.D.J., 1992, pp. 81-217.

¹⁹⁹ L. FAVOREU, P. GAIA, R. GHEVONTIAN, J.-L. MESTRE, O. PFERSMANN, A. ROUX et G. SCOFFONI, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 471-488.

²⁰⁰ V. CONSTANTINESCO et S. PIERRE-CAPS, *Droit constitutionnel*, 5^e éd., Paris, P.U.F., 2011, p. 277.

²⁰¹ J. FOUGEROUSE (sous la dir. de), *L'État régional, une nouvelle forme d'État ? Un exemple de recomposition territoriale en Europe et en France*, Bruxelles. Bruylant, 2008, 405 pages.

adapte les principes et les méthodes de sa législation aux exigences de l'autonomie et de la décentralisation ».

L'Italie compte ainsi, depuis 1972, 20 régions (*regione*) qui jouissent des compétences attribuées et définies par la Constitution²⁰². Cinq d'entre elles ont un statut spécial d'autonomie élargie et possèdent à ce titre des compétences dites *exclusives* (voy. *supra*). Ce statut spécial leur a été accordé dans le double but de contrarier les mouvements séparatistes et de protéger les minorités linguistiques. En vertu de l'article 116 de la Constitution italienne,

« des formes et des conditions particulières d'autonomie sont attribuées à la Sicile, à la Sardaigne, au Trentin-Haut Adige, au Frioul-Vénétie julienne et au Val d'Aoste, selon les statuts spéciaux respectifs adoptés par loi constitutionnelle ».

Depuis la fin des années 1990²⁰³, chaque région est munie d'un conseil régional, qui exerce des compétences législatives, et d'une junte régionale (*Giunta Regionale*), qui constitue leur organe exécutif à la tête duquel se trouve un président (*Présidente della Regione*).

La Constitution espagnole de 1978 « est fondée », si on lit son article 2, « sur l'unité indissoluble de la nation espagnole, patrie commune et indivisible de tous les Espagnols »²⁰⁴. Le pays est donc, constitutionnellement, unitaire²⁰⁵. Toutefois, le même article « reconnaît et garantit le droit à l'autonomie des nationalités et des régions qui la composent et la solidarité entre elles ». Aussi, l'Espagne est-elle divisée, depuis 1983, en 17 communautés autonomes (*comunidades autónomas*) et deux villes autonomes (*ciudades autónomas*), à savoir les enclaves africaines de Ceuta et de Melilla. La structure régionalisée, distincte du fédéralisme, a été consacrée par la Cour constitutionnelle espagnole à plusieurs reprises²⁰⁶.

En vertu de l'article 147 de la Constitution espagnole, les statuts d'autonomie – qui sont négociés avec le gouvernement central et qui comprennent notamment le nom, l'organisation et le siège des institutions autonomes propres ainsi que leurs compétences – constituent de véritables normes fondamentales pour les Communautés autonomes. Les statuts sont difficilement révisables et protégés par l'autorité centrale.

Chacune de ces entités détient un certain nombre de compétences qui lui sont exclusives ou qui sont partagées avec l'autorité centrale, selon le cas. Les compétences réservées à l'État central sont définies à l'article 149 de la Constitution espagnole tandis que celles qui sont susceptibles de relever des communautés autonomes sont énumérées à l'article 148. Comme les statuts d'autonomie sont négociés, les compétences peuvent différer d'une communauté à l'autre. Sur le plan des organes, chaque assemblée législative est élue au suffrage universel et proportionnel et soutient à la majorité le conseil de gouvernement. Le président de la région autonome est quant à lui désigné par l'assemblée, mais nommé par le Roi.

Enfin, le Royaume-Uni comprend, depuis l'Acte d'union de 1707, quatre entités régionales, les pays constitutifs ou nations constitutives (*Constituent Countries, Home Nations* ou *Home Countries*), à savoir l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande du Nord et le Pays de Galles²⁰⁷. Les trois

²⁰² Voy. les articles 114 à 133.

²⁰³ Voy. G. MELONI, « II. Le système des pouvoirs régionaux et locaux Italiens entre réformes législatives et révisions constitutionnelles », *Annuaire des collectivités locales*, 2001 (La démocratie locale), pp. 214-217. Voy. également J.C. ESCARRAS, « L'Italie, un État région ? », in : C. BIDÉGARAY (sous la dir. de), *L'État autonome : une forme nouvelle ou transitoire en Europe?*, Paris, Economica, 1994, p. 86.

²⁰⁴ Voy. À ce sujet F. MODERNE et P. BON, *Les autonomies régionales dans la Constitution espagnole*, Paris, Economica, 1981, 170 pages.

²⁰⁵ C. K. CONNOLLY, « Independence In Europe: Secession, Sovereignty, and the European Union », *Duke Journal of Comparative and International Law*, 2013, pp. 56-59.

²⁰⁶ Voy. notamment les arrêts n° 32/1981 du 28 juillet 1981, n° 5/1982 du 8 février 1982, n° 158/1986 du 11 décembre 1986 et n° 135/1992 du 5 octobre 1992 de la Cour constitutionnelle espagnole.

²⁰⁷ O. HOOD PHILLIPS et P. JACKSON, *Constitutional and administrative law*, 7^e éd., Londres, Sweet et Maxwell, 1987, pp. 583-605. Voy. G. WALKER, « Scotland, Northern Ireland, and Devolution, 1945-1979 », *Journal of British Studies*, 2010, pp. 117-142.

dernières se sont vues attribuer un certain nombre de compétences par *dévolution* du Parlement du Royaume-Uni : en 1921 pour l'Irlande du Nord²⁰⁸ et en 1998 pour ce qui concerne l'Écosse²⁰⁹ et le Pays de Galles²¹⁰. C'est surtout le programme de régionalisation différenciée de 1998 qui a dévolu le plus de pouvoirs.

Ces trois entités jouissent désormais chacune d'une assemblée délibérative et d'un organe exécutif²¹¹, mais les compétences attribuées aux différentes régions ne sont pas les mêmes. En conséquence, le processus de dévolution présente un caractère asymétrique : la dévolution est plus approfondie sur le territoire écossais qui jouit d'une grande autonomie que sur les territoires gallois et nord-irlandais. Elle est par ailleurs inexistante pour ce qui concerne l'Angleterre.

Comme nous l'avons dit, l'existence des États régionaux n'est pas unanimement admise. Pour certains auteurs, il ne s'agit là que d'un stade plus poussé de la décentralisation sans qu'il soit nécessaire de nier sa nature unitaire²¹². Hans Kelsen considérait ainsi qu'

« il est [...] possible d'étendre la décentralisation à la législation, à la création de normes générales [...] Il s'agit d'une décentralisation par création de provinces autonomes »²¹³.

Aux yeux du constitutionnaliste belge Francis Delpérée, l'identification précise de l'État régional est une question délicate en raison des critères « intermédiaires » à prendre en considération. Aussi, comme la détermination de l'État régional est malaisée, il vaut mieux, dans le doute ou l'absence de critères fiables communément acceptés, se rattacher aux catégories reconnues d'État unitaire (fortement) décentralisé ou d'État fédéral²¹⁴.

2) Traits majeurs du fédéralisme

63. - Pluralité de fédéralismes – Il n'existe pas de prototype universel du fédéralisme ou de l'État fédéral²¹⁵. En outre, « [l']État fédéral n'a jamais pu être défini d'une manière qui parût satisfaisante à tous les théoriciens »²¹⁶. Chacun des États qui a privilégié ce mode d'organisation possède, en effet, une construction institutionnelle qui lui est propre, caractérisée par des organes et mécanismes personnalisés, déterminés par des expériences internes, les habitudes juridico-politiques et, plus largement, par les données historiques géographiques et sociologiques de l'État. Comme l'a observé un sénateur

²⁰⁸ *Government of Ireland Act* de 1920, suspendu en 1972 puis supprimé l'année suivante, pour finalement être restauré par le *Northern Ireland Act* de 1998.

²⁰⁹ *Scotland Act* de 1998.

²¹⁰ *Government of Wales Act* de 1998.

²¹¹ J. BELL, « Les dévolutions en Grande-Bretagne : Ecosse, Pays de Galles et Irlande du Nord » *RDP*, 2000, pp. 413 et s.

²¹² D. TURPIN, *Droit constitutionnel*, Paris, P.U.F., 2003, p. 85 ; B. CHANTEBOUT, *Droit constitutionnel et science politique*, 21^e éd., Paris, A. Colin, 2004, p. 57.

²¹³ *Théorie générale du droit et de l'État, suivi de la doctrine du droit naturel et le positivisme juridique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 1997, p. 364.

²¹⁴ F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 375.

²¹⁵ R. WATTS, *Comparing Federal Systems in the 1990s*, Kingston, Queen's University, Institute of Intergovernmental Relations, 1996, p. 1.

²¹⁶ J.-F. AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, Neuchâtel, ides et calendes, 1967, n° 510, p. 195.

canadien, « le fédéralisme idéal est celui qui est taillé sur mesure pour répondre aux besoins d'un pays donné »²¹⁷.

Toutefois, il demeure que le fédéralisme fait appel à des principes de base²¹⁸ ou des caractéristiques fréquentes que nous allons à présent expliciter plus en avant.

64. - Distinction entre fédéralisme centripète et centrifuge – La création d'un État fédéral peut être issue de deux types de processus, principalement identifiés et conceptualisés par Georges Scelle²¹⁹. L'État fédéral peut être le fruit soit de l'association, c'est-à-dire de l'agrégation d'États initialement indépendants, soit d'une fracture au sein d'un État unitaire, soumis à des forces centrifuges, qui conduit au développement d'entités autonomes en son sein.

Dans le premier cas, la fédération se forme par l'union d'États précédemment indépendants et souverains. S'il y a fédération, c'est en raison d'une dynamique *centripète*. Les composantes, autrefois indépendantes, renoncent à leur souveraineté, mais conservent une certaine autonomie au sein du nouvel État, dont elles deviennent les collectivités fédérées.

Une telle dynamique peut persister alors même que l'État fédéral est déjà institué. C'est le cas lorsque, au fur et à mesure du temps, l'Autorité centrale obtient de plus en plus de compétences au détriment des entités fédérées.

Dans le deuxième cas, quand l'État fédéral se crée par *désagrégation*, c'est qu'il a été soumis à des forces dites *centrifuges* – en règle générale, des revendications autonomistes – qui ont fragilisé les liens entre l'autorité centrale et sa périphérie. C'est donc, relève Marc Uyttendaele, « le résultat d'un acte de volonté unilatérale de l'État unitaire, matérialisé par une révision de la Constitution. Il n'y a pas création d'un nouvel État, mais simplement la continuation de l'État [...] sous une nouvelle forme »²²⁰.

65. - L'État fédéral est polycéphale – Comme nous l'avons déjà indiqué, le fédéralisme implique deux ordres juridiques, simultanés, qui s'exercent sur un même territoire. Le premier est fédéral (central), et le second est fédéré (régional, communautaire, cantonal ou provincial, selon le pays considéré). Si la structure institutionnelle d'un État fédéral se caractérise ainsi par une *superposition* de deux niveaux – sans nécessairement qu'il soit question de hiérarchie entre

²¹⁷ G.-A. BEAUDOUIN, « La Communauté européenne et le Canada : mouvements perpétuels du fédéralisme », NJ.CL, 1993, p. 338.

²¹⁸ M. VERDUSSEN, « Évolution du fédéralisme, de la décentralisation et du régionalisme », in : *Cinquante ans de constitutionnalisme – Réalités et perspectives (1945-1995)*, Quatrième Congrès mondial de l'Association internationale de droit constitutionnel (Tokyo), Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 230-254.

²¹⁹ G. SCELLE, *Manuel élémentaire de droit international public*, Paris, Domat-Montchrestien, 1943, pp. 192-193 et G. SCELLE, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, 1^{ère} Partie, Paris, Sirey, p. 189.

²²⁰ M. UYTTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier/Anthemis, 2014, p. 702.

eux²²¹ –, les matières sont *réparties* entre les entités fédérale et fédérées. Les compétences législatives et exécutives font ainsi toujours l'objet d'une répartition, contrairement aux compétences judiciaires, qui ne sont pas nécessairement partagées. Sur la base de cette répartition, la notion de fédération implique, dans la gestion des compétences, un degré d'autonomie élevé. Selon Elizabeth Zoller :

« là où rien n'est réservé à l'État membre, où rien de ce qu'il est ou de ce qu'il a n'est à l'abri d'un pouvoir d'évocation par le centre, il n'y a ni fédération d'États, ni processus fédératif, il n'y a qu'un système décentralisé. Et il faut qu'il en soit ainsi car, là où le gouvernement fédéral peut se saisir de n'importe quelle question, là où rien n'est réservé à l'État membre, où rien de ce qu'il est ou de ce qu'il a, n'est à l'abri d'un pouvoir d'évocation par le centre, il n'y a ni fédération d'États, ni processus fédératif, il n'y a qu'un système décentralisé »²²².

66. - Fédéralisme et constitution – Pour régler les interactions entre toutes ces autorités normatives, une part non négligeable de la doctrine voit la présence d'une constitution au sens formel comme une nécessité dans un contexte fédéral. Albert Venn Dicey, Kenneth Wheare et Ronald Watts affirment que pour être considéré comme fédéral, un État *doit* être doté d'une constitution écrite²²³. Cette constitution, comme le décrit Westel Willoughby au sujet de celle des États-Unis,

« serves a double purpose. It operates as an instrument to delimit the several spheres of Federal and State authority, and to provide for the organization of the Federal Government »²²⁴.

Or, comme on le sait désormais, la constitution au sens formel peut généralement être identifiée par le fait que son contenu ne peut pas être révisé selon les principes classiques d'adoption et d'amendement des lois. La répartition des compétences semble en quelque sorte stabilisée ou, du moins, a vocation à mieux résister à l'action unilatérale des entités fédérale ou fédérées. En outre, les constitutions des États fédéraux supposent en règle générale, pour leur révision, l'approbation ou la participation soit des entités fédérées soit d'une chambre du parlement censée représenter leurs intérêts²²⁵. En substance, les théoriciens du fédéralisme établissent une relation entre la structure fédérale, son polycentrisme et la constitution – elle qui distribue fonctionnellement et spatialement les compétences et en encadre leur exercice – en raison de sa rigidité.

²²¹ Cette vision verticale des compétences et des niveaux de pouvoir a été, notons-le, critiquée par Olivier Beaud (voy. O. BEAUD, « Fédération et État fédéral », in : D. ALLAND et S. RIALS (sous la dir. de), Dictionnaire de la culture juridique, Paris, P.U.F., 2003, p. 716).

²²² E. ZOLLER, « Aspects internationaux du droit constitutionnel : Contribution à la théorie de la fédération d'États », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, T. 294, 2002, p. 73.

²²³ Voy. A. V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9^e éd., Londres, Macmillan & Co., 1950, p. 144 ; K. WHEARE, *Federal Government*, 3^e éd., Londres, New York, Oxford University Press, 1963, pp. 5-8 ; R.L. WATTS, *Comparing Federal Systems*, 2^e éd., Londres, Montreal et Kingston, McGill-Queen's University Press, 1999, pp. 35-41.

²²⁴ W. WILLOUGHBY, *Principles of the Constitutional Law of the United States*, New York, Baker, Voorhis, 1912, p. 53.

²²⁵ D. LUTZ, « Toward A Theory of Constitutional Amendment », *The American Political Science Review*, 88 (2), 1994, pp. 355-370.

En s'inspirant, à nouveau, de Scelle²²⁶, nous pouvons affirmer qu'une constitution, dans sa dimension institutionnelle, fédérale est guidée par trois grandes priorités : organiser la séparation des compétences et des institutions, garantir l'autonomie politique et, enfin, prévoir les mécanismes de *participation* et de *collaboration*. L'action des entités qui prennent place dans la structure fédérale de l'État se retrouve en effet limitée par certaines institutions ou certains principes qui assurent non seulement la coopération horizontale entre les entités fédérées, mais aussi une coexistence verticale entre les niveaux fédéral et fédéré. Dans cet esprit de préservation d'un tissu fédéral, par exemple, les entités fédérées sont fréquemment représentées au sein des organes de l'autorité fédérale, souvent au sein du parlement, et participent de la sorte au processus d'adoption des normes fédérales. Dans la tradition constitutionnelle, la deuxième assemblée législative fédérale est le lieu de cette participation. Comme le précise J. Ribero : « la première chambre, c'est la chambre d'une démocratie d'individus, la seconde chambre, c'est la chambre d'une démocratie de collectivités, d'une démocratie d'États membres »²²⁷.

67. - Compétences attribuées et résiduelles – Une des questions fondamentales qui se pose dans tout État fédéral est celle de la répartition des compétences législatives et exécutives, éventuellement judiciaires. Alors que, dans l'État unitaire, les compétences relèvent de l'autorité centrale (sous réserve de la déconcentration et de la décentralisation), elles sont par définition partagées entre les niveaux de pouvoir dans l'État fédéral. On se demande dès lors dans quelles matières l'autorité fédérale peut agir et quels sont les domaines qui relèvent des entités fédérées. Pour répondre à ces interrogations, les constitutions des États fédéraux recourent généralement à une technique qui consiste à attribuer à un niveau de pouvoir (soit à l'autorité fédérale, soit aux entités fédérées) une série de compétences énumérées et à considérer que les autres compétences (celles qui ne sont pas énumérées) relèvent de l'autre niveau de pouvoir. Les premières sont désignées par l'expression compétences « attribuées », tandis que les secondes sont les compétences « résiduelles » (ou « résiduaire »). Il n'y a pas de principe général qui amène à considérer qu'un type de compétences doit nécessairement relever de l'un ou de l'autre niveau de pouvoir.

Ainsi, aux États-Unis d'Amérique, l'autorité fédérale exerce les compétences qui lui sont spécifiquement attribuées par l'article I^{er} (spécialement la section 8) de la Constitution des États. Cela implique que chacune des 50 entités fédérées dispose des compétences résiduelles et peut légiférer dans tous les domaines qui ne relèvent pas de l'autorité fédérale. Comme nous aurons l'occasion de le préciser *infra*, c'est l'inverse qui prévaut en Belgique : des compétences sont

²²⁶ G. SCELLE, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, 1^{ère} Partie, Paris, Sirey, 1932, pp. 187-287.

²²⁷ J. RIBERO, *Fédéralisme et décentralisation dans la structure de l'État moderne*, Paris, E.N.A., 1949, p. 157.

attribuées aux entités fédérées (aux Communautés, d'une part, et aux Régions, d'autre part), tandis que l'autorité fédérale exerce les compétences résiduelles.

68. - Compétences exclusives, implicites et concurrentes – Au partage binaire que nous venons de présenter entre compétences attribuées et compétences résiduelles, on peut apporter une série de précisions et de nuances²²⁸. En effet, quand on en vient à aborder la modalité de répartition des compétences, on peut se demander si la constitution prévoit un partage étanche des compétences ou admet des matières mixtes, dans lesquelles les deux niveaux de pouvoir peuvent être compétents²²⁹. Et dans l'hypothèse où il existe de telles matières mixtes, on peut se demander comment l'exercice des compétences concernées est conçu en pratique.

Lorsque la Constitution mentionne l'existence de compétences *exclusives*, cela signifie que le domaine mentionné relève de l'entité en question, soit de l'autorité fédérale, soit des entités fédérées, en raison du fait qu'il lui a été *spécifiquement* attribué. La gestion de cette matière lui est ainsi absolument réservée.

Comme leur intitulé le suggère, les compétences *implicites* sont celles qui peuvent être exercées par un niveau de pouvoir alors qu'elles ne lui sont pas *explicitement* confiées. Elles lui reviennent tout de même en raison du fait qu'il lui peut être nécessaire d'en disposer pour exercer les compétences dont il dispose explicitement. Autrement dit, le niveau de pouvoir concerné peut édicter des normes qui semblent appartenir à des domaines qui sortent de ses attributions, mais qui lui sont nécessaires pour mettre effectivement en œuvre ses propres compétences.

Enfin, il est également possible qu'une disposition prévoit, en ce qui concerne certaines compétences, l'intervention *concurrente* ou *partagée* de différentes entités. Cela peut s'expliquer par le développement d'un fédéralisme *coopératif*. Aussi, le système des compétences *concurrentes* aboutit à ne donner un pouvoir de gestion à une entité qu'à titre conditionnel ou supplétif. En d'autres termes, un niveau de pouvoir a la maîtrise d'une matière tant qu'un autre, souvent l'autorité fédérale, ne décide pas d'intervenir.

69. - Contrôle de constitutionnalité des normes et fédéralisme – La complexité de la structure institutionnelle de l'État fédéral – complexité qui entraîne souvent des difficultés d'interprétation quant à la répartition des compétences normatives dans ses aspects les plus quotidiens – rend quasiment indispensable l'instauration d'un contrôle des normes édictées par les composantes de l'État, en particulier les règles des pouvoirs législatifs.

S'assurer que l'autorité fédérale et que les entités fédérées respectent la répartition des compétences, vérifier donc que chacun joue le jeu sans empiéter sur le champ de compétences des autres, garantir le bon respect de la loyauté fédérale implique un *contrôle de constitutionnalité* de l'ensemble des normes législatives. La mission de trancher les contestations qu'une coexistence de législateurs peut amener peut s'accomplir de deux manières : soit, cette fonction appartient à toutes les juridictions – et c'est un contrôle qui est dit *diffus* –, soit,

²²⁸ A ce sujet, l'exemple de la confédération suisse se révèle particulièrement éloquent. A la lecture de la nouvelle Constitution de 1999, on réalise que le texte distingue quatre catégories de compétences, à savoir les compétences exclusives accordées à l'Autorité centrale, les compétences concurrentes « limitées aux principes », les compétences concurrentes non limitées, et enfin les compétences admettant par leur nature, des compétences parallèles. Voy. Ph. LAUVAUX et A. LE DIVELLE, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, P.U.F., 4^e éd., 2015, p. 413.

²²⁹ Voy. Ch. DURAND, « L'État fédéral », in : *Le Fédéralisme*, Paris, P.U.F., 1956, p. 185 : « En effet, cette répartition peut être parfaitement étanche, soit supposer l'existence de matières mixtes qui mettent en jeu la coexistence de compétences ».

il s'agit d'une tâche réservée à une juridiction particulière – on parle alors de contrôle *concentré*.

Dans son célèbre arrêt *Marbury v. Madison*²³⁰, de 1803, la Cour suprême des États-Unis a posé les fondements d'un système de contrôle diffus, qui demeure le principe non seulement en droit constitutionnel américain, mais aussi dans de nombreux autres États qui ont suivi cet exemple.

Sur le continent européen, en revanche, c'est la seconde solution qui a été suivie en règle générale, principalement sous l'impulsion des thèses soutenues par Hans Kelsen. C'est donc un organe juridictionnel spécial – une cour constitutionnelle ou un tribunal constitutionnel par exemple – qui tranche les conflits de compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées. En effet, pour reprendre les termes du juriste autrichien :

« La répartition des compétences est le noyau politique de l'idée fédéraliste. Cela signifie du point de vue technique que les constitutions fédérales, non seulement règlent la procédure législative et posent certains principes sur le contenu des lois, comme celles des États unitaires, mais fixent encore les objets respectivement assignés à la législation fédérale et la législation locale. Toute violation des frontières ainsi tracées par la Constitution est une violation de la loi fondamentale de l'État fédéral. [...] Plus que nulle part ailleurs, le besoin se fait ici sentir d'une instance objective qui décide ces luttes de façon pacifique, d'un tribunal devant lequel ces litiges puissent être portés comme des problèmes d'ordre juridiques, et décidés comme tels – c'est-à-dire d'un tribunal constitutionnel »²³¹.

3) Exemples d'États fédéraux

70. - Illustrations actuelles – Le modèle fédéral s'est progressivement diffusé, en particulier sur la base du modèle consacré aux États-Unis. Synthétisant le concept du fédéralisme, George Anderson a recensé vingt-huit fédérations à travers le monde, sur les 192 États membres des Nations Unies²³². Ces États se situent sur tous les continents et sont aussi divers que l'Autriche, le Canada, le Mexique, le Brésil, la Russie, le Nigéria, et l'Australie. Nous examinerons les grands traits de quatre États fédéraux dans les lignes qui suivent : les États-Unis d'Amérique, l'Allemagne, la Suisse et l'Inde. Le cas de l'État fédéral belge sera quant à lui développé de manière plus approfondie *infra*, dans la section B du présent chapitre.

71. - États-Unis d'Amérique – Les États-Unis d'Amérique sont considérés comme l'exemple le plus emblématique des États fédéraux. En 1776, treize

²³⁰ *William Marbury v. James Madison, Secretary of State of the United States*, 5 U.S. 137, 1803. Voy. J. LAMBERT, « Les Origines du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales aux États-Unis. *Marbury v. Madison* », *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, 1931, pp. 1-69 ; R. L. CLINTON, *Marbury v. Madison and Judicial Review*, Lawrence, University Press of Kansas, 1991, 332 pages ; W. E. NELSON, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, 2^e éd., Lawrence, University Press of Kansas, 2018, 176 pages.

²³¹ H. KELSEN, « La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle) », *R.D.P.*, 1928, p. 254.

²³² G. ANDERSON, *Le fédéralisme : une introduction*, Ottawa, Presses de l'Université d'Ottawa, 2010, 107 pages.

colonies britanniques font sécession de la Grande-Bretagne, et deviennent des États indépendants. Réunis à partir de 1781 au sein d'une confédération, les treize États acceptent ensuite de renoncer à leur indépendance pour former ensemble les États-Unis, dont le socle juridique est la Constitution du 17 septembre 1787. À l'occasion des débats relatifs à la ratification de la Constitution fédérale par les États, alors souverains, James Madison, Alexander Hamilton et John Jay collaborent et rédigent, sous le pseudonyme *Publius*, 85 articles en faveur du projet fédéral. Ces publications, les *Federalist Papers*, deviendront des bases fondamentales de l'analyse théorique de l'État fédéral, de son fonctionnement et des principes de *check and balances*²³³.

La Constitution consacre l'existence d'une autorité fédérale et d'entités fédérées, les *States*. Aujourd'hui, les États-Unis en comptent 50 auxquels s'ajoute un district fédéral, c'est-à-dire, Washington, D.C.

Nous pouvons sommairement décrire les institutions de la manière suivante, en commençant par le niveau fédéral.

Conformément à l'article I de la Constitution, le pouvoir législatif fédéral est confié à un parlement bicaméral, le Congrès, qui se compose de la Chambre des représentants et du Sénat. Les 435 membres de la Chambre sont élus par la population des différents *States* pour un mandat de deux ans. Le nombre de représentants par *State* est proportionnel à sa population. Le Sénat comprend quant à lui deux sénateurs par *State*. Les 100 sénateurs, qui assurent en un sens la protection des intérêts des entités fédérées, sont élus pour six ans. Constitués sous la forme d'une république (voy. *supra*), les États-Unis ont, pour chef d'État et de gouvernement, un Président, élu tous les quatre ans.

De leur côté, les *States* sont organisés sur un modèle similaire à celui de l'Autorité fédérale, et séparent les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire. Il existe par conséquent des parlements fédérés, des gouvernements fédérés, dirigés par les gouverneurs, et des juridictions fédérées.

Le X^e amendement consacre le principe selon lequel les *States* jouissent des compétences résiduelles, tandis que l'État fédéral n'exerce que des compétences attribuées, les *delegated powers*, dont on peut retrouver la liste à l'article I, section 8, de la Constitution. On peut y trouver la gestion des relations internationales, la politique de défense armée, le commerce international et interétatique (*Commerce Clause*), la perception d'impôts, la politique monétaire. On remarque aisément que les entités fédérées – qui disposent des compétences résiduelles – peuvent légiférer dans un grand nombre de domaines, que cela soit en droit pénal, en droit familial ou encore en matière de scolarité.

L'article VI, alinéa 2, contient ce que l'on dénomme la *Supremacy Clause* et prévoit que les normes fédérales priment sur les normes fédérées²³⁴. De plus,

²³³ Nous reviendrons sur cette notion au Chapitre 6.

²³⁴ Voy. *Thomas Gibbons, Appellant v. Aaron Ogden, Respondent*, 22 U.S., 1824.

l'article I, section 8, clause 18, consacre l'existence de pouvoirs implicites au bénéfice de l'autorité fédérale qui peut voter toute loi qui s'avérerait nécessaire et appropriée (*necessary and proper clause*) pour assurer efficacement les fonctions qui lui ont été dévolues.

Comme nous l'avons déjà indiqué, la Cour suprême fédérale a consacré, dans son arrêt du 24 février 1803 *Marbury v. Madison*, la règle du contrôle diffus de constitutionnalité, et de la répartition des compétences entre les niveaux fédéral et fédéré. Au sommet de la hiérarchie judiciaire, la Cour suprême veille, en dernier recours, au respect de l'équilibre fédéral, tel qu'il est enchâssé dans la Constitution.

72.- République fédérale d'Allemagne – La République fédérale d'Allemagne relève également, comme son nom l'indique, de la catégorie des États fédéraux. Elle est constituée d'une autorité fédérale et de 16 *Länder*, qui constituent les entités fédérées. Remarquons que la Constitution allemande de 1949 (appelée « Loi fondamentale » ou *Grundgesetz* en langue allemande), interdit expressément toute révision constitutionnelle qui porterait atteinte à cette forme d'organisation de l'État : il est donc interdit de retirer aux *Länder* l'autonomie qu'ils tiennent de la Loi fondamentale²³⁵.

Il convient, comme nous l'avons fait pour les États-Unis, de présenter succinctement les organes fédéraux avant d'étudier ceux des *Länder*. Le parlement fédéral se compose, premièrement, du *Bundestag* dont les membres sont élus au suffrage universel direct par l'ensemble de la population allemande et, deuxièmement, du *Bundesrat* dont les membres sont nommés par les gouvernements des *Länder*. C'est donc par l'intermédiaire du *Bundesrat* que les *Länder* participent au pouvoir législatif fédéral. À l'instar des États-Unis, le chef de l'État allemand est un Président (*Bundespräsident*), mais, contrairement au premier exemple, l'Allemagne distingue cette fonction de celle de chef de gouvernement. Le pouvoir exécutif fédéral est assuré par un Gouvernement dirigé par un Chancelier fédéral (*Bundeskanzler*)²³⁶, désigné par le *Bundestag* sur proposition du Président fédéral.

En ce qui les concerne, les *Länder* ont également leurs propres institutions, à savoir, chacun, un parlement monocaméral, un gouvernement et des juridictions. L'article 28, al. 1^{er}, de la Loi fondamentale prévoit que « l'ordre constitutionnel des *Länder* doit être conforme aux principes d'un État de droit républicain, démocratique et social [...]. Dans les *Länder* [...], le peuple doit avoir une représentation issue d'élections au suffrage universel direct, libre, égal et secret ».

Sur le plan de la répartition des compétences, ce sont les *Länder* qui disposent des compétences résiduelles. En vertu des articles 30 et 70 de la Constitution, l'Autorité fédérale ne dispose que de compétences attribuées (on songe par

²³⁵ Article 79, al. 3, de la Loi fondamentale.

²³⁶ Article 62 de la Loi fondamentale.

exemple, aux affaires étrangères ou à la politique de défense). Les articles 71 et suivants précisent quant à eux les cas de compétences exclusives et concurrentes.

De manière similaire à la *Supremacy clause*, les *Länder* doivent respecter toute disposition de droit fédéral en vertu de l'article 31 de la Loi fondamentale.

Le Tribunal constitutionnel fédéral, qui siège à Karlsruhe, juge de la conformité des normes fédérales et fédérées à la Loi fondamentale.

73. - Confédération suisse – La Suisse est un État fédéral composé de 26 cantons et appelée officiellement Confédération suisse depuis l'entrée en vigueur de la Constitution du 18 avril 1999.

Pour exercer le pouvoir législatif fédéral, l'Assemblée fédérale²³⁷ se divise en une chambre basse, le Conseil national, et une chambre haute, le Conseil des États. Le Conseil national se compose de 200 députés, élus pour quatre ans. Les sièges à pourvoir sont répartis entre les cantons proportionnellement à leur population. Le Conseil des États se compose, lui, de 46 députés : deux députés par canton, sauf pour six cantons (considérés constitutionnellement comme des « demi-cantons », qui ne sont représentés, chacun, que par un député).

Le pouvoir exécutif fédéral revient au Conseil fédéral²³⁸. Il s'agit d'un organe composé de sept membres, élus par l'Assemblée fédérale pour quatre ans. Chaque année, l'Assemblée fédérale élit l'un des membres du Conseil fédéral comme président de la Confédération chargé de diriger les séances du Conseil fédéral.

Les cantons constituent les entités fédérées de la Suisse et sont, en vertu de l'article 3 de la Constitution, « souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération ». L'adjectif « souverain » s'explique historiquement par le caractère véritablement souverain dont bénéficiaient autrefois les cantons, mais il doit aujourd'hui être compris comme signifiant « compétents »²³⁹. L'article 51 dispose que chaque canton « se dote d'une constitution démocratique », prévoyant les institutions législatives, exécutives et judiciaires.

Les articles 42 et 43 de la Constitution prévoient respectivement que « la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution » : elle ne dispose donc que de compétences attribuées. Selon l'article 49 de la Constitution, « le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire » (alinéa 1) et « la Confédération veille à ce que les cantons respectent le droit fédéral » (alinéa 2).

²³⁷ Articles 148 et suivants de la Constitution.

²³⁸ Articles 174 et suivants de la Constitution.

²³⁹ M. HOTTELIER, « La justice constitutionnelle en Suisse », *Fédéralisme Régionalisme*, [En ligne], vol. 17, 2017, numéro coordonné par F. BOUHON, Les juridictions constitutionnelles suprêmes dans les États fédéraux : créatures et créateurs de fédéralisme (URL : <https://popups.uliege.be:443/1374-3864/index.php?id=1718>).

Aux termes de l'article 188 de la Constitution, le Tribunal fédéral représente « l'autorité judiciaire suprême de la Confédération » : il doit veiller à l'application uniforme du droit fédéral dans tous les cantons.

74. - République de l'Inde – La Constitution indienne a mis en place un type particulier de fédéralisme depuis son indépendance en 1947.

Le pouvoir législatif fédéral est de type bicaméral et comprend, d'une part, la *Rajya Sabha* (le 'Conseil des États', la Chambre haute du Parlement) et, d'autre part, la *Lok Sabha* (la 'Chambre du Peuple', 'Chambre des représentants', la Chambre basse). Le Conseil des États est composé de 12 membres nommés par le Président et de maximum 238 représentants des États et des territoires de l'Union (art. 80). La Chambre des Représentants comprend quant à elle au maximum 530 membres élus directement au sein des circonscriptions électorales des États et de maximum 20 représentants des territoires de l'Union (art. 81).

Le pouvoir exécutif fédéral est dévolu à un Président, élu pour 5 ans de façon indirecte par les membres d'un Collège électoral constitué des membres élus des deux Chambres du Parlement de l'Union d'une part et, d'autre part, des membres élus des assemblées législatives des États (art. 54) et ce, selon le système proportionnel (art. 55 (2)(3)). Un Conseil des Ministres, avec à sa tête un Premier Ministre, est chargé d'aviser le Président. Si le Premier Ministre est nommé par le Président, celui-ci ne peut agir que selon les avis et recommandations du Premier Ministre. Le gouvernement est collectivement responsable devant la Chambre basse du Parlement.

Il existe également une Cour Suprême qui est à la fois un organe de première instance dans les cas impliquant le Gouvernement d'Inde et les États ou les États entre eux (art. 129), un organe d'appel ultime (art. 132 à 137) et un organe de consultation.

Au niveau des entités fédérées, on distingue généralement deux grandes formes d'entités sub-étatiques en Inde : d'une part, les *États* (régis par les art. 153 à 237) et, d'autre part, les *Territoires de l'Union* (administrés directement par le pouvoir de l'Union et régis par les art. 239 à 242). Chaque État a, à sa tête, un Gouverneur, nommé par le Président, qui exerce le pouvoir exécutif fédéré. Un Conseil des Ministres avec à sa tête un Ministre en Chef, aide et avise le Gouverneur dans l'exercice de ses fonctions sauf si la Constitution dispose expressément qu'une matière doit être exercée par le Gouverneur et par sa discrétion seule (art. 163 (1)). Responsable devant la chambre basse, le gouvernement est nommé par le Gouverneur. Dans chaque État, le pouvoir législatif est composé d'une part du Gouverneur, et, d'autre part, d'une ou de deux Chambres législatives. Les États disposent de leur propre Cour Suprême (art. 214).

Dans ce contexte fédéral²⁴⁰, le Président jouit, par l'intermédiaire des articles 352 à 360 de la Constitution, de pouvoirs particuliers en cas d'état d'urgence. Plus précisément, en vertu des articles 352, 356 et 360, le Président peut décider de relativiser fortement le système, permettant à l'Union de légiférer dans tout ou partie des compétences normalement réservées aux États.

B.- PARTICULARITES BELGES

75. - Plan de l'exposé – La Belgique appartient, nous l'avons dit, à la catégorie des États fédéraux. Il découle d'un tel système que les compétences normatives sont distribuées entre une autorité fédérale – qui exerce certaines compétences et dont les règles s'appliquent sur l'ensemble du territoire – et des entités fédérées – qui exercent d'autres compétences et dont les règles s'appliquent sur le territoire limité de l'entité considérée. En Belgique, ces entités fédérées s'appellent les Communautés et les Régions et elles disposent, chacune, d'une assemblée législative et d'un gouvernement.

Cela étant dit, la Belgique n'a pas toujours présenté les traits d'un État fédéral. Le développement de celui-ci est la conséquence d'une dynamique centrifuge (voy. *infra*) qui a transformé de fond en comble l'État à l'origine unitaire. Un tel changement trouve principalement son origine dans la bipolarisation qui a surgi au fil des années entre la population néerlandophone (concentrée au nord du pays) et la population francophone (concentrée au sud du pays). Par conséquent, nous examinerons l'émergence de la forme fédérale (1), puis ses principes et ses caractéristiques (2). Quelques développements seront finalement accordés à la déconcentration et à la décentralisation en Belgique (3).

1) L'évolution de la Belgique de 1831 à 1970

76. - Un État unitaire en 1831 – Il faut remonter aux origines de l'État belge pour mieux comprendre le processus qui a mené, *in fine*, à la fédéralisation de ses institutions au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. En 1831, la Belgique, nouvellement indépendante, est un État *unitaire* et relativement *décentralisé*. Autrement dit, les décisions de l'État s'appliquent de manière identique sur l'ensemble du territoire national composé alors de provinces et de communes qui ne constituent quant à elles que de simples organes *décentralisés* (voy. *infra*). Au sommet de l'État, il n'y a alors, à côté de l'institution royale, qu'un seul gouvernement et un seul parlement bicaméral²⁴¹.

²⁴⁰ H.M. RAJASHEKARA, « The Nature of Indian Federalism: A Critique », *Asian Survey*, 1997, p. 246.

²⁴¹ Le Congrès national n'ignorait pas pour autant le concept de fédération, comme le démontre l'intervention de Joseph Lebeau :

Sur le plan sociologique, l'élite économique et intellectuelle du pays, de Namur à Anvers, utilise le français dont le prestige déborde largement les frontières du petit Royaume. Si l'emploi des langues est facultatif, c'est-à-dire est régi par un principe de liberté, comme le prévoit encore l'article 30 de la Constitution, certains aspects de l'emploi des langues sont réglés par les autorités publiques, en particulier les relations entre l'individu et l'État. Par conséquent, la classe politique, alors élue par le biais d'un système censitaire largement en faveur de la bourgeoisie francophone, va faire du français la seule langue officielle c'est-à-dire celle la langue à utiliser dans les rapports avec l'autorité publique. « Aussitôt que le Gouvernement provisoire entra en fonctions », décrit Henri De Hoon, « un changement radical eut lieu au point de vue de l'emploi des langues : le français devint prédominant »²⁴². Il est donc d'usage dans l'ensemble des institutions publiques, en dépit du fait que la majorité de la population, au nord, ne le pratique pas. La population du sud de pays ne s'exprime d'ailleurs pas non plus de façon homogène en français : ce sont davantage des dialectes wallons qui sont parlés dans les couches populaires. Le français est partout la langue de l'élite.

77. - Éveil du Mouvement flamand – Presqu'aussitôt²⁴³, un courant va naître pour revendiquer une place pour le flamand dans l'espace public. Des néerlandophones vont ainsi réclamer davantage de droits linguistiques, et ce, en contestant la suprématie manifeste du français. Face à cette langue omniprésente dans les couches supérieures de la société, un véritable sentiment d'appartenance flamande émerge au nord du jeune État. La publication, en 1838, du livre *De leeuw van Vlaenderen*, par Hendrik Conscience²⁴⁴, dédié à la victoire, le 11 juillet 1302, des milices communales flamandes sur les troupes du roi Philippe IV de France, dans les plaines de la Lys près de Courtrai, lors de la bataille dite *des Éperons d'or*, fait figure d'évènement politique à bien des égards. Les lignes qui achèvent l'ouvrage sont éloquentes :

« Flamand, qui viens de lire ce livre, médite bien les faits glorieux qu'il renferme; songe à ce que la Flandre fut jadis, à ce qu'elle est aujourd'hui, et plus encore à ce qu'elle deviendrait si tu oubliais les saints exemples de tes ancêtres »²⁴⁵.

Le progrès du *Mouvement flamand* est lent²⁴⁶, mais quelques victoires linguistiques sont engrangées au cours de la dernière moitié du XIX^e siècle :

« Le grand défaut des États fédérés, c'est la faiblesse du pouvoir central. De là l'impossibilité d'imprimer la rapidité nécessaire aux mesures d'administration générale ; absence d'homogénéité dans les mœurs comme dans l'opinion. Avec la forme fédérative, qui en Amérique, du reste, fut d'abord une agrégation fortuite plutôt qu'un système délibéré, nous aurions l'esprit français, l'esprit flamand, l'esprit allemand, et nous chercherions vainement l'esprit belge » (cité par E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, T. I, Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen et Cie, 1844, p. 211).

²⁴² H. DE HOON, « De l'emploi des langues en Belgique », *Revue de l'Université de Bruxelles*, 1909-10, p. 712. Voy. également X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique – Facteurs et acteurs de changement*, 4^e éd., Bruxelles, CRISP, 2000, pp. 125-126.

²⁴³ X. MABILLE, *Histoire politique de la Belgique – Facteurs et acteurs de changement*, 4^e éd., Bruxelles, CRISP, 2000, p. 127.

²⁴⁴ Henri Conscience participe d'ailleurs à la rédaction du *Manifeste du mouvement flamand* publié à Gand le 6 novembre 1847.

²⁴⁵ H. CONSCIENCE, *Le lion de Flandre*, t. II, Paris, Michel Lévy frères, 1871, p. 284.

²⁴⁶ Nous ne pouvons négliger l'une des premières prises en considération des problèmes linguistiques, à savoir l'arrêté royal du 27 juin 1856 qui institue une commission à l'effet de rechercher et de signaler au gouvernement les mesures les plus propres pour assurer le développement de la littérature flamande, et pour régler l'usage du néerlandais dans ses rapports avec les diverses parties de l'administration publique (*Moniteur belge* du 10 juillet 1856 et *Pasinomie* 1856, n° 380).

- la loi du 17 août 1873²⁴⁷ permet à une personne qui doit comparaître devant une juridiction pénale située dans les quatre provinces flamandes ou l'arrondissement de Louvain, d'employer la langue néerlandaise²⁴⁸ ;

- la loi du 22 mai 1878 relative à l'emploi de la langue flamande en matière administrative²⁴⁹ généralise l'usage du néerlandais pour toutes les administrations publiques ;

- le 1^{er} juillet 1888, le *Moniteur belge* devient bilingue, et, en 1898, soit dix ans plus tard, la loi du 18 avril²⁵⁰ permet à la version néerlandaise des textes législatifs d'accéder au même rang juridique que la version française. Ce n'est toutefois qu'en 1925 qu'une version en langue néerlandaise de la Constitution est produite. En 1967, soit quarante-cinq plus tard, celle-ci obtient finalement la même force juridique que la version française²⁵¹.

78. - Émergence d'un Mouvement wallon - Le *Mouvement wallon* apparaît plus tard et s'organise surtout en réaction envers les revendications du nord du pays. Le premier congrès wallon qui réunit des francophones de Wallonie et de Bruxelles se tient dans cette dernière ville en 1890. Il sera suivi de plusieurs autres.

On l'aura compris : fin du XIX^e et début du XX^e siècle, du côté flamand comme du côté wallon, il existe certaines voix qui s'élèvent déjà contre le caractère unitaire de structure belge et qui proposent des alternatives susceptibles de mieux prendre en considération les spécificités culturelles des populations qui vivent au sein de l'État²⁵². Dans un même temps, le paysage politique est en pleine mutation. D'un mode de scrutin censitaire, on passe en 1893 à un système plus démocratique, tempéré par le vote plural, puis, en 1919, au suffrage universel masculin (voy. *infra*). Or, l'instauration progressive du suffrage universel et l'avènement de la démocratie permettent à la Flandre, vu son poids démographique, d'affirmer son identité avec plus de vigueur. Le 24 août 1912, à la suite à la défaite de la gauche anticléricale aux élections législatives face aux catholiques dominants en Flandre, le socialiste Jules Destrée proclame, dans une lettre bien connue qui est adressée au Roi, « qu'il n'y a pas de Belges »²⁵³. Au souverain, il écrit : « Vous régnerez sur deux peuples ». Il préconise en conséquence « une Belgique faite de l'union de deux peuples indépendants et libres, accordés précisément à cause de cette indépendance réciproque ».

En 1919, prenant le relais du *Frontbeweging* (mouvement du front), le *Frontpartij* (parti du front) obtient, à la faveur de l'élargissement de l'électorat, une représentation parlementaire. Le mouvement milite pour obtenir une plus grande autonomie de la Flandre et l'enseignement du néerlandais dans les institutions scolaires et à l'Université de Gand. Les tensions communautaires commencent à électriser la vie politique de la Belgique. Les historiens Els Witte et Harry Van Velthoven remarquent à cet égard :

« Du côté francophone, on avait vite oublié l'activisme wallon. Mais quand il était question de nouvelles exigences linguistiques, la presse francophone (de Bruxelles et de Flandre surtout) ne manquait pas d'associer les termes 'francophone à patriote', par opposition à

²⁴⁷ Loi du 17 août 1873 sur l'emploi de la langue flamande en matière répressive (*Moniteur belge* du 26 août 1873).

²⁴⁸ Notons que « [l]a langue flamande, après une belle floraison au Moyen Âge, s'était divisée en un grand nombre de dialectes locaux ; il est symptomatique qu'en 1867, le gouvernement ait imposé l'orthographe hollandaise pour normaliser le flamand (de fait, en langue législative on parle toujours de « langue néerlandaise » et pas de « langue flamande ») » (C.-H. HÖJER, *Le régime parlementaire belge de 1918 à 1940*, Bruxelles, CRISP, 1969, p. 6).

²⁴⁹ *Moniteur belge* du 24 mai 1878.

²⁵⁰ Loi du 18 avril 1898 relative à l'emploi de la langue flamande dans les publications officielles (*Moniteur belge* du 15 mai 1989).

²⁵¹ Le texte officiel en allemand date pour sa part de 1991.

²⁵² J. BEAUFAYS et G. MATAGNE, « Fédéralisation et structures institutionnelles : la Belgique entre refondation et liquidation », in : J. BEAUFAYS et G. MATAGNE (éd.), *La Belgique en mutation. Systèmes politiques et politiques publiques (1968-2008)*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 11.

²⁵³ Publiée dans la *Revue de Belgique*, le *Journal de Charleroi*, la *Gazette de Charleroi*, l'*Express de Liège* et la *Meuse* tout au long de l'année 1912.

‘flamingant et activiste’ ». Une dichotomie qui permettait au patriotisme belge francophone, non seulement de taxer le programme minimaliste flamand d’après-guerre et donc tout le mouvement flamand d’activisme déguisé ou de « néo-activisme », mais également d’asséner le cliché de « Flandre incivique » et des « Flaminboches » comme menace pour l’État. Ce qui dégraderait l’ambiance politique à l’entre-deux guerres et ne serait pas sans influence sur la législation linguistique »²⁵⁴.

En effet, au cours des années 1930, une série de lois linguistiques consacrent progressivement l’unilinguisme en Flandre et en Wallonie (voy. *infra*). Les propositions concrètes pour faire de la Belgique un État fédéral apparaissent aussi dès l’entre-deux guerres²⁵⁵.

79. - Après la seconde guerre mondiale – A la suite de la seconde guerre mondiale, le *Mouvement wallon* prend l’ascendant sur le mouvement flamand, favorisé par les politiques du III^e Reich et affaibli en raison de la collaboration d’une partie de ses militants – en particulier ceux du *Vlaams Nationaal Verbond* (VNV) et du *Deutsch-Vlämische Arbeitsgemeinschaft* (DeVlag) – avec l’occupant allemand²⁵⁶. Le Congrès national wallon réuni à Liège, les 20 et 21 octobre 1945, et destiné à fixer les nouvelles directives qui présideront au nouveau statut de la Wallonie, crée la sensation²⁵⁷. Les congressistes ayant alors été appelés à plébisciter la solution institutionnelle qui emporte leur préférence, le résultat est un choc et les voix se partagent comme suit : 486 voix en faveur de la réunion de la Wallonie à la France ; 391 en faveur d’une autonomie accrue de la Wallonie dans le cadre de l’État belge ; 154 en faveur de l’indépendance de la Wallonie et 17 en faveur du maintien de la Belgique unitaire au sein d’une Belgique davantage décentralisée. Ce premier vote, qualifié de « sentimental », est suivi d’un vote officiel, à vocation politique, à l’issue duquel les congressistes se prononcent, à la quasi-unanimité, en faveur de l’autonomie de la Wallonie au sein d’une Belgique remodelée.

La *question royale* (voy. *supra*) est une occasion supplémentaire de mettre en exergue les fractures qui parcourent le pays. Les résultats de la consultation populaire du 12 mars 1950, à l’occasion de laquelle les électeurs belges sont appelés à se prononcer sur l’opportunité de la reprise par le Roi de ses pouvoirs, mettent en lumière l’existence de majorités différentes, en Flandre d’une part, en Wallonie et à Bruxelles d’autre part. Avec 72 % des votes en faveur du retour du Roi en Flandre contre 42 % dans le même sens du côté wallon, et 48 % à Bruxelles, les troubles et manifestations enflamment le sud du pays. À la fin juillet 1950, la situation quasi-insurrectionnelle dans les centres industriels wallons est telle que le Roi annonce qu’il abdiquera l’année suivante au profit de son fils Baudouin. À l’issue de la crise, la division du pays est flagrante.

Par ailleurs, sur le plan industriel, la Wallonie est confrontée à un déclin économique, que le *Mouvement wallon* impute en partie à la position dominante de la Flandre au sein des appareils de l’État qui favoriserait par conséquent les pôles industriels du nord. Même si les revendications d’ordre culturel ne sont pas absentes du côté francophone, c’est surtout l’autonomie économique que le mouvement wallon va ambitionner²⁵⁸.

²⁵⁴ E. WITTE et H. VAN VELTHOVEN, *Les querelles linguistiques en Belgique. Le point de vue historique*, Bruxelles, Le Cri éditions, 2011, p. 91.

²⁵⁵ « Tableau synthétique des projets de fédéralisme de 1931 à nos jours », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1961/39 n° 129, pp. 1-17.

²⁵⁶ La collaboration n’a pas été qu’un phénomène propre à la Flandre. En Wallonie, le mouvement *rexiste* de Léon Degrelle, qui s’était déjà rapproché des idées fascistes au cours des années 1930, est devenu l’un des plus fervents adhérents de l’hitlérisme (voy. A. DE LA CROIX, *Degrelle 1906-1944*, Bruxelles, Racine, 2016, 224 pages, en particulier pp. 100-175 ; mais aussi J. WILLEQUET, *La Belgique sous la botte. Résistances et collaborations 1940-1945*, Paris, Editions universitaires, 1986, 150 pages). En outre, d’autres mouvements militaient en faveur d’une sécession wallonne (voy. H. HASQUIN, *Les séparatistes wallons et le gouvernement de Vichy (1940-1943)*, Coll. Rétro Poche, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2017, 256 pages).

²⁵⁷ « Les Congrès Wallons », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1959, n° 22, pp. 1-18.

²⁵⁸ D. VAN DAM, « Histoire du mouvement wallon », in : M. MARTINIELLO et M. SWYNGEDOUW (sous la dir. de), *Où va la Belgique ? Les soubresauts d’une petite démocratie européenne*, Paris, L’Harmattan, 1998, pp. 73-84.

En parallèle à des tensions relatives à l'enseignement religieux²⁵⁹, le contentieux linguistique, toujours latent, reprend une nouvelle force à partir de la fin des années 1950. Le parti *Volksunie* est fondé en 1954 et regroupe plusieurs factions nationalistes flamandes. Figure parmi les grands combats du *Mouvement flamand* l'endigement de la tendance de la langue française à se généraliser à Bruxelles, dans sa périphérie et dans les communes situées tout le long de la frontière linguistique.

En 1960, le pays est à nouveau secoué par un autre épisode majeur de son histoire politique. La prise d'indépendance du Congo le 30 juin 1960, et la perte économique que cela représente pour la Belgique, ont des répercussions budgétaires. Par conséquent, le gouvernement *Eyskens* décide d'adopter diverses mesures d'économie, rassemblées dans une législation connue sous le nom de « loi unique ». S'en suit une grève générale au cours de l'hiver 1960-1961, grève qui n'est cependant suivie qu'en Wallonie²⁶⁰. Devant l'échec de cette contestation sociale, marquée par le clivage entre les représentants syndicaux flamands et francophones, le *Mouvement populaire wallon* va militer pour un fédéralisme économique afin de soutenir les secteurs industriels wallons en péril et garantir sa reconversion.

80. - « La Belgique de papa a vécu »²⁶¹ – L'État unitaire semble définitivement dépassé et inadapté à la résolution des difficultés de coexistence entre Flamands et Francophones. D'un côté, le *Mouvement flamand* réclame un modèle grâce auquel toute la spécificité culturelle et identitaire de la Flandre pourra se développer ; le *Mouvement wallon* considère quant à lui le fédéralisme comme une solution envisageable pour contrer le dépérissement de l'économie wallonne impactée par les fermetures des charbonnages. C'est donc bel et bien deux sensibilités, l'une culturelle, l'autre économique, qu'il fallait concilier²⁶².

Les choses s'accroissent sous le gouvernement *Lefèvre-Spaak*. La loi du 8 novembre 1962²⁶³, aussi appelée *loi Gilson*, fixe définitivement la frontière linguistique. La loi du 2 août 1963²⁶⁴ crée les quatre régions linguistiques : la région de langue néerlandaise, la région de langue française, la région de langue allemande et la région bilingue de Bruxelles.

81. - La première réforme de l'État – C'est à l'occasion de la troisième révision de la Constitution, en 1970²⁶⁵, soit deux ans après la crise de Louvain qui, en 1968, a conduit à la scission de l'université catholique en deux institutions

²⁵⁹ La « deuxième guerre scolaire », qui oppose politiquement les libéraux aux catholiques au sujet de l'enseignement de la religion dans les établissements scolaires officiels, prend place dans les années 1950 et se solde, fin de l'année 1958, par le « pacte scolaire » (consacré par la loi du 29 mai 1959 modifiant certaines dispositions en matière d'enseignement, *Moniteur belge* du 19 juin 1959) permettant aux parents belges d'opter pour un enseignement officiel ou « libre » (majoritairement d'obédience catholique). Une « première guerre scolaire » s'était déjà déroulée de 1879 à 1884.

²⁶⁰ J. NEUVILLE et J. YERNA, *Le choc de l'hiver 60-61 : les grèves contre la loi unique*, Bruxelles, Pol-His, 1990, 191 pages. « La grève générale en Belgique. (Décembre 1960 - Janvier 1961) - I », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1961, n° 113, pp. 1-20.

²⁶¹ La formule est attribuée à Gaston Eyskens, premier ministre lors de la révision constitutionnelle de 1970. Voy. cela dit (Ann., Chambre, 1969-1970, séance du 18 février 1970, pp. 3 et 5) et A. MEAN, *La Belgique de papa, 1970. Le gouvernement de la fin*, Bruxelles, CRISP, 1989, pp. 11-17.

²⁶² E. LENTZEN, « Le processus de fédéralisation », in : M. MARTINIELLO et M. SWYNGEDOUW (sous la dir. de), *Où va la Belgique ? Les soubresauts d'une petite démocratie européenne*, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 31-43.

²⁶³ *Moniteur belge* du 22 novembre 1962.

²⁶⁴ Loi du 2 août 1963 relative à l'emploi des langues en matière administrative (*Moniteur belge* du 22 août 1963).

²⁶⁵ J. GROOTAERS, « La révision constitutionnelle de décembre 1970 », *C.H. Crisp*, 1972 n° 555 et 556, pp. 1-38 ; P. DE STEXHE, *La révision de la Constitution belge : 1968-1971*, Namur, Société d'études morales, sociales et juridiques, 1972, 502 pages et P. WIGNY, *La troisième révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1972, 449 pages.

linguistiquement distinctes²⁶⁶, que sont instituées les trois Communautés (appelées initialement « Communautés culturelles »), flamande, française et germanophone, et trois Régions, flamande, wallonne et bruxelloise.

L'adoption de diverses modifications de la Constitution et de lois de réformes institutionnelles en 1980²⁶⁷, 1983, 1988, 1989²⁶⁸, 1993, 2001 et 2012-2014 ont abouti à la mise sur pied progressive d'une véritable structure fédérale dans laquelle coexistent des Communautés et des Régions dont l'autonomie est toujours plus étendue.

2) Les caractéristiques du système fédéral belge

82. - Un fédéralisme de confrontation²⁶⁹ – L'évolution de la structure institutionnelle belge présente tous les attributs du *fédéralisme par désagrégation* ou *dissociation*. La Belgique contemporaine est le fruit d'une opposition entre deux communautés linguistiques, dont l'une, néerlandophone et majoritaire, est composée d'environ 6.500.000 habitants et l'autre, francophone et minoritaire, compte à peu près 4.500.000 habitants²⁷⁰. Une singularité notable du système fédéral belge est qu'il existe, à côté de l'autorité fédérale, deux types d'entités fédérées, à savoir les Communautés et les Régions. L'étude des caractéristiques du fédéralisme belge nécessite toutefois de passer par l'étude succincte des « régions linguistiques », qui sont à différencier des Régions et des Communautés, mais qui forment les bases territoriales sur lesquelles elles ont été conçues.

²⁶⁶ Au cours de la crise de Louvain, qui a duré de 1967 à 1968, des étudiants néerlandophones de l'Université de Louvain (Leuven), soutenus en cela par certains de leurs professeurs, ont lancé une grande vague de manifestation et d'actions, aux cris de « Walen Buiten », pour exiger la scission de l'université catholique et le départ de l'aile francophone. Celle a finalement quitté la ville flamande pour s'implanter à Louvain-la-Neuve où s'est érigé un nouveau campus.

²⁶⁷ A. VANWELKEJNHUYZEN, J. VELU, J.J.A. SALMON et al, *La réforme de l'État 150 ans après l'indépendance nationale*, Bruxelles, Jeune Barreau, 1980, 445 pages.

²⁶⁸ A. ALEN et L.P. SUETENS (éd.), *Zeven Knelpunten na zeven jaar staats hervorming*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, 383 pages.

²⁶⁹ F. DELPEREE, « Le fédéralisme de confrontation », in : P. DELWIT, J.-M. DE WAELE et P. MAGNETTE (éd.), *Gouverner la Belgique, Clivages et compromis dans une société complexe*, Paris, P.U.F., 1999, pp. 53-69.

²⁷⁰ La population germanophone représente, quant à elle, 0,7 % de la population belge avec un peu plus de 75 000 habitants.

a) Quatre régions linguistiques, trois Communautés, trois Régions

83. - Division du territoire en régions linguistiques – La subdivision complexe²⁷¹ du territoire belge en zones linguistiques est le fruit d'un processus dont l'origine remonte à la loi du 31 juillet 1921²⁷² et à la loi du 28 juin 1932 sur l'emploi des langues en matière administrative²⁷³. En renonçant à la généralisation du bilinguisme, celles-ci ont créé en effet trois régions : deux régions unilingues, flamande et française, et une troisième, bilingue, composée des communes de l'agglomération bruxelloise. Toutefois, la frontière entre ces trois entités était variable et pouvait se déplacer en fonction de recensements décennaux de la population.

En conséquence, sous la pression des partis flamands insatisfaits de cette porosité, les lois linguistiques de 1962 et de 1963, déjà mentionnées, coordonnées le 18 juillet 1966, sont adoptées et renforcent le principe de l'unilinguisme en créant trois régions linguistiques unilingues et une région bilingue constituée par les dix-neuf communes bruxelloises où habitent à la fois des francophones (environ 75%), mais aussi des néerlandophones (entre 5% et 10%). Elles consacrent toutefois des facilités linguistiques au bénéfice des habitants de certaines communes à statut spécial. Lors de la première réforme de l'État, en 1970, la frontière linguistique est constitutionalisée et les quatre régions linguistiques (*taalgebieden*) trouvent ainsi une assise dans le texte fondamental du Royaume. L'actuel article 4 de la Constitution dispose désormais :

« La Belgique comprend quatre régions linguistiques : la région de langue française, la région de langue néerlandaise, la région bilingue de Bruxelles-Capitale et la région de langue allemande.

Chaque commune du Royaume fait partie d'une de ces régions linguistiques. »

Toujours en vertu de l'article 4, les limites des quatre régions linguistiques – établies par les articles 2 à 8 des lois coordonnées sur l'emploi des langues –, ne peuvent être changées ou rectifiées que par une loi spéciale. Précisément, c'est le troisième alinéa de cette disposition qui précise ce qu'il convient d'entendre par loi spéciale. Il s'agit d'une loi :

- adoptée à la majorité des suffrages dans chaque groupe linguistique de chacune des Chambres ;
- à la condition que la majorité des membres de chaque groupe se trouve réunie ;

²⁷¹ E. WITTE, « La question linguistique en Belgique dans une perspective historique », *Pouvoirs*, 2011, pp. 37-50.

²⁷² Loi du 31 juillet 1921 concernant l'emploi des langues en matière administrative (*Moniteur belge* du 12 août 1921).

²⁷³ Loi du 28 juin 1932 relative à l'emploi des langues en matière administrative (*Moniteur belge* du 29 juin 1932).

- et pour autant que le total des votes positifs émis dans les deux groupes linguistiques atteigne les deux tiers des suffrages exprimés.

84. - Ceci n'est pas une entité fédérée – Les quatre régions linguistiques ne font office que d'éléments constitutifs à partir desquels le système fédéral se construit. Il s'agit davantage de blocs territoriaux que de collectivités publiques²⁷⁴. La délimitation des régions sert il est vrai à déterminer le champ d'application des règles en matière d'emploi des langues dans différents domaines et le cadre spatial sur lequel les Communautés et les Régions exercent leurs compétences²⁷⁵. En d'autres termes, les régions linguistiques ne sont pas les entités fédérées de la Belgique qui vont nous occuper à présent.

85. - Double orientation de 1970 : des Communautés et des Régions – En 1970, ceux qui révisent la Constitution pour faire de la Belgique un État fédéral retiennent une double division : communautaire, d'un côté, régionale, de l'autre. Les Communautés et les Régions ont reçu des compétences et des sphères territoriales différentes. Chaque entité fédérée est toutefois dotée d'un organe législatif et d'un organe exécutif.

86. - Trois Communautés – Les trois communautés sont créées en 1970 (actuel article 2 de la Constitution). À l'origine, elles reçoivent les noms de Communauté française, Communauté néerlandaise et Communauté allemande. Si la dénomination de la première a été maintenue jusqu'à aujourd'hui, les deux autres ont été rebaptisées respectivement Communauté flamande et Communauté germanophone. En substance, et avant de présenter plus complètement les compétences des Communautés, on peut déjà à ce stade indiquer que leurs missions sont principalement orientées vers les *personnes*, puisqu'elles sont compétentes pour la culture, l'enseignement, la santé et l'aide aux personnes. Cela correspond à la revendication flamande d'assurer à chaque entité linguistiquement définie une autonomie dans ces domaines.

Les parlements communautaires adoptent des normes législatives appelées *décrets* et exercent leurs compétences sur la base des régions linguistiques que nous venons de décrire. Ainsi, la Communauté française exerce ses compétences dans la région linguistique de langue française, c'est-à-dire, les provinces wallonnes, déduction faite des communes germanophones, ainsi que dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. La Communauté flamande exerce, elle, ses compétences dans la région unilingue néerlandaise, mais aussi dans la région

²⁷⁴ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 408-411.

²⁷⁵ Voy. ainsi, notamment, C.A., arrêts n° 9 du 30 janvier 1986, 5.B.2 ; n° 10 du 30 janvier 1986, 8.B. (avec les observations de M. MAHIEU, *J.T.*, 1986, pp. 209-214 et de J. VELAERS, *R.W.*, 1985-1986, col. 1953-1972, 26 mars 1986) ; n° 17 du 26 mars 1986, 3.B.7.c ; n° 70 du 14 décembre 1988 ; n° 26/90 du 14 juillet 1990, 8.B.1 ; n° 72/96 du 11 décembre 1996, B.7.1 ; n° 56/2000 du 17 mai 2000 ; n° 30/2000 du 21 mars 2000, B.2.1 ; n° 56/2000 du 17 mai 2000, B.3 ; n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.13.3 ; n° 51/2006 du 19 avril 2006, B.9.1 ; C. C., arrêt n° 11/2009 du 21 janvier 2009, B.12.3.

bilingue de Bruxelles-Capitale. Plus simplement, la Communauté germanophone exerce ses compétences dans les neuf communes de la région de langue allemande.

87. - Trois Régions – Les trois régions instituées par la Constitution belge (article 3) sont la Région wallonne, la Région flamande et la Région de Bruxelles-Capitale. Comme les Communautés, elles ont été conçues en 1970. Cependant, alors que les communautés ont été rapidement mises sur pied, dès 1971, il a fallu attendre 1980 pour que les Régions wallonne et flamande soient concrètement instaurées, et, 1988 pour que la Région bruxelloise voit effectivement le jour²⁷⁶.

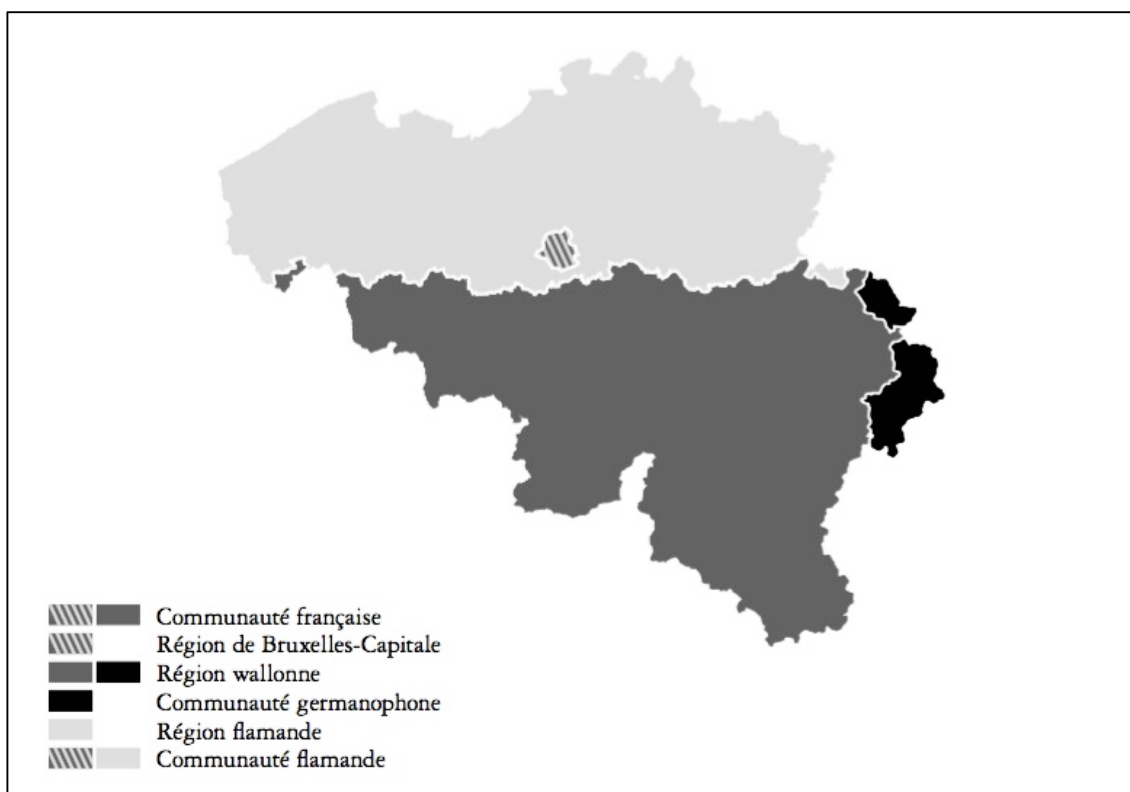
En vertu de l'article 5 de la Constitution, la Région wallonne comprend les provinces du Brabant wallon, du Hainaut, de Liège, du Luxembourg et de Namur. Elle englobe donc notamment la région unilingue de langue allemande, qui se trouve incluse dans le territoire de la province de Liège. La Région flamande comprend les provinces suivantes : Anvers, le Brabant flamand, la Flandre occidentale, la Flandre orientale et le Limbourg. La Région de Bruxelles-Capitale est compétente quant à elle sur l'arrondissement administratif de Bruxelles. Sur le plan de leurs compétences, les Régions reçoivent diverses compétences dans des matières liées à la gestion du *territoire*, notamment l'environnement, le cadre de vie économique ou encore l'agriculture. Leur développement correspond à une revendication wallonne.

Les Régions adoptent également des *décrets*, qui ont force de loi, sauf la Région de Bruxelles-Capitale qui adopte des *ordonnances* dont la force juridique peut être considérée comme moindre que celle réservée aux décrets²⁷⁷ car elles sont soumises à divers contrôles tant de nature administrative que juridictionnelle. Si on peut sans peine les considérer comme des normes législatives, au même titre que les décrets, il n'en demeure pas moins que leur statut est spécifique²⁷⁸.

²⁷⁶ Les entités régionales ont commencé à être mises, provisoirement, en place par la loi de régionalisation préparatoire – dite *Perin-Vandekerckhove* – du 1^{er} août 1974 (*Moniteur belge* du 22 août 1974). Voy J. BRASSINNE, « La régionalisation : la loi du 1^{er} août 1974 et sa mise en œuvre (I) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 665, 1974, pp. 1-25.

²⁷⁷ Sur le statut particulier de Bruxelles, voy. E. WITTE, A. ALEN, H. DUMONT et R. ERGEC (éd), *Het statuut van Brussel – Bruxelles et son statut*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 1999, 817 pages et P. VANLEEMPUTTEN, *Les institutions bruxelloises – Leur position dans la structure fédérale de l'État – Leur organisation, leur fonctionnement et leur financement*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2003, 191 pages.

²⁷⁸ Voy. les art. 7, 9 et 45 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises (*Moniteur belge* du 14 janvier 1989).



Source : CRISP

88. - Équipollence des normes – Il convient de préciser, à ce stade, qu’il existe une égalité de principe entre les législations fédérale et fédérées : contrairement à ce qui vaut pour d’autres États fédéraux (comme l’Allemagne), la loi fédérale belge ne prime donc pas sur la législation fédérée, et les décrets communautaires et régionaux partagent théoriquement²⁷⁹ la même valeur²⁸⁰. Les Communautés et les Régions peuvent par conséquent, dans les limites de leurs compétences, abroger, modifier ou remplacer la législation existante²⁸¹. Les relations entre les collectivités fédérées et les relations que celles-ci entretiennent avec la collectivité fédérale sont ainsi caractérisées par les principes d’*autonomie*, d’*égalité* et d’*équipollence* des normes²⁸².

²⁷⁹ E. ARCQ, V. DE COOREBYTER et C. ISTASSE, « Fédéralisme et confédéralisme », Dossiers du CRISP, 2012/1, pp. 11-125.

²⁸⁰ Il faut toutefois remarquer que les ordonnances constituent des normes juridiques de valeur presque identique aux autres normes législatives.

²⁸¹ L’article 94, paragraphe 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 (*Moniteur belge* du 15 août 1980) organise les transitions et évite de la sorte les vides normatifs.

²⁸² C.-E. LAGASSE, *Les nouvelles institutions politiques de la Belgique et de l’Europe*, Namur, Érasme, 2003, p. 119.

b) La répartition des compétences entre l'Autorité fédérale, les Communautés et les Régions

89. - Compétences résiduelles et attribuées – En Belgique, le système de répartition des compétences s'appuie d'abord sur l'article 35 de la Constitution. Insérée en 1993, à la suite des accords dits de la *Saint-Michel*, cette disposition prévoit que l'Autorité fédérale n'est compétente que pour les seules matières qui lui sont expressément attribuées. Les autres compétences, résiduelles donc, appartiennent aux Communautés et aux Régions. La chose semble claire.

Toutefois, cet article n'est pas en vigueur. La disposition transitoire que contient l'article 35 prévoit qu'une loi spéciale doit être adoptée pour que le principe déploie ses effets. Or, une telle loi spéciale n'a pas été adoptée à ce jour et il en découle que c'est l'Autorité fédérale qui est actuellement en possession des compétences résiduelles tandis que les Communautés et Régions disposent de compétences attribuées. La situation inverse à celle que prescrit l'article 35 est donc actuellement d'application. En d'autres termes, l'Autorité fédérale exerce l'ensemble des compétences qui ne sont pas spécifiquement attribuées aux entités fédérées²⁸³, en ce compris le pouvoir judiciaire. Pour comprendre, par contraste, ce qu'englobent ces compétences résiduelles, il convient d'examiner l'étendue des compétences qui sont attribuées aux Communautés et aux Régions.

90. - Compétences des Communautés – L'article 38 de la Constitution dispose que : « [c]haque communauté a les attributions qui lui sont reconnues par la Constitution ou par les lois prises en vertu de celle-ci ». Cette disposition confirme que les Communautés disposent de compétences attribuées mais ne précise pas leur étendue, renvoyant à d'autres textes. Il convient de se référer en particulier aux articles 127 à 130 de la Constitution.

L'article 127 attribue aux Communautés française et flamande deux grands domaines de compétences, à savoir les matières culturelles et l'enseignement.

Le second élément vise l'organisation de l'enseignement depuis l'école maternelle, jusqu'à l'enseignement supérieur, y compris universitaire. Il existe toutefois trois exceptions, trois domaines qui demeurent gérés par l'Autorité fédérale, à savoir, premièrement, la fixation du début et de la fin de l'obligation

²⁸³ S. VAN DROOGHENBROECK et D. DE JONGHE, « L'article 35 de la Constitution : fin du début ou début de la fin ? Fécondité d'une entéléchie constitutionnelle » in : A. DE BECKER et E. VANDENBOSSCHE (sous la dir. de), *Het beginsel van constitutionele autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet. Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht- Eléments charnières ou éléments clés en droit constitutionnel : le principe de l'autonomie constitutive, les articles 35 et 195 de la Constitution*, Bruges, La Chartre, 2011, pp. 87-155 ; et J. VELAERS, « Artikel 35 van de Grondwet : het "begin van het einde" of het "einde van het begin" ? », in : A. DE BECKER et E. VANDENBOSSCHE (sous la dir. de), *Het beginsel van constitutionele autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet. Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht – Eléments charnières ou éléments clés en droit constitutionnel : le principe de l'autonomie constitutive, les articles 35 et 195 de la Constitution*, Bruges, La Chartre, 2011, pp. 155-209.

scolaire²⁸⁴, deuxièmement, les conditions minimales pour la délivrance des diplômes²⁸⁵, et, troisièmement, le régime des pensions des enseignants. Sous ces quelques réserves, chaque Communauté est libre d'élaborer son propre système d'enseignement, dans le respect des principes généraux qui sont notamment fixés par l'article 24 de la Constitution.

L'autre compétence majeure qui est attribuée aux Communautés française et flamande par l'article 127 de la Constitution est celle des matières culturelles. La disposition constitutionnelle ne précise toutefois pas ce qu'il convient d'entendre par l'expression « matières culturelles » et il est nécessaire de consulter l'article 4 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 pour mesurer la portée de la compétence communautaire dans ce domaine²⁸⁶. Dans sa version actuelle, en vigueur depuis la sixième réforme de l'État, l'article 4 énumère un nombre assez considérable de matières :

- la défense et l'illustration de la langue ;
- l'encouragement à la formation des chercheurs ;
- les beaux-arts ;
- le patrimoine culturel, les musées et les autres institutions scientifiques culturelles à l'exception des monuments et des sites ;
- les bibliothèques, discothèques et services similaires ;
- les aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores à l'exception de l'émission de communications du gouvernement fédéral ;
- le soutien à la presse écrite ;
- la politique de la jeunesse ;
- l'éducation permanente et l'animation culturelle ;
- l'éducation physique, les sports et la vie en plein air ;
- les loisirs ;
- la formation préscolaire dans les préguardiennats ;
- la formation postscolaire et parascolaire ;
- la formation artistique ;
- la formation intellectuelle, morale et sociale ;
- la promotion sociale ;
- la reconversion et le recyclage professionnels, à l'exception des règles relatives à l'intervention dans les dépenses inhérentes à la sélection, la formation professionnelle et la réinstallation du personnel recruté par un employeur en vue de la création d'une entreprise, de l'extension ou de la reconversion de son entreprise ;
- les systèmes de formation en alternance, dans lesquels une formation pratique sur le lieu de travail est complétée en alternance avec une formation dans un institut d'enseignement ou de formation.

À la lecture de cette liste, on s'aperçoit que le concept juridique de matières culturelles comprend non seulement des domaines qui relèvent de ce qui constitue, aux yeux de la plupart des gens, le cœur de l'activité culturelle (langue, beaux-arts, musées, bibliothèques, etc.), mais qu'il s'étend par ailleurs au-delà, à

²⁸⁴ Loi du 29 juin 1983 concernant l'obligation scolaire (*Moniteur belge* du 6 juillet 1983). Voy. X. DELGRANGE et M. EL BERHOUMI, « Les droits en matière d'enseignement », in : M. VERDUSSEN et N. BONBLED, *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1199.

²⁸⁵ Voy. C.A., arrêt n° 78/1992 du 17 décembre 1992, B.4.6 ; C.A., arrêt n° 44/2005 du 23 février 2005, B.7.3.

²⁸⁶ L'article 127 de la Constitution prévoit en effet qu'il revient à une loi spéciale de fixer les matières culturelles.

des domaines que l'on ne qualifierait peut-être pas spontanément de culturels, comme l'encouragement à la formation des chercheurs, la politique de la jeunesse ou la reconversion et le recyclage professionnels. Pour apprécier les compétences des Communautés, il convient donc de dépasser une conception intuitive de ce qu'est la culture et de s'appuyer sur la conception juridique large qui est développée dans l'article 4 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

L'article 128, paragraphe 1^{er}, de la Constitution attribue quant à lui aux deux grandes communautés la compétence pour les matières dites *personnalisables*. Cette curieuse expression mérite que l'on s'y attarde. Si l'on consulte les travaux préparatoires de la deuxième réforme de l'État, on peut comprendre que de tels domaines sont liés à la vie proprement dite de l'individu dans sa communauté²⁸⁷. L'article 5, paragraphe 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 fixe la liste des matières personnalisables. En substance, et moyennant de nombreuses exceptions au profit de l'Autorité fédérale qui ne sont pas présentées ici, les matières personnalisables attribuées aux Communautés sont :

- la politique de dispensation de soins, dans et au dehors des hôpitaux ;
- l'éducation sanitaire et la médecine préventive ;
- la politique familiale, y compris toutes les formes d'aide aux familles et aux enfants ;
- la politique d'aide sociale, dont la législation sur les centres publics d'action sociale (CPAS) ;
- la politique d'accueil et d'intégration des immigrés ;
- la politique des handicapés ;
- la politique du troisième âge ;
- la protection de la jeunesse et l'aide à la jeunesse ;
- l'aide sociale aux détenus, en vue de leur réinsertion sociale ;
- l'aide juridique de première ligne ;
- l'organisation, le fonctionnement et les missions des maisons de justice, et du service compétent pour assurer la mise en œuvre et le suivi de la surveillance électronique
- les prestations familiales ;
- le contrôle des films, en vue de l'accès des mineurs aux salles de spectacle cinématographique.

Enfin, les deux grandes Communautés sont, en vertu de l'article 129, paragraphe 1^{er}, de la Constitution, compétentes en matière d'emploi des langues :

« [I]es Parlements de la Communauté française et de la Communauté flamande, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret, à l'exclusion du législateur fédéral, l'emploi des langues pour :

1° les matières administratives ;

2° l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics ;

3° les relations sociales entre les employeurs et leur personnel, ainsi que les actes et documents des entreprises imposés par la loi et les règlements ».

Toutefois, on peut constater que la compétence des Communautés en la matière est réduite, d'un côté par l'article 30 de la Constitution qui garantit une liberté absolue de l'emploi des langues dans les relations privées, mais aussi par le second paragraphe de l'article 129. En vertu de celui-ci, les deux grandes

²⁸⁷ *Doc. parl.*, Chambre, session ordinaire 1977-78, n° 461/1, p. 28.

communautés ne sont compétentes ni dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale, ni sur le territoire des communes à facilités. L'Autorité fédérale y est compétente²⁸⁸.

Les passages qui précèdent ont permis d'expliquer, dans les grandes lignes, l'étendue des compétences matérielles qui sont attribuées aux Communautés française et flamande. Pour bien comprendre le fonctionnement du système fédéral belge, il est en outre nécessaire de revenir sur la question de la compétence territoriale de ces entités : dans quels espaces et à quelles personnes les règles adoptées par les Communautés sont-elles applicables ?

Aux termes du second paragraphe de l'article 127 de la Constitution, les décrets des Communautés française et flamande relatifs aux matières culturelles et à l'enseignement ont force de loi respectivement dans la région de langue française et dans la région de langue néerlandaise. Ces décrets sont par ailleurs applicables à l'égard des *institutions* établies dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs *activités*, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou à l'autre communauté. En d'autres termes, les décrets des Communautés française et flamande s'appliquent dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale à l'égard des institutions dont l'activité se réalise exclusivement dans l'une ou l'autre langue²⁸⁹. En ce qui concerne les organismes bruxellois qui exercent leurs activités aussi bien en français qu'en néerlandais, par exemple l'Orchestre National de Belgique, c'est l'Autorité fédérale qui demeure compétente car c'est à elle que reviennent les matières résiduelles.

Qu'en est-il du champ d'application territorial des décrets communautaires dans les matières personnalisables ? A l'instar des matières culturelles, les décrets de la Communauté flamande ont effet sur le territoire de la région de langue néerlandaise et les décrets de la Communauté française sur celui de la région de langue française. L'article 128, paragraphe 2, de la Constitution prévoit que les décrets de la Communauté française et de la Communauté flamande s'appliquent également à l'égard des *institutions* bruxelloises qui sont *organisées* exclusivement dans l'une ou l'autre langue. Par contre, les matières qui, sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, ne peuvent être rattachées à l'une des deux grandes Communautés, constituent ce que l'on peut appeler des matières *bi-personnalisables*. Ces dernières sont réglées par la Commission communautaire commune (COCOM)²⁹⁰, visée à l'article 135 de la Constitution et par la loi spéciale du 12 janvier 1989 sur les Institutions bruxelloises²⁹¹, qui agit sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, par voie

²⁸⁸ J. VELAERS, *De bevoegdheidsverdeling in het federale België, Deel 12 : Het gebruik van de talen*, Bruges, Die Keure, 2001, p. 56.

²⁸⁹ C.A., arrêt n° 119/2004 du 30 juin 2004.

²⁹⁰ P. VAN ORSHOVEN, « Brussel anno 1989. Een derde gewest, een enige agglomeratie, drie gemeenschapscommissies en... een vierde gemeenschap », *R.W.*, 1989-1990, p. 464.

²⁹¹ Voy. les articles 60, alinéa 3, et 63, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises (*Moniteur belge* du 14 janvier 1989).

d'ordonnances²⁹². Cette COCOM jouit à la fois d'un parlement, l'« assemblée réunie », qui regroupe les 89 députés de la Région de Bruxelles-Capitale, et d'un organe exécutif, le collège réuni de la Commission communautaire commune. Celui-ci est composé des ministres de la Région de Bruxelles-Capitale.

La COCOM ne doit pas être confondue avec deux autres organes : la Commission communautaire française (COCOF) et la Commission communautaire flamande (COCON)²⁹³ qui ne sont, en principe (voy. *infra*), que des organes décentralisés (voy. *supra*) des Communautés française et flamande desquelles elles relèvent²⁹⁴.

La Commission communautaire française (COCOF) est, dans les matières personnalisables, culturelles et scolaires, un organe subordonné de la Communauté française chargé d'appliquer, par règlement, les décrets communautaires en prenant en considération les spécificités de Bruxelles. L'assemblée de la COCOF est composée des 72 membres du groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et le collège – son gouvernement – rassemble les trois ministres francophones de la Région de Bruxelles-Capitale et les deux secrétaires d'État régionaux francophones.

Il en va de même pour la Commission communautaire flamande (COCON) ou *Vlaamse Gemeenschapscommissie* (VGC) qui adopte des règlements, sous la tutelle de la Communauté flamande, pour « transposer » les décrets de celle-ci dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. De manière similaire à la COCOF, l'Assemblée de la COCON compte dans ses rangs les 17 membres du groupe linguistique néerlandais du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et le collège de la COCON réunit les deux ministres néerlandophones de la Région de Bruxelles-Capitale et le secrétaire d'État régional néerlandophone.

Si leur statut est assez singulier dans l'organigramme des institutions belges, la COCOM, la COCOF et la COCON sont donc, il est vrai, reliées aux institutions régionales de Bruxelles-Capitale sans pour autant se confondre avec elles.

L'article 130 est dédié à la grande absente des lignes qui précèdent, à savoir la Communauté germanophone. En vertu de cette disposition, la Communauté germanophone est compétente pour l'enseignement, les matières culturelles, les matières personnalisables et l'emploi des langues pour l'enseignement dans les établissements créés, subventionnés ou reconnus par les pouvoirs publics. Bien que le fondement constitutionnel soit différent, le contenu des compétences de la Communauté germanophone est, à quelques nuances près (qui concernent spécialement l'emploi des langues), le même que celui des deux autres Communautés. La loi *ordinaire* du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone définit plus concrètement les matières culturelles et personnalisables et renvoie aux dispositions de la loi spéciale de 1980 que nous avons déjà commentées²⁹⁵.

²⁹² Article 68, paragraphe 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises (*Moniteur belge* du 14 janvier 1989).

²⁹³ Article 136 de la Constitution et alinéas 2 et 3 de l'article 60 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises (*Moniteur belge* du 14 janvier 1989).

²⁹⁴ P. VANLEEMPUTTEN, *Les institutions bruxelloises*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 71 ; H. DUMONT et L. VANCRAEYBECK, « L'exercice des compétences communautaires à Bruxelles », *C.D.P.K.*, 2008, pp. 247-248.

²⁹⁵ K. STANGHERLIN (éd), *La Communauté germanophone de Belgique – Die Deutschsprachige Gemeinschaft Belgiens*, série Projucit, Bruxelles, Larcharte, 2005, 587 pages. Sur la Communauté germanophone, voy. également F. BOUHON, C. NIESSEN, et M. REUCHAMPS. « La Communauté

La question du champ d'application territorial des normes est bien plus simple à régler que pour les deux autres Communautés, puisqu'il n'y a pas lieu ici de trancher l'épineux problème lié à la compétence sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale : les décrets de la Communauté germanophone « ont force de loi dans la région de langue allemande » ; ils sont donc uniquement applicables dans les neuf communes qui constituent ce territoire.

91. - Compétences des Régions – Contrairement aux compétences des Communautés, les compétences régionales ne sont, elles, pas énumérées dans la Constitution, pas même dans les grandes lignes. L'article 39 de la Constitution charge le législateur spécial d'attribuer des compétences aux Régions. C'est à nouveau la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises qui en dressent la liste.

Aussi, l'article 6 de la loi spéciale de réformes institutionnelles, particulièrement long, énumère les compétences qui sont attribuées à la Région wallonne et à la Région flamande, avec, bien entendu, de très nombreuses réserves de compétence en faveur de l'Autorité fédérale. Les domaines dans lesquels les Régions disposent de compétences sont :

- l'aménagement du territoire ;
- l'environnement et de la politique de l'eau ;
- la rénovation rurale et de la conservation de la nature ;
- logement ;
- la politique agricole et de la pêche maritime ;
- l'économie, en ce compris de la politique économique ;
- la politique de l'énergie ;
- les pouvoirs subordonnés, notamment les institutions provinciales et communales ;
- le la politique de l'emploi ;
- les travaux publics et des transports ;
- le bien-être des animaux ;
- la politique en matière de sécurité routière.

L'article 4 de la Loi spéciale relative aux institutions bruxelloises énonce que les compétences de la Région de Bruxelles-Capitale sont en principe identiques à celles des deux autres Régions.

92. - Compétences exclusives – Comme nous l'avons déjà indiqué, il peut exister, au sein d'un État fédéral, des compétences exclusives et des compétences partagées, ou concurrentes. La situation est assez particulière en Belgique où ce dernier type de compétences semble écarté²⁹⁶. La Cour constitutionnelle (alors Cour d'arbitrage) a en effet affirmé en 1986 :

« Il ressort du fait que le législateur spécial a procédé à des attributions de compétence différentes, que celles-ci ont nécessairement un contenu distinct. À l'intérieur d'un seul et même ensemble de compétences [...], chaque disposition de loi ou de décret relative à cette matière doit dès lors être nécessairement classée dans l'une de ces attributions de

germanophone après la sixième réforme de l'État : état des lieux, débats et perspectives », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 2266-2267, 2015, pp. 5-71.

²⁹⁶ *Doc. Parl.*, Sénat, sess. extr. 1979, n°261/1, annexe II, pp. 31-32.

compétence, ce qui exclut qu'elle puisse relever en même temps d'une ou de plusieurs autres »²⁹⁷.

Il découle d'un tel système de compétences exclusives qu'une situation juridique ne peut en principe être réglée que par un seul et unique législateur²⁹⁸. C'est précisément en raison de ce principe de compétence exclusive que tous les niveaux de pouvoir agissent sur un plan de stricte égalité.

93. - Compétences accessoires ou parallèles – On notera que certaines compétences ne sont pas attribuées à un niveau de pouvoir en particulier. Ces compétences sont diffuses et sont dites *accessoires* ou *parallèles*. Pour l'exprimer différemment, il est question de compétences qui appartiennent à toutes les autorités parce qu'elles sont indissociables des compétences principales. Ce ne sont pas véritablement des matières dans lesquelles les autorités peuvent agir, mais des instruments qui peuvent être utilisés dans l'exercice de ces matières. Il s'agit, par exemple

- de la recherche scientifique²⁹⁹ ;
- de la compétence d'assortir les normes de mesures pénales en vue d'en sanctionner le non-respect³⁰⁰ ;
- de la possibilité d'exproprier³⁰¹.

On considère que les compétences sont parallèles puisque l'autorité fédérale, les Régions et les Communautés peuvent les exercer, chacune en lien avec leurs compétences matérielles. Ainsi, l'autorité fédérale peut prendre des mesures pénales pour sanctionner la transgression de la législation relative à la sécurité sociale, tandis que la Région wallonne peut en adopter d'autres en ce qui concerne les règles relatives à l'aménagement du territoire.

Par ailleurs, les Communautés et les Régions possèdent des pouvoirs dits *implicites*³⁰² en vertu de l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles :

« [I]es décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence »³⁰³.

²⁹⁷ C.A., arrêt n° 11 du 25 février 1986, 3.B.1. ; C.A., arrêt n° 92/2003 du 24 juin 2003, B.13.3 et C. const., arrêt n° 67/2014 du 24 avril 2014, B.5.

²⁹⁸ J.M. VAN BOL, « Les matières communautaires et régionales », *Journal des Tribunaux*, 1981, p. 637 ; C. HUBERLANT, « Quelques aspects juridiques des réformes institutionnelles », in : *Liber amicorum Frederic Dumont*, T. II, Anvers, Kluwer, 1983, p. 884.

²⁹⁹ Article 6bis de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

³⁰⁰ Article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

³⁰¹ Article 79, paragraphe 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

³⁰² Voy. D. DE BRUYN, « Les compétences implicites en matière d'organisation des juridictions », *J.T.*, 2002, pp. 3-8 et G. CEREXHE, *Les compétences implicites et leur application en droit belge*, Bruxelles, Bruylant, 1989, 485 pages.

³⁰³ La notion s'inspire de celle des *implied powers* développée par la Cour suprême des États-Unis dans son arrêt *M'Culloch v. Maryland*, 17 U.S. 316 1819.

94. - Compétences fiscales – Le financement des communautés et des régions est réglé en grande partie par une loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions.

Les compétences fiscales des Communautés et des Régions peuvent être classées en deux catégories. Il y a, d'une part, les compétences qu'elles exercent en vertu du pouvoir propre qu'elles tirent de la Constitution³⁰⁴ et, d'autre part, celles qui leur ont été transférées par la collectivité fédérale³⁰⁵.

Pour ce qui concerne plus particulièrement la première situation, l'article 170, § 2, de la Constitution permet ainsi aux Communautés et aux Régions de prévoir des impôts pour financer l'exercice de leurs compétences, mais prévoit que l'autorité fédérale peut fixer « les exceptions dont la nécessité est démontrée ». Par exemple, l'article 11 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 et l'article 1^{er} de la loi ordinaire du 23 janvier 1989 introduisent le principe « *non bis in idem* » (qui se traduit approximativement par « pas deux fois pour le même objet ») qui signifie que les entités fédérées ne peuvent créer des impôts qui grèveraient des matières déjà taxées par la loi fiscale.

Toutefois, si les Régions usent effectivement de leurs capacités fiscales, il n'en est pas de même pour les Communautés, vu leur situation territoriale particulière. En réalité, l'autonomie fiscale des Communautés française et flamande est tout simplement impossible. En effet, les Communautés ne disposent pas d'un territoire déterminé de façon exclusive puisqu'elles chevauchent toutes les deux la région bilingue de Bruxelles-Capitale³⁰⁶. De plus : il n'existe pas de sous-nationalité flamande ou francophone en région bilingue de Bruxelles-Capitale. Il est donc également impossible de différencier les contribuables flamands des contribuables francophones. Cette situation empêche les Communautés française et flamande de faire usage de cette autonomie fiscale reconnue par la Constitution. Il est en effet inconcevable de lever un impôt si on ne peut déterminer avec précision la catégorie des personnes appelées à le payer.

La chose est différente pour la Communauté germanophone qui jouit, également, d'une capacité fiscale³⁰⁷ car la délimitation de son territoire et de la population

³⁰⁴ Cette autonomie fiscale est dite générale, car elle permet à son bénéficiaire de déterminer la matière imposable, mais aussi de fixer la nature de l'impôt, l'ensemble des éléments constitutifs de celui-ci (fait générateur, l'assiette, le taux, les exonérations et les redevables). Voy. M. BOURGEOIS, « L'autonomie fiscale des Communautés et des Régions après les accords du Lambermont », *Actualités du droit*, 2001, pp. 469-556.

³⁰⁵ Article 3 de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des Communautés et des Régions (*Moniteur belge* du 17 janvier 1989).

³⁰⁶ J.C. SCHOLSEM, « L'impact de la réforme des institutions sur les finances publiques et la fiscalité », *Ann. dr.*, 1981, pp. 249-263.

³⁰⁷ Voy. l'article 176 de la Constitution et les articles 56 et suivants de la loi ordinaire du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone (*Moniteur belge* du 18 janvier 1984).

qui est soumise à ses règles ne présente pas les mêmes difficultés. Toutefois, elle n'a, à l'heure où ces lignes sont écrites, jamais exercé son pouvoir fiscal propre³⁰⁸.

La Communauté française souffre particulièrement de ce manque à gagner fiscal, à l'inverse de la Communauté flamande dont les finances profitent de la confusion des budgets communautaire et régional en raison de l'utilisation de l'article 137 de la Constitution que nous allons aborder par la suite (voy. *infra*).

95. - *In foro interno, in foro externo* – Dans la plupart des États fédéraux, la répartition des compétences ne vaut qu'à l'intérieur des frontières. Au contraire, en ce qui concerne les relations internationales, c'est classiquement l'autorité fédérale qui conserve la mainmise, et ce de manière globale³⁰⁹. Ainsi, aux États-Unis, le pouvoir de conclure des traités et, plus généralement, de gérer les relations internationales, appartient au Président et au Congrès ; on ne conçoit pas que l'Utah, le New Jersey ou la Louisiane développe sa propre politique internationale. Le cas de la Belgique déroge à cette tendance.

En effet, on applique en Belgique le *parallélisme des compétences internes et internationales*, c'est-à-dire qu'on considère que si un niveau de pouvoir détient une compétence sur le plan interne, il a aussi le pouvoir d'exercer cette compétence sur le plan international³¹⁰. C'est également ce qu'exprime l'adage *in foro interno, in foro externo*³¹¹. Si une entité est compétente pour adopter des normes dans une matière particulière, telle que la justice, l'énergie ou l'enseignement, elle est tout autant habilitée à conclure des conventions internationales qui porteraient sur cette même matière. Par conséquent, depuis 1993³¹², la Belgique a octroyé aux entités fédérées une place inconnue dans les autres fédérations³¹³ en fractionnant ce que l'on nomme le *treaty-making power* entre ses composantes, comme le prévoit les articles 127 et 167 de la Constitution. Cette dernière disposition prévoit que

« Le Roi dirige les relations internationales, sans préjudice de la compétence des Communautés et des Régions de régler la coopération internationale, y compris la conclusion des traités, pour les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci ».

³⁰⁸ B. BAYENET et S. VEIDERS, « Le financement de la Communauté germanophone », *C.H. CRISP*, 2007/38-39, pp. 5-56.

³⁰⁹ G. SCELLE, *Précis de droit des gens – Principes et systématique*, 1^{ère} Partie, Paris, Sirey, 1932, p. 192.

³¹⁰ Y. LEJEUNE, « Le droit fédéral belge des relations internationales », *R.G.D.I.P.*, 1994, pp. 577-628 ; M. LEROY, « Fédéralisme et relations internationales. Les communautés et régions belges et l'Union européenne », *A.P.*, 2004, pp. 1-14.

³¹¹ J. VELAERS, « In foro interno, in foro externo: de internationale bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten », in : F. JUDO et G. GEUDENS (sous la dir. de), *Internationale betrekkingen en federalisme*, Bruxelles et Gand, Larcier, 2006, pp. 67 et 68.

³¹² Voy. la révision constitutionnelle du 5 mai 1993 (*Moniteur belge* du 8 mai 1993) et la loi spéciale du 5 mai 1993 sur les relations internationales des Communautés et des Régions (*Moniteur belge* du 8 mai 1993).

³¹³ C.-E. LAGASSE, « Le système des relations internationales dans la Belgique fédérale. Textes et pratiques », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n° 1549-1550, 1997, pp. 1-63.

Nous reviendrons sur cette caractéristique importante du fédéralisme belge dans le chapitre dédié au droit international public.

c) Un fédéralisme asymétrique

96. - Un modèle complexe– Nous avons donné l'impression, jusqu'ici, que le système belge se présente sous la forme d'un État fédéral où agiraient, à côté de l'autorité fédérale, trois communautés qui jouiraient des mêmes compétences et trois régions qui, elles aussi, détiendraient les mêmes compétences. Cette symétrie n'est toutefois qu'apparente : elle s'appuie sur les articles 1^{er} à 3 de la Constitution, ainsi que sur les articles 38, 39, 127, 128, 129 et 130, auxquels nous avons déjà consacré des développements. Toutefois, cela n'est qu'une approche théorique de la Belgique car c'est en réalité une structure asymétrique qui a été mise en place³¹⁴ : les différentes Communautés n'exercent pas toutes les mêmes compétences, deux d'entre elles ont acquis l'exercice de compétences supplémentaires, tandis que la troisième a cédé l'exercice de certaines des siennes. Des observations du même ordre peuvent être formulées à propos des Régions. Ceci s'explique par le fait que la Constitution belge permet aux entités fédérées de transférer entre elles, dans le respect de certaines conditions, l'exercice de compétences. Pour mieux comprendre le fonctionnement du fédéralisme belge, il convient de prolonger l'étude et d'analyser les articles 137, 138 et 139 de la Constitution.

97. - Article 137 de la Constitution : de la Région vers la Communauté
– L'article 137 de la Constitution dispose que :

« En vue de l'application de l'article 39, le Parlement de la Communauté française et le Parlement de la Communauté flamande ainsi que leurs Gouvernements peuvent exercer les compétences respectivement de la Région wallonne et de la Région flamande, dans les conditions et selon les modalités fixées par la loi. Cette loi doit être adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa. »

Cet article prévoit donc la possibilité, pour les Régions flamande et wallonne, de transférer l'exercice des compétences vers les deux grandes Communautés, respectivement vers la Communauté flamande ou vers la Communauté française.

En 1980, au moment où les Régions ont été effectivement mises en place, la Flandre a fait usage de cette faculté : la Région flamande a transféré l'exercice de

³¹⁴ M. VERDUSSEN, « Asymétrie », in : M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (sous la dir. de), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 69-72. Voy. également M. REUCHAMPS, « Structures institutionnelles du fédéralisme belge », in : R. DANDOY *et al.* (éds.), *Le fédéralisme belge – Enjeux institutionnels, acteurs socio-politiques et opinions publiques*, Louvain-la-Neuve, Academia-L'Harmattan, 2013, pp. 29-61 et C. BEHRENDT et S. VANDENBOSCH, « Le réaménagement de la répartition des compétences dans le fédéralisme asymétrique belge », *Civitas Europa*, vol. 38, n° 1, 2017, pp. 241-254.

l'intégralité de ses compétences à la Communauté flamande³¹⁵. Il serait toutefois erroné de parler de fusion : théoriquement, il existe toujours bel et bien une Région flamande en Belgique, mais elle ne représente plus qu'une coquille vide, qui n'existe que sur le papier.

L'ensemble des compétences régionales et communautaires est par conséquent géré par une seule entité : la Communauté flamande³¹⁶. Celle-ci dispose d'un seul parlement et d'un seul gouvernement qui sont habilités à traiter tant les matières communautaires que les matières régionales. Les budgets étant communs, cela permet en outre à la Communauté de jouir des rentrées fiscales de la Région – qui, comme on l'a précisé, a la possibilité d'exercer en pratique son autonomie fiscale.

98. - L'article 138 : de la Communauté vers la Région – L'article 138 de la Constitution, introduit en 1993, dispose que :

« [l]e Parlement de la Communauté française, d'une part, et le Parlement de la Région wallonne et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, d'autre part, peuvent décider d'un commun accord et chacun par décret que le Parlement et le Gouvernement de la Région wallonne dans la région de langue française et le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale et son Collège dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale exercent, en tout ou en partie, des compétences de la Communauté française ».

Cette disposition – aussi appelée « clause de la Saint-Quentin » – prévoit que l'exercice de compétences de la Communauté française peut être transféré, d'une part, à la Région wallonne, pour ce qui concerne la région de langue française et, d'autre part, à la Commission communautaire française (COCOF), déjà présentée, pour ce qui concerne le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale.

Ce dispositif est notamment une solution à l'impécuniosité structurelle de la Communauté française. Comme nous l'avons expliqué *supra*, l'impossibilité de déterminer précisément les contribuables de la Communauté française implique que cette entité ne parvient pas à faire usage de son autonomie fiscale, ce qui fragilise son équilibre budgétaire et sa capacité à exercer efficacement ses compétences. Par ailleurs, à défaut d'avoir imité la solution flamande basée sur l'article 137 de la Constitution, les budgets de la Communauté française et de la Région wallonne demeurent séparés, de sorte que la Communauté ne peut pas bénéficier de la fiscalité régionale.

Face à ces difficultés financières, l'article 138 de la Constitution habilite la Communauté française à se défaire de l'exercice de certaines de ses compétences au profit de la Région wallonne et de la COCOF qui, elles, bénéficient d'autres

³¹⁵ Voy. l'article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

³¹⁶ J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State*, Afdeling wetgeving, Anvers, Maklu, 1999, p. 449. Voy. également M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 822-825.

moyens financiers³¹⁷. En cédant l'exercice de compétences, sans pour autant transférer l'intégralité des moyens financiers qui y sont associés, la Communauté française élargit sa marge de manœuvre financière pour l'exercice des compétences dont elle conserve l'exercice, surtout l'enseignement.

On remarque également que, par ce biais, la COCOF cesse d'être une autorité politique décentralisée de la Communauté française et devient une entité véritablement fédérée du Royaume, dotée de compétences propres dans les matières transférées.

99. - L'article 139 : transfert vers la Communauté germanophone –
Les deux dispositions précédentes n'ont pas d'influence sur la manière dont la Communauté germanophone exerce ses compétences. En revanche, l'article 139 de la Constitution la concerne directement, puisqu'il dispose que :

« [s]ur proposition de leurs Gouvernements respectifs, le Parlement de la Communauté germanophone et le Parlement de la Région wallonne peuvent, chacun par décret, décider d'un commun accord que le Parlement et le Gouvernement de la Communauté germanophone exercent, dans la région de langue allemande, en tout ou en partie, des compétences de la Région wallonne ».

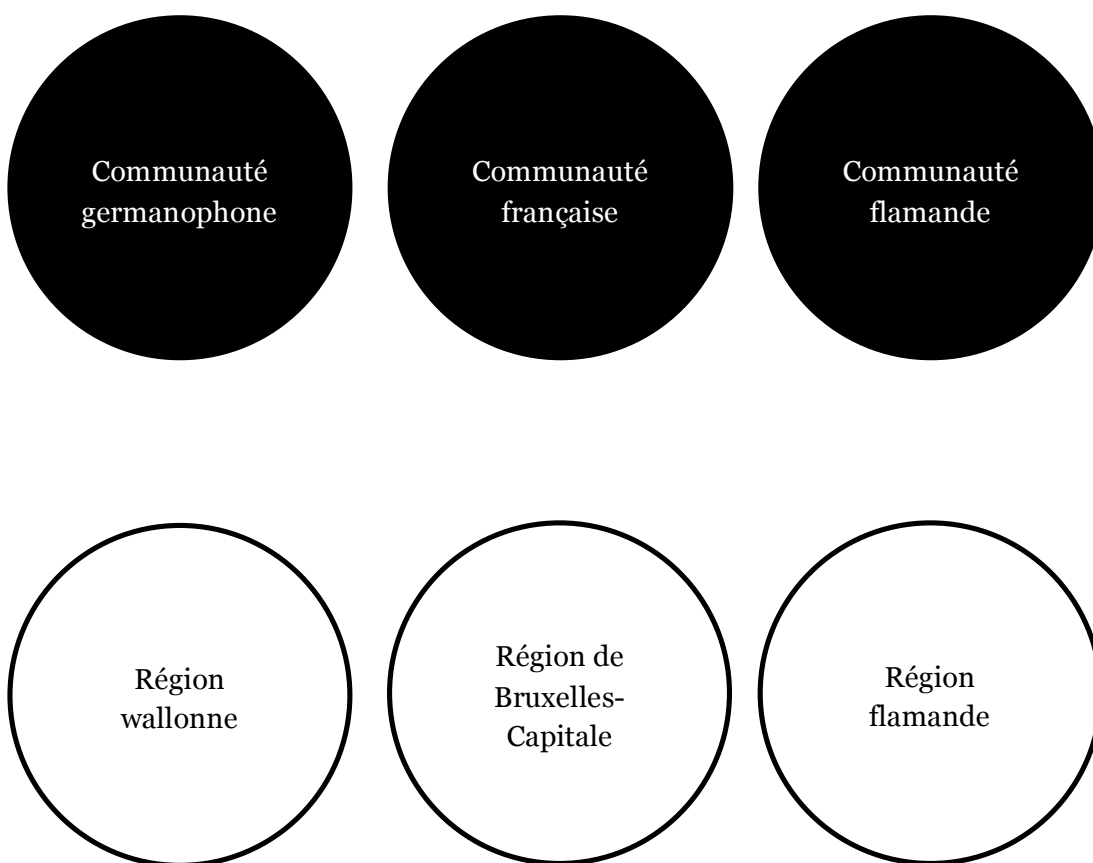
Pour répondre au souhait de la Communauté germanophone de « se régionaliser » et d'obtenir davantage d'autonomie, l'article 139 autorise la Région wallonne à lui transférer, avec son accord, l'exercice de certaines compétences. Ce transfert de l'exercice des compétences n'opérera toutefois que sur le territoire de la région de langue allemande. Autrement dit, quand l'article 139 est appliqué, la Région wallonne continue à exercer les compétences concernées sur l'ensemble de son territoire, à l'exception de celui des neuf communes du territoire de la région de langue allemande, où la Communauté germanophone est désormais compétente. L'article 139 de la Constitution a déjà été mis en œuvre à plusieurs reprises, de sorte que l'influence de la Région wallonne en région de langue allemande est désormais relativement limitée³¹⁸.

³¹⁷ Pour ce qui concerne le budget de la COCOF, voy. l'article 178 de la Constitution, ainsi que les articles 83bis, 83ter et 83quater de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises (*Moniteur belge* du 14 janvier 1989).

³¹⁸ Voy. ainsi le décret de la Région wallonne du 23 décembre 1993 (*Moniteur belge* du 12 février 1993) et celui de la Communauté germanophone du 17 janvier 1994 (*Moniteur belge* du 16 mars 1994) ; le décret de la Région wallonne du 6 mai 1999 (*Moniteur belge* du 3 juillet 1999) et celui de la Communauté germanophone du 10 mai 1999 (*Moniteur belge* du 29 septembre 1999) ; le décret de la Région wallonne du 27 mai 2004 relatif à l'exercice, par la Communauté germanophone, de certaines compétences de la Région wallonne en matière de pouvoirs subordonnés (*Moniteur belge* du 16 juin 2004, 2^e éd.) et celui de la Communauté germanophone du 1^{er} juin 2004 (*Moniteur belge* du 19 octobre 2004) ; le décret de la Région wallonne du 27 mars 2014 relatif à l'exercice, par la Communauté germanophone, des compétences de la Région wallonne en matière de tourisme (*Moniteur belge* du 10 avril 2014) et celui de la Communauté germanophone du 31 mars 2014 (*Moniteur belge* du 25 avril 2014) et le décret de la Région wallonne du 28 avril 2014 (*Moniteur belge* du 4 juin 2014), qui modifie par ailleurs le décret du 27 mai 2004, et le décret de la Communauté germanophone du 5 mai 2014 (*Moniteur belge* du 18 juillet 2014, 2^e éd.).

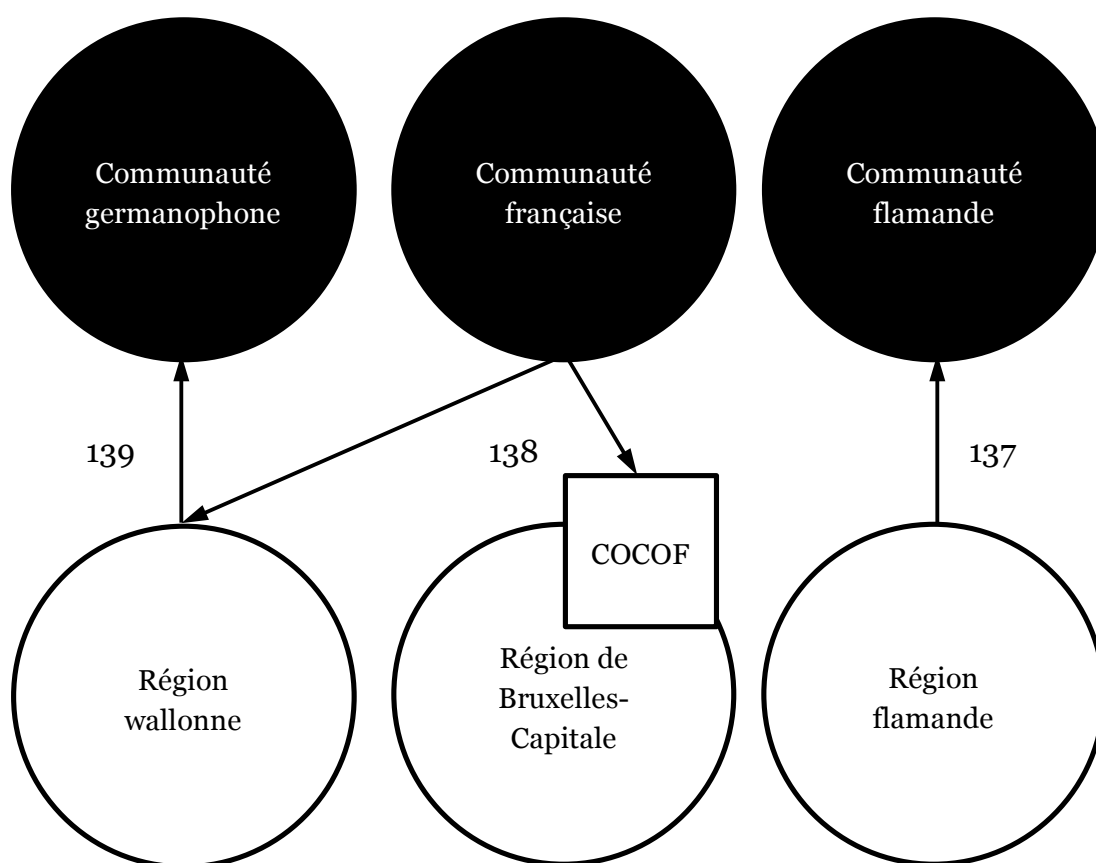
100. - Un modèle asymétrique : schémas – La structure de l'État fédéral belge est complexe : non seulement il existe deux types d'entités fédérées (les Régions et les Communautés), mais en plus ces entités se sont transférées entre elles l'exercice de compétences, ce qui est la source de l'asymétrie du système. Il convient en outre d'intégrer les commissions communautaires à Bruxelles. En raison de l'application des articles 137, 138 et 139, aucune communauté, aucune région, aucune commission communautaire n'est identique à une autre, au point de vue des compétences effectivement exercées.

Nous nous permettons d'achever ce panorama de la structure fédérale par trois schémas qui visent à illustrer l'asymétrie dont nous venons de traiter. Le premier schéma montre la situation qui découle à première vue de la Constitution (notamment de ses premiers articles) : il existe trois communautés qui exercent *a priori* les mêmes compétences sur des territoires différents, d'une part, et trois régions qui exercent *a priori* les mêmes compétences sur des territoires différents. Cette égalité de principe peut être représentée comme suit :



Cependant, les articles 137 à 139 de la Constitution permettent systématiquement à certaines entités fédérées de transférer l'exercice des compétences à d'autres. Aussi, nous assistons dans cette perspective :

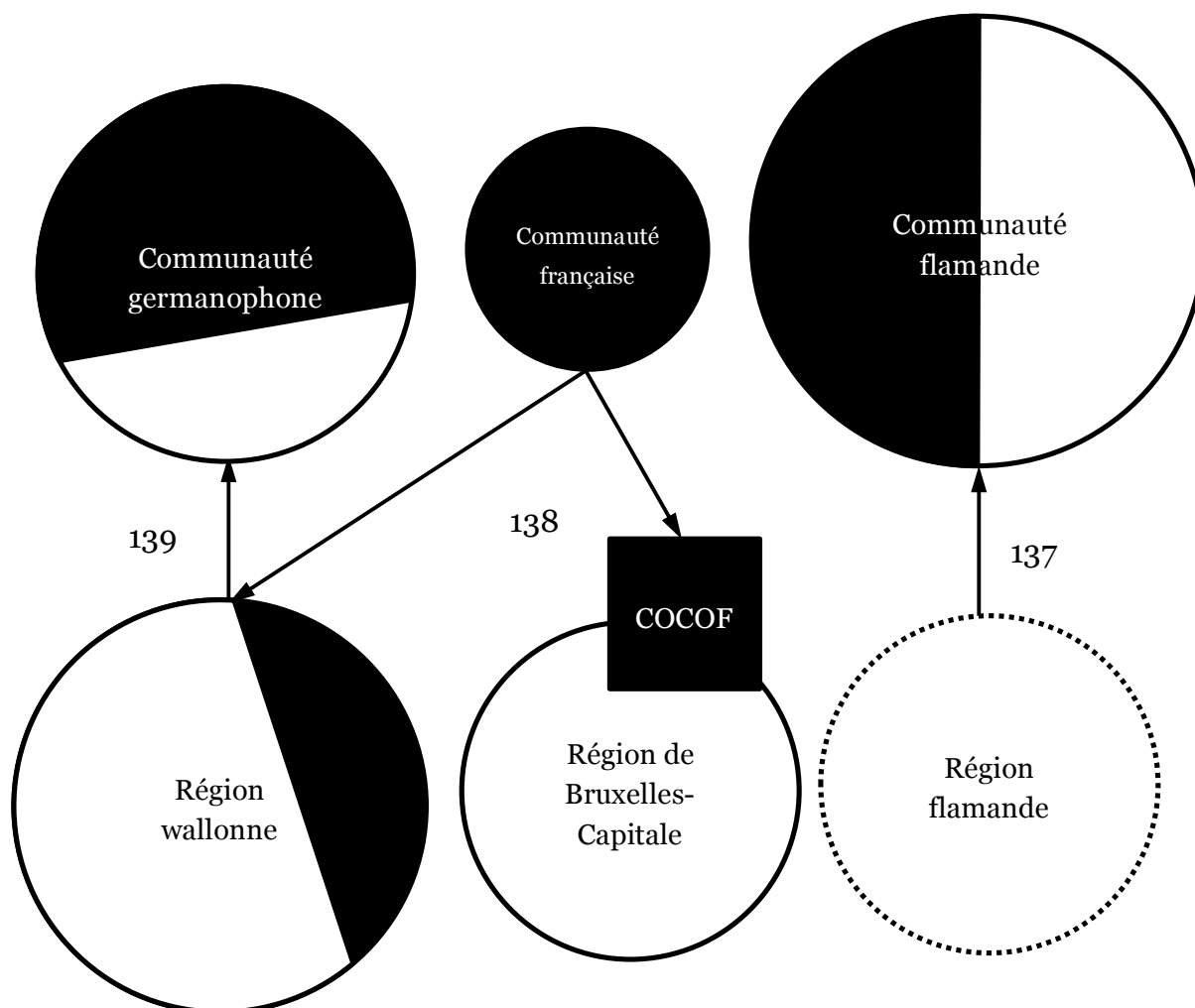
- au transfert de l'exercice de l'ensemble des compétences de la Région flamande vers la Communauté flamande (article 137) ;
- au transfert de l'exercice de certaines compétences de la Communauté française vers la Région wallonne et, pour ce qui concerne la région bilingue de Bruxelles-capitale, vers la COCOF (article 138) ;
- au transfert de l'exercice de certaines compétences de la Région wallonne vers la Communauté germanophone (article 139).



Par conséquent, il se produit une asymétrie évidente, certaines entités exerçant davantage de prérogatives, d'autres en exerçant moins, voire plus aucune :

- la Région flamande est en pratique une « coquille vide » et la Communauté flamande exerce davantage de compétences, à savoir les compétences régionales en plus des compétences communautaires qui lui reviennent « naturellement » ;
- la Communauté française exerce moins de compétences, puisqu'elle a cédé l'exercice d'une partie de ses compétences ;
- la COCOF et la Région wallonne exercent certaines compétences communautaires (la Région wallonne exerce donc, au-delà des compétences régionales qui lui reviennent « naturellement », des compétences communautaires) ;

- la Communauté germanophone exerce, outre ses compétences communautaires, des compétences régionales acquises de la Région wallonne.



3) Déconcentration et décentralisation en Belgique

101. - Classification structurante du droit administratif belge³¹⁹ – En affirmant que la Belgique est un État à structure fédérale, qui se compose de Communautés et de Régions, nous n'avons pas encore épuisé intégralement le sujet de la fragmentation de l'action publique. En effet, lorsque l'on examine plus concrètement la manière avec laquelle elle est exercée, on comprend vite que la Belgique connaît une *déconcentration* et une *décentralisation*. Pour rappel, la déconcentration signifie qu'une entité (dans le cas belge, il peut s'agir aussi bien

³¹⁹ A. BUTTGENBACH, *Les modes de gestion des services publics en Belgique. Essai sur la déconcentration et la décentralisation administratives considérées comme procédés techniques de gestion des services publics*, Bruxelles, Larcier, 1942, 1004 pages.

de l'Autorité fédérale que des entités fédérées) attribue des missions à une structure administrative subalterne. Celle-ci se limitera à la mise en œuvre des décisions prises par l'autorité délégante, au nom pour le compte de celle-ci. Dans le cas de la décentralisation, la structure subordonnée jouit cette fois d'une plus grande autonomie car ces institutions sont chacune dotée d'une personnalité juridique. Il convient d'être vigilant et d'insister sur un point : en Belgique, cette 'fragmentation' concerne à la fois l'autorité fédérale et les Communautés et les Régions.

a) Déconcentration

102. - Deux types de déconcentration – Nous opérons une distinction, classique, entre la déconcentration fonctionnelle de la déconcentration territoriale.

103. - Déconcentration fonctionnelle – La déconcentration *fonctionnelle* se manifeste par le fait, pour l'autorité centrale, de confier certaines missions à une structure administrative particulière, dotée de compétences limitées et clairement déterminées. L'organe spécial qui est désigné assure sa mission, dans toute la Belgique, au nom et pour le compte de l'autorité centrale. Juridiquement, les deux protagonistes se fondent en une seule et même entité juridique.

Par exemple³²⁰, l'article 311 du Code des impôts sur les revenus (CIR 92)³²¹, qui regroupe une part considérable de la législation fiscale, autorise l'administrateur général de l'administration en charge de l'établissement des impôts sur les revenus ou son délégué à consentir des dérogations aux délais de remise des déclarations fiscales.

104. - Déconcentration territoriale – Il existe également des délégations territoriales. Celles-ci visent le cas où a lieu lorsqu'un organe déconcentré exerce ses missions sur une portion particulière du territoire, mais toujours pour le compte de l'organe central dont il relève.

En Belgique, mettre en service un véhicule nécessite son inscription dans un registre de la *Direction pour l'Immatriculation des Véhicules* (DIV) qui relève de l'Autorité fédérale. La DIV connaît de multiples guichets disséminés sur le territoire national.

b) Décentralisation

105. - Deux types de décentralisation – Comme nous l'avons déjà expliqué dans ce chapitre (voy. *supra* XXX), il existe, à l'instar de ce que l'on trouve dans

³²⁰ Nous empruntons plusieurs exemples avancés par M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 84-92.

³²¹ Loi du 2 juin 1992 portant confirmation du Code des impôts sur les revenus 1992, coordonné le 10 avril 1992 (*Moniteur belge* du 30 juillet 1992).

la déconcentration, deux grands types de décentralisation, à savoir la *décentralisation par service* ou *fonctionnelle* et la *décentralisation territoriale*. Cette dernière va retenir notre attention puisqu'elle consacre principalement en Belgique l'existence et l'autonomie de pouvoirs locaux : les *communes* et les *provinces*.

106. - Décentralisation par service – Dans le cadre de la décentralisation par service, l'organe déléguant a confié des missions spécifiques à des entités d'intérêt public. Une telle démarche permet de personnaliser, en fonction de l'organisme en question, sa gestion et sa direction.

L'Office national de la sécurité sociale (ONSS), par exemple, est un organisme qui perçoit et gère les cotisations sociales patronales et personnelles (c'est-à-dire retenues sur le salaire des travailleurs) par lesquelles il finance les différentes branches de la sécurité sociale³²². Autre illustration : La Radio-télévision belge de la Fédération Wallonie-Bruxelles (RTBF) est une entreprise publique autonome à caractère culturel depuis un décret de la Communauté française du 14 juillet 1997³²³. Dans ce cadre, elle peut agir d'initiative et dispose d'une autonomie, régie par un contrat de gestion. Il existe également des entreprises publiques économiques, régies par la loi du 21 mars 1991³²⁴ et chargées de certaines missions de service public. C'est le cas, par exemple, de Bpost ou de certaines branches de la Société nationale des chemins de fer (SNCF). Leur statut autorise par exemple un actionnariat privé et l'exercice de certaines activités en concurrence avec d'autres firmes. Un contrat de gestion précise les règles et conditions dans lesquelles l'entreprise exerce les missions de service public qui lui sont confiées.

107. - Décentralisation territoriale – Depuis 1831, la Belgique instaure une décentralisation territoriale. En effet, la Constitution attribue aux communes et aux provinces des prérogatives qu'elles exercent par leurs organes, en leur nom et pour leur compte. Le développement historique des villes, depuis les cités du Moyen Âge, leurs grandes chartes et leurs beffrois, n'est pas étranger à la consécration, dans la Loi fondamentale, de ces 'cellules administratives qui avaient acquis au fil des siècles une dose d'autonomie³²⁵.

Au 1^{er} janvier 2019, il y avait 581³²⁶ communes³²⁷ et dix provinces. Les provinces du Hainaut (avec pour chef-lieu : Mons), de Liège (Liège), du Luxembourg

³²² Voy. l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (*Moniteur belge* du 28 décembre 1944).

³²³ *Moniteur belge* du 28 août 1997.

³²⁴ *Moniteur belge* du 27 mars 1991.

³²⁵ En Europe occidentale, la reprise des activités commerciales, à partir de l'an mille, permet aux villes de s'extraire de l'immobilisme dans lequel elles étaient plongées depuis les Grandes Invasions et de s'étendre. La renaissance des villes, qui s'accélère avec les siècles, correspond à un accroissement de la population urbaine, au développement des marchés, à l'édification des halles, des hôtels de ville, des beffrois ou de nouvelles enceintes, et à l'émergence d'une nouvelle classe sociale, à savoir les bourgeois (habitants d'un *bourg*). Ceux-ci, conscients de leurs poids économiques et politiques, se sont unis à plusieurs reprises au cours de la période médiévale pour obtenir, parfois par la violence, de leurs seigneurs des avantages et libertés dont on dressait la liste dans des textes officiels, les *chartes de franchises*, auxquels le seigneur apposait son sceau.

³²⁶ Le nombre de communes a drastiquement diminué depuis la fusion des communes décidée en 1977. Avant cette date, il y en avait près de quatre fois plus.

³²⁷ En droit positif, il existe une différence entre une *ville* et une *commune*. Si toutes les villes sont des communes, l'inverse n'est pas correct; le terme *ville* correspondant à un titre, plus honorifique. Il existe 136 villes en Belgique.

(Arlon), de Namur (Namur), et du Brabant wallon (Wavre) appartiennent à la Région wallonne. Les provinces d'Anvers (Anvers), du Limbourg (Hasselt), de Flandre orientale (Gand), de Flandre occidentale (Bruges), et du Brabant flamand (Louvain) font partie de la Région flamande. Remarquons que l'arrondissement de Bruxelles-Capitale ne fait partie d'aucune province.

Ces collectivités territoriales jouissent d'une personnalité juridique, de prérogatives et d'organes propres, de même que de capacités financières.

Les articles 41 et 162 de la Constitution donnent aux communes la compétence de régler les *intérêts* communaux et, aux provinces, les intérêts *provinciaux*. La traduction de ces intérêts, dans des normes communales ou provinciales³²⁸, est laissée à l'appréciation de chaque commune et de chaque province. Ainsi, une commune X pourrait très bien considérer qu'il est opportun de construire une piscine communale sur son territoire, à l'inverse de la commune Y qui préférera allouer un budget à l'ouverture d'une nouvelle crèche. La marge d'appréciation est bel et bien conséquente et repose sur un principe dit de *subsidiarité* : en d'autres termes, ce principe signifie que la prise de décision tend à se rapprocher autant que possible du citoyen. Toutefois, les législateurs compétents peuvent restreindre la portée dudit intérêt, en arrêtant qu'une matière cesse d'être un intérêt communal ou provincial³²⁹. Néanmoins, dès lors que la Constitution garantit l'autonomie locale, les législateurs du Royaume doivent respecter un principe de proportionnalité³³⁰.

En outre, les autorités supérieures, c'est-à-dire les législateurs fédéral, régionaux ou communautaires, peuvent attribuer aux communes et aux provinces d'autres matières à gérer, parfois en leur nom (recours est donc fait à la technique de la déconcentration).

Toujours à titre d'exemple, les communes exercent certaines compétences de l'Autorité fédérale, notamment celles relatives à l'état-civil ou au maintien de l'ordre public. D'autres proviennent des Régions, comme la collecte des déchets, et d'autres des Communautés avec, en premier lieu, l'enseignement. Elles sont également compétentes en matière d'action sociale, par l'intermédiaire des Centres publics d'action sociale (CPAS).

108. - Contrôle des autorités centrales – Ce n'est pas parce qu'il y a *décentralisation* que l'autorité décentralisée est totalement libre. Premièrement, le Constituant et le législateur compétent ont prévu les matières qui relèvent des autorités décentralisées. Deuxièmement, les structures et organes de l'entité décentralisée sont l'œuvre du constituant ou du législateur pertinent.

³²⁸ Pour nous permettre d'esquisser, plus loin, une pyramide des normes, l'article 46 de la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles précise que les normes des autorités communales et provinciales doivent être non seulement conformes aux normes législatives et réglementaires de l'autorité fédérale, mais également à celles des Communautés et Régions.

³²⁹ Voy. A. NOËL, « Réformes et provinces wallonnes », *Revue de droit communal*, 2014, pp. 64-79.

³³⁰ Voy. sur l'autonomie locale C.A., arrêt n° 95/2005 du 25 mai 2005 et C.C., arrêt n° 100/2015 du 2 juillet 2015.

Troisièmement, les actes pris par lesdites autorités sont contrôlés par le pouvoir déléguant, par le biais de la *tutelle*.

109. - Contrôle des autorités centrales : le cas des communes et des provinces – En ce qui concerne la décentralisation territoriale, les institutions provinciales et communales sont réglées *par la loi* en vertu de l'article 162 de la Constitution. Toutefois, depuis 2002, les Régions sont compétentes pour réglementer quasiment tout l'encadrement des institutions locales³³¹. L'organisation des communes et provinces relève donc de la Région wallonne, de la Région de Bruxelles-Capitale et de... la Communauté flamande. En effet, ne perdons pas de vue que celle-ci gère l'exercice de l'ensemble des compétences de la Région flamande suite à l'application de l'article 137 de la Constitution (voy. *supra*). Une autre nuance s'impose quant aux compétences de la Région de Bruxelles-Capitale puisqu'il n'existe pas, sur son territoire, de province. Enfin, depuis 2015, la Communauté germanophone, en application de l'article 139 de la Constitution, s'est vue transférer par la Région wallonne l'exercice de compétences en matière d'organisation des pouvoirs subordonnés³³².

Suite à la régionalisation des pouvoirs locaux, il existe des différences entre les Régions du pays. L'ancienne législation fédérale, la 'nouvelle loi communale' du 24 juin 1988³³³ (telle était son nom), continue à s'appliquer aux dix-neuf communes bruxelloises. La Région de Bruxelles-Capitale y a apporté tout de même quelques modifications³³⁴. En Région flamande, le décret sur l'administration locale (*Decreet over het lokaal bestuur*) du 22 décembre 2017³³⁵ et le décret provincial du 9 décembre 2005³³⁶ régissent la gouvernance locale. En Région wallonne, on compte un Code de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD) du 22 avril 2004³³⁷ et le décret du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes³³⁸. La Communauté germanophone, pour ce qui concerne ses 9 communes, a également amendé certaines dispositions du CDLD. On mentionnera surtout le *décret communal (Gemeindedekretentwurf)* du 23 avril 2018³³⁹.

Malgré tout, plusieurs sujets relèvent encore de l'Autorité fédérale. C'est pour cette raison que la « nouvelle loi communale » de 1988 et la loi provinciale du 30 avril 1836³⁴⁰ trouvent toujours quelques applications en Flandre et en Wallonie.

Sur le plan organisationnel, toutes ces communes et provinces bénéficient de leurs propres organes 'législatif' et 'exécutif'.

³³¹ Art. 6, § 1^{er}, VIII, 1^o et 2^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles. Notons au passage que, à la suite de la sixième réforme de l'État, les Régions sont, depuis le 1^{er} juillet 2014, autorisées à supprimer les institutions provinciales.

³³² Voy. le décret du 28 avril 2014 relatif à l'exercice par la Communauté germanophone de certaines compétences de la Région wallonne en matière de pouvoirs subordonnés (*Moniteur belge* du 16 juin 2014).

³³³ *Moniteur belge* du 3 septembre 1988.

³³⁴ Voy. aussi l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la Région de Bruxelles-Capitale (*Moniteur belge* du 17 juillet 1998).

³³⁵ *Moniteur belge* du 15 février 2018. Ce décret abroge un grand nombre de dispositions du décret communal du 15 juillet 2005 (*Moniteur belge* du 31 août 2005).

³³⁶ *Moniteur belge* du 29 décembre 2005.

³³⁷ *Moniteur belge* du 12 août 2004.

³³⁸ *Moniteur belge* du 30 mars 2004.

³³⁹ *Moniteur belge* du 8 juin 2018.

³⁴⁰ *Moniteur belge* du 27 décembre 1891.

- En Région flamande et en Région de Bruxelles-Capitale, les organes de la commune sont le conseil communal, le collège des bourgmestre et échevins et le bourgmestre. En Région wallonne, les organes de la commune sont le conseil communal, le collège communal et le bourgmestre. Dans les trois cas, le bourgmestre dirige en quelque sorte la commune, certes, mais cumule cela avec un rôle de représentant du pouvoir central.

- En Flandre, les organes provinciaux sont le conseil provincial, la députation du conseil provincial et le gouverneur de province. En Région wallonne, on compte un conseil provincial, le collège provincial et le gouverneur. Dans les deux situations, le statut du gouverneur est également particulier. Nommé pour une durée indéterminée et révoqué par le gouvernement régional compétent, sur avis conforme du Conseil des ministres (fédéraux), le gouverneur est un « commissaire du gouvernement » qui représente les intérêts fédéraux et fédérés. Remarquons que, dans la région de Bruxelles-Capitale, il n'existe qu'un vice-gouverneur.

Enfin, en vertu de l'article 7 de la loi spéciale du 8 août 1980, les Régions sont compétentes pour exercer la tutelle administrative ordinaire sur les provinces et les communes. À côté de cette tutelle générale, l'autorité compétente pour une matière déterminée peut organiser une tutelle dite *spécifique*.

CHAPITRE 5 - LA DEMOCRATIE REPRESENTATIVE

110. - Introduction du chapitre – Le présent chapitre est consacré à la notion de démocratie, bien connue du grand public, mais pourtant difficile à cerner avec précision. La partie générale du chapitre nous permettra de dégager la définition du concept et d'envisager les manières dont il peut être concrétisé dans les États. Comme nous l'avons fait dans les autres chapitres, nous nous focaliserons dans un deuxième temps sur le Royaume de Belgique afin d'examiner la manière dont la notion de démocratie imprègne ses institutions.

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

111. - Présentation de la section – Dans la première partie du chapitre, nous proposons de décliner le thème de la démocratie en quatre volets. Dans le premier, nous chercherons à développer une définition élémentaire de la notion étudiée. Dans le second, nous opérerons une distinction importante entre la démocratie *directe* et la démocratie *indirecte* (dite aussi représentative). Dans la foulée, le troisième volet nous donnera l'opportunité de mener quelques réflexions générales sur le fonctionnement de la démocratie indirecte. Enfin, nous achèverons les considérations générales avec un passage plus technique, dans lequel nous présenterons les principaux modes de scrutin, c'est-à-dire les systèmes qui permettent, dans le cadre d'une élection, d'opérer l'attribution du ou des mandats en fonction du nombre de suffrages recueillis par les différents candidats et partis qui sont en compétition électorale.

1) Définition

112. - Notion de démocratie – Il est courant de présenter le concept de « démocratie » par le biais de l'étymologie du mot. La démocratie désigne un régime politique dans lequel le peuple [δημος - *demos*] exerce une autorité [κράτος - *kratos*]³⁴¹.

³⁴¹ Sur cette étymologie, voy. not. *Dictionnaire de l'Académie française*, 9^e éd., version informatisée.

Par-delà cette définition générale, la portée exacte de la notion de démocratie est discutée³⁴² : « rien n'est, en effet, plus volatile que le concept de démocratie »³⁴³. On peut estimer que c'est une notion relative, dont la définition précise dépend notamment du lieu, de l'époque et de considérations culturelles³⁴⁴.

Il existe toutefois quelques éléments de base sur lesquels on peut en principe s'entendre à propos de la démocratie : à tout le moins, le pouvoir politique ne peut y être concentré dans les mains d'une seule personne ou d'un petit groupe ; il doit au contraire être distribué entre un grand nombre d'individus, entre les membres d'une communauté humaine³⁴⁵. On retrouve cette idée fondamentale dans une citation de Thucydide (460-397 av. J.-C.), reprise en 2003 dans le préambule du projet abandonné de traité établissant une constitution pour l'Europe :

« notre constitution (...) est appelée démocratie parce que le pouvoir est entre les mains non d'une minorité, mais du plus grand nombre »³⁴⁶.

2) *Démocratie directe et démocratie représentative*

113.- Distinction – Dans les études sur la démocratie, on distingue habituellement la démocratie *directe* de la démocratie *indirecte* (dite aussi représentative). Comme nous allons le voir dans les lignes qui suivent, la différence essentielle entre ces deux sortes de démocratie réside dans la manière dont la population gouvernée exerce le pouvoir, soit directement, soit indirectement.

114.- Démocratie directe – La démocratie est dite directe lorsque la population gouvernée prend elle-même les décisions politiques. Le pouvoir est donc exercé sans intermédiaire : le peuple détermine lui-même le contenu des

³⁴² « Le sens du mot démocratie varie selon le milieu et le moment dans lequel il est employé et selon le contexte doctrinal où il se trouve situé. Que cette ductilité soit génératrice d'équivoque, c'est incontestable » (G. BURDEAU, « Démocratie », *Encyclopaedia universalis*, Paris, Encyclopaedia universalis, 1996, T. VII, pp. 151-156, ici p. 151). Voy. aussi H. DUMONT, « Les partis liberticides et le loyalisme démocratique », *Administration publique (trimestrielle)*, 1996, pp. 109-116, ici p. 111.

³⁴³ M. UYTENDAELE et N. VAN LAER, « Une interdiction constitutionnelle des partis liberticides », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, pp. 65-75, ici p. 71.

³⁴⁴ Voy. not. J. VAN NIEUWENHOVE, « Parlement en démocratie », in : M. ADAMS et P. POPELIER (éds.), *Recht en democratie. De democratische verbeelding in het recht*, Anvers, Intersentia, 2004, pp. 149-178, ici p. 150.

³⁴⁵ « The concept of democracy, although protean, always makes reference to a determinate community of persons (citizens) – a 'people' – who are collectively self-governing (...) » (F. WHELAN, « Prologue : Democratic theory and the boundary problem », in : J. PENNOCK et J. CHAPMAN (éds.), *Liberal democracy*, New York et Londres, New York University Press, 1983, pp. 13-47, ici p. 13).

³⁴⁶ Voy. le texte adopté par consensus par la Convention européenne les 13 juin et 10 juillet 2003 remis au Président du Conseil européen à Rome le 18 juillet 2003. La citation de Thucydide est issue de son œuvre sur *l'Histoire de la guerre du Péloponnèse*, composée au 5^e siècle avant J.-C. (vol. II, chapitre 37) et qui décrit le conflit qui a opposé Sparte à Athènes entre 431 et 404 avant Jésus-Christ.

normes juridiques auxquelles il décide de se soumettre. Dans l'idéal, ce système suppose que les membres de la communauté se rassemblent pour débattre et pour établir ou modifier les règles applicables.

Il est important de préciser dès maintenant qu'en pratique, il n'existe aucun État contemporain dont les institutions reposeraient intégralement sur les principes de la démocratie directe. On trouve tout au plus, dans certains ordres juridiques, des *éléments* inspirés par ce modèle – comme le referendum ou la consultation populaire dont on parlera ci-après –, qui sont introduits dans un régime qui est pour le reste globalement fondé sur les principes de la démocratie représentative. En d'autres termes, il s'agit de démocraties représentatives *tempérées* par des mécanismes de démocratie directe. C'est le cas, par exemple, de la Suisse³⁴⁷. De nombreux auteurs estiment d'ailleurs que la démocratie directe, comme régime politique d'un État, est tout simplement impossible³⁴⁸. Pour reprendre les fameux termes de l'auteur genevois Jean-Jacques Rousseau pour qui la démocratie se référerait exclusivement à la seule démocratie directe :

« A prendre le terme dans la rigueur de l'acception, il n'a jamais existé de véritable démocratie, et il n'en existera jamais. [...] On ne peut imaginer que le peuple reste incessamment assemblé pour vaquer aux affaires publiques, et l'on voit aisément qu'il ne saurait établir pour cela des commissions, sans que la forme de l'administration change.

³⁴⁷ Ainsi, la Confédération suisse est souvent prise en exemple pour illustrer le concept de démocratie directe, car les citoyens y ont la possibilité d'initier des référendums dont l'objet est de modifier la loi (articles 140 et 141 de la Constitution) ou de réformer la Constitution (articles 138 et 140 de la Constitution). Toutefois, la Suisse met également en œuvre les principes de la démocratie indirecte puisque les deux chambres législatives du parlement fédéral – le Conseil national et le Conseil des États – sont composées de représentants élus par les citoyens (articles 149 et 150 de la Constitution) et détiennent le pouvoir législatif (articles 163 à 165 de la Constitution) : pour ces raisons notamment, on peut considérer que la Confédération suisse est une démocratie semi-directe.

³⁴⁸ C'était notamment le cas de M. Weber, dont la pensée sur ce point est mise en exergue par T. Shaw (T. SHAW, « Max Weber on democracy : can the people have political power in modern states ? », *Constellations*, 2008, pp. 33-45, ici pp. 34 et 40). Giovanni Sartori estime que la démocratie directe n'est pas possible dans le cadre des États contemporains. « Pour réaliser un système démocratique, il est impossible de laisser dans les mêmes mains le pouvoir nominal et son exercice effectif » (G. SARTORI, *Théorie de la démocratie*, Paris, Armand Colin, 1973, p. 22). « Le 'pouvoir du peuple' n'est donc qu'une expression elliptique » (*Ibidem*, p. 22). « La démocratie est donc le système politique dans lequel le peuple exerce suffisamment le pouvoir pour être capable de changer de dirigeants, mais pas assez pour se gouverner lui-même » (*Ibidem*, p. 57). « [L]a démocratie représentative devient la seule sorte de démocratie possible » (*Ibidem*, p. 203). Quant à Arendt Lijphart, il affirme que « except in very small communities, democracy necessarily means *representative* democracy in which elected officials make decisions on behalf of the people » (A. LIJPHART, *Electoral systems and party systems*, Oxford, Oxford University Press, 1994 [réimpression : 2000], p. 1). Selon Dieter Nohlen, l'histoire n'a pas encore démontré qu'un tel modèle pouvait fonctionner : « Während die radikale Demokratie die Probe, ob sie realisierbar ist, historisch noch nicht bestanden hat, finden wir das liberale Demokratiekonzept heute in den westlichen Industriegesellschaften, in Lateinamerika, und vielen osteuropäischen Staaten verwirklicht » (D. NOHLEN, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 6^e éd., Leverkusen, Budrich, 2009, p. 28). Traduction libre : « Alors que la démocratie radicale n'a pas encore historiquement démontré qu'elle était réalisable, nous trouvons aujourd'hui le concept de démocratie libérale développé dans les sociétés industrialisées occidentales, en Amérique latine et dans de nombreux États d'Europe de l'Est ».

[...]

S'il y avait un peuple de dieux, il se gouvernerait démocratiquement. Un gouvernement si parfait ne convient pas à des hommes »³⁴⁹.

Les principaux instruments par lesquels la démocratie directe est mise en œuvre de nos jours sont le référendum et, dans une certaine mesure, la consultation populaire.

Le *référendum* est un procédé par lequel les membres d'une communauté expriment leur opinion sur une proposition qui leur est soumise, de sorte que la position majoritaire qui se dégage détermine le contenu d'une décision. En d'autres mots, lorsqu'un référendum est organisé, les gouvernés sont appelés à prendre une décision quant à une problématique donnée en manifestant leur opinion (par exemple sur une proposition de loi ou sur la révision de la constitution) par le biais d'un vote. Généralement, l'exercice a un caractère binaire : soit le votant approuve la proposition qui lui est soumise, soit il la rejette. L'option qui reçoit le soutien de la majorité l'emporte et s'impose en principe de manière définitive. Ainsi, en Suisse, les citoyens ont notamment la possibilité – à certaines conditions – de demander l'organisation d'un référendum à propos d'une loi qui vient d'être adoptée par le Parlement. Aussi, une telle demande de référendum législatif, formulée par 50 000 citoyens ou 8 cantons dans les 100 jours de l'adoption de la loi en cause, suspend son entrée en vigueur. Si l'issue du référendum est favorable, la loi entre en vigueur ; si en revanche la majorité rejette la loi, celle-ci ne pourra pas entrer en vigueur et les autorités (notamment le Parlement) seront tenues de s'incliner devant la volonté populaire³⁵⁰. La Constitution suisse prévoit également des référendums *obligatoires*, notamment pour sa propre révision.

La *consultation populaire* est parfois confondue avec le référendum, mais doit cependant en être soigneusement distinguée³⁵¹. En effet, si la consultation populaire implique, comme dans le cas du référendum, que les membres d'une communauté sont appelés à se prononcer sur une question qui leur est soumise, le résultat de la consultation *ne lie pas* l'autorité politique qui demeure libre de suivre ou de ne pas suivre la position majoritaire qui a été manifestée. En d'autres mots, au point de vue juridique, la population se limite à donner un avis et ne prend pas de véritable décision. La décision est formellement prise par une autorité (un législateur, un gouvernement, un conseil communal, etc.). Si on s'en tient strictement à l'approche juridique, on peut conclure que la consultation populaire n'est pas véritablement un instrument de démocratie directe, puisque

³⁴⁹ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat Social*, Livre III, chap. IV.

³⁵⁰ A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. 1, Berne, Stämpfli Editions, 2013, pp. 265-269.

³⁵¹ Ce que nous désignons ici par l'expression « consultation populaire » est parfois aussi appelé « référendum déclaratif ».

c'est l'autorité (le cas échéant, élue) qui reste maître de la décision finale. Toutefois, au point de vue politique, cette autorité aura souvent intérêt à respecter l'opinion majoritaire qui s'est dégagée ; elle risque en effet de s'exposer à une vive critique si elle ignore la tendance populaire qui s'est dégagée. Pour reprendre à notre compte la formule du juriste et homme politique belge Pierre Wigny :

« Il y a des avis qui lorsqu'ils tombent de certaines bouches, prennent une force singulièrement impérative »³⁵².

115. - Démocratie indirecte ou représentative – La démocratie est dite indirecte (ou représentative) lorsque la population gouvernée confie à des représentants le soin de prendre des décisions politiques. Le peuple est considéré comme la source du pouvoir, mais il ne prend pas lui-même les décisions politiques et n'élabore pas directement les normes applicables ; ce sont des intermédiaires – les représentants du peuple – qui agissent en son nom. C'est essentiellement de cette manière que le régime démocratique est mis en œuvre en pratique.

La notion de *représentation*, que suppose la démocratie indirecte, appelle quelques développements³⁵³. La question se pose en effet de savoir comment on peut constituer des institutions qui soient représentatives des gouvernés. Plusieurs méthodes sont à cet égard disponibles. Ainsi, le *tirage au sort* est considéré comme un moyen de choisir des représentants. Cette technique de désignation était notamment utilisée pendant l'Antiquité grecque pour sélectionner les titulaires de certaines fonctions publiques³⁵⁴ et a constitué une source d'inspiration pour plusieurs grands auteurs, tels que Montesquieu³⁵⁵ ou Rousseau³⁵⁶, et n'a pas disparu de la réflexion au XXI^e siècle³⁵⁷. C'est cependant la technique de l'*élection* qui lui est largement préférée, parce qu'elle présente l'avantage de prendre en considération la volonté des citoyens, plutôt que de laisser la désignation des représentants aux mains du hasard. L'élection – ou l'opération électorale – peut être définie comme « un ensemble de procédures, d'actes juridiques et matériels aboutissant principalement à la désignation des gouvernants par les gouvernés »³⁵⁸. Elle permet aux membres d'un groupe de

³⁵² P. WIGNY, *Droit constitutionnel, Principes et droit positif*, Bruxelles, Bruylant, 1952, pp. 406-407.

³⁵³ Sur la notion de représentation elle-même, on renvoie aux ouvrages magistraux de H. F. PITKIN, *The concept of representation*, Berkeley et Los Angeles, University of California Press, 1967, 323 pages et de B. MANIN, *Principes du gouvernement représentatif*, Paris, Flammarion, 1996, 352 pages.

³⁵⁴ Voy. not. M. HANSEN, *La Démocratie athénienne à l'époque de Démosthène*, Paris, Tallandier, 2009, pp. 76, 94 et 274-275.

³⁵⁵ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, première partie, livre 2, chapitre 2, Paris, Flammarion, 2008, p. 70, puis p. 72. C'est nous qui soulignons.

³⁵⁶ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, livre 4, chapitre 3.

³⁵⁷ Voy. not. J. RANCIÈRE, *La haine de la démocratie*, Paris, La Fabrique, 2005, p. 49 et D. VAN REYBROUCK, *Tegen Verkiezingen*, Amsterdam, De bezige bij, 2013, 174 pages.

³⁵⁸ J.-M. COTTERET et C. EMERI, *Les systèmes électoraux*, 7^e éd., Paris, P.U.F., 1999, p. 9.

choisir, par le biais d'un vote, une ou plusieurs personnes qu'ils chargent d'une mission ou à qui ils attribuent une fonction ou un titre.

C'est par le biais de cette notion que nous étudierons la notion de démocratie dans le présent chapitre.

3) Réflexions sur la démocratie représentative

116. - Invitation à la réflexion – Avant d'arriver à des considérations plus techniques (spécialement sur les différents modes de scrutin), il paraît opportun de prendre le temps de réfléchir à quelques questions générales que soulève la démocratie représentative. Ces réflexions ont vocation à nous permettre de mieux comprendre ses enjeux, son fonctionnement et ses effets.

117. - Peuple : gouvernants et gouvernés – Si l'on considère que la démocratie représentative suppose la participation (indirecte) du peuple aux décisions politiques et à l'élaboration des normes, on devrait idéalement constater, dans les démocraties, que l'ensemble des gouvernés participent, à tout le moins pas le biais des élections, au pouvoir.

Or, en pratique, ce n'est pas le cas. Bien que, dans son principe, cette observation puisse être faite par n'importe quel observateur, on peut s'appuyer sur une réflexion menée par le juriste autrichien Hans Kelsen pour essayer d'en préciser la portée. Dans un ouvrage intitulé *La démocratie. Sa nature – sa valeur*, publié en 1932, l'auteur montre que, dans l'idéal démocratique, le groupe des gouvernés devrait être identique au groupe des gouvernants, mais qu'il n'en est rien dans la réalité³⁵⁹. Pour expliquer la différence entre ces deux groupes et le fait que celui des gouvernants est considérablement plus restreint que celui des gouvernés, il opère un raisonnement constitué de trois étapes.

Dans un premier temps, il insiste sur le fait que tous les gouvernés n'ont pas le droit de vote et que certains d'entre eux sont donc, de cette façon, exclus de la catégorie des participants au pouvoir politique. Ainsi, au XIX^e siècle, les systèmes représentatifs qui étaient mis en œuvre dans différents États n'offraient d'accès à l'électorat qu'à l'élite de la population, dont les membres étaient déterminés en application de critères de nature essentiellement socio-économique. Par ailleurs, les femmes ont été longtemps exclues de la catégorie des électeurs. Dans ces conditions, on ne pouvait certes guère considérer que les régimes politiques étaient démocratiques. Cependant, même depuis l'instauration du suffrage universel, qui est l'un des gages fondamentaux de la démocratie, il subsiste des catégories de gouvernés qui ne disposent pas du droit de vote et donc des gouvernés qui n'ont pas accès à la gouvernance. À cet égard, les deux groupes les

³⁵⁹ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz, 1932, 121 pages.

plus nombreux sont, dans la plupart des États, les mineurs et les étrangers. De manière générale, des conditions d'électorat viennent, dans toutes les démocraties contemporaines, apporter des nuances au principe du suffrage universel³⁶⁰.

À la deuxième étape de son raisonnement, Hans Kelsen relève que, parmi ceux qui sont électeurs – ceux qui ont le droit de vote – seule une partie exerce ce droit. Il est effet courant d'observer que de nombreux électeurs s'abstiennent de participer aux élections. Ainsi, en France, le taux d'abstention au premier tour des élections présidentielles de 2017 était de l'ordre de 22,23 %³⁶¹. Il était de 25,44 % au second tour³⁶². En Italie, environ un quart des électeurs s'est abstenu de participer aux élections législatives de 2013. Cette année-là, le taux d'abstention aux élections législatives fédérales allemandes atteignait presque 30 %. Une situation assez extrême s'est présentée en Slovaquie, lors des élections européennes de 2014 : 87 % des électeurs se sont abstenus, ce qui signifie que seul environ un électeur sur huit a pris part au vote. Sur ce point, et nous nous permettons d'anticiper la partie dédiée au système belge, le cas de la Belgique est particulier puisque le vote y est obligatoire³⁶³ : en raison de cette règle, le taux d'abstention est faible, comparé à celui qu'on peut observer dans d'autres pays. On doit tout de même relever que lors des élections législatives de mai 2019, un peu plus de 11 % des électeurs ne se sont pas présentés dans un local de vote³⁶⁴. Le phénomène que nous venons de relater tend à creuser l'écart entre le groupe des gouvernants et celui des gouvernés.

Enfin, troisième étape du raisonnement proposé par Hans Kelsen, parmi les électeurs qui exercent effectivement leur droit de vote, « il faudrait distinguer entre les individus qui, masse sans jugement, suivent sans opinion propre l'influence d'autrui et ceux-là, rares, qui y interviennent véritablement par une décision autonome et directrice, selon le vœu de l'idéal démocratique »³⁶⁵. Ce n'est que lorsqu'on isole cette petite fraction du groupe des gouvernés – ceux qui sont véritablement actifs dans le processus de formation de la volonté politique – qu'on peut esquisser le contour du groupe des gouvernants, qui est en réalité nettement plus restreint que le groupe des gouvernés.

Ces observations, qui n'ont pas loin d'un siècle, sont dans une très large mesure – et en tous cas dans leur principe – toujours valables au début du XXI^e siècle.

³⁶⁰ Sur les conditions d'électorat en Belgique, voy. *infra*, n° XX.

³⁶¹ Nous pouvons également ajouter à ce chiffre les 2 % des électeurs inscrits qui ont voté blanc ou nul lors du scrutin.

³⁶² De plus, environ 8,56 % des électeurs inscrits ont déposé un bulletin blanc ou nul dans l'urne.

³⁶³ Sur ce point, voy. *infra*, n° XX.

³⁶⁴ 11,62 % exactement (l'information est tirée du site Internet du SPF Intérieur où sont publiés les résultats officiels des élections : elections2019.belgium.be).

³⁶⁵ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz, 1932, p. 18.

118. - Rôle des partis politiques – Dans le même ouvrage, et à la suite des propos que nous venons d'évoquer, Hans Kelsen affirme que « la démocratie moderne repose entièrement sur les partis politiques »³⁶⁶. L'auteur ajoute :

« c'est en effet illusion ou hypocrisie que soutenir que la démocratie est possible sans partis politiques. Car il est trop clair que l'individu isolé, ne pouvant acquérir aucune influence réelle sur la formation de la volonté générale, n'a pas, du point de vue politique, d'existence véritable »³⁶⁷.

À nouveau, on ne peut que s'approprier les propos de Kelsen qui conservent tout leur sens à l'heure actuelle. On observe en effet que, dans les démocraties, les élections sont souvent l'occasion de répartir le pouvoir politique entre différents partis qui ambitionnent d'influencer, chacun à leur manière (en référence à une idéologie et/ou à un programme) l'action des pouvoirs publics. Par ailleurs, en pratique, de nombreuses décisions qui sont ultérieurement formalisées par les organes officiels de l'État sont d'abord prises, informellement, au sein des partis dont les membres exercent des responsabilités politiques. Hans Kelsen évoque ce phénomène dans un passage imagé de son ouvrage :

« une partie très importante de la formation de la volonté étatique s'accomplit dans [le sein des partis] : (...) les impulsions qui viennent des partis politiques sont comme les nombreuses sources souterraines où s'alimenterait une rivière qui ne paraîtrait au jour que dans l'assemblée du peuple ou au Parlement pour couler désormais dans un lit unique »³⁶⁸.

Dans certains États, l'importance des partis politiques est reflétée dans la Constitution, qui leur consacre un statut juridique à la hauteur de leur rôle dans le régime politique démocratique. Cette situation se présente notamment en Allemagne³⁶⁹ ou en France³⁷⁰. En revanche, la Belgique ne suit pas cette tendance : le mot « parti » n'apparaît qu'une seule fois dans le texte de la Constitution et on ne pourrait pas considérer que la disposition concernée fonde un quelconque statut constitutionnel pour les partis³⁷¹. Il existe alors un *hiatus* interpellant entre le rôle significatif que les partis jouent dans la réalité et la place – presque nulle – que leur réservent les règles juridiques suprêmes de la Constitution au sens *formel* du terme.

119. - Influence du choix des règles électorales – La troisième réflexion que nous voudrions aborder n'est pas sans lien avec la précédente. On comprend

³⁶⁶ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz, 1932, p. 19.

³⁶⁷ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz, 1932, p. 20 ; voy. également M. OSTROGORSKI, *La démocratie et les partis politiques*, Paris, Éditions du Seuil, 1979, p. 37 : « L'intronisation du nombre dans l'État vient compliquer le problème : comment la foule des hommes, vieux et jeunes, savants et ignorants, riches et prolétaires, proclamés tous en bloc arbitres de leurs destinées politiques, pourraient-ils réunis pèle-mêle, remplir leur nouvelle fonction de « souverain » ? ».

³⁶⁸ H. KELSEN, *La démocratie. Sa nature – Sa valeur*, Paris, Dalloz, 1932, p. 19. Sur le sujet, voy. not. E. VAN HAUTE, « Emergence et disparition des partis », in : Fr. BOUHON et M. REUCHAMPS, *Les systèmes électoraux de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 209-223.

³⁶⁹ Voy. l'article 21 de la Loi fondamentale allemande.

³⁷⁰ Voy. l'article 4 de la Constitution de la V^e République française.

³⁷¹ Voy. l'article 77, alinéa 1^{er}, 5^o, de la Constitution.

facilement que l'influence que chaque parti parvient à exercer dans le cadre d'un système politique dépend largement de la part des sièges ou mandats qu'il parvient à obtenir à l'issue des élections. Or, si cette part dépend bien entendu de l'importance que chaque parti reçoit au sein de l'électorat (le nombre de suffrages qu'il obtient), il est important d'être conscient du fait que le contenu des règles électorales, et spécialement le choix du mode de scrutin, est aussi crucial quant à la répartition des sièges et mandats entre les partis qui se présentent aux élections. Autrement dit, selon les règles électorales établies, selon le mode de scrutin retenu par le droit, un même résultat quant à la répartition des *suffrages* entre les candidats ou les partis peut donner lieu à bien des résultats différents quant à la répartition des *sièges* ou mandats politiques disponibles. Les pionniers de l'étude de ces questions sont le juriste et politologue français Maurice Duverger³⁷² et l'américain Douglas Rae³⁷³. Ils ont démontré que chaque type de mode de scrutin avait tendance à produire un type de résultat particulier. Bien d'autres auteurs, à leur suite, ont poursuivi, complété et nuancé leurs réflexions³⁷⁴.

4) *Les modes de scrutin*

120. - Diversité des modes de scrutin – Comme nous venons de l'affirmer, le choix des règles électorales – celles qui permettent et organisent, au sens large, le passage des suffrages à la désignation des mandataires – influence le résultat des élections et donc la répartition du pouvoir entre les différents partis et individus. Parmi les règles électorales, il convient d'accorder une attention toute particulière à celles qui consacrent un mode de scrutin, c'est-à-dire la formule

³⁷² Voy. not. M. DUVERGER, « L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique », in : M. DUVERGER (éd.), *L'influence des systèmes électoraux sur la vie politique*, Paris, Armand Colin, 1950, et M. DUVERGER, *Les partis politiques*, 8^e éd., Paris, Armand Colin, 1973.

³⁷³ Voy. not. D. RAE, *The political consequences of electoral laws*, 2^e éd., New Haven et Londres, Yale University Press, 1971.

³⁷⁴ V. BOGDANOR et D. BUTLER (éds.), *Democracy and elections. Electoral systems and their political consequences*, Cambridge, Cambridge University Press, 1983 ; B. GROFMAN et A. LIJPHART, (éds.), *Electoral laws and their political consequences*, New York, Agathon Press, 1986 ; R. TAAGEPERA et M. SHUGART, *Seats and votes : the effects and determinants of electoral systems*, New Haven, Yale University Press, 1989 ; A. BLAIS, « The classification of electoral systems », *European Journal of Political Research*, 1988, pp. 99-110 ; R. KATZ, *Democracy and elections*, Oxford, Oxford University Press, 1997 ; G. COX, *Making votes count. Strategic coordination in the world's electoral systems*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997 ; P. MARTIN, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, 156 pages ; K. BENOIT, « Electoral laws as political consequences : Explaining the Origins and Change of Electoral Institutions », *Annual Review of Political Science*, 2007, pp. 363-390 ; D. NOHLEN, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 6^e éd., Leverkusen, Budrich, 2009 ; R. MOSER et E. SCHEINER, *Electoral systems and political context : how the effects of rules vary across new and established democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.

« qui détermine les élus à partir des votes des électeurs »³⁷⁵. En effet, dans tout système électoral, il est nécessaire de choisir une formule – un mode de calcul – qui permet de convertir les suffrages exprimés et comptabilisés, de telle sorte que chaque siège disponible soit attribué à un candidat, qui devient alors un élu. Or, il n'existe aucune formule évidente ou naturelle qui puisse être mise en œuvre pour opérer cette conversion ; l'autorité qui produit les règles électorales doit donc choisir une technique qui le permet, c'est-à-dire un mode de scrutin particulier. Par ailleurs, il s'avère que le choix en faveur de l'un ou l'autre mode de scrutin peut conduire à avantager certains partis aux dépens des autres.

Vu l'importance de ce choix pour le fonctionnement d'une démocratie, nous proposons de présenter ici, dans les grandes lignes, les principales options qui s'offrent aux États. On considère traditionnellement qu'il existe deux grandes catégories de modes de scrutin : ceux qui se fondent sur le principe majoritaire (n° XX) et ceux qui appliquent une formule proportionnelle (n° XX). Avant de traiter successivement de ces deux types de modes de scrutin, nous abordons la notion de circonscription électorale, car elle est un concept-clé dans le fonctionnement de tous les modes de scrutin (n° XX).

121. - Notion de circonscription électorale – Quand il s'agit d'élire les membres d'un parlement, le territoire national est, dans la plupart des États, divisé en plusieurs zones clairement délimitées qu'on appelle « circonscriptions électorales »³⁷⁶. Quel que soit le mode de scrutin – majoritaire ou proportionnel – il est alors mis en œuvre distinctement dans chaque circonscription, plutôt que globalement sur l'ensemble du territoire.

Une circonscription électorale est une portion de territoire au sein de laquelle les opérations électorales concrètes sont réalisées dans une relative indépendance par rapport aux autres circonscriptions : en règle générale, chaque circonscription dispose de son propre groupe d'électeurs qui ne se confond pas avec ceux des autres et de ses propres candidats qui ne se présentent, en principe, pas ailleurs. En outre, et c'est ce qui nous intéresse au premier plan ici : à chaque circonscription est attribuée une part des sièges de l'assemblée à élire, sièges qui sont répartis (lorsqu'il y en a plusieurs), en fonction du résultat des élections dans *cette* circonscription, entre les candidats et les partis qui y ont concouru³⁷⁷.

³⁷⁵ P. MARTIN, *Les systèmes électoraux et les modes de scrutin*, 3^e éd., Paris, Montchrestien, 2006, p. 35.

³⁷⁶ À l'heure actuelle, la plupart des États démocratiques connaissent un découpage de leur territoire en circonscriptions ; à notre connaissance, seuls les Pays-Bas, Israël et la Namibie disposent d'un système électoral qui fonctionne sur la base d'une circonscription unique correspondant à l'intégralité du territoire national (D. NOHLEN, *Wahlrecht und Parteiensystem*, 6^e éd., Leverkusen, Budrich, 2009, p. 87). Pour d'autres types d'élections, le recours à une circonscription unique est plus courant. C'est typiquement le cas pour les élections municipales où le territoire de la localité dont les autorités sont à élire constitue la circonscription unique.

³⁷⁷ La circonscription se distingue ainsi d'autres divisions territoriales utilisées en matière électorale, notamment à des fins administratives ou pour le dépouillement des urnes, mais qui n'ont aucun rôle propre dans la répartition des sièges.

La division du territoire en circonscriptions vise principalement à assurer une représentation parlementaire particulière aux habitants de chacune des parties d'un pays. Si le territoire national n'est pas fractionné de la sorte – autrement dit, s'il compte une circonscription électorale unique –, il est impossible de garantir juridiquement que l'assemblée élue se composera de députés choisis respectivement par les habitants des différentes parties géographiques qui forment le pays. Au contraire, le découpage du territoire en circonscriptions permet d'assurer que les habitants de chacune d'entre elles disposent, au sein de l'assemblée élue, d'un ou plusieurs représentants, choisis par eux. La circonscription électorale permet ainsi d'assurer un lien de proximité géographique entre électeurs et élus.

À titre d'exemple, nous proposons ci-après une carte qui montre le découpage du territoire espagnol en circonscriptions électorales (tel qu'il était en vigueur pour les élections de 2016). Ces circonscriptions sont utilisées pour l'élection des 350 membres du Congrès des députés (*Congreso de los diputados*). Dans chacune des 52 circonscriptions représentées ci-dessous est indiqué le nombre de sièges qui lui est attribué et qui correspond à une part du total de 350 députés.



On observe que le nombre de sièges qui revient à une circonscription donnée dépend de la démographie : plus une circonscription est peuplée, plus le nombre de sièges y est élevé. On voit ainsi que les régions de Madrid et Barcelone reçoivent respectivement 36 et 31 sièges.

122. - Modes de scrutin majoritaires – Le modèle majoritaire repose sur une idée simple et instinctive : sont élus ceux qui obtiennent la majorité (relative ou absolue) des suffrages, c'est-à-dire le plus grand nombre de voix. En d'autres mots, le ou les siège(s) disponible(s) dans une circonscription revien(nen)t au candidat ou au parti qui est soutenu par le plus d'électeurs.

La principale subdivision qu'on peut observer parmi les formules majoritaires tient au nombre de sièges que comptent les circonscriptions électorales où elles sont appliquées : si le territoire est divisé en circonscriptions auxquelles n'est attribué qu'un seul siège, on parle de scrutin *uninominal* ; si au contraire plusieurs sièges – au moins deux – sont alloués à chaque circonscription, on parle de scrutin *plurinominal*.

Dans le premier cas, puisqu'il n'y a qu'un siège à pourvoir, on ne peut nécessairement avoir qu'un unique vainqueur dans chaque circonscription : c'est le candidat qui a pu réunir le plus grand nombre de voix sur sa personne. Dans la seconde hypothèse, relativement rare en pratique, c'est le groupe de candidats qui obtient le plus de voix dans la circonscription qui reçoit *tous* les sièges qui y sont attachés et leurs concurrents n'en reçoivent *aucun* même si leurs résultats sont à peine inférieurs à ceux du groupe qui l'emporte³⁷⁸.

Une autre subdivision, qui s'ajoute et se cumule à la précédente³⁷⁹, concerne le nombre de *tours* de scrutin qui sont organisés pour déterminer l'identité des élus.

La méthode la plus simple consiste à limiter les opérations électorales à un seul tour : à l'issue de celui-ci on compare le nombre de voix obtenues par les candidats ou les groupes de candidats et on attribue le ou les sièges à celui ou ceux qui arrivent en tête. S'il y a plus de deux candidats ou groupes de candidats en lice, il est dès lors possible d'être élu à la majorité relative³⁸⁰, c'est-à-dire sans nécessairement recueillir la majorité absolue des voix exprimées³⁸¹. Dans cette hypothèse, courante en pratique, la majorité absolue des électeurs a voté pour des candidats autres que le vainqueur.

Prenons en guise d'illustration l'élection qui se déroulerait dans une circonscription électorale uninominale imaginaire. Le siège disponible est disputé entre quatre candidats. À l'issue du scrutin, le candidat A obtient 40 % des suffrages tandis que les candidats B et C ont recueilli, chacun pour ce qui les concerne, 25 %. Le candidat D n'est parvenu, quant à lui, qu'à convaincre 10 % des électeurs. Dans le cadre de la méthode majoritaire à un seul tour, c'est au candidat A qu'est attribué le siège correspondant à la circonscription, et ce malgré son score inférieur à 50 % de l'ensemble des suffrages : au contraire, plus de la

³⁷⁸ Ce système est mis en œuvre pour l'élection du Collège électoral (*Electoral College*) qui est appelé à élire le Président des États-Unis : chaque État (*State*) constitue une circonscription électorale à laquelle est attribuée un certain nombre de sièges et le parti politique qui obtient le plus grand nombre de voix dans un État donné se voit attribuer tous les sièges réservés à cet État (c'est la règle dite du *winner takes it all*, le vainqueur prend tout). Il existe des dérogations à ce principe dans le Maine et le Nebraska.

³⁷⁹ On peut donc avoir un scrutin uninominal à un ou à plusieurs tours de même qu'un scrutin plurinominal à un ou à plusieurs tours.

³⁸⁰ Ou pluralité des voix (de l'anglais *plurality*).

³⁸¹ La majorité absolue est atteinte lorsqu'un candidat ou une liste obtient plus de la moitié des suffrages. Cette définition est plus exacte que celle, souvent utilisée, qui présente la majorité absolue comme la moitié des voix plus une (en ce sens, voy. not. D. RAE, *The political consequences of electoral laws*, 2^e éd., New Haven et Londres, Yale University Press, 1971, p. 23).

moitié des électeurs se sont exprimés en défaveur du candidat A, en choisissant l'un de ses rivaux.

Ce système est notamment appliqué pour l'élection des membres de la Chambre des communes (*House of commons*) au Royaume-Uni. Le territoire britannique est divisé en 650 circonscriptions électorales uninominales (ce nombre correspond donc au nombre de sièges de la Chambre des communes). Dans chaque circonscription, le siège disponible est attribué au candidat qui obtient la majorité relative, c'est-à-dire le meilleur score parmi les concurrents en lice. Étant donné qu'un seul tour d'élection est organisé, il est fréquent que le candidat élu n'ait pas obtenu la majorité absolue des suffrages des électeurs de la circonscription. Un score relativement bas peut suffire, pour autant qu'il soit supérieur à ceux des autres candidats. Ainsi, lors des élections de mai 2010, il apparaît que dans 19 des 650 circonscriptions, le député a été élu alors qu'il avait obtenu moins de 35 % des voix³⁸².

L'organisation de plusieurs tours vise précisément à contrecarrer ce dernier phénomène : l'idée consiste à recommencer le scrutin pour s'assurer qu'un candidat obtienne la majorité absolue des voix et la légitimité qui y est associée. On peut concevoir un nombre indéterminé de tours³⁸³ ; mais pour éviter les difficultés pratiques et la période d'incertitude qu'une telle organisation engendre, on préfère généralement fixer un nombre déterminé de tours, le plus souvent limité à deux³⁸⁴. Il convient alors de déterminer les conditions qui encadrent le droit pour un candidat de se présenter au tour suivant.

La question peut être réglée de deux manières différentes. D'une part, on peut fixer le nombre de candidats qui peuvent participer au tour suivant ; on détermine, par exemple, que seuls les deux meilleurs candidats du premier tour passent au second. D'autre part, l'autre méthode disponible consiste à établir un seuil – par exemple sous la forme d'un pourcentage du nombre de voix – qu'il est nécessaire de franchir pour passer au tour suivant. Dans ce dernier cas, contrairement au premier, le nombre de candidats qui prennent part à un tour de scrutin n'est connu que sur la base du résultat concret du tour précédent ; lorsque ce nombre est supérieur à deux, le candidat élu n'obtient pas nécessairement la majorité absolue des suffrages.

La première méthode est notamment utilisée dans le cadre des élections présidentielles françaises. Si aucun candidat n'a obtenu la majorité absolue au premier tour, les deux candidats qui, le cas échéant après retrait de candidats plus favorisés, se trouvent avoir recueilli le plus grand

³⁸² Le score le plus faible qui permet à un candidat d'être élu est de 31,3 %, dans la circonscription de Brighton Pavillon ; il s'agit d'ailleurs de l'unique siège obtenu par le *Green Party* (calculs propres réalisés sur la base des données mises en ligne par la *Electoral Commission* : http://www.electoralcommission.org.uk/elections/results/general_elections ; consulté pour la dernière fois le 1^{er} mai 2017).

³⁸³ L'élection du pape par le collège des Cardinaux comprend autant de tours de scrutin qu'il est nécessaire pour réunir la majorité des deux tiers des membres de cette assemblée (voy. les numéros 62, alinéa 2 et 70, de la Constitution Apostolique *Universi Dominici Gregis* du 22 février 1996). Le droit canon laisse cependant une échappatoire en permettant aux Cardinaux d' « exprimer leur avis sur la manière de procéder » pour l'élection après un grand nombre de tours sans résultat (voy. les numéros 74 et 75 de la Constitution Apostolique précitée).

³⁸⁴ Cependant, à titre d'exemple, l'élection du Président de la République d'Allemagne par la *Bundesversammlung* est organisée en trois tours de scrutin ; aux deux premiers tours, il faut, pour être élu, obtenir la majorité absolue des membres de cette assemblée, alors qu'au troisième tour, la majorité relative suffit (voy. l'article 54, alinéa 5, de la Loi fondamentale).

nombre de suffrages au premier tour, se présentent au second³⁸⁵. L'autre solution est également appliquée en France, mais pour l'élection des membres de l'Assemblée Nationale. Dans chaque circonscription uninominale, est élu le candidat qui a obtenu la majorité absolue des suffrages exprimés ; cependant, si aucun candidat n'obtient une telle majorité, un second tour est organisé, auquel peuvent participer tous les candidats qui ont recueilli un nombre de suffrages au moins égal à 12,5 % du nombre des électeurs inscrits³⁸⁶.

En combinant les différents traits que nous venons d'esquisser (circonscriptions uninominales ou plurinominales ; un ou plusieurs tours), on aperçoit les modèles de base des systèmes majoritaires.

123.- Modes de scrutin proportionnels – Le système proportionnel consiste à répartir les sièges entre des *listes* de candidats au *pro rata* du nombre de voix obtenues par chacune d'elles. Ce système ne peut donc se pratiquer que lorsque plusieurs sièges sont disponibles dans une circonscription³⁸⁷. À la différence du scrutin majoritaire, il n'y a pas de vainqueur unique (individu ou groupe) dans chaque circonscription, mais un partage des mandats en fonction des résultats respectifs des différentes listes qui se présentent dans chaque circonscription.

Si l'on applique strictement l'idée de la répartition proportionnelle, une liste de candidats obtient la part des sièges de l'assemblée qui correspond exactement à la part de l'électorat qui l'a soutenue. Ainsi, le parti qui a récolté 26,847 % des voix devrait en théorie obtenir 26,847 % des sièges du Parlement. Une répartition aussi précise est en pratique presque toujours impossible car le nombre de mandats à partager entre les candidats est limité. Par ailleurs, les sièges du parlement sont en général répartis entre plusieurs circonscriptions par contingents de quelques unités. Dès lors, sauf hasard des chiffres, il n'est pas possible d'attribuer à chaque formation politique la part exacte des sièges à laquelle il aurait théoriquement droit : si dix sièges sont disponibles dans une circonscription, le parti qui a obtenu 26,847 % des voix ne peut recevoir 2,6847 sièges, du moins tant qu'on considère qu'un siège de député ne peut être divisé³⁸⁸. Il en obtiendra vraisemblablement deux ou trois, en fonction du système mis en œuvre et des résultats engrangés par les autres listes.

³⁸⁵ Article 7, alinéa 1^{er}, de la Constitution de la V^e République.

³⁸⁶ Article L 162, alinéa 3, du Code électoral français.

³⁸⁷ Il convient donc pour l'élection d'une assemblée, mais pas pour celle d'un chef d'État.

³⁸⁸ C'est cette idée qui est généralement soutenue dans la littérature et qui est mise en œuvre, à notre connaissance, dans tous les assemblées politiques représentatives. On relève cependant que, s'il n'est pas possible de « diviser » physiquement les députés, il n'est pas inconcevable – au moins en théorie – d'organiser une assemblée au sein de laquelle les membres (ou certains d'entre eux) auraient un vote pondéré pour tenir compte des décimales et faire en sorte que chaque groupe politique de l'assemblée y ait le poids politique qui corresponde exactement à l'ampleur de son électorat. Voy. not. G. GENSSLER, *Das D'Hondtsche und andere Sitzverteilungsverfahren aus mathematischer und verfassungsrechtlicher Sicht*, Nuremberg, Schnell-Druck-Diana, 1984, p. 43. Cet auteur évoque l'idée d'un Parlement comparable à une assemblée d'actionnaires où chacun dispose d'un vote pondéré en fonction de la part des actions qu'il possède.

Une fois que l'on a retenu le principe d'un scrutin proportionnel, il convient donc encore de choisir une formule mathématique afin de répartir les sièges, sous la forme de nombres entiers, entre les listes concurrentes. À cet égard, de nombreux modèles sont disponibles³⁸⁹. Certains tendent à donner un avantage plus ou moins marqué aux plus grands partis qui bénéficient d'une certaine surreprésentation au sein de l'assemblée.

C'est notamment le cas du système « d'Hondt »³⁹⁰ : il tend à offrir une légère surreprésentation aux listes les plus fortes³⁹¹. Le procédé consiste à diviser successivement les résultats obtenus par chaque liste de candidats qui se présente dans une circonscription par la suite des nombres entiers (1, 2, 3, 4, 5 et ainsi de suite). Les différents quotients obtenus par ces opérations sont ensuite classés – toutes listes confondues – dans l'ordre décroissant jusqu'à ce qu'on obtienne un nombre de quotients qui correspond au nombre de sièges à répartir dans la circonscription.

En pratique, ce type de méthode est assez facile à mettre en œuvre : il suffit de dresser un tableau à double entrée dans lequel on reprend, à la première ligne, les résultats obtenus par les différentes listes dans la circonscription, puis, aux lignes suivantes, ces mêmes résultats divisés successivement par les diviseurs retenus. Les plus grands quotients obtenus, qui correspondent aux sièges à attribuer, apparaissent ainsi immédiatement.

À titre illustratif imaginons que, dans une circonscription, quatre partis se disputent six sièges et que les 10.000 suffrages exprimés par les électeurs se répartissent entre eux comme suit : 4.500 voix pour A, 2.500 voix pour B, 1.800 voix pour C et 1.200 voix pour D. On dresse alors le tableau suivant :

	A	B	C	D
x/1	(1) 4.500	(2) 2.500	(4) 1.800	1.200
x/2	(3) 2.250	(6) 1.250	900	600
x/3	(5) 1.500	833	600	400
x/4	1.125	625	450	300
Répartition	3	2	1	0

En opérant les divisions successives, il apparaît que les six plus grands quotients du tableau – repris en gras dans ce dernier – sont 4.500, 2.500, 2.250, 1.800, 1.500 et 1.250. Trois de ces quotients reviennent au parti A, qui reçoit donc trois sièges ; de la même manière, B obtient deux sièges, C un siège et D aucun. Les six sièges sont ainsi répartis proportionnellement.

La formule *Imperiali* (basée sur la suite de diviseurs 1 ; 1,5 ; 2 ; 2,5 ; 3 ; etc.) favorise encore davantage le plus grand parti (à savoir A), lequel obtiendrait (avec la même situation) quatre sièges – soit la majorité absolue des sièges, sans la majorité absolue des voix – aux dépens de B qui n'en reçoit qu'un seul (C en a également un et D aucun).

³⁸⁹ « 'Proportional representation' refers not to a specific electoral system but to an *ideal or principle* to which different electoral systems seek to conform » (V. BOGDANOR, *What is proportional representation?*, Oxford, Martin Robertson, 1984, p. 46 ; c'est l'auteur qui souligne).

³⁹⁰ V. D'HONDT *Question électorale. La représentation proportionnelle des partis par un électeur*, Bruxelles, Bruylant, 1878.

³⁹¹ D. RAE, *The political consequences of electoral laws*, 2^e éd., New Haven et Londres, Yale University Press, 1971, p. 33.

	A	B	C	D
x/1	(1) 4.500	(3) 2.500	(6) 1.800	1.200
x/1,5	(2) 3.000	1.666	1.200	800
x/2	(4) 2.250	1.250	900	600
x/2,5	(5) 1.800	1.000	720	480
x/3	1500	833	600	400
Répartition	4	1	1	0

Enfin, la mise en œuvre de la méthode *Sainte-Laguë* (basée sur la suite de diviseur 1 ; 3 ; 5 ; 7 ; etc.) a un effet inverse, puisqu'elle permet au plus petit parti, soit D, d'obtenir un siège ; dans ce cas, A en reçoit trois, B un seul et C de même.

	A	B	C	D
x/1	(1) 4.500	(2) 2.500	(3) 1.800	(5) 1.200
x/3	(4) 1.500	833	600	400
x/5	(6) 900	500	360	240
x/7	643	357	257	171
Répartition	3	1	1	1

Le système d'Hondt est notamment appliqué en Espagne, dans chacune des 52 circonscriptions utilisées pour l'élection des membres du Congrès des députés³⁹². Nous proposons ci-après d'examiner sa mise en œuvre dans une circonscription choisie, celle de Salamanque, lors des élections législatives du 26 juin 2016. Dans cette circonscription, quatre sièges de députés étaient disponibles et quatre partis politiques se sont répartis l'essentiel des voix exprimées par les électeurs : le PP (48,31 %), le PSOE (21,39 %), C's (15,77 %) et Podemos-Iu-Equo (12,46 %)³⁹³. Le tableau qui suit montre la manière dont les suffrages étaient répartis entre ces partis³⁹⁴ et la distribution des sièges en application du système d'Hondt.

	PP	PSOE	C's	Podemos
x/1	(1) 97.040	(3) 42.956	31.670	25.023
x/2	(2) 48.520	21.478	15.835	12.512
x/3	(4) 32.347	14.319	10.557	8.341
x/4	24.260	11.489	7.918	6.256
Répartition	3	1	0	0

³⁹² Sur ces circonscriptions, voy. *supra*, n° XX.

³⁹³ Tous les autres partis en lice ont obtenu moins d'un pourcent des voix. Ils sont volontairement négligés dans les explications qui suivent.

³⁹⁴ Les données sont tirées du site officiel que l'administration espagnole a dédié au résultat des élections : <http://resultados2016.infoelecciones.es/99CO/DCO99000CI.htm?lang=es>.

On remarque que le premier parti, le PP, obtient trois des quatre sièges, alors qu'il avait obtenu un peu moins de la moitié des suffrages exprimés (48,31 %). L'effet de surreprésentation apparaît clairement dans cet exemple réel. Le seul autre parti qui obtient un siège est le PSOE. Un résultat différent aurait été obtenu si la formule de Sainte-Laguë avait été retenue par la législation espagnole.

	PP	PSOE	C's	Podemos
x/1	(1) 97.040	(2) 42.956	(4) 31.670	25.023
x/3	(3) 32.347	14.319	10.557	8.341
x/5	19.408	8.591	6.334	5.005
x/7	13.863	6.137	4.524	3.575
Répartition	2	1	1	0

Dans cette hypothèse virtuelle, le PP n'aurait obtenu que deux sièges (au lieu de trois), tandis que le PSOE et C's auraient gagné un siège dans la circonscription de Salamanque. Le rapport de force politique aurait donc été sensiblement différent.

124. - Avantages et inconvénients des différents modes de scrutin –

Les deux grands types de modes de scrutin présentent chacun des avantages et des inconvénients. Nous essayons d'en faire la synthèse dans les lignes qui suivent.

Le mode de scrutin majoritaire facilite la formation d'une majorité parlementaire et peut ainsi renforcer la stabilité du gouvernement. En ce qu'il offre des sièges aux seuls partis ou candidats qui arrivent en tête dans une circonscription, ce système tend en effet à surreprésenter les forces politiques dominantes au parlement et ce au détriment des partis politiques d'importance moyenne ou plus faible. En pratique, il arrive souvent que deux partis profitent largement de ce système et obtiennent à eux seuls une grande partie des sièges disponibles. Il est aussi fréquent, lorsqu'on applique le mode de scrutin majoritaire, qu'un parti dispose à lui seul de la majorité absolue des sièges du parlement, même s'il n'a pas récolté la majorité absolue des suffrages exprimés par les électeurs. La majorité des sièges est en effet acquise au parti qui a réussi à se classer premier dans plus de la moitié des circonscriptions électorales. Dès lors, le parti dominant n'a pas besoin de chercher à former une coalition avec d'autres partis pour être en mesure d'adopter des lois et éventuellement de soutenir un gouvernement. Ce phénomène s'observe après la plupart des élections au Royaume-Uni : un seul parti – tantôt le Parti conservateur, tantôt le Parti travailliste – obtient seul la majorité des sièges de la Chambre des communes. Ce parti n'a donc pas besoin de négocier avec d'autres formations politiques pour former une majorité capable de gouverner ; dès le lendemain des élections, on sait que le chef du parti vainqueur deviendra le nouveau Premier ministre et que les autres ministres seront choisis parmi les membres éminents de ce parti. Le mode de scrutin majoritaire facilite ainsi la lecture du jeu politique. En revanche, ce système est souvent critiqué en raison du fait qu'il ne laisse aux autres partis que peu de chance d'accéder au parlement et conduit, dans le meilleur des cas, à leur sous-représentation au sein de l'assemblée. Même un parti d'importance moyenne, qui

reçoit 10, 15, voire 20 % des voix dans de nombreuses circonscriptions risque de n’obtenir aucun siège au parlement, car il ne sera probablement pas capable, avec ce type de résultats, de parvenir à être le premier parti dans l’une ou l’autre circonscription – condition pourtant nécessaire pour gagner un siège. L’exemple britannique peut à nouveau servir d’illustration : le Parti libéral démocrate, qui est historiquement la troisième force sur la scène politique britannique, est chroniquement sous-représenté à la Chambre des communes où – comme on l’a rappelé *supra* – ce sont les partis conservateur et travailliste qui dominent largement. En d’autres mots, malgré le soutien significatif de l’électorat pour le Parti libéral démocrate, les candidats de ce parti ne parviennent à se classer premier (donc à devancer les candidats travaillistes et conservateurs) que dans peu de circonscriptions ; ils n’obtiennent donc généralement que fort peu de sièges. Le tableau qui suit permet de comparer la part des suffrages obtenue par ce parti au cours du temps avec la part des sièges que ses candidats ont occupé ; il offre ainsi un aperçu de la sous-représentation du parti à la Chambre des communes :

Parti libéral (Royaume-Uni)	1983	1987	1992	1997	2001	2005	2010	2015
Part des voix valables	26,0 %	23,1 %	18,3 %	17,2 %	18,8 %	22,6 %	23,0 %	7,9 %
Part des sièges à la Ch. des communes	3,5 %	4,1 %	3,0 %	7,0 %	7,9 %	9,6 %	8,8 %	1,2 %

De manière générale, le système majoritaire tend à écarter les forces politiques de moindre importance ou à fortement minimiser leur présence au parlement. Les nombreux électeurs qui soutiennent (ou voudraient soutenir) ces partis connaissent souvent la frustration de ne pas réussir à faire élire des candidats de leurs partis favoris et doivent se résigner à être représentés par des élus issus des partis dominants.

Au contraire, le mode de scrutin proportionnel favorise la diversité dans la représentation parlementaire. Puisque sa mise en œuvre vise à offrir à chaque parti un nombre de sièges qui est proportionnel à la part des suffrages qu’il a recueillie, il est possible, même pour un parti qui reçoit un soutien modeste de l’électorat, d’obtenir un ou quelques sièges au sein du parlement. Ceci implique que les sièges du parlement sont souvent partagés entre un nombre important de partis et qu’aucun d’eux ne dispose seul de la majorité absolue³⁹⁵. Dès lors, plusieurs partis doivent s’entendre et former une coalition (c’est-à-dire une alliance politique) pour parvenir à contrôler ensemble la majorité des sièges. Ceci favorise certes la naissance de compromis entre différents mouvements politiques, ce qui peut être considéré comme un avantage. Cependant, la

³⁹⁵ À moins, bien entendu, qu’un parti ne domine la scène politique au point de recueillir la majorité des suffrages exprimés des électeurs et donc, en application des principes du système proportionnel, la majorité des sièges du parlement. Ce scénario est toutefois peu probable en pratique.

négociation qui précède la formation d'une coalition prend souvent du temps – ce qui constitue en soi un inconvénient – et échappe par ailleurs largement aux électeurs qui n'ont aucune maîtrise sur ce processus – ce qui constitue un autre inconvénient. En outre, l'alliance conclue entre plusieurs partis est souvent précaire et peut être une source d'instabilité pour le gouvernement.

B.- PARTICULARITES BELGES

125. - Présentation de la section – Dans la seconde partie du chapitre, qui se concentre sur la mise en œuvre de la démocratie en Belgique, nous examinerons d'abord les aspects (peu nombreux) de démocratie directe qui existent dans le Royaume, avant de consacrer la plus grande partie de l'exposé à la concrétisation de la démocratie représentative, ce qui nous amènera notamment à aborder des éléments du système électoral belge.

1) La démocratie directe

126. - Réticences – Les instruments de démocratie directe existent en nombre limité dans le régime constitutionnel belge. Ceci s'explique notamment par le fait que la Constitution de 1831 a privilégié un système représentatif qui puise d'ailleurs ses racines dans des institutions antérieures à la naissance du pays³⁹⁶.

On aurait toutefois pu imaginer un développement ultérieur de la démocratie directe, à travers l'instauration de mécanismes tels que le référendum, que la France ou la Suisse – par exemple – auraient pu inspirer. L'existence, en Belgique, de deux grandes communautés, aux aspirations tendanciellement différentes, crée cependant un obstacle important au développement de la démocratie directe au niveau national (aujourd'hui, fédéral). En effet, si une proposition est soumise à l'ensemble des électeurs belges, il existe toujours un risque significatif qu'une des deux communautés la soutienne, contrairement à

³⁹⁶ Voy. J. GILISSEN, *Le régime représentatif en Belgique depuis 1790*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1958 ; voy. également E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, T. I, Bruxelles, société typographique belge, 1844, pp. 184-260, et, par exemple, l'intervention de Camille DE SMET (p. 197) :

« Non, je ne veux pas qu'on prenne pour modèle les démocraties de l'ancienne Grèce concentrée dans l'enceinte d'une seule ville, où le peuple délibérait dans les places publiques, et y votait lui-même la loi. Ce que nous demandons, c'est un gouvernement représentatif conforme à la nature des choses qui tendent au bonheur des hommes, qui protège les bons contre les méchants, où la loi soit au-dessus de la volonté de l'homme, où la volonté de l'homme ne soit jamais substituée à la volonté de la loi ; c'est en un mot, un gouvernement tel que celui dont jouissent les Américains du nord. Sommes-nous donc moins faits qu'eux pour la liberté ? »

l'autre. Dans ce cas, la majorité qui se dégage au niveau national – et qui doit être prise en compte pour prendre une décision ou adopter une norme – ne reflète que la position majoritaire d'une des communautés qui composent le pays³⁹⁷. Si une telle situation venait à se produire régulièrement, sur des questions de société importantes, on assisterait vraisemblablement à des tensions fortes qui susciteraient à tout le moins de l'instabilité politique, voire causeraient des heurts et des débordements plus graves.

En particulier, l'histoire belge a été marquée par l'organisation d'une consultation populaire d'ampleur nationale dans le contexte difficile de la *Question royale*³⁹⁸ que nous avons déjà mentionnée à deux reprises, à savoir aux chapitres sur la *monarchie* et sur le *fédéralisme*. Le 12 mars 1950, les électeurs ont été invités à se prononcer sur la question de savoir s'il était opportun que le Roi Léopold III reprenne l'exercice de ses fonctions royales³⁹⁹. Alors qu'une nette majorité des électeurs flamands s'étaient exprimés en faveur du retour du Roi, la majorité des Wallons et des Bruxellois s'y étaient opposés. Or, considéré sur l'ensemble du pays, le résultat de la consultation populaire amenait à rappeler Léopold III à revenir sur le trône, contre l'avis de la majorité des francophones – minoritaires – du pays. Les mois qui suivirent furent caractérisés par des tensions graves et des heurts qui menèrent notamment au décès de plusieurs manifestants. C'est à la suite de ces événements que le Roi annonça, au milieu de l'été 1950, son renoncement au trône. Plus d'un demi-siècle plus tard, cet épisode hante encore les esprits dans toutes les réflexions sur la démocratie directe en Belgique et est à la source de fortes réticences⁴⁰⁰.

En toutes hypothèses, le référendum et la consultation populaire sont interdits au niveau fédéral, le Conseil d'État ayant par le passé précisé que les articles 33, alinéa 2, 36 et 195 de la Constitution faisaient obstacle à l'instauration de tels mécanismes de démocratie directe⁴⁰¹.

En revanche, des instruments de démocratie directe ont pu être développés à d'autres niveaux de pouvoir, où le risque d'une confrontation entre les deux grandes communautés n'existe pas (ou, du moins, est plus limité⁴⁰²). En vertu de la Constitution belge, des consultations populaires peuvent être organisées au

³⁹⁷ Dans ce contexte, les électeurs flamands, plus nombreux que les électeurs francophones ont une chance supérieure de l'emporter. Voy. dans le même sens M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier/Anthemis, 2014, pp. 103-104.

³⁹⁸ Sur le caractère inconstitutionnel de cette consultation populaire, voy. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier/Anthemis, 2014, p. 149.

³⁹⁹ À ce sujet, voy. aussi *supra*, chapitre 2.

⁴⁰⁰ Voy. « La question de la constitutionnalité des procédés de démocratie directe », extrait de l'avis rendu le 20 mars 2001 par le comité scientifique adjoint à la Commission pour le renouveau politique de la Chambre des représentants et du Sénat, *R.B.D.C.*, 2001, pp. 243 et s.

⁴⁰¹ La section de législation du Conseil d'État l'a ainsi affirmé dans un avis rendu le 15 mai 1985 publié dans *La participation directe du citoyen à la vie politique et administrative. Travaux des XII^e Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 375-413.

⁴⁰² On pense ici au cas de la Région bilingue de Bruxelles-Capitale et des communes bruxelloises.

niveau local (n° XXX) et au niveau régional (n° XXX). Nous y consacrons quelques développements dans les lignes qui suivent.

127. - Consultation populaire locale – Depuis 1999, l'article 41, al. 5, de la Constitution permet l'organisation de consultations populaires dans les matières d'intérêt communal, supracommunal ou provincial⁴⁰³. Un instrument de démocratie directe est donc disponible à l'échelle locale. Il s'agit bien d'une consultation populaire, plutôt que d'un référendum : les autorités locales (par exemple, communales ou provinciales) ne sont pas juridiquement obligées de mettre en œuvre la solution retenue par la majorité des participants à la consultation⁴⁰⁴.

En Région wallonne, la consultation populaire locale communale est prévue par les articles L-1141-1 à L-1141-13 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (CDLD)⁴⁰⁵. La consultation est décidée par le conseil communal, soit de sa propre initiative, soit de l'initiative d'un certain nombre d'habitants de la commune (le conseil communal est obligé de donner suite à l'initiative des habitants – et donc d'organiser la consultation – lorsqu'elle satisfait aux conditions légales)⁴⁰⁶.

Lorsqu'une consultation populaire est organisée, le droit d'y participer est offert à toutes les personnes inscrites ou mentionnées au registre de la population d'une commune (la participation n'est donc pas réservée aux seuls Belges), pour autant qu'elles soient âgées de seize ans accomplis (la participation est donc ouverte à des personnes qui n'ont pas encore atteint l'âge de dix-huit ans requis pour obtenir le droit de vote)⁴⁰⁷. Ces personnes *peuvent* participer à la consultation, mais n'y sont pas obligées ; contrairement au principe qui est appliqué en Belgique pour les élections⁴⁰⁸, la participation aux consultations populaires n'est pas obligatoire⁴⁰⁹. Le taux de participation a en revanche une implication pratique : les règles applicables prévoient que la consultation ne sera dépouillée (c'est-à-dire qu'on ne comptabilisera les votes) que si au moins 10 % des habitants y ont participé⁴¹⁰. Cette règle vise à éviter qu'on puisse donner une valeur

⁴⁰³ Auparavant, une loi du 10 avril 1995 complétant la nouvelle loi communale organisait déjà cette possibilité.

⁴⁰⁴ Sur la distinction entre référendum et consultation populaire, voy. *supra*, n° 59.

⁴⁰⁵ En ce qui concerne la consultation populaire provinciale, voy. les articles L2214-1 et suivants du CDLD qui contiennent des principes similaires.

⁴⁰⁶ 20 % des habitants au moins dans les communes de moins de 15.000 habitants ; 3.000 habitants au moins dans les communes d'au moins 15.000 habitants et de moins de 30.000 habitants ; 10 % des habitants au moins dans les communes d'au moins 30.000 habitants (article 1141-1, § 1^{er}, al. 2, du CDLD).

⁴⁰⁷ En outre, les participants doivent ne pas faire l'objet d'une condamnation ou d'une décision emportant l'exclusion ou la suspension des droits électoraux de ceux qui sont appelés à voter aux élections communales (article L1141-5, § 1^{er}, du CDLD).

⁴⁰⁸ Voy. *infra*, n° XX.

⁴⁰⁹ Article L1141-5, § 5, al. 1^{er}, du CDLD.

⁴¹⁰ Article L1141-5, § 6, du CDLD.

quelconque à un résultat qui reposerait seulement sur l'opinion d'une faible minorité de la population et qui manquerait dès lors de légitimité démocratique.

De telles consultations sont régulièrement organisées. Elles concernent souvent des questions relatives à l'aménagement de l'espace public (installation d'un centre commercial à la place d'un parc, construction d'éoliennes, installation d'une fontaine, *etc.*), mais elles peuvent aussi porter sur d'autres préoccupations (aménagement d'une piscine, gestion des déchets, *etc.*).

128. - Consultation populaire régionale – Depuis la sixième réforme de l'État, la Constitution prévoit en outre la possibilité d'organiser des consultations populaires au niveau régional⁴¹¹. Il revient à chaque Région d'établir, par le biais d'un décret adopté à la majorité spéciale, les modalités de cette consultation. À ce jour, la Région wallonne est la seule entité régionale à avoir concrétisé la possibilité de consulter sa population⁴¹².

On peut déjà indiquer que la Constitution elle-même consacre quelques principes majeurs qui devront être respectés par les législateurs régionaux. La Constitution prévoit la possibilité d'organiser des consultations populaires – pas des référendums qui lieraient les autorités – dans toutes les matières exclusivement attribuées aux organes régionaux, sauf ce qui concerne les budgets, les finances et les questions que les législateurs régionaux ne peuvent eux-mêmes régler qu'à la majorité des deux tiers⁴¹³. Le champ des possibilités est donc relativement large. La Constitution prévoit par ailleurs que la Cour constitutionnelle statue par voie de décision sur chaque consultation populaire régionale, *préalablement* à son organisation⁴¹⁴. Cette dernière règle a un caractère exceptionnel dans le système belge : d'habitude, la Cour constitutionnelle ne se prononce qu'*a posteriori*, sur des normes déjà adoptées par les législateurs⁴¹⁵, alors qu'ici, elle est invitée à intervenir avant qu'une quelconque décision normative ne soit prise. Cela contribue à montrer la prudence avec laquelle on a introduit le mécanisme de la consultation populaire au niveau régional.

Pour sa part, le législateur wallon a donc adopté les modalités plus précises et les étapes nécessaires à la tenue d'une consultation sur son territoire⁴¹⁶.

Premièrement, soit l'initiative de consulter la population vient du parlement, à la majorité simple de ses membres, soit elle émane de citoyens⁴¹⁷. Dans cette dernière hypothèse, la demande doit

⁴¹¹ Article 39bis de la Constitution, introduit en 2014.

⁴¹² Voy. à ce sujet A. HERAUT et A-S. BOUVY, « La consultation populaire en Région wallonne », *R.B.D.C.*, 2019, pp. 3-88.

⁴¹³ Article 39bis de la Constitution.

⁴¹⁴ Article 142, al. 3, de la Constitution. Voy. aussi l'article 30ter de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

⁴¹⁵ À ce sujet, voy. *infra*, chapitre 8.

⁴¹⁶ Décret spécial wallon du 19 juillet 2018 instituant la consultation populaire (*Moniteur belge* du 28 septembre 2018) et décret wallon du 2 mai 2019 relatif à l'organisation de la consultation populaire régionale (*Moniteur belge* du 18 juin 2019). Les deux décrets sont entrés en vigueur le jour de l'installation du Parlement wallon en suite de son renouvellement intégral en 2019 (art. 55 du décret wallon du 2 mai 2019).

⁴¹⁷ Art. 2. du décret spécial wallon du 19 juillet 2018.

être appuyée par au moins 60.000 habitants de la Région wallonne, à la condition qu'elle soit soutenue par au moins 2 % des habitants dans la majorité des circonscriptions électorales pour le Parlement wallon. La question qui fait l'objet de la consultation doit être formulée de manière à ce qu'il puisse n'y être répondu que par l'affirmative ou par la négative.

Deuxièmement, la demande de consultation populaire doit recevoir deux autorisations avant d'être soumise à la population. En premier lieu, le Parlement wallon vérifie, dans les soixante jours de la demande, si les conditions de fond et de recevabilité et de champ d'application exigées par le décret spécial sont satisfaites⁴¹⁸. Ensuite, en cas de vote favorable du Parlement wallon, son Président introduit cette demande de consultation populaire auprès de la Cour constitutionnelle⁴¹⁹.

Troisièmement, en cas de feu vert de la Cour constitutionnelle, deux comités sont constitués, le premier soutenant le « oui », le second en faveur du « non »⁴²⁰. Ils fonctionnent à l'aide d'un fonds nourri par une dotation du Parlement et, éventuellement, par les dons de partis politiques ou de citoyens wallons⁴²¹.

Quatrièmement, la consultation populaire est organisée. Pour pouvoir participer à cette consultation populaire, il suffit d'être inscrit ou mentionné au registre de la population d'une commune située sur le territoire wallon, d'avoir seize ans accomplis et ne pas être privé de ses droits électoraux. Chaque participant a droit, pour chaque question posée, à une voix et au secret de son vote. Contrairement aux élections et de même que les consultations au niveau local, la participation à la consultation populaire n'est pas obligatoire⁴²². En outre, il n'est procédé au dépouillement que si ont participé à la consultation populaire 10 % au moins des habitants et 10 % des habitants dans la majorité des circonscriptions électorales arrêtées pour les élections du Parlement wallon.

2) La démocratie représentative

129. - Inventaire des assemblées élues et règles de composition – Malgré les quelques éléments de démocratie directe que nous avons présentés ci-avant, la démocratie est essentiellement mise en œuvre par le biais de l'élection d'assemblées parlementaires représentatives. Il existe en Belgique, à tous les niveaux de pouvoir, des assemblées composées de membres élus qui exercent un rôle politique fondamental.

Pour entamer l'examen du fonctionnement de la démocratie représentative belge et avant de nous intéresser aux grands principes qui encadrent l'organisation des élections, il convient de dresser l'inventaire des assemblées élues. Pour ce faire, nous procéderons systématiquement en commençant par le niveau communal et en élargissant progressivement la perspective pour atteindre finalement le niveau européen.

130. - Inventaire des assemblées élues et règles de composition : au niveau local – La Belgique est divisée en 581 *communes* (300 en Région flamande, 262 en Région wallonne – dont 9 constituent la région de langue allemande – et 19 en Région de Bruxelles-Capitale). Dans chaque commune, il

⁴¹⁸ Voy. les articles 4 à 7 du décret spécial wallon du 19 juillet 2018.

⁴¹⁹ Art. 9 du décret spécial wallon du 19 juillet 2018.

⁴²⁰ Art. 12 du décret spécial wallon du 19 juillet 2018.

⁴²¹ Art. 13 du décret spécial wallon du 19 juillet 2018.

⁴²² Art. 17 du décret spécial wallon du 19 juillet 2018.

existe un *conseil communal* qui est une assemblée dont les membres sont directement élus par les électeurs qui résident sur le territoire de la commune concernée. Les règles électorales qui encadrent ces élections sont définies par les Régions, ce qui implique qu'elles ne sont pas exactement les mêmes selon la Région considérée⁴²³. Le nombre de membres d'un conseil communal dépend du nombre d'habitants de la commune. On relève qu'en Région wallonne, l'élection des conseillers communaux a une incidence sur la désignation du *bourgmestre*. En effet, est élu de plein droit bourgmestre, le conseiller de nationalité belge qui a obtenu le plus de voix de préférence sur la liste qui a obtenu le plus de voix parmi les groupes politiques qui sont parties au pacte de majorité⁴²⁴ (c'est-à-dire les partis politiques qui ont formé une coalition majoritaire).

Le territoire national comprend par ailleurs dix provinces (cinq en Région flamande⁴²⁵ et cinq en Région wallonne⁴²⁶). Il convient de noter que le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale, avec ses 19 communes, ne fait partie d'aucune province ; il est enclavé dans la province du Brabant flamand dont il ne fait pas partie. Dans chaque province est institué un *conseil provincial* dont les membres sont directement élus par les électeurs qui résident sur le territoire de la province concernée. Les règles électorales qui encadrent ces élections sont également définies par les Régions, chacune pour ce qui les concerne⁴²⁷.

131. - Inventaire des assemblées élues et règles de composition : au niveau fédéré – Les trois *Régions* et les trois *Communautés* – c'est-à-dire les entités fédérées de la Belgique qui ont été présentées *supra* au chapitre 4 – disposent en principe chacune d'un Parlement composé de membres élus⁴²⁸. Nous avons cependant vu que l'ensemble des compétences de la Région flamande sont exercées par la Communauté flamande et qu'il n'existe, au nord du pays, qu'une assemblée parlementaire compétente à la fois pour les compétences communautaires et régionales, à savoir le Parlement flamand. Dès lors, on compte cinq assemblées parlementaires régionales et communautaires : le Parlement wallon, le Parlement de la Communauté française, le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, le Parlement de la Communauté germanophone et le Parlement flamand, déjà cité⁴²⁹. Les membres de ces assemblées sont

⁴²³ Pour ce qui concerne la Région wallonne, voy. les articles L4111-1 et suivants du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

⁴²⁴ Article L1123-4, § 1^{er}, CDLD.

⁴²⁵ Anvers, le Brabant flamand, la Flandre occidentale, la Flandre orientale et le Limbourg (article 5 de la Constitution).

⁴²⁶ Le Brabant wallon, le Hainaut, Liège, le Luxembourg et Namur (article 5 de la Constitution).

⁴²⁷ Pour ce qui concerne la Région wallonne, voy. les articles L4111-1 et suivants du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

⁴²⁸ Article 115 de la Constitution.

⁴²⁹ Pour compléter l'énumération, il convient d'envisager en outre la Commission communautaire commune (COCOM) et la Commission communautaire française (COCOF) qui disposent – comme les parlements précités – de compétences législatives.

directement élus, à l'exception de ceux du Parlement de la Communauté française, qui sont indirectement élus.

Le Parlement wallon est composé de 75 membres qui sont directement élus par les électeurs qui sont domiciliés sur le territoire de la Région wallonne (c'est-à-dire soit en région de langue française, soit en région de langue allemande). Aux fins de cette élection, le territoire wallon est divisé en 13 circonscriptions électorales entre lesquelles les 75 sièges sont répartis proportionnellement au nombre d'habitants de chacune d'entre elles.

Le Parlement de la Communauté germanophone est composé de 25 membres qui sont directement élus par les électeurs qui sont domiciliés dans l'une des neuf communes de la région de langue allemande. Le territoire concerné forme une circonscription unique au sein de laquelle l'ensemble des membres du Parlement est élu.

Le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale est quant à lui composé de 89 membres qui sont directement élus par les électeurs domiciliés sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale. L'élection est organisée dans une circonscription unique dans laquelle se présentent tant des listes francophones que des listes néerlandophones. La répartition des sièges du Parlement entre le groupe linguistique français et le groupe linguistique néerlandais est fixée par la loi : 72 sièges reviennent au premier et 17 au second⁴³⁰. Cette clé de répartition est rigide, ce qui implique qu'elle n'évolue pas en fonction des résultats des élections et de la répartition entre les voix attribuées à des listes francophones et de celles attribuées à des listes néerlandophones. De cette façon, les électeurs qui accordent leur confiance à des listes néerlandophones disposent d'une représentation assurée qui correspond à près de 20 % des sièges (17 sièges sur 89 correspondent à 19,1 %), alors que ces électeurs constituent en réalité une part plus faible de l'électorat régional bruxellois (les électeurs ayant opté pour une liste attachée au groupe linguistique néerlandais représentaient environ 11,5 % aux élections de mai 2014⁴³¹).

Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale

89 sièges

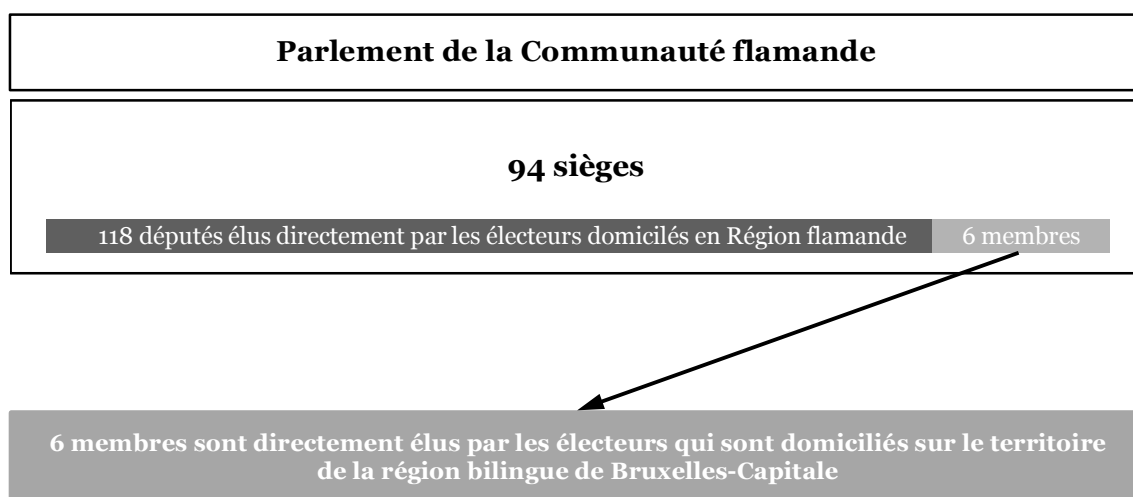
17 membres néerl.

72 membres fr.

⁴³⁰ Article 20, § 2, al. 1^{er}, de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises.

⁴³¹ Selon les chiffres officiels fournis par le SPF Intérieur, 53.379 électeurs ont exprimé un suffrage en faveur d'une des listes attachées au groupe linguistique néerlandais. Ils représentent 11,54 % des 462.427 électeurs qui avaient déposé un vote valable à l'occasion de cette élection.

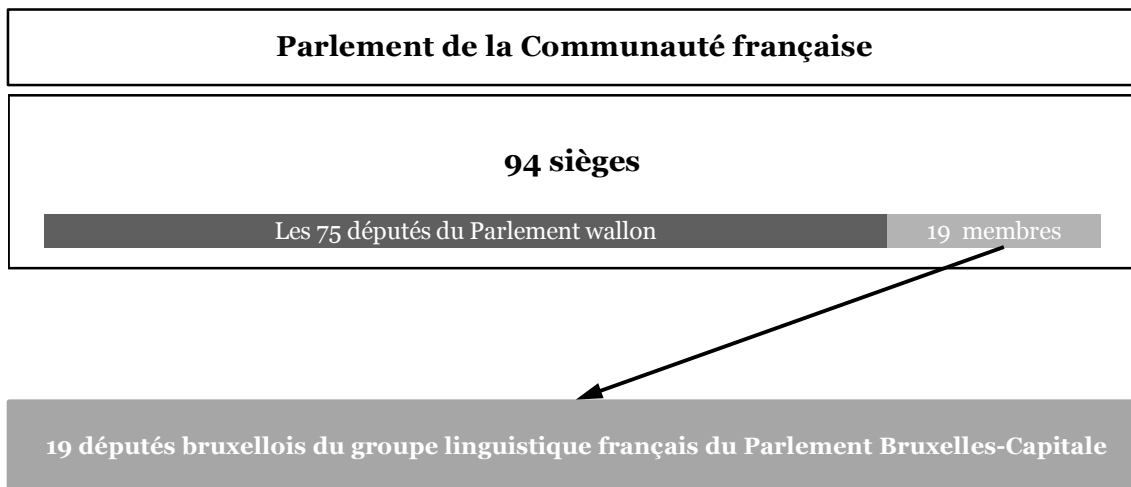
Le Parlement flamand est composé de 124 membres. Parmi ceux-ci, 118 sont directement élus par les électeurs domiciliés sur le territoire de la région de langue néerlandaise. À cette fin, le territoire de chaque province flamande forme une circonscription électorale distincte ; il y a donc cinq circonscriptions en tout. Par ailleurs, six autres membres sont directement élus par les électeurs qui sont domiciliés sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-Capitale et qui n'ont pas choisi de voter en faveur de listes attachées au groupe linguistique français à l'occasion de l'élection des membres du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale (qui a lieu le même jour)⁴³².



Enfin, le Parlement de la Communauté française n'est pas directement élu, c'est-à-dire que les citoyens électeurs ne sont jamais invités à désigner les membres qui le composent. Toutefois, les membres de ce Parlement sont bien des personnes qui ont été élues par les électeurs, mais à un autre titre. En effet, le Parlement de la Communauté française est composé de 94 membres qui sont, d'une part, les 75 membres du Parlement wallon et, d'autre part, 19 députés élus par le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale en son sein⁴³³.

⁴³² Article 14, al. 2, de la loi spéciale relative aux institutions bruxelloises.

⁴³³ Article 24, § 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.



132. - Inventaire des assemblées élues et règles de composition : au niveau fédéral – Au *niveau fédéral*, la Belgique est caractérisée par un système parlementaire bicaméral, avec une chambre basse, la Chambre des représentants, et une chambre haute, le Sénat. Depuis 2014, seule la première est directement élue par les électeurs, tandis que la seconde est principalement composée de membres issus des parlements régionaux et communautaires.

La *Chambre des représentants* est composée de 150 membres⁴³⁴. Leur élection est organisée sur la base d’onze circonscriptions : dix correspondent aux territoires respectifs des dix provinces, tandis que la onzième est alignée sur le territoire (hors province) de la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Les 150 sièges sont répartis entre ces circonscriptions en fonction du nombre d’habitants ; la moins peuplée – celle du Luxembourg – reçoit quatre sièges, tandis que la plus peuplée – celle d’Anvers – en compte 24⁴³⁵. Les 150 députés sont également répartis en un groupe linguistique francophone et un groupe linguistique néerlandophone. Un membre appartient au groupe linguistique francophone ou au groupe linguistique néerlandophone lorsque la circonscription électorale où il a été élu fait partie successivement de la région de langue française ou de la région de langue néerlandaise. Par contre, la langue des élus de l’arrondissement de Bruxelles-capitale dans laquelle ils formulent en premier leur prestation de serment détermine leur affiliation linguistique. Les nombreux peuvent donc changer légèrement d’une législature à l’autre. Sous la législature 2019-2024, le groupe linguistique flamand compte 89 députés et le groupe linguistique francophone 61 députés.

⁴³⁴ Article 63, al. 1^{er}, de la Constitution.

⁴³⁵ Arrêté royal du 31 janvier 2013 portant répartition des membres de la Chambre des représentants entre les circonscriptions électorales (*Moniteur belge* du 14 février 2013).

Chambre des représentants

150 sièges

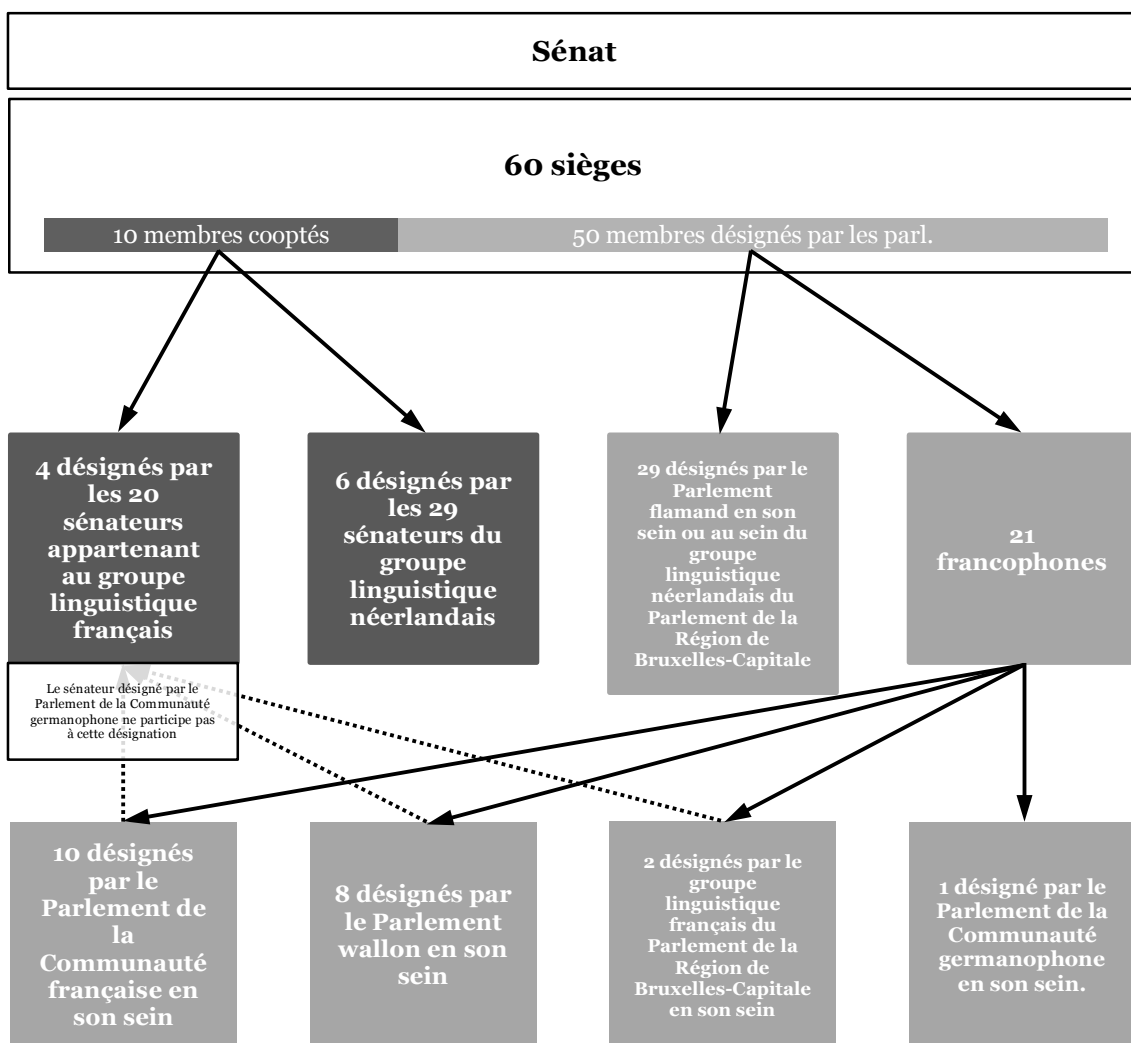
89 membres néerl.

61 membres fr.

Le *Sénat* contemporain compte 60 membres. Parmi eux, 50 sont désignés par d'autres parlements, selon la répartition suivante : 29 sont désignés par le Parlement flamand en son sein ou au sein du groupe linguistique néerlandais du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, dix sont désignés par le Parlement de la Communauté française en son sein, huit sont désignés par le Parlement de la Région wallonne en son sein, deux sont désignés par le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale en son sein et un est désigné par le Parlement de la Communauté germanophone en son sein⁴³⁶. Les dix autres sénateurs sont désignés en application de la technique de la cooptation, c'est-à-dire qu'ils sont choisis par les sénateurs déjà nommés qu'ils sont appelés à rejoindre⁴³⁷. Plus précisément, six sénateurs sont choisis par les 29 sénateurs désignés par le Parlement flamand et forment avec eux le groupe linguistique néerlandais du Sénat, tandis que quatre autres sénateurs sont choisis par les 20 sénateurs francophones (c'est-à-dire les dix désignés par le Parlement de la Communauté française, les huit désignés par le Parlement wallon et les deux désignés par le groupe linguistique français du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale) et forment avec eux le groupe linguistique français du Sénat. Le sénateur désigné par le Parlement de la Communauté germanophone ne participe pas aux opérations de cooptation.

⁴³⁶ Article 67, § 1^{er}, 1^o à 5^o, de la Constitution.

⁴³⁷ Article 67, § 1^{er}, 6^o et 7^o, de la Constitution.



133. - Inventaire des assemblées élues et règles de composition : au niveau européen – Enfin, les électeurs domiciliés en Belgique sont aussi invités à élire une partie des membres du Parlement européen (voy *infra*). Plus précisément, la Belgique envoie 21 représentants au Parlement européen sur les 705 membres que compte cette assemblée. Les 21 sièges disponibles sont répartis en trois groupes (qui correspondent à trois collèges électoraux⁴³⁸) : douze sont réservés à des élus néerlandophones, huit à des élus francophones et un à un élu germanophone. Les électeurs qui sont domiciliés sur le territoire de la région de langue néerlandaise ne peuvent choisir que parmi les listes néerlandophones, de même que ceux qui sont domiciliés sur le territoire de la région de langue française ne peuvent choisir que parmi les listes francophones. Les électeurs qui sont domiciliés en région bilingue de Bruxelles-Capitale bénéficient d'un choix plus ouvert, puisqu'ils peuvent choisir entre l'une et l'autre catégories de listes.

⁴³⁸ Voy. l'article 10 de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen (*Moniteur belge* du 25 mars 1989).

Enfin, les électeurs qui sont domiciliés en région de langue allemande ne peuvent choisir qu'entre les différents candidats qui se présentent spécifiquement à eux. En ce qui concerne ce dernier cas, il convient d'insister sur le fait que ce ne sont pas de véritables listes qui sont proposées aux électeurs germanophones, mais des candidatures individuelles (certes souvent soutenues par des partis), étant donné qu'il n'y a qu'un siège à pourvoir.

134. - Rythme des élections – Le rythme des élections, c'est-à-dire la fréquence à laquelle elles sont organisées, est une donnée essentielle d'un système démocratique. La démocratie (représentative) ne se conçoit que si un renouvellement des organes dont les membres sont élus est prévu selon des intervalles raisonnables⁴³⁹.

Cette condition est respectée en Belgique où les assemblées élues sont renouvelées tous les cinq ou six ans, selon le cas.

L'intervalle de six ans est appliqué aux conseils communaux et aux conseils provinciaux. Le renouvellement de ces organes locaux est organisé simultanément dans tout le pays le deuxième dimanche d'octobre des années dont les deux derniers chiffres forment un nombre divisible par six (2000, 2006, 2012, 2018, 2024, *etc.*).

L'intervalle de cinq ans concerne la Chambre des représentants, les parlements des Régions et des Communautés, ainsi que le Parlement européen. Depuis 1999, les élections régionales et communautaires coïncident systématiquement avec les élections européennes (1999, 2004, 2009, 2014, 2019, *etc.*). La synchronisation de ces deux types d'élections est relativement aisée à mettre en œuvre, car les assemblées concernées – le Parlement européen, d'une part, les parlements des régions et des communautés, d'autre part – sont indissolubles et ne connaissent donc jamais d'élections anticipées. On a par conséquent la garantie que (sauf réforme complète du système) ces élections continueront à avoir lieu en même temps, tous les cinq ans, dans le futur. Le cas de la Chambre des représentants est un peu plus complexe à cet égard. Depuis 2014, à la suite de la sixième réforme de l'État, cette assemblée doit être renouvelée tous les cinq ans (au lieu de tous les quatre ans, comme c'était le cas précédemment). Par ailleurs, le dernier renouvellement de la Chambre des représentants a été organisé le 26 mai 2019, c'est-à-dire à la même date que l'élection des membres des parlements régionaux et communautaires et du Parlement européen. Dès lors, les renouvellements futurs de la Chambre devraient aussi avoir lieu, tous les cinq ans, en même temps que les élections régionales, communautaires et européennes, ce qui assurerait une synchronisation pérenne des différents scrutins⁴⁴⁰. Cependant,

⁴³⁹ En ce sens, voy. l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme.

⁴⁴⁰ C'est d'ailleurs ce que prévoit l'article 65, alinéa 3, de la Constitution, qui n'entrera toutefois en vigueur qu'à condition qu'une loi spéciale soit adoptée (voy. la disposition transitoire de l'article 65).

contrairement aux parlements régionaux, communautaires et européen, la Chambre des représentants peut, à certaines conditions, être dissoute en cours de législature⁴⁴¹, ce qui implique alors l'organisation d'élections anticipées. Si cette hypothèse venait à se réaliser, la synchronisation des élections fédérales avec les autres serait remise en cause. Une nouvelle disposition de la Constitution – qui n'est cependant à ce jour pas encore entrée en vigueur⁴⁴² – prévoit une solution à ce problème : l'article 46, alinéa 6, dispose qu'en cas de dissolution anticipée, la nouvelle législature fédérale ne pourra pas courir au-delà du jour des premières élections pour le Parlement européen suivant cette dissolution.

135. - Conditions d'électorat – Le droit détermine les conditions auxquelles il convient de satisfaire pour être électeur, c'est-à-dire pour pouvoir participer au choix des représentants. La Belgique met en œuvre le suffrage universel, c'est-à-dire que les gouvernés sont en principe tous admis à prendre part aux élections politiques. Il n'empêche que les contours précis de l'électorat sont définis par certaines règles qui viennent nuancer ce principe. Certaines conditions sont communes à toutes les élections organisées en Belgique ; sur d'autres points, il y a des variations en fonction du niveau de pouvoir considéré⁴⁴³.

Deux conditions doivent être en tous cas rencontrées : la qualité d'électeur est réservée aux personnes qui sont âgées de dix-huit ans accomplis⁴⁴⁴ et qui jouissent de leurs droits civils et politiques. La portée de la première règle est facile à comprendre ; la seconde signifie que certains individus peuvent être privés de leur droit de vote dans certaines hypothèses (soit parce qu'ils subissent une condamnation pénale qui prévoit cette peine particulière⁴⁴⁵, soit parce qu'ils ont été déclarés incapables d'exercer leurs droits politiques en vertu de l'article 492/1 du Code civil ou internés en application de la loi du 5 mai 2014⁴⁴⁶).

En outre, il est, dans la plupart des cas, nécessaire d'être Belge (condition de nationalité)⁴⁴⁷ et d'avoir son domicile sur le territoire concerné par le niveau de pouvoir dont il s'agit d'élire un organe (condition de domicile)⁴⁴⁸. Cependant, ces

⁴⁴¹ Voy. *infra*, le chapitre sur le parlementarisme.

⁴⁴² Voy. l'alinéa 1^{er} de la disposition transitoire de l'article 46.

⁴⁴³ Voy. sur ce point X. MINY, H. ORBAN et S. VANDENBOSCH, « Les conditions d'électorat », in : F. BOUHON et M. REUCHAMPS, *Les systèmes électoraux de la Belgique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 141-172

⁴⁴⁴ Voy. not. l'article 61, alinéa 1^{er}, de la Constitution et l'article 24bis, § 1^{er}, 3^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

⁴⁴⁵ Voy. les articles 6 et 7, 2^o, du Code électoral.

⁴⁴⁶ Voy. l'article 7, 1^o, du Code électoral.

⁴⁴⁷ Voy. not. l'article 61, alinéa 1^{er}, de la Constitution, qui réserve le droit de vote pour la Chambre des représentants aux « citoyens » et l'article 8, alinéa 2, de la Constitution. Voy. aussi l'article 24bis, § 1^{er}, 1^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

⁴⁴⁸ Il faut par exemple avoir son domicile sur le territoire de la commune pour pouvoir être électeur des membres du conseil communal de cette commune (article 1^{er}, § 1^{er}, 3^o, de la loi électorale communale). Dans la même logique, il faut avoir son domicile dans l'une des communes faisant partie du territoire de la Région wallonne pour pouvoir être électeur des membres du Parlement wallon (article 24bis, § 1^{er}, 4^o, b), de la loi spéciale de réformes institutionnelles).

règles connaissent des exceptions pour certains niveaux de pouvoir. Ainsi, les étrangers sont admis comme électeurs pour les élections communales⁴⁴⁹. Par ailleurs, les ressortissants d'autres États membres de l'Union européenne peuvent participer à l'élection des membres du Parlement européen qui est organisée en Belgique⁴⁵⁰. En ce qui concerne la condition de domicile, une exception existe pour la Chambre des représentants : les Belges expatriés, qui sont inscrits aux registres de la population tenus dans les postes consulaires de carrière sont aussi électeurs⁴⁵¹. Il convient également de relever que les Belges expatriés peuvent être admis en Belgique comme électeur des membres du Parlement européen⁴⁵².

136. - Conditions d'éligibilité – Les conditions d'éligibilité, c'est-à-dire celles auxquelles il faut satisfaire pour pouvoir se présenter comme candidat aux élections, sont largement similaires aux conditions d'électorat que nous venons d'envisager. Quelques différences apparaissent toutefois⁴⁵³.

Trois conditions s'imposent à tous les niveaux de pouvoir : seuls les personnes âgées de dix-huit ans accomplis, qui jouissent de leurs droits civils et politiques et qui résident sur le territoire concerné par le niveau de pouvoir dont il s'agit d'élire un organe, peuvent être candidat à l'élection⁴⁵⁴. On observe donc que, contrairement à ce que nous avons vu pour les conditions d'électorat, il n'existe pas d'exception à la condition de domicile (les Belges expatriés ne peuvent donc pas être candidats à un siège de la Chambre des représentants)⁴⁵⁵.

La quatrième condition – être Belge – est exigée en principe à tous les niveaux de pouvoir. Toutefois, les ressortissants d'un autre État membre de l'Union européenne sont éligibles au conseil communal de la commune dans laquelle ils sont domiciliés⁴⁵⁶. Les ressortissant d'un autre État membre de l'Union peuvent aussi être candidats au Parlement européen sur les listes belges⁴⁵⁷.

137. - Caractère secret du vote – En Belgique, le vote est secret, c'est-à-dire que les électeurs expriment leur vote dans des conditions qui ne permettent pas

⁴⁴⁹ Article 1^{er}bis et 1^{er}ter de la loi électorale communale.

⁴⁵⁰ Article 1^{er}, § 2, 2^o, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen.

⁴⁵¹ Article 1^{er}, § 1^{er}, 3^o, du Code électoral.

⁴⁵² Pour les Belges établis dans un État membre de l'Union, voy. l'article 1^{er}, § 2, 1^o, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen ; pour les Belges établis dans un autre État, voy. l'article 1^{er}, § 1^{er}, 3^o, de la même loi.

⁴⁵³ Voy. sur ce point N. BANNEUX et A. ERNOUX, « Les conditions d'éligibilité », in : F. BOUHON et M. REUCHAMPS, *Les systèmes électoraux de la Belgique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 173-191.

⁴⁵⁴ Voy., pour la Chambre des représentants, l'article 64 de la Constitution.

⁴⁵⁵ Il est vrai que l'article 41, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen prévoit que les candidats doivent avoir leur domicile dans un des États membres de l'Union, donc pas nécessairement en Belgique. Il ne s'agit toutefois pas, dans ce cas, d'une véritable exception, puisque les candidats concernés sont établis, certes hors de Belgique, mais tout de même sur le territoire régi par les institutions européennes

⁴⁵⁶ Article 65, alinéa 1^{er}, de la loi électorale communale.

⁴⁵⁷ Article 41, alinéa 1^{er}, 1^o, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen.

d'identifier les préférences de chacun. Cette règle, qui assure ainsi l'anonymat des électeurs, a une grande vertu : elle donne à chacun l'opportunité de poser un choix politique sincère, qui peut être exprimé à l'abri du regard d'autrui et des pressions (physiques, morales, financières, etc.) qui pourraient, à défaut de cette règle essentielle, pousser l'électeur à voter pour un candidat ou un parti qui ne correspond pas à sa véritable préférence.

Le secret du vote est dans cette optique un principe majeur qui permet d'endiguer la corruption électorale : en empêchant l'électeur de pouvoir prouver le contenu de son vote, il compromet fortement toute tentative qui consisterait à corrompre l'électeur, à le payer pour qu'il vote pour tel ou tel candidat.

En ce qui concerne l'élection des membres de la Chambre des représentants, la Constitution elle-même prévoit, depuis 1920, que le vote est secret⁴⁵⁸. La règle est reprise dans d'autres dispositions pour ce qui concerne les autres niveaux de pouvoir⁴⁵⁹.

138. - Caractère obligatoire du vote – Depuis 1893, l'article 62, alinéa 3, de la Constitution (autrefois l'article 48, alinéa 2) prévoit que « le vote est obligatoire (...) »⁴⁶⁰. Cette règle, introduite en même temps que le principe du suffrage universel masculin tempéré par le vote plural, devait aussi favoriser la participation aux élections⁴⁶¹.

Pour mesurer la signification concrète de l'introduction du vote obligatoire en Belgique, il est utile de jeter un regard sur le taux d'absentéisme au XIX^e siècle. On constate alors que les électeurs censitaires n'étaient pas toujours enclins à exercer leur privilège : selon les scrutins, la part des absents représentait généralement entre 25 et 30 % de l'électorat et atteignait parfois 80 % aux élections partielles⁴⁶². Face à ces données, le gouvernement dirigé par Beernaert craignait que les électeurs conservateurs – notamment ceux qui disposaient déjà du droit de vote avant la

⁴⁵⁸ Article 62, alinéa 3.

⁴⁵⁹ Voy. not. l'article 26bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles ou l'article L4111-1, alinéa 1^{er}, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

⁴⁶⁰ Modification de la Constitution du 7 septembre 1893 (*Moniteur belge* du 9 septembre 1893). L'obligation de vote avait déjà fait l'objet de propositions parlementaires depuis 1858 (P. LEVERT, « Le vote obligatoire », in : Centre de droit public de l'ULB, *Les élections dans tous leurs États*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 103-119, ici p. 103).

⁴⁶¹ C'était là, selon le chef de cabinet Auguste Beernaert, un objectif à promouvoir pour assurer l'expression véritable de la volonté nationale :

« [le régime parlementaire] repose sur la volonté nationale exprimée par ceux qui sont appelés à exercer ce droit. Mais, pour que la loi soit l'expression de la volonté nationale, pour que ceux qui ont à la faire la représentent exactement, il faut que cette volonté s'exprime, qu'elle soit manifeste, qu'elle soit connue, et, évidemment, elle ne l'est pas si les électeurs négligent de se rendre au scrutin. Non seulement alors la volonté nationale n'est pas connue, mais de trop nombreuses abstentions peuvent en fausser l'expression en déplaçant la majorité » (Ch. repr., *Annales parlementaires*, séance du 30 mai 1893, p. 1540).

⁴⁶² J. GILISSEN, *Le système représentatif en Belgique depuis 1790*, Bruxelles, La renaissance du livre, 1958, pp. 108-109. Voy. aussi J. GERARD-LIBOIS, « Élections et électeurs en Belgique », *Dossiers du CRISP*, 1990, n° 31, p. 9. Même pour l'élection du Congrès National, en 1830, le taux de participation n'était que d'environ 30.000 votants pour 46.099 électeurs, soit 65 % (R. VAN EENO, « De evolutie van de kieswetgeving in België van 1830 tot 1919 », *Tijdschrift voor Geschiedenis*, 1979, pp. 333-352, ici p. 335).

réforme – n’usent pas assez de leur droit, ce qui aurait profité aux « excessifs et [aux] violents, qui, eux, n’ont jamais besoin d’être poussés à se rendre au scrutin »⁴⁶³. Conçue comme un instrument permettant de garantir l’expression de la volonté nationale grâce à la participation de tous les électeurs, l’obligation de vote était donc aussi, de l’aveu explicite du gouvernement, une mesure conservatrice⁴⁶⁴. La gauche socialiste était cependant également partisane du vote obligatoire, considérant que le suffrage était à la fois un droit et un devoir⁴⁶⁵. Les élites politiques de l’époque y trouvaient par ailleurs un avantage pragmatique : ils ne seraient plus amenés, comme cela se faisait jusqu’alors, à déployer des efforts et à dépenser des sommes considérables – notamment sous la forme de frais de déplacement ou de repas – pour inciter les électeurs, désormais obligés, à se déplacer au lieu du vote⁴⁶⁶.

En 1893, la Belgique fut ainsi le premier pays du monde à imposer l’obligation de vote au niveau national⁴⁶⁷. Les électeurs ne sont cependant nullement tenus de se prononcer en faveur d’un des candidats ou partis qui se présentent : leur obligation se limite à déposer dans l’urne un bulletin qui peut, le cas échéant, être blanc ou nul⁴⁶⁸.

La règle est consacrée par la Constitution pour ce qui concerne la Chambre des représentants⁴⁶⁹ et par d’autres dispositions pour les autres niveaux de pouvoir⁴⁷⁰.

139. - Scrutin proportionnel – La Belgique connaît, à tous les niveaux de pouvoir, l’application, lors des élections, d’un mode de scrutin proportionnel. Cela signifie, comme nous l’avons vu, que les sièges des différentes assemblées sont répartis entre les listes (les partis) proportionnellement à la part des suffrages que chaque liste a obtenue⁴⁷¹.

Plus précisément, parmi les différents modèles de scrutin proportionnel disponibles, c’est la formule « d’Hondt »⁴⁷² qui est en principe mise en œuvre en Belgique⁴⁷³. Par dérogation, en ce qui concerne les élections communales, la répartition des sièges est organisée en application du système « Imperiali »⁴⁷⁴. Cette formule tend à donner un avantage supplémentaire aux listes les plus fortes,

⁴⁶³ Ch. repr., *Annales parlementaires*, séance du 30 mai 1893, p. 1540.

⁴⁶⁴ Ch. repr., *Annales parlementaires*, séance du 30 mai 1893, p. 1540. Le taux de participation passa ainsi de 48% en 1892 à 94,6% en 1894. L. VANMAERCKE, « Obligation ou droit de vote », *La Revue Politique*, 1993, liv. 2, pp. 63-78, ici p. 65.

⁴⁶⁵ X. MABILLE, *Nouvelle histoire politique de la Belgique*, Bruxelles, CRISP, 2011, p. 171.

⁴⁶⁶ J. STENGERS, « Histoire de la législation électorale en Belgique », *Revue belge de philologie et d’histoire*, 2004, pp. 247-270, ici p. 268.

⁴⁶⁷ J. STENGERS, « Histoire de la législation électorale en Belgique », *Revue belge de philologie et d’histoire*, 2004, pp. 247-270, ici p. 268. On relève qu’aujourd’hui l’obligation vaut non seulement pour les élections législatives fédérales, qui nous intéressent ici au premier plan, mais aussi pour toutes les élections politiques organisées dans le pays.

⁴⁶⁸ M. KAISER, « Les enjeux et les perspectives de l’obligation de vote », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1998, pp. 245-265, ici pp. 248-249.

⁴⁶⁹ Article 62, alinéa 3.

⁴⁷⁰ Voy. not. l’article 26bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles ou l’article L4111-1, alinéa 1^{er}, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation.

⁴⁷¹ Voy. *supra*, n° XXX.

⁴⁷² Voy. *supra*, présent chapitre, n° XXX.

⁴⁷³ Voy. l’article 167 du Code électoral.

⁴⁷⁴ Voy. *supra*, présent chapitre, n° XXX.

qui bénéficient d'un effet de surreprésentation plus marqué que dans le cadre du système d'Hondt. Cela contribue à faire apparaître des majorités absolues détenues par un seul parti au sein de certaines communes.

Selon le cas, l'élection est organisée dans une circonscription unique ou dans le cadre de circonscriptions multiples. La première hypothèse est par exemple rencontrée dans le cas des élections communales ou de l'élection du Parlement de la Communauté germanophone : tous les membres de l'assemblée (les conseils communaux ou le Parlement de cette Communauté) sont élus par l'ensemble des électeurs concernés. Dans la seconde hypothèse, les sièges disponibles sont répartis entre plusieurs circonscriptions électorales géographiquement délimitées, de sorte que les électeurs qui ont leur domicile sur le territoire d'une circonscription donnée choisissent ensemble un contingent des membres de l'assemblée à élire, indépendamment des électeurs domiciliés dans les autres circonscriptions. On se trouve dans cette situation pour l'élection des membres de la Chambre des représentants, du Parlement wallon, du Parlement flamand ou encore des conseils provinciaux⁴⁷⁵.

140. - Innovation en Communauté germanophone : Conseil citoyen et assemblées citoyennes – Les développements que nous venons d'opérer précédemment doivent être complétés pour ce qui concerne la Communauté germanophone. En effet, celle-ci a instauré en 2019, à côté de ses institutions classiques, un nouveau système, officiel et permanent, de consultation des citoyens, basé sur le tirage au sort⁴⁷⁶.

Il y a d'abord un *conseil (Bürgerrat)* ⁴⁷⁷, composé de 24 citoyens désignés par le hasard parmi les citoyens qui ont préalablement participé à une assemblée citoyenne. Ils siègent durant 18 mois, à côté du parlement. Après l'expiration du mandat, les membres en exercice sont remplacés par de nouveaux représentants issus des assemblées citoyennes précédentes. Ce changement intervient tous les six mois pour un tiers du total des vingt-quatre mandats. Leur mission principale consiste à organiser les débats et les désignations des assemblées citoyennes.

Les *assemblées citoyennes (Bürgerversammlungen)* ⁴⁷⁸ sont convoquées ponctuellement en vue d'élaborer des recommandations sur un thème particulier fixé par le conseil⁴⁷⁹. C'est ce dernier qui fixe la durée des débats ainsi que le nombre de panélistes, compris entre 25 et 50, pour chaque assemblée. Le conseil fixe également les modalités et les conditions du tirage au sort pour la sélection des participants à une assemblée citoyenne. Par année civile, ce sont entre une et trois assemblées citoyennes qui sont convoquées.

⁴⁷⁵ En ce qui concerne l'élection du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, il n'existe, à proprement parler, qu'une seule circonscription électorale, qui correspond à l'intégralité du territoire régional. Toutefois, il existe bien deux collèges électoraux distincts, puisque les électeurs peuvent choisir entre les listes francophones (auxquelles 72 sièges sont réservés) et les listes néerlandophones (auxquelles 17 sièges sont réservés). À la différence des circonscriptions, les collèges ne sont pas organisés sur une base territoriale : on peut opter pour l'un ou l'autre groupe linguistique où qu'on se trouve sur le territoire régional.

⁴⁷⁶ Décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019 instituant un dialogue citoyen permanent en Communauté germanophone (*Moniteur belge* du 12 avril 2019).

⁴⁷⁷ Art. 4 du décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019.

⁴⁷⁸ Art. 3 du décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019.

⁴⁷⁹ Art. 7 du décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019.

Enfin, un *secrétariat permanent (Ständiger Sekretär)*, c'est-à-dire un membre du personnel de l'administration du Parlement, préparera les réunions et les auditions des experts tout en veillant au respect des procédures⁴⁸⁰.

Sans que l'on puisse parler, à ce stade, d'une nouvelle chambre du parlement et remette en cause le caractère représentatif, par le biais de l'élection, des institutions germanophones⁴⁸¹, ce dispositif est relativement inédit en Belgique, voire en Europe. Le parlement de la Communauté germanophone doit par ailleurs, si un thème recueille une certaine quantité de votes, se saisir du sujet et, s'il ne suit pas les recommandations de l'assemblée citoyenne, fournir une justification motivée⁴⁸². Le premier conseil citoyen a été installé le 16 septembre 2019⁴⁸³.

⁴⁸⁰ Art. 5 du décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019.

⁴⁸¹ L'assemblée tirée au sort ne prendra pas de décision : il reviendra toujours aux élus de le faire.

⁴⁸² Art. 9 et 10 du décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019.

⁴⁸³ Ce tout premier conseil est composé conformément à l'article 14 du décret de la Communauté germanophone du 25 février 2019.

CHAPITRE 6 - L'ÉQUILIBRE ET L'EXERCICE DES POUVOIRS

141. - Introduction du chapitre – En Belgique, le pouvoir ne se trouve pas concentré dans les mains d'une seule personne ou d'un organe unique ; au contraire, la Constitution a fragmenté l'exercice de la souveraineté en érigeant une structure qui s'articule principalement sur l'existence de trois pouvoirs : le pouvoir *législatif*, le pouvoir *exécutif* et le pouvoir *judiciaire*. Ces trois pouvoirs sont en charge de tâches différentes, et leurs actions peuvent se compléter, se croiser, se court-circuiter et s'annuler, et ce afin qu'un contrôle mutuel s'opère et que les risques d'abus de pouvoir soient limités. La Belgique a, de cette manière, consacré un principe relatif de *séparation des pouvoirs*.

Le Royaume de Belgique partage ce trait avec de nombreux autres États dans le monde. Le principe de séparation des pouvoirs est en effet régulièrement évoqué dans les droits nationaux, mais aussi en droit européen et en droit international⁴⁸⁴. Il nous paraît dès lors nécessaire de revenir aux notions fondamentales. Cela sera l'occasion d'examiner l'origine du principe de séparation des pouvoirs, d'étudier sa portée et de développer une réflexion sur un concept souvent affirmé, mais également critiqué et relativisé⁴⁸⁵. Notre réflexion se poursuivra, à l'instar des précédents chapitres, par l'étude de la situation en droit belge : nous examinerons comment les trois pouvoirs sont articulés et comment leur exercice est organisé.

A.- CONSIDERATIONS GÉNÉRALES

142. - Définition de la notion de pouvoir – Si l'État se présente comme une seule et même entité juridique, ses décisions et actes normatifs ne proviennent

⁴⁸⁴ Voy. C.J.U.E., arrêt du 26 mai 2005, *Tralli c. Banque centrale européenne (BCE)*, aff. C-301/02, *Recueil de la jurisprudence de la Cour*, I-4071, point 46 et C.J.U.E., ordonnance du 18 avril 2013, *Amend*, aff. C-413/11, point 16.

⁴⁸⁵ Voy. ainsi, en guise d'exemple, M. TROPER, *La Séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française (1973)*, Paris, LGDJ, 1980, 251 pages et, sur cette thèse, voy. O. BEAUD, « Michel Troper et la séparation des pouvoirs », *Droits*, 2003/1, n° 37, pp. 149-172 ; A. PARIENTE (sous la dir. de), *La séparation des pouvoirs – Théorie contestée et pratique renouvelée*, Paris, Dalloz, 2006, 160 pages ; S. BAUME et B. FONTANA (sous la dir. de.), *Les Usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiard Éditeur, 2008, 192 pages ; J.-P. FELDMAN, « La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme. Mythes et réalités d'une doctrine et de ses critiques », *Revue française de droit constitutionnel* 2010, pp. 483 à 496 et M. BARBERIS, « La séparation des pouvoirs », in : M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel*, t. I, Théorie de la Constitution, Paris, Dalloz, 2012, pp. 706-732.

pas d'une seule autorité. En un sens, les attributs de la souveraineté étatique sont démembrés et distribués entre différents organes.

On trouve ceci dit peu de définition du concept de *pouvoir* dans les ouvrages de droit public qui, généralement, en viennent sans ambages à l'exposé de la *séparation des pouvoirs*. Un dictionnaire usuel, en l'occurrence le *Larousse*, désignera en premier lieu le *pouvoir* comme la capacité qu'a quelque chose ou quelqu'un de produire certains effets ou de faire quelque chose. Le dictionnaire juridique *Cornu* le désigne quant à lui comme l'« [e]nsemble des compétences juridique et des capacités matérielles de l'État ; [la] compétence suprême permettant de contrôler l'exercice des autres »⁴⁸⁶. Dans cette perspective, l'identification des « pouvoirs » de l'État consiste à délimiter des ensembles homogènes d'activités exercées par l'État. Séparer les pouvoirs, c'est précisément fractionner la puissance publique en grandes *fonctions*⁴⁸⁷ et attribuer chacune à un ou plusieurs titulaires ou organes.

Cette précision sémantique étant faite, nous devons bien remarquer que le mot « pouvoir » désigne parfois, dans la littérature, l'organe qui est titulaire de la fonction. La vigilance est de mise lorsque, par facilité, un auteur désigne le Parlement comme « le » pouvoir législatif alors qu'il n'en est que le titulaire, parfois même l'un des titulaires.

1) La division tripartite des Pouvoirs

143.- La fragmentation du pouvoir : une histoire ancienne – Contrairement à une idée largement répandue, le Baron de Montesquieu⁴⁸⁸, même s'il a fortement pesé, par ses écrits, sur la compréhension moderne de la répartition des prérogatives étatiques en *trois* Pouvoirs distincts, n'est pas le premier à y avoir songé. Dans les *Lois*, Platon estime par exemple que « le législateur ne doit pas constituer de pouvoirs qui ne s'équilibrent pas du fait de leur mélange »⁴⁸⁹ tandis qu'Aristote, dans *La Politique*⁴⁹⁰, a mis en avant les composantes de l'État, à savoir l'assemblée générale délibérant sur les affaires publiques, l'ensemble des magistrats et le corps judiciaire.

Ainsi, l'idée selon laquelle il est préférable, dans la mesure où l'on entend limiter la capacité des autorités à abuser du pouvoir, de partager les missions étatiques entre des individus ou des organes n'est donc pas foncièrement neuve. On peut remonter loin dans l'histoire de l'humanité et observer le développement

⁴⁸⁶ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^e éd., Paris, P.U.F., 2007, p. 700. Voy. également P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2011, p. 97.

⁴⁸⁷ Voy. O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012, p. 47.

⁴⁸⁸ De son nom complet, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de Montesquieu.

⁴⁸⁹ *Les Lois*, III, 692-693.

⁴⁹⁰ *La Politique*, VI, 1294 a.

d'institutions politiques qui privilégient une certaine forme de séparation des pouvoirs, plutôt que l'amalgame de toute la puissance publique.

Monarchie depuis sa fondation légendaire en 753 avant Jésus-Christ par Romulus et Rémus, Rome devient une *République* (du latin *res publica*, la « chose publique ») après l'exil du dernier roi étrusque Tarquin le Superbe (soi-disant) en 509 avant Jésus-Christ⁴⁹¹. La République romaine, hétérogène, a toutefois dû faire face à d'intenses tensions entre les différentes classes de citoyens⁴⁹² (*populus*). En 451-450 avant Jésus-Christ, la *loi des Douze Tables*⁴⁹³ (loi *décemvirale*) est établie afin de régir davantage les rapports privés, mais aussi certains droits politiques des Romains⁴⁹⁴. Durant une longue partie de son existence⁴⁹⁵, la République a reposé sur des interactions entre un Sénat, où siègent à l'origine les familles aristocratiques de la ville (les *patriciens*), et des comices, qui ont progressivement représenté l'ensemble des citoyens romains (c'est-à-dire, en plus des *patriciens*, les *plébéiens*⁴⁹⁶)⁴⁹⁷. À côté de ces organes, il y avait un certain nombre de *magistrats*, c'est-à-dire des citoyens en charge de l'administration des affaires communes. Deux consuls, élus pour un an par le peuple romain réuni en comices, exercent les charges exécutives sous le contrôle, en principe, du Sénat et, dans une moindre mesure, des *tribuns* de la plèbe, chargés de la défense des intérêts de celle-ci. On constate ainsi que, déjà dans la Rome antique, une fragmentation de la puissance publique s'opérait⁴⁹⁸. Cela étant dit,

⁴⁹¹ Le passage de la royauté à la république, à Rome, fait figure d'élément mythique de l'Antiquité. À suivre l'histoire de Rome, rapportée par Tite-Live au I^{er} siècle avant Jésus-Christ, c'est à la suite du viol par Sextus Tarquin, l'un des fils du Roi, de Lucrece, épouse romaine renommée pour sa 'vertu' (selon les canons de l'époque), que la monarchie s'effondre. Ne supportant pas d'avoir ainsi été bafouée, Lucrece se plante un poignard dans le cœur, après avoir réclamé vengeance. Témoin du suicide, Lucius Junius Brutus ameutera le peuple pour déposer la dynastie des Tarquin. L'histoire de Lucrece fait partie des grands mythes romains. Comme de nombreux autres artistes, peintres, dramaturges et philosophes (voy. *supra*), William Shakespeare dédia d'ailleurs un poème à ce drame, *The Rape of Lucrece*. Sur la République romaine, voy. J.-M. DAVID, *La République romaine, de la deuxième guerre punique à la bataille d'Actium*, Coll. « Nouvelle Histoire de l'Antiquité », Paris, Éditions du Seuil, 2000, 309 pages et M. LE GLAY, *Rome : Grandeur et déclin de la République*, Paris, Perrin, « Tempus », 2005, 401 pages.

⁴⁹² Notons que les femmes et les enfants jouissent d'un statut inférieur. Les étrangers et les esclaves ne font pas partie des citoyens romains.

⁴⁹³ Voy. à ce sujet M. HUMBERT, *La Loi des XII tables. Édition et commentaire*, Rome, École française de Rome, 2018, 952 pages.

⁴⁹⁴ M. HUMBERT, « La crise politique du V^e siècle et la législation décemvirale », in : *Crise et transformation des sociétés archaïques de l'Italie antique au V^e siècle av. JC. Actes de la table ronde de Rome (19-21 novembre 1987)*, Rome, École Française de Rome, 1990, pp. 263-287.

⁴⁹⁵ Il convient de signaler que ces développements demeurent somme toute sommaires et généraux ; certaines institutions, qui sont antérieures à la loi des XII Tables, ont radicalement évolué avec le temps. Voy. ainsi pour un panorama général, P. WILLEMS, *Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien*, 5^e éd., Louvain/Paris/Berlin, Ch. Peeters/Ernest Thorin/Calvary et Cie., 1883, 695 pages et C. BRUUN (éd.), *The Roman Middle Republic: Politics, Religion, and Historiography c. 400-133 B.C.*, Rome, Institutum Romanum Finlandiae, 2000, 310 pages.

⁴⁹⁶ J.-C. RICHARD, *Les Origines de la plèbe romaine. Essai sur la formation du dualisme patricio-plébéien*, « Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome », Rome, École française de Rome, 1978, 653 pages.

⁴⁹⁷ Historiquement, le Sénat est l'organe qui jouit de l'*auctoritas*, c'est-à-dire le *pouvoir de confirmation des lois*. Il examine ainsi à titre préalable les projets de loi et analyse leur conformité à la coutume et aux valeurs qui guident la Cité (*mos maiorum*). L'avis rendu par le Sénat sur un projet de loi (*senatus consultum*) ont une force morale déterminante pour les comices qui votent les lois (voy. Th. MOMMSEN, *Le droit public romain*, traduit de l'allemand par P.-Fr. GIRARD, t. 7, Paris, Ernest Thorin, 1891, p. 84).

⁴⁹⁸ A. PIERRE-CAPS, « L'état d'exception dans la Rome antique », *Civitas Europa*, 2016, p. 341 : « La vie institutionnelle de la République romaine est entièrement bâtie sur ce principe : empêcher la prise de pouvoir d'un seul ». On remarquera par ailleurs que Montesquieu lui-même

l'émergence de généraux (*Imperator*) ambitieux et charismatiques, s'appuyant sur leurs armées, ainsi que les inégalités sociales, les luttes politiques entre les réformistes (les *Populares*) et les conservateurs (les *Optimates*) et les guerres civiles du I^{er} siècle avant Jésus-Christ auront raison de ces institutions et les différents pouvoirs glisseront progressivement entre les mains du « Premier des Sénateurs » (*princeps senatus*⁴⁹⁹). Ce régime, officiellement intitulé *Principat*, est inauguré par Octave, devenu Auguste. Ce régime politique sera connu, par la postérité, sous le nom d'*Empire*.

Toutefois, la théorisation de l'idée de séparation des pouvoirs, dans son acception contemporaine⁵⁰⁰, ne remonte qu'à quelques siècles. Fin du XVII^e siècle, dans une Angleterre encore marquée par l'exécution du Roi Charles I^{er}, la révolte anti-royaliste menée par Oliver Cromwell, sa dictature puritaine, la restauration de la dynastie catholique des Stuart et, finalement, par la « Glorieuse révolution » de 1688 à l'occasion de laquelle le *stathouder*, protestant, des Provinces-Unies, Guillaume III d'Orange, accède au trône anglais⁵⁰¹, John Locke est l'un des premiers penseurs à exposer et à valoriser la division tripartite des pouvoirs. Dans son œuvre politique majeure, intitulée les *Deux traités du gouvernement*, John Locke écrit ainsi que :

« si les personnes qui ont le pouvoir de faire des lois tenaient aussi de leurs mains celui de les exécuter ; elles n'auraient qu'à se dispenser elles-mêmes d'obéir aux lois après les avoir faites. [...] C'est pourquoi, il arrive souvent que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif soient séparés »⁵⁰².

Néanmoins, l'auteur britannique n'identifiait pas, à l'époque, de pouvoir judiciaire indépendant. À côté des pouvoirs législatif et exécutif, il situait en revanche un pouvoir dit *fédératif*, lequel incluait la capacité « de faire la guerre et la paix, de conclure des ligues et des alliances et de traiter n'importe quelle affaire avec toutes les personnes et toutes les communautés qui sont en dehors de la république »⁵⁰³. Soixante ans plus tard, Montesquieu a affiné cette réflexion dans son œuvre majeure : *De l'esprit des lois*⁵⁰⁴.

fut influencé par l'Histoire de Rome et de ses institutions ; voy. à ce sujet J. MICHAEL RAINER, « Montesquieu et le déclin des États », in : E. CHEVREAU, C. MASI DORIA et J. MICHAEL RAINER, *Liber amicorum Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Coriat*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2019, pp. 835-843

⁴⁹⁹ M. BONNEFOND-COUDRY, « Le princeps senatus : vie et mort d'une institution républicaine », *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité*, 1993, pp. 103-134.

⁵⁰⁰ C. M. PIMENTEL, « Le sanctuaire vide : la séparation des pouvoirs comme superstition juridique ? », *Pouvoirs*, 2002, pp. 119 à 131.

⁵⁰¹ La prise de pouvoir de Guillaume III d'Orange et de Marie II, son épouse, s'opère en bonne intelligence avec le Parlement, moyennant d'importantes garanties pour préserver ce dernier. C'est dans ce contexte qu'est signé le « Bill of Rights » du 13 février 1689 et que triomphe le parlementarisme anglais (voy. infra XX le chapitre 7 du présent ouvrage relatif au parlementarisme).

⁵⁰² J. LOCKE, *Deux traités de gouvernement civil* (1690), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1997, p. 219.

⁵⁰³ J. LOCKE, *Deux traités de gouvernement civil* (1690), Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1997, p. 220.

⁵⁰⁴ En raison de son propos controversé pour l'époque, le livre subira des attaques très virulentes de l'Église et des conservateurs. Il sera mis à l'index en 1751 et condamné par la Sorbonne en 1754.

144. - L'apport de Montesquieu – Comme John Locke, Montesquieu⁵⁰⁵ distingue, en 1748, trois fonctions essentielles. Dans son ouvrage, on lit en effet :

« [i]l y a dans chaque État, trois sortes de pouvoirs. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes, ou juge les différends des particuliers »⁵⁰⁶.

Montesquieu ne suppose pas l'existence d'un pouvoir *fédératif* mais consacre, outre celle des pouvoirs législatif et exécutif, celle d'un Pouvoir judiciaire. Aussi, Montesquieu a non seulement mis en évidence l'intérêt de la *non-confusion* (la séparation) des pouvoirs, mais il a également isolé la fonction juridictionnelle de l'État.

Selon le modèle défendu par le philosophe, la séparation des pouvoirs doit résulter de la structure institutionnelle de l'État ; elle doit être *juridiquement organisée*. Comme « [t]out gêneur n'est pas contre-pouvoir »⁵⁰⁷, c'est le droit, surtout à travers la Constitution, qui établira les fonctions des pouvoirs et leurs titulaires, et ce afin de se prémunir de tout autoritarisme d'un monarque absolu. Pour reprendre l'une de ses phrases les plus notoires :

« il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir »⁵⁰⁸.

Autant le dire d'emblée, les développements politiques de Montesquieu, comme ceux de Jean-Jacques Rousseau et d'autres philosophes de l'époque des Lumières, ont eu une influence incontestable et décisive sur les mouvements révolutionnaires de la fin du XVIII^e siècle. Pour ne citer qu'elle, à ce stade, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, signée en France le 26 août 1789, dispose ainsi en son article 16 que « toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

Nous en venons à présent aux développements plus précis des trois pouvoirs identifiés par Montesquieu.

145. - Pouvoir législatif – Montesquieu attribue au *pouvoir législatif* la fonction d'édicter les règles générales qui ont vocation à concerner l'ensemble de l'État. Ce pouvoir est donc censé « [...] *faire des lois*, ou [...] *voir si l'on a bien*

⁵⁰⁵ Voy. à ce sujet C. EISENMANN, « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, 1933, pp. 163-192. Pour une lecture critique de l'œuvre de Montesquieu, voy. J.-L. HALPÉRIN, « Montesquieu : lectures croisées en histoire et théorie du droit », *Histoire de la justice*, 2012, pp. 143-156.

⁵⁰⁶ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 6, Paris, Flammarion, 2008, pp. 244-245.

⁵⁰⁷ S. MILACIC, « Le contre-pouvoir, cet inconnu », in : *Études à la mémoire de Christian Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 682.

⁵⁰⁸ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 243.

exécuté celles qu'il a faites »⁵⁰⁹. On observe que l'auteur français attribue bien deux rôles, plutôt qu'un seul, au pouvoir législatif : il s'agit non seulement de produire les lois, c'est-à-dire les normes *générales* et *abstraites* destinées à régir la communauté, mais aussi d'exercer un contrôle sur ceux qui mettent en œuvre ces lois, soit notamment le gouvernement et son administration.

La loi exprime la volonté générale, elle est impersonnelle et générale. Elle commande sans opprimer, elle est censée être objective, impartiale.

La fonction de légiférer et de surveiller l'administration devrait être, plaide-t-il en décrivant les institutions anglaises, gérée par un parlement composé de deux chambres. Une telle subdivision en deux chambres correspond à ce que l'on nomme le *bicamérisme* (ou *bicaméralisme*)⁵¹⁰. Le principe du bicamérisme est en vigueur actuellement dans de nombreux États, comme la Belgique (Chambre des représentants et Sénat), mais aussi la France (Assemblée nationale et Sénat), l'Allemagne (*Bundestag* et *Bundesrat*), les États-Unis (Chambres des représentants et Sénat) ou l'Inde (Conseil des États et Chambre du peuple). D'autres États ont toutefois un parlement monocaméral ; on peut citer les cas de la Norvège, de la Grèce, du Pérou ou de la Nouvelle-Zélande.

146. - Pouvoir exécutif – Le *pouvoir exécutif* est celui qui applique et fait appliquer les normes prises par le titulaire du pouvoir législatif ; cette mission, dans l'absolu, se limite à l'accomplissement d'actes matériels et à l'adoption d'actes juridiques plus concrets. Il peut s'agir de normes générales et abstraites qui visent alors à compléter, à préciser les normes législatives, ou de décisions individualisées, qui ont vocation à s'appliquer à une ou plusieurs personnes en particulier. Dans le pur esprit des institutions anglaises, ce pouvoir doit être, pour Montesquieu, confié à un Roi. Si Montesquieu consacre un principe de contrôle politique par le parlement de l'action du Pouvoir exécutif, il juge dans un même temps indispensable une inviolabilité royale :

« le corps législatif ne doit pas avoir le pouvoir de juger la personne et par conséquent la conduite de celui qui exécute. Sa personne doit être sacrée ; parce qu'étant nécessaire à l'État pour que le corps législatif n'y devienne pas tyrannique, dès le moment où il serait accusé ou jugé, il n'y aurait plus de liberté »⁵¹¹.

⁵⁰⁹ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 249.

⁵¹⁰ D'un côté, Montesquieu semble en faveur d'une chambre *basse* réunissant des représentants élus. Cela autoriserait indirectement l'ensemble du peuple à participer à l'élaboration des lois. D'un autre côté, cette première chambre, continue Montesquieu, est tempérée par une seconde, la chambre *haute*, qui représente les nobles qui se distinguent « par la naissance, la richesse ou les honneurs » (Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, pp. 248-249) ; on ne perd pas de vue en effet qu'à l'époque, la société de l'Ancien régime est stratifiée en trois ordres, les nobles, le clergé et le tiers État, et que Montesquieu, lui-même, appartient au premier d'entre eux (L. ALTHUSSER, *Montesquieu. La politique et l'histoire*, Paris, P.U.F., 1959, 120 pages).

⁵¹¹ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 252.

N'existe-t-il pas dès lors un paradoxe à immuniser le titulaire suprême du pouvoir exécutif tout en considérant que celui à qui revient le Pouvoir législatif doit surveiller son action ? Montesquieu contourne un tel reproche par le biais de la *responsabilité des ministres*, susceptible d'être mise en cause par le parlement :

« Mais, comme celui qui exécute ne peut exécuter mal, sans avoir des conseillers méchants et qui haïssent les lois comme ministres, quoiqu'elles les favorisent comme hommes ; ceux-ci peuvent être recherchés et punis »⁵¹².

Nous aurons l'occasion de revenir sur ce principe de responsabilité des ministres devant le Parlement, à l'occasion du chapitre 7, qui est consacré à la notion de parlementarisme.

Le pouvoir exécutif occupe, comme on peut le constater, une position accessoire à la loi en ce qu'il ne s'occupe que des cas individuels, et surtout subordonnée à elle. D'autres penseurs de l'époque des Lumières, comme Jean-Jacques Rousseau⁵¹³, ont, tout au long du XVIII^e siècle, largement réduit les prérogatives qui devaient lui revenir.

147.- Pouvoir judiciaire – Les titulaires du pouvoir judiciaire, enfin, tranchent les contestations qui surgissent entre les particuliers ou entre ceux-ci et les institutions publiques, et ce sur la base du droit en vigueur. Si l'on admet que rendre la justice est la fonction potentiellement la plus intrusive et celle la plus susceptible de porter atteinte à la sûreté de l'individu, Montesquieu place le juge en retrait par rapport aux deux autres pouvoirs, qui exercent le pouvoir politique. Ainsi, pour le jurisconsulte bordelais :

« les juges de la nation ne sont [...] que la bouche qui prononce les paroles de la loi »⁵¹⁴.

Montesquieu ajoute :

« Des trois puissances [...], celle de juger est, en quelque façon, nulle »⁵¹⁵.

Une telle vision du juge, qui lui confie à vrai dire un rôle minimal, a été partagée par d'autres penseurs du XVIII^e siècle⁵¹⁶. Elle a eu un impact considérable sur la culture juridique de très nombreux systèmes juridiques. Ainsi, les régimes français postérieurs à 1789 se sont démarqués par une posture de méfiance à l'encontre des juridictions⁵¹⁷. Toujours aujourd'hui, l'accès, en France, de la

⁵¹² Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 252.

⁵¹³ R. DERATHÉ, « Les rapports de l'exécutif et du législatif chez J.-J. Rousseau », *Annales de philosophie politique*, Rousseau et la philosophie politique, 1965, pp. 153-169.

⁵¹⁴ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 249 ; voy. également p. 252.

⁵¹⁵ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 249 ; voy. également p. 246.

⁵¹⁶ Voy. S. BELAID, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1974, 360 pages.

⁵¹⁷ Les révolutionnaires ont considéré que les juridictions de l'Ancien Régime (qui se dénommaient en France, pour ne pas nous faciliter la tâche, les *parlements*) avaient excessivement empiété sur les prérogatives des autres institutions du pays (voy. supra n° XXX). À cette fin, « [l]es tribunaux », précise l'article 10 de la loi française des 16 et 24 août 1790 sur

Justice au statut de véritable pouvoir divise et est l'objet de nombreux débats politiques et doctrinaux⁵¹⁸.

Par-delà l'exemple français, nous reviendrons *infra* à la question de la portée des décisions du pouvoir judiciaire. Nous verrons qu'elles ont en principe un effet qui se limite en principe aux affaires qu'elles concernent directement, ce qui est conforme à la vision de Montesquieu, mais qu'il leur arrive de déployer des effets qui s'étendent à d'autres cas, en raison de l'effet d'inspiration que la *jurisprudence* peut avoir⁵¹⁹.

148. - Concentration des pouvoirs – Montesquieu a également exprimé la thèse qui veut que la concentration des trois pouvoirs au sein d'un même organe, ou entre les mains d'un même individu, constitue un risque pour les libertés des citoyens. Autrement dit, le principe qui consiste à séparer les pouvoirs, plutôt qu'à les amalgamer, vise avant tout à protéger les individus contre le risque de voir les autorités abuser de leur pouvoir et de restreindre à peau de chagrin leurs libertés individuelles. Les réflexions que Montesquieu a formulées à cet égard méritent d'être reprises textuellement :

« Lorsque, dans la même personne ou dans le même corps de magistrature, la puissance législative est réunie à la puissance exécutive, il n'y a *point de liberté* ; parce qu'on peut craindre que le même monarque ou le même sénat ne fasse des lois tyranniques, pour les exécuter tyranniquement. Il n'y a *point encore de liberté*, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pourrait avoir la force d'un oppresseur. *Tout serait perdu*, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs : celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers »⁵²⁰.

C'est par ces mots que Montesquieu met en garde contre l'accumulation de deux pouvoirs dans les mains d'un seul titulaire.

Si l'on nous demandait de montrer la pertinence de cette affirmation par un exemple historique, postérieur de deux siècles à la réflexion de Montesquieu, nous pourrions mentionner la loi

l'organisation judiciaire, « ne pourront prendre, directement ou indirectement, aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution du corps législatif, à peine de forfaiture ». Les juges ne pourront pas davantage perturber le monopole normatif de la loi, expression de la volonté générale, par des décisions de principe et générale, et en refusant de l'appliquer, même en cas de silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance du texte (Art. 4 du Code civil français, et actuel art. 5 du Code judiciaire belge).

⁵¹⁸ Voy. F. HOURQUEBIE, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 pages. Il y a plus de deux cents ans, le révolutionnaire Jacques Antoine Marie de Cazalès a par exemple affirmé que dans toute société politique, il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter : « Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit plusieurs publicistes, n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi. L'application de la loi est une dépendance du pouvoir exécutif » (cité par R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Paris, CNRS, 1920, p. 692).

⁵¹⁹ Voy. la partie B du présent chapitre et le chapitre 8.

⁵²⁰ Baron DE MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, deuxième partie, livre XI, chapitre 4, Paris, Flammarion, 2008, p. 249 ; voy. également p. 245. C'est nous qui soulignons.

allemande des pleins pouvoirs de 1933, également connue sous le nom de loi d'habilitation ou, sous sa dénomination officielle, de loi du 24 mars 1933 de réparation de la détresse du peuple et du Reich (*Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich vom 24. März 1933*)⁵²¹. Un mot d'Histoire s'impose.

Le 6 février 1919, trois mois après la fin de la Première guerre mondiale, une Assemblée constituante allemande se réunit à Weimar, officialise la fin du II^e Reich fondé en 1871 et confirme l'instauration, à sa place, d'une République, à structure parlementaire, qui avait été proclamée le 9 novembre 1918. Une constitution est adoptée le 31 juillet 1919. C'est la *République de Weimar*, éphémère et instable⁵²², taillée en pièce quelques années plus tard par le fascisme national-socialiste.

Affaiblie par les crises économiques des années vingt et les tumultes parlementaires qui se sont succédés, la République de Weimar succombe définitivement lorsque Hitler est appelé à la Chancellerie par le Président de la République, le maréchal Hindenburg, sur les conseils du catholique Franz von Papen le 30 janvier 1933 ; Hitler forme à ce titre une coalition entre des formations de la droite conservatrice et nationaliste et le parti national-socialiste (NSDAP). Ce dernier ne dispose pas, seul, d'une majorité au parlement à ce moment-là. Cela étant dit, la prise du pouvoir (*Machtergreifung*) et la mise au pas (*Gleichschaltung*)⁵²³ de la société toute entière par le régime hitlérien, à l'aide de la SA (*Sturmabteilung* ou Section d'assaut) et de la SS (*Schutzstaffel*, escadron de protection du parti nazi), entraînent aussitôt la remise en cause de la séparation des pouvoirs au profit d'un État organisé autoritairement autour de la volonté discrétionnaire⁵²⁴ d'un *guide* (*Führerprinzip*)⁵²⁵. Débordant ses partenaires du gouvernement,

⁵²¹ Voy. à ce sujet R. MORSEY (sous la dir. de), *Das "Ermächtigungsgesetz" vom 24. März 1933: Quellen zur Geschichte und Interpretation des "Gesetzes zur Behebung der Not von Volk und Reich"*, Düsseldorf, Droste Verlag, 1992, 223 pages. Voy. également E. MASS, « Montesquieu et la Loi fondamentale de la R.F.A. », *Dix-huitième Siècle*, n°21, 1989 – Montesquieu et la Révolution, pp. 164-166.

⁵²² Voy. G. KREBS et G. SCHNEILIN, *Weimar ou De la démocratie en Allemagne*, Publications de l'Institut d'Allemand d'Asnières Université de la Sorbonne nouvelle, 1994, 384 pages.

⁵²³ Voy., pour une approche plus romancée de cette dynamique insidieuse, E. LARSON, *Dans le jardin de la bête*, Paris, France Loisir, 2011, 673 pages.

⁵²⁴ Selon la formule du Ministre du III^e Reich Hermann Göring : « le Droit, c'est ce qui nous plaît » (« Recht ist das, was uns gefällt ») (cité par R. RHEES, in : L. WITTGENSTEIN, *Leçons et conversations* (trad. Fr.), Paris, Gallimard, Folio, 1992, p. 173).

⁵²⁵ La notion a été synthétisée par Adolf Hitler lui-même. Voy. A. HITLER, *Mein Kampf*, trad. de l'allemand par Jean Gaudefroy-Demonbynes et A. Calmettes (Mon combat), Nouvelles Éditions latines, Paris, 1934 : « La meilleure constitution et la meilleure forme de l'État est celle qui assurera naturellement aux meilleurs éléments de la communauté l'importance du guide et l'influence du maître » (p. 447). Voy. également :

« Toute l'organisation de l'État doit découler du principe de la personnalité, depuis la plus petite cellule que constitue la commune jusqu'au gouvernement suprême de l'ensemble du pays. Il n'y a pas de décisions de la majorité, mais seulement des chefs responsables et le mot "conseil" doit reprendre sa signification primitive. Chaque homme peut bien avoir à son côté des conseillers, mais la décision est le fait d'un seul. [...] Et nous pouvons tracer alors le tableau suivant : l'État raciste, depuis la commune jusqu'au gouvernement du Reich, ne possédera aucun corps représentatif qui décide quoi que ce soit par voie de majorité, mais seulement des corps consultatifs qui se trouveront sans cesse aux côtés du chef et qui recevront leur tâche de lui [...]. Ni dans les chambres ni dans le sénat, il n'y aura jamais un vote quelconque. Ce sont des organismes de travail et non de machines à voter. Chacun de leurs membres possède une voix consultative, mais aucun droit de décision. Celle-ci appartient exclusivement au président qui en garde la responsabilité » (pp. 448-449).

Sur la soumission de l'État à la volonté et aux buts du Führer, voy. W. EBENSTEIN, *The Nazi State*, New York, Farrar and Rinehart, 1943, p. 3.

Hitler fait écrouler le système parlementaire par une série de lois approuvées avec le soutien des partis du centre. Le 28 février, à la suite de l'incendie criminel du bâtiment du *Reichstag*, Hitler fait suspendre par décret, pris « pour la défense du peuple et de l'État » (*Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat vom 28. Februar 1933*), plusieurs libertés fondamentales, et ce « jusqu'à nouvel ordre ». Parmi celles-ci, figurent l'interdiction des restrictions de la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile, les libertés de réunion, d'association et d'expression, le secret postal et la répartition des compétences entre les niveaux de pouvoir. En vertu de ce décret instaurant un état d'exception permanent⁵²⁶, le gouvernement, compétent pour prendre toutes mesures propres à rétablir la sécurité et l'ordre publics, a généralisé le recours à la « détention préventive » (*Schutzhaft*) en s'affranchissant de tout contrôle judiciaire.

Dans ce contexte, la loi d'habilitation est votée le 23 mars et sanctionnée le 24 mars 1933. Les pleins pouvoirs sont votés par 441 voix contre 94, soit par plus des deux tiers des présents ; seuls les sociaux-démocrates ont osé voter à son encontre⁵²⁷. Les cinq paragraphes suffisent à ce que le gouvernement du *Reich* hérite des pleins pouvoirs : il a pu jouir, grâce à cette loi, de prérogatives pratiquement illimitées, en ce compris dans les sphères législative et constitutionnelle. Toute l'idéologie libérale qui sous-tend une non-confusion des pouvoirs a été balayée d'un coup de botte, ouvrant la porte au système totalitaire national-socialiste. Comme le décrit William L. Shirer :

« Le Parlement avait donné son autorité constitutionnelle à Hitler, ce qui équivalait à un suicide, mais son corps subsista dans une sorte d'embaumement jusqu'à la fin même du Troisième Reich, servant de temps en temps de caisse de résonance à quelques-uns des plus violents pronunciamientos de Hitler, ses membres étant désormais sélectionnés par le Parti Nazi, car il ne devait plus y avoir de véritables élections »⁵²⁸.

Fin mars 1933, le premier camp de concentration⁵²⁹ (*Konzentrationslager*) important ouvrait près de Munich, à quelques kilomètres de la petite ville de Dachau, pour interner les opposants au régime.

2) De la séparation à l'équilibre des pouvoirs

149. - *Federalist Papers* – Quelques années après la publication de *L'esprit des lois*, la pensée de Montesquieu va influencer les pères fondateurs (*Founding fathers*) des États-Unis d'Amérique, alors qu'ils œuvrent à l'élaboration de sa Constitution. Cette influence se marque en particulier dans les textes publiés par trois hommes politiques de premier plan, à savoir Alexander Hamilton, James Madison et John Jay. Ceux-ci ont rédigé, sous le pseudonyme de *Publius*⁵³⁰, les

⁵²⁶ L'état d'exception (voy. *infra*) est ainsi devenu l'élément-clé de l'ordre national-socialiste, en conformité avec les conceptions juridiques du juriste Carl Schmitt, professeur de droit public allemand. Féroce adversaire de Kelsen (il suffit de lire ses furieuses réflexions antisémites à son égard, voy. C. SCHMITT, « La science allemande du droit dans sa lutte contre l'esprit juif. 1936 », *Cité*, 2003, p. 175), Carl Schmitt a activement soutenu le régime hitlérien avant de prendre quelque peu ses distances à partir de 1936 (voy. pour une version française de l'un de ses livres-phares, C. SCHMITT, *La dictature*, Paris, Éditions du Seuil, 2000, 427 pages).

⁵²⁷ Les députés communistes ayant été empêchés par le gouvernement de voter, seuls les sociaux-démocrates se sont opposés à la loi.

⁵²⁸ W. L. SHIRER, *Le troisième Reich – Des origines à la chute*, Paris, Stock, 1960, p. 220.

⁵²⁹ La première utilisation de ce terme date de la Seconde Guerre des Boers (1899-1902) ; il s'agissait de camps d'internement britanniques. Outre Dachau, d'autres camps, temporaires, ont été créés sur le territoire allemand dès 1933.

⁵³⁰ Voy. le chapitre 4 relatif au fédéralisme. Au cours de ces débats, les défenseurs et pourfendeurs du nouveau modèle républicain et fédéral ont à plusieurs reprises fait usage de pseudonymes dérivés des figures mythiques de la République romaine. Ainsi, les antifédéralistes ont signé leurs pamphlets et ouvrages sous les pseudonymes de Caton, de Agrippa ou encore de Brutus, en

Federalist papers, à travers lesquels ils ont fourni un commentaire détaillé du texte fondamental américain de 1787, à un moment où son entrée en vigueur n'était pas encore acquise⁵³¹.

Parmi ces *Federalist Papers*, les essais n^{os} 47 à 51, en particulier, concernent le principe de séparation des Pouvoirs mis en œuvre par la Constitution des États-Unis d'Amérique. Celle-ci concrétise, sur bien des aspects, les théories de Montesquieu par l'instauration d'institutions destinées à se modérer mutuellement⁵³² et à éviter de la sorte une concentration liberticide des pouvoirs⁵³³. Si séparation il y a, il n'y a pourtant pas de cloisonnement net entre les pouvoirs. Les auteurs insistent d'ailleurs sur ce point :

« ce que nous cherchions ce n'était pas seulement un gouvernement qui repose sur des principes libres, mais encore dont les pouvoirs soient ainsi divisés et équilibrés entre les différents corps de magistrature qu'aucun ne puisse dépasser ses limites légales sans être effectivement freiné et contenu par les autres »⁵³⁴.

Aux yeux de *Publius*, le principe de la séparation des Pouvoirs ne signifie pas un compartimentage absolu de ceux-ci. Pour être véritablement efficace, il faut au contraire une *interaction*. Cette idée de l'imbrication réciproque des Pouvoirs repose ainsi sur la notion des *checks and balances* (freins et contrepoids). Dans cette perspective, il n'est pas inconcevable qu'une même personne ou un même organe contribue à l'exercice de plusieurs pouvoirs différents. Ce n'est que

hommage, soit au fondateur légendaire Lucius Junius Brutus, déjà mentionné, soit à l'un de ses descendants supposés, Marcus Junius Brutus, qui avait participé à l'assassinat de Jules César, le 15 mars 44 avant Jésus-Christ (voy. A. STUART DIAMOND, « The Anti-Federalist "Brutus" », *Political Science Reviewer*, 1976, pp. 249-281). Madison, Hamilton et Jay ont choisi, eux, Publius en référence à Publius Valerius (ou *Publicola*), un autre héros de la République romaine. Voy. D. LACORNE, « Mémoire et amnésie : les fondateurs de la République américaine, Montesquieu et le modèle politique romain », *Revue française de science politique*, 1992, pp. 363-374.

⁵³¹ Pour entrer en vigueur, la Constitution des États-Unis d'Amérique rédigée le 17 septembre 1787 à Philadelphie doit recevoir la ratification des différents États encore indépendants. L'article VII prévoit que la Constitution entrera en vigueur lorsqu'elle aura été ratifiée par au moins neuf des treize anciennes colonies (le New Hampshire, le Massachusetts, le Rhode Island, le Connecticut, New York, le New Jersey, la Pennsylvanie, le Delaware, le Maryland, la Virginie, la Caroline du Nord, la Caroline du Sud et la Géorgie). Le 21 juin 1788, la neuvième ratification est obtenue et les États-Unis d'Amérique naissent officiellement en tant qu'État souverain. Toutefois, à ce moment, la ratification de l'État de New York manque encore. Les auteurs des *Federalist papers*, partisans du projet fédéral, vont alors se lancer dans une campagne de propagande dans plusieurs journaux de l'État de New York, toujours indépendant donc, pour tenter de convaincre leurs concitoyens de l'opportunité de rejoindre les États-Unis. Finalement, ceux-ci obtiennent gain de cause le 26 juillet 1788 avec la ratification par l'État de New York de la Constitution. Sur le contexte et les arguments des détracteurs du projet – les antifédéralistes –, voy. H. J. STORING et M. DRY, *The Complete Anti-Federalist*, 7 vol., Chicago, University of Chicago Press, 1981, 123 pages, 452 pages, 213 pages, 287 pages, 308 pages, 249 pages et 109 pages et B. MANIN, « Frontières, freins et contrepoids : la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787 », *Revue française de science politique*, 1994, pp. 257-293.

⁵³² P. AVRIL, « Les contre-pouvoirs institutionnels », *Projet*, 1980, p. 1190.

⁵³³ A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 381.

⁵³⁴ A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 390.

« lorsque la totalité du pouvoir d'un département est exercée par les mêmes mains qui possèdent la totalité du pouvoir d'un autre département, [que] les principes fondamentaux d'une Constitution libre sont renversés »⁵³⁵. L'équilibre des pouvoirs peut en pratique être atteint par le biais des *checks and balances*, qui sont des mécanismes structurels et institutionnels destinés à éviter qu'un pouvoir prennent l'ascendant sur un autre, sans pour autant requérir un cloisonnement strict. Si Montesquieu n'a guère développé cette dimension dans son œuvre, il semble qu'elle ne soit pas incompatible avec sa pensée et qu'elle vient au contraire adéquatement la compléter. Nous pensons en effet, avec Louis Wodon, que « [c]e n'est pas tant à la séparation des pouvoirs [...] que Montesquieu attache de l'importance [...] qu'à leur équilibre »⁵³⁶.

150. - Aménagements concrets de l'équilibre – Sans approfondir davantage les *Federalist papers*⁵³⁷, on peut relever que leurs auteurs recherchent les moyens concrets d'atteindre l'objectif qu'ils ont affirmé. Ils étudient les aménagements *externes* (recours au peuple, Conseil des censeurs), qu'ils jugent insuffisants, et les aménagements *internes*, qui reçoivent leur faveur au Federalist Paper n° 51. À l'aide de ces mécanismes institués pour nommer, encadrer, *articuler*⁵³⁸ et entremêler les pouvoirs, dès lors que « *l'ambition doit être faite pour contrebalancer l'ambition* »⁵³⁹, on établit un « système au sein duquel les organes auxquels est confié l'exercice d'un Pouvoir seraient en mesure d'empêcher les abus éventuels d'autres organes »⁵⁴⁰.

Aux États-Unis⁵⁴¹, ces aménagements se retrouvent dans les procédures de désignation des titulaires des trois pouvoirs et dans l'organisation de l'exercice de ceux-ci.

Premièrement, en vertu de la Constitution, au niveau fédéral, la fonction législative est confiée au Congrès (art. I), c'est-à-dire à un parlement bicaméral composé de la Chambre des représentants et du Sénat, la fonction exécutive au Président (art. II) et la fonction juridictionnelle aux cours fédérales (art. III). Sur le plan des désignations, les membres du Congrès, c'est-à-dire, les députés et les sénateurs⁵⁴², sont élus au suffrage universel et ne peuvent être démis (*expel*) de leur mandat qu'avec l'accord de la Chambre à laquelle ils appartiennent. Le Président et le vice-Président sont, quant à eux, élus au suffrage universel. Comme nous l'avons déjà vu⁵⁴³, ce suffrage est toutefois *indirect* puisque ce sont les grands électeurs (*Electors*) qui procèdent au vote proprement dit du

⁵³⁵ A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 381.

⁵³⁶ L. WODON, *Considérations sur la séparation et la délégation des pouvoirs en droit public belge*, Bruxelles, Académie Royale de Belgique, 1942, p. 19.

⁵³⁷ Pour une plus ample analyse, voy. C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État - Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 161-166.

⁵³⁸ Voy. C. MÖLLERS, *Gewaltengliederung. Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Vergleich*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, 515 pages.

⁵³⁹ A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 404.

⁵⁴⁰ C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État - Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 165.

⁵⁴¹ Voy. J. BOUDON, *Le Frein et la Balance. Études de droit constitutionnel américain*, Paris, Mare & Martin, 2010, 402 pages.

⁵⁴² Le XVII^e amendement, adopté en 1913, a élargi le suffrage universel à la désignation des sénateurs.

⁵⁴³ Voy. le chapitre 5 dédié à la démocratie représentative.

chef d'État⁵⁴⁴. Quant à la destitution, la Chambre des représentants est compétente, en cas de crimes ou de comportements répréhensibles, pour mettre en accusation (*to impeach*) et le Sénat, érigé en juge, doit se prononcer à la majorité des deux tiers sur la destitution (voire sur l'interdiction d'exercer toute charge publique fédérale à l'avenir). Enfin, les juges fédéraux, y compris ceux de la Cour suprême, ne sont pas élus, comme plusieurs de leurs homologues qui professent dans les *States* ; ils sont en effet nommés sur présentation du président et après avoir obtenu l'accord (*advice and consent*) du Sénat statuant à la majorité simple conformément à l'article II, sect. 2, clause 2, de la Constitution. Deux organes concurrents collaborent donc ici pour la nomination du troisième. S'agissant de la destitution des juges fédéraux, elle obéit aux règles de l'*impeachment*. Nonobstant son caractère davantage présidentiel, comme nous le verrons au chapitre suivant, à l'occasion du panorama global des régimes qui existent, les États-Unis immunise fortement le Congrès de toute intrusion des autres branches.

Deuxièmement, en ce qui concerne l'exercice des trois pouvoirs, les pouvoirs sont rarement confiés en monopole, à un seul titulaire. Le Congrès partage par la force des choses la fonction législative⁵⁴⁵ avec le président car celui-ci dispose d'un droit veto : l'article I, section 7, clause 2, de la Constitution prévoit en effet que tout texte de loi (*bill*) voté par les deux Chambres doit être soumis, pour signature, au Président. Celui-ci peut soit signer le texte, qui aura force légale, soit refuser⁵⁴⁶. Une majorité qualifiée des deux tiers dans chacune des Chambres permet de passer outre le veto présidentiel. Dans le même ordre d'idée, dans l'exercice de ses prérogatives, le Président peut être confronté à des ingérences du Sénat. C'est ainsi que les traités internationaux, qui relèvent normalement de la compétence du Chef de l'État, nécessitent l'assentiment préalable par une majorité des deux tiers du Sénat⁵⁴⁷. De même, en ce qui concerne la nomination aux emplois publics fédéraux par le Président, le Sénat est amené à donner son accord à la majorité simple⁵⁴⁸. En outre, la Constitution des États-Unis prévoit que le Sénat et la Chambre des représentants doivent approuver le budget fédéral. En cas de désaccord sur ce point entre le Congrès et le Président, l'absence de vote du budget entraîne la cessation progressive de toutes les activités gouvernementales (*government shutdown*)⁵⁴⁹. Pour ce qui concerne le pouvoir judiciaire, d'un côté, les juges contrôlent la constitutionnalité des normes adoptées par le Congrès et le Président (*Judicial review*) ; d'un autre côté, le président jouit d'un droit de grâce pour annuler ou atténuer des condamnations rendues par les juridictions⁵⁵⁰, hors des cas d'*impeachment*.

Ces modalités, ces *check and balances*, qui garantissent l'équilibre des pouvoirs, diffèrent, on s'en doute, à travers le monde. Chaque État prévoit son propre modèle. En Afrique du sud⁵⁵¹, par exemple, dans un contexte de fin de l'*apartheid*, la Constitution, entrée progressivement en

⁵⁴⁴ Si personne n'obtient cette majorité des suffrages, l'article II, section 1, de la Constitution, complété par le XII^e amendement (ratifié le 15 juin 1804 à la suite de l'élection présidentielle pour le moins chaotique de Thomas Jefferson en 1800-1801) prévoit que c'est la Chambre des Représentants qui procédera à un vote pour choisir un président parmi les trois personnes ayant obtenu le plus de suffrages. Au cours de cette procédure, les votes seront comptés par *state*, la représentation de chaque état disposant d'une voix. Pour la petite anecdote, si sa dernière utilisation pour désigner le Président des États-Unis remonte à 1824, c'est cette procédure qui est mobilisée par le candidat démocrate Frank Underwood dans l'épisode 5 de la saison 5 de la série télévisée, produite par Netflix, *House of cards*.

⁵⁴⁵ M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., 1994, pp. 335-337.

⁵⁴⁶ Est assimilé au veto (*pocket veto*) le fait pour le président de ne pas signer le texte de la loi.

⁵⁴⁷ Voy. l'art. II, section 2, clause 2.

⁵⁴⁸ Voy. l'art. II, section 2, clause 1.

⁵⁴⁹ C. T. BRASS e. a., *Shutdown of the Federal Government: Causes, Processes, and Effects*, Washington, Library of Congress. Congressional Research Service, 2018, disponible sur : <https://www.hsdl.org/?view&did=819528>.

⁵⁵⁰ La grâce présidentielle, aux termes de l'article II, section 2, clause 1, est proscrite dans les affaires d'*impeachment*, c'est-à-dire lorsque la Chambre des représentants a mis en accusation un fonctionnaire de l'État.

⁵⁵¹ P. XAVIER, « La démocratie constitutionnelle sud-africaine : un modèle ? », *Pouvoirs*, 2009, pp. 157-168.

vigueur de 1997 à 1999, instaure une république parlementaire. Les deux chambres du Parlement sud-africain, l'Assemblée nationale (en anglais, *National Assembly* et, en afrikaans, *Nasionale Vergadering*) et le Conseil national des provinces (en anglais, *National Council of Province* et, en afrikaans, *Nasionale Raad van Provinsies*), forment l'organe collégial titulaire du Pouvoir législatif. L'Assemblée nationale, composée de 400 membres élus pour cinq ans, reste l'organe prépondérant ; le Conseil National des Provinces est composé, lui, de 90 membres censés représenter les intérêts des neuf Provinces.

Le Parlement élit le Président de la République, titulaire du Pouvoir exécutif. Il est chargé de la désignation des ministres et est également le chef de la Force de défense sud-africaine. Il nomme les présidents de tribunaux de l'ordre supérieur, approuve toutes les lois et décrets avant leur entrée en vigueur et jouit par conséquent d'un droit de veto que l'Assemblée nationale peut renverser à la majorité des deux tiers. Si ses prérogatives sont importantes, il peut néanmoins perdre la confiance du Parlement ou subir une procédure en destitution.

151. - Division horizontale et verticale du Pouvoir – Il convient enfin d'aborder la distinction introduite, au *Paper* n° 51, entre la division *horizontale* et *verticale* du Pouvoir. Autrement dit, le pouvoir politique n'est pas uniquement divisé entre législatif – exécutif – judiciaire mais aussi entre État central et États fédérés. En effet, en plus des freins et contrepoids qui existent entre les trois Pouvoirs, la séparation des Pouvoirs est également garantie, selon les auteurs, par le caractère *fédéral* du nouvel État :

« Dans la république composée d'Amérique, le pouvoir remis par le peuple est d'abord divisé en deux gouvernements distincts, et ensuite la portion allouée à chacun est divisée en départements distincts et séparés. De là résulte une double sécurité pour les droits du peuple »⁵⁵².

De cette manière,

« [l]a nation elle-même sera rompue en tant de parties, d'intérêts et de classes de citoyens que les droits des individus ou de la minorité courront peu de danger du fait des combinaisons intéressées de la majorité »⁵⁵³.

Niveau fédéral	Pouvoir législatif fédéral	Pouvoir exécutif fédéral	Pouvoir judiciaire fédéral
Niveau fédéré	Pouvoir législatif fédéré	Pouvoir exécutif fédéré	Pouvoir judiciaire fédéré

⁵⁵² A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 406.

⁵⁵³ A. HAMILTON, J. JAY et J. MADISON, *Le Fédéraliste* (1788), Paris, Classiques Garnier, 2012, p. 408. On notera utilement que, au sortir de la seconde guerre mondiale et à la suite de la période centralisatrice et totalitaire du III^e Reich, la structure fédérale est devenue un pilier de la République fédérale d'Allemagne. La Loi fondamentale, en son article 79, paragraphe 3, dispose à cet égard que « [t]oute modification de la présente Loi fondamentale qui toucherait à l'organisation de la Fédération en Länder, au principe du concours des Länder à la législation ou aux principes énoncés aux articles 1 et 20, est interdite ». En d'autres termes, le constituant *dérivé* allemand ne peut revenir sur le principe même du fédéralisme consacré par le Constituant *originnaire* (voy. le chapitre 2 relatif au constitutionalisme). Le fédéralisme est ainsi gravé dans le marbre en tant que « garantie perpétuelle » (*Ewigkeitsgarantie*) de la norme fondamentale de la République.

De telles considérations ont été approfondies dans les interactions entre fiscalité et fédéralisme⁵⁵⁴ car la concurrence normative qui se déploie entre les composantes d'un État fédéral, chacune soucieuse d'attirer les contribuables aisés, limite de manière générale le pouvoir de taxation.

152. - Une fusion des pouvoirs législatif et exécutif – Sans vouloir trop anticiper le chapitre dédié au parlementarisme, qui postule la collaboration entre le parlement et le gouvernement, ni les développements qui concernent la Belgique, on doit tenir compte de la spécificité des régimes où le gouvernement est responsable politiquement devant le parlement⁵⁵⁵. Un tel principe a toujours donné lieu à des débats dans la littérature juridique. Il s'agirait d'une « forme élastique » de séparation des pouvoirs pour les uns⁵⁵⁶ ; d'incohérence avec la notion pour les autres⁵⁵⁷. Dans toutes les hypothèses, ces régimes évoluent généralement, comme l'avait relevé Walter Bagehot⁵⁵⁸, vers une « fusion » des pouvoirs législatif et exécutif autour d'une politique menée par une coalition entre partis.

En ce début de XXI^e siècle, on assiste à une montée généralisée de cette analyse dans de nombreux États.

Comme le synthétise Armel Le Divellec :

« par-delà la continuité, à bien des égards, des formes juridiques conçues pour une dualité entre l'exécutif [...] et les assemblées comme représentants de la société civile, un équilibre nouveau a émergé, rapprochant encore ces deux organes dans une formule spécifique de gouvernement. [...] Le développement des partis politiques modernes consécutive à l'avènement du suffrage universel a également renforcé la solidarité et l'entrelacement juridique des pouvoirs »⁵⁵⁹.

D'autres auteurs, par contre, observent une progressive montée en puissance et une personnalisation du titulaire du pouvoir exécutif, et ce de diverses manières aussi bien dans les régimes parlementaires que dans les régimes plus présidentiels (voy. *infra*). « Directement et continûment actif », écrit à ce sujet Pierre Rosanvallon, « tout entier défini par les décisions qu'il prend au quotidien, s'exprimant en permanence, [le pouvoir exécutif] est celui dont les citoyens

⁵⁵⁴ Voy. W. E. OATES, « An Essay on Fiscal Federalism », *Journal of Economic Literature*, 1999, pp. 1120-1149.

⁵⁵⁵ A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, pp. 123-140.

⁵⁵⁶ A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel*, Paris, Larose, 1896, p. 292. Voy. également A. LE DIVELLEC, « Adhémar Esmein et les théories du gouvernement parlementaire », in : S. PINON et P.-H. PRELOT (sous la dir. de), *Le Droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 149-182.

⁵⁵⁷ L. DUGUIT, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, 1883, p. 357.

⁵⁵⁸ W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Cambridge University Press, 2001, pp. 8-9. Voy. également A. LE DIVELLEC, *Le gouvernement parlementaire en Allemagne. Contribution à une théorie générale*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 567-573.

⁵⁵⁹ A. LE DIVELLEC, « L'articulation des pouvoirs dans les démocraties parlementaires européennes : fusion et mitigation », *Pouvoirs*, 2012, p. 128.

attendent qu'il gère positivement les conditions de leurs activités et de leurs vies personnelles »⁵⁶⁰.

Nous approfondirons dans la partie B du présent chapitre l'évolution en droit belge, en mettant en perspective l'influence du développement du droit international et européen, ainsi que celle du contrôle de constitutionnalité et de l'importance des partis.

B.- L'ÉQUILIBRE ET L'EXERCICE DES POUVOIRS EN BELGIQUE

153. - Consécration en Belgique – La Belgique a intégré le principe de la séparation des pouvoirs dans son ordre juridique national⁵⁶¹. Au niveau fédéral, il existe donc :

- premièrement, le pouvoir législatif, auquel il appartient de faire les législations à portée générale, abstraite et impersonnelle ;
- deuxièmement, le pouvoir exécutif, à qui il revient de mettre la loi en œuvre et d'exercer la gestion quotidienne de l'État ; et,
- troisièmement, le pouvoir judiciaire, qui est chargé de trancher les litiges qui opposent les individus entre eux ou les individus et les organes de l'État.

Une telle fragmentation de la souveraineté était déjà affirmée à la naissance de l'État belge⁵⁶². Il n'a cependant jamais été question d'une stricte séparation des pouvoirs, mais plutôt d'un agencement, d'une articulation, qui vise à rechercher un certain équilibre entre les pouvoirs. Bien que constituant un principe général

⁵⁶⁰ P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 2015, p. 15 ; voy. également p. 26 : « la fonction principale des parlements, dans leur expression majoritaire, est aujourd'hui de soutenir les gouvernements, ou de les critiquer en attendant d'occuper leur place, pour les groupes d'opposition constitués en leur sein ».

⁵⁶¹ X. MABILLE, *Législatif, Exécutif, Judiciaire. Les rapports entre les pouvoirs*, Dossier n° 48, Bruxelles, CRISP, Dossier n° 48, 1998, 24 pages. Plus récemment, voy. C. SÄGESSER, *Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs*, Dossier n° 87, Bruxelles, CRISP, 2016, 71 pages.

⁵⁶² É. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, Bruxelles, Société typographique belge, T. IV, Pièce justificative n° 53, p. 68.

de droit⁵⁶³, d'ordre public selon la Cour de cassation⁵⁶⁴, la division n'a en effet pas une valeur absolue et des interactions entre les pouvoirs ont lieu⁵⁶⁵.

Nous examinerons dans les lignes qui suivent l'exercice concret de ces trois pouvoirs, en traitant dans l'ordre suivant : le pouvoir législatif, ensuite le pouvoir exécutif et, enfin, le pouvoir judiciaire. Il conviendra de faire simultanément une distinction entre le niveau fédéral et le niveau fédéré, puisqu'il existe également un pouvoir législatif et un pouvoir exécutif dans chaque entité fédérée. En revanche, si nous ne les aborderons pas dans le cadre de notre exposé, il ne faut pas perdre de vue qu'il existe d'autres contre-pouvoirs, moins institutionnalisés, comme l'opposition parlementaire, les partis politiques, les syndicats, la presse, les cultes et la société civile dans son ensemble.

1) Le pouvoir législatif

154. - Organes compétents - Au niveau fédéral, le pouvoir législatif revient, en vertu de l'article 36 de la Constitution, et conformément au modèle parlementaire de Westminster (voy. *infra*), à trois organes : le Roi⁵⁶⁶, la Chambre des représentants et le Sénat. Au niveau fédéré, l'article 17 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 attribue le pouvoir législatif aux gouvernements régionaux et communautaires et aux parlements régionaux et communautaires. Contrairement à ce qui vaut pour le niveau fédéral, le Roi ne participe pas à l'exercice du pouvoir législatif au niveau des Communautés et des Régions. On note également une autre différence fondamentale entre le modèle existant au niveau fédéral et celui qui est mis en place pour les niveaux fédérés. En effet, deux assemblées délibérantes intègrent le Pouvoir législatif fédéral, la Chambre des représentants et le Sénat (c'est donc un système *bicaméral*), alors que les assemblées fédérées sont toutes *monocamérales*.

Alors que la Chambre des représentants allait sans doute être dominée à l'origine par la classe bourgeoise en raison du suffrage censitaire, le Sénat a été conçu en 1831 pour garantir une

⁵⁶³ Voy. not. C. const., arrêt n° 138/2015 du 15 octobre 2015, considérant B.26. Voy. aussi Cass., 26 juin 1980, Pas., I, 1341, concl. J. Velu et C. const., arrêt n° n° 186/2009 du 26 novembre 2011, considérant B.7. Voy. également P. LEMMENS, « The Independence of Judiciary in Belgium », in : *Effectiveness of judicial protection and the constitutional order. Belgian report at the II International Congress of Procedural Law*, Deventer, Kluwer, 1983, pp. 49 et s. ; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1970, pp. 583-584. La question s'est posée de savoir si le principe avait une valeur constitutionnelle, ou seulement législative. La seconde hypothèse implique que le législateur peut lui-même déroger au principe qui ne s'impose pas à lui. Voy. à ce sujet W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, R. DELANGE, F. DUMON et R. CHARLES, « À propos de l'indépendance du pouvoir judiciaire », *J.T.*, 1990, pp. 423-426.

⁵⁶⁴ Cass., 4 septembre 2014, *Pas.*, 2014, pp. 1731-1740.

⁵⁶⁵ En ce sens, voy. Conclusions devant Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 750. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusions sous Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 745 ; A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, p. 221 et s.

⁵⁶⁶ On gardera à l'esprit que le Roi, personne physique, dirige de manière limitée l'action du gouvernement. D'ailleurs, le Roi Baudouin présidera pour la dernière fois le conseil des ministres en 1957.

représentation substantielle de la noblesse et des grands propriétaires fonciers, son accès étant réservé à un nombre restreint d'individus nantis⁵⁶⁷. Progressivement, l'évolution de la composition du Sénat au XX^e siècle l'a rapprochée de celle de la Chambre des représentants puis l'a transformé, comme nous l'avons expliqué au chapitre 5 relatif à la démocratie représentative, en assemblée composée de membres désignés autrement que par l'élection directe. Parallèlement, ses attributions ont été grandement diminuées⁵⁶⁸. À présent, l'essentiel de la législation ordinaire relève de la seule Chambre des représentants⁵⁶⁹, sans préjudice de l'intervention du Roi. Au regard du droit en vigueur, il convient donc de fortement relativiser le caractère bicaméral du pouvoir législatif fédéral.

155. - Typologie des normes législatives – Les normes législatives fédérales sont appelées lois, ou lois *spéciales*, lorsqu'elles sont adoptées selon les règles procédurales particulières visées à l'article 4, alinéa 3, de la Constitution. Les normes législatives des entités fédérées, des Régions comme des Communautés, portent le nom de décrets, sauf pour ce qui concerne la Région de Bruxelles-Capitale, dont les normes législatives sont des ordonnances. Comme nous l'avons déjà précisé à l'occasion du chapitre 4 sur le fédéralisme, ces normes sont caractérisées par un *principe d'équipollence*. La loi fédérale ne l'emporte pas, en principe, sur les décrets et les ordonnances des entités fédérées. Chaque législateur (fédéral ou fédéré) adopte des règles en parfaite autonomie par rapport aux autres, ce qui est possible dans la mesure où les compétences sont réparties de manière *exclusive* entre eux. Il est important de signaler que le principe d'équipollence ne va pas de soi : d'autres États fédéraux connaissent un système différent. Ainsi, en République fédérale d'Allemagne, l'article 31 de la Loi fondamentale prévoit que le droit fédéral prime sur le droit des entités fédérées (*Bundesrecht bricht Landesrecht*).

156. - Normes législatives au sens formel et au sens matériel – Tout comme nous avons distingué la Constitution au sens formel et la Constitution au sens matériel, dès le chapitre 2, il est courant d'opérer une distinction similaire à propos des normes législatives (et celle-ci peut s'appliquer aux normes tant fédérales que fédérées).

La loi (ou le décret ou l'ordonnance), dans son sens matériel, désigne la règle générale et abstraite. Dans son sens formel, il s'agit de la norme adoptée par un organe législatif et qui occupe, dans la hiérarchie des normes, le rang des normes législatives, directement sous la Constitution⁵⁷⁰. Pourquoi opérer une telle distinction ? Certes, la majorité des « lois » au sens formel sont également des « lois » au sens matériel. Cependant, il arrive que certaines « lois », au sens formel, ne contiennent pas de normes législatives au sens matériel. C'est notamment le cas des *budgets*. Si l'on a égard à son auteur, autrement dit une assemblée législative (ou délibérante), les budgets

⁵⁶⁷ Voy. J. STENGERS, « Les caractères généraux de l'évolution du Sénat depuis 1831 », in : *La réforme du Sénat, Actes du colloque organisé à la Maison des Parlementaires le 6 octobre 1989 par le Centre de droit public de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 11-43 et V. LAUREYS, *L'histoire du Sénat de Belgique*, Bruxelles, Racine, 1999, 552 pages.

⁵⁶⁸ Sur cette réforme, voy. C. FORNOVILLE, « De Vlinder-Senaat », in : J. VELAERS (sous la dir. de) *De zesde staatshervorming : instellingen, bevoegdheden en middelen*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 17-27.

⁵⁶⁹ A. FEYT, « Sénat », in : M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (sous la dir. de) *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, p.780.

⁵⁷⁰ À ce sujet, voy. *infra*, chapitre 8.

constituent des lois, des décrets ou des ordonnances. Cependant, les budgets sont des actes, en théorie⁵⁷¹, *sans contenu normatif*⁵⁷². Les budgets se limitent à *fixer et autoriser* l'ensemble des recettes (*Budget des voies et moyens* – on prévoit ici notamment les impôts et les emprunts) et des dépenses (*Budget des dépenses*) que le titulaire du pouvoir exécutif de l'entité concernée⁵⁷³ envisage de réaliser au cours de l'année suivant celle de son approbation. Ce budget *doit* être adopté par le pouvoir législatif en vertu du principe de légalité de l'impôt⁵⁷⁴. De plus, les budgets ne valent que pour un an, conformément à l'exigence d'annualité budgétaire inscrite aux articles 171 et 174 de la Constitution⁵⁷⁵. Par conséquent, les budgets sont des normes formellement, mais non matériellement, législatives. C'est également le cas des lois d'assentiment aux traités (voy. *infra*) ou les lois fixant le contingent annuel de l'armée⁵⁷⁶.

157. - Principe de la plénitude de compétence des législateurs – Sous réserve de ce que prévoient la Constitution et le cadre fédéral belge, les législateurs peuvent adopter des normes – légiférer – sur toute thématique susceptible d'être réglementée par le droit.

Outre cette plénitude des compétences, plusieurs articles de la Constitution précisent explicitement que certains sujets sont spécifiquement *réservés* à la loi : seul le législateur peut ainsi agir dans ces domaines, à l'exclusion des autres⁵⁷⁷.

⁵⁷¹ Voy. sur les pratiques parlementaires qui dérogent à ce principe, X. MINY, « Les “cavaliers budgétaires” sont-ils éphémères ? Une controverse qui perdure (note sous C. const., arrêt n° 58/2016 du 28 avril 2016) », *J.L.M.B.*, 2017, pp. 110-117.

⁵⁷² J. VELU, M. LEROY et P. QUERTAINMONT, *Droit public*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 744 ; M. DAERDEN et W. DUMAZY, *Les finances publiques de la nouvelle Belgique fédérale*, Bruxelles, Labor, 1992, p. 154.

⁵⁷³ L'initiative parlementaire n'est en effet pas admise pour ce qui concerne les textes budgétaires.
⁵⁷⁴ Art. 170 de la Constitution.

⁵⁷⁵ Sur les missions de la Cour des comptes, voy. not. P. QUERTAINMONT, « Les contrôles financiers », *Rev. dr. ULB*, 2008, n° 37, pp. 31-37 ; P. RION et A. TROSCHE, *Initiation au droit budgétaire et comptable des administrations publiques*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 349-417 et A. LACHAPPELLE, « Cour des comptes », in : M. UYTENDAELE et M. VERDUSSEN (sous la dir. de), *Dictionnaire de la Sixième Réforme de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 299-326.

⁵⁷⁶ Le contingent annuel de l'armée correspond au nombre maximum de Belges présents sous les drapeaux simultanément un même jour de l'année civile.

⁵⁷⁷ Sur ce sujet et sur les matières réservées au pouvoir législatif, voy. H. BRIBOSIA et J.-L. VAN BOXSTAEL, *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, Bruges, La Charte, 1994, p. 116 et F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2000, p. 597. Quand la Constitution emploie le mot « loi » (par exemple, à travers les expressions « par la loi » ou « en vertu d'une loi »...), beaucoup de controverses ont perduré quant à la portée du terme. La Cour constitutionnelle a apporté des éléments de réponse par son arrêt n° 35/2003. Avant le 24 décembre 1970, qui correspond à la première réforme de l'État, la Constitution ne réservait pas spécialement la matière à l'Autorité fédérale : le Constituant n'avait voulu exclure que le pouvoir exécutif. Autrement dit, avant cette date, le mot « loi » peut englober, suivant le cas, aussi bien la loi fédérale que le décret et l'ordonnance. Pour Géraldine Rosoux, « [f]aut-il en déduire qu'après le 24 décembre 1970, le Constituant qui se réfère à la « loi » pour une compétence résiduelle de l'autorité fédérale, veut nécessairement pérenniser, en le constitutionnalisant, son caractère résiduel ? La réponse varie sans aucun doute en fonction du contexte et de la volonté du Constituant, éclairée par les travaux préparatoires » (G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *A.P.T.*, 2018, p. 385). Certains auteurs mettent également l'article 19, § 1^{er}, alinéa 1^{er} de la loi spéciale de réformes institutionnelles et l'article 95 de cette même loi en évidence pour établir comme date pivot celle du 1^{er} octobre 1980 (voy. C. BEHRENDT, *Principes de Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, La Charte, 2019, pp. 174-176 ; voy. également J. BRASSINNE DE LA BUISSIÈRE, « La

158. - Processus d'élaboration des normes législatives – Comme les pouvoirs législatifs sont composés différemment au niveau fédéral et au niveau fédéré, nous allons décomposer l'étude du processus d'adoption des normes législatives en étudiant, en premier lieu, les lois fédérales et, dans un second temps, les normes des entités fédérées. Pour ce qui concerne le niveau fédéral, il nous faut décomposer l'explication en plusieurs étapes, en suivant le processus d'élaboration de la loi.

159. - Processus d'élaboration des normes législatives au niveau fédéral : phase préparlementaire – *Premièrement*, la phase préparlementaire consiste en l'élaboration du premier jet du texte. Une idée, un projet politique, est formalisé sous la forme d'un texte destiné à devenir une loi. En vertu de la Constitution, le droit d'initiative appartient à chacune des branches du pouvoir législatif, c'est-à-dire au Roi, à la Chambre et au Sénat⁵⁷⁸. Si l'initiative vient du Roi, il s'agit d'un *projet* de loi ; si elle vient d'un ou de plusieurs parlementaires, il s'agit d'une *proposition* de loi. En pratique, l'initiative est souvent prise par le Roi ; la majorité des textes qui deviennent *in fine* des lois trouvent leur origine dans des projets de loi, plutôt que dans des propositions de loi⁵⁷⁹. Il nous paraît important de préciser que, comme toujours, le Roi agit avec le *contreseing* d'au moins un ministre : c'est donc le gouvernement qui, *de facto*, déclenche la procédure législative et c'est dans les cabinets ministériels ou l'administration que la plupart des projets de textes légaux sont formalisés.

Le projet ou la proposition est susceptible d'être soumis à l'analyse d'un organe consultatif, à savoir la section de législation du Conseil d'État. Le Conseil d'État est une juridiction administrative composée de deux chambres : la première, la *section du contentieux administratif*, s'occupe du contrôle des normes exécutives et administratives (voy. *infra*) ; la seconde est la *section de législation* qui est chargée de participer, par voie d'*avis* préalables, à l'élaboration des normes⁵⁸⁰. La section de législation *doit* être consultée en cas d'initiative du Roi, avant même que le texte ne soit déposé devant l'assemblée⁵⁸¹. Il ne s'agit encore là que d'un

régionalisation des lois communale et provinciale et de la législation connexe », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 1751-1752, 2002, pp. 37-40).

⁵⁷⁸ Voy. l'article 75, al. 1, de la Constitution. Toutefois, le droit d'initiative du Sénat ne peut s'exercer que dans les matières qui connaissent le bicaméralisme égalitaire (art. 75, al. 1, de la Constitution).

⁵⁷⁹ Il s'agit là d'un constat partagé par de nombreux États. En Belgique, le gouvernement est en réalité à l'origine de 80 à 85% des normes législatives adoptées par les assemblées (T. BALZACQ, P. BAUDEWYNS, J. JAMIN et V. LEGRAND, *Fondements de science politique*, De Boeck Supérieur, 2014, p. 291).

⁵⁸⁰ Voy. R. ANDERSEN et M. VAN DAMME, « La section de législation du Conseil d'État », in : *Conseil d'État, Liber memorialis 1948-1998*, Gand, Mys et Breesch, 1999, pp. 85-110 et L. J. WINTGENS, *De adviesbevoegdheid van de Raad van State. La compétence d'avis du Conseil d'État*, Bruges, La Chartre, 2003, 226 pages.

⁵⁸¹ En cas d'urgence motivée, la section de législation doit tout de même être consultée, mais son analyse ne portera que sur la compatibilité des avant-projets de loi avec la répartition des compétences. Cette obligation ne vaut pas pour le budget, les comptes, les emprunts, les

« avant-projet »⁵⁸². Si l'initiative est prise par un ou plusieurs parlementaires, la demande d'avis n'est obligatoire que lorsqu'un ministre fédéral⁵⁸³ ou le président de l'assemblée concernée⁵⁸⁴ en formule la demande⁵⁸⁵.

Les avis (qui constituent ce que la littérature juridique nomme la *legisprudence*) rendus sur les avant-projets, les projets ou les propositions de loi peuvent porter sur tout élément, de fond, de qualité rédactionnelle, de concordance linguistique, de compétence, du respect de la hiérarchie des normes, etc. La section de législation ne doit par contre pas analyser l'opportunité de la mesure, que seul le législateur lui-même apprécie. L'avis donné par le Conseil d'État ne s'impose pas à l'initiateur du projet ou de la proposition⁵⁸⁶, qui peut donc maintenir le texte en l'état, même s'il est critiqué. Il a toutefois un certain intérêt à tenir compte des remarques de la section de législation avant de poursuivre la procédure.

160. - Processus d'élaboration des normes législatives au niveau fédéral : phase parlementaire – Deuxièmement, le texte – projet ou proposition – est examiné par le Parlement fédéral. Au cours de cette phase *parlementaire*, il existe trois procédures distinctes. Le choix en faveur de l'une des trois procédures dépend de l'objet de la législation envisagée. La Chambre des représentants est toujours pleinement compétente, mais l'ampleur du rôle du Sénat varie d'une procédure à l'autre : le Sénat intervient sur le même pied que la Chambre dans la procédure *bicamérale égalitaire*, il peut intervenir, mais sans avoir le dernier mot, dans la procédure *bicamérale inégalitaire* et il est hors-jeu dans la procédure *monocamérale*, où la Chambre des représentants est seule compétente.

C'est d'ailleurs cette dernière procédure qui est la procédure normale, celle qui est suivie en règle générale. Cela signifie que la plupart des projets et propositions de loi ne sont examinés et votés que par la Chambre des représentants, sans que le Sénat ait l'occasion de s'y intéresser. L'article 74 de la Constitution prévoit en effet que, sauf dans les cas spécifiquement énumérés aux articles 77 et 78, dont nous allons discuter un peu plus loin, « le pouvoir législatif fédéral s'exerce collectivement par le Roi et la Chambre des représentants ». On observe que la

opérations domaniales et le contingent de l'armée. Voy. l'article 3, §1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État (*Moniteur belge* du 21 mars 1973).

⁵⁸² Lorsque le gouvernement s'accorde sur un texte déjà examiné par le Conseil d'État, l'avant-projet est déposé sur le bureau du président de l'une des deux chambres (généralement celui de la Chambre des représentants) afin de poursuivre son parcours législatif. Il est désormais appelé *projet de loi*.

⁵⁸³ Voy. l'art. 4. des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

⁵⁸⁴ Dans ce dernier cas, la démarche du président doit être appuyée par un tiers des membres de l'assemblée concernée, ou par la majorité des membres d'un groupe linguistique de celle-ci ou encore par douze membres au moins de la commission parlementaire de concertation prévue par l'article 82 de la Constitution.

⁵⁸⁵ Voy. l'art. 2, § 1^{er} et l'art. 4 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

⁵⁸⁶ L'avis n'est certes pas contraignant, sauf s'il constate que le texte recèle un excès de compétence. Dans cette hypothèse, le Comité de concertation (voy. *infra*) est saisi.

Chambre des représentants occupe donc clairement une position dominante, face à un Sénat aux compétences restreintes.

Ce dernier intervient toutefois dans le cadre des deux autres procédures, qui ont un caractère exceptionnel par rapport au principe du monomérialisme.

La première de ces procédures est celle du bicaméralisme égalitaire, qui implique que les propositions et projets de loi concernés sont traités par la Chambre des représentants et par le Sénat sur un pied d'égalité. L'article 77 de la Constitution prévoit que cette procédure doit être utilisée dans six cas ; six cas dont le point commun est qu'ils concernent des matières considérées comme plus structurantes pour l'État, plus proches de la notion de constitution au sens *matériel*⁵⁸⁷. Parmi les six hypothèses, on retrouve par exemple les lois concernant les institutions de la Communauté germanophone et son financement ou encore les lois concernant le financement des partis politiques et le contrôle des dépenses électorales. En cas du bicamérisme égalitaire, le texte adopté par la première Chambre est soumis à la seconde Chambre. Si le texte adopté par la seconde Chambre diffère du premier texte, il s'opère ce qu'on appelle une *navette* entre les deux jusqu'à ce qu'un consensus soit dégagé. Le caractère égalitaire de la procédure se matérialise dans le fait qu'aucune des deux chambres n'a le pouvoir d'imposer son point de vue à l'autre.

La deuxième procédure exceptionnelle est celle du bicaméralisme *optionnel* et *inégalitaire*. Elle doit être appliquée pour quelques catégories de lois ordinaires⁵⁸⁸, comme celles concernant la prévention de la discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques, celles relatives à la conclusion des traités de frontière ou encore celles relatives au Conseil d'État et aux juridictions administratives fédérales⁵⁸⁹. Ainsi, dans les différentes matières énumérées à l'article 78 de la Constitution, le Sénat *peut* participer à l'élaboration de la loi. Différentes conditions doivent être remplies : le Sénat n'examinera le texte de loi⁵⁹⁰ que si, après son adoption par la Chambre, la majorité des sénateurs, comprenant en outre au moins un tiers des sénateurs de chaque groupe linguistique en fait la demande. Au terme de la procédure, la Chambre des représentants détient tout de même le pouvoir du dernier mot⁵⁹¹. Cela signifie que la Chambre des représentants, après l'intervention éventuelle du Sénat, établit la

⁵⁸⁷ Voy. le chapitre 2.

⁵⁸⁸ Voir A. REZSÖHAZY et M. VAN DER HULST, « De verdeling van de wetgevende bevoegdheid tussen Kamer en Senaat na de zesde staatshervorming », *T.v.W.*, 2014, p. 49.

⁵⁸⁹ Le législateur spécial peut le cas échéant désigner d'autres matières législatives soumises à cette procédure bicamérale optionnelle.

⁵⁹⁰ Les propositions et projets de loi qui ont été adoptés par une des deux chambres sont également appelés *projets de loi*.

⁵⁹¹ Une commission parlementaire de concertation règle les conflits d'attributions législatives intervenant entre les deux assemblées. Elle peut également, d'un commun accord, prolonger les délais prévus à l'article 78 pour la procédure bicamérale optionnelle (voy. l'art. 82 de la Constitution).

version définitive de la future loi, sans être obligée de conserver les modifications que les sénateurs ont éventuellement introduites.

Article 74 de la Constitution	Principe	<i>Monocaméral</i>	Par défaut : toutes les matières qui ne sont pas énumérées dans les articles 77 et 78, qui organisent les procédures exceptionnelles.
Article 78 de la Constitution	1^{ère} exception	<i>Bicaméral inégalitaire/facultatif/optionnel</i>	<p>§ 1^{er}. Sous réserve de l'article 77, le projet de loi adopté par la Chambre des représentants est transmis au Sénat dans les matières suivantes :</p> <p>1° les lois prises en exécution des lois à adopter à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa ;</p> <p>2° les lois visées aux articles 5, 39, 115, 117, 118, 121, 123, 127 à 129, 131, 135 à 137, 141 à 143, 163, 165, 166, 167, § 1^{er}, alinéa 3, 169, 170, § 2, alinéa 2, § 3, alinéas 2 et 3, et § 4, alinéa 2, 175 et 177, ainsi que les lois prises en exécution des lois et articles susvisés, à l'exception de la législation organisant le vote automatisé ;</p> <p>3° les lois adoptées conformément à l'article 169 afin de garantir le respect des obligations internationales ou supranationales ;</p> <p>4° les lois relatives au Conseil d'état et aux juridictions administratives fédérales.</p> <p>Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, peut désigner d'autres matières que le Sénat peut examiner conformément à la procédure visée au présent article.</p> <p>§ 2. À la demande de la majorité de ses membres avec au moins un tiers des membres de chaque groupe linguistique, le Sénat examine le projet de loi. Cette demande est formulée dans les quinze jours de la réception du projet de loi.</p> <p>Le Sénat peut, dans un délai ne pouvant dépasser les trente jours :</p> <ul style="list-style-type: none"> - décider qu'il n'y a pas lieu d'amender le projet de loi ; - adopter le projet de loi après l'avoir amendé. <p>Si le Sénat n'a pas statué dans le délai imparti ou s'il a fait connaître à la Chambre des représentants sa décision de ne pas amender le projet de loi, celui-ci est transmis au Roi par la Chambre des représentants.</p> <p>Si le projet a été amendé, le Sénat le transmet à la Chambre des représentants, qui se prononce définitivement, soit en adoptant, soit en amendant le projet de loi.</p>
Article 77 de la Constitution	2^e exception	<i>Bicaméral égalitaire</i>	<p>La Chambre des représentants et le Sénat sont compétents <u>sur un pied d'égalité</u> pour :</p> <p>1° la déclaration de révision de la Constitution ainsi que la révision et la coordination de la Constitution ;</p> <p>2° les matières qui doivent être réglées par les deux Chambres législatives en vertu de la Constitution ;</p> <p>3° les lois à adopter à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa ;</p> <p>4° les lois concernant les institutions de la Communauté germanophone et son financement ;</p> <p>5° les lois concernant le financement des partis politiques et le contrôle des dépenses électorales ;</p> <p>6° les lois concernant l'organisation du Sénat et le statut de sénateur.</p> <p>Une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, peut désigner d'autres matières pour lesquelles la Chambre des représentants et le Sénat sont compétents sur un pied d'égalité.</p>

Au sein de chacune des deux chambres, il existe plusieurs commissions permanentes, qui sont chacune spécialisées dans une matière (justice, défense nationale, relations extérieures, finances et budget, *etc.*). Chaque commission

parlementaire est composée d'un nombre restreint de membres de l'assemblée correspondante. Les groupes politiques y sont représentés au prorata des sièges qu'ils occupent dans l'assemblée plénière ; ainsi, un groupe qui compte 20% des sièges à la Chambre des représentants compte en principe environ 20% des sièges dans chaque commission de la Chambre. Ce sont ces commissions qui étudient en premier les projets et propositions de loi. Un projet de loi qui envisage une réforme du système judiciaire passera logiquement par la Commission de la Justice. Les commissions effectuent les auditions qui leur semblent pertinentes et produisent des rapports et des amendements. Ce travail en commission, qui implique un nombre limité de parlementaires, vise à faciliter le travail technique et le débat de qualité sur des textes parfois complexes.

Ce n'est qu'après discussion et adoption d'un texte par la commission compétente que l'assemblée plénière est saisie. Tous les membres de l'assemblée ont alors l'occasion d'intervenir dans la discussion et le vote.

Les séances plénières (de même, en principe, que les séances des commissions) sont publiques. Il s'agit d'une garantie constitutionnelle qui contribue à garantir la transparence des processus politiques⁵⁹². À l'issue des discussions, le texte donne lieu à un vote, article par article, de même que les amendements qui ont éventuellement été mis sur la table par les parlementaires. On procède finalement au vote par appel nominal sur l'ensemble du texte. Pour qu'un texte soit adopté par l'assemblée qui l'a examiné (Chambre des représentants ou Sénat), il faut :

- que la majorité des membres de la chambre concernée soit présente au moment du vote ; c'est ce que l'on appelle le *quorum* de présence⁵⁹³; et
- que la majorité absolue des suffrages exprimés soit en faveur de la loi.

Cette dernière condition implique qu'il faut davantage de votes en faveur du texte qu'en sa défaveur. Si les absences sont logiquement prises en considération pour calculer le *quorum* de présence, ni les absences, ni les abstentions ne jouent un rôle dans la détermination de la majorité des suffrages exprimés⁵⁹⁴.

On rappellera enfin que, dans les cas prévus par la Constitution, les lois spéciales requièrent la majorité qualifiée décrite au dernier alinéa de l'article 4 de la Constitution (voy. sur ce point fondamental le chapitre consacré au fédéralisme).

161. - Processus d'élaboration des normes législatives au niveau fédéral : phase postparlementaire – *Troisièmement*, le texte voté par le Parlement fédéral (soit, souvent, par la Chambre des représentants seule, soit, parfois, par la Chambre des représentants et le Sénat) doit être approuvé par le Roi⁵⁹⁵ qui agit là en tant qu'organe du pouvoir législatif. La signature que le Roi

⁵⁹² Art. 47 de la Constitution.

⁵⁹³ Art. 53 de la Constitution.

⁵⁹⁴ Voy. l'art. 60, al. 2, du règlement de la Chambre des représentants et l'art. 44, § 4, al. 2, du règlement du Sénat.

⁵⁹⁵ Art. 74 de la Constitution et les art. 77 à 81.

appose sous le texte et qui lui donne son caractère de loi, finalisée, s'appelle la *sanction*. Par la même occasion, le Roi intervient comme titulaire du pouvoir exécutif et *promulgue* la loi⁵⁹⁶. Ces deux actions complémentaires et simultanées (le Roi ne signe en réalité qu'une fois pour sanctionner et promulguer) ont des portées différentes. D'un côté, la *sanction*, par laquelle le Roi, troisième branche du pouvoir législatif, manifeste son accord avec le texte législatif en projet, est une condition d'existence de la loi, au même titre qu'un vote dans l'hémicycle du parlement. D'un autre côté, la *promulgation* signifie que le Roi acte « de manière authentique et définitive que la loi [...] a régulièrement pris naissance »⁵⁹⁷. Il en ordonne par conséquent l'exécution⁵⁹⁸. La date de la norme est celle de sa promulgation. Bien que, théoriquement, le Roi puisse parfaitement refuser, sous le couvert du contreseing ministériel, de sanctionner le texte⁵⁹⁹, la chose est hautement improbable dans la pratique du XXI^e siècle.

Le Roi ordonne par la même occasion de revêtir la loi du sceau de l'État et de la publier au *Moniteur belge*, qui assure la diffusion d'une vaste gamme de publications officielles et publiques par le canal électronique, afin que le texte soit porté à la connaissance des citoyens. À partir de la publication de la loi⁶⁰⁰, celle-ci s'impose à eux dans le délai légal⁶⁰¹ ; on dit qu'elle leur est *opposable*. La loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux⁶⁰² précise, en son article 4, que la loi entre en vigueur dix jours après la publication, à moins que la loi n'ait fixé un autre délai ou n'ait chargé le Roi de déterminer la date de l'entrée en vigueur.

⁵⁹⁶ Art. 109 de la Constitution.

⁵⁹⁷ Cass., 14 janvier 1976, *Pas.*, I, 538.

⁵⁹⁸ Cass., 5 janvier 1956, *Pas.*, I, 430.

⁵⁹⁹ Voy. sur ce point J. STENGERS, *L'action du Roi en Belgique depuis 1831. Pouvoir et influence*, Paris et Louvain-la-Neuve, Duculot, 1992, pp. 112-113.

⁶⁰⁰ Art. 190 de la Constitution.

⁶⁰¹ Cass., 4 juin 1919, *Pas.*, I, 153.

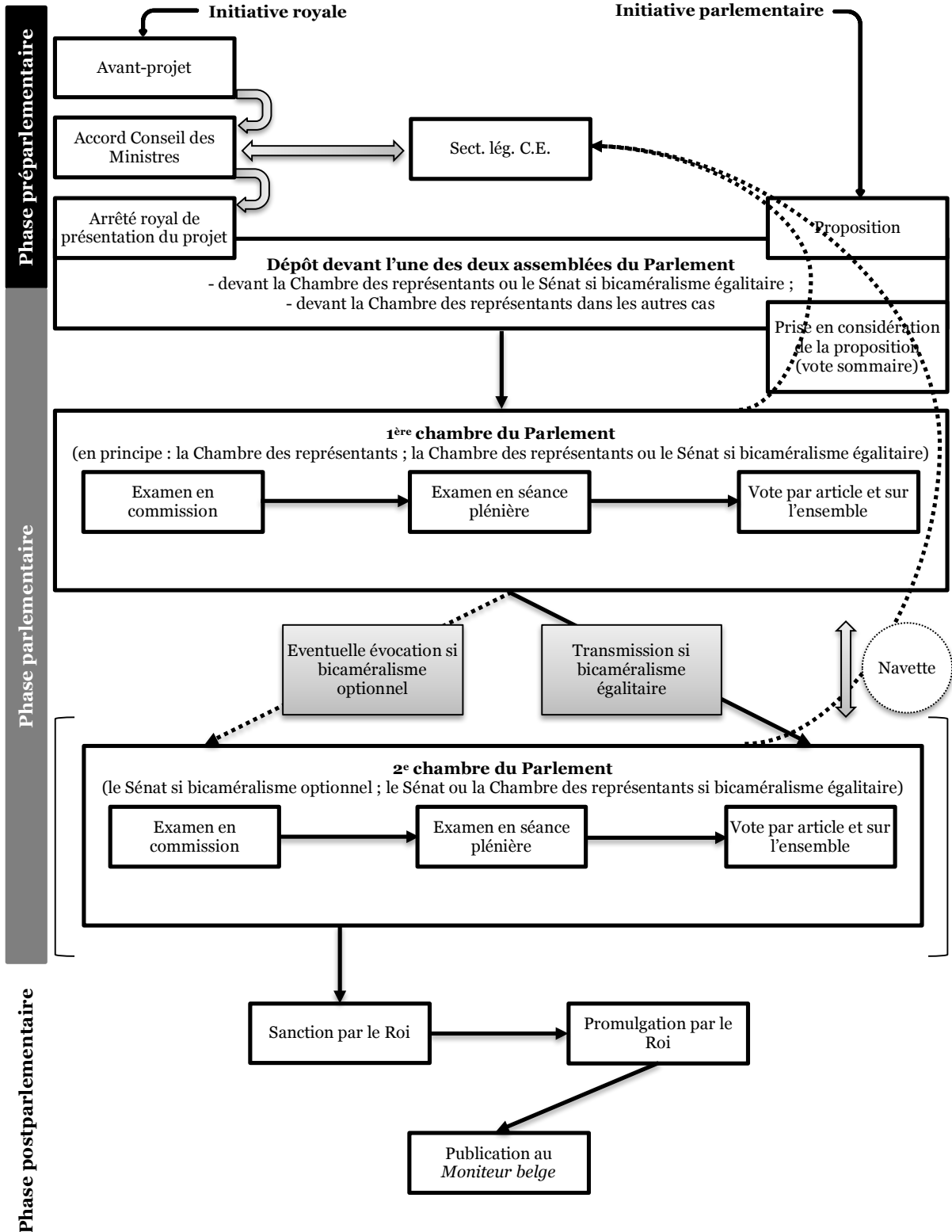
⁶⁰² *Moniteur belge* du 22 août 1963.

Il est possible de retrouver des mentions qui évoquent ces différents actes dans le préambule de la loi telle qu'elle est publiée au *Moniteur belge*. On voit la référence à **la sanction** – au début du texte – puis celles à **la promulgation**, à **l'ordre de sceller**, et à **l'ordre de publication**⁶⁰³ –.

MONITEUR BELGE — 10.01.2017 — BELGISCH STAATSBLAD		1001
<p>SERVICE PUBLIC FEDERAL CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE</p> <p>[2017/200033]</p> <p>25 DECEMBRE 2016. — Loi modifiant la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone en vue de régler certains aspects liés à l'autonomie constitutive de la Communauté germanophone (1)</p>	<p>FEDERALE OVERHEIDSDIENST KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER</p> <p>[2017/200033]</p> <p>25 DECEMBER 2016. — Wet tot wijziging van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap, met het oog op het regelen van een aantal aspecten van de constitutieve autonomie van de Duitstalige Gemeenschap (1)</p>	
<p>PHILIPPE, Roi des Belges, A tous, présents et à venir, Salut.</p> <p>Les Chambres ont adopté et Nous sanctionnons ce qui suit :</p> <p>Article 1^{er}. La présente loi règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution.</p> <p>Art. 2. L'article 8, § 4, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, modifié par les lois des 16 juillet 1993, 16 décembre 1996, 27 mars 2006 et 6 janvier 2014, est complété par un alinéa rédigé comme suit :</p> <p>« Le Parlement peut, par décret, remplacer, modifier, compléter ou abroger les dispositions de l'alinéa premier. ».</p> <p>Art. 3. A l'article 44, alinéa 3, de la même loi, inséré par la loi du 6 janvier 2014, les modifications suivantes sont apportées :</p> <p>1^o les mots "8, § 1^{er}, alinéa 2," sont remplacés par les mots "8, § 1^{er}, alinéa 2, et § 4, alinéa 2,";</p> <p>2^o les mots "10bis, alinéa 4," sont remplacés par les mots "10bis, alinéas 4 et 5,".</p>	<p>FILIP, Koning der Belgen, Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groot.</p> <p>De Kamers hebben aangenomen en Wij bekrachtigen hetgeen volgt :</p> <p>Artikel 1. Deze wet regelt een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.</p> <p>Art. 2. Artikel 8, § 4, van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap, gewijzigd bij de wetten van 16 juli 1993, 16 december 1996, 27 maart 2006 en 6 januari 2014 wordt aangevuld met een lid, luidende :</p> <p>« Het Parlement kan de bepalingen van het eerste lid bij decreet vervangen, wijzigen, aanvullen of opheffen. ».</p> <p>Art. 3. In artikel 44, derde lid, van dezelfde wet, ingevoegd bij de wet van 6 januari 2014, worden de volgende wijzigingen aangebracht :</p> <p>1^o de woorden "8, § 1, tweede lid," worden vervangen door de woorden "8, § 1, tweede lid, en § 4, tweede lid,";</p> <p>2^o de woorden "10bis, vierde lid," worden vervangen door de woorden "10bis, vierde en vijfde lid,".</p>	
<p>Promulguons la présente loi, ordonnons qu'elle soit revêtue du sceau de l'Etat et publiée par le <i>Moniteur belge</i>.</p> <p>Donné à Bruxelles, le 25 décembre 2016.</p> <p>PHILIPPE</p> <p>Par le Roi :</p> <p>Le Premier Ministre, Ch. MICHEL</p> <p>Scellé du sceau de l'Etat :</p> <p>Le Ministre de la Justice, K. GEENS</p>	<p>Kondigen deze wet af, bevelen dat zij met 's Lands zegel zal worden bekleed en door het <i>Belgisch Staatsblad</i> zal worden bekendgemaakt.</p> <p>Gegeven te Brussel, 25 december 2016.</p> <p>FILIP</p> <p>Van Koningswege :</p> <p>De Eerste Minister, Ch. MICHEL</p> <p>Met 's Lands zegel gezegeld :</p> <p>De Minister van Justitie, K. GEENS</p>	
<p>Note</p> <p>(1) Chambre des représentants. (www.lachambre.be) Documents : 54-1987. Compte rendu intégral : 8 décembre 2016. Sénat. (www.senate.be) Documents : 6-254. Annales du Sénat : 15 juillet 2016.</p>	<p>Nota</p> <p>(1) Kamer van volksvertegenwoordigers. (www.dekamer.be) Stukken : 54-1987. Integraal verslag : 8 december 2016. Senaat. (www.senate.be) Stukken : 6-254. Handelingen van de Senaat : 15 juli 2016.</p>	

⁶⁰³ Voy. l'article 3 de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux (*Moniteur belge* du 21 juin 1961).

162. - **Schéma du processus d'élaboration des lois** – Nous pouvons représenter sommairement le parcours législatif, au niveau fédéral, avec ses principales étapes à l'aide du schéma ci-dessous :



163. - Processus d'élaboration des normes législatives au niveau fédéré – Nous avons consacré plusieurs pages au processus d'élaboration des lois, c'est-à-dire des normes législatives fédérales. Nous nous focalisons à présent sur la production des normes législatives par les entités fédérées. Certes, l'adoption des décrets et des ordonnances suit un cheminement similaire à celle des lois, mais il existe des différences, parfois importantes. À l'occasion de la phase préparatoire, les membres des parlements des Régions et des Communautés peuvent déposer des propositions de décret ou d'ordonnance, tandis que les gouvernements peuvent déposer des projets de décret ou d'ordonnance. La Section de législation du Conseil d'État est appelée à jouer le même rôle d'avis qu'au niveau fédéral.

La phase parlementaire est marquée par une différence significative par rapport au processus fédéral. La raison en est simple : le bicaméralisme n'existe pas au niveau des entités fédérées ; chaque parlement fédéré ne dispose que d'une seule chambre, de sorte que le monocaméralisme s'impose. En outre, il n'existe pas de groupes linguistiques, sauf au Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale.

Enfin, les textes adoptés par un parlement sont sanctionnés et promulgués par le gouvernement de l'entité fédérée concernée et publiés également au *Moniteur belge*.

164. - Indépendance de la Chambre, immunités, incompatibilités – Les assemblées jouissent d'une large indépendance par rapport aux autres institutions et, en particulier, par rapport à celles qui exercent les pouvoirs exécutif et judiciaire⁶⁰⁴. D'un côté, et cela constitue une prérogative historique bien que contestée de nos jours⁶⁰⁵, les assemblées contrôlent elles-mêmes la validité des élections de leurs membres (voy. *supra*). En outre, il existe différentes garanties en vue de protéger la personne du parlementaire. Une *irresponsabilité* parlementaire est ainsi consacrée à l'article 58 de la Constitution tandis que l'article 59 concerne l'*inviolabilité* parlementaire⁶⁰⁶. L'article 120 de la Constitution étend ces protections aux membres des parlements communautaires et régionaux.

Le premier volet, l'irresponsabilité, implique que le parlementaire ne peut être poursuivi civilement ou pénalement pour les opinions ou votes exprimés dans le

⁶⁰⁴ C.A., arrêt n° 20/2000 du 23 février 2000, considérant B.3 ; Voy. K. MUYLLE, « L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme ? », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2010, pp. 705-731.

⁶⁰⁵ F. BOUHON, « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexions autour de l'arrêt Grosaru c. Roumanie du 2 mars 2010 », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2011, pp. 153-182.

⁶⁰⁶ Voy. H. VUYE, « Les irresponsabilités parlementaire et ministérielle : les articles 58, 101, al. 2, 120 et 124 de la Constitution », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 2-27 ; G. GOEDERTIER, « De nieuwe regeling van de parlementaire onschendbaarheid », *C.D.P.K.*, 1998, pp. 424-444 et M. VERDUSSEN, « Une inviolabilité parlementaire tempérée », *J.T.*, 1997, pp. 673-679.

cadre de son mandat ; la liberté de parole (*freedom of speech*)⁶⁰⁷ est véritablement absolue quand il exerce ses fonctions⁶⁰⁸, ce qui n'est pas le cas pour les autres citoyens, dont l'exercice de la liberté d'expression peut se heurter à certaines limites. La protection est maintenue même lorsque le concerné n'est plus parlementaire, pour ce qui concerne les actes commis pendant et dans l'exercice de ses fonctions.

L'inviolabilité parlementaire – le deuxième volet de la protection – signifie que, « [s]auf le cas de flagrant délit, aucun membre [d'une assemblée parlementaire] ne peut, pendant la durée de la session, en matière *répressive*, être renvoyé ou cité directement devant une cour ou un tribunal, ni être arrêté, qu'avec l'autorisation de la Chambre dont il fait partie ». Le ministère public peut bien entendu enquêter sur une affaire qui met éventuellement en cause un parlementaire, mais il doit demander – hors cas du flagrant délit⁶⁰⁹ – la *levée de l'immunité* du parlementaire concerné afin de permettre l'arrestation du parlementaire ou son renvoi devant un tribunal⁶¹⁰. Notons toutefois que, à la différence de l'irresponsabilité, l'inviolabilité parlementaire n'est qu'une protection temporaire et qu'elle ne concerne que les poursuites pénales.

L'indépendance du parlementaire est aussi renforcée par un certain nombre d'incompatibilités, c'est-à-dire d'interdictions de cumuler le mandat avec certaines autres fonctions⁶¹¹. Ainsi, et sans citer toutes les hypothèses⁶¹², on ne peut être à la fois membre de la Chambre des représentants et du Sénat⁶¹³. De même, le mandat de membre de la Chambre des représentants ou de sénateur coopté est incompatible avec celui de membre d'un parlement régional ou communautaire⁶¹⁴. Plus

⁶⁰⁷ Voy. M. VERDUSSEN, « Un parlementaire peut-il tout dire ? », in : *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 1001-1014.

⁶⁰⁸ Les opinions exprimées en des lieux ou dans des circonstances qui ne sont pas intrinsèquement liés à la fonction parlementaire, par exemple lors d'une conférence de presse ou lors d'une interview sur les ondes radiophoniques, ne sont, elles, pas couvertes par l'immunité.

⁶⁰⁹ Voy. Cass., 29 juin 1984, *J.T.*, 1985, p. 407 et *Rev. dr. pén.*, 1985, p. 77. Voy. sur le sujet C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « L'affaire Wesphael : quelques observations sur les contours et les conditions d'application de l'immunité parlementaire, à la lumière d'événements récents », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2014, p. 136.

⁶¹⁰ Les mesures contraignantes qui nécessitent normalement l'intervention d'un juge d'instruction ne peuvent être ordonnées à l'égard d'un parlementaire que « par le premier président de la cour d'appel sur demande du juge compétent. Cette décision est communiquée au président de la Chambre concernée » (al. 2). En outre, les perquisitions et les saisies ne peuvent avoir lieu qu'en présence du président de la Chambre concernée ou du parlementaire que celui-ci a désigné (al. 3).

⁶¹¹ A.-F. COLLA, « Essai de synthèse sur les incompatibilités parlementaires : dépassement de leurs revers pour une moralisation de la politique », *Ann. dr.*, vol.72, 2012, p.287 et s.

⁶¹² Voy. M. EL BERHOUMI et C. ROMAINVILLE, « Les incompatibilités », in : F. BOUHON et M. REUCHAMPS, *Les systèmes électoraux de la Belgique*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 585-610.

⁶¹³ Art. 49 de la Constitution.

⁶¹⁴ Art. 119 de la Constitution.

fondamentalement, on ne peut être parlementaire et membre d'un gouvernement⁶¹⁵. Les parlements peuvent étendre les cas d'incompatibilités, par exemple avec des mandats locaux⁶¹⁶.

2) *Le pouvoir exécutif*

165. - Organes compétents – S'agissant du pouvoir exécutif, c'est au Roi – comprenons « au Gouvernement fédéral »⁶¹⁷ – qu'il appartient de l'exercer au niveau fédéral⁶¹⁸, tandis que, pour ce qui concerne les entités fédérées, l'exercice de ce pouvoir est attribué aux gouvernements des Communautés ou des Régions⁶¹⁹. Le pouvoir exécutif, au sein de la Région wallonne, est placé entre les mains du gouvernement wallon ; il appartient au gouvernement de la Communauté germanophone pour la Communauté germanophone ; et ainsi de suite.

A nouveau, il existe une différence majeure entre les différents niveaux de pouvoirs puisque le Roi n'exerce aucun rôle au sein des gouvernements des Régions et des Communautés. Il existe une légère nuance à ce principe : les présidents des gouvernements fédérés, lorsqu'ils viennent d'être élus à cette fonction, doivent prêter serment entre les mains du Roi qui incarne, dans ce cadre, l'État dans sa globalité.

166. - Typologie des normes – Les normes prises par les titulaires du pouvoir exécutif, dont la mission a « pour objet d'exécuter les lois, de régir les choses d'intérêt commun, de pourvoir à tous les besoins généraux de la société que la loi confère à sa surveillance, à sa direction ou à son autorité, le tout en se conformant aux règles exposées par le pouvoir législatif »⁶²⁰, portent le nom d'*arrêts*.

Le gouvernement fédéral adopte des arrêts *royaux*. L'arrêté royal est signé par le Roi et est contresigné par un ou des ministre(s) ou secrétaire(s) d'État⁶²¹. Ceux-ci en assument de la sorte la responsabilité politique devant la Chambre des représentants (voy. *infra*). Un arrêté royal peut revêtir un caractère général et abstrait ; il a alors une portée réglementaire (on peut parler de « règlement » à son sujet). Il existe en outre des arrêts qui ont une portée individuelle, comme ceux qui consacrent la nomination d'un fonctionnaire ou accordent une

⁶¹⁵ Art. 50 de la Constitution ; art. 1^{er} bis de la loi du 6 août 1931 établissant des incompatibilités et interdictions concernant les Ministres et Ministres d'État, ainsi que les membres et anciens membres des Chambres législatives (*Moniteur belge* du 6 août 1931) ; art. 59, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 ; Art. 35 de la loi spéciale du 12 janvier 1989.

⁶¹⁶ En 2010, le Parlement de la Région wallonne a par exemple voté le décret spécial du 9 décembre 2010 limitant le cumul de mandats dans le chef des députés du Parlement wallon (*Moniteur belge* du 22 décembre 2010). Entré en vigueur depuis le renouvellement intégral des conseils communaux en 2018 (art. 4), ce décret limite les cas de cumul d'un mandat local avec un mandat régional.

⁶¹⁷ Art. 106 de la Constitution.

⁶¹⁸ Art. 37 de la Constitution.

⁶¹⁹ Art. 121 et s. de la Constitution.

⁶²⁰ C. DE BROUCKERE et J.-F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, T. V, Bruxelles, Weissenbruch, 1834, p. 185.

⁶²¹ Il convient de remarquer que les secrétaires d'État ne peuvent pas contresigner, seuls, certains actes.

autorisation à un individu. Dans certaines circonstances, des arrêtés sont adoptés par des ministres seuls. On appelle ceux-ci des arrêtés ministériels⁶²².

Aux arrêtés royaux du niveau fédéral, correspondent, dans le cadre des entités fédérées, les « arrêtés de gouvernement ». Ainsi, les normes du pouvoir exécutif régional bruxellois s'appellent des arrêtés du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale.

167. - Adoption des arrêtés – Avant de pouvoir adopter définitivement un arrêté, les gouvernements fédéral et fédérés doivent soumettre au Conseil d'État *tous* les avant-projets d'arrêté qui ont un caractère *réglementaire*. L'avis que rend le Conseil d'État ne lie pas les pouvoirs exécutifs, qui ne sont donc pas obligés de prendre les éventuelles critiques en considération. Sous cette réserve, le processus d'adoption d'une norme exécutive est plus simple, et généralement plus rapide, que le processus qui conduit à l'adoption de normes législatives. En effet, on ne passe pas ici par un processus de délibération qui impliquent les membres (parfois nombreux) d'une (ou plusieurs) assemblée(s) parlementaire(s).

Conformément à l'article 190 de la Constitution, les arrêtés sont opposables aux particuliers le dixième jour suivant leur publication au *Moniteur belge*, à moins qu'un autre délai ne soit prévu. Une publication par extrait, voire une simple mention, est envisageable lorsque l'arrêté n'intéresse pas le grand public. Si la publicité de l'arrêté ne présente aucun caractère d'utilité publique, il se peut qu'il n'y ait même aucune forme de publication⁶²³.

168. - Caractère limitatif des attributions – Les prérogatives qui relèvent des pouvoirs exécutifs fédéral et fédérés sont limitées ; on dit à cet égard que les compétences sont *attribuées*. De manière globale, les articles 105 et 108 de la Constitution prévoient que le Roi ne peut agir que lorsqu'il existe un fondement légal pour ce faire (article 105) et que Son intervention doit être conforme aux « lois » (article 108)⁶²⁴. Des dispositions identiques s'appliquent aux gouvernements des Régions et des Communautés.

Les pouvoirs exécutifs disposent d'un pouvoir général d'exécution des normes législatives ; cela signifie que les gouvernements peuvent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre une norme législative, pour élaborer des normes complémentaires, à condition de ne pas restreindre ou étendre la portée de cette norme législative⁶²⁵. Ce pouvoir dérive, au niveau fédéral, de

⁶²² Sur ce point et sur les controverses que ces arrêtés suscitent, voy. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 125-126.

⁶²³ Art. 56, § 1^{er}, des lois coordonnées du 18 juillet 1966 sur l'emploi des langues en matière administrative.

⁶²⁴ C. Const, arrêt n° 71/2011 du 12 mai 2011, considérant B.9.

⁶²⁵ Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 25 ; Cass., 23 septembre 1993, *Pas.*, I, 744. ; Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, p. 25). Voy. également W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. sous Cass., 17 mai 1963, *J.T.*, 1963, p. 589 et D. BATSELE et M. SCARCEZ, *Abrégé de droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 49 et 57.

l'article 108 de la Constitution et, au niveau fédéré, de l'article 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

À côté de ce pouvoir réglementaire d'exécution des normes législatives que le pouvoir exécutif détient, il existe une autre forme de pouvoir réglementaire, qui est conféré au Roi ou à un gouvernement fédéré par une norme législative. En effet, pour ce qui concerne le niveau fédéral, l'article 105 de la Constitution permet au législateur de préciser l'objet et les limites du pouvoir d'exécution imparti au Roi par l'article 108 de la Constitution⁶²⁶. L'article 78 de la loi spéciale de réformes institutionnelles consacre une règle identique pour les entités fédérées qu'elle concerne.

Dans ce cadre, il est arrivé au législateur, en raison de circonstances exceptionnelles, de déléguer au Roi des pouvoirs particulièrement étendus, allant jusqu'à « modifier les rapports de compétence entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif »⁶²⁷. En d'autres mots, l'organe chargé du pouvoir exécutif (le Roi ou un gouvernement fédéré) peut devenir exceptionnellement compétent pour réaliser ce qui relève en principe des compétences du titulaire du pouvoir législatif.

L'habilitation par les pouvoirs spéciaux permet au Roi ou au gouvernement fédéré, dans un cadre matériel et temporel fixé par la norme législative d'habilitation, d'abroger, de compléter, de modifier ou de remplacer des dispositions législatives⁶²⁸ par la voie réglementaire⁶²⁹. Si la technique est relativement ancienne⁶³⁰, elle a considérablement évolué⁶³¹ et se manifeste en règle

⁶²⁶ « Le Gouvernement n'a d'autres pouvoirs que ceux que lui attribuent formellement la Constitution et les lois et décrets portés en vertu de celle-ci ». Voy. également l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ; l'article 38 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises et l'article 51 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone.

⁶²⁷ A. BUTTGEBACH, « La pratique des pouvoirs spéciaux et le droit constitutionnel de la Belgique », *R.D.P.*, 1939, p. 110.

⁶²⁸ Voy. J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 2013, p. 135.

⁶²⁹ Cass, 3 mai 1974, *Pas.*, I., p. 910.

⁶³⁰ J. GESNOT, *Les pouvoirs spéciaux : historique et analyse*, Bruxelles, La Chartre, 1991, pp. 20 et 21.

⁶³¹ F. DEHOUSSE, « Pouvoirs spéciaux et changement de régime : l'insertion des pouvoirs spéciaux dans l'évolution du régime parlementaire belge », *J.T.*, 9 février 1985, p. 85. Pratique plus permissive que celle des pouvoirs spéciaux (F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, p. 772 ; voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État du 31 mai 1996 rendu sur un projet de loi portant modernisation de la sécurité sociale et assurant la viabilité des régimes légaux des pensions, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord., 1995-1996, n° 607/1, p. 56), l'attribution de pouvoirs *extraordinaires* au Roi a essentiellement pris place dans le contexte de la seconde guerre mondiale (Voy. la loi du 7 septembre 1939 prorogeant le mandat des corps constitués et celui des fonctionnaires nommés à temps, jusqu'au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur pied de paix – *Moniteur belge* du 8 septembre 1939 – et la loi du 20 mars 1945 donnant au Roi, pour une durée limitée, des pouvoirs extraordinaires – *Moniteur belge* du 20 mars 1945 –). Les lois de pouvoirs extraordinaires peuvent être définies comme des « lois par lesquelles le législateur autorise temporairement le Roi, en cas de nécessité et d'urgence, à prendre par arrêté délibéré en conseil des ministres, des dispositions ayant force de loi, dans un ensemble de domaines dont l'objet n'est autrement précisé que par l'indication d'un but d'intérêt général que ces arrêtés devront servir » (Avis de la section de législation du Conseil d'État du 9 juin 1952 rendu sur un projet de loi relative à l'attribution au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. 1952-1953, p. 11). À ce sujet, voy. C. BEHRENDT, « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel : la Cour

générale en cas de «circonstances exceptionnelles», voire « de crise»⁶³², justifiant une prise de décision rapide⁶³³.

En 2009, c'est une urgence sanitaire, qui a convaincu le Parlement d'octroyer au Roi des pouvoirs spéciaux pour le « cas d'épidémie ou de pandémie de grippe »⁶³⁴. La loi permet, par exemple, de réquisitionner des professionnels autres que du personnel de santé pour aider en cas de vaccination massive ou la possibilité d'organiser des distributions massives de médicaments. Conformément à son article 3, alinéa 2, les arrêtés pris sur cette base permettaient d'abroger et d'amender les dispositions légales alors en vigueur. Le Roi était aussi habilité à prévoir des sanctions administratives, civiles et pénales applicables en cas d'infraction à ces arrêtés⁶³⁵. L'habilitation a pris fin le 21 avril 2010, à l'expiration du délai de six mois prévu par le législateur, mais après la confirmation, par la loi du 23 mars 2010⁶³⁶, des arrêtés royaux pris en application de la loi du 16 octobre 2009.

Enfin, les arrêtés-lois de temps de guerre sont tout à fait particulier. Il s'agit de mesures de portée législative⁶³⁷, adoptées au nom de l'état de nécessité et du principe de continuité de l'État durant les deux guerres mondiales. Ces normes législatives ont été adoptées alors que les chambres ne pouvaient se réunir⁶³⁸, par :

- le Roi Albert et le Cabinet Broqueville, durant la première guerre mondiale ;
- le Roi Léopold III et le Cabinet Pierlot, au début de la seconde guerre mondiale ;
- les ministres réunis en Conseil, durant la seconde guerre mondiale et l'impossibilité de régner du Roi Léopold III.

La Constitution dresse également une liste de compétences réservées au Pouvoir exécutif. Parmi les grandes prérogatives accordées aux pouvoirs exécutifs, fédéral et fédérés, chacun pour ce qui les concerne, on peut mentionner la direction de l'administration⁶³⁹ et la direction des relations internationales⁶⁴⁰. Sur ce dernier point, il paraît utile d'insister à nouveau sur le fait que la capacité de mener des relations internationales, et notamment de conclure des traités, n'est pas réservée au pouvoir exécutif fédéral. Chaque pouvoir exécutif dispose de cette prérogative dans les matières qui relèvent de sa compétence. Ainsi, ce sont les pouvoirs

constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, n° 2007/2, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 543).

⁶³² J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS et T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht : deel I*, Bruges, Die Keure, 2015, p. 131.

⁶³³ K. RIMANQUE, « Kritische kanttekeningen bij de recente ontwikkelingen inzake de bijzondere machten », in : *Liber Amicorum Robert Senelle : Vraagpunten van publiek recht*, Bruges, Die Keure, 1986, pp. 250 et 251. et B. SEUTIN., *Beginselen van wetgevingstechniek en behoorlijke regelgeving*, Bruges, La Chartre, 2016, p. 191.

⁶³⁴ Loi du 16 octobre 2009 accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe (*Moniteur belge* du 21 octobre 2009).

⁶³⁵ Article 7 de la loi du 16 octobre 2009.

⁶³⁶ Loi du 23 mars 2010 portant confirmation des arrêtés royaux pris en application des articles 2 et 3 de la loi du 16 octobre 2009 accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe (*Moniteur belge* du 29 mars 2010).

⁶³⁷ Cass., 11 février 1919, *Pas.*, I, p.9 et Cass., 11 décembre 1944, *Pas.*, I, p. 65.

⁶³⁸ Voy. J. DE MEYER, « Over de legitimiteit van de besluitwetten van de oorlogsregeringen in 1914-1918 en in 1940- 1944 », in : *Liber Amicorum August De Schryver, minister van Staat*, Anvers, Standaard, 1968, pp. 296-304. Voy. également A. BUTTGEBACH, *Manuel de droit administratif*, v. 1, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, p. 20.

⁶³⁹ Art. 107 de la Constitution et art. 87 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

⁶⁴⁰ Art. 167 de la Constitution.

exécutifs des Communautés qui ont le pouvoir de négocier avec des États étrangers dans le domaine de l'enseignement ou de la culture.

Certaines compétences sont attribuées exclusivement au Roi, c'est-à-dire au gouvernement *fédéral*, et ne trouvent pas d'équivalents dans les entités fédérées. Il s'agit notamment de la politique monétaire⁶⁴¹ ou du droit de conférer des honneurs (c'est-à-dire les titres de noblesse et les ordres militaires)⁶⁴². Le Roi dispose aussi de prérogatives en lien avec le fonctionnement de la justice : c'est en son nom et par ses agents que les jugements sont mis en exécution⁶⁴³, c'est lui qui peut exercer le droit de grâce⁶⁴⁴ ainsi que le droit d'injonction⁶⁴⁵. Ce dernier instrument permet au gouvernement fédéral – par l'intermédiaire du Ministre de la Justice – de demander au ministère public que soient initiées des poursuites à charge d'une personne physique ou morale. Le Roi ne peut en revanche pas donner des injonctions négatives : il ne peut pas exiger du ministère public qu'il mette fin à des poursuites qu'il a engagées dans un dossier particulier.

Enfin, le Roi (à la différence des gouvernements des entités fédérées) dispose aussi d'une prérogative institutionnelle importante : il a le droit, à certaines conditions, de dissoudre les chambres fédérales. Ce dernier point sera examiné plus en détail au chapitre 7.

169. - Inviolabilité et immunité – Nous avons déjà indiqué que le droit public belge consacre, à l'article 88 de la Constitution, un principe d'inviolabilité et d'irresponsabilité politique du Roi. En plus de ceci, il existe des mécanismes particuliers qui s'appliquent aux poursuites pénales qui impliquent des membres des gouvernements.

En effet, l'article 103 de la Constitution, modifié en 1998, dispose que les infractions commises par un ministre dans le cadre de ses fonctions sont jugées par la Cour d'appel de Bruxelles et celles qui sont perpétrées par un ministre en dehors de ce cadre relèvent de la cour d'appel du ressort où les faits ont été commis. L'article 125 de la Constitution définit, pour sa part, le régime applicable aux membres des gouvernements des entités fédérées.

3) Le pouvoir judiciaire

170. - Organes compétents et fonctions – L'article 40, alinéa 1^{er}, de la Constitution dispose que « [l]e pouvoir judiciaire est exercé par les cours et

⁶⁴¹ Art. 112 de la Constitution.

⁶⁴² Art. 113 et 114 de la Constitution.

⁶⁴³ Art. 40, al. 2, de la Constitution.

⁶⁴⁴ Art. 110 de la Constitution. Voy. *infra*.

⁶⁴⁵ Art. 151, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution et art. 11bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

tribunaux ». L'organisation du pouvoir judiciaire demeure, remarquons-le, une compétence de l'Autorité fédérale⁶⁴⁶.

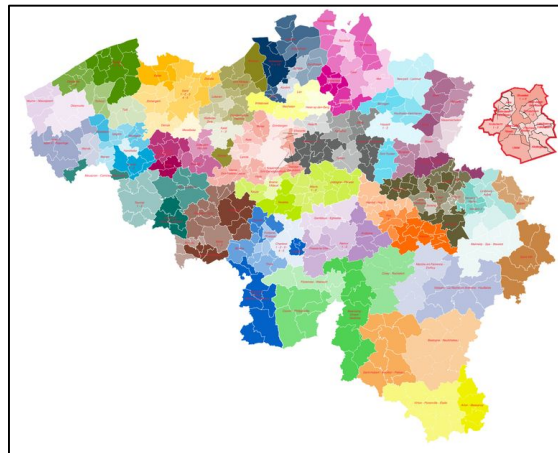
Les juridictions sont censées dire le droit, c'est-à-dire dégager les normes juridiques applicables à une situation litigieuse particulière et prononcer une décision, conformément à ces règles, pour solutionner ce litige. Cette fonction juridictionnelle a été conçue par le constituant belge comme un véritable pouvoir. Au début du XX^e siècle, le constitutionnaliste liégeois Oscar Orban affirmait à ce sujet que

« [c]e pouvoir est donc bien en Belgique l'égal des deux autres, l'une des trois grandes branches autonomes de la puissance publique, l'un des démembrements constitutionnels de la souveraineté de l'État. Chez nous, la justice n'émane pas du Roi ; tout au plus, ses décisions sont-elles exécutées au nom de celui-ci [...]. La fonction judiciaire elle-même est une prérogative détachée de l'autorité souveraine, une émanation de la Constitution, un organisme établi par le pouvoir constituant. Les arrêts et les jugements doivent être rendus et prononcés au nom de la Nation, c'est-à-dire au nom de l'État qui la représente et l'incarne, et dont les corps judiciaires ont reçu délégation »⁶⁴⁷.

171. - Organisation juridictionnelle – La justice est organisée sur une base territoriale. La Belgique est en effet divisée en 12 arrondissements judiciaires, à savoir Anvers, Brabant wallon, Bruxelles (Hal-Vilvorde), Eupen, Flandre occidentale, Flandre orientale, Hainaut, Liège, Limbourg, Louvain, Luxembourg et Namur. Il existe en outre 187 cantons judiciaires.



Arrondissements judiciaires



Cantons judiciaires

⁶⁴⁶ Par le truchement des « pouvoirs implicites », déjà définis au chapitre relatif au fédéralisme, les entités fédérées peuvent tout de même créer des juridictions administratives statuant sur des recours juridictionnels (voy. C.A., arrêt n° 49/2003 du 30 avril 2003 et C. const., arrêt, n° 8/2011 du 27 janvier 2011) ou intervenir dans la compétence territoriale des juges dans le domaine de la compétence fiscale régionale (C.A., arrêt n° 58/2003 du 14 mai 2003 et arrêt n° 126/2003 du 1^{er} octobre 2003). Sur ce sujet, voy. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge, Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 755-756.

⁶⁴⁷ O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. II Les Pouvoirs de l'État, Liège/Paris, Dessainlard/Brière, 1908, pp. 524-525.

On trouve tout d'abord, au niveau des cantons, la justice de paix et le tribunal de police. La justice de paix est la juridiction la plus proche du citoyen ; elle est compétente pour les affaires civiles et commerciales d'ampleur modeste, pour un montant qui ne dépasse pas 5 000 euros⁶⁴⁸, mais aussi pour certains types de litiges (indépendamment des montants)⁶⁴⁹ comme ceux en matière de bail, ceux relatifs à la récupération de dettes de gaz, d'électricité et d'eau, ou encore les troubles de voisinage. Le tribunal de police est principalement compétent pour juger les aspects civils et pénaux qui concernent le roulage (infractions au code de la route, responsabilité civile suite à un accident de la circulation, *etc.*).

Il y a un tribunal de première instance dans chaque arrondissement judiciaire. Les tribunaux de première instance sont à leur tour composés de plusieurs sections : le tribunal civil, le tribunal correctionnel⁶⁵⁰, le tribunal de la jeunesse, le tribunal de la famille et le tribunal de l'application des peines. Le tribunal de première instance est la juridiction ordinaire par excellence et connaît les litiges civils ainsi que les délits⁶⁵¹. De plus, il connaît des appels de la Justice de paix⁶⁵² et du tribunal de police (sur la notion d'appel, voy. *infra*).

Il existe également le tribunal de l'entreprise. Il s'agit là d'un tribunal spécialisé qui est compétent pour juger les contestations entre entreprises⁶⁵³, et ce, pour n'importe quel montant. Les tribunaux de l'entreprise sont composés de juges professionnels et d'autres juges, issus du monde des affaires et de l'entreprise où ils poursuivent généralement leurs activités : ce sont les juges consulaires. Il

⁶⁴⁸ Art. 590 et 617 du Code judiciaire.

⁶⁴⁹ Article 591 du Code Judiciaire.

⁶⁵⁰ Il existe également, au sein du tribunal de première instance, une chambre du conseil qui a deux grandes attributions : apprécier et éventuellement prolonger – mensuellement – le mandat d'arrêt délivré par un juge d'instruction, et donc la détention préventive d'un suspect, et examiner s'il convient de renvoyer une affaire devant le tribunal correctionnel compétent. On peut contester la décision de la chambre du conseil et aller en appel devant la chambre des mises en accusation, qui est une chambre de la cour d'appel compétente. C'est également cette chambre qui approuve le renvoi d'une affaire devant une cour d'assises.

⁶⁵¹ Le tribunal de l'application des peines veille, quant à lui, à l'exécution des peines prononcées par les cours et tribunaux.

⁶⁵² Les jugements prononcés par le juge de paix sur des demandes ne dépassant pas 2 000 euros sont rendus en première et, dans un même temps, en dernière instance.

⁶⁵³ En vertu de l'article I.1 du Code de droit économique du 28 février 2013 (*Moniteur belge* du 29 mars 2013), est entreprise toute personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre indépendant; toute personne morale (sociétés, associations et fondations) et toute autre organisation sans personnalité juridique. L'article 573 du Code judiciaire précise en outre que : « [l]e tribunal de l'entreprise connaît en premier ressort des contestations entre entreprises [...] qui ne relèvent pas de la compétence spéciale d'autres juridictions et qui, en ce qui concerne les personnes physiques, ont trait à un acte qui n'est manifestement pas étranger à l'entreprise.

La demande dirigée contre une entreprise peut également être portée, aux conditions visées à l'alinéa 1^{er}, devant le tribunal de l'entreprise, même si le demandeur n'est pas une entreprise. Est, à cet égard, nulle, toute clause attributive de compétence antérieure à la naissance du litige ». Voy. également, pour les autres compétences de cette juridiction, les articles 574 à 576 du Code judiciaire.

existe neuf tribunaux de l'entreprise, à savoir les tribunaux d'Anvers, de Nivelles, de Bruxelles, de Louvain, de Gand, d'Eupen, de Liège, de Mons et de Charleroi.

Le tribunal du travail est une autre juridiction dite *spécialisée*. Ce tribunal est doté de compétences en droit du travail et en droit de la sécurité sociale⁶⁵⁴. Les tribunaux du travail présentent également une composition mixte, regroupant des juges professionnels et des juges dits *sociaux*. De même que les tribunaux de l'entreprise, la Belgique compte neuf tribunaux du travail.

Cinq cours d'appel (Anvers, Bruxelles, Gand, Liège et Mons) statuent en appel sur les jugements rendus par les tribunaux de première instance. Par appel, il faut comprendre une voie ordinaire de recours qui permet à une personne qui n'est pas satisfaite d'une décision de justice rendue en premier ressort, de faire examiner potentiellement l'intégralité d'une affaire, y compris les faits, par une juridiction supérieure. Il existe également une juridiction d'appel propre au tribunal du travail : la cour du travail.

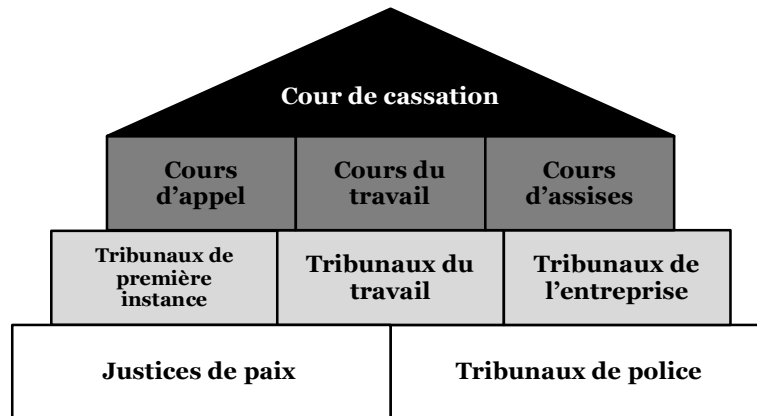
La Cour d'assises, composée de magistrats professionnels et d'un jury populaire dont les membres sont tirés au sort, est compétente pour les infractions les plus graves telles que le meurtre, l'assassinat ou les faits de mœurs sérieux. En outre, les délits politiques et les délits de presse sont de la compétence exclusive de la cour d'assises, à l'exception des délits de presse inspirés par le racisme et la xénophobie⁶⁵⁵, qui sont, eux, poursuivis devant le tribunal de première instance. Il y a une cour d'assises par province et une à Bruxelles.

Enfin, la Cour de cassation est la juridiction qui domine cette architecture judiciaire⁶⁵⁶. Nous verrons plus tard que cette juridiction ne connaît pas des faits, mais se prononce uniquement sur le respect des règles de droit (notamment des règles de procédure) par les autres juridictions judiciaires. De cette manière, la Cour de cassation contribue à l'effectivité de l'État de droit, sujet du chapitre 8.

⁶⁵⁴ Voy. les articles 578 à 583 du Code judiciaire.

⁶⁵⁵ Voy. l'article 150 de la Constitution.

⁶⁵⁶ Il existe également un tribunal d'arrondissement, composé des présidents du tribunal de première instance, du tribunal de commerce et du tribunal du travail ou des magistrats (vice-présidents ou juges) qu'ils délèguent à leur place. Saisi par les juridictions, ce tribunal tout à fait particulier est exclusivement chargé de résoudre les problèmes de compétences qui peuvent survenir entre les juridictions.



172. - Principes généraux du fonctionnement des juridictions – Aux termes de l'article 148 de la Constitution, « [l]es audiences des tribunaux sont publiques, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement ». Cet article consacre ainsi l'obligation de publicité de principe de la justice. Ce principe contribue à la transparence de la justice : « [l]es juges [étant] plus circonspects dans leur décisions, si elles sont exposées à la censure du public »⁶⁵⁷. Des exceptions sont prévues, lorsque, notamment, la protection de la vie privée des parties au procès le requiert.

L'article 149 de la Constitution ajoute « [t]out jugement est motivé. Il est prononcé en audience publique ». Par conséquent, l'article 780 du Code judiciaire prévoit que le jugement doit contenir, à peine de nullité la réponse aux conclusions ou moyens des parties, c'est-à-dire leurs arguments et raisonnements en fait et en droit. En d'autres termes encore, le juge doit justifier sa réflexion et expliquer pourquoi il a suivi, en vertu des normes de droit, telle ou telle thèse.

173. - Statut constitutionnel des juges – La Constitution organise la nomination des juges ainsi que des membres du ministère public et prévoit également un statut propre à ces magistrats.

Premièrement, les juges sont nommés par le Roi, c'est-à-dire par le Ministre de la Justice. Une autre institution – le Conseil supérieur de la justice – est par ailleurs chargée d'instruire les nominations et d'élaborer les examens à destination des candidats. Le Roi ne peut nommer que des candidats qui lui sont proposés par le Conseil supérieur de la justice, ce qui revient à restreindre sa capacité à opérer des nominations politisées.

Le principe d'indépendance du pouvoir judiciaire à l'égard des autres pouvoirs (législatif et exécutif) est un principe général de droit judiciaire, affirmé par

⁶⁵⁷ J. RAIKEM, « Rapport de la section centrale sur le chapitre III du titre III, intitulé du pouvoir judiciaire », in : A. NEUT, *La Constitution belge, expliquée par le Congrès national, les Chambres et la Cour de cassation*, Gand, C. Annot-Braeckman, 1842, p. 284.

l'article 151, §1, de la Constitution belge⁶⁵⁸ : il s'agit là de la « pierre angulaire de la séparation des pouvoirs, qui certainement sur ce point conserve sa pleine signification en droit positif »⁶⁵⁹. Autrement dit, à l'heure actuelle, la séparation entre le pouvoir judiciaire et les autres pouvoirs semble plus nette que celle qui existe entre les pouvoirs législatif et exécutif. L'indépendance du pouvoir judiciaire découle d'une série de règles constitutionnelles, comme la nomination à vie des juges et leur inamovibilité⁶⁶⁰. La première implique que le juge ne peut être démis de ses fonctions que par un jugement prononcé à la suite d'une faute disciplinaire⁶⁶¹. La seconde règle, le principe d'inamovibilité, empêche que le juge soit déplacé d'une juridiction à une autre sans un consentement de sa part⁶⁶². Les deux règles que nous venons d'évoquer ont un objectif commun : elles visent à assurer que les autres pouvoirs (en particulier le pouvoir exécutif) ne puissent pas faire pression sur les juges en les menaçant d'une révocation ou d'une mutation vers un poste éventuellement moins désirable. L'article 154 de la Constitution complète le dispositif en prévoyant que « les traitements des membres de l'ordre judiciaire sont fixés par la loi » ; il n'est dès lors pas possible de chercher à influencer les juges en leur faisant miroiter une augmentation de leurs traitements ou, au contraire, en les menaçant d'une réduction.

Enfin, toujours dans l'optique de garantir la pleine indépendance du magistrat, « [a]ucun juge ne peut accepter du Gouvernement des fonctions salariées, à moins qu'il ne les exerce gratuitement et sauf les cas d'incompatibilité déterminés par la loi »⁶⁶³.

174. - Contribution du ministère public - Notions : Un corps de magistrats – que l'on désigne par les expressions « ministère public », « magistrature debout » ou encore « parquet » – représente l'intérêt général, c'est-à-dire les intérêts de la collectivité, dans son ensemble, auprès des cours et tribunaux. Au niveau des tribunaux de première instance, le ministère public est dirigé par les parquets du procureur du Roi et les auditorats du travail⁶⁶⁴. Au niveau de la cour d'appel et de la cour du travail, il est représenté par les parquets généraux et les auditorats généraux à la tête desquels figure un procureur général. Il existe également un procureur général qui représente l'intérêt de la société devant la Cour de cassation. Les phénomènes et faits plus complexes, qui dépassent les

⁶⁵⁸ Le principe d'impartialité du juge est également garanti par les articles 6, §1, de la Convention européenne des droits de l'homme et 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

⁶⁵⁹ A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, pp. 231-232. Voy. également F. DELPEREE, « Propos sur la justice, ici et là », in : *Liber Amicorum Prof. Em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 531.

⁶⁶⁰ Art. 152 de la Constitution et « Séparation des pouvoirs », *Pandectes belges*, T. XXXVI, Bruxelles, 1909, p. 1057.

⁶⁶¹ Article 152, alinéa 2, de la Constitution. Voy. également les articles 404 et 405 du Code judiciaire.

⁶⁶² Article 152, alinéa 3, de la Constitution.

⁶⁶³ Art. 155 de la Constitution.

⁶⁶⁴ Les procureurs et auditeurs sont assistés par des « substituts ».

limites des arrondissements, comme le terrorisme, sont traités quant à eux par le parquet fédéral.

Par sa mission, le ministère public intervient lors des audiences pour défendre la société dans sa globalité, en cherchant à atteindre la plus grande objectivité. En matière pénale, son rôle consiste à poursuivre les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction devant la juridiction compétente. Il représente la collectivité lésée par l'infraction et doit présenter les arguments à charge et à décharge du prévenu.

Même si le ministère public est placé sous l'autorité du Ministre de la Justice, le principe d'indépendance s'applique également aux magistrats du ministère public dans l'exercice des recherches et poursuites individuelles, sans préjudice du droit d'injonction positive du ministre⁶⁶⁵ (voy. *supra*).

175. - Grâce royale et amnistie – L'article 110 de la Constitution dispose que « le Roi a le droit de remettre ou de réduire les peines prononcées par les juges, sauf ce qui est statué relativement aux ministres et aux membres des gouvernements de Communauté et de Région ». On désigne cette prérogative, déjà avancée par Montesquieu, comme étant le *droit de grâce* du Roi.

On notera utilement que la grâce royale a été mobilisée à de nombreuses reprises par les monarques et les ministres *abolitionnistes* pour commuer les peines de mort en peines d'emprisonnement.

L'amnistie est quant à elle une mesure *collective* réservée au parlement fédéral qui retire à certains faits pénalement punissables leur nature infractionnelle. Le caractère répréhensible des faits amnistiés est purement et simplement effacé.

En guise d'illustrations récentes et plus médiatisées, nous pouvons mentionner la proposition de loi du 4 mai 2011 déposée par des sénateurs du Vlaams Belang et « effaçant, pour l'avenir, tous les effets des condamnations et sanctions infligées du chef d'actes d'incivisme prétendument commis entre le 10 mai 1940 et le 8 mai 1945 et instituant une commission chargée d'indemniser les victimes de la répression d'après-guerre ou leurs descendants pour le préjudice financier subi à la suite desdites condamnations et sanctions »⁶⁶⁶. S'inscrivant dans un débat plus ancien – bien que de plus en plus désuet – relatif à l'amnistie des anciens collaborateurs et porté au cours des dernières décennies par des partis du nord du pays⁶⁶⁷, cette proposition de loi a finalement été rendue caduque par la dissolution des chambres, en 2014.

176. - Relations entre les trois pouvoirs – Pour faire écho à nos réflexions sommaires, développées en fin de la première partie du présent chapitre, sur le rapprochement entre les pouvoirs exécutif et législatif, la Belgique a elle-aussi connu de profondes mutations. De manière transversale, l'application du principe de séparation des pouvoirs, ou plutôt d'équilibre des pouvoirs, a il est vrai connu des évolutions au cours de l'histoire du Royaume. Les rapports de

⁶⁶⁵ Art. 151, §1, de la Constitution. On utilise souvent l'adage « La plume est servie mais la parole est libre » pour illustrer le fait que le parquet, bien que lié par des instructions de sa hiérarchie, conserve tout de même la liberté d'exposer oralement ses conceptions et convictions (J. MATTHYS, « Openbaar ministerie », *APR*, 1983, pp. 78-79).

⁶⁶⁶ *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-1001/1

⁶⁶⁷ Voy. ainsi en 2010 : D. VANOVERBEKE, « Collaboration : Di Rupo prêt à parler de l'amnistie », *Le Soir*, 17-18 juillet 2010 et S. GOVAERT, « Les négociations communautaires et la formation du gouvernement Di Rupo (juin 2010 - décembre 2011) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2012, n° 2144-2145, p. 18.

force entre les organes qui exercent les principaux pouvoirs ne sont pas constants. À la naissance de l'État, le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif s'affrontent, plus ou moins à forces égales, sur les questions politiques et le juge est, quant à lui, en retrait ; sa fonction touche essentiellement les affaires privées. À cette époque, le pouvoir judiciaire refuse par exemple de trancher les litiges qui résulteraient d'une faute commise par un organe administratif de l'État⁶⁶⁸ (voy. *infra*). Entre la Première guerre mondiale et les années 70 du XX^e siècle, le Parlement, désormais élu au suffrage universel, jouit d'une « légitimité » accrue⁶⁶⁹. Toutefois, les interventions de l'État se multiplient⁶⁷⁰ et l'importance des coalitions entre les factions politiques s'affirmant, le gouvernement au sein duquel les compromis émergent monte petit à petit en puissance : il devient le véritable lieu de l'exercice du pouvoir, au dépend du Parlement. Le juge sort aussi de sa réserve en exerçant un contrôle sur les actes de l'administration⁶⁷¹. À partir des années 1970, le prestige de la loi décline face au droit international directement applicable au droit européen qui se développe progressivement⁶⁷². Par ailleurs la fédéralisation de l'État entraîne la multiplication des législateurs (ce qui diminue la puissance d'un législateur isolé) et entraîne l'émergence du contrôle de constitutionnalité⁶⁷³. Par l'intermédiaire du droit d'initiative du Roi, les textes destinés à devenir des lois sont de plus en plus souvent préparés par les partenaires de la majorité gouvernementale, avant d'être soumis à l'assemblée où règne une *discipline* des partis⁶⁷⁴. De son côté, le juge occupe une place toujours plus centrale.

Alors que Montesquieu confiait une fonction des plus réduites aux juridictions, le pouvoir judiciaire tend à s'affirmer en Belgique, de même que dans les autres démocraties contemporaines. On peut ainsi lire, sous la plume du Président de la Cour de cassation belge, Jean De Codd,

« qu'aujourd'hui, l'équilibre des pouvoirs ne se fait plus par le rapport entre le législatif et l'exécutif. La réalité actuelle, c'est que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont soudés l'un à l'autre. [...] Qui, alors, va arrêter ce bloc législatif-exécutif ? Qui d'autre que la justice ? Le judiciaire est, plus que jamais, cette institution ayant la faculté d'arrêter, la faculté d'empêcher, la faculté de contrôler, la faculté de limiter, laquelle faculté va venir rétablir l'équilibre et constituer le pilier sans lequel il n'y a pas de démocratie, pas de liberté politique, pas d'égalité devant la dure loi du marché, le pilier sans lequel notre système politique est déséquilibré et risque de dériver vers un régime de police ou vers un État de force »⁶⁷⁵.

⁶⁶⁸ A l'origine, une conception plus rigide de la séparation des pouvoirs prédominait : « au nom de cette conception métaphysique du pouvoir "souverain" en trois personnes qui travestissait et les idées de Montesquieu et l'esprit de la Constitution que les Cours et Tribunaux belges avaient consacré la théorie de l'immunité de la puissance publique, du Pouvoir Exécutif, de l'Administration » (R. PHILIPPART, *Séparation des Pouvoirs - discours prononcé à la séance solennelle de rentrée de la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, Imp. H. VAILLANT-CARMANNE S. A., 16 novembre 1946, p. 7).

⁶⁶⁹ C. SÄGESSER, *Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs*, Dossiers n° 87, Bruxelles, CRISP, 2016, p. 35.

⁶⁷⁰ B. DE JOUVENEL, « Sur l'évolution des formes de gouvernement », *Bulletin SEDEIS, Suppl.*, 20 avril 1961, pp. 5-23.

⁶⁷¹ C. SÄGESSER, *Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs*, Dossiers n° 87, Bruxelles, CRISP, 2016, p. 35.

⁶⁷² Voy. B. ACKERMANN, « The New Separation of Powers », *Harvard Law Review*, n° 113, 2000, p. 633 et s.

⁶⁷³ Voy., *infra*, chapitre 8.

⁶⁷⁴ Voy. E. THIERS, « La majorité contrôlée par l'opposition : pierre philosophale de la nouvelle répartition des pouvoirs ? », *Pouvoirs*, 2012, pp. 61 à 72.

⁶⁷⁵ J. DE CODT, « Le pouvoir judiciaire est-il souverain ? », *J.T.*, 2016, p. 656.

Désormais, en ce début de siècle, au nom de l'État de droit et de la protection des droits fondamentaux, le rôle du juge consiste notamment à contrôler les autres pouvoirs⁶⁷⁶. Nous reviendrons sur cette thématique dans le chapitre relatif à l'État de droit.

4) *Fédéralisme et exercice des pouvoirs*

177. - Influence du fédéralisme sur l'exercice des pouvoirs – Il nous reste à aborder sommairement les conséquences produites par la structure de l'État sur l'exercice concret des trois pouvoirs.

Nous avons déjà abordé en quoi la structure fédérale participe d'une certaine manière à la séparation et à l'équilibre des pouvoirs aux yeux de *Publius*. Or, comme nous l'avons montré au chapitre 4, le fédéralisme belge est un « fédéralisme de confrontation », principalement entre deux grandes communautés, respectivement néerlandophone et francophone. Par conséquent, outre la répartition des compétences et des pouvoirs entre l'Autorité fédérale et les entités fédérées, des mécanismes de collaboration et de gestion des conflits ont été aménagés par la Constitution et les lois spéciales et influencent l'exercice des pouvoirs que nous venons de présenter. Ces « soupapes » de sécurité permettent la concertation et la préservation des intérêts spécifiques de chaque entité, voire de la Belgique dans son intégralité. Aussi, cette section, un brin prématurée si nous l'avions produite plus tôt, trouve toute sa place à présent pour dégager les freins et contrepoids qui sont les fruits de l'architecture *fédérale*.

178. - Comité de concertation – Le Comité de concertation est composé de ministres du gouvernement fédéral et des gouvernements des Communautés et Régions. Au sein de ce comité, les représentants politiques débattent des différents dossiers et des objectifs collectifs qui nécessitent une collaboration entre les différents niveaux de pouvoir ou qui donnent lieu à des discussions sur la répartition des compétences.

179. - Loyauté fédérale – Le principe de loyauté fédérale est consacré à l'article 143, § 1^{er}, de la Constitution⁶⁷⁷. Bien que les travaux parlementaires de 1993 semblaient le lui interdire, par crainte d'un « gouvernement des juges »⁶⁷⁸, la Cour constitutionnelle a intégré le contrôle du respect du principe de la loyauté fédérale par les entités du Royaume au fil de sa jurisprudence. Cette pratique a finalement été consacrée par la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

180. - Cadre normatif de l'union économique et de l'unité monétaire – La Cour constitutionnelle a estimé en 1988 que « l'exercice par une [entité fédérée] de sa compétence

⁶⁷⁶ M. VERDUSSEN, *Réenchâter la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, p. 25.

⁶⁷⁷ Sur le principe de la loyauté fédérale, voy. not. A. ALEN, « De federale loyautéit : ondanks alles, toch een bevoegdheidsverdelend concept ? », in : J. VERHOEVEN (sous la dir. de), *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, De Boeck et Larquier, 1997, pp. 19-37 ; M.-F. RIGAUX, « La loyauté fédérale ou la polysémie d'une norme », in : J. VERHOEVEN (sous la dir. de), *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, De Boeck et Larquier, 1997, pp. 311-317 ; A.-C. RASSON, « Le principe du vivre ensemble belge : une épopée constitutionnelle – Réflexions autour de la loyauté fédérale et de son intégration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 25-75 ; P. PEETERS, « Enkele paradoxen van het federaal loyautéitsbeginsel in België », in : E. VANDENBOSSCHE (sous la dir. de), *Evoluties in het Belgisch coöperatief federalisme*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 61-78 ; J. SAUTOIS, « Le concept de loyauté fédérale et la sixième réforme de l'État », in : E. VANDENBOSSCHE (sous la dir. de), *Evoluties in het Belgisch coöperatief federalisme*, Bruges, die Keure, 2013, pp. 79-100 ; Y. PEETERS, « Wat we zelf doen, hoeven we niet alleen te doen. Beschouwingen over het overlegcomité, de federale loyautéit, de nieuwe samenwerkingsverplichtingen en de gezamenlijke decreten, ordonnances en besluiten », in : J. VELAERS, J. VANPRAET, Y. PEETERS et W. VANDENBRUWAENE (sous la dir. de), *De zesde staatshervorming – Instellingen, bevoegdheden en middelen*, Antwerpen, Intersentia, 2014, pp. 929-931.

⁶⁷⁸ Rapport fait au nom de la Commission des affaires institutionnelles par MM. Moureaux et Claes, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2013-2014, n° 5-2232/5, p. 153.

fiscale propre ne peut porter atteinte à la conception globale de l'État telle qu'elle se dégage des révisions constitutionnelles successives ainsi que des lois spéciales et ordinaires déterminant les compétences respectives de l'État, des communautés et des régions ». Il existe ainsi un principe d'union économique et monétaire, finalement introduit, par le législateur spécial, à l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3, de la loi spéciale de réformes institutionnelles et à l'article 1^{er} de la loi spéciale de financement.

181. - Accords de collaboration, information, association et concertation – L'article 92bis, § 1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 permet aux Communautés et aux Régions de conclure « des accords de coopération qui portent notamment sur la création et la gestion conjointe de services et institutions communs, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun ». Outre les accords de coopération facultatifs, il existe, en vertu de l'article 92bis, § 2, des accords de coopération obligatoires. Ces accords sont négociés et conclus comme des traités internationaux (voy. *infra*).

Enfin, à côté des accords de coopération, les lois de réformes institutionnelles ont institué des mécanismes de collaboration, d'information et de concertation entre les acteurs.

182. - Sonnette d'alarme – La « sonnette d'alarme » est une technique dissuasive⁶⁷⁹ qui peut être utilisée aussi bien par le groupe linguistique néerlandais que par le groupe linguistique français de chaque chambre du Parlement fédéral⁶⁸⁰.

En cas de motion motivée, signée par les trois quarts au moins des membres d'un des groupes linguistiques de la Chambre des représentants ou du Sénat, et déclarant que les dispositions d'un projet ou d'une proposition de loi portent gravement atteinte aux relations entre les communautés, la procédure parlementaire est *suspendue*. La motion est envoyée pour avis au Conseil des ministres dans l'optique d'atteindre un *compromis*. L'assemblée saisie du dépôt de la motion doit finalement se prononcer, soit sur l'avis du Conseil des ministres, soit sur le projet ou la proposition en cause.

On notera qu'il existe aussi une sonnette d'alarme au sein du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale⁶⁸¹ et une procédure analogue sur plusieurs aspects, tendant à prévenir toute discrimination pour des raisons idéologiques et philosophiques, au sein du Parlement flamand, du Parlement de la Communauté française et du Parlement de la Communauté germanophone.

183. - Procédure en conflit d'intérêt – Enfin, le Parlement ou le gouvernement d'une entité est autorisé à déclencher une procédure *en conflit d'intérêts* à l'encontre d'une norme, législative ou réglementaire, en cours d'adoption par une autre entité. Cette procédure suspend le processus d'adoption de ladite norme. L'objectif majeur de la procédure en conflit d'intérêts est de permettre à chaque entité du pays de faire valoir ses intérêts lorsqu'elle estime ceux-ci mis sérieusement en danger par une décision ou un projet de décision d'une autre composante du Royaume. Ces procédures diffèrent toutefois selon que le conflit oppose des gouvernements ou des parlements.

Dans un deuxième temps, le Comité de concertation est saisi et dispose de 60 jours pour prendre une position qui, s'il y en a une, sera suivie ou non par l'entité pointée du doigt.

⁶⁷⁹ Il n'y a eu que deux mobilisations de la sonnette d'alarme. Sa première utilisation remonte au 4 juillet 1985. Les francophones ont ainsi protesté contre un projet de loi visant à intégrer une haute école flamande au Centre universitaire du Limbourg. Le 29 avril 2010, la sonnette d'alarme a été tirée une seconde fois en réaction à la proposition de scission de la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde.

⁶⁸⁰ Voy. H. VUYE, « De Alarmbel. Op zoek naar de juridische en de politieke draagwijdte van artikel 54 Grondwet : verzoeningsprocedure of grendel ? », *C.D.P.K.*, 2008, pp. 69-93.

⁶⁸¹ Art. 31 et 54 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

CHAPITRE 7 - LE PARLEMENTARISME

184. - Notion de forme de gouvernement – Les pouvoirs législatif et exécutif, ainsi que les rapports qui se nouent entre eux, vont à présent retenir notre attention. Il existe différentes manières de concevoir les relations entre ces deux pouvoirs ; le parlementarisme – qui suppose la responsabilité du gouvernement devant le parlement – est l’une d’elles.

Le pouvoir législatif est principalement chargé de l’élaboration des normes législatives, tandis que le pouvoir exécutif s’occupe de l’exécution de celles-ci. Partant de ce constat, le chef de l’État, le parlement et le gouvernement interagissent pour réguler les comportements des citoyens. L’interaction peut prendre la forme d’une collaboration constructive, mais elle peut aussi être caractérisée par des tensions et des conflits politiques. Le droit public encadre les relations entre le chef d’État, le parlement et le gouvernement et attribue à ces organes des moyens de contrôler ou d’exercer une certaine pression sur les autres. Chaque État établit, à cet égard, son propre système de règles qui contribue à déterminer le fonctionnement du jeu politique. On peut ainsi répartir les États en plusieurs catégories en fonction des choix qui sont posés dans ce domaine.

185. - Le régime politique de la Belgique - En ce qui concerne la Belgique, comme nous le verrons de manière plus approfondie, il apparaît que le droit public belge établit une étroite relation entre le parlement (spécialement l’une de ses chambres) et le gouvernement : au niveau fédéral, les ministres sont responsables devant la Chambre des représentants. L’existence de ces règles constitutionnelles permet de classer la Belgique parmi les régimes *parlementaires*. Le modèle qu’a privilégié la Belgique n’est cependant pas le seul qui soit concevable : à côté du modèle parlementaire, on retrouve les systèmes présidentiels et semi-présidentiels que nous allons sommairement présenter à titre de comparaison.

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

186. - Définition et principe - Le régime parlementaire se définit comme le régime politique dans lequel le gouvernement est responsable de ses actions devant le parlement ou au moins une des assemblées qui le composent. La principale caractéristique de ce régime réside dans l’obligation pour le gouvernement de disposer constamment de la confiance de la majorité parlementaire pour jouir de l’intégralité de ses prérogatives. Cela signifie que les ministres doivent, collectivement et individuellement, rendre des comptes de leur action politique devant un parlement, lequel dispose d’un pouvoir de contrôle et

de moyens de pression envers les ministres. Ce système de responsabilité implique que, en principe, le gouvernement reste en place aussi longtemps qu'il bénéficie de la confiance de la majorité des députés. Autrement dit, aussi longtemps qu'une majorité de membres du parlement soutient le gouvernement⁶⁸², celui-ci peut continuer à fonctionner normalement. En revanche, s'il perd la confiance parlementaire, le gouvernement est amené à remettre sa démission et à être remplacé par un autre.

1) Origines et caractéristiques du parlementarisme

187. - Origines historiques – Le parlementarisme est le fruit d'une longue évolution dont le point de départ remonte au Moyen-Âge⁶⁸³. Sa forme actuelle s'est d'abord développée en Angleterre, où elle a été expérimentée puis approfondie au cours des siècles. Il n'est dès lors pas surprenant de constater qu'on évoque souvent le « modèle de Westminster » – en référence au nom du palais de Westminster qui est toujours aujourd'hui le siège du parlement britannique – pour désigner le régime politique qu'a inspiré celui du Royaume-Uni et qui est désormais largement répandu en Europe et ailleurs dans le monde.

Pour mieux comprendre l'émergence du parlementarisme britannique, il nous semble profitable, devant l'importance de ce régime, de dédier quelques mots à l'histoire et à l'évolution du « modèle de Westminster »⁶⁸⁴.

En 1215, le roi d'Angleterre Jean sans Terre est affaibli politiquement et militairement. En échange de leur soutien, les barons du royaume exigent de pouvoir consentir aux impôts projetés par la Couronne tout en s'assurant qu'Elle leur assure un certain nombre de garanties fondamentales, qui sont finalement concédées par le Roi à travers la *Magna Carta*. Si le pouvoir royal demeure fort en Angleterre par la suite, le Roi doit toutefois composer avec une assemblée. Le germe du modèle parlementaire éclot. Initialement, l'assemblée, baptisée à l'origine Grand Conseil (*Curia regis*), n'est qu'un organe aux compétences, surtout judiciaires, limitées, bien qu'il soit le seul habilité à consentir l'impôt. Toutefois, la donne change sous le règne d'Édouard I^{er} (1272-1307) qui consulte fréquemment le parlement pour financer ses guerres en Écosse et au Pays de Galles. Le Parlement joue par ailleurs un rôle dans l'abdication d'Édouard II, expulsé du pouvoir par son épouse, Isabelle de France, également fille du Roi de France Philippe IV le Bel. Durant le règne de leur fils, Édouard III, le parlement se scinde en deux chambres : la chambre des communes – qui représente la petite aristocratie (la *gentry*) et la Bourgeoisie – et la chambre des *Lords* qui réunit les nobles et prélats du Royaume. Pour lui permettre de lever les fonds

⁶⁸² Ou, à tout le moins, ne s'oppose pas à lui. Le régime parlementaire peut être compatible avec la formation de gouvernements minoritaires – c'est-à-dire de gouvernements qui ne sont pas soutenus par la majorité du parlement – qui peuvent subsister parce qu'ils ne sont pas explicitement rejetés par la majorité parlementaire. Ce cas de figure peut notamment survenir lorsque la coalition au pouvoir est en crise et que l'un des partenaires décide d'en sortir.

⁶⁸³ Le 19 Juin 2013, l'UNESCO a reconnu le *Decreta de León*, un ensemble de textes juridiques espagnols compilés durant le règne d'Alphonse IX et décrivant la structure des institutions médiévales, comme la plus vieille manifestation documentée d'un système parlementaire européen (voy. J. M. FERNÁNDEZ CATÓN, *La curia regiade León de 1188 y sus « décréta » y constitution*, León, Centro de Estud. y Investig. San Isidoro, 1993, 217 pages).

⁶⁸⁴ P. LAUVAUX et A. LE DIVEILLES, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2015, pp. 454-472.

nécessaires à ses campagnes militaires en France⁶⁸⁵, le souverain va nouer un partenariat étroit avec le Parlement, écouter les griefs des Communes et y réagir en échange de pièces sonnantes et trébuchantes. L'institution du Parlement est ainsi consolidée. Dans son discours du Trône, Henri VIII Tudor affirme ainsi en 1509 :

« Nous ne sommes jamais aussi élevés dans notre fonction royale qu'au moment des sessions du Parlement lorsque nous-mêmes comme tête et vous-mêmes comme membres, nous sommes réunis et liés en un corps politique »⁶⁸⁶.

Dans les faits, toutefois, les prérogatives de la Couronne restent substantielles, surtout que la *guerre des Deux Roses* a décimé une partie de l'aristocratie⁶⁸⁷.

En revanche, au cours du XVII^e siècle, d'importantes tensions se développent entre le roi et son parlement, chacun étant déterminé à accroître sa puissance. Cette période cruciale⁶⁸⁸ pour le parlementarisme a par ailleurs suscité de précieuses réflexions sur le droit public et la théorie

⁶⁸⁵ Par sa mère, Édouard III est descendant direct des Capétiens, et donc l'héritier le plus proche du trône de France. Pour sa part, le neveu de Philippe le Bel, Philippe VI, de la maison des Valois, dénigre ces revendications à la Couronne en s'appuyant notamment sur la loi salique (voy. *supra*). Cette querelle successorale, combinée aux problèmes des possessions territoriales anglaises en France (en tant que Plantagenêt, Édouard III est également Duc de Guyenne) et du soutien de celle-ci à l'Écosse et à la maison de Bruce, débouchent en 1337 sur un conflit armé entre la dynastie des Plantagenêt et celle des Valois. C'est le début de la guerre de cent ans (voy. S. JENKINS, *A short History of England*, Londres, Profile Books, 2012, pp. 71-78).

⁶⁸⁶ Cité par J. PICK, *Une histoire de l'État en Europe*, Paris, Presses de Sciences Po, 2013, pp. 283-284.

⁶⁸⁷ Après que la guerre de cent ans s'est soldée par la défaite du Roi d'Angleterre, il y a, sur le sol anglais, de terribles affrontements entre la famille des Lancastre et celle des York, toutes deux ambitionnant la Couronne. Au bout d'une trentaine d'années, le trône revient, en 1485, à Henri Tudor, qui prend le nom de Henri VII.

⁶⁸⁸ Le contexte des troubles est le suivant : Henri VIII, second Roi de la dynastie des Tudor, entre en rupture avec la papauté au cours des années 1530, en raison de son divorce avec Catherine d'Aragon et de son mariage avec Anne Boleyn. L'*Acte de suprématie (Acts of Supremacy)*, adopté en 1534, correspond à la naissance d'une nouvelle doctrine religieuse, l'*anglicanisme*, avec le Roi à sa tête. Cette confession se présente, en un sens, comme un compromis entre les catholiques et les protestants dont le nombre ne fait qu'augmenter dans les îles britanniques. L'accession au trône d'Angleterre et d'Irlande, en 1558, de la fille d'Henri VIII et d'Anne Boleyn, Élisabeth I^{re}, par ailleurs hostile à l'Espagne, s'aliène une partie des catholiques qui la jugent en effet illégitime et lui préfèrent sa cousine, Marie I^{re} d'Écosse. Celle qui est plus connue sous le nom de Marie Stuart est finalement exécutée en 1587. Tout en consolidant l'anglicanisme, Élisabeth parvient néanmoins à pacifier les relations avec les protestants, sans satisfaire ses sujets les plus radicaux. Parmi ces derniers, un mouvement d'inspiration calviniste, les *puritains*, se cristallise à la fin du XVI^e siècle et au début du XVII^e siècle pour « purifier » l'Église anglicane. En 1603, le couronnement de Jacques VI d'Écosse comme roi d'Angleterre, sous le nom de Jacques I^{er}, signifie l'arrivée au pouvoir des *Stuart*. Ceux-ci s'opposent non seulement au retour du catholicisme (l'épisode de la *conspiration des poudres* du 5 novembre 1605 est une conséquence de cette politique), mais aussi aux puritains, qu'ils assimilent à des *semeurs de sédition*. Parmi eux, nombreux sont ceux qui émigrent alors vers l'Amérique pour fonder des colonies. Finalement, en 1640, le conflit dégénère en véritable guerre civile au cours de laquelle un député puritain, Oliver Cromwell, défait l'armée royale. Purgeant en 1648 le Parlement (devenu le *Rump Parliament*), Cromwell fait condamner et décapiter Charles I^{er}, le 30 janvier 1649. Il proclame la *République* et devient *Lord Protecteur du Commonwealth d'Angleterre, d'Écosse et d'Irlande* en 1653 jusqu'à son décès, en 1658. En 1660, le fils de Charles I^{er}, Charles II, rétablit la dynastie des *Stuart* en échange de garanties à l'avantage du Parlement. Les *puritains*, par contre, subissent la répression féroce des *Anglicans*. Finalement, en se rapprochant davantage du catholicisme et de l'absolutisme, le Roi Jacques II, monté sur le trône en 1685, provoque l'alliance entre les forces en faveur d'un parlement fort (les *Whigs*) et certains partisans du pouvoir royal (les *Tories*) en vue de sauvegarder le protestantisme anglican. Le Roi est finalement renversé, en 1688, lors de la « Glorieuse Révolution ».

générale de l'État⁶⁸⁹. Après la « glorieuse révolution » de 1688, à l'issue de laquelle le *stathouder*, protestant, des Provinces-Unies, Guillaume III d'Orange, accède au trône anglais, l'affrontement qui oppose les parlementaires aux monarques tourne à l'avantage des premiers qui disposent de l'autorité suffisante pour imposer au pouvoir royal un acte majeur, le *Bill of Rights* de 1689, qui consolide les acquis du parlementarisme.

Tout au long des XVIII^e et XIX^e siècles, le parlementarisme s'est affirmé au Royaume-Uni, avec un roi qui, progressivement, règne sans véritablement gouverner⁶⁹⁰ – à l'avantage du gouvernement dirigé par le premier ministre (*Prime minister*) – et un parlement qui légifère et contrôle l'action gouvernementale. Désormais, la structure peut se décrire comme suit : le pouvoir législatif du Royaume-Uni revient, juridiquement, au monarque, à la Chambre des Lords (*House of Lords*) et à la Chambre des communes (*House of Commons*). On reconnaît au Parlement un pouvoir pratiquement illimité en lui attribuant une « souveraineté parlementaire », ce qui doit se comprendre comme le fait que « le Parlement ainsi défini a, d'après la Constitution anglaise, le droit de faire ou de ne pas faire une loi quelconque »⁶⁹¹. Quand il s'agit d'adopter une loi, le monarque donne la sanction royale (*royal assent*) au projet de loi voté, en règle générale, uniquement par l'assemblée la plus importante du Parlement britannique, la Chambre des Communes⁶⁹². Sans cette sanction royale, le texte de loi ne peut entrer en vigueur. C'est également le monarque qui nomme le Premier Ministre et son gouvernement formé par la ou les formations politiques qui disposent d'une majorité des sièges à la Chambre des Communes ; cette dernière a la faculté de renverser le gouvernement si elle est insatisfaite de sa politique.

188. - Illustrations actuelles – Cette version du parlementarisme, nous l'avons dit, a été exportée dans le monde pour devenir l'un des modèles du genre au sein des régimes représentatifs. C'est notamment le cas de l'Australie, du Canada ou encore du Japon. Pour autant, cela n'a tout de même pas empêché l'émergence de spécificités propres à ces différents systèmes politiques qui, de la sorte, s'écartent de façon plus ou moins prononcée de la matrice britannique.

Parmi les États qui connaissent un système parlementaire relativement différent, nous pouvons mentionner la Suède où, depuis le début du XVIII^e siècle, le parlement – le *Riksdag* – a vu ses prérogatives augmenter au désavantage du roi⁶⁹³. Depuis l'adoption, en 1974, d'une nouvelle Constitution, le roi n'exerce plus qu'une fonction protocolaire de chef de l'État⁶⁹⁴. Le Parlement est, quant à lui, une assemblée monocamérale, c'est-à-dire qu'il est composé d'une seule chambre. Après chaque élection, le président du Parlement suédois présente une proposition de nouveau Premier Ministre (*Statsminister*). C'est le Parlement qui désigne le Premier Ministre et le charge de former un gouvernement⁶⁹⁵. Si le *Riksdag* déclare que le Premier ministre ou tout autre ministre ne jouit pas de sa confiance, le président du *Riksdag* doit, en dehors de certaines exceptions, les relever de ses fonctions⁶⁹⁶. Dans ce modèle parlementaire, il convient de signaler que les lois votées par le Parlement n'ont pas besoin de la sanction du roi. En Suède, les lois sont

⁶⁸⁹ Philosophe anglais né le 5 avril 1588 à Westport, Thomas Hobbes est l'auteur d'une œuvre majeure de la philosophie de l'État, le *Léviathan*, publié en 1651. Dans ce classique du genre qui figure aux côtés des ouvrages de Locke ou de Rousseau, Thomas Hobbes définit la société comme résultant d'un accord, d'un contrat social, imposé ou non, entre les hommes pour dépasser leur « état de nature » où sévit, pour reprendre une célèbre formule du livre, « la guerre de tous contre tous ».

⁶⁹⁰ La reine Anne a été, en 1707, le dernier monarque britannique à refuser de sanctionner un *bill*.

⁶⁹¹ A. V. DICEY, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, Paris, Giard & Brière, 1902, p. 36.

⁶⁹² Le *Parliament Act* de 1911 a réduit les pouvoirs de la *Chambre des Lords*.

⁶⁹³ U. JAKOBSEN et J. KURUNMAKI, « The formation of Parliamentarism in the Nordic Countries from the Napoleonic Wars to the First World War », in : P. IHALAINEN, C. ILLIE et K. PALNEN, *Parliament and Parliamentarism: a Comparative History of Disputes on a European Concept*, New York, Berhahn Books, 2016, pp. 97-114.

⁶⁹⁴ Voy. le Chapitre V de la Constitution du 28 février 1974.

⁶⁹⁵ Voy. les art. 2 à 4 du Chapitre VI de la Constitution du 28 février 1974.

⁶⁹⁶ Voy. l'article 4 du Chapitre VI de la Constitution du 28 février 1974.

signées « au nom du Gouvernement » (« på regeringens vägnar »)⁶⁹⁷. La chose est, comme nous l'avons vu, fort différente au Royaume-Uni où le monarque sanctionne les lois.

En Allemagne, le régime politique tel qu'il est prévu par la Loi fondamentale du 23 mai 1949 consacre également le parlementarisme. Deux chambres, le *Bundestag*, élu directement par la population, et le *Bundesrat*, où sont représentées les 16 entités fédérées (les *Länder*), assurent le pouvoir législatif. C'est seulement devant le *Bundestag* qu'est responsable le Gouvernement fédéral à la tête duquel se trouve un Chancelier (*Bundeskanzler*), également élu à la majorité absolue des membres de cette même chambre⁶⁹⁸. Le Chancelier est le chef de gouvernement ; il fixe les lignes directrices de la politique et en assume la responsabilité⁶⁹⁹. Élu par l'Assemblée fédérale⁷⁰⁰, le chef de l'État est le président fédéral allemand (*Bundespräsident*), qui ne joue, quant à lui, qu'un rôle essentiellement honorifique. Il lui revient toutefois notamment de proposer un candidat à l'élection au poste de Chancelier⁷⁰¹, de le nommer officiellement et de le révoquer. Il nomme et révoque également les ministres fédéraux sur proposition du Chancelier⁷⁰². En outre, il compte parmi ses prérogatives celles de promulguer officiellement les lois, de représenter l'État sur la scène internationale, d'exercer, le cas échéant, le droit de grâce, de dissoudre dans certaines hypothèses le *Bundestag* et de nommer certains juges et fonctionnaires. La plupart de ses décisions doivent toutefois, pour être valables, être contresignées par le Chancelier ou par un ministre.

189. - Synthèse des éléments caractéristiques – Ces quelques exemples nous permettent de dégager quelques traits saillants du régime parlementaire, dans son acception moderne. Dans cette conception, il existe un chef d'État – qui peut être soit un monarque, soit un président élu – dont le rôle politique est limité. Dans les États concernés, c'est en effet le chef de gouvernement (qu'on appelle souvent Premier ministre ou chancelier), plutôt que le chef de l'État, qui dirige effectivement l'action gouvernementale tout en demeurant responsable, avec son équipe gouvernementale, devant le parlement. Ce dernier élément est la caractéristique majeure : le gouvernement est responsable devant le parlement (ou du moins l'une des chambres), qui exerce un contrôle politique à son égard et qui dispose de moyens pour mettre son existence en cause. Ceci a en pratique des répercussions directes sur la composition du gouvernement : ses membres doivent en principe être des personnes qui peuvent recevoir la confiance de la majorité du parlement (et donc, concrètement, des partis qui la composent). Par ailleurs, dans la plupart des régimes parlementaires, il existe un droit de dissolution qui permet (en général, au chef de l'État) de dissoudre le parlement et de déclencher des élections anticipées. Même si cet instrument n'est pas, à

⁶⁹⁷ Article 7 du Chapitre VII de la Constitution du 28 février 1974.

⁶⁹⁸ Article 63-II de la Loi fondamentale.

⁶⁹⁹ Article 65 de la Loi fondamentale.

⁷⁰⁰ L'Assemblée fédérale est une convention réunissant la totalité des membres du *Bundestag* et d'un nombre égal de délégués élus par les parlements des *Länder* (voy. l'article 54, alinéa 3, de la Loi fondamentale).

⁷⁰¹ En vertu de l'article 63-I de la Loi fondamentale, « [l]e Chancelier fédéral est élu sans débat par le *Bundestag* sur proposition du Président fédéral » qui, de son côté, consulte auparavant les principaux partis pour sélectionner le candidat ayant le plus de chance d'obtenir une majorité. Il convient tout de même de mentionner qu'il existe des procédures subsidiaires de nomination (articles 63-III et IV de la Loi fondamentale).

⁷⁰² Article 64-I de la Loi fondamentale.

proprement parler, intrinsèquement lié au parlementarisme⁷⁰³, il nous paraît opportun de l'examiner dans le présent chapitre.

2) La responsabilité du gouvernement devant le parlement

190. - Contrôle politique du gouvernement par le parlement – On l'aura compris : la fonction du parlement ne se limite pas, dans un système parlementaire, à délibérer et voter les textes destinés à devenir des lois ; il lui revient également de contrôler et éventuellement de contester les objectifs et l'action du gouvernement, qui est responsable devant lui⁷⁰⁴. À cette fin, le parlement jouit, suivant l'ordre juridique, d'importantes prérogatives, qui lui permettent non seulement de s'informer sur l'action du gouvernement mais aussi, le cas échéant, de prendre des sanctions à son égard.

191. - Les parlementaires peuvent ainsi poser des questions, écrites ou orales, aux membres du gouvernement ou les interpeller.

En guise d'illustration, nous pouvons mentionner le cas de l'Espagne, État de type parlementaire où les principaux outils de contrôle se concentrent entre les mains des commissions permanentes spéciales ou d'enquête des deux chambres du Parlement (*Cortes Generales*). L'article 109 de la Constitution prévoit que les chambres et leurs commissions peuvent demander, par l'intermédiaire de leurs présidents, une information et une aide, qu'ils préciseront, au gouvernement. En Espagne, des séances de questions, posées par les parlementaires, ont lieu le mardi après-midi au Sénat (*Senado*) et le mercredi après-midi au Congrès des députés (*Congreso de los Diputados*). Les interpellations permettent un contrôle plus poussé et permettent aux parlementaires d'exiger des explications sur des aspects de politique générale. On les distingue des simples questions par le fait que, si le groupe politique auquel appartient l'interpellant ne s'estime pas satisfait par la réponse apportée par le Gouvernement, l'interpellation pourra donner lieu à une motion⁷⁰⁵ par laquelle la Chambre fera connaître sa position et, éventuellement sa désapprobation à l'égard du gouvernement⁷⁰⁶.

Afin de tenir au courant le parlement de sa politique, le gouvernement est également susceptible de devoir présenter périodiquement sa politique générale.

⁷⁰³ P. LAUVAUX et A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, 4^e éd., Paris, P.U.F., 2015, p. 552. Selon un autre auteur, le droit de dissolution, « s'il est très répandu, n'existe pas dans des régimes indiscutablement parlementaires et ne peut donc être retenu comme un élément nécessaire de la définition » (J.-C. COLLIARD, *Les Régimes parlementaires contemporains*, Paris, FNSP, 1978, pp. 18-19).

⁷⁰⁴ P. LAUVAUX, « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, 3/2010, pp. 23-36.

⁷⁰⁵ Il convient de ne pas confondre le terme « motion » avec celui de « résolution », bien que tous deux concernent un texte adopté par une assemblée parlementaire sans que cela entre dans le cadre de l'élaboration d'une loi. La résolution est davantage un texte qui exprime une préoccupation, une opinion, une intention ou un souhait de l'assemblée, mais ne présente pas à proprement parler de valeur contraignante. La motion, par contre, est une courte déclaration de tout ordre. Si plusieurs sortes de motions peuvent être déposées, les plus importantes relèvent de la fonction de contrôle politique (voy. P. AVRIL et J. GICQUEL, *Lexique de droit constitutionnel*, 2^e éd., coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 2009, pp. 81 et 100).

⁷⁰⁶ Article 111, alinéa 2, de la Constitution du 27 décembre 1978.

C'est le cas, si nous voulons utiliser à nouveau l'exemple ci-dessus, en Espagne où s'organise, une fois par an, un « débat sur l'état de la Nation » (*Debate sobre el estado de la nación*) au Congrès des députés et un « débat sur l'état des Autonomies » (*Debate sobre el estado de las autonomías*) au Sénat.

En cas d'insatisfaction majeure envers le pouvoir exécutif, le parlement peut, dans un système parlementaire, exiger la démission d'un ministre, voire de l'ensemble du gouvernement. Ceci constitue bien entendu la sanction suprême de l'action gouvernementale que le parlement – ou du moins la chambre devant laquelle le gouvernement est responsable – ne soutiendrait pas ou plus.

Cette menace de retrait de son soutien en cas d'insatisfaction donne, en théorie du moins, au parlement, ou à l'une de ses chambres, une ascendance évidente sur le gouvernement⁷⁰⁷. Cette exigence de confiance dont doit jouir celui-ci pour exercer normalement ses missions nous amène à un certain nombre de considérations relatives, dans un premier temps, à sa formation même et, dans un second temps, aux manifestations possibles du mécontentement parlementaire.

192. - Incidence sur la formation du gouvernement – La règle de la responsabilité du gouvernement devant le parlement a des répercussions directes sur le processus de formation du gouvernement. Étant donné que la survie du gouvernement dépend de la confiance parlementaire, on cherche nécessairement, au moment de choisir les membres du gouvernement, à ce que ces derniers puissent convenir à la majorité des parlementaires.

En pratique, ceci implique que les personnalités pressenties pour devenir ministres sont en principe des personnes qui bénéficient du soutien des forces politiques composant la majorité parlementaire ; elles sont le plus souvent membres du ou des partis de la majorité ou entretiennent au moins avec eux une proximité idéologique.

Lorsque la majorité parlementaire est constituée par des députés qui sont tous liés au même parti, c'est alors ce parti qui joue en pratique un rôle majeur dans le processus de formation du gouvernement : les ministres seront des membres (souvent des personnalités fortes) de ce parti ou des individus proches de la formation politique. Cette situation est souvent rencontrée au Royaume-Uni. Le mode de scrutin majoritaire uninominal favorise l'émergence d'une assemblée (la Chambre des communes) dont la majorité des sièges est occupée par un seul parti, tantôt le parti conservateur, tantôt le parti travailliste. Le *leader* du parti dominant devient alors généralement le premier ministre et il s'entoure de ministres issus de son parti.

En revanche, dans d'autres États, les sièges du parlement sont habituellement répartis entre un nombre plus important de partis, de sorte qu'aucun d'entre eux

⁷⁰⁷ Sur la thèse de la suprématie des assemblées, voy. D. BARANGER et A. LE DIVELLEC, « Régime parlementaire », in : M. TROPER et D. CHAGNOLAUD (sous la dir. de), *Traité international de droit constitutionnel*, T. II – Distribution des pouvoirs, Paris, Dalloz, 2012, pp. 166-169.

n'occupe la majorité des sièges. C'est le cas en Allemagne où aucun des deux plus grands partis (le SPD et la CDU) ne parvient généralement à obtenir seul la majorité des sièges du *Bundestag*. La formation d'une *coalition*, c'est-à-dire d'un rapprochement de plusieurs partis politiques est alors indispensable pour former la majorité parlementaire qui est nécessaire au bon fonctionnement du régime parlementaire. Dans cette hypothèse, le gouvernement est alors en principe composé de personnalités proches des différents partis qui composent cette coalition.

Pour illustrer notre propos, imaginons une assemblée élue selon un système proportionnel et un paysage politique principalement composé de trois partis, les partis *Rouge*, *Bleu* et *Jaune*. Le premier, le parti *Rouge*, est présent dans l'assemblée avec 45 % des sièges. Il dispose ainsi d'une sérieuse assise sur les bancs de l'assemblée. Le parti *Bleu*, quant à lui, a obtenu 35 % des sièges. Enfin, le parti *Jaune* est un peu plus faible et n'a pu acquérir que 20 % des sièges de l'assemblée. On le voit : aucun des trois partis ne peut former à lui seul une majorité parlementaire susceptible de soutenir un gouvernement. Même le parti *Rouge*, qui est manifestement le premier parti, ne dispose pas de la majorité absolue des sièges. Pour réunir une telle majorité, il est donc indispensable de constituer une coalition, c'est-à-dire une union entre au moins deux partis qui, ensemble, disposent de plus de la moitié des sièges au sein de l'assemblée et est dans cette mesure susceptible de soutenir un gouvernement. Dans le cadre de l'exemple simple que nous avons proposé, avec trois partis au sein de l'assemblée, on voit déjà que plusieurs possibilités existent : une coalition entre les deux plus grands partis (*Rouge* et *Bleu*) reposerait sur 80 % des sièges du parlement ; une association entre *Rouge* et *Jaune* recueillerait 65 % des sièges de l'assemblée ; enfin, les deux plus petits partis – *Bleu* et *Jaune* – pourraient former ensemble une coalition majoritaire (55 % des sièges) et laisser le plus grand parti – *Rouge* – dans l'opposition. En effet, dans un tel système, rien ne garantit que le parti le mieux soutenu par l'électorat fasse partie de la majorité parlementaire. Dans les trois cas que nous venons d'envisager successivement, le gouvernement sera généralement composé de personnalités politiques qui proviendront des deux formations unies au sein de la coalition.

Dans les régimes parlementaires, la coalition qui est formée après les élections peut être maintenue pendant toute la durée de la législature, mais elle peut aussi être modifiée au cours de celle-ci : il est parfaitement envisageable – les raisons peuvent être nombreuses et variées – que la composition de la majorité politique évolue entre deux scrutins. En effet, ce qui est recherché, dans le système parlementaire, c'est que le gouvernement soit soutenu par une quelconque majorité de l'assemblée. Ainsi, si les formations politiques dont les membres occupent des sièges de l'assemblée modifient leurs alliances, cela se répercute sur la composition de la majorité parlementaire ainsi que sur celle du gouvernement.

Si l'on reprend l'exemple précédent et qu'on suppose qu'une coalition avait été formée entre les partis *Rouge* et *Jaune*, on peut imaginer qu'ensuite, *Rouge* souhaite cesser sa collaboration politique avec *Jaune* et s'associe avec *Bleu* pour constituer une nouvelle majorité parlementaire qui sera à son tour apte à soutenir un gouvernement. La composition de ce dernier sera alors aussi revue : à tout le moins, les ministres qui étaient membres ou proches du parti *Jaune* – renvoyé dans l'opposition – seront vraisemblablement remplacés par des personnalités du parti *Bleu*.

De tels changements peuvent éventuellement se produire à plusieurs reprises au cours d'une même législature et engendrer une situation d'instabilité politique, qui peut alors être considérée comme un inconvénient du système parlementaire.

193. - Mise en cause de la confiance envers le gouvernement – Dans le régime parlementaire, l'assemblée peut, nous venons de le préciser, faire tomber un ministre ou un gouvernement si elle n'en est pas satisfaite, si elle estime ne

plus pouvoir lui faire politiquement confiance. Comme on l'a indiqué précédemment, la mise en cause d'un gouvernement peut aussi résulter du changement de composition de la majorité parlementaire : la rupture d'une alliance politique et la formation d'une nouvelle coalition peut conduire au rejet du gouvernement en place et à son remplacement par un gouvernement soutenu par la nouvelle alliance.

La perte de confiance du parlement envers le gouvernement peut être exprimée à travers deux instruments qui sont des clés de voûte du régime parlementaire : l'assemblée peut soit adopter à son initiative une motion de censure (*infra*, n° 92), soit rejeter une question de confiance qu'il lui a été soumise par le gouvernement (*infra*, n° 93).

194. - Adoption d'une motion de censure – Nous abordons d'abord la motion de censure, qui est également appelée motion de méfiance ou motion de défiance. Ce mécanisme permet à l'assemblée de prendre l'initiative et de manifester sa méfiance – c'est-à-dire son absence de confiance – envers le gouvernement, ou un ministre qui en est membre. Le parlement témoigne ainsi sa désapprobation envers l'attitude ou l'action du gouvernement – il s'agit dans ce cas d'une motion dite « collective » – ou du ministre – on parle dans cette hypothèse d'une motion individuelle car elle n'est dirigée qu'à l'égard d'un ministre particulier, et non du gouvernement dans son intégralité – et le force à démissionner. Dans les régimes parlementaires, l'assemblée peut en principe adopter – à la majorité absolue des suffrages ou des membres⁷⁰⁸ –, à tout moment une telle motion, ce qui implique que l'existence du gouvernement est par nature précaire. La possibilité pour le parlement de retirer sa confiance au gouvernement ou à un de ses membres constitue une menace constante pour l'exécutif. Dans la pratique, il est courant que les ministres dont l'attitude ou les actes sont officieusement critiqués proposent spontanément leur démission avant qu'une motion de méfiance ne soit formellement adoptée par le parlement. Dans une telle hypothèse, on peut considérer que la menace a opéré, sans qu'il ait été nécessaire d'utiliser l'« arme ».

Dans certains États, les règles applicables permettent le vote d'une motion de censure *simple*. Dans ce cas, elle consiste – simplement – à manifester la méfiance envers le gouvernement et implique en principe sa démission. Son adoption est susceptible d'ouvrir une période d'instabilité politique pendant laquelle il conviendra d'essayer de former un nouveau gouvernement qui pourra bénéficier de la confiance de l'assemblée, dans sa composition actuelle. Si cela ne s'avère pas possible, la seule solution consiste alors à dissoudre l'assemblée pour

⁷⁰⁸ En vertu de l'article L. 7225-2 de la loi française n° 2011-884 du 27 juillet 2011 relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique (*Journal officiel* du 28 juillet 2011), l'assemblée de la Martinique, région d'outre-mer de la République française qui s'inspire pour ce territoire du modèle parlementaire, peut mettre en cause la responsabilité du conseil exécutif par le vote d'une motion de défiance adoptée à la majorité des trois cinquièmes des conseillers à l'assemblée de Martinique.

procéder à des élections et espérer être en mesure de former un gouvernement sur la base de la nouvelle composition parlementaire.

Les règles pertinentes prévoient cependant parfois le vote d'une motion de méfiance *constructive* (et n'admettent dans certains cas que ce type de motions). Dans cette hypothèse, la motion de censure, pour être valablement adoptée, doit non seulement exprimer la méfiance parlementaire envers le gouvernement actuel, mais aussi proposer une solution concrète pour assurer la succession de ce gouvernement, en désignant un nouveau chef de gouvernement. C'est là que se trouve la dimension « constructive » de la motion. Une telle motion est plus difficile à adopter que la motion simple, puisqu'elle suppose l'accord de la majorité des parlementaires sur l'orientation que prendra la composition de l'équipe gouvernementale.

Nous proposons, afin de mieux présenter ce volet important du parlementarisme, de présenter trois exemples concrets qui présentent chacun des traits particuliers.

Au Royaume-Uni, le berceau du modèle de Westminster, il existe principalement une responsabilité collective du Cabinet (*Cabinet collective responsibility*) devant la Chambre des communes. Les procédures de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale qui se sont dégagées par l'usage à la fin du XVIII^e siècle, restent peu formalisées. Le vote d'une motion de censure (*vote no-confidence*) simple peut véritablement contraindre le cabinet à démissionner. Sont également considérées comme de telles motions le rejet du budget et le vote d'un amendement à l'Adresse⁷⁰⁹.

En Italie, les deux chambres ont, la chose est assez rare pour être signalée, des pouvoirs identiques. Comme l'affirme l'article 94, alinéa 1^{er}, de la Constitution de 1947, le gouvernement doit avoir la confiance des deux Chambres, c'est-à-dire de la Chambre des députés (*Camera dei deputati*) et du Sénat de la République (*Senato della Repubblica*). Dès lors, elles sont compétentes aussi bien pour investir le gouvernement dirigé par le président du Conseil des ministres italien (*Presidente del Consiglio dei Ministri*), que pour lui retirer la confiance. Ce contrôle-sanction peut être individuel, et ne viser qu'un seul ministre⁷¹⁰, ou collectif. De manière générale, l'engagement de la responsabilité gouvernementale est peu réglementé dans la Constitution italienne de 1947. Pour être introduite devant l'assemblée, la motion de censure, précise l'article 94, alinéa 5^e, doit être signée par un dixième au moins des membres de la Chambre et elle ne peut être discutée qu'après trois jours à compter de la date de son dépôt. La confiance est retirée au moyen d'une motion, motivée mais simple, à l'issue d'un vote par appel nominal. Si nous simplifions le propos, la seule exigence pour les élus est, par l'obligation constitutionnelle de l'appel nominal, d'afficher publiquement son vote.

Contrairement au parlementarisme italien, les rouages du système allemand sont différents et davantage *rationalisés*⁷¹¹. Par cette expression, il faut entendre que la Loi fondamentale a prévu

⁷⁰⁹ L'Adresse est le remerciement officiel que la chambre exprime au monarque pour avoir transmis les intentions de son gouvernement. Il s'agit, autrement dit, d'une approbation du programme gouvernemental. Rejeter ou amender l'Adresse revient à formuler la défiance du parlement.

⁷¹⁰ Cette motion de méfiance individuelle est née de la pratique qui se basait, indirectement, sur le libellé de l'article 95, alinéa 2, en vertu duquel les ministres sont collégalement responsables des actes du Conseil des ministres, et individuellement des actes de leurs propres ministères. La Cour constitutionnelle italienne l'a en outre validé à travers sa décision n° 7/1996 du 18 janvier 1996 commenté par T. GROPPi et Ch. MEOLI, in : P. BON et D. MAUS, *Les grandes décisions des Cours constitutionnelles européennes*, Paris, Dalloz, 2008, p. 578.

⁷¹¹ Voy. B. MIRKINE-GUETZEVITCH, « L'échec du parlementarisme 'rationalisé' », *Revue internationale d'histoire politique et constitutionnelle*, 1954, pp. 99-118.

un système parlementaire destiné à atténuer les risques d'instabilité politique qui pourraient résulter d'un système où la confiance peut être facilement retirée au gouvernement. La responsabilité politique du gouvernement est régie par l'article 67 de la Loi fondamentale. En synthèse, on peut indiquer que le *Bundestag* – la seule chambre susceptible de produire une motion de censure – n'a le droit d'exprimer sa méfiance envers le Gouvernement (et donc de le renverser) qu'à la condition d'être en outre en mesure de désigner un nouveau chancelier pour succéder à celui qui est sur le point d'être déchu. La motion est dite « constructive », et non « simple » (comme en Italie ou au Royaume-Uni), car il faut plus qu'un simple retrait de confiance motivé : la motion doit contenir le nom du successeur à la chancellerie. En n'autorisant la mise en cause du chef de gouvernement que si l'assemblée s'accorde sur le nom du Chancelier, une plus grande stabilité gouvernementale est garantie. La motion de censure *constructive* n'a par ailleurs été utilisée avec succès qu'une seule fois au niveau fédéral⁷¹².

195. - Rejet d'une question de confiance – Le mécanisme de la question de confiance est similaire, si ce n'est que l'initiative est prise ici par le gouvernement lui-même, qui décide d'interroger le parlement sur la question de savoir s'il est toujours disposé à lui manifester sa confiance. Si une telle motion est adoptée, le gouvernement reste à sa place et voit sa légitimité renforcée par l'expression renouvelée de la confiance du parlement. En revanche, si l'assemblée rejette la motion de confiance, le gouvernement se trouve alors dans la situation identique à celle qui résulterait de l'adoption spontanée d'une motion de méfiance par le parlement, c'est-à-dire qu'il ne bénéficie plus de la confiance qui, dans le cadre du régime parlementaire, est nécessaire à l'exercice de ses fonctions.

On peut se demander quel est l'avantage, pour le gouvernement, de se mettre en danger en déclenchant lui-même une procédure qui peut aboutir au retrait de la confiance parlementaire. Si les constitutions des États parlementaires prévoient généralement la possibilité pour le gouvernement de poser la question de confiance, c'est parce qu'elle peut s'avérer utile dans la dynamique politique qui caractérise ces régimes. Comme nous l'avons déjà indiqué, la question de confiance – si elle est suivie de l'adoption d'une motion de confiance – tend à renforcer la légitimité politique d'un gouvernement qui se trouvait dans la tourmente. Un gouvernement peut être tenté de faire usage de cette faculté dans différentes circonstances. Premièrement, quand un gouvernement se sent contesté, il peut en effet prendre les devants et poser à l'assemblée législative ce qu'on appelle la question de confiance, dans l'espoir qu'une motion de confiance sera adoptée. Deuxièmement, la motion de confiance peut être liée à un projet de loi soumis par le gouvernement à l'assemblée. En engageant sa responsabilité sur l'adoption d'un texte, le gouvernement peut forcer l'adoption de celui-ci, sauf si l'assemblée est prête à le renverser – en provoquant éventuellement une crise politique, voire de nouvelles élections. Comme le précise le Doyen Georges Vedel,

« la pratique de la question de confiance est un moyen d'influence aux mains du gouvernement. Celui-ci peut faire savoir au Parlement que, sur un point donné, il pose la question de confiance, c'est-à-dire que si le Parlement refuse de voter tel texte, tel décret,

⁷¹² Le 1^{er} octobre 1982, Helmut KOHL (CDU) est nommé chancelier par le Président fédéral Karl CARSTENS à la place d'Helmut SCHMIDT (SPD), et ce, à la suite d'une motion de méfiance.

d'ajourner tel débat...le cabinet se considérera en désaccord avec la Chambre et se retirera »⁷¹³.

En un sens, l'utilité de soumettre la question de confiance au parlement peut se faire sentir lorsque le gouvernement essuie les critiques non seulement de l'opposition, mais aussi d'une partie de la majorité parlementaire qui est censée le soutenir. La question appelle l'assemblée à assumer pleinement son rôle : soit elle conteste fondamentalement le gouvernement et manifesterait explicitement sa méfiance envers lui, soit elle n'a pas de motivation suffisante pour rejeter la question de confiance et est donc poussée à admettre que le gouvernement peut légitimement poursuivre son action. En quelque sorte, le gouvernement, dans ce cas, joue un coup de poker : soit il obtient la confiance de la majorité et fait taire les frondeurs en son sein, assurant ainsi son avenir, soit il ne l'obtient pas et se retire au profit d'un nouveau gouvernement. Cela étant dit, dans la pratique, même si la majorité parlementaire n'est pas totalement satisfaite de l'action du gouvernement, elle réfléchit à deux fois avant de rejeter une motion de confiance. En effet, s'il ne s'avère pas possible de constituer un nouveau gouvernement sur la base de la composition actuelle du parlement, la manifestation de la méfiance peut provoquer indirectement la dissolution du parlement et l'organisation d'élections anticipées.

L'article 68 de la Loi fondamentale allemande prévoit bien le vote de confiance, mais il s'agit là, à nouveau, d'un système encadré, destiné à éviter les turbulences d'un gouvernement qui serait trop souvent contesté. Le Chancelier peut, à tout moment, solliciter du *Bundestag* un témoignage de confiance officielle. Il est prévu un délai de quarante-huit heures entre le dépôt de la « motion de confiance » et le vote, qui doit être obtenu à la majorité des membres. Toutefois, on notera utilement que, à la différence de la motion de censure, le refus de la motion de confiance n'entraîne pas automatiquement la démission du Chancelier. Nous y reviendrons.

196. - Différences entre les deux mécanismes : synthèse – La motion de censure et le rejet d'une motion de confiance sont deux mécanismes politiques à bien distinguer. La motion de censure est initiée par le parlement et subie par le gouvernement. En revanche, la question de confiance est posée par le gouvernement qui invite le parlement à se prononcer ; le gouvernement *provoque* donc le vote. Les deux mécanismes n'ont pas la même fonction politique : lorsque des parlementaires prennent l'initiative, c'est que la décision de faire tomber le gouvernement est prise dans leurs esprits ; lorsque le gouvernement pose la question de confiance, c'est qu'il espère – en principe⁷¹⁴ – se maintenir au pouvoir en se renforçant.

197. - Nature de la sanction et évolution du contrôle – La sanction qui résulte de l'adoption d'une motion de méfiance ou du rejet d'une question de confiance est de nature politique. Il convient en effet de ne pas confondre la

⁷¹³ G. VEDEL, *Manuel élémentaire de Droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1949, p. 170.

⁷¹⁴ Comme nous le verrons dans les lignes qui suivent, il existe des cas où la question de confiance est posée par un gouvernement non contesté pour provoquer, par un rejet du vote de confiance par le parlement, des élections anticipées à l'occasion desquelles la coalition au pouvoir espère triompher plus largement en terme de siège et conforter sa position dans l'assemblée.

responsabilité politique avec la responsabilité pénale des membres du gouvernement. Si un ministre commet une infraction, il n'est pas nécessairement démis de ses fonctions pour autant (sa responsabilité politique n'est pas automatiquement engagée). Inversement, un ministre qui est poussé vers la sortie par le parlement ne voit pas sa responsabilité pénale mise en cause par ce fait : ce qui a engendré la méfiance du parlement n'est pas nécessairement la commission d'une infraction. En effet, la responsabilité politique concerne, de manière générale, les actes et les attitudes d'un ministre ou du gouvernement qui peuvent plaire ou déplaire au parlement. Le fait de mener une politique qui est jugée inopportune par le parlement ou d'avoir réagi inadéquatement à un événement ne constitue évidemment pas une infraction, mais cela peut engendrer la méfiance parlementaire.

Bien qu'elle constitue toujours le critère dominant pour déterminer quel régime relève ou non du parlementarisme, la faculté pour le parlement de provoquer la chute d'un gouvernement en raison d'un vote de méfiance a perdu de son importance *concrète* et se réfère bien plus à des calculs électoraux. « Le contrôle extraordinaire lié à la mise en jeu de la responsabilité gouvernementale », affirme à cet égard Philippe Lauvaux, « tend à devenir exceptionnel dans la pratique des régimes parlementaires contemporains. Dans la logique fusionnelle de ceux-ci [...] l'exécutif et le parlement ont cessé d'être des centres autonomes de pouvoir. Leur antagonisme traditionnel disparaît car ils sont liés par leur unité d'appartenance au(x) parti(s) porté(s) au pouvoir »⁷¹⁵. Sans aller plus loin de cette réflexion, nous pouvons remarquer que les méthodes de contrôle sont davantage axées sur les possibilités d'interpeller, de poser des questions et de solliciter des enquêtes dont jouit le parlement, en particulier l'opposition qui peut, de la sorte, adresser publiquement ses critiques à l'adresse de l'action gouvernementale soutenue par les partis de la majorité.

3) Le pouvoir de dissoudre le parlement

198.- Contrepartie aux pouvoirs du parlement – Dans le régime parlementaire, l'un des organes – en principe, le chef de l'État – a souvent le pouvoir de dissoudre le parlement, c'est-à-dire de mettre fin à la législature avant son terme normal et, en conséquence, de convoquer les électeurs à participer à des élections anticipées. Il ne s'agit pas à proprement parler d'un élément nécessaire pour déterminer si un État relève ou non du parlementarisme. Toutefois, son occurrence élevée dans ce type de régime et le fait que le principe contribue à la dynamique globale des rapports entre le pouvoir exécutif et le parlement nous convainquent d'y consacrer quelques mots dans le présent chapitre.

La dissolution met fin à la législature et aux mandats des parlementaires ; elle conduit au renouvellement anticipé de l'assemblée dissoute par les électeurs. Dès lors, l'autorité qui peut mettre ce mécanisme en œuvre dispose d'une prérogative politique significative. Le recours à la dissolution est censé donner au peuple (du moins aux électeurs), l'occasion d'exprimer leurs préférences politiques dans le

⁷¹⁵ P. LAUVAUX, « Le contrôle, source du régime parlementaire, priorité du régime présidentiel », *Pouvoirs*, 2010, p. 32.

contexte d'une crise : les électeurs sont amenés à trancher une querelle qui existe entre le parlement et le gouvernement⁷¹⁶ et à contribuer à résoudre le conflit. La possibilité de prononcer la dissolution peut aussi représenter une menace à destination du parlement si celui-ci se révèle « indiscipliné » à l'égard de la politique du gouvernement ; c'est en ce sens que le pouvoir de dissolution peut être considéré comme un contrepoids de la responsabilité parlementaire. Dans la pratique, la dissolution est parfois la conséquence de la volonté du pouvoir exécutif d'organiser des élections à un moment qui lui convient dans le but de renforcer sa majorité parlementaire ou de reconstituer une majorité parlementaire qui s'est désagrégée⁷¹⁷.

Dans certains États, le pouvoir de dissolution est discrétionnaire : il peut être exercé sans justification et dans toute situation. Dans d'autres cas, la prérogative est davantage encadrée et ne peut être mise en œuvre que dans des hypothèses explicitement énumérées par les règles constitutionnelles pertinentes.

Dans les lignes qui suivent, nous proposons d'illustrer la matière en nous référant aux systèmes italien, britannique et allemand.

L'article 88 de la Constitution italienne prévoit que le président de la République peut dissoudre les chambres du parlement ou même une seule d'entre elles, après consultation de leurs présidents. Il s'agit donc d'une prérogative réservée au chef de l'État. Si le décret de dissolution nécessite le contreseing du président du conseil (équivalent du Premier ministre), le président de la République n'est jamais obligé de suivre une demande que lui adresserait le gouvernement en vue de dissoudre le parlement.

Comme nous l'avons déjà signalé, la faculté d'ordonner la dissolution est, dans certains ordres juridiques davantage réglementée. C'est le cas du Royaume-Uni où le droit de dissolution est encadré par le *Fixed Term Parliaments Act* de 2011. La loi prévoit désormais⁷¹⁸ que la Chambre peut voter elle-même, à la majorité des deux tiers, sa propre dissolution⁷¹⁹. Elle institue également une dissolution automatique dans l'hypothèse où la Chambre des communes adopte une motion de censure contre le gouvernement et où elle n'accorde pas expressément sa confiance dans un intervalle de quatorze jours au gouvernement en place quel qu'il soit.

Le système qui est en vigueur en Allemagne nous permet d'illustrer non seulement l'encadrement de la dissolution du parlement, mais aussi l'utilisation électorale qui peut en être faite.

En vertu de la Loi fondamentale allemande, le *Bundestag* peut être dissous par le président fédéral dans deux cas précis. Premièrement, la dissolution peut être décidée par le chef de l'État, au début de la législature ou après le décès ou la démission du Chancelier, si le *Bundestag* n'arrive pas à élire de chancelier à la majorité absolue de ses membres⁷²⁰. Deuxièmement, la dissolution

⁷¹⁶ Cela couvre un large spectre d'oppositions qui peuvent surgir entre les deux pouvoirs et va de la formation d'une nouvelle coalition au sein de l'hémicycle à un scandale quelconque qui décrédibiliserait le gouvernement aux yeux des citoyens en passant par la défection, peu importe le motif, d'un parti partenaire de l'exécutif qui, sans former de nouvelle alliance, priverait par son comportement le gouvernement de sa majorité.

⁷¹⁷ G. BURDEAU, *Traité de Science politique*, t. IX, Paris, LGDJ, 1977, p. 453.

⁷¹⁸ Avant l'adoption de cette loi, le monarque prononçait la dissolution de la Chambre des communes à la demande du Premier ministre, qui pouvait intervenir en toutes circonstances.

⁷¹⁹ A la suite de l'appel lancé le 18 avril 2017 par le Premier ministre britannique Theresa May à des élections anticipées, la *House of commons* a voté le lendemain la tenue du scrutin le 8 juin suivant – et par définition sa propre dissolution –, par 522 voix contre 13, en dépassant donc largement la majorité des deux tiers requise pour une telle motion.

⁷²⁰ Article 63, alinéa 4, de la Loi fondamentale.

peut avoir lieu sur proposition du Chancelier si le *Bundestag* répond négativement à une question de confiance posée par le chancelier. En effet, nous avons déjà vu que le rejet d'un vote de confiance n'implique pas nécessairement la démission du chancelier. Différentes possibilités s'offrent au chef de gouvernement : soit le chancelier ignore ce désaveu, soit il démissionne, soit il contre-attaque, si l'on peut dire, en demandant au Président de dissoudre le *Bundestag* « dans les vingt-et-un jours ». Le *Bundestag* peut contrer cette menace de dissolution en profitant de ce délai pour élire un nouveau chancelier. Comme le précise l'article 68 de la Loi fondamentale, le droit de dissolution s'éteint dès que le *Bundestag* a élu un autre chancelier fédéral à la majorité de ses membres.

Nous poursuivons nos développements relatifs au modèle allemand pour illustrer les différentes motivations qui peuvent soutenir une dissolution du parlement. Nous nous référons plus spécialement à la dissolution du *Bundestag* du 21 juillet 2005. À ce moment, le gouvernement fédéral Schröder I reposait sur une coalition composée du *Sozialdemokratische Partei Deutschlands (SPD)* et le parti *Bündnis 90 / Die Grünen (Grünen)* depuis le 22 octobre 2002. Le 22 mai 2005, à l'occasion des élections législatives régionales dans le Land très peuplé de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, fief historique du SPD, son principal adversaire politique, la *Christlich Demokratische Union Deutschlands (CDU)* a remporté une nette victoire et a relégué le parti du chancelier Gerhard Schröder dans l'opposition au sein du Parlement de ce Land. Même si la coalition *SPD-Grünen* au pouvoir au niveau fédéral continuait à bénéficier du soutien d'une majorité des députés du *Bundestag* (juridiquement, les élections en Rhénanie-du-Nord-Westphalie n'ont aucune conséquence sur les institutions fédérales), le Chancelier a estimé qu'il était opportun de dissoudre le *Bundestag* afin de permettre aux électeurs de s'exprimer au niveau fédéral. Gerhard Schröder espérait bien entendu que les électeurs allemands donneraient une majorité à sa coalition et renforceraient ainsi sa « légitimité ». Cependant, comme nous l'avons vu, il n'est possible de recourir à la dissolution que dans deux hypothèses particulières qui, *a priori*, n'étaient pas rencontrées en l'espèce. Pour parvenir à ses fins, le Chancelier Schröder a sollicité un vote de confiance le 1^{er} juillet 2005 avec le souhait – contre-intuitif – qu'elle soit rejetée par la majorité des membres du *Bundestag*, ce qu'il a finalement obtenu. Dans un second temps, le Chancelier a demandé au Président fédéral Horst Köhler de dissoudre le *Bundestag*, lequel y a procédé par une décision du 21 juillet 2005. Le plan du Chancelier Schröder a toutefois connu un succès mitigé puisque son parti (le SPD) n'a pu, à la suite des élections du 18 septembre suivant, se maintenir au pouvoir que grâce à la formation d'une « grande coalition » composée de la CDU, de la CSU et du SPD qui a institué, avec une assise de 448 députés sur 614, le cabinet Merkel I, dirigé par la chrétienne-démocrate Angela Merkel.

4) *Autres modèles institutionnels*

199. - Le parlementarisme : un modèle parmi d'autres – Le modèle parlementaire – qui suppose la responsabilité du gouvernement devant une assemblée parlementaire – est une forme de régime politique qui n'est pas généralisée dans le monde. Il est en effet possible de concevoir les rapports entre le chef d'État, le parlement et le gouvernement sur d'autres modes. On relève notamment que l'idée d'un gouvernement constamment menacé par le parlement n'a pas que des avantages⁷²¹, surtout que l'instabilité est susceptible d'être instituée en normalité dès lors que le parlement peut faire et défaire l'exécutif au gré des coalitions au sein de l'hémicycle. En outre, face à cette « forme de gouvernement, à base de régime représentatif et de séparation des pouvoirs

⁷²¹ Voy. à cet égard S. BAUME, « Le Parlement face à ses adversaires. La réplique allemande au désenchantement démocratique dans l'entre-deux-guerres », *Revue française de science politique*, 2006, pp. 985-998.

souples »⁷²², d'autres modèles entendent rendre les pouvoirs plus autonomes. Nous envisagerons ainsi successivement les régimes présidentiel (*infra*, n° 99 et s.) et semi-présidentiel (*infra*, n° 101 et s.).

a) Le régime présidentiel

200. - Définition – Le régime présidentiel est un modèle institutionnel au sein duquel le gouvernement est responsable devant le seul chef de l'État, et pas devant le Parlement. Il existe donc une séparation plus nette, plus rigide entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif⁷²³. Dans ce système, la désignation du ou des titulaires du pouvoir exécutif ne dépend pas de la composition de la majorité parlementaire, mais d'un processus indépendant. Cela implique notamment que le pouvoir exécutif peut se trouver dans les mains d'une personnalité issue d'un parti politique qui ne détient pas la majorité des sièges au parlement (pas même par le biais d'une coalition). L'équilibre entre les deux pouvoirs provient d'une forme de concurrence entre eux.

201. - Illustration : les États-Unis d'Amérique – Le modèle présidentiel est notamment mis en œuvre aux États-Unis d'Amérique. Lorsqu'ils ont rédigé la constitution en 1787, les pères fondateurs ont privilégié la séparation stricte entre, d'une part, le Président des États-Unis qui est à la fois le chef d'État et le chef du gouvernement⁷²⁴ et, d'autre part, le Congrès qui est composé de deux assemblées législatives, à savoir la Chambre des représentants (*House of Representatives*) et le Sénat (*Senate*)⁷²⁵. On ne retrouve donc pas ici le trait caractéristique des régimes parlementaires : la désignation du chef de l'exécutif ne dépend pas de la composition du Congrès, mais d'un processus électoral propre. En d'autres mots, le Président n'a pas besoin de recevoir la confiance de la majorité des membres du Congrès pour pouvoir exercer ses prérogatives constitutionnelles ; il peut gouverner même si cette assemblée est majoritairement composée d'opposants politiques. Ainsi, la position du président démocrate Barack Obama, élu à cette fonction de 2008 à 2016, n'a nullement été remise en cause par le fait que la Chambre des représentants a été, dès 2011, majoritairement composée de députés républicains, qui sont généralement opposés à ses projets politiques, et qu'il en a été de même pour le Sénat à partir de 2015.

Il paraît utile d'ajouter quelques éléments à la description du système présidentiel américain, pour mieux en cerner la spécificité par rapport au régime parlementaire. Dès lors que le Président est à la fois chef de l'État et du gouvernement, il n'existe logiquement pas, aux États-Unis, de

⁷²² M. HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, Paris, Sirey, 1929, p. 360.

⁷²³ M. DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, t. I, Paris, 1971, p. 181-182.

⁷²⁴ Article II, section 1^{ère}, de la Constitution des États-Unis adoptée le 17 septembre 1787 et entrée en vigueur le 4 mars 1789.

⁷²⁵ Article 1^{er}, section 1^{ère}, de la Constitution des États-Unis.

fonction équivalente à celle du premier ministre : le pouvoir exécutif est dit *monocéphale* dans la mesure où le Président l'incarne à lui seul, en concentrant toute l'action gouvernementale dans ses mains.

L'absence de premier ministre ne signifie pas que l'État serait dépourvu de gouvernement. En effet, le Président s'entoure de collaborateurs, d'un vice-président, d'un Bureau exécutif – *l'Executive Office* –, composé de conseillers et de consultants. Il constitue également une équipe que l'on désigne par le terme de *cabinet* pour l'assister. Les membres du cabinet, appelés *Secretaries*, sont choisis par le président et sont révocables par ce dernier. Ils gèrent les départements administratifs du pouvoir exécutif et rendent des comptes uniquement au Président qui dirige ce cabinet. Le Président sélectionne en outre les ambassadeurs, les consuls, les juges à la Cour suprême, et les fonctionnaires des États-Unis. Quelques tempéraments existent toutefois et permettent en particulier au Sénat de jouer un rôle loin d'être négligeable ; il s'agit des fameux *check and balances*⁷²⁶.

Les compétences du Président s'inscrivent principalement dans la sphère du pouvoir exécutif⁷²⁷. Il est ainsi chargé de promulguer et d'exécuter les lois votées par le Congrès. Dans ce contexte, le Président traduit son pouvoir réglementaire par des ordres exécutifs (*executive orders*) par lesquels il met la législation en œuvre. Par ailleurs, le Président a d'importantes prérogatives sur la scène internationale. Non seulement, la Constitution américaine fait du Président le chef des armées, mais en outre elle fait de lui le chef de la diplomatie. Il détermine ainsi la politique étrangère américaine et de ce fait, il négocie, signe et ratifie les traités.

Enfin, le Président contribue au pouvoir législatif, qui relève pour le reste du Congrès, et y exerce une influence qui peut être considérable, notamment grâce à son pouvoir de *persuasion*. Il peut ainsi, à l'occasion du « Discours sur l'état de l'union » (*State of the Union address*) qu'il prononce annuellement devant le Congrès, formuler le programme législatif qui emporte sa préférence. C'est en outre généralement le Président qui est à la source des projets de loi qu'examine le Congrès.

Puisque le régime présidentiel se caractérise principalement par la grande indépendance des pouvoirs exécutif et législatif l'un par rapport à l'autre, le parlement ne peut pas, en principe, et contrairement à ce que nous avons vu à propos du régime parlementaire, démettre le gouvernement et ce dernier, même par la voie du président, ne dispose d'aucun moyen de dissoudre les assemblées législatives.

Malgré ces différences majeures, il existe des tempéraments qui atténuent la séparation entre le Président et le Congrès. D'une part, le Congrès peut limiter l'action gouvernementale⁷²⁸. Ainsi, le Président sélectionne certes les candidats aux fonctions gouvernementales, comme nous l'avons indiqué, mais les nominations à ces postes-clés dépendent tout de même de l'intervention de l'une des deux chambres qui composent le Congrès, à savoir le Sénat, lequel peut les refuser. Ainsi, les membres du cabinet (*Secretaries*), les juges fédéraux, les procureurs des États-Unis et les ambassadeurs sont nommés par le président puis présentés au Sénat pour avis et consentement par un vote à la majorité simple. Le Sénat a dès lors une certaine influence sur la composition de l'exécutif. Il ne s'agit pas là que d'un rôle purement formel ; ainsi, le Président Obama n'a pu nommer Merrick Garland comme juge à la Cour suprême, où un poste était vacant depuis le décès du juge Antonin Scalia, car le Sénat n'a pas soutenu cette proposition qui lui avait été soumise le 13 février 2016. En revanche, les révocations ne dépendent que du Président. L'influence du Congrès dans les domaines de prédilection du président apparaît aussi dans la matière des relations internationales⁷²⁹. C'est bien le président qui dirige la politique extérieure, mais le Sénat est appelé à consentir à la majorité des deux tiers des sénateurs présents à la ratification par le

⁷²⁶ Voy. le chapitre 6.

⁷²⁷ Article II, section 1^{ère} et 2^e, de la Constitution des États-Unis.

⁷²⁸ Article II, section 2, de la Constitution des États-Unis.

⁷²⁹ Voy. R. PINTO, « Les pouvoirs du Sénat américain en matière de traités », *Revue internationale de droit comparé*, 1950, pp. 5-26.

président des traités internationaux en délivrant un *assentiment* préalable à cette opération⁷³⁰. Sans cette approbation, il n'y a pas de traité. Le Président conserve cependant l'initiative des négociations internationales⁷³¹. Enfin, on relève que même si le président est le chef des armées, le *War powers Act* adopté en novembre 1973 l'oblige, en dehors du cas où une déclaration de guerre a été formulée, à rapatrier les troupes qu'il aurait déployées s'il n'obtient pas d'approbation législative dans les soixante jours qui suivent le début des opérations.

D'autre part, inversement, le président dispose d'un instrument puissant qui lui permet de s'immiscer dans l'activité législative. L'article I^{er}, section 7, de la Constitution lui permet de s'opposer à l'entrée en vigueur de toute loi à condition qu'il en manifeste explicitement la volonté pendant le délai de promulgation, c'est-à-dire dix jours. Il peut ainsi renvoyer le texte aux chambres en leur demandant une nouvelle lecture. Cette forme de *veto* peut néanmoins être renversée si le texte est adopté une nouvelle fois, à la majorité des deux tiers dans chacune des chambres. En pratique, il est cependant relativement rare qu'une telle majorité qualifiée puisse être réunie au Congrès, ce qui donne une importance significative à la prérogative présidentielle.

Enfin, le Congrès peut engager une procédure particulièrement lourde de destitution du président : l'*impeachment*. L'*impeachment* ne vise pas à mettre en cause la responsabilité politique du président et ne doit pas être confondu avec les motions de censure du régime parlementaire. Il s'agit d'une procédure qui, dans des situations exceptionnelles, doit permettre de renverser un président qui se serait rendu coupable d'un fait jugé trop grave pour qu'il demeure à la tête de l'État. Il existe donc une dimension pénale importante dans ce processus, au-delà de la portée politique qu'il a nécessairement. L'article II de la Constitution des États-Unis prévoit à cet égard, dans sa section 4, que le président, le vice-président et tous les fonctionnaires civils des États-Unis seront destitués de leurs charges sur mise en accusation et condamnation pour trahison, corruption ou autres crimes et délits majeurs⁷³².

b) Le régime semi-présidentiel

202. - Définition – A mi-chemin entre les systèmes parlementaire et présidentiel, le régime semi-présidentiel (ou semi-parlementaire) est un régime au sein duquel le gouvernement est responsable à la fois devant le Parlement et devant le chef de l'État. Dans la typologie des régimes politiques mise en avant par le théoricien du modèle semi-parlementaire Maurice Duverger⁷³³, c'est donc bien un régime mixte, une sorte de compromis entre les deux régimes précédemment décrits. Les principales caractéristiques de ce régime sont les suivantes : le Chef de l'État est élu au suffrage universel tandis que le chef de

⁷³⁰ Il faut noter en outre que les présidents ont pris l'habitude de conclure des « accords en forme simplifiée » (*executive agreements*) qui ont valeur de traité international en droit interne américain sans en avoir la forme.

⁷³¹ Voy. l'arrêt de la Cour suprême, *United States v. Curtiss-Wright*, 299 U.S. 304 (1936).

⁷³² La procédure d'*impeachment* a notamment été déclenchée lors du fameux scandale du *Watergate*, nom de l'immeuble où le Parti démocrate avait installé son siège de campagne en 1972 lorsque cinq « plombiers » avaient été surpris en train d'y poser des microphones. Après une enquête du *Washington Post* ainsi qu'une longue bataille de procédure, la complicité du Président républicain Richard Nixon ainsi que ses manœuvres pour tenter d'étouffer l'affaire ont été mises en évidence. De plus en plus acculé par le scandale, Nixon a préféré démissionner le 8 août 1974 avant d'être destitué. Outre cet exemple, deux autres procédures, infructueuses, d'*impeachment* ont été engagées au cours de l'histoire des États-Unis, l'une contre Andrew Johnson en 1868, l'autre contre William Clinton en 1998.

⁷³³ M. DUVERGER, *Le système politique français*, 20^e éd., Paris, P.U.F., 1990, p. 188 ; voy. également M. DUVERGER, *La monarchie républicaine*, Paris, Robert Laffont, 1974, p. 122.

gouvernement, le premier ministre, est responsable devant le parlement⁷³⁴. Comme dans le régime parlementaire, la formation du gouvernement dépend pour cette raison de la composition de la majorité parlementaire. À cela s'ajoute le fait que le président dispose de prérogatives politiques réelles : il ne se contente pas d'« inaugurer les chrysanthèmes », selon la formule du Général De Gaulle⁷³⁵. Il a notamment le pouvoir de nommer et de révoquer le chef du gouvernement.

203. - Illustration : la V^e République française – Ce régime politique hybride est celui que connaît la France depuis 1958. L'actuel ordre juridique français – la V^e République – est né à la suite de la promulgation, le 4 octobre 1958, d'une nouvelle constitution adoptée le 28 septembre 1958 par voie référendaire. Alors que la IV^e République, instaurée en 1946, se voulait résolument parlementaire, celle qui lui a succédé a fondamentalement renforcé les pouvoirs du Chef d'État.

Depuis 1962⁷³⁶, le Chef de l'État, le Président de la République, est élu au suffrage universel⁷³⁷, ce qui permet d'affirmer sa légitimité par le choix direct du peuple. Contrairement à ce qu'on observe aux États-Unis, le gouvernement n'est cependant pas dirigé par le Président lui-même, mais par un Premier ministre, nommé par le Président, mais responsable à la fois devant le Président⁷³⁸ qui préside les conseils des ministres et devant l'Assemblée nationale, qui est l'une des deux chambres législatives de la République française. L'Assemblée nationale peut ainsi voter une motion de méfiance à l'encontre du gouvernement. L'article 49 de la Constitution dispose à cet égard que :

« le Premier ministre, après délibération du Conseil des ministres, engage devant l'Assemblée nationale la responsabilité du Gouvernement sur son programme ou éventuellement sur une déclaration de politique générale ».

En tant que régime semi-présidentiel par excellence, la V^e République se caractérise par un pouvoir exécutif dual, *bicéphale*, avec à sa tête un Président élu et un Premier ministre soutenu par une majorité parlementaire.

Il faut encore distinguer les pouvoirs qui reviennent exclusivement au Président de la République de ceux qu'il partage avec le Gouvernement. Dans ce dernier cas, ces actes nécessitent un *contreseing* ministériel. Parmi les pouvoirs propres du Président, on retrouve la nomination du Premier ministre, le recours au référendum sur proposition du gouvernement ou sur proposition

⁷³⁴ M. DUVERGER, « Le concept de régime semi-présidentiel », in : M. DUVERGER, *Les régimes semi-présidentiels*, Paris, P.U.F., 1986, p. 7.

⁷³⁵ L'expression a été popularisée par le Général de Gaulle, devenu le premier président de la V^e République, au cours d'une conférence de presse du 9 septembre 1965 à l'occasion de laquelle, en reconnaissant que son rôle n'était pas purement symbolique, il interrogea un parterre de journalistes amusés : « D'ailleurs, qui a jamais cru que le général de Gaulle étant appelé à la barre, devrait se contenter d'inaugurer les chrysanthèmes ? » (Ch. DE GAULLE, *Discours et messages*, T. IV, Paris, Plon, 1970, p. 390).

⁷³⁶ Loi du 6 novembre 1962 relative à l'élection du Président de la République au suffrage universel direct, adoptée par le référendum du 28 octobre 1962 (*Journal officiel* du 7 novembre 1962).

⁷³⁷ Voy. P. BRÉCHON, *Les élections présidentielles sous la V^e République*, 3^e éd., Paris, La Documentation Française, 2013, 216 pages.

⁷³⁸ Le principe de la responsabilité du Premier ministre devant le président de la République n'est pas consacré par le texte constitutionnel. Il provient de la pratique du pouvoir.

conjointe des deux assemblées, le droit de dissoudre l'Assemblée nationale, la mise en œuvre des pouvoirs exceptionnels du président en cas de périls pour la nation⁷³⁹ ou encore le droit de message aux assemblées parlementaires, la nomination de trois des membres, et du président du Conseil constitutionnel et le droit de saisine du Conseil constitutionnel.

On parle de compétences partagées quand le Président de la République ne peut agir sans *contreseing* du Premier ministre ou, le cas échéant, des ministres responsables. Tel est le cas dans le cadre du pouvoir réglementaire, de la nomination et révocation des ministres, de la signature des ordonnances et des décrets délibérés en conseil des ministres. De même, sont des pouvoirs partagés la nomination aux emplois civils et militaires de l'État ou encore la négociation et la ratification des traités.

La V^e République se caractérise, comme nous l'avons dit, par un pouvoir exécutif bicéphale. Or, le chef de l'État et le chef de gouvernement ne sont pas nécessairement toujours sur la même ligne politique⁷⁴⁰. On parle de *cohabitation* lorsque les deux branches de l'exécutif, Président et gouvernement, relèvent de partis politiques différents. Exprimée autrement, la cohabitation est la « coexistence d'un chef de l'État élu au suffrage universel sur un programme politique et d'un Premier ministre s'appuyant sur une majorité parlementaire élue pour soutenir une politique opposée »⁷⁴¹ ou à tout le moins différente. Cette hypothèse n'est pas que théorique et s'est produite à plusieurs reprises. Jusqu'à la fin du XX^e siècle, la durée du mandat présidentiel qui était alors de sept ans – le septennat – ne coïncidait pas à celle du mandat des députés, élus quant à eux pour cinq ans. En raison du décalage chronologique entre les élections présidentielles et législatives que ceci induisait nécessairement, il arrivait que le parti qui avait soutenu le président connaisse un moindre succès lors des

⁷³⁹ Voy. l'article 16 de la Constitution.

⁷⁴⁰ Au cours d'une conférence de presse, le 31 janvier 1964, le premier Président de la V^e République, le général de Gaulle, déclarait ceci au sujet du rôle du président et du Premier ministre :

« [I] est normal chez nous que le Président de la République et le Premier Ministre ne soient pas un seul et même homme. Certes, on ne saurait accepter qu'une dyarchie existât au sommet. Mais, justement, il n'en est rien. En effet, le Président, qui, suivant notre Constitution, est l'homme de la nation, mis en place par elle - même pour répondre de son destin ; le Président, qui choisit le Premier Ministre, qui le nomme ainsi que les autres membres du gouvernement, qui a la faculté de le changer, soit parce que se trouve accomplie la tâche qu'il lui destinait et qu'il veuille s'en faire une réserve en vue d'une phase ultérieure, soit parce qu'il ne l'approuverait plus ; le Président, qui arrête les décisions prises dans les conseils, promulgue les lois, négocie et signe les traités, décrète, ou non, les mesures qui lui sont proposées, est le chef des armées, nomme aux emplois publics ; le Président qui, en cas de péril, doit prendre sur lui de faire tout ce qu'il faut ; le Président est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'État. Mais, précisément, la nature, l'étendue, la durée de sa tâche, impliquent qu'il ne soit pas absorbé, sans relâche et sans limite, par la conjoncture politique, parlementaire, économique et administrative. Au contraire, c'est là le lot, aussi complexe et méritoire qu'essentiel, du Premier Ministre français » (Ch. DE GAULLE, *Discours et messages*, T. IV, Paris, Plon, 1970, p. 167).

Voy. également Ph. ARDANT et O. DUHAMEL, « La dyarchie », *Pouvoirs*, n° 91, 1999 et J. MASSOT, *Chef de l'État et chef du gouvernement : la dyarchie hiérarchisée*, Paris, Les Etudes de la Documentation française, 2008, 224 pages.

⁷⁴¹ J. MASSOT, *Alternance et cohabitation sous la V^e République*, Paris, La Documentation française, Paris, 1997, p 16.

élections législatives qui avaient lieu en cours de mandat et ne se trouve pas en mesure de former une majorité parlementaire. Cette situation s'est produite en 1986⁷⁴², en 1993⁷⁴³, et en 1997⁷⁴⁴ : à chaque fois, la majorité de l'Assemblée nationale affichait une couleur politique différente de celle du président. Or, comme nous l'avons précisé, la formation du gouvernement dépend de la composition de la majorité parlementaire, le premier devant bénéficier de la confiance de la seconde pour pouvoir perdurer. Dès lors, le Président se trouve contraint de nommer comme Premier ministre une personnalité issue d'un parti rival au sien et de partager avec lui l'exercice du pouvoir exécutif.

Avec la loi constitutionnelle du 2 octobre 2000, le Constituant *dérivé* français a toutefois modifié la durée du mandat présidentiel. En remplacement du septennat qui figurait dans la Constitution, on a introduit le quinquennat (c'est-à-dire un mandat présidentiel de cinq ans). Désormais, la durée du mandat présidentiel est donc alignée sur celle des députés. Comme les deux élections – présidentielles et parlementaires – ont en principe⁷⁴⁵ lieu à quelques semaines d'intervalles, les risques de cohabitation sont en principe réduits. En effet, la proximité dans le temps des échéances électorales implique, en pratique, que les électeurs ont tendance à soutenir assez massivement, lors des élections législatives, la formation politique du président fraîchement élu, de sorte que cette formation soit en bonne position pour former, seule ou avec de petits groupes politiques, une majorité parlementaire. Ainsi, le président pourra normalement compter pendant toute la durée de son mandat sur la même majorité, des mêmes rapports de force à l'avantage du parti d'où il provient.

Les cas de cohabitation ne sont cependant pas impossibles, notamment en cas de démission ou de décès du Président de la République, ou encore en cas de dissolution de l'Assemblée nationale. Par ailleurs, il demeure aussi possible que le vent – politique – tourne pendant les quelques semaines qui séparent les scrutins présidentiel et législatif. Enfin, la fragmentation actuelle du paysage politique français – nous écrivons ces lignes en mai 2017 – pourrait aussi favoriser l'émergence de dynamiques moins conformes aux tendances habituelles et peut-être conduire à de nouvelles formes de cohabitation.

204. - Diffusion et variation du modèle – Le régime semi-présidentiel s'est largement diffusé tout autour du globe. On le retrouve ainsi, aujourd'hui, notamment dans de nombreux États qui se sont libérés de la domination

⁷⁴² La première cohabitation a lieu de mars 1986 à mai 1988 quand François MITTERRAND (PS), président de la République depuis 1981, a nommé Jacques CHIRAC (RPR) Premier ministre.

⁷⁴³ La deuxième cohabitation a lieu de mars 1993 à mai 1995 ; François MITTERRAND (PS) est Président de la République et Édouard BALLADUR (RPR), le Premier ministre.

⁷⁴⁴ Après la victoire de la « gauche plurielle » aux élections législatives des 25 mai et 1^{er} juin 1997, le Président de la République, Jacques CHIRAC (RPR) a nommé au poste de Premier ministre, Lionel JOSPIN (PS), le 2 juin 1997. Cette troisième cohabitation s'étendra jusqu'en 2002.

⁷⁴⁵ La dissolution de l'Assemblée nationale viendrait toutefois perturber la synchronisation des échéances électorales législatives et présidentielles.

coloniale ou encore dans les pays de l'ancien espace soviétique de l'Europe de l'est. Toutefois, il convient de souligner que chaque État a consacré, dans ses textes ou par la pratique, sa *conception* du modèle, favorisant tantôt les pouvoirs du parlement au détriment de la figure du président, tantôt ceux de celui-ci. Pour l'exprimer de manière plus claire, les pouvoirs du parlement et du président fluctuent en fonction de l'État⁷⁴⁶.

Par exemple, en Islande, le président (*Forseti Íslands*) est élu au suffrage universel pour un mandat de quatre ans. Alors que la Constitution promulguée en 1944 le dote bel et bien de pouvoirs propres, le Président ne les exerce pas. Son rôle, représentatif, est fondamentalement calqué sur celui du Roi du Danemark⁷⁴⁷. Ainsi, bien que le président nomme les membres du gouvernement⁷⁴⁸, c'est ce dernier, responsable devant le Parlement (*Althing*), qui gère véritablement le pouvoir exécutif. D'ailleurs, si le président refuse de promulguer un projet de loi, celui-ci entre tout de même en vigueur, mais il entraîne obligatoirement la tenue d'un référendum⁷⁴⁹ ; les électeurs devront trancher le conflit entre le Parlement et le Président. De cette configuration, on peut en conclure que le modèle semi-présidentiel islandais se rapproche, à l'instar d'autres, comme l'Autriche ou l'Irlande, du modèle *parlementaire*.

En revanche, si l'on s'intéresse au système constitutionnel russe, pour prendre un autre exemple, nous remarquerons rapidement que ses caractéristiques sont différentes. En effet, la Constitution de la Fédération de Russie consacre un régime ambigu, et ce alors qu'il semble s'inspirer du modèle semi-présidentiel⁷⁵⁰. Le Président du gouvernement fédéral – qui exerce le Pouvoir exécutif⁷⁵¹ – est nommé par le Président de la Fédération⁷⁵², élu au suffrage universel direct tous les six ans⁷⁵³. Toutefois, cette nomination nécessite l'accord de l'une des deux chambres de l'Assemblée fédérale (qui exerce le pouvoir législatif), à savoir la *Douma*⁷⁵⁴, où siègent 450 membres élus pour cinq ans. Nous pourrions conclure qu'il s'agit là, clairement, d'un régime inspiré de la Constitution française. La chose est pourtant plus complexe que cela car les pouvoirs attribués au Président, perçu comme l'arbitre entre les trois pouvoirs⁷⁵⁵, sont bien supérieurs au Parlement. Après trois rejets des candidatures présentées pour le poste de chef du Gouvernement, le Président de la Fédération nomme le chef du Gouvernement, dissout la *Douma* et fixe de nouvelles élections⁷⁵⁶. Certes, le Parlement peut adopter une motion de censure à l'encontre du gouvernement⁷⁵⁷, ou lui refuser la confiance. Néanmoins, cela n'entraîne par l'obligation, dans le chef du Président de la Fédération, de démettre le Gouvernement et cela l'autorise à dissoudre la

⁷⁴⁶ O. DUHAMEL, « Une démocratie à part », *Pouvoirs*, 2008, pp. 17 à 26.

⁷⁴⁷ Le fait qu'il est d'usage qu'aucun concurrent ne s'oppose au Président sortant s'il se représente est très représentatif de cette dimension.

⁷⁴⁸ Art. 17 de la Constitution islandaise.

⁷⁴⁹ Art. 26 de la Constitution islandaise. Les applications sont extrêmement rares depuis 1944.

⁷⁵⁰ I.A. RAKITSKAYA, E.A. KREMYANSKAYA et T.O. KUZNETSOVA, *Конституционные основы Российской Федерации/Constitutional Basics of the Russian Federation*, Moscou, MGIMO-University, 2014, p. 35.

⁷⁵¹ Voy. l'article 110 de la Constitution de la Fédération de Russie.

⁷⁵² Voy. l'article 80 de la Constitution de la Fédération de Russie.

⁷⁵³ Voy. l'article 81 de la Constitution de la Fédération de Russie.

⁷⁵⁴ Voy. l'article 111 de la Constitution de la Fédération de Russie. L'autre chambre est le *Conseil de la Fédération* dont les 170 membres sont délégués par les entités fédérées.

⁷⁵⁵ I.A. RAKITSKAYA, E.A. KREMYANSKAYA et T.O. KUZNETSOVA, *Конституционные основы Российской Федерации/Constitutional Basics of the Russian Federation*, Moscou, MGIMO-University, 2014 pp. 115 et 121.

⁷⁵⁶ Voy. l'article 111 de la Constitution de la Fédération de Russie

⁷⁵⁷ Voy. l'article 117, paragraphe 3, de la Constitution de la Fédération de Russie.

*Douma*⁷⁵⁸. Par conséquent, les pouvoirs du Chef de l'État en Russie sont tels, que l'État est parfois décrit comme relevant du modèle présidentiel⁷⁵⁹.

B.- PARTICULARITES BELGES

205. - La Belgique relève du système parlementaire – Éclairés par ces notions générales, nous pouvons à présent nous intéresser au cas spécifique de la Belgique qui appartient, comme nous l'avons dit, à la catégorie des régimes *parlementaires*. Cette constatation concerne tant le niveau fédéral que les entités fédérées de l'État.

1) Le parlementarisme au niveau fédéral

206. - Présentation de l'article 101 de la Constitution – En vertu de l'article 101, al. 1^{er}, de la Constitution belge, les ministres fédéraux sont responsables politiquement devant une seule des deux chambres qui composent le pouvoir législatif fédéral, à savoir la Chambre des représentants. La responsabilité politique des ministres concerne les actes qu'ils accomplissent, mais également ceux du Roi - irresponsable en vertu de l'article 88 de la

⁷⁵⁸ Si la Douma, dans les trois mois, exprime à nouveau sa méfiance, le Président de la Fédération peut déclarer le Gouvernement démissionnaire ou dissoudre la Douma.

⁷⁵⁹ La nature singulière du régime consacré par la Constitution russe est, pour partie, le fruit du contexte de son adoption (voy. sur le pouvoir constituant russe, I.A. RAKITSKAYA, E.A. KREMYANSKAYA et T.O. KUZNETSOVA, *Конституционные основы Российской Федерации/Constitutional Basics of the Russian Federation*, Moscou, MGIMO-University, 2014 pp. 16-19). Après l'implosion soudaine de l'URSS, la Russie, fraîchement indépendante, connaît de graves tensions entre le Président Boris Eltsine et le Parlement. Sur fond de réforme économique menée à bâtons rompus par le Gouvernement (qui engendre notamment une inflation atteignant 2 600 % pour l'année 1992), la crise politique culmine, en automne 1993, avec la dissolution du Parlement et son bombardement, par des chars de l'armée aux ordres du Président, alors que des élus s'étaient retranchés à l'intérieur. Finalement, une nouvelle Constitution, proposée par Eltsine, est adoptée le 12 décembre 1993 à l'issue d'un référendum. L'autorité présidentielle, renforcée par la 'légitimité' des urnes, s'est accentuée au cours des années, en particulier sous la présidence du successeur de Boris Eltsine, Vladimir Poutine. Dans un même temps, la marge de manœuvre du parlement s'est réduite. C'est pour cette raison que certains commentateurs de la Russie post-soviétique (voy. M. S. FISH, *Democracy Derailed in Russia: The Failure of Open Politics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, 313 pages ; J.-R. RAVIOT, « Comprendre le nouveau régime russe », *Strates. Matériaux pour la recherche en sciences sociales* [en ligne], 12, 2006 ; C.-G. SCHWENTZEL, *La Fabrique des Chefs, d'Akhenaton à Donald Trump*, Paris, Vendémiaire, 2017, 300 p.) y voient une forme de *césarisme*, c'est-à-dire un régime où un chef politique, arbitre et acteur, charismatique est fortifié par un soutien populaire et jouit d'importantes prérogatives tandis que les autres institutions sont plus faibles (M. GANZIN, *Du césarisme antique au césarisme moderne*, CERHIIP, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1999, p. 9).

Constitution - qu'ils autorisent par la voie du *contreseing*. Il en va de même pour les secrétaires d'État⁷⁶⁰.

Depuis 1993, les ministres ne sont plus responsables devant le Sénat⁷⁶¹. Cette réduction du poids politique du Sénat est importante et confirme l'aspect inégalitaire du bicamérisme belge. Dans un système parlementaire, le contrôle de l'action gouvernementale est évidemment une prérogative politique importante pour une assemblée. Le fait que le Sénat n'en dispose pas est révélateur de sa position secondaire par rapport à la Chambre des représentants.

207. - Implications sur la formation du gouvernement – La population belge ne vote pas pour confier à une personne déterminée un portefeuille ministériel ni, de manière générale, pour établir directement la composition du gouvernement. Le pouvoir de désigner les ministres fédéraux est en effet attribué, en Belgique, au Roi, et ce, en vertu des articles 96, alinéa 1^{er}, et 194 de la Constitution. La formation du gouvernement dépend toutefois du résultat des élections législatives, comme dans tous les régimes parlementaires. Il faut en effet garder à l'esprit que le Roi doit désigner des ministres qui suscitent la confiance de la majorité des membres de la Chambre des représentants, qui ont quant à eux été élus démocratiquement. Cette affirmation est déduite de la logique même du régime parlementaire que nous avons décrit : si le gouvernement ne bénéficiait pas du soutien de la majorité des députés, une motion de censure aurait tôt fait de renverser le gouvernement⁷⁶². En Belgique, la voie à emprunter est forcément celle de la coalition entre plusieurs formations politiques, puisque les chances de rencontrer la situation dans laquelle un parti détiendrait, à lui seul, la majorité des sièges de la Chambre à l'issue des élections législatives sont infimes. En effet, en raison, notamment, du système électoral proportionnel appliqué en Belgique et du fractionnement actuel du paysage politique en d'assez nombreux partis (selon différentes idéologies, mais aussi entre francophones et néerlandophones), on ne se trouve jamais dans un cas où un seul parti dispose seul de la majorité des sièges à la Chambre. Pour rencontrer l'hypothèse où un parti a pu parvenir à dominer seul le parlement, il est nécessaire de remonter à la législature 1950-1954. Le résultat des élections anticipées du 4 juin 1950 a conféré au Parti social-chrétien (alors unitaire) la majorité absolue dans les deux chambres et lui a donné, par conséquent, la possibilité de constituer un gouvernement homogène⁷⁶³.

⁷⁶⁰Article 104, alinéa 4, de la Constitution.

⁷⁶¹Voy. auparavant O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, T. II, Liège et Paris, Dessain et Giard & Brière, 1908, p. 305.

⁷⁶² Comme nous le verrons, le nouveau gouvernement doit, dans la pratique, présenter une déclaration gouvernementale en début de législature ou lors d'une rentrée parlementaire, une présentation suivie d'un vote de confiance qui permet de vérifier que le gouvernement dispose bel et bien du soutien de la Chambre des représentants.

⁷⁶³ M. DUMOULIN, *Nouvelle histoire de Belgique 1905-1950*, vol. 2, Bruxelles, Éditions Complexe, 2006, p. 143.

Actuellement, on dénombre une douzaine de partis représentés au sein de la Chambre des représentants. Le plus grand d'entre eux (la NV-A) occupe 31 sièges sur 150, soit à peine plus de 20 %, loin de la majorité absolue. Dans cette configuration, la coalition est indispensable et le nombre de possibilités est en théorie élevé. En 2014, la coalition qui a constitué la majorité à la Chambre des représentants était composée des quatre partis suivants : la NV-A, le MR, le CD&V et l'Open VLD. Les députés élus sur les listes de ces formations politiques soutenaient le gouvernement de Charles Michel qui était composé de ministres et de secrétaires d'État issus des quatre mêmes partis. Le 9 décembre 2018, à l'issue d'une crise entre les partenaires de la majorité, les membres NV-A du gouvernement démissionnent. La composition du gouvernement fédéral, remanié, n'est donc supportée *de facto* que par le MR, le CD&V et l'Open VLD. Il s'agit là d'un gouvernement largement minoritaire (même si aucune motion ne l'a officiellement actée) puisque ces trois formations ne représentent que 52 députés sur 150. Le 18 décembre 2018, sous la menace d'une motion de méfiance, le Premier ministre Charles Michel a présenté sa démission au Roi qui l'a chargé de l'expédition des affaires courantes (voy. *infra*). Le 27 octobre 2019, Sophie Wilmès est devenue la première femme à occuper le poste de Première ministre, tandis que le gouvernement demeure en affaires courantes en l'attente d'une coalition entre les partis représentés à la Chambre des représentants à l'issue des élections du 26 mai 2019.

208. - Processus de formation du gouvernement – En pratique, la formation d'une coalition est le fruit d'un processus – parfois long⁷⁶⁴ – qui implique plusieurs acteurs de la vie politique belge. Au lendemain des élections fédérales, le Roi consulte les *leaders* des différentes formations politiques qui ont pris part aux élections. À l'issue de ces entrevues, le Roi désigne un *informateur* qui est invité à explorer différentes pistes de coalition crédibles et à délivrer un panorama complet de la situation politique du pays. Lorsque cette étape est franchie, l'informateur, déchargé de sa mission par le Roi, laisse le champ libre à un *formateur*, également nommé par le Chef de l'État⁷⁶⁵. Il s'agit là, en règle générale, d'une personnalité qui jouit d'une solide expérience de l'arène publique. Sa mission est de parvenir à faire émerger concrètement une coalition composée de partis prêts à s'entendre sur un programme gouvernemental commun et en mesure d'obtenir la confiance d'une majorité de députés. La désignation d'un formateur est une étape décisive puisque, si le formateur remplit avec succès sa

⁷⁶⁴ Il a fallu attendre 194 jours pour que soit formé un nouveau gouvernement, le Gouvernement *Leterme I*, à l'issue des élections qui se sont tenues le 10 juin 2007. De même, la formation du gouvernement *Di Rupo*, qui a fait suite au gouvernement *Leterme II*, a nécessité d'importantes négociations qui se sont déroulées entre les élections du 13 juin 2010 et le 6 décembre 2011, date de la prestation de serment du gouvernement dirigé par Elio Di Rupo devant le Roi.

⁷⁶⁵ Le Roi peut nommer consécutivement plusieurs formateurs. Il peut même nommer deux formateurs.

tâche, il est souvent – mais pas toujours⁷⁶⁶ – nommé Premier ministre par le Roi. Les ministres et secrétaires d'État qui forment avec lui le gouvernement sont des personnes issues des différents partis de la coalition, dans une proportion qui dépend généralement de l'importance relative de chacun de ces partis au sein de la Chambre des représentants, tout en respectant la règle de parité linguistique en ce qui concerne les ministres⁷⁶⁷.

209. - Conditions auxquelles doivent satisfaire les ministres – Nous l'avons déjà écrit, mais il convient d'insister dans ce syllabus introductif : *les ministres ne sont pas élus par les électeurs*, ils sont nommés par le Roi. En pratique, les ministres sont en grande majorité choisis parmi les membres d'assemblées élues – Chambre des représentants, parlements régionaux et communautaires, Parlement européen, *etc.*⁷⁶⁸ Ils ont donc souvent été élus, et bénéficient à ce titre d'une légitimité démocratique, avant d'être sélectionné comme ministre. Ceci n'est cependant qu'une pratique qui n'a rien d'obligatoire et qui connaît des exceptions⁷⁶⁹.

Il existe peu de conditions explicites auxquelles un individu doit satisfaire pour pouvoir être nommé comme ministre. On trouve toutefois quelques principes pertinents aux articles 97 et 98 de la Constitution. En vertu de l'article 97 de la Constitution, seuls les Belges peuvent être ministres. La fonction est ainsi réservée aux seuls ressortissants du Royaume de Belgique. L'article 98 interdit pour ce qui le concerne aux membres de la famille royale d'être ministres. Enfin, la fonction de ministre est incompatible avec une série de mandats et de fonctions⁷⁷⁰. Cela étant précisé, d'autres obligations pèsent sur la composition du gouvernement *dans son ensemble* ainsi que nous allons le voir ci-après.

210. - Gouvernement et Conseil des ministres : distinction – Avant d'aborder lesdites obligations, il convient de souligner une distinction importante entre la notion de gouvernement et celle de Conseil des ministres. On pourrait commettre l'erreur de penser que le gouvernement n'est composé que de l'ensemble des ministres. Or, il s'agit d'une vision tronquée de la réalité : il faut en effet garder à l'esprit qu'il existe également, comme le prévoit l'article 104 de la Constitution, des *secrétaires d'État*, qui sont également membres du

⁷⁶⁶ Les formateurs Paul Vanden Boeynants, 1979, et Jean-Luc Dehaene, en 1987, n'ont pas occupé le poste de Chef de gouvernement à l'issue de leur mission. C'est Wilfried Martens qui est devenu Premier Ministre dans les deux cas.

⁷⁶⁷ Voy. *infra*.

⁷⁶⁸ Dans ce cas, le député devenu ministre est dit « empêché » et est remplacé par un suppléant de la même formation politique (voy. G. GOEDERTIER et T. DE PELSMAEKER, « La suppléance », in : F. BOUHON et M. REUCHAMPS (sous la dir. de), *Les systèmes électoraux de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 499-518).

⁷⁶⁹ Ainsi, lorsque Koen Geens est devenu ministre des Finances, en 2013, il n'avait encore jamais occupé de siège de député.

⁷⁷⁰ Voy. par exemple les articles 50 de la Constitution et 44 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (*Moniteur belge* du 7 janvier 1989).

gouvernement. Ils sont nommés par le Roi et placés sous l'égide d'un ministre⁷⁷¹. L'arrêté royal du 24 mars 1972⁷⁷² définit en outre le statut des secrétaires d'État et précise qu'ils peuvent théoriquement contresigner seuls les actes du Roi, sauf dans quatre cas⁷⁷³. En revanche, les secrétaires d'État ne font pas partie du *Conseil des ministres*, organe plus restreint qui n'est composé, comme son nom l'indique, que des ministres.

La distinction entre le gouvernement et le Conseil des ministres présente une importance particulière, dans la mesure où il existe une règle de parité linguistique qui ne concerne que le Conseil des ministres et n'est pas étendue à l'ensemble du gouvernement⁷⁷⁴. En vertu de l'article 99 de la Constitution, le Roi ne peut pas nommer plus de quinze ministres et il est tenu de nommer autant de ministres francophones que de ministres néerlandophones (le Premier ministre éventuellement excepté)⁷⁷⁵. Cette règle ne s'applique en revanche pas aux secrétaires d'États : non seulement leur nombre n'est pas limité, mais aucune règle juridique n'exige une parité linguistique en ce qui les concerne. Le gouvernement *Michel*, par exemple, comptait entre 2014 et 2018 quatre secrétaires d'État qui étaient tous néerlandophones. Cela implique que le gouvernement dans son ensemble, composé des ministres et des secrétaires d'État, ne compte pas nécessairement le même nombre de membres francophones et néerlandophones.

Il convient pour le reste de relever que la règle de parité ne signifie pas que le gouvernement fédéral soit basé sur une coalition qui regroupe en son sein une majorité dans chaque groupe linguistique qui compose la Chambre des représentants. Une majorité parlementaire (et donc une coalition

⁷⁷¹ Voy. à ce sujet M. JOASSART, « Les secrétaires d'État fédéraux et régionaux », *R.B.D.C.*, 2001, p. 188.

⁷⁷² *Moniteur belge* du 28 mars 1972.

⁷⁷³ Conformément à l'article 2 de cet arrêté,

« [o]utre le contreseing du Secrétaire d'État, celui du Ministre auquel il est adjoint est requis pour :

1° les arrêtés royaux portant présentation d'un projet de loi aux Chambres législatives ou d'un projet de décret au Conseil culturel ;

2° la sanction et la promulgation des lois et des décrets ;

3° les arrêtés royaux réglementaires ;

4° les arrêtés royaux portant création d'emploi des rangs 15 à 17 dans un ministère ou de même importance dans un organisme d'intérêt public, ou portant nomination à un tel emploi ».

⁷⁷⁴ Voy. à cet égard J. VELAERS, « De pariteit in de Ministerraad (artikel 99, tweede lid van de Grondwet) : een vereiste met een louter taalkundig, een communautaire of ook een 'taalgroep-parlementaire' betekenis ? », *T.B.P.*, 2015, pp. 4-22.

⁷⁷⁵ Pour rattacher le ministre à une couleur linguistique, on aura principalement égard au groupe linguistique du parlement fédéral si celui-ci en fait partie (Voy. *Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1968, n° 10-25/2, p. 2) ou au parlement fédéré d'où il provient. Dans le cas contraire, si le ministre n'est pas parlementaire – rien ne l'interdit –, l'appréciation doit s'opérer au cas par cas ; le groupe linguistique du parti qui propose le ministre représente une information éclairante à ce sujet.

gouvernementale) qui est composée de manière prédominante de partis d'un groupe linguistique donné n'est pas incompatible avec la Constitution belge⁷⁷⁶.

On mentionnera à toutes fins utiles, pour conclure ce paragraphe consacré aux règles qui encadrent la composition du gouvernement, que l'article 11bis, alinéa 2, de la Constitution dispose que « [l]e Conseil des ministres et les Gouvernements de communauté et de région comptent des personnes de sexe différent ». Le Roi doit donc nommer au moins un homme et au moins une femme parmi les ministres.

211. - La nomination formelle des membres du gouvernement – Comme tous les actes du Roi qui ont une portée politique, la nomination d'un ministre requiert un contreseing ministériel. Dans cette situation particulière, où il s'agit de nommer de nouveaux ministres, pour succéder aux membres d'une équipe sortante, la question se pose de savoir qui – parmi les ministres sortants ou ceux que l'on envisage de nommer – est compétent pour apposer un contreseing à côté de la signature du Roi. La tradition veut que l'on pratique ce que l'on appelle le *contreseing de courtoisie* ou le *contreseing croisé* : le Premier ministre sortant contresigne la nomination de son successeur à la tête du gouvernement, tandis que le nouveau Premier ministre contresigne, immédiatement après sa nomination, l'arrêté par lequel la démission du gouvernement sortant est acceptée par le Roi. Toutefois, dans l'hypothèse où le Premier ministre sortant refuserait de contresigner la nomination d'un nouveau chef de gouvernement et ferait ainsi obstacle à sa succession, il est admis que le nouveau Premier ministre puisse contresigner lui-même sa propre nomination. Dans tous les cas, on considère que le nouveau Premier ministre, une fois nommé, peut contresigner l'arrêté par lequel les autres membres de son gouvernement sont nommés. En synthèse, on retrouve classiquement trois arrêtés royaux. Le premier concerne la nomination du nouveau Premier ministre et est contresigné par le Premier ministre démissionnaire. Le second autorise la démission officielle du Premier ministre jusqu'alors démissionnaire et est contresigné par le nouveau Premier ministre. Enfin, le troisième arrêté, également contresigné par le

⁷⁷⁶ Le gouvernement Michel était, en 2014, le fruit d'une alliance entre l'*Open Vlaamse Liberalen en Democraten* (Open VLD), le *Mouvement réformateur* (MR), le *Christen-Democratisch en Vlaams* (CD&V) et la *Nieuw-Vlaamse Alliantie* (N-VA). Si le gouvernement bénéficiait du soutien d'une majorité parlementaire, 83 sièges sur les 150 de la Chambre, le seul parti francophone, le MR, ne disposait que de 20 sièges sur les 63 qui revenaient au groupe francophone pour l'actuelle législature. Auparavant, le Gouvernement Di Rupo était soutenu par une coalition entre le *Parti socialiste* (PS), le *Christen-Democratisch en Vlaams* (CD&V), le *Mouvement réformateur* (MR), le *Socialistische Partij Anders* (SP.A), l'*Open Vlaamse Liberalen en Democraten* (Open VLD) et le *Centre démocrate humaniste* (CDH), qui disposaient ensemble de 93 sièges sur 150 à la Chambre des représentants. Au sein de cette coalition, les partis flamands de la majorité ne représentaient seulement que 43 sièges sur les 88 qui reviennent au groupe linguistique flamand. Les partis francophones de la coalition étaient quant à eux largement majoritaires puisqu'ils disposaient de 50 sièges sur les 62 dévolus à l'époque au groupe linguistique francophone.

nouveau Premier ministre, emporte la nomination des autres membres du gouvernement.

Nous avons repris ci-après en guise d'illustration les trois pages du *Moniteur belge* du 13 octobre 2014 qui publient les arrêtés royaux du 11 octobre 2014. Ceux-ci formalisent la transition entre le gouvernement d'Elio Di Rupo et celui de Charles Michel. Le premier concerne la nomination du Premier ministre Michel, le second la démission du Gouvernement *Di Rupo*, et le troisième la nomination des autres membres du Gouvernement *Michel*⁷⁷⁷.

⁷⁷⁷ On sera par ailleurs attentif au fait que l'équipe ministérielle reprise dans le troisième arrêté a évolué sensiblement depuis cette époque. Par arrêté du 22 septembre 2015 (*Moniteur belge* du 23 septembre 2015), Sophie Wilmes a remplacé Hervé Jamar au poste de Ministre du Budget, chargée de la Loterie nationale. De même, François Bellot, a été nommé Ministre de la Mobilité, chargé de Belgocontrol et de la Société des chemins de fer belges en remplacement de Jacqueline Galant par arrêté royal en date du 18 avril 2016 (*Moniteur belge* du 19 avril 2016).

WETTEN, DECRETEN, ORDONNANTIES EN VERORDENINGEN
LOIS, DECRETS, ORDONNANCES ET REGLEMENTS

FEDERALE OVERHEIDSDIENST
KANSELARIJ VAN DE EERSTE MINISTER

[C – 2014/21126]

11 OKTOBER 2014. — Koninklijke besluiten
Regering. — Ontslagen. — Benoemingen

FILIP, Koning der Belgen,
 Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.
 Gelet op de Grondwet, artikel 96 ;
 Op de voordracht van de Eerste Minister,

Hebben Wij besloten en besluiten Wij :

Artikel 1. De heer Ch. MICHEL, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, gewezen Minister, wordt benoemd tot Eerste Minister.

Art. 2. Dit besluit treedt heden in werking.

Art. 3. De Eerste Minister is belast met de uitvoering van dit besluit.

Gegeven te Brussel, 11 oktober 2014.

FILIP

Van Koningswege :
 De Eerste Minister,
 E. DI RUPO

FILIP, Koning der Belgen,
 Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.
 Gelet op de Grondwet, de artikelen 96 en 104 ;
 Op de voordracht van de Eerste Minister,

Hebben Wij besloten en besluiten Wij :

Artikel 1. Wordt aanvaard, het ontslag aangeboden door :

De heer E. DI RUPO, uit zijn ambt van Eerste Minister ;

De heer P. DE CREM, uit zijn ambt van Vice-Eerste Minister en Minister van Landsverdediging ;

De heer D. REYNDERS, uit zijn ambt van Vice-Eerste Minister en Minister van Buitenlandse Zaken, Buitenlandse Handel en Europese Zaken ;

De heer J. VANDE LANOTTE, uit zijn ambt van Vice-Eerste Minister en Minister van Economie, Consumenten en Noordzee, belast met Bestrijding van de sociale en de fiscale fraude ;

De heer A. DE CROO, uit zijn ambt van Vice-Eerste Minister en Minister van Pensioenen ;

De heer M. WATHELET, uit zijn ambt van Vice-Eerste Minister en Minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen ;

Mevr. L. ONKELINX, uit haar ambt van Vice-Eerste Minister en Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, belast met Beliris, de Federale Culturele Instellingen, Sociale Zaken, Gezinnen en Personen met een handicap, Beroepsrisico's, en Wetenschapsbeleid ;

Mevr. S. LARUELLE, uit haar ambt van Minister van Middenstand, KMO's, Zelfstandigen en Landbouw ;

De heer O. CHASTEL, uit zijn ambt van Minister van Begroting en Administratieve Vereenvoudiging ;

Mevr. M. DE CONINCK, uit haar ambt van Minister van Werk ;

De heer J.-P. LABILLE, uit zijn ambt van Minister van Overheidsbedrijven en Ontwikkelingssamenwerking, belast met Grote Steden ;

De heer K. GEENS, uit zijn ambt van Minister van Financiën, belast met Ambtenarenzaken ;

SERVICE PUBLIC FEDERAL
CHANCELLERIE DU PREMIER MINISTRE

[C – 2014/21126]

11 OCTOBRE 2014. — Arrêtés royaux
Gouvernement. — Démissions. — Nominations

PHILIPPE, Roi des Belges,
 A tous, présents et à venir, Salut.
 Vu la Constitution, l'article 96 ;
 Sur la proposition du Premier Ministre,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1^{er}. M. Ch. MICHEL, membre de la Chambre des représentants, ancien Ministre, est nommé Premier Ministre.

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur ce jour.

Art. 3. Le Premier Ministre est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Donné à Bruxelles, le 11 octobre 2014.

PHILIPPE

Par le Roi :
 Le Premier Ministre,
 E. DI RUPO

PHILIPPE, Roi des Belges,
 A tous, présents et à venir, Salut.
 Vu la Constitution, les articles 96 et 104 ;
 Sur la proposition du Premier Ministre,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1^{er}. Est acceptée, la démission offerte par :

M. E. DI RUPO, de ses fonctions de Premier Ministre ;

M. P. DE CREM, de ses fonctions de Vice-Premier Ministre et Ministre de la Défense ;

M. D. REYNDERS, de ses fonctions de Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et des Affaires européennes ;

M. J. VANDE LANOTTE, de ses fonctions de Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Economie, des Consommateurs et de la Mer du Nord, chargé de la Lutte contre la fraude sociale et fiscale ;

M. A. DE CROO, de ses fonctions de Vice-Premier Ministre et Ministre des Pensions ;

M. M. WATHELET, de ses fonctions de Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des chances ;

Mme L. ONKELINX, de ses fonctions de Vice-Première Ministre et Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargée de Beliris, des Institutions culturelles fédérales, des Affaires sociales, des Familles et des Personnes handicapées, des Risques professionnels, et de la Politique scientifique ;

Mme S. LARUELLE, de ses fonctions de Ministre des Classes moyennes, des PME, des Indépendants et de l'Agriculture ;

M. O. CHASTEL, de ses fonctions de Ministre du Budget et de la Simplification administrative ;

Mme M. DE CONINCK, de ses fonctions de Ministre de l'Emploi ;

M. J.-P. LABILLE, de ses fonctions de Ministre des Entreprises publiques et de la Coopération au développement, chargé des Grandes Villes ;

M. K. GEENS, de ses fonctions de Ministre des Finances, chargé de la Fonction publique ;

Mevr. M. DE BLOCK, uit haar ambt van Minister van Justitie, belast met Asiel en Migratie, Maatschappelijke Integratie en Armoedebestrijding ;

De heer S. VERHERSTRAETEN, uit zijn ambt van Staatssecretaris voor Staatshervorming, toegevoegd aan de Eerste Minister, en Staatssecretaris voor de Regie der gebouwen en Duurzame Ontwikkeling, toegevoegd aan de Minister van Financiën, belast met Ambtenarenzaken ;

De heer H. BOGAERT, uit zijn ambt van Staatssecretaris voor Ambtenarenzaken en Modernisering van de Openbare Diensten, toegevoegd aan de Minister van Financiën, belast met Ambtenarenzaken ;

Mevr. C. FONCK, uit haar ambt van Staatssecretaris voor Leefmilieu, Energie en Mobiliteit, toegevoegd aan de Minister van Binnenlandse Zaken en Gelijke Kansen, en Staatssecretaris voor Staatshervorming, toegevoegd aan de Eerste Minister.

Art. 2. Dit besluit treedt heden in werking.

Art. 3. De Eerste Minister is belast met de uitvoering van dit besluit.

Gegeven te Brussel, 11 oktober 2014.

FILIP

Van Koningswege :
De Eerste Minister,
Ch. MICHEL

FILIP, Koning der Belgen,

Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.

Gelet op de Grondwet, de artikelen 96 en 104 ;

Op de voordracht van de Eerste Minister,

Hebben Wij besloten en besluiten Wij :

Artikel 1. De heer K. PEETERS, lid van het Vlaams Parlement, gewezen Minister-President van de Vlaamse Regering, wordt benoemd tot Vice-Eerste Minister en Minister van Werk, Economie en Consumenten, belast met Buitenlandse Handel ;

De heer J. JAMBON, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, wordt benoemd tot Vice-Eerste Minister en Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken, belast met Grote Steden en de Regie der gebouwen ;

De heer A. DE CROO, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, gewezen Vice-Eerste Minister, wordt benoemd tot Vice-Eerste Minister en Minister van Ontwikkelingssamenwerking, Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post ;

De heer D. REYNDERS, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, Minister van Staat, gewezen Vice-Eerste Minister, wordt benoemd tot Vice-Eerste Minister en Minister van Buitenlandse en Europese Zaken, belast met Beliris en de Federale Culturele Instellingen ;

De heer H. JAMAR, lid van het Waals Parlement en lid van het Parlement van de Franse Gemeenschap, gewezen Minister, wordt benoemd tot Minister van Begroting, belast met de Nationale Loterij ;

De heer K. GEENS, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, gewezen Minister, wordt benoemd tot Minister van Justitie ;

Mevr. M. DE BLOCK, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, gewezen Minister, wordt benoemd tot Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ;

De heer D. BACQUELAINE, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, wordt benoemd tot Minister van Pensioenen ;

De heer J. VAN OVERTVELDT, lid van het Europees Parlement, wordt benoemd tot Minister van Financiën ;

De heer W. BORSUS, lid van het Waals Parlement en lid van het Parlement van de Franse Gemeenschap, wordt benoemd tot Minister van Middenstand, Zelfstandigen, KMO's, Landbouw, en Maatschappelijke Integratie ;

Mevr. M.-C. MARGHEM, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, gewezen Minister, wordt benoemd tot Minister van Energie, Leefmilieu en Duurzame Ontwikkeling ;

De heer S. VANDEPUT, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, wordt benoemd tot Minister van Defensie, belast met Ambtenarenzaken ;

Mme M. DE BLOCK, de ses fonctions de Ministre de la Justice, chargée de l'Asile et la Migration, de l'Intégration sociale et de la Lutte contre la pauvreté ;

M. S. VERHERSTRAETEN, de ses fonctions de Secrétaire d'Etat aux Réformes institutionnelles, adjoint au Premier Ministre, et Secrétaire d'Etat à la Régie des bâtiments et au Développement durable, adjoint au Ministre des Finances, chargé de la Fonction publique ;

M. H. BOGAERT, de ses fonctions de Secrétaire d'Etat à la Fonction publique et à la Modernisation des Services publics, adjoint au Ministre des Finances, chargé de la Fonction publique ;

Mme C. FONCK, de ses fonctions de Secrétaire d'Etat à l'Environnement, à l'Energie et à la Mobilité, adjointe au Ministre de l'Intérieur et de l'Egalité des chances, et Secrétaire d'Etat aux Réformes institutionnelles, adjointe au Premier Ministre.

Art. 2. Le présent arrêté entre en vigueur ce jour.

Art. 3. Le Premier Ministre est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Donné à Bruxelles, le 11 octobre 2014.

PHILIPPE

Par le Roi :
Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL

PHILIPPE, Roi des Belges,

A tous, présents et à venir, Salut.

Vu la Constitution, les articles 96 et 104 ;

Sur la proposition du Premier Ministre,

Nous avons arrêté et arrêtons :

Article 1^{er}. M. K. PEETERS, membre du Parlement flamand, ancien Ministre-Président du Gouvernement flamand, est nommé Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Emploi, de l'Economie et des Consommateurs, chargé du Commerce extérieur ;

M. J. JAMBON, membre de la Chambre des représentants, est nommé Vice-Premier Ministre et Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé des Grandes Villes et de la Régie des bâtiments ;

M. A. DE CROO, membre de la Chambre des représentants, ancien Vice-Premier Ministre, est nommé Vice-Premier Ministre et Ministre de la Coopération au développement, de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste ;

M. D. REYNDERS, membre de la Chambre des représentants, Ministre d'Etat, ancien Vice-Premier Ministre, est nommé Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères et européennes, chargé de Beliris et des Institutions culturelles fédérales ;

M. H. JAMAR, membre du Parlement wallon et membre du Parlement de la Communauté française, ancien Ministre, est nommé Ministre du Budget, chargé de la Loterie nationale ;

M. K. GEENS, membre de la Chambre des représentants, ancien Ministre, est nommé Ministre de la Justice ;

Mme M. DE BLOCK, membre de la Chambre des représentants, ancienne Ministre, est nommée Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique ;

M. D. BACQUELAINE, membre de la Chambre des représentants, est nommé Ministre des Pensions ;

M. J. VAN OVERTVELDT, membre du Parlement européen, est nommé Ministre des Finances ;

M. W. BORSUS, membre du Parlement wallon et Membre du Parlement de la Communauté française, est nommé Ministre des Classes moyennes, des Indépendants, des PME, de l'Agriculture, et de l'Intégration sociale ;

Mme M.-C. MARGHEM, membre de la Chambre des représentants, est nommée Ministre de l'Energie, de l'Environnement et du Développement durable ;

M. S. VANDEPUT, membre de la Chambre des représentants, est nommé Ministre de la Défense, chargé de la Fonction publique ;

Mevr. J. GALANT, lid van het Waals Parlement en lid van het Parlement van de Franse Gemeenschap, wordt benoemd tot Minister van Mobiliteit, belast met Belgocontrol en de Nationale Maatschappij der Belgische spoorwegen.

Art. 2. De heer P. DE CREM, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, gewezen Vice-Eerste Minister, wordt benoemd tot Staatssecretaris voor Buitenlandse Handel, toegevoegd aan de Minister belast met Buitenlandse Handel ;

De heer B. TOMMELEIN, lid van het Vlaams Parlement, wordt benoemd tot Staatssecretaris voor Bestrijding van de sociale fraude, Privacy en Noordzee, toegevoegd aan de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ;

Mevr. E. SLEURS, lid van het Vlaams Parlement, wordt benoemd tot Staatssecretaris voor Armoedebestrijding, Gelijke Kansen, Personen met een beperking, Bestrijding van de fiscale fraude, en Wetenschapsbeleid, toegevoegd aan de Minister van Financiën ;

De heer T. FRANCKEN, lid van de Kamer van volksvertegenwoordigers, wordt benoemd tot Staatssecretaris voor Asiel en Migratie, belast met Administratieve Vereenvoudiging, toegevoegd aan de Minister van Veiligheid en Binnenlandse Zaken.

Art. 3. Dit besluit treedt heden in werking.

Art. 4. De Eerste Minister is belast met de uitvoering van dit besluit.

Gegeven te Brussel, 11 oktober 2014.

FILIP

Van Koningswege :
De Eerste Minister,
Ch. MICHEL

Mme J. GALANT, membre du Parlement wallon et Membre du Parlement de la Communauté française, est nommée Ministre de la Mobilité, chargée de Belgocontrol et de la Société nationale des chemins de fer belges.

Art. 2. M. P. DE CREM, membre de la Chambre des représentants, ancien Vice-Premier Ministre, est nommé Secrétaire d'Etat au Commerce extérieur, adjoint au Ministre chargé du Commerce extérieur ;

M. B. TOMMELEIN, membre du Parlement flamand, est nommé Secrétaire d'Etat à la Lutte contre la fraude sociale, à la Protection de la vie privée et à la Mer du Nord, adjoint à la Ministre des Affaires sociales et de la Santé publique ;

Mme E. SLEURS, membre du Parlement flamand, est nommée Secrétaire d'Etat à la Lutte contre la pauvreté, à l'Egalité des chances, aux Personnes handicapées, à la Lutte contre la fraude fiscale, et à la Politique scientifique, adjointe au Ministre des Finances ;

M. T. FRANCKEN, membre de la Chambre des représentants, est nommé Secrétaire d'Etat à l'Asile et la Migration, chargé de la Simplification administrative, adjoint au Ministre de la Sécurité et de l'Intérieur.

Art. 3. Le présent arrêté entre en vigueur ce jour.

Art. 4. Le Premier Ministre est chargé de l'exécution du présent arrêté.

Donné à Bruxelles, le 11 octobre 2014.

PHILIPPE

Par le Roi :
Le Premier Ministre,
Ch. MICHEL

Moniteur belge du 13 octobre 2014, 2^e éd.

Les membres du gouvernement prêtent par la suite serment dans les mains du Roi et le Premier ministre demande – il s'agit ici d'une coutume constitutionnelle⁷⁷⁸ – la confiance de la Chambre des représentants après lui avoir présenté sa *déclaration de politique générale*.

On remarque aussi que le Premier ministre s'entoure de plusieurs Vice-Premiers ministres. En principe, de nos jours, chaque parti politique qui a rejoint la coalition gouvernementale, y compris d'ailleurs celui dont provient le Premier ministre, a le droit de désigner un Vice-Premier ministre⁷⁷⁹.

212. - Parlementarisme et démission du gouvernement – De même que le caractère parlementaire d'un État a un effet direct sur le processus de formation du gouvernement, il a aussi des implications sur la démission du gouvernement. Alors que la formation d'un gouvernement suppose la confiance d'une majorité parlementaire, sa démission peut être la conséquence de la perte de cette confiance, qu'elle soit pressentie et donne lieu à une démission spontanée du

⁷⁷⁸ Voy. M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier/Anthémis, 2014, p. 422. Le 8 mai 1925, Aloys Van de Vyvere est nommé formateur et cinq jours plus tard, le 13 mai 1925, le Roi Albert nomme son gouvernement. Conscient du manque de soutien au Parlement, le gouvernement Van de Vyvere, s'est contenté de faire, devant le Parlement, la lecture d'une « déclaration ministérielle » le 20 mai, sans solliciter la confiance. Toutefois, la Chambre a adopté une motion de méfiance le 22 mai et Van de Vyvere a présenté sa démission au Roi le même jour.

⁷⁷⁹ F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2000, p. 483.

gouvernement (voy. *infra* n° XX) ou qu'elle soit exprimée explicitement à travers une motion adoptée par la Chambre des représentants (voy. *infra*, n° XX et s.).

213. - Démission spontanée du gouvernement – La démission spontanée du gouvernement peut intervenir dans différents cas de figure. D'une part, la tradition veut que le gouvernement en place donne toujours sa démission au lendemain des élections fédérales⁷⁸⁰. Elle est dite *coutumière* dans ce cas. L'idée sous-jacente est qu'il convient de laisser le champ libre pour qu'un nouveau gouvernement puisse être formé en tenant compte du résultat des élections récentes. Il se peut alors que les partis du gouvernement démissionnaire aient engrangé de bons résultats électoraux et aient l'espoir d'être reconduits au pouvoir. Dans cette hypothèse, la démission ne correspond pas véritablement à la crainte de voir la Chambre des représentants manifester sa méfiance. D'autre part, la démission peut survenir au cours d'une législature à la suite d'une crise entre les partenaires de la majorité ou d'un évènement si grave que le gouvernement (ou un ministre isolé) se sent obligé de démissionner. Lorsque les ministres d'un parti décident de rompre la coalition – parce qu'ils ne parviennent plus à s'entendre sur des questions politiques importantes avec les autres partenaires – il en découle souvent que celle-ci ne dispose plus d'une majorité absolue des sièges au sein de la Chambre des représentants et que cette dernière risque de manifester sa méfiance. Le gouvernement, par l'intermédiaire du Premier ministre, pourra alors offrir sa démission au Roi afin d'anticiper le vote d'une motion de méfiance à son encontre.

Lorsque la démission spontanée du gouvernement fédéral a été offerte par le Premier ministre au Roi, celui-ci peut soit la refuser, soit l'accepter, soit encore réserver à plus tard sa décision.

Si le Roi refuse la démission du gouvernement, celui-ci préserve l'intégralité de ses prérogatives et demeure à sa place. Le gouvernement est toujours de plein exercice.

En revanche, dans l'hypothèse où le Roi accepte la démission du gouvernement, celui-ci se retrouve dans une situation de démission *officielle*. On notera par ailleurs que le Roi accepte toujours la démission *coutumière*, c'est-à-dire celle qui est traditionnellement donnée le lendemain des élections.

214. - Affaires courantes – Dès lors que la démission du gouvernement a été officiellement acceptée, soit à partir du communiqué du Roi qui se prononce en ce sens, le gouvernement est démissionnaire. Il est toutefois « maintenu en vie » jusqu'à ce qu'un nouveau gouvernement lui succède. Autrement dit, l'acceptation officielle de la démission n'a pas pour effet de remplacer immédiatement l'équipe ministérielle. Pendant la période – parfois longue – qui s'écoule entre

⁷⁸⁰ Selon l'usage, le gouvernement offre en outre sa démission au nouveau roi après la prestation de serment de celui-ci (M. UYTENDAELE et E. MARON, « Interrègne, avènement et prestation de serment d'Albert II », *J.T.*, 1993, pp. 818-819).

l'acceptation officieuse de la démission gouvernementale et la nomination d'un nouvel exécutif, le gouvernement sortant doit se borner à expédier les *affaires courantes*. Ceci signifie que le gouvernement ne jouit plus alors que de pouvoirs réduits et qu'il ne peut en principe plus prendre de décision politique nouvelle, qui engagerait le gouvernement suivant. On soulignera par ailleurs, dans le même ordre d'idée, que la limitation des pouvoirs du gouvernement par le prisme des affaires courantes s'applique également lorsque le Parlement est dissous⁷⁸¹ ou quand il n'a pas encore été installé à la suite des élections⁷⁸².

Cette coutume constitutionnelle permet d'opérer un compromis entre la nécessité qu'un exécutif demeure en place pour assurer la continuité du service public et le risque que peut représenter un gouvernement déjà démissionnaire qui, par définition, ne craint plus de perdre la confiance du parlement. Comme a pu l'exprimer ironiquement le caricaturiste belge, Pierre Kroll, dans une caricature publiée dans *Le Soir* du 15 avril 2011 afin d'illustrer la situation du Gouvernement *Leterme II*, en état de démission officieuse depuis le 26 avril 2010, « on ne peut pas tuer un mort »⁷⁸³.

Les *affaires courantes* désignent ainsi généralement les décisions quotidiennes du gouvernement qui se révèlent nécessaires au bon fonctionnement ininterrompu du service public⁷⁸⁴. Il n'existe pas de texte légal en la matière ; les contours de ce qui relève des affaires courantes sont principalement apparus dans la jurisprudence du Conseil d'État⁷⁸⁵, en particulier dans l'arrêt *C.G.E.R.* du 14 juillet 1975⁷⁸⁶. Le Conseil d'État distingue classiquement trois catégories d'actes qu'un gouvernement en affaires courantes est susceptible de poser. Premièrement, les affaires « de gestion journalière ». Il s'agit des

« affaires qui affluent régulièrement et dont le règlement, encore qu'il puisse laisser place à l'exercice d'un certain pouvoir discrétionnaire, n'implique pas de décision sur l'orientation de la ligne politique à suivre parce qu'il s'agit de l'exécution et de l'application ordinaires de dispositions légales, de dispositions réglementaires ou de directives conformément à l'interprétation constante qui en est donnée »⁷⁸⁷.

⁷⁸¹ C.E., 9 juillet 1975, *Berckx, Pas.*, 1978, IV, p. 49 ; C.E., 31 mai 1994, *Leclercq*, n° 46.028., *J.T.*, 1994, p. 520.

⁷⁸² Voy. notamment C.E., 7 avril 2011, *Ligue des droits de l'homme c. Région wallonne*, n° 212.559.

⁷⁸³ « On ne tue pas les morts, on ne renverse pas les gouvernements démissionnaires », écrivait déjà en 1952 Marcel Waline (Note sous C.E. fr., 4 avril 1952, *Syndicat régional des quotidiens d'Algérie, R.D.P.*, 1952, pp. 1032-1033).

⁷⁸⁴ M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en quinze leçons*, Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 158-160.

⁷⁸⁵ C.E., 10 mai 1968, *Jassogne c. Régie des voies aériennes*, n° 12.951, *R.A.C.E.*, 1968, p. 362 ; C.E., 21 juin 1974, *A.S.B.L. Fédération des Industries chimiques de Belgique*, n° 16.490, *R.A.C.E.*, 1974, p. 648.

⁷⁸⁶ C.E., 14 juillet 1975, *C.G.E.R.*, *Pas.*, 1978, IV, p. 65.

⁷⁸⁷ C.E., 9 juillet 1975, *Berckx, Pas.*, 1978, IV, p. 55.

Deuxièmement, les affaires courantes au sens strict du terme constituent la poursuite normale d'une procédure régulièrement engagée avant la démission du gouvernement ou la dissolution du Parlement. Un tel acte du gouvernement

« apparaît comme le résultat final d'une opération administrative qui a été entamée, réglée et conclue normalement, et non pas comme la suite surprenante d'une opération, rapidement mise sur pied et exécutée de manière forcée, émanant d'un ministre qui, n'étant plus politiquement responsable, agit en dehors des conditions constitutionnelles normales »⁷⁸⁸.

Troisièmement, les affaires urgentes sont celles qui, normalement, doivent être traitées « par un Gouvernement dont il faut admettre qu'il gouverne avec l'appui d'une majorité au Parlement »⁷⁸⁹, mais dont la nécessité de les régler apparaît « impérieuse et urgente au point de mettre en péril la continuité du service public s'il n'y était pas immédiatement pourvu »⁷⁹⁰. Il convient toutefois de démontrer que l'absence de réaction du gouvernement dans ces circonstances ferait « courir un danger ou un préjudice grave aux intérêts fondamentaux du pays »⁷⁹¹.

Il convient enfin de faire une importante observation pour conclure cette section. Contrairement à ce qu'on peut trop souvent lire dans la presse, belge ou étrangère, il faut chasser la conviction selon laquelle la Belgique a connu de longues périodes *sans gouvernement*. Même si la formation d'un nouveau gouvernement peut prendre plusieurs mois, et nonobstant les difficultés politiques que cela engendre, le gouvernement démissionnaire, chargé des affaires courantes, reste en fonction jusqu'à la formation d'un nouveau gouvernement.

215. - Contrôle parlementaire et démission forcée – Une fois formé, le Gouvernement fédéral doit bénéficier, tout au long de son existence, de la confiance de la majorité des députés. La Chambre des représentants et ses membres disposent dans cette perspective de plusieurs compétences pour contrôler l'action de l'exécutif et s'assurer que le gouvernement ne commette rien qui pourrait lui déplaire.

Ainsi, pour s'assurer que la politique poursuivie par l'exécutif corresponde à ce qu'ils attendent de lui, les députés sont investis de différentes prérogatives, dont le droit de requérir la présence d'un membre du gouvernement et de lui poser des questions⁷⁹² ou, pour la Chambre des représentants, d'un droit d'enquête⁷⁹³.

On distingue généralement les *questions* des *interpellations* sur le plan des conséquences. Alors que les premières ne sont destinées qu'à obtenir des

⁷⁸⁸ C.E., 9 juillet 1975, *Berckx, Pas.*, 1978, IV, p. 55.

⁷⁸⁹ C.E., 9 juillet 1975, *Berckx, Pas.*, 1978, IV, p. 55. Voy. récemment C.E., 31 août 2011, *Pirard*, n° 214.910 ; C.E., 21 juin 2013, *Van Egdome et consorts*, n° 224.015 ; C.E., 8 juillet 2013, *S.A. Besix Group et consorts*, n° 224.298.

⁷⁹⁰ C.E., 14 juillet 1975, *C.G.E.R., Pas.*, 1978, IV, p. 65.

⁷⁹¹ C.E., 31 mai 1994, *Leclercq*, n° 46.028., *J.T.*, 1994, p. 520.

⁷⁹² Article 100, alinéa 2, de la Constitution.

⁷⁹³ Article 56 de la Constitution.

informations, les secondes peuvent aboutir à des *motions*⁷⁹⁴ à l'égard d'un ministre considéré individuellement ou du gouvernement dans son ensemble⁷⁹⁵, soit pour acter la réponse du gouvernement, soit pour formuler des suggestions ou des recommandations. Dans cette dernière hypothèse, la motion, qui doit être motivée, invite le gouvernement à prendre certaines mesures concernant le problème qui a suscité l'interpellation.

On peut également tout à fait imaginer que l'interpellation donne lieu au dépôt d'une motion de *méfiance*, qui retirerait – en cas d'adoption – la confiance à un ministre ou au gouvernement. Autrement dit, si une majorité des députés de la Chambre des représentants n'est pas satisfaite de la politique menée par un ministre ou par le gouvernement fédéral, elle peut manifester sa méfiance, ce qui peut conduire – comme nous allons le voir – à forcer à la démission⁷⁹⁶. Il convient à cet égard d'envisager successivement l'adoption d'une motion de méfiance (n° XXX) et le rejet d'une question de confiance (n° XXX).

216. - La motion de méfiance – Comme dans les autres systèmes parlementaires, la chute du gouvernement peut être le résultat d'une méfiance explicitement manifestée à l'initiative des parlementaires, en l'occurrence, en Belgique, par la majorité des membres de la Chambre des représentants, seule chambre devant laquelle les ministres sont responsables. Cette défiance peut s'exprimer sous trois formes différentes.

La Chambre des représentants peut voter à la majorité absolue une motion de méfiance *simple* et *individuelle*, ce qui signifie que la motion est dirigée envers un ministre fédéral nominativement désigné. Cela ne pousse pas forcément ledit ministre à la démission⁷⁹⁷, si le Premier ministre continue à le soutenir, bien que cette affirmation soit contestée par une certaine doctrine⁷⁹⁸.

Ensuite, la Chambre peut adopter, sur la base de l'article 46, alinéa 1^{er}, 2^o, de la Constitution, une motion de méfiance *simple* et *collective*. Lorsque la Chambre vote une telle motion, à la majorité absolue de ses membres cette fois, le gouvernement est fortement mis sous pression mais n'est pas juridiquement tenu de démissionner⁷⁹⁹. En revanche, le vote de cette motion est susceptible de provoquer la dissolution par le Roi de la Chambre⁸⁰⁰ (*infra*, n° 116).

⁷⁹⁴ Articles 130 et suivants du règlement de la Chambre des représentants.

⁷⁹⁵ Article 133 du règlement de la Chambre des représentants.

⁷⁹⁶ Sur le plan technique, les questions, les interpellations, les réponses des ministres concernés ainsi que les motions éventuellement déposées sont publiées dans le *compte rendu intégral* des séances ou des réunions et dans le *compte rendu analytique* qui reprend la synthèse des débats.

⁷⁹⁷ Voy. Y. SACREAS, « De politieke ministeriële verantwoordelijkheid », *T.B.P.*, 2001, p. 632.

⁷⁹⁸ Voy. par exemple H. DUMONT, « Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses », in : *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Normes internationales et constitutionnelles, Limal, Anthémis, 2012, p. 604.

⁷⁹⁹ H. SIMONART, « Article 46 », in : M. VERDUSSEN, *La Constitution. Lignes & Entre-lignes*, Bruxelles, Le Cri, 2004, pp. 151-152.

⁸⁰⁰ Article 46, alinéa 1^{er}, 2^o, de la Constitution.

Enfin, la Chambre des représentants peut, à nouveau à la majorité absolue de ses membres, adopter une motion de méfiance *collective* et *constructive*, c'est-à-dire qu'elle propose dans un même temps au Roi la nomination d'un successeur au Premier ministre⁸⁰¹. Par cette motion de méfiance, le gouvernement est forcé de démissionner.

217. - La motion de confiance – Le régime parlementaire belge connaît également la technique de la motion de confiance (ou question de confiance). C'est alors le gouvernement qui prend l'initiative de demander à la Chambre si elle a confiance en lui. C'est notamment le cas, nous l'avons vu, lorsque le nouveau gouvernement est formé et présente la politique du gouvernement devant la Chambre des représentants.

Une fois la motion déposée, il faut patienter 48 heures avant que l'assemblée ne puisse décider du sort du gouvernement. Le vote est en outre précédé d'un débat parlementaire. La motion est adoptée si la majorité absolue des membres du parlement vote en sa faveur ; le gouvernement continue ses activités dans ce cas. Dans le cas contraire, et si la Chambre propose un successeur au Premier ministre dans un délai de trois jours, le Roi doit nommer ledit successeur Premier ministre et le charger de former un nouveau gouvernement en vertu de l'article 46, § 1^{er}, 1^o, de la Constitution.

218. - La dissolution : contrepois de la responsabilité ministérielle – Si la Chambre des représentants dispose d'un droit de vie ou de mort sur le gouvernement, elle est aussi, inversement, susceptible de subir un acte fatal sous la forme de la dissolution.

Autrefois, le droit de dissoudre le Parlement en vue de convoquer de nouvelles élections était une prérogative exercée discrétionnairement par le Roi, en vertu de l'ancien article 71 de la Constitution⁸⁰². Bien sûr, ce pouvoir nécessitait un contreseing ministériel, mais, en tout cas, il ne fallait pas de motif particulier pour y recourir. Aucune restriction n'était imposée, et on pouvait imaginer le cas d'un gouvernement, jouissant déjà d'une majorité parlementaire, demandant au Roi la dissolution des chambres en espérant que les élections anticipées augmentent le poids politique de la majorité au sein de l'assemblée.

Depuis 1993, le pouvoir de dissolution de l'assemblée par le Roi est strictement encadré. Aux termes de l'article 46 de la Constitution, le Roi ne peut plus dissoudre la Chambre des représentants et provoquer ainsi des élections anticipées que dans un certain nombre d'hypothèses énumérées. On parle dorénavant, comme en Allemagne, d'un parlementarisme *rationalisé*, car la prérogative de dissolution ne peut être exercée qu'en respectant certaines conditions comprises aux articles 46 et 96 de la Constitution. Cela se cumule d'ailleurs aux dispositions qui régissent et, par-là, freinent, l'usage trop fréquent

⁸⁰¹ Article 96, alinéa 2, de la Constitution.

⁸⁰² J. VELU, *La dissolution du Parlement*, Bruxelles, Bruylant, 1966, 702 pages.

des motions de censure à l'adresse du gouvernement (développement de la motion de méfiance constructive – voy. *supra*).

L'article 46 de la Constitution limite l'exercice du droit de dissolution à trois scénarios seulement, ceci dans le but de promouvoir la stabilité de la législature. Le Roi peut donc dissoudre la Chambre des représentants

- lorsque la Chambre, à la majorité absolue de ses membres, rejette une motion de confiance déposée par le gouvernement fédéral et ne propose pas, dans les trois jours, un nouveau Premier ministre⁸⁰³ ;

- lorsque la Chambre des représentants adopte, à la majorité absolue de ses membres, une motion de méfiance *simple* dirigée contre le gouvernement fédéral, c'est-à-dire une motion sans proposition de successeur au poste de Premier ministre⁸⁰⁴ ;

- à la suite de la démission spontanée du gouvernement fédéral, à condition que la Chambre y ait consenti à la majorité absolue de ses membres⁸⁰⁵.

Désormais, la dissolution de la Chambre des représentants par le Roi n'entraîne plus de plein droit celle du Sénat. Les nouvelles élections doivent être organisées par le Roi dans un délai de 40 jours à partir de la dissolution.

219. - La fin de la législature : synthèse – En guise de rappel, il convient de revenir un instant sur les hypothèses de fin de législature fédérale. Nous pouvons en mentionner trois.

En principe, la législature s'achève lorsque le mandat des parlementaires arrive à son terme, ce qui est prévu par l'article 105 du Code électoral. Or, cette hypothèse – qui est en théorie l'hypothèse de principe – n'a plus trouvé à s'appliquer depuis 1929. Depuis lors, la législature fédérale a systématiquement été achevée par une dissolution. Comme on vient de le voir, la chambre des représentants peut être dissoute par le Roi en application de l'article 46 que nous venons de présenter. L'application de cette disposition est toutefois rare. Plus fréquemment, l'assemblée est dissoute à la suite de la publication au *Moniteur belge* d'une déclaration de révision de la Constitution, conformément à l'article 195 de la Constitution. Publiée par les trois branches du Pouvoir législatif quelques jours avant l'échéance normale de la législature, la déclaration de révision entraîne ainsi automatiquement la dissolution de la Chambre et du Sénat et permettra à la législature suivante de disposer du pouvoir de réviser certains articles de la Constitution⁸⁰⁶.

⁸⁰³ Article 46, alinéa 1^{er}, 1^o de la Constitution.

⁸⁰⁴ Article 46, alinéa 1^{er}, 2^o de la Constitution.

⁸⁰⁵ Article 46, alinéa 3, de la Constitution.

⁸⁰⁶ À ce sujet, voy. le chapitre sur la Constitution.

2) *Le parlementarisme au niveau des entités fédérées*

220. - Principes généraux – Le système qui trouve à s'appliquer au niveau des entités fédérées correspond largement à celui qui existe au niveau fédéral. Ainsi, le gouvernement de chaque entité fédérée est responsable devant le parlement de cette entité. Par ailleurs, le processus de formation d'un gouvernement suppose la recherche d'une majorité parlementaire et, en pratique, la constitution d'une coalition composée de plusieurs partis. Bien entendu, il existe des différences et des particularités auxquelles il convient d'être attentif.

221. - Formation des gouvernements fédérés – Les ministres des entités fédérées ne sont pas nommés par le Roi. Comme le prévoit l'article 122 de la Constitution, ces ministres sont élus par le parlement devant lequel ils sont responsables⁸⁰⁷. Ainsi, les membres du gouvernement wallon sont élus par le Parlement wallon. Le Ministre-président est quant à lui désigné, en principe, par le gouvernement en son sein⁸⁰⁸. Si la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles⁸⁰⁹ prévoit un nombre maximum de membres pour chaque gouvernement, elle laisse tout de même aux différentes entités la possibilité de modifier, par décret spécial, le nombre maximum des membres de leur gouvernement⁸¹⁰.

Les membres du gouvernement fédéré prêtent serment entre les mains du président du Parlement⁸¹¹. Pour ce qui concerne les Ministres-présidents, c'est de manière symbolique le Roi qui ratifie leur désignation après qu'ils ont prêté serment entre ses mains⁸¹².

Sans nous attarder sur cette question, nous pouvons remarquer que l'élection du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale fait l'objet d'un régime particulier, qui s'explique par la présence de deux groupes linguistiques au sein du Parlement régional⁸¹³.

⁸⁰⁷ Articles 59, § 1^{er}, 60 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980) et 49 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone (*Moniteur belge* du 18 janvier 1984).

⁸⁰⁸ Article 60, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

⁸⁰⁹ *Moniteur belge* du 15 août 1980.

⁸¹⁰ Article 63, § 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

⁸¹¹ Articles 62 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980) et 51 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone (*Moniteur belge* du 18 janvier 1984).

⁸¹² Article 60, § 4, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

⁸¹³ Article 35 loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises ; voy. J. VAN NIEUWENHOVE, « Beschouwingen bij de hervorming van de Brusselse instellingen », in : *Les accords du Lambermont et du Lombard – Approfondissement du fédéralisme ou erreur d'aiguillage ?*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 263.

222. - Méfiance à l'égard des gouvernements fédérés – Conformément aux principes du parlementarisme, chaque parlement régional et communautaire peut éventuellement manifester sa méfiance à l'égard du gouvernement. Les motions de méfiance qui sont susceptibles d'être adoptées par les parlements des entités fédérées à l'encontre de leur exécutif peuvent être soit individuelles (elles visent alors un ministre en particulier), soit collectives (elles visent alors l'ensemble du gouvernement)⁸¹⁴, mais elles doivent en toute hypothèse être *constructives*. Cela signifie qu'une motion de méfiance qui est dirigée contre un ministre en particulier doit, pour être recevable, nécessairement lui présenter un successeur. Dans l'hypothèse où une motion de méfiance est dirigée contre le gouvernement d'une entité fédérée, elle doit contenir les noms des remplaçants des ministres déchus⁸¹⁵. La motion – qui doit être adoptée à la majorité des membres du parlement ⁸¹⁶ – entraînera de plein droit la démission du ministre ou du gouvernement sanctionné et l'installation du nouveau ministre ou du nouveau gouvernement⁸¹⁷.

223. - Indissolubilité des parlements des entités fédérées – Contrairement à la Chambre des représentants, les parlements régionaux et communautaires sont indissolubles. Il n'existe donc pas de contrepois à la motion de méfiance. La fin de la législature a systématiquement lieu à l'expiration du terme et il n'y a jamais d'élections anticipées. La législature régionale et communautaire dure invariablement cinq ans, conformément à l'article 117 de la Constitution.

⁸¹⁴ Articles 71 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980) et 51 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone (*Moniteur belge* du 18 janvier 1984).

⁸¹⁵ Article 71, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

⁸¹⁶ Article 71, alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

⁸¹⁷ Article 71, alinéa 4, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

CHAPITRE 8 - L'ÉTAT DE DROIT

224. - Introduction du chapitre – L'emploi, par les acteurs politiques, juridiques et médiatiques, de l'expression « État de droit », en Belgique et ailleurs, est si courant qu'il pourrait nous laisser accroire que son sens est évident. Pourtant, une telle notion n'est pas définie de manière uniforme et présente de nombreuses subtilités⁸¹⁸.

La voie la plus simple de présenter sa substance serait de dire, *grosso modo*, que, en vertu du principe, l'État accepte de se soumettre, comme les particuliers, au droit. Est ainsi un *État de droit* celui qui opte pour un système institutionnel au sein duquel toute la puissance publique est limitée par des normes et des procédures juridiques. Sur cette base, tout un agglomérat de règles, de principes et de valeurs s'est greffé au fur et à mesure du temps.

L'État de droit du XXI^e siècle n'est en effet pas défini de la même manière qu'au cours des siècles passés. Il évolue avec les années, mais se décline aussi dans l'espace puisque l'on retrouve, implicitement ou explicitement, dans de nombreux textes nationaux, comme dans la Loi fondamentale allemande⁸¹⁹ ou les constitutions béninoise⁸²⁰, chinoise⁸²¹, russe⁸²², ou encore portugaise⁸²³. Le principe de prééminence du droit s'est également internationalisé et figure dorénavant dans de nombreux traités. Il est inscrit dans le préambule de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, dans celui de la Convention européenne des droits de l'homme et dans celui de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par ailleurs, le Traité sur l'Union européenne dispose dans son article 6 que l'Union est fondée sur le principe de l'État de droit, commun aux États membres⁸²⁴. C'est dire si la notion a son

⁸¹⁸ Pour une présentation détaillée de l'État de droit, voy. M. TROPPER (sous la dir. de), *L'État de droit*, Cahiers de philosophie Politique et Juridique, Caen, Presses universitaires de Caen, 1993, 196 pages ; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, 160 pages ; M. MIRAILLE, « Les paradigmes contemporains : l'État de droit », *Science de la Société*, numéro 33, 1994, pp. 177-792 et E. CARPANO, « La crise de l'État de droit en Europe. De quoi parle-t-on ? », *RDLF*, 2019 chron. n°29.

⁸¹⁹ Art. 28 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 ; voy. à ce sujet M. FROMONT, « République fédérale d'Allemagne: l'État de droit », *Revue du droit public*, 1984, pp. 1203-1226 ainsi que A. BLECKMANN, « L'État de droit dans la Constitution de la République fédérale d'Allemagne », *Pouvoirs*, vol. 22, 1982, pp. 5-27.

⁸²⁰ Voy. le préambule de la Constitution de la République du Bénin du 11 décembre 1990.

⁸²¹ Voy. l'article 5 de la Constitution de la République populaire de Chine du 4 décembre 1982.

⁸²² Voy. l'article 1 de la Constitution de la Fédération de Russie du 12 décembre 1993.

⁸²³ Voy. l'article article 2 de la Constitution de la République portugaise du 25 avril 1976.

⁸²⁴ Voy. C.J.C.E., arrêt du 23 avril 1986, *Les verts*, aff. C-294/83. La Cour a constaté, à cette occasion, que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité ».

importance, d'autant plus que, dans un « objectif de légitimation »⁸²⁵, certains systèmes politiques affirment, à grand renfort de déclarations, qu'ils appartiennent au groupe « vertueux » des États de droit, tout en adoptant des pratiques qui en sont, il faut bien l'avouer, éloignées⁸²⁶.

Notre objectif est d'analyser, dans les considérations générales, l'État de droit dans son acception classique, ses subtilités et ses conséquences avant d'aborder, en droit belge, la manière dont la notion d'État de droit est concrétisée.

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

225. - Plan de l'exposé – Nous suivrons une analyse en quatre temps du concept général d'État de droit. Premièrement, nous analyserons sa définition générale avant d'aborder successivement sa portée *formelle* – c'est-à-dire procédurale – et son acception *matérielle*. L'importance du contrôle juridictionnel sera discutée dans la quatrième partie de ces *considérations générales*. Enfin, une dernière partie abordera la notion d'*état d'exception*.

1) Définition

226. - L'État de droit, un type d'État – L'expression « État de droit » est rattachée à un type d'organisation étatique en vertu duquel les appareils de l'État, ses institutions, ses acteurs, sont soumis aux règles de droit⁸²⁷. « [L]a liberté de décision des organes de l'État », pour reprendre les termes d'un spécialiste de la notion, Jacques Chevallier, « est, à tous les niveaux, limitée par l'existence de normes juridiques supérieures, dont le respect est garanti par l'intervention d'un juge »⁸²⁸. La notion implique dès lors que le pouvoir soit forcé à se plier à certaines procédures, à des principes, à des règles consacrées, en particulier, dans un texte fondamental, la constitution, et les normes prises en vertu de celle-ci. L'enjeu de cet assujettissement de la puissance politique est de passer d'un *government of men* à un *government of laws*⁸²⁹.

⁸²⁵ J. CHEVALLIER, « Les doctrines de l'État de droit », dans P. TRONQUOY (sous la dir. de), *Le droit dans la société*, coll. Cahiers français, 288, Paris, La Documentation française, 1998, pp. 3-8.

⁸²⁶ Voy. ainsi N. MARIE, *CEI: où en est l'État de droit ?*, coll. Problèmes politiques et sociaux, Paris, La Documentation française, 1999, p. 5 ; B. LUISIN, « Le mythe de l'État de droit », « L'État de droit, rétrospectivement... » », *Civitas Europa*, vol. 37, n° 2, 2016, pp. 155-182.

⁸²⁷ O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 3^e éd., Paris, Éditions du Seuil, 2013, p. 450.

⁸²⁸ J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 6^e éd., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 126. Nous reviendrons par la suite sur l'importance des juridictions.

⁸²⁹ Cette formulation se retrouve dans l'article 30 de la Constitution du Massachusetts de 1780.

Bien entendu, cette définition demeure générale et la notion d'État de droit se traduit différemment dans les divers États qui s'en réclament. On retrouve ainsi les concepts de *rule of law*⁸³⁰ (en anglais), de *Rechtsstaat*⁸³¹ (en allemand), de *Stato di diritto* (en italien) ou encore d'*Estado de Derecho* (en espagnol) ou encore de *Правовое государство* (en russe) qui semblent converger vers la même idée, nonobstant d'importantes particularités qui les distinguent⁸³². De manière générale, la philosophie des notions repose en tout cas sur une logique de limitation du pouvoir de l'État par le biais de mécanismes internes. Par contre, on observe, dans le temps et dans l'espace, que la portée de cette logique met tantôt en valeur un système de normes hiérarchisées, tantôt le contenu réel de celles-ci⁸³³. Ces deux tendances sont ainsi visibles dans la définition que fait Carré de Malberg, aux yeux duquel l'État de droit est :

« un État qui dans ses rapports avec ses sujets et pour la garantie de leur statut individuel, se soumet lui-même à un régime de droit, et cela en tant qu'il enchaîne son action sur eux par des règles, dont les unes déterminent les droits réservés aux citoyens, dont les autres fixent par avance les voies et moyens qui pourront être employés en vue de réaliser les buts étatiques : deux sortes de règles qui ont pour effet commun de limiter la puissance de l'État, en la subordonnant à l'ordre juridique qu'elles consacrent »⁸³⁴.

227. - Origines de l'État de droit – Quand et comment est née la notion d'État de droit ? La réponse est, en vérité, complexe⁸³⁵. On peut remonter à l'Antiquité⁸³⁶ et dégager de la lecture des œuvres de Platon, en particulier du dialogue *Les Lois*, le principe de règne de la loi, de même qu'il se retrouve en germes sous la plume

⁸³⁰ Voy. P. COSTA et D. ZELO (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, 716 pages.

⁸³¹ Voy. K. SOBOTA, *Das Prinzip Rechtsstaat: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Aspekte*, Jus Publicum, 22, Tübingen, Mohr Siebeck, 1997, 569 pages.

⁸³² Voy. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, 746 pages et R. GROTE, « Rule of Law, État de droit and Rechtsstaat – the Origins of the Different National Traditions and the Prospects of their Convergence in the Light of Recent Constitutional Developments » in : C. STARCK (sous la dir. de), *Constitutionalism. Universalism and Democracy*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, p. 271.

⁸³³ J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *Revue de droit public*, 1988, p. 313.

⁸³⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Paris, CNRS, 1920, pp. 488-489.

⁸³⁵ La Commission pour la démocratie par le droit, dénommée la Commission de Venise, a dressé l'historique de la notion dans son *Rapport sur la prééminence du droit*, adopté par la Commission lors de sa 86^e réunion plénière à Venise, les 25-26 mars 2011, CDL-AD(2011)003rev.

⁸³⁶ P. COSTA, « The Rule of Law: A Historical Introduction », in : P. COSTA et D. ZELO (eds.), *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, Dordrecht, Springer, 2007, pp. 73-149. Voy. également à ce sujet D. BOUTET, *Vers l'État de droit*, coll. Logiques juridiques, Paris, L'Harmattan, 1991, p. 54.

d'Aristote⁸³⁷, de Cicéron, de John Locke⁸³⁸, de Montesquieu⁸³⁹ ou encore de Jean-Jacques Rousseau⁸⁴⁰ pour ne citer que ces quelques philosophes.

Aussi, il n'y a aucun doute que l'obéissance, par les autorités publiques, au droit, était déjà abordé, étudié et, parfois, encensé par les philosophes⁸⁴¹ et décideurs médiévaux⁸⁴². De nombreuses chartes et coutumes consacrent bel et bien la soumission des princes à des normes supérieures⁸⁴³. Tel est le cas de la fameuse *Magna Carta* (la Grande Charte) de 1215, signée par Jean sans Terre, Roi d'Angleterre à la demande des Barons et dont l'article 39 consacre le principe d'*Habeas Corpus*, selon lequel la liberté individuelle est garantie et la détention interdite sans une justification judiciaire de celle-ci :

« Aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelques manières que ce soit.

Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays. »⁸⁴⁴

La *Magna carta* est aujourd'hui interprétée comme l'un des textes fondateurs de la *Rule of Law* anglo-saxonne.

Pourtant, nonobstant l'existence des règles dynastiques⁸⁴⁵ et les vœux et serments répétés en faveur d'une soumission au droit, l'exercice réel du pouvoir s'est bien souvent opéré, au cours des quatre siècles suivants, sans contre-pouvoir réel⁸⁴⁶. La monarchie absolue (*ab-solutus*, sans contrainte) s'accommodait en effet difficilement de l'idée d'entraves à ses volontés puisque la source du droit

⁸³⁷ Voy. L. HEUSCHLING, « État de droit. Étude de linguistique, de théorie et de dogmatique juridiques comparées », in : H. BAUER et C. CALLIÈS (éds.), *Verfassungsprinzipien in Europa. Constitutional Principles in Europe. Principes Constitutionnels en Europe*, Sakkoulas / Berliner Wissenschafts-Verlag / Bruylant, Athènes / Berlin / Bruxelles, 2008, p. 132.

⁸³⁸ En particulier au chapitre 8 de son *Traité du gouvernement civil*.

⁸³⁹ Pour le Baron de Montesquieu, un État est « une société où il y a des lois » (*De l'esprit des lois*, Première partie, Livre XI, Chapitre 3, Paris, Flammarion, 2008, p. 242).

⁸⁴⁰ Pour l'auteur originaire de Genève : « Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas ; il a des chefs et non pas des maîtres ; il obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes » (J.J. ROUSSEAU, *Lettres écrites de la montagne*, Huitième lettre, 1764).

⁸⁴¹ Voy. par exemple l'ouvrage rédigé en 1644 par S. RUTHERFORD sur le droit à la résistance, *Lex, Rex, or The Law and the Prince. A dispute for the just prerogative of King and People containing the Reasons and causes of the most necessary Defensive wars of the Kingdom of Scotland, and of their expedition for the ayd and help of their dear brethren of England*.

⁸⁴² Voy. R.C. VAN CAENEGEM, *Legal History: a european perspective*, Londres, Bloomsbury Publishing, 1990, pp. 122–23 et pp. 146–47.

⁸⁴³ J. HILAIRE, *La construction de l'état de droit dans les archives judiciaires de la cour de France au XIII^e siècle*, Paris, Dalloz, 2011, 355 pages.

⁸⁴⁴ Traduction par Claude J. VIOLETTE.

⁸⁴⁵ Voy. C. SAGUEZ-LOVISI, *Les Lois fondamentales au XVIII^e siècle : recherches sur la loi de dévolution de la couronne*, Paris, P.U.F., 1984, 179 pages et J. BARBEY, « Genèse et consécration des Lois fondamentales », *Droits*, n° 3, 1986, pp. 75- 86.

⁸⁴⁶ R. S. SUMMERS, « A Formal Theory of the Rule of Law », 6 *Ratio Juris*, 1993, p. 127.

demeurait le monarque, ou, pour utiliser un autre terme, le *Prince* (du latin *princeps*, premier)⁸⁴⁷.

C'est aux *Lumières*, et particulièrement à l'époque révolutionnaire⁸⁴⁸, qu'il faut remonter pour observer le triomphe du constitutionnalisme, de même que celle du *libéralisme* et du *législateur*, regroupant les représentants du peuple et censé porter, par des normes impersonnelles, la *volonté générale* au détriment de l'absolutisme monarchique de l'Ancien régime. À partir de ce moment, le vocable « État de droit » va être employé pour lutter contre la monarchie absolue et, dans un deuxième temps, contre l'État omnipotent⁸⁴⁹ et totalitaire⁸⁵⁰.

Le constitutionnalisme et la légalité, dans cet esprit, symbolisent la formule juridique qui permettra la protection des concepts libéraux et le contrôle des gouvernants⁸⁵¹. Cependant, l'État de droit restera encore longtemps limité à un État dit *légal*, accordant une importance de fait très importante à la norme législative⁸⁵², plus qu'aux normes constitutionnelles ou internationales.

228. - Influence du *Rechtsstaat* allemand – Le principe de l'État de droit se développe tout au long du XIX^e siècle. Or, comme l'expression française « État

⁸⁴⁷ Dans le Royaume de France, les cours de justice, appelées *parlement* (voy. supra [XXX](#)), avaient également pour mission d'enregistrer et de publier les actes royaux après avoir vérifié leur conformité avec les 'lois fondamentales du royaume', qui regroupaient des coutumes et des usages. Si la décision du Roi ne respectait pas ces anciennes règles, le parlement pouvait refuser de l'enregistrer en adressant des *remontrances*, c'est-à-dire des observations juridiques sur le texte en question. Toutefois, pour imposer sa volonté, le roi pouvait dans un premier temps produire une *lettre de jussion*. Si le parlement faisait à nouveau barrage, le Roi avait la faculté de forcer l'enregistrement en y siégeant lui-même, lors d'une séance solennelle, par la tenue d'un *lit de justice*. Cet aspect de l'absolutisme est bien illustré par la phrase du Roi François I^{er} qui, en 1516, tancera plusieurs fois le Parlement de Paris osant s'opposer à lui : « Je ne souffrirai pas », s'était-il écrié, « qu'il y ait plus qu'un roi de France ». Pour cette raison, on ne peut pas dire qu'il s'agit d'un pouvoir de veto absolu à l'avantage des parlements (qui sont, rappelons le, composés de magistrats). Il est néanmoins vrai que, de la fin du règne de Louis XIII jusqu'à celui de Louis XV, il a existé des oppositions, fortes et violentes, entre le Roi (et son conseil royal) et les parlements. En particulier, au cours de la période de régence d'Anne d'Autriche et au début du règne de son fils, Louis XIV, la monarchie a été confrontée à de graves soulèvements des parlements et de certains nobles pour des motifs fiscaux liés aux coûts de la *guerre de trente ans*. C'est l'épisode dit de la *Fronde* (1648 à 1653) à l'issue de laquelle l'autorité royale sera tout de même fortifiée.

⁸⁴⁸ Voy. L. HAMON, « L'État de droit et son essence », *R.F.D.C.*, 1990, p. 699.

⁸⁴⁹ L. HEUSCHLING, « Le regard d'un comparatiste : l'État de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in : *L'État de droit en droit international (Colloque de Bruxelles)*, Paris, Pédone, 2009, p. 48.

⁸⁵⁰ M. MIAILLE, « Le retour de l'État de droit », in : D. COLAS (sous la dir. de), *L'État de droit : travaux de la mission sur la modernisation de l'État*, coll. Questions, Paris, P.U.F., 1987, p. 218 : « L'État de Droit, c'est l'anti-Léviathan ».

⁸⁵¹ Voy. O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in : P. RAYNAUD et S. RIALS (sous la dir. de), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 117-118 : « Si le constitutionnalisme procède indubitablement de la philosophie politique libérale, sa spécificité provient du fait que la limitation du pouvoir politique qu'il poursuit est réalisée au moyen du droit, au moyen de la Constitution conçue comme juridique ».

⁸⁵² P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Éditions du Seuil, 2015, p. 41.

de droit »⁸⁵³ provient d'un néologisme allemand *Rechtsstaat*⁸⁵⁴, il nous semble utile de faire un rapide détour par l'évolution de la notion en droit allemand. Initialement, la notion a été popularisée en Allemagne par Robert von Mohl⁸⁵⁵ qui opposait le *Rechtsstaat* au pouvoir *policié* et *autocratique* de l'aristocratie⁸⁵⁶. Dans le prolongement des origines de l'État de droit, sont ainsi attribués des objectifs à l'État, à savoir ceux de protéger les libertés individuelles des citoyens. Autrement dit, la doctrine libérale allemande de la première moitié du siècle diffuse une première théorie de l'État de droit qui promeut le règne de la loi, les droits fondamentaux ainsi que la séparation des pouvoirs⁸⁵⁷.

Toutefois, avec l'émergence d'un *positivisme scientifique*, le concept s'éloigne d'une conception à proprement parler *substantielle*. Il prend alors un autre sens, puisque durant la deuxième moitié du XIX^e siècle⁸⁵⁸, c'est davantage une interprétation procédurale, formelle, technique, de l'État de droit qui va se déployer, sans mettre en exergue des buts et le contenu même des politiques poursuivies. Parler d'État de droit revient à observer l'articulation des règles, quelles qu'elles soient, pour éviter les décisions arbitraires.

L'évolution de la doctrine allemande nous permet de mettre en évidence les deux acceptions du principe qui coexistent de nos jours⁸⁵⁹, à savoir la conception *formelle* et la conception *matérielle*.

⁸⁵³ Voy. ainsi L. PECH, « Rule of Law in France », in : R. PEERENBOOM, *Asian Discourses of the Rule of Law : Theories and implementation of Rule of Law in Twelve Asian Countries, France and the US*, Londres/New York, Routledge, 2004, p. 79. Lorsque Raymond Carré de Malberg introduit la notion d'État de droit en France en 1920, il ne fait en réalité que traduire fidèlement le terme allemand. D'ailleurs, l'expression a longtemps été perçue, dans la doctrine française comme un pléonasme puisqu'un État – relié aux notions de *nation* et de *république* – serait forcément « de droit ». Voy. D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la rule of law », *Cahiers De Droit*, 1994, p. 823.

⁸⁵⁴ Voy. l'ouvrage de W. Placidus (de son vrai nom Johann Wilhelm Petersen), *Litteratur der Staatslehre. Ein Versuch* (Strasbourg, 1798). Sur ce sujet, H. MONHAUPT, « L'État de droit en Allemagne. Histoire, notion, fonction », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, n°24, 1993, p. 78.

⁸⁵⁵ R. VON MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2 vol., Tübingen, Laupp, 1829/1831, 705 pages et 1007 pages ; l'auteur poursuivra sa réflexion dans son ouvrage *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, 3 vol., Tubingen, Laupp, 1832/1833/1834, 579 pages, 531 pages et 586 pages.

⁸⁵⁶ Voy. O. JOUANJAN, « Présentation », in : O. JOUANJAN (dir.), *Les figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire constitutionnelle et intellectuelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PU Strasbourg, 2001, p. 16.

⁸⁵⁷ Cette première conception est proche de celle consacrée par l'article 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, en vertu duquel « toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

⁸⁵⁸ On songe ici à d'éminents juristes comme Friedrich Julius Stahl, Karl von Gerber, Georg Jellinek (*L'État moderne et son droit*, 2 vol., coll. Bibliothèque internationale de droit public, Paris, Giard et Brière, 1911/1913, 574 pages et 593 pages), P. Laband, (*Le droit public de l'empire allemand*, 6 vol., Paris, Giard et Brière, 1900, 1901, 1902, 1903, 1903, 1904, 541 pages, 714 pages, 435 pages, 413 pages, 596 pages et 507 pages) ou encore Rudolf von Ihering (*L'évolution du droit*, Paris, Marescq, 1901, 400 pages).

⁸⁵⁹ Voy. G. VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n° 45, 1988, pp. 149-160.

A l'issue de la seconde guerre mondiale et de la défaite du régime national-socialiste⁸⁶⁰, le mot *Rechtsstaat* reprend alors davantage son sens initial. Le concept est inscrit à l'article 28 de la loi fondamentale de 1949 et combine, dans la doctrine juridique, les sens formel et matériel : il faut non seulement que les décisions et les actions des autorités soient soumises à des règles (aspect formel), mais il convient en outre que ces règles aient un certain contenu minimal, qu'elles garantissent notamment au moins certaines libertés fondamentales au profit des individus (aspect matériel)

2) *La conception formelle de l'État de droit*

229. - Principe de hiérarchie des normes - L'État de droit, dans sa conception formelle, se rattache à une *structuration* de l'ordre juridique⁸⁶¹. En effet, la notion de *Rechtsstaat* a été réétudiée au début du XX^e siècle par le courant positiviste au premier rang duquel figurent Hans Kelsen et, surtout, Adolf Julius Merkl⁸⁶². Ce dernier va développer une conception de l'État de droit, la « doctrine de la pyramide des normes » (*Stufenbaulehre*). Sur cette base, il existe une hiérarchie des normes qui sont valides, chacune, en vertu d'un rang supérieur et de sa conformité à celui-ci. Si l'on nous permet un raccourci : les règles de droit de rang inférieur doivent respecter les règles de droit de rang supérieur. Il convient désormais d'étudier quels sont ces rangs et de quelle manière ceux-ci s'agencent.

Cette doctrine prend en considération le respect de la *pyramide* normative au sommet de laquelle domine le texte fondamental, qui porte, dans la plupart des États, le nom de Constitution⁸⁶³. Intervient ensuite la loi, au deuxième rang hiérarchique. Elle met en œuvre les droits fondamentaux et fixe les règles générales qui s'imposeront à tous. Enfin, plus bas dans la hiérarchie, les actes de l'administration, du pouvoir exécutif, définissent les modalités d'application des lois et matérialisent les règles générales et abstraites en fonction des circonstances spécifiques et concrètes.

⁸⁶⁰ Voy. sur l'État de droit durant le III^e Reich : J. MEIERHENRICH, *The Remnants of the Rechtsstaat: An Ethnography of Nazi Law*, New York, Oxford University Press, 2018, 448 pages.

⁸⁶¹ Il convient d'être transparent et de préciser que d'aucuns critiquent l'assimilation du formalisme juridique que nous allons présenter à la notion formelle de l'État de droit (voy. F. BATTAGLIA, « Stato etico e stato di diritto », *Riv. intern. l. dir.*, 1937, pp. 237 et s.).

⁸⁶² A. MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz », *Juristische Blätter*, 47, 1918, p. 425 et s.; *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig, Deuticke, 1923, 302 pages et « A Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues » in : A. VERDROSS (sous la dir. de), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet*, Vienne, Springer, 1931, p. 252 et suiv. Sur le rôle joué par Adolf Merkl, voy. G. KUCSKO-STADLMAYER, « Der Beitrag Adolf Merkl zur Reinen Rechtslehre », in : R. WALTER (sous la dir. de), *Schwerpunkte der Reinen Rechtslehre*, Vienne, Manz, 1992, p. 107.

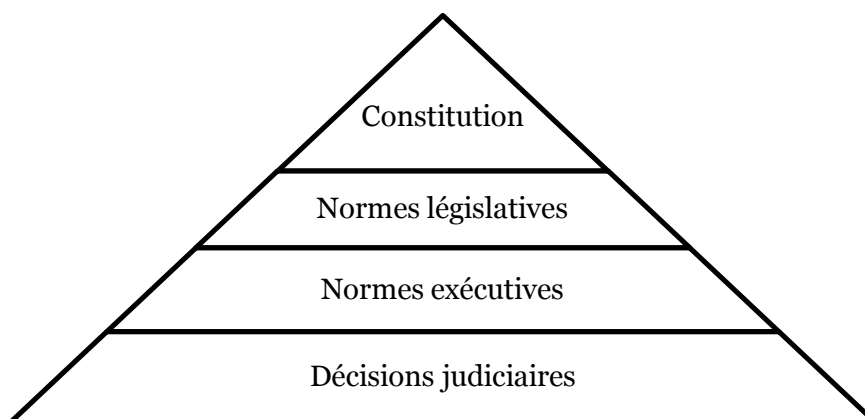
⁸⁶³ Nous mettons consciemment de côté la notion de *Grundnorm* à ce stade.

L'administration elle-même en vient à devoir suivre ses règles générales lorsqu'une décision individuelle émane d'elle. C'est le principe exprimé par l'adage *Tu patere legem quam ipse fecisti* : souffre la loi que tu as faite toi-même.

Enfin, les décisions des juridictions – les jugements et les arrêts – doivent elles-mêmes être rendues conformément aux normes supérieures.

En conséquence, les normes « s'emboîtent, s'enchaînent, s'articulent de manière à former un tout cohérent »⁸⁶⁴ : plus l'on descend dans la hiérarchie des normes, et que l'on change de *pouvoir*⁸⁶⁵, plus les règles sont concrètes⁸⁶⁶. Dans un même temps, plus le niveau est bas, plus la liberté du régulateur devient restreinte puisqu'il doit, quand il adopte une norme, respecter celles des étages supérieurs.

230. - Représentation pyramidale de la *Stufenbaulehre* – La hiérarchie et la subordination des normes et des organes qui les adoptent structurent l'État de droit formel⁸⁶⁷ et ont été représentées schématiquement grâce à l'image de la pyramide⁸⁶⁸.



231. - Une norme fondamentale ? – L'origine de la validité d'une norme ne peut ainsi provenir que d'une autre norme. Ainsi, une norme législative s'appuie nécessairement sur la Constitution et y puise sa validité. Par conséquent, on peut se poser la question de savoir s'il existe une norme qui conditionnerait la validité de la norme constitutionnelle elle-même. Il deviendrait ainsi indispensable de penser à une norme originelle (*Urnorm* ou *Ursprungsnorm* dans la terminologie de Merkl) dont pourra être inférée la validité de toutes les autres normes, de tout l'ordre juridique en somme. La théorie pure du droit, développée par Kelsen, consacre conséquemment l'idée de norme fondamentale⁸⁶⁹ (*Grundnorm*) hypothétique. Selon la pensée de l'auteur autrichien, qui manque sans doute sur ce point de clarté, la norme fondamentale du système juridique n'est pas la constitution au sens formel, mais une autre norme. Une telle conception soulève toutefois de nombreuses réserves en raison de son caractère peu précis et évanescent.

⁸⁶⁴ Voy. J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *Revue de droit public.*, 1988, p. 318.

⁸⁶⁵ Voy. le chapitre 6 dédié aux trois pouvoirs.

⁸⁶⁶ A. MERKL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, Springer, 1927, pp. 142 et 146

⁸⁶⁷ H. KELSEN, « Aperçu d'une théorie générale de l'État », *Revue de droit public.*, 1926, p. 582.

⁸⁶⁸ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 299.

⁸⁶⁹ H. KELSEN, « Reichsgesetz und Landesgesetz nach österreichischer Verfassung », *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 32, 1914, pp. 202-245.

232. - Critiques à l'encontre de la théorie de la pyramide des normes – Depuis sa diffusion, il faut bien avouer que la *Stufenbaulehre* a fait l'objet d'un grand nombre de critiques, par exemple en ce qui concerne la théorie de la norme fondamentale. Elle ne serait en réalité qu'une construction métaphysique, une simple fiction⁸⁷⁰, elle serait incohérente⁸⁷¹, circulaire⁸⁷² ou encore *redondante*.

En ce que la théorie de Kelsen est une réflexion radicalement formaliste, elle a également essuyé des critiques quant à son détachement à l'égard du contenu tangible des normes. Cela viendrait pratiquement, soutiennent certains observateurs, à priver de sens le concept d'État de droit. Pour Kelsen, en effet, le monde juridique est exclusivement constitué de normes et de systèmes de normes. Par conséquent, pour Kelsen, tout État est un État de Droit⁸⁷³ ! Aussi, Duguit a pu reprocher à cette théorie kelsénienne « de placer l'ordonnement juridique en dehors de la réalité vivante et de l'expérience sensible »⁸⁷⁴. Ces critiques n'empêchent toutefois pas d'étudier la pyramide des normes pour ses nombreuses vertus méthodologiques et structurantes et à la combiner, le cas échéant, avec une approche matérielle de l'État de droit.

3) La conception matérielle de l'État de droit

233. - Substance de l'État de droit – L'État de droit, dans son acception matérielle, suppose que l'ordre juridique, principalement par le biais de la constitution, consacre un certain nombre de *principes*, de *sous-principes* et de *valeurs*. La deuxième moitié du XX^e siècle marque le retour en force de cette conception plus substantielle de l'État de droit, sans doute sous l'influence de son pendant anglo-saxon de la *rule of law*⁸⁷⁵.

⁸⁷⁰ Voy. N. HOERSTER, « A Kritischer Vergleich der Theorien der Rechtsgeltung von Hans Kelsen und H.L.A. Hart », in : S. L. PAULSON et R. WALTER (sous la dir. de), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars, 1985-1986*, Vienne, Manz, 1986, p. 18 et S. HAMMER, « Kelsens Grundnormkonzeption als neukantische Erkenntnistheorie des Rechts ? », in : S. L. PAULSON et R. WALTER (sous la dir. de), *Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Ergebnisse eines Wiener Rechtstheoretischen Seminars, 1985-1986*, Vienne, Manz, 1986, p. 225.

⁸⁷¹ Voy. J.-M. PRIESTER, « Die Grundnorm als Chimäre », in : W. KRAWIEZ et H. SCHELSKY (sous la dir. de), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Rechtstheorie beiheft 5, Berlin, Duncker & Humblot, 1984, p. 238.

⁸⁷² Voy. J. RAZ, « A Kelsen's Theory of the Basic Norm », *The American Journal of Jurisprudence*, 1974, p. 99. et R. HERZOG, *Allgemeine Staatslehre*, Francfort/Main, Athenaeum, 1971, p. 90.

⁸⁷³ H. KELSEN, *Théorie purée du droit*, 2^e éd., trad. Charles Eisenmann, Dalloz, Paris, 1962, p. 411. Voy. également du même auteur, « Gott und Staat » (1923) que l'on retrouve dans *Aufsätze zur Ideologiekritik* Berlin, Luchterhand, 1964, p. 55. Voy. L. HEUSCHLING, *État de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 25.

⁸⁷⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^o éd., Paris, E. de Boccard, 1927, p. 64.

⁸⁷⁵ D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *Les Cahiers de droit*, vol. 35, n^o 4, 1994, p. 833 : « L'État de droit représente un mode de légitimation qui diffère sensiblement du cheminement de la *rule of law* où la prépondérance des considérations de finalité et de certaines valeurs immanentes (équité, *fairness*, justice naturelle, justice fondamentale) a conduit les juristes à fonder la légitimité de l'ordre juridique selon d'autres considérations, notamment du type jusnaturaliste ». On notera, à titre de curiosité historique, qu'au XII^e siècle, l'évêque anglais Jean de Salisbury a développé dans son *Policraticus* une théorie de la *rule of law* qui postulait la soumission du *prince* aux contraintes du droit naturel. Voy. également G. MARSHALL, « The Rule of law. Its Meaning and Scope », *Cahiers de philosophie politique et juridique de l'Université de Caen*, n^o 24, 1993, p. 43.

L'État de droit représente ici un *méta-principe*⁸⁷⁶ qui garantit le respect, par les autorités publiques d'un *corpus* composé notamment de droits fondamentaux, comme le droit à la vie, l'égalité entre les citoyens et d'autres principes comme la sécurité juridique, notamment en ce qui concerne l'accès à des tribunaux indépendants et impartiaux, de la responsabilité de l'État ou de la séparation des pouvoirs. Dans ses rapports, la *Commission européenne pour la démocratie par le droit* – plus connue sous le nom de *Commission de Venise* – qui constitue un organe consultatif du Conseil de l'Europe sur les questions constitutionnelles, démocratiques et juridiques, regroupe les grands critères communs pris en considération actuellement⁸⁷⁷.

Il ne suffit donc pas de respecter les normes formellement supérieures, il faut encore qu'elles consacrent certains principes, certaines valeurs fondamentales qui encadrent la puissance publique. Ainsi, pour K. Stern,

« L'État de droit signifie que l'exercice du pouvoir étatique n'est admissible que sur la base de la Constitution et des lois promulguées constitutionnellement quant à l'aspect formel et matériel, avec le but de garantir la dignité de l'homme, la liberté, la justice et la sécurité juridique »⁸⁷⁸.

234. - Une conception morale du droit (jusnaturalisme) ? – Selon la conception matérielle de l'État de droit, il existe certaines contraintes liées à des valeurs morales, à l'*équité*, à la *justice*, à la *légitimité*, à la démocratie *sensu lato*. Ceci pose la question du fondement du droit et de la tension classique entre la *morale* et le droit positif. Dire qu'une norme viole l'État de droit en ce qu'elle ne respecte pas des critères de *légitimité* ou des *valeurs* extérieures aux institutions constitue une césure avec l'approche positiviste qui appréhende le droit sans avoir recours à des valeurs religieuses ou philosophiques.

La dimension « militante » et dynamique de l'État de droit ne doit pas être ignorée, car son respect, par les acteurs politiques et l'architecture institutionnelle, dépend d'un certain « état d'esprit »⁸⁷⁹ à suivre.

⁸⁷⁶ L. HEUSCHLING, « Le regard d'un comparatiste : l'État de droit dans et au-delà des cultures juridiques nationales », in : *L'État de droit en droit international (Colloque de Bruxelles)*, Paris, Pédone, 2009, p. 54 et L. HEUSCHLING, « État de droit. Étude de linguistique, de théorie & de dogmatique juridiques comparées », in : H. BAUER et C. CALLIÈS (éds.), *Verfassungsprinzipien in Europa. Constitutional Principles in Europe. Principes Constitutionnels en Europe*, Sakkoulas/Berliner Wissenschafts-Verlag/Bruylant, Athènes/Berlin/Bruxelles, 2008, p. 121.

⁸⁷⁷ Voy. la liste des critères de l'État de Droit comprise adoptée par la Commission de Venise à sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016) et entérinée par les Délégués des Ministres lors de leur 1263^e réunion (6-7 septembre 2016).

⁸⁷⁸ K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundegriffe und Grundlagen des Staatsrechts, Strukturprinzipien des Verfassung*, Munich, C.H. Beck, 1984, p. 781, cité par S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et Français*, Paris, Dalloz, 2001, p. 77.

⁸⁷⁹ Nous faisons ici référence à Y. GAUDEMET : « L'État de droit n'est pas dans la législation ; il est dans les esprits et dans les mœurs » (Y. GAUDEMET, « L'État de droit », in : *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996, p. 309.

4) *Le contrôle juridictionnel du respect de l'État de droit*

235. - Nécessité du contrôle juridictionnel – L'État de droit se caractérise désormais par sa double nature, formelle et matérielle, et est basée sur l'idée que le pouvoir des autorités n'est pas illimité. Le principe d'État de droit soumet donc l'action publique à la règle de droit, c'est-à-dire à la Constitution, et aux grands principes qu'elle consacre (voire qu'elle devrait consacrer), à la loi formelle, ainsi qu'à la jurisprudence dans certains systèmes (on songe ici aux pays de *common law*).

Pour qu'un tel système soit véritablement effectif, encore faut-il que le simple mortel puisse en appeler au juge si une autorité excède ses limites et méconnaît le canevas de l'État de droit. En d'autres termes, l'État de droit n'est réalité que si un juge peut forcer l'application du droit conformément à la hiérarchie des normes. : c'est la dimension opérationnelle de l'État de droit⁸⁸⁰.

Comme nous le verrons dans ce chapitre, pendant les premières décennies de la Belgique, les actes de l'administration jouissaient d'une véritable immunité : on ne pouvait pas toujours les contester au regard de la Constitution ou de la loi. Cela n'a pas été sans conséquence. Agée de 21 ans et serveuse dans un cabaret de la ville de Liège, Appoline Meeus⁸⁸¹ est inscrite en 1865 par les autorités sur un registre des filles *publiques*, « notoirement livrée à la débauche » selon les termes légaux de l'époque pour désigner les prostituées, et ce, en vertu d'un règlement communal pris par la Ville de Liège sur la base de l'article 96 de la loi communale du 30 mars 1836⁸⁸². Conformément audit règlement, Appoline Meeus devait, deux fois par semaine, se soumettre à une inspection médicale. À l'aide de nombreuses preuves, Appoline Meeus a pu démontrer qu'elle n'entraînait nullement dans la catégorie de personnes visées par le règlement devant le Tribunal de police de Liège qui lui a donné raison. Pourtant, la Cour de cassation a cassé la décision au motif qu'il s'agissait d'un « acte de police administrative » qui n'était pas ouvert au contrôle judiciaire⁸⁸³. La Cour de cassation a par la suite maintenu sa ligne intransigeante au nom du principe de séparation des pouvoirs⁸⁸⁴ : aucune juridiction n'existait alors pour contrôler de la sorte les actes de l'administration. C'est ainsi qu'a pris fin « la triste et édifiante histoire d'Appoline Meeus »⁸⁸⁵.

Par conséquent, depuis sa popularisation⁸⁸⁶, la notion d'État de droit s'est juridictionnalisée. Désormais, pour parler d'État de droit, il faut qu'un juge puisse sanctionner la violation par une autorité de la pyramide des normes. Pour insister sur ce point :

⁸⁸⁰ T. BALZACQ, P. BAUDEWYNS, J. JAMIN, V. LEGRAND, O. PAYE et N. SCHIFFINO, *Fondements de science politique*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2014, p. 101.

⁸⁸¹ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Limal, Anthemis, 2011, pp. 17 à 20.

⁸⁸² *Bulletin officiel*, 1836 n° XXIV.

⁸⁸³ Cass., 14 mai 1866, *Pas.*, I, p. 292.

⁸⁸⁴ Cass., 24 octobre 1866, *Pas.*, 1867, I, pp. 11 et s. ; *B.J.*, 1866, pp. 1416 et s.

⁸⁸⁵ M. LEROY, *Contentieux administratif*, 5^e éd., Limal, Anthemis, 2011, p. 17

⁸⁸⁶ M.J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879–1914*, coll. Droit public positif, Paris, Economica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, 389 pages.

« Une autorité dotée du pouvoir d'édicter une norme ne respectera pas la norme supérieure par b n volence ou passion métaphysique pour la pureté de l'ordonnancement juridique. Elle ne le fera que si elle y est contrainte »⁸⁸⁷.

Un tel postulat est partagé aussi bien dans la conception formelle que dans la conception matérielle. Kelsen, lui-même, admet dans sa théorie générale l'irréductible rôle du juge dans ce qu'il concevait comme l'individualisation de la norme dans la course de cette dernière du haut vers le bas. Dicey, en Angleterre, identifie également la *rule of law*   l'office du juge⁸⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a rejoint cette position en 1975, dans son arrêt *Golder contre Royaume-Uni*, où elle affirme que « la pr minence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »⁸⁸⁹.

236. - Indépendance du juge – Par conséquent, une assimilation entre la règle juridique et la sanction juridictionnelle s'est opérée : il n'y a d'état de droit que s'il existe un *contrôleur* aux différents étages de la hiérarchie des normes. Ce contrôleur doit – c'est évident – se distinguer de l'auteur de la norme qui est contrôlée. De même, le citoyen mécontent d'une norme peut craindre de ne pas voir sa contestation traitée de façon impartiale si l'autorité chargée d'analyser ses griefs dépend financ irement ou institutionnellement de celle qui l'a adoptée.

Le *juge* dispose en principe des qualités nécessaires pour exercer le pouvoir de contrôle dont il est ici question. Son office est en effet encadré par un certain nombre de garanties. Dès le XVIII  siècle, la nécessité d'une justice indépendante est affirmée et s'est imposée au *Prince* qui, en investissant le juge de son pouvoir de dire le droit (*jurisdictio*), devait laisser ce dernier libre dans son activité. Aussi, dans un état de droit, l'indépendance des juridictions est primordiale⁸⁹⁰ à l'égard des deux autres pouvoirs, pour trancher les conflits juridiques et assurer l'effectivité de la hiérarchie des normes.

237. - Sanction juridictionnelle : annuler ou écarter - Une norme juridique peut connaître deux sorts si elle est considérée, par un juge, comme incompatible avec les normes hiérarchiquement supérieures. D'une part, la règle peut être annulée, c'est-à-dire que la décision juridictionnelle entraîne sa disparition de l'ordre juridique ; on doit alors en principe faire comme si la norme n'avait jamais existé. D'autre part, elle peut être  cart e ; dans ce cas, elle n'est pas appliquée dans l'affaire que le juge connaît, mais demeure tout de même dans

⁸⁸⁷ O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 3   d., Paris,  ditions du Seuil, 2013, p. 453.

⁸⁸⁸ A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Macmillan & Co. Ltd., Londres, 1950, pp. 202-203. Voy.  galement F. JACOBS, *The sovereignty of law: The European way*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 35.

⁸⁸⁹ Cour européenne des droits de l'homme, aff. *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, né 4451/70,  34.

⁸⁹⁰ L. HEUSCHLING, « Why Should Judges Be independent? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence » in : D. BARANGER, K. ZIEGLER et A. W. BRADLEY, *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, pp. 199-223 et L. HAMON, « L' tat de droit et son essence », *Rev. franc. drt. const.*, 1990, p. 709.

l'ordonnancement juridique, ce qui implique qu'elle sera en principe encore applicable à d'autres situations

238. - Justice constitutionnelle – Dans un État de droit, où l'effectivité de la hiérarchie des normes est assurée, toutes les normes – hormis la Constitution qui ne connaît pas (en principe⁸⁹¹) de normes supérieures à elle-même – doivent donc être susceptibles d'être contrôlées par un juge indépendant et impartial. À première vue, il faut notamment que les lois puissent être contrôlées par rapport à la Constitution. La chose n'est pourtant pas si évidente.

En Europe, l'idée qu'un juge, qui n'est en général pas élu, puisse vérifier la conformité des normes de rang législatif à la Constitution s'est longtemps heurtée au dogme de la souveraineté parlementaire (et indirectement de celui du peuple). Fidèles à l'interprétation que Jean-Jacques Rousseau, auteur du *Contrat social*, faisait de la loi et dans la crainte d'instaurer toute forme de « gouvernement des juges »⁸⁹², de nombreux ordres juridiques ont fait des assemblées élues les seules autorités compétentes pour exprimer pleinement la volonté générale. Par la force des choses, la constitutionnalité des textes légaux était incontestable. Dès le début du XX^e siècle, cet État *légal* n'a pas manqué d'être critiqué par certains auteurs, comme Carré de Malberg qui souligne, en constatant l'absence de contrôle de constitutionnalité, que « le respect par les lois des règles que l'État a pu s'imposer pour borner sa puissance, n'a d'autre garantie que la 'bonne volonté du législateur' »⁸⁹³ ; or, le bon vouloir de l'autorité législative est un facteur qui, en tant qu'il s'agit de lier cette autorité, est dénué de valeur juridique »⁸⁹⁴. En effet, s'il n'existe aucun système qui permet de vérifier si le législateur respecte effectivement la Constitution – qui juridiquement s'impose à lui –, on est amené à considérer que cette Constitution n'a qu'une valeur juridique relative, qu'elle est au mieux un texte de référence politique et moral.

Une évolution s'est toutefois opérée au cours du XX^e siècle, principalement après l'avènement du suffrage universel, la professionnalisation de la vie politique et, surtout, le III^e Reich et la Seconde Guerre mondiale⁸⁹⁵.

⁸⁹¹ Voy. *infra* les développements relatifs à la jurisprudence *Le Ski*.

⁸⁹² R. ERRERA, « Sur une révolution silencieuse : à propos du juge de la loi », *Commentaire*, 1986, p. 425.

⁸⁹³ L'auteur reprend ainsi la formule de Henry Berthélemy (« De l'exercice de la souveraineté par l'autorité administrative », *Revue du droit public*, 1904, p. 209, note 1 : « Je tiens pour négligeable la limitation du pouvoir législatif par la constitution, puisque le respect de la constitution n'a d'autre sanction que la bonne volonté législative »).

⁸⁹⁴ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Paris, CNRS, 1920, p. 493 ; voy. également M.J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit, l'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1879-1914*, coll. Droit public positif, Paris, Economica/ Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1992, p. 14.

⁸⁹⁵ Voy. à ce sujet M. FROMONT, *Justice constitutionnelle comparée*, Paris, Dalloz, 2013, pp. 41-51 et M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 50-62.

De nombreux États européens, notamment l'Autriche, l'Allemagne fédérale et l'Italie⁸⁹⁶ ont privilégié un contrôle *concentré* de la loi à l'aide d'un organe spécifique veillant à ce que la Constitution soit bien respectée par le législateur⁸⁹⁷. Ce contrôle concentré de constitutionnalité est principalement inspiré par l'œuvre du juriste autrichien Kelsen (encore lui) et se manifeste ainsi par la création d'une juridiction spéciale, une Cour suprême ou constitutionnelle, qui est la seule à pouvoir examiner si les normes législatives sont bien conformes à la Constitution. Ces États se détournent de la sorte de la méthode dite du contrôle *diffus*, déjà abordé dans le chapitre 4 dédié au fédéralisme, pratiqué aux États-Unis depuis l'arrêt *Marbury v. Madison* de 1803. Cet arrêt rendu par la Cour Suprême l'autorise, elle, mais aussi toutes les autres juridictions du pays, à contrôler la constitutionnalité (*judicial review*) des actes fédéraux et fédérés.

À cet égard, l'instauration d'un contrôle de constitutionnalité des lois a transformé l'État *légal* en véritable État de *droit* et, de nos jours, l'existence d'un contrôle de constitutionnalité s'est imposée. Cela signifie qu'on ne part plus du postulat que la loi, expression de la volonté générale forgée au sein de l'assemblée parlementaire, est un acte incontestable. Dès lors, sans pour autant diminuer le rôle des assemblées législatives, l'État de droit contemporain accorde un poids important aux décisions juridictionnelles et à la *jurisprudence*.

239. - Un gouvernement des juges ? – Au terme de ces développements, nous en sommes arrivés à un degré élevé d'assimilation de l'État de droit au rôle du juge. La justice constitutionnelle en est l'un des éléments les plus marquants.

En assimilant l'État de droit au contrôle juridictionnel de toutes les normes, en particulier au regard des libertés fondamentales, on reconnaît un pouvoir accru du juge⁸⁹⁸.

Ce faisant, le concept de démocratie, entendu dans son sens strict, c'est-à-dire comme le régime où la loi est l'expression de la volonté du plus grand nombre (de la majorité), se trouverait, selon certains commentateurs, relégué à un second rang. On peut en effet être tenté de poser la question formulée par Marie-France Toinet : « de quel droit des juges non-élus peuvent-ils défaire ce que les élus populaires ont fait ? »⁸⁹⁹ Autrement dit, comment peut-on admettre, dans une démocratie, que les juges incarnent davantage que la simple bouche de la loi⁹⁰⁰, et ce au détriment des parlementaires élus par le peuple ? À ces questions, est liée

⁸⁹⁶ L. FAVOREU, « Propos d'un "néo-constitutionnaliste" », in : J.-L. SEURIN (sous la dir. de), *Le constitutionnalisme aujourd'hui*, Paris, Economica, 1984, p. 23.

⁸⁹⁷ P. AVRIL, « La justice constitutionnelle est politique », *Commentaire*, 1986, pp. 416-417 ; voy. également L. FAVOREU, « Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle », *A.J.J.C.*, 1988, pp. 51-66.

⁸⁹⁸ C. MATRAY, *Le chagrin des juges*, Bruxelles, Complexe, 1997, p. 58-59.

⁸⁹⁹ M.-F. TOINET, « État et droit aux États-Unis », *Revue Française d'Etudes Américaines*, n°35, 1988, p. 39.

⁹⁰⁰ G. CANIVERT, « discours de rentrée lors de l'audience solennelle de la Cour de cassation du 6 janvier 2006 », *Le Monde* du 7 janvier 2006, p. 21.

la crainte, qui n'est pas neuve, de voir se développer un régime politique caractérisé par le *gouvernement des juges*⁹⁰¹. Même au sein des juridictions constitutionnelles, on peut trouver des juges qui s'inquiètent de l'effet que peuvent avoir les décisions juridictionnelles au sein des démocraties. L'arrêt *Obergefell v. Hodges* du 26 juin 2015⁹⁰², par lequel la Cour suprême des États-Unis a affirmé que la Constitution américaine obligeait les autorités à permettre le mariage entre des personnes de même sexe, constitue un exemple marquant de cette tendance.

D'un côté, le Juge Kennedy, rendant l'opinion de la majorité des membres de la Cour suprême dans cette affaire, jugea que :

« An individual can invoke a right to constitutional protection when he or she is harmed, even if the broader public disagrees and even if the legislature refuses to act. The idea of the Constitution “was to withdraw certain subjects from the vicissitudes of political controversy, to place them beyond the reach of majorities and officials and to establish them as legal principles to be applied by the courts.”⁹⁰³. This is why “fundamental rights may not be submitted to a vote; they depend on the outcome of no elections.”⁹⁰⁴

De l'autre côté, Antonin Scalia, l'un des juges les plus conservateurs de la juridiction, s'était séparé de la majorité de ses collègues, en considérant, dans son opinion dissidente que :

« [a] system of government that makes the People subordinate to a committee of nine unelected lawyers does not deserve to be called a democracy ».

De ce débat, ont surgi d'autres questions sur un éventuel activisme du juge⁹⁰⁵, d'un juge de plus en plus puissant qui s'opposerait à la démocratie⁹⁰⁶, d'un droit contre le peuple⁹⁰⁷ et, *in fine*, des courants politiques *explicitement* en faveur d'une *démocratie souveraine*, voire d'une *démocratie illibérale*, promue notamment par certains dirigeants d'Europe de l'est⁹⁰⁸. Pour ces formations politiques, il s'agit de donner à la « souveraineté populaire » – incarnée tout de même par des individus élus – tous les moyens de se déployer sans les entraves classiques de la séparation des pouvoirs et des droits fondamentaux, sans les contrepouvoirs institutionnels, sans les encadrements de la puissance publique,

⁹⁰¹ Voy. S. BRONDEL, N. FOULQUIER et L. HEUSCHLING (sous la dir. de), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2001, 373 pages. Comme nous l'avons dit, cette réflexion n'est pas inédite : voy. ainsi E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L'expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Paris, Giard, 1921, rééd. préf. F. MODERNE, Paris, Dalloz, 2005, 276 pages.

⁹⁰² Arrêt de la Cour suprême, *James Obergefell, et al., Petitioners v. Richard Hodges, Director, Ohio Department of Health, et al.* 576 US (2015).

⁹⁰³ *West Virginia Bd. of Ed. v. Barnette*, 319 U. S. 624, 638 (1943)

⁹⁰⁴ *Ibid.*

⁹⁰⁵ Voy. K.M. HOLLAND, *Judicial Activism in Comparative Perspective*, New York, St. Martin Press, 1991, p. 2 et F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 127.

⁹⁰⁶ B. MATHIEU, *Justice et politique: la déchirure ?*, Paris, L.G.D.J., 2015, 191 pages.

⁹⁰⁷ B. MATHIEU, *Le droit contre la démocratie ?*, Paris, L.G.D.J., 2017, 304 pages.

⁹⁰⁸ Voy. sur cette notion F. ZAKARIA, *The Future of Freedom: Illiberal Democracy at Home and Abroad*, 2^e éd., New York/Londres, W. W. Norton & Company, 2007, 301 pages.

sans autres pouvoirs pour arrêter le pouvoir. En synthèse, ce courant oppose la démocratie à l'État de droit⁹⁰⁹.

5) État de droit et état d'exception

240. - Présentation de l'état d'exception – Avant d'aborder la consécration de l'État de droit en Belgique, il nous semble opportun d'inclure dans ces *Considérations générales* les développements qui suivent sur l'État de droit quand celui-ci est, en quelque sorte, ébranlé et sous tension. Un tremblement de terre, une épidémie, un risque d'attentat imminent, un accident nucléaire, une insurrection populaire, une agression militaire... tant de situations qui nécessitent bien souvent une prise de décision à ce point rapide que certains doutent des capacités du régime juridique ordinaire à l'assurer. Par conséquent, pour pallier le risque de paralysie ou de retard dans la gestion des crises, plusieurs ordres juridiques ont adopté des régimes dits d'exception : il s'agit par exemple de l'état d'urgence, de l'état de guerre, de l'état de siège, etc.⁹¹⁰ Ces états d'exception dérogent à l'organisation et au fonctionnement ordinaire des pouvoirs publics et autorisent – provisoirement – la suspension de certaines garanties juridictionnelles, une restriction des libertés fondamentales et la suprématie de l'un des trois pouvoirs, en règle générale, le pouvoir exécutif⁹¹¹. Pour encadrer son utilisation, et vu les menaces qu'il fait peser sur le système constitutionnel, l'état d'exception est classiquement encadré par des garde-fous (repris aussi bien par la Constitution que par le droit international). Par exemple, on conçoit que certains droits fondamentaux soient indérogeables et que le régime d'exception ne puisse être maintenu que moyennant l'approbation périodique d'une assemblée élue.

241. - Dictature romaine – La consécration d'un état d'exception ne date pas de l'État moderne ; on en trouve des traces du temps de la République romaine. Vers 501 avant notre ère, soit quelques années après la chute des derniers rois, les consuls, sur avis du Sénat (*senatus consultum*), nommaient, en cas de périls graves ou de troubles internes aigus, un *dictateur*⁹¹². Comme on le remarque, le terme 'dictateur' n'a pas toujours eu le sens qu'on lui prête aujourd'hui : il s'agit là d'un magistrat extraordinaire, d'ordre civil ou militaire, doté des pleins pouvoirs (*imperium*) pour effectuer une tâche précise et pour une durée n'excédant pas six mois⁹¹³. Les magistrats ordinaires, comme les Consuls, restent en fonction bien que subordonnés au dictateur. Ce dernier jouit par ailleurs d'une plus grande liberté pour proclamer le *justitium*, c'est-à-dire la suspension de toutes les activités civiles et judiciaires en cas de tumultes (*tumultus*) pour permettre la levée des armées, et ce sans autorisation préalable du Sénat (normalement nécessaire pour ce faire).

« Remède aux inconvénients de la collégialité »⁹¹⁴, la dictature est régulièrement utilisée jusqu'à la fin du III^e siècle avant Jésus-Christ, mais finit par tomber en désuétude. On lui préfère alors le *senatus consultum ultimum* – ou *senatus consultum de re publica defendenda* – grâce auquel le Sénat octroie aux magistrats – principalement les consuls – des pouvoirs semi-dictatoriaux si les circonstances l'exigent. Au I^{er} siècle avant Jésus-Christ, toutefois, Sylla est nommé dictateur, de

⁹⁰⁹ L.-A. SERRUT, « Une nouvelle catégorie politique dans les États de l'est de l'Union européenne », *Cités*, 2017, 70, pp. 135-160.

⁹¹⁰ Voy. F. SAINT-BONNET, *L'état d'exception*, Paris, P.U.F., 2001, 400 pages.

⁹¹¹ M. TROPER, *Le droit et la nécessité*, Paris, P.U.F., 2011, p. 99.

⁹¹² Voy. T. MOMMSEN, *Le droit public romain*, T. III, Paris, Ernest Thorin, 1891, pp. 161 à 197 et A. PIERRE-CAPS, « L'état d'exception dans la Rome antique », *Civitas Europa*, 2016, pp. 339 à 349.

⁹¹³ Humilité et dévouement au bien public sont des vertus attendues du dictateur. Il n'est dès lors guère surprenant que la figure semi-légitime de Cincinnatus incarne l'archétype genre. En 458 avant Jésus-Christ, il laboure son champs quand les envoyés du Sénat viennent le supplier d'accepter la dictature. Seize jours plus tard, après avoir résolu les crises qui ont ébranlé Rome et repoussé ses ennemis, il reprend paisiblement sa charrue.

⁹¹⁴ T. MOMMSEN, *Le droit public romain*, T. III, Paris, Ernest Thorin, 1891, p. 169.

même que César, dans un certain mépris des règles strictes qui encadrent classiquement la magistrature⁹¹⁵. Celle-ci ne survivra pas aux *Ides de mars* et à l'apparition de l'Empire.

242. - Exemples en droit positif – La Constitution de la V^e République française indique deux types d'état d'exception : l'état de siège, mentionné à l'article 36, et les pouvoirs exceptionnels du Président évoqués à l'article 16. En cas de crise, interne ou externe⁹¹⁶, cette dernière disposition prévoit une concentration des pouvoirs entre les mains du Chef d'État⁹¹⁷. L'article 16 n'a été appliqué qu'une seule fois, à savoir du 23 avril au 29 septembre 1961, après une tentative de coup d'état de quatre généraux en Algérie française. Si celui-ci s'est effondré au bout de trois jours, le Président De Gaulle a conservé ses droits exceptionnels cinq mois de plus. Depuis 2008, le Conseil constitutionnel a la possibilité de vérifier, au bout de trente jours, si les conditions ayant donné lieu à leur mise en œuvre sont toujours rencontrées. Un autre régime d'exception, l'état d'urgence, a été adopté en 1955 pendant la guerre d'Algérie⁹¹⁸. Décrété en Conseil des ministres, l'état d'urgence transfère des pouvoirs exceptionnels (des perquisitions, des assignations à résidence, des interdictions de manifester, etc.) à l'administration, en contournant de ce fait le pouvoir judiciaire. Récemment, l'état d'urgence a été appliqué en 2005, en raison d'émeutes dans les banlieues et, entre le 14 novembre 2015 et le 1^{er} novembre 2017, en raison des menaces d'attentats.

Un tel mécanisme d'urgence n'est pas du tout isolé dans le monde. Par exemple, l'article 80, chapitre IV, de la Constitution tunisienne de 2014 semble s'inspirer de son homologue française. En cas de péril imminent, le Président peut prendre des mesures extraordinaires. La Cour constitutionnelle joue un rôle similaire au Conseil constitutionnel français. Outre ce dispositif, un état d'urgence existe et se fonde sur le décret présidentiel n° 78-50 du 26 janvier 1978. Certains projets de loi (notamment le projet n°91-2018) visent à actualiser sa base juridique. À l'heure où ces lignes sont rédigées, l'état d'urgence est en vigueur en Tunisie depuis le 24 novembre 2015, immédiatement après un attentat terroriste⁹¹⁹.

243. - Une consécration ou une négation de l'État de droit ? – De nombreuses controverses entourent les régimes d'exception qui incarneraient, pour les uns, une violation des principes de l'État de droit⁹²⁰ alors qu'ils en seraient, pour les autres, une forme de prolongement. Pour ses partisans, l'état d'exception est précisément une réponse rapide à un péril immédiat par la suspension du droit commun et ce, paradoxalement, dans un canevas juridique. Il donne ainsi la possibilité aux autorités de sauvegarder l'existence même de l'État, tout en fixant des bornes claires aux agissements des acteurs concernés. De plus, un tel dispositif consoliderait une ligne de démarcation entre le 'commun' et l' 'exceptionnel', entre l' 'ordinaire' et l' 'extraordinaire'.

On ne peut pour autant nier que la mobilisation de l'état d'exception est susceptible d'avoir un impact profond et durable sur le droit ordinaire. Premièrement, sortir d'un état d'exception n'est pas chose aisée et représente même un risque politique potentiel pour les autorités publiques. Il suffit de songer aux critiques qui fuseraient si un attentat survenait au lendemain de la levée d'un état d'urgence précisément instauré pour des motifs de sécurité. Deuxièmement, il est évident que certaines personnalités ont été séduites par l'idée d'y recourir pour contourner sciemment les règles organisationnelles de l'État et centraliser les pouvoirs. Aussi, le risque de dérive d'un

⁹¹⁵ C. NICOLET, « La dictature à Rome », in : M. DUVERGER (dir.), *Dictature et légitimité*, Paris, P.U.F., 1982, p. 82.

⁹¹⁶ M. VOISSET, *L'article 16 de la Constitution du 4 octobre 1958*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1969, p. 14.

⁹¹⁷ F. SAINT BONNET, « Article 16 », in : F. LUCHAIRE, G. CONAC et X. PRÉTOT, *La Constitution de la République française - Analyses et commentaires*, 3^e édition, Paris, Economica, 2009, p. 526.

⁹¹⁸ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 instituant un état d'urgence et en déclarant l'application en Algérie (*J.O.* du 7 avril 1955).

⁹¹⁹ Jusqu'en septembre 2016, la prorogation de l'état d'urgence se fondait sur les articles 77 et 80 de la Constitution. Depuis le décret présidentiel n°2016-113 du 16 septembre 2016 portant déclaration de l'état d'urgence (*JORT* n° 75-76 des 13 et 16 septembre 2016), la référence à l'article 80 a été supprimée.

⁹²⁰ D. ROUSSEAU, « L'état d'urgence, un état vide de droit(s) », *C.E.R.A.S.*, « *Revue Projet* », 2006, p. 19.

régime d'exception, qui glisserait vers un *état d'exception permanent* et, finalement, vers l'autoritarisme, a donné lieu à une importante littérature.

L'expérience de Weimar a engendré plusieurs réflexions sur ce point⁹²¹. Après la première guerre mondiale, la jeune République (voy. supra XX) est confrontée à un climat de quasi-guerre civile. Dans ce contexte, marqué par les insurrections de la ligue *spartakiste* et aux tentatives de putsch de groupes d'extrême-droite, un article 48, octroyant des prérogatives de crise étendues au Président⁹²², est intégré dans la Constitution. Une telle disposition ne manquera pas d'être abondamment commentée par la doctrine allemande, en particulier par le juriste allemand et futur soutien du régime national-socialiste, Carl Schmitt⁹²³. Progressivement, l'article 48 va être mis en oeuvre de plus en plus fréquemment. À partir du début des années 30 et face aux troubles parlementaires, l'état d'exception est pratiquement continu. Sous l'œil peu défavorable de Schmitt, un glissement s'opère vers un présidentielisme de plus en plus autoritaire et, finalement, vers un État total où l'état d'urgence est rendu permanent sous la Croix gammée (voy. supra)⁹²⁴.

244. - Vers des politiques de l'exception – Les réflexions de la période de l'entre-deux guerres, en ce compris les pensées de Schmitt, ont connu un regain d'actualité, notamment à la suite des attentats du 11 septembre 2001 qui marqueraient, à suivre certaines plumes, une accélération des mutations des régimes libéraux⁹²⁵. Depuis lors, « un paradigme normal de gouvernement »⁹²⁶ se cristalliserait. Devant les dangers du terrorisme global, les États multiplient les législations « d'exception » – à l'instar du *Patriot act* américain – dans l'optique de garantir la sécurité à leurs populations, au sein desquelles, « [l]orsque le danger est suffisamment perçu comme imminent, les citoyens non dangereux se sentent si menacés par ceux qui sont dangereux que leur prévention contre les restrictions des libertés cèdent »⁹²⁷. Non seulement, il s'agit par ces réformes de donner à l'exécutif – en particulier aux forces de l'ordre et aux services de renseignement – une plus grande latitude pour identifier et neutraliser avec célérité la menace terroriste, mais aussi d'une distillation, dans le cadre juridique de droit commun, de mesures à l'origine d'urgence. *L'exceptionnel* se pérennise en somme⁹²⁸. Il serait pourtant inexact de limiter ce constat aux seuls États consacrant, d'une façon ou une autre, un système d'état d'exception.

⁹²¹ Voy. M. GOUPY, *L'état d'exception ou l'impuissance autoritaire de l'État à l'époque du libéralisme*, Paris, CNRS, 2016, 342 pages.

⁹²² Voy. M. DE WILDE, « The state of emergency in the Weimar Republic Legal disputes over Article 48 of the Weimar Constitution », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis/Revue d'Histoire du Droit/The Legal History Review*, 2010, pp. 135-158.

⁹²³ Aux yeux de Carl Schmitt, il existe deux types de *dictature*. La *dictature du commissaire* (*kommissarische Diktatur*) suspend la Constitution afin de la protéger contre une attaque qui menace de l'abolir. La *dictature souveraine* (*souveräne Diktatur*), par contre, entend instaurer un nouvel ordre en mettant fin, par son action, à son prédécesseur. La *dictateur souveraine* ne prend donc pas appui sur une Constitution en vigueur mais une Constitution à établir (C. SCHMITT, *La dictature*, Paris, Éditions du Seuil, 2000, 427 pages). Autrement dit, « la [dictature du commissaire agit] comme émanation d'un pouvoir constitué, la [dictature souveraine] comme organe d'un pouvoir constituant » (E. TRAVERSO, *1914-1945. La guerre civile européenne*, Paris, Hachette, 2009, p. 121). En outre, selon Schmitt, toujours en posture critique à l'égard du parlementarisme, est le véritable souverain celui qui, arbitrairement, proclame l'état d'exception (C. SCHMITT, *Théologie politique*, Paris, Gallimard, 1988, p. 15).

⁹²⁴ J.-P. FAYE, « Carl Schmitt, Göring et l'"État total" », in : Y. C. ZARKA, *Carl Schmitt ou le mythe du politique*, Paris, P.U.F., 2009, pp. 161 à 181.

⁹²⁵ Le concept de « libéralisme autoritaire » se veut ainsi descriptif d'un système libéral sur le plan économique et plus autoritaire sur le plan des libertés individuelles (H. HELLER, « Autoritärer Liberalismus », *Die Neue Rundschau*, 1933, pp. 289-298).

⁹²⁶ G. AGAMBEN, *État d'exception. Homo sacer*, III Paris, Éditions du Seuil, 2003, p. 18 ; voy. également B. MANIN, « The emergency paradigm and the new terrorism », in : S. BAUME et B. FONTANA (éd.), *Les usages de la séparation des pouvoirs*, Paris, Michel Houdiard, 2008, pp. 136-171.

⁹²⁷ A. GARAPON, « La lutte antiterroriste et le tournant préventif de la justice », 2008, p. 145.

⁹²⁸ Sur ce thème, voy. O. BEAUD et C. GUERIN-BARGUES, *L'État d'urgence : une étude constitutionnelle historique et critique*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2018, 204 pages.

B.- PARTICULARITES BELGES

245. - Plan de l'exposé – Au sein de l'État belge, l'action des autorités publiques est encadrée par des règles de droit. Le modèle de l'État de droit trouve à s'appliquer au cas particulier du Royaume de Belgique.

Sur le plan formel, les normes juridiques sont de plusieurs types et sont structurées selon un modèle hiérarchique de sorte que chaque norme d'un niveau donné doit être conforme aux normes de tous les niveaux supérieurs. Nous examinerons cela dans la première section. En outre, le respect de la hiérarchie des normes est assuré par des mécanismes de contrôle et des juridictions chargées de garantir la conformité des règles. Il s'agit là de l'objet de la seconde section.

D'un autre côté, sur le plan matériel, les normes du Royaume, comme nous tentons de l'aborder à l'occasion des autres chapitres, organisent un système parlementaire, prévoient des élections périodiques des gouvernants, structurent la séparation et l'exercice des pouvoirs. En cela, la Belgique répond à la majorité des critères classiques de l'État de droit dans son acception matérielle. En sus, certaines libertés fondamentales, censées être à l'abri des atteintes des autorités publiques, sous réserve de l'intervention du pouvoir constituant lui-même, sont consacrées à l'avantage des citoyens et résidents.

Les lignes qui suivent peuvent donner l'impression que l'on ne se concentre que sur l'aspect formel de l'État de droit en Belgique. Notre objectif est, dans une approche positiviste, de présenter les recours juridictionnels qui s'offrent aux citoyens dès lors l'État de droit implique des mécanismes de contrôles de l'action du gouvernant, peu importe la nature et le contenu de celle-ci. Nous étudierons plus en avant la portée des droits fondamentaux consacrés en Belgique, par le droit interne et par le droit international, dans un chapitre ultérieur.

1) La pyramide des normes en Belgique

246. - Hiérarchisation des normes belges – Nous allons à présent nous intéresser à « l'ensemble des règles générales de conduite (essentiellement) édictées par les autorités auxquelles l'ordre juridique reconnaît cette compétence »⁹²⁹. Les règles de droit applicables en Belgique sont revêtues d'une force juridique variable en fonction de la place qu'elles occupent dans l'ordre juridique. Les sources législatives sont ordonnées selon un principe de hiérarchie, qui permet de déterminer leur validité et d'assurer la cohérence du système.

⁹²⁹ A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, 2^e éd., Bruxelles, Publ. F.U.S.L., 2000, p. 29.

Nous nous concentrons à ce stade sur les normes de droit *interne* et excluons, par conséquent, les normes du droit international (comme les traités) et les normes de droit européen (c'est-à-dire les traités européens, les règlements et les directives)⁹³⁰.

247. - Constitution – Au sommet de la pyramide se trouve la Constitution au sens formel du terme qui, comme nous le savons, fixe la charpente juridique de l'État. La constitution garantit également aux citoyens un certain nombre de droits fondamentaux. Toutes les normes inférieures doivent la respecter, quelle que soit leur nature et quel que soit leur auteur, peu importe donc qu'il s'agisse de l'Autorité fédérale, d'une entité fédérée ou encore d'une collectivité locale. C'est pour cela qu'on peut affirmer que la Constitution au sens formel est la norme suprême de l'ordre juridique belge, comme nous l'avons expliqué dès le chapitre 2.

Figurent également au sommet de la pyramide des normes deux décrets constitutionnels adoptés par le Congrès national, à savoir les décrets du 18 novembre 1830 de proclamation de l'indépendance de la Belgique et celui du 24 novembre 1830 sur l'exclusion « à perpétuité » de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique.

248. - Normes législatives – À l'étage inférieur, juste en dessous de la Constitution, nous trouvons les normes législatives, tant fédérales que fédérées.

Les normes fédérales englobent les lois ordinaires et les lois spéciales, c'est-à-dire les lois adoptées par le Parlement fédéral par les majorités renforcées prévues par l'article 4 de la Constitution et qui portent généralement sur les compétences et l'organisation de l'État fédéral⁹³¹.

En vertu du principe d'équipollence des normes, les normes législatives fédérées, les décrets et les ordonnances⁹³² adoptées par les Communautés, les Régions, la COCOM et la COCOF (en vertu de l'article 138 de la Constitution), occupent le même rang hiérarchique que les lois fédérales. Dans l'ordonnancement des règles belges, les ordonnances bruxelloises présentent toutefois des particularités en ce qui concerne leur contrôle par rapport aux normes supérieures, ce qui revient à les placer en deçà des autres normes législatives.

On retrouve également à l'étage des normes législatives les accords de coopération législatifs, c'est-à-dire les conventions internes qui lient différentes

⁹³⁰ Notons également qu'aux différents étages, on peut retrouver des règles coutumières, non-écrites mais bien obligatoires, qui s'appliquent surtout dans le silence des textes.

⁹³¹ Voy. *supra*, chapitre 4.

⁹³² Nous pouvons également rappeler que certaines entités fédérées, à savoir la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté française, la Région de Bruxelles-Capitale et la Communauté germanophone, jouissent d'une certaine *autonomie constitutive*. Elles peuvent donc modifier certaines règles qui concernent leur fonctionnement institutionnel. Dans ce cadre, elles adoptent des décrets *spéciaux* ou, pour la Région de Bruxelles capitale, des ordonnances spéciales. De telles normes spéciales exigent, pour leur adoption, la réunion d'un *quorum* de deux tiers et que le texte proposé recueille une majorité de deux tiers des voix. Une subtilité complémentaire pour le cas bruxellois : l'adoption d'une ordonnance spéciale requiert une adoption à la majorité de chaque groupe linguistique du Parlement régional bruxellois.

entités de la Belgique fédérale. Notons que ces accords ne peuvent être modifiés que moyennant l'accord des parties qui les ont conclus.

Enfin, il faut également y inclure les *arrêtés-lois*. Pour rappel⁹³³, il s'agit de mesures de portée législative⁹³⁴, adoptée au nom de l'état de nécessité et du principe de continuité de l'État durant les deux guerres mondiales⁹³⁵.

249. - Normes exécutives et administratives – Les normes adoptées par les pouvoirs exécutifs, par les administrations qui en dépendent ou encore par les organes des pouvoirs locaux occupent le rang inférieur de la hiérarchie. Dans cette catégorie, on trouve notamment les règlements et les arrêtés qui émanent du Roi, des gouvernements des Communautés et des Régions et des diverses autorités administratives. Il peut s'agir soit de règlements, qui contiennent des normes à portée générale et abstraite, soit de décisions individuelles, qui s'adressent à des destinataires déterminés ou déterminables, c'est-à-dire à une ou plusieurs personnes en particulier.

Par ailleurs, quand elle adopte une mesure précise, l'administration se doit de respecter les règles générales de conduite qu'elle s'est imposée pour réglementer sa propre activité.

250. - Décisions des juridictions – On peut considérer que les décisions des juridictions occupent le rang le plus bas de la hiérarchie des normes, dans la mesure où les juridictions doivent, lorsqu'elles tranchent un litige, appliquer et respecter l'ensemble des règles de droit en vigueur, y compris en principe les normes exécutives et administratives. Comme nous l'avons expliqué au chapitre 6, l'office du juge consiste à qualifier les faits qu'on lui présente, à identifier les règles de droit qui y sont applicables et à en déduire la décision qui s'impose.

Les décisions des juridictions s'appliquent en principe *in casu*, c'est-à-dire aux personnes qui sont parties au litige que la juridiction doit trancher⁹³⁶. Elles n'ont pas vocation – contrairement aux normes législatives (et aux normes exécutives de nature réglementaire) – à s'appliquer à l'ensemble de la population. Toutefois, il convient de nuancer le propos en considérant que, dans la pratique, la décision prise par une juridiction dans une affaire donnée peut exercer une influence considérable sur la décision qui sera prise dans une autre affaire. Les juridictions se réfèrent en effet souvent à d'autres décisions pour appuyer la motivation de leurs jugements et arrêts.

A l'inverse des sources juridiques que nous avons énumérées dans les points précédents, la jurisprudence n'a, officiellement, pas de valeur juridique en tant

⁹³³ Voy. le chapitre 6 relatif à la séparation et à l'équilibre des pouvoirs.

⁹³⁴ *Pasicrisie*, 1919, I, 9 et *Pasicrisie* 1945, I, 65

⁹³⁵ Voy. C. BEHRENDT, « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel – La Cour constitutionnelle et le contrôle de la constitutionnalité des arrêtés-lois de temps de guerre, des arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires et des décrets du Congrès national », *Revue de Droit de l'ULg*, 2007, pp. 537-542.

⁹³⁶ Voy. Cass., 12 avril 1994, *Pas.*, I, 360 ; Cass., 24 juin 1998, *Pas.*, I, 337.

que telle, mais elle constitue une source dite *persuasive*. Par *jurisprudence*, il faut comprendre :

« l'ensemble des décisions rendues par les juridictions c'est-à-dire les institutions chargées de trancher, sur la base des exigences de la règle de droit, les conflits qui leur sont soumis »⁹³⁷.

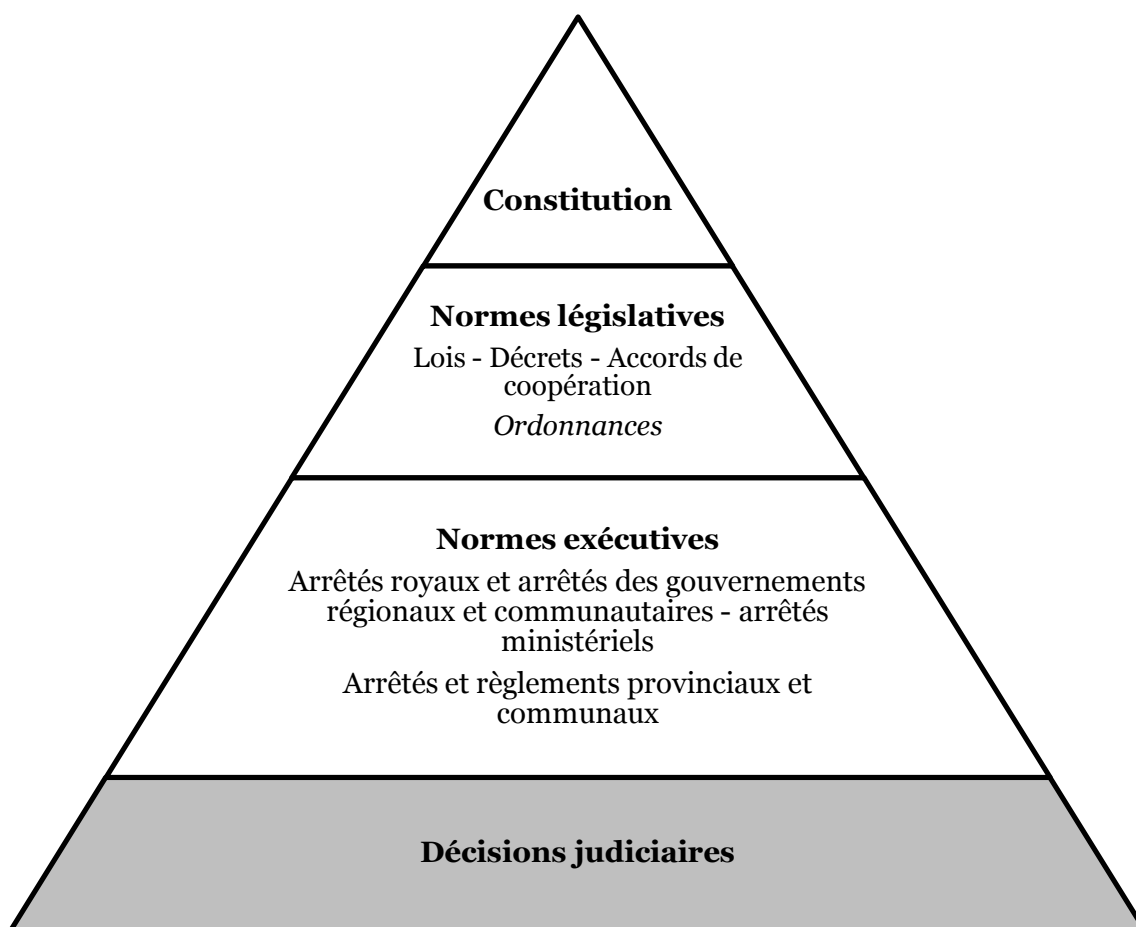
En principe, il n'est pas permis aux juridictions de fonder leurs décisions sur la jurisprudence. Leurs décisions doivent s'appuyer sur les normes constitutionnelles, législatives, exécutives ou administratives pertinentes, pas sur d'autres jugements ou arrêts. Ce principe est tiré de l'article 6 du Code judiciaire, qui prévoit que les juges ne peuvent se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises⁹³⁸. Le précédent judiciaire (c'est-à-dire la décision juridictionnelle antérieure) n'a pas de force contraignante pour l'avenir. Cependant, en pratique, les décisions prises dans d'autres affaires (éventuellement par d'autres juridictions) peuvent être des sources d'inspiration précieuses. Il n'est pas rare que des décisions juridictionnelles apportent un éclairage ou une précision sur l'interprétation à donner à une règle de droit, et que cela soit repris par d'autres juridictions lorsqu'elles ont à mettre en œuvre les mêmes règles, dans des affaires similaires. Par ailleurs, les juridictions sont spécialement enclines à suivre la jurisprudence développée par les juridictions supérieures et à s'aligner sur leur manière d'interpréter et d'appliquer les règles de droit⁹³⁹. En effet, une juridiction qui, *a contrario*, prend une décision en décalage avec la jurisprudence des juridictions supérieures prend le risque de voir cette décision réformée en appel ou cassée par la Cour de cassation.

251. - Vue schématique – Les règles de droit applicables en Belgique peuvent se présenter schématiquement et grossièrement de la manière suivante :

⁹³⁷ A. DE THEUX, I. KOVALOVSKY et N. BERNARD, *Précis de méthodologie juridique. Les sources documentaires du droit*, 2e éd., Bruxelles, Publ. F.U.S.L., 2000, p. 433, n° 329.

⁹³⁸ Voy. également l'article 23 du Code judiciaire.

⁹³⁹ Cass, 12 décembre 1985, *Pas.*, 1986, I, p. 466.



252. - Notion de *visa administratif* – Dans les textes des différentes normes, l'on retrouve dans certains ordres juridiques et pour certains types de normes, une mention qui fait explicitement référence à la règle du rang supérieur en vertu de laquelle la norme est adoptée. Il s'agit donc d'une référence à la disposition sur laquelle l'autorité s'appuie pour adopter un acte. Situés en tête d'une loi, d'une ordonnance ou encore d'un arrêté, le *visa* est précédé de la locution « vu ».

En Belgique, lorsque le titulaire du pouvoir exécutif édicte une norme, il doit ainsi indiquer sur quelle norme supérieure il se fonde. On l'appelle dans ce cadre '*visa administratif*'. Après l'en-tête, un paragraphe *visé* en effet les dispositions de loi, de décret ou d'ordonnance qui se rapporte à l'objet de l'arrêté⁹⁴⁰.

Toutefois, l'absence de ce *visa* n'est pas de nature à entraîner automatiquement l'annulation de l'acte⁹⁴¹. Certes, tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, mais l'absence de l'indication explicite des motifs de droit ne conduit à l'annulation

⁹⁴⁰ C. DE BROUCKERE et F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, T. II, Bruxelles, Weissenbruch Père, 1834, p. 352.

⁹⁴¹ Voy. C.E., 29 juin 2001, arrêt *Buelens c/Gouverneur de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale*, n° 97.246 ; C.E., 24 mai 1996, arrêt *Preud'homme c/Ville de Liège*, nos 59.788 et 59.789 ; C.E., 4 novembre 2010, arrêt *Schoonbroodt c/Région wallonne*, n° 208.658.

d'un acte administratif que pour autant que le fondement légal n'ait pu être identifié par les destinataires⁹⁴².

En guise d'illustration, nous nous sommes permis de mettre en évidence le visa indiqué de l'arrêté royal du 9 décembre 2010 accordant une indemnité pour l'utilisation de la bicyclette aux militaires⁹⁴³ :

BELGISCH STAATSBLAD — 15.12.2010 — MONITEUR BELGE	77423
MINISTERIE VAN LANDSVERDEDIGING N. 2010 — 4129 [C – 2010/07300]	MINISTERE DE LA DEFENSE F. 2010 — 4129 [C – 2010/07300]
9 DECEMBER 2010. — Koninklijk besluit houdende toekenning van een vergoeding voor het gebruik van de fiets aan de militairen	9 DECEMBRE 2010. — Arrêté royal accordant une indemnité pour l'utilisation de la bicyclette aux militaires
ALBERT II, Koning der Belgen, Aan allen die nu zijn en hierna wezen zullen, Onze Groet.	ALBERT II, Roi des Belges, A tous, présents et à venir, Salut.
<p>Gelet op de wet van 20 mei 1994 betreffende de geldelijke rechten van de militairen, artikel 11bis, eerste lid, ingevoegd bij de wet van 27 maart 2003;</p> <p>Gelet op het koninklijk besluit van 20 april 1999 houdende toekenning van een vergoeding voor het gebruik van de fiets aan de personeelsleden van sommige overheidsdiensten, artikel 1;</p> <p>Gelet op het ministerieel besluit van 5 augustus 1999 tot regeling van de toepassing van het koninklijk besluit van 20 april 1999 houdende toekenning van een vergoeding voor het gebruik van de fiets aan de personeelsleden van sommige federale overheidsdiensten op de militairen die zich buiten het nationaal grondgebied bevinden;</p> <p>Gelet op het protocol van onderhandelingen van het Onderhandelingscomité van het militair personeel, gesloten op 29 juni 2010;</p> <p>Gelet op het advies van de inspecteur van Financiën, gegeven op 12 juli 2010;</p> <p>Gelet op de akkoordbevinding van de Staatssecretaris voor Begroting, d.d. 17 augustus 2010;</p> <p>Gelet op de akkoordbevinding van de Minister van Ambtenarenzaken, d.d. 31 augustus 2010;</p> <p>Gelet op het advies 48.764/4 van de Raad van State, gegeven op 27 oktober 2010, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1^o, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;</p> <p>Op de voordracht van de Minister van Ambtenaarzaken en van de Minister van Landsverdediging,</p> <p style="text-align: center;">Hebben Wij besloten en besluiten Wij :</p> <p>Artikel 1. Dit besluit is van toepassing op de militair in werkelijke dienst.</p> <p>Art. 2. § 1. De militair die voor de verplaatsing van zijn verblijfplaats naar zijn plaats van het werk, en omgekeerd, gebruik maakt van zijn fiets, heeft, wanneer hij voor een traject in één richting ten minste één kilometer aflegt, recht op een fietsvergoeding van 0,20 euro per afgelegde kilometer. Met een fiets wordt gelijkgesteld, een rolstoel of een ander niet-motorisch aangedreven licht vervoermiddel.</p> <p>Het fietsen mag voorafgaan aan of volgen op aanvullend gebruik van de gemeenschappelijke openbare vervoermiddelen. De vergoeding mag evenwel nooit gecumuleerd worden met een tegemoetkoming in de kosten van openbaar vervoer voor hetzelfde traject en tijdens dezelfde periode.</p> <p>§ 2. De militair bedoeld in § 1, eerste lid, dient een aanvraag voor het bekomen van de fietsvergoeding in bij zijn korpscommandant of de overheid die deze bevoegdheid uitoefent, hierna genoemd "de korpscommandant".</p>	<p>Vu la loi du 20 mai 1994 relative aux droits pécuniaires des militaires, l'article 11bis, alinéa 1^{er}, inséré par la loi du 27 mars 2003;</p> <p>Vu l'arrêté royal du 20 avril 1999 accordant une indemnité pour l'utilisation de la bicyclette aux membres du personnel de certains services publics, l'article 1^{er};</p> <p>Vu l'arrêté ministériel du 5 août 1999 réglant l'application de l'arrêté royal du 20 avril 1999 accordant une indemnité pour l'utilisation de la bicyclette aux membres du personnel de certains services publics fédéraux aux militaires qui se trouvent à l'extérieur du territoire national;</p> <p>Vu le protocole de négociation du Comité de négociation du personnel militaire, conclu le 29 juin 2010;</p> <p>Vu l'avis de l'Inspecteur des Finances, donné le 12 juillet 2010;</p> <p>Vu l'accord du Secrétaire d'Etat au Budget, donné le 17 août 2010;</p> <p>Vu l'accord du Ministre de la Fonction publique, donné le 31 août 2010;</p> <p>Vu l'avis 48.764/4 du Conseil d'Etat, donné le 27 octobre 2010, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;</p> <p>Sur la proposition de la Ministre de la Fonction publique et du Ministre de la Défense,</p> <p style="text-align: center;">Nous avons arrêté et arrêtons :</p> <p>Article 1^{er}. Le présent arrêté est applicable au militaire en service actif.</p> <p>Art. 2. § 1^{er}. Le militaire qui utilise sa bicyclette pour effectuer un déplacement de sa résidence à son lieu de travail, et vice versa, a droit, lorsqu'il parcourt au moins un kilomètre pour un trajet dans un sens, à une indemnité de bicyclette de 0,20 euro par kilomètre parcouru. Est assimilé à la bicyclette un fauteuil roulant ou un autre moyen de transport léger non motorisé.</p> <p>L'utilisation de la bicyclette peut précéder ou être postérieure à l'utilisation complémentaire des transports en commun publics. L'indemnité ne peut toutefois jamais être cumulée avec une intervention dans les frais de transports publics pour le même trajet et au cours de la même période.</p> <p>§ 2. Le militaire visé au § 1^{er}, alinéa 1^{er}, introduit une demande d'obtention de l'indemnité de bicyclette auprès de son chef de corps ou de l'autorité qui en exerce les attributions, ci-après dénommé "le chef de corps".</p>

253. - Régime d'exception en Belgique – Si l'article 167 de la Constitution belge mentionne bien l'existence d'un 'état de guerre', elle ne consacre pas de système à rapprocher de celui prévu à l'article 16 de la Constitution française. Par

⁹⁴² C.E., 28 mai 2003, arrêt *XXX c/EB*, n° 120.079 ; C.E., 21 octobre 2008, arrêt *Leloup c/EB*, n° 187.228.

⁹⁴³ *Moniteur belge* du 15 décembre 2010.

crainte des abus⁹⁴⁴ et inspirée par un « postulat libéral de confiance »⁹⁴⁵, la Constitution du Royaume précise, en son article 187, que « [l]a Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie ». La Belgique a toutefois connu des situations d'urgence qui l'ont amenée à trouver des aménagements à la prise de décision⁹⁴⁶, comme par exemple l'adoption des arrêtés-lois en temps de guerre (voy. *supra*) et la pratique des pouvoirs spéciaux attribués au Roi.

2) *Le contrôle du respect de la hiérarchie des normes*

254. - Contrôle juridictionnel – La hiérarchie des normes que nous avons présentée à la section précédente ne serait qu'une idée juridiquement vaine, si elle n'était pas accompagnée de mécanismes qui permettent de vérifier si les normes juridiques respectent effectivement celles qui leur sont hiérarchiquement supérieures. En pratique, d'assez nombreuses techniques permettent d'exercer un tel contrôle. On peut notamment penser aux recours internes, organisés⁹⁴⁷ ou non au sein de l'administration⁹⁴⁸ ou au contrôle de tutelle administrative exercé par les entités régionales sur des autorités publiques décentralisées⁹⁴⁹, c'est-à-dire en particulier sur les communes et les provinces. Nous n'étudierons pas ces mécanismes dans le détail. Le plan que nous proposons de suivre est articulé sur les catégories de normes dont le contrôle est envisagé. Nous aborderons d'abord le contrôle des normes législatives et le rôle que la Cour constitutionnelle joue à cet égard (a), avant de poursuivre avec le contrôle des normes exécutives et administratives, ce qui nous amènera à traiter de la compétence du Conseil d'État, mais aussi de l'exception d'illégalité (b). Enfin, dans la dernière partie de

⁹⁴⁴ C. HUBERLANT, « État de siège et légalité d'exception en Belgique », in : *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude juridique du règlement des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 401.

⁹⁴⁵ F. DELPÉRÉE et M. VERDUSSEN, « Table ronde – Lutte contre le terrorisme et protection des droits fondamentaux: Belgique », *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, vol. XVIII, 2003, p. 96.

⁹⁴⁶ J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », in : E. Vandenbossche (éd.), *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Bruges, die Keure, 2019, pp. 1-49 et X. MINY et Q. PIRONNET, « 'Ceci n'est pas un état d'urgence' Analysis of the Belgian Legal Framework for the Fight against Terrorism », in : O. BALLER (éd.), *Violent Conflicts, Crisis, State of Emergency, Peacebuilding*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag GmbH, 2019, pp. 131-160.

⁹⁴⁷ K. WAUTERS, « Het administratief beroep : algemeen kader », in : K. WAUTERS (ed.), *Het administratief beroep*, Maklu, Antwerpen, 2008, pp. 280 et s.

⁹⁴⁸ R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Les principes généraux applicables aux recours administratifs », in : P. NIHOUL (sous la dir. de), *L'administration contestée. Les recours administratifs*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp 1-50.

⁹⁴⁹ P. GOFFAUX, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 267. : « Par tutelle, il convient d'entendre le contrôle opéré par ou en vertu d'un texte à portée législative, qui pèse sur une autorité administrative décentralisée territorialement ou par service et qui autorise une autorité supérieure, dite de tutelle, de vérifier, dans le respect de l'autonomie de la personne décentralisée, si les actes qu'elle pose sont conformes à la loi au sens large et à l'intérêt général ».

la section, notre attention se portera sur le contrôle des décisions juridictionnelles et, en particulier, sur le rôle de la Cour de cassation en tant que juridiction judiciaire suprême (c).

a) Le contrôle de la conformité des normes législatives – la Cour constitutionnelle

255. - Origine de la juridiction constitutionnelle dans la fédéralisation– L’instauration d’un système de contrôle des normes législatives est relativement récente. La Belgique s’est dotée d’une juridiction constitutionnelle après que la transformation de l’État unitaire en État fédéral ait commencé. Cette évolution des institutions belges a en effet rendu nécessaire la création d’un organe chargé de trancher les conflits de compétence entre les désormais multiples législateurs⁹⁵⁰. Auparavant, la constitutionnalité des normes législatives était présumée⁹⁵¹, en vertu du principe de séparation des pouvoirs⁹⁵².

Il n’était d’ailleurs pas question, en tout cas à l’origine, de créer une juridiction constitutionnelle généraliste, c’est-à-dire une juridiction compétente pour vérifier si les normes législatives (voire infra-législatives) sont conformes aux dispositions de la Constitution. Les autorités politiques étaient réticentes à l’idée de confier à des juges la mission considérable d’apprécier la conformité des lois à des règles hiérarchiquement supérieures⁹⁵³. C’est donc une juridiction spécifique, avec des compétences limitées, qui a été consacrée dans l’article 142 de la

⁹⁵⁰ P. MARTENS, « Le rôle de la Cour d’arbitrage dans l’édification du fédéralisme en Belgique », *R.B.D.C.*, 2003, pp. 3-12. Voy. également A. VAN WELKENHUYZEN, « L’attribution de pouvoirs spéciaux et le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois », *J.T.*, 1974, p. 601 et s. et J. VELU et A. VAN WELKENHUYZEN, « Le contrôle de la conformité des normes ayant force de loi aux règles redistribuant le pouvoir législatif », *A.P.T.*, 1980, pp. 93-158.

⁹⁵¹ Ch. HUBERLANT et Ph. MAYSTADT, « Exemples de lois taxées d’inconstitutionnalité », in : *Actualité du contrôle juridictionnel des lois*, Bruxelles, Larcier, 1973, p. 444.

⁹⁵² Voy. P. WIGNY, *Droit constitutionnel, Principes et droit positif*, Bruxelles, 1952, p. 196 et, pour une approche historique, J. STENGERS, « Autour d’un centenaire : les tribunaux belges et le contrôle de la constitutionnalité des lois », *Revue belge de Philologie et d’Histoire*, 1949, p. 679 et R. WARLOMONT, « Le pouvoir judiciaire devant la loi inconstitutionnelle », *Revue de droit belge*, 1927, p. 45.

⁹⁵³ Voy. J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, pp. 60-62 ; voy. également Fr. DUMON, « Het jurisdictioneel toetsingsrecht van de grondwettigheid der wetten », *R.W.*, 1989-1990, pp. 4-7 ; H. DUMONT, « Le contrôle de la Constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », in : P. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST, *Fonction de juger et pouvoir judiciaire: transformations et déplacements*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 131-132, pp. 71-174 et P. MARTENS, « Les cours constitutionnelles : des oligarchies illégitimes ? », in : *La République des Juges*, Liège, Éditions du Jeune Barreau de Liège, 1997, pp. 53-72.

Constitution⁹⁵⁴ par la révision constitutionnelle du 29 juillet 1980⁹⁵⁵ : la Cour d'arbitrage.

Les compétences de la Cour d'arbitrage ont toutefois progressivement évolué. La juridiction ne s'est pas cantonnée à un rôle d'arbitre des législateurs au sein du jeune système fédéral. À la suite d'initiatives jurisprudentielles et de modifications législatives, la Cour a acquis le pouvoir de contrôler l'ensemble des normes législatives par rapport à bon nombre de dispositions constitutionnelles. En outre, deux révisions constitutionnelles du 7 mai 2007 ont finalement remplacé la dénomination initiale de « Cour d'arbitrage » par celle de « Cour constitutionnelle »⁹⁵⁶, dans le but de faire mieux correspondre la dénomination de la juridiction à ses compétences réelles. Le développement du fédéralisme a donc induit la création d'une juridiction de type kelsénien⁹⁵⁷, habilitée à exercer un contrôle concentré de constitutionnalité relativement large.

256. - Composition de la Cour constitutionnelle – La Cour constitutionnelle est composée de douze juges nommés à vie. La composition de la Cour obéit, en vertu de l'article 31 du 6 janvier 1989 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, à une double exigence. D'un côté, elle est composée de six juges néerlandophones et de six autres, francophones⁹⁵⁸. D'un autre côté, chaque groupe linguistique doit comporter trois membres qui ont précédemment siégé dans une assemblée législative (fédérale ou fédérée). À l'origine de cette règle, on trouve la volonté d'éviter que le contrôle des normes législatives soit uniquement dans les mains de magistrats détachés de la vie parlementaire ; on a voulu, au contraire, intégrer une forme de conscience politique au sein de la Cour constitutionnelle⁹⁵⁹. L'autre moitié de chaque groupe linguistique doit être composée de personnes qui ont exercé des fonctions de magistrats dans d'autres hautes juridictions ou qui sont des experts juridiques.

257. - Normes contrôlées par la Cour constitutionnelle – Conformément à l'article 142 de la Constitution, seules les normes de rang législatif peuvent faire l'objet d'un contrôle par la Cour constitutionnelle. La Cour peut contrôler aussi bien les lois fédérales – ordinaires ou spéciales⁹⁶⁰ –, que les normes législatives des différentes entités fédérées (les décrets et ordonnances), y compris les

⁹⁵⁴ Le texte de l'actuel article 142 de la Constitution a été révisé le 15 juillet 1988 (*Moniteur belge* du 19 juillet 1988) pour préciser que la Cour devait être organisée par une loi spéciale. C'est en raison de cette révision que la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (*Moniteur belge* du 7 janvier 1989) encadre la Cour constitutionnelle.

⁹⁵⁵ *Moniteur belge* du 30 juillet 1980.

⁹⁵⁶ *Moniteur belge* du 8 mai 2007, et entrées en vigueur le 8 mai 2007.

⁹⁵⁷ Voy *supra*, la partie A du présent chapitre.

⁹⁵⁸ La loi spéciale précise qu'un juge au moins doit avoir une connaissance suffisante de l'allemand.

⁹⁵⁹ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, n° 483/2, p. 2.

⁹⁶⁰ Voy. par exemple C.A., arrêt n° 35/2003 du 25 mars 2003 et C. const., arrêt n° 8/90 du 7 février 1990 ; C. const., arrêt n° 73/2014 du 8 mai 2014 ; C. const., arrêt n° 81/2015 du 28 mai 2015.

ordonnances de la COCOM⁹⁶¹ et les décrets de la COCOF votés à la suite de l'application du mécanisme prévu à l'article 138 de la Constitution⁹⁶² (c'est-à-dire le transfert de l'exercice de compétences depuis la Communauté française vers la Région wallonne et vers la COCOF pour ce qui concerne Bruxelles).

La compétence de la Cour ne dépend pas du contenu de la norme. Autrement dit, elle peut contrôler les normes législatives, quelle que soit leur objet : elle peut par exemple analyser une disposition du Code pénal, une norme répartitrice de compétences⁹⁶³, un article du budget général des dépenses⁹⁶⁴ ou encore une norme interprétative⁹⁶⁵.

En revanche, les normes et actes qui ne sont pas produits par un pouvoir législatif sont clairement exclus du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle : c'est le cas des dispositions constitutionnelles elles-mêmes⁹⁶⁶ et des normes exécutives et administratives⁹⁶⁷.

258. - Normes de référence de la Cour constitutionnelle – La Cour juge la conformité des normes législatives par rapport à deux catégories de normes.

- Certaines dispositions de la Constitution au sens formel du terme, à savoir les articles 8 à 32 (qui forment le Titre II de la Constitution consacré aux droits fondamentaux), ainsi que les articles 170 – qui consacre le principe de légalité en matière fiscale –, 172 – relatif, en ce qui le concerne, au principe d'égalité en matière fiscale –, et 191 – cette disposition étend les protections constitutionnelles aux personnes étrangères – de la Constitution⁹⁶⁸. Depuis 2014⁹⁶⁹, la Cour constitutionnelle vérifie

⁹⁶¹ Voy. C.A., arrêt n° 190/2005 du 14 décembre 2005 ; C. const., arrêt n° 6/2014 du 23 janvier 2014 et H. SIMONART, « Les règles bruxelloises », in : *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 193-196.

⁹⁶² Voy. C.A., arrêt n° 31/95 du 4 avril 1995 ; C.A., arrêt n° 45/95 du 6 juin 1995.

⁹⁶³ Voy. ainsi C.A., arrêt n° 8/90 du 7 février 1990, *R.R.D.*, 1990, p. 163 note X. DELGRANGE, « La Cour d'arbitrage enfonce un coin dans le bloc de constitutionnalité organisant la répartition des compétences législatives », *J.T.*, 1990, p. 358, note R. ERGEC, « Des fissures dans le bloc de constitutionnalité » ; E. CEREXCHE, « Le contrôle de constitutionnalité des lois répartitrices de compétences », *R.R.D.*, 1990, p. 467 et s. ; G. VAN HAEGENDHOREN, « Een 'bijzonde' onschendbaarheid van de wet. Grondwettigheidsbeoordeling van wetten met een bijzondere dubbele meerdeheir door het arbitragehof », *R.W.*, 1989-1990, p. 424 et s.

⁹⁶⁴ Voy. ainsi C. const, arrêt n° 13/2014 du 29 janvier 2014 ; C. const., arrêt n°106/2014 du 10 juillet 2014 ; C. const, arrêt n° 30/2015 du 12 mars 2015.

⁹⁶⁵ C.A., arrêt n° 181/2006 du 29 novembre 2006, B.2.2. Un nouveau délai de recours nait contre la norme interprétée à la suite de la publication au *Moniteur belge* d'une norme interprétative.

⁹⁶⁶ C.A., arrêt n°8/90 du 7 février 1990 ; C.A., arrêt n°75/93 du 27 octobre 1993 ; C.A., arrêt n°90/94 du 22 décembre 1994 ; C.A., arrêt n°14/97 du 18 mars 1997.

⁹⁶⁷ La Cour constitutionnelle se déclare également incompétente pour contrôler un texte législatif que le Pouvoir constituant aurait explicitement et sans équivoque déclaré conforme aux prescrits constitutionnels. Voy. C.A., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, B.14.1 et B.14.2. Sur ce sujet, voy. également F. Bouhon, « L'immunisation des normes législatives par le choix du constituant », *Revue de la Faculté de Droit de l'Université de Liège*, 2015, pp. 618-637.

⁹⁶⁸ Voy. l'article 142, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, de la Constitution et la loi spéciale du 9 mars 2003 (*Moniteur belge* du 11 avril 2003).

⁹⁶⁹ Loi spéciale du 6 janvier 2014 (*Moniteur belge* du 31 janvier 2014).

également le respect du principe de loyauté fédérale consacré à l'article 143, §1^{er}, de la Constitution⁹⁷⁰.

- Les normes répartitrices de compétences⁹⁷¹, c'est-à-dire celles qui opèrent la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les Régions et les Communautés. On doit insister sur le fait que les normes qui relèvent de cette deuxième catégorie sont notamment des dispositions de la Constitution au sens formel, comme les articles 127, 128, 129 et 130, mais qu'il s'agit aussi de dispositions qui se trouvent *en dehors* de la Constitution au sens formel, tels les articles 4, 5 et 6 de la loi spéciale de réformes institutionnelles.

On remarque que la Cour constitutionnelle n'opère donc qu'un contrôle partiel de constitutionnalité des lois, des décrets et des ordonnances puisqu'un grand nombre d'articles de la Constitution ne font pas partie du bloc normatif à l'aune duquel elle contrôle les normes législatives. Toutefois, la Cour a étendu le spectre de son contrôle en usant de la méthode dite *combinatoire*⁹⁷². Sans vouloir détailler cette méthode, il s'agit de contrôler les normes législatives au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, qui expriment le principe d'égalité et de non-discrimination⁹⁷³ en combinant celui-ci avec des normes constitutionnelles qui ne relèvent pas directement de son champ de compétence ainsi qu'avec des normes de droit international⁹⁷⁴.

⁹⁷⁰ Voy. J. SAUTOIS, « Le concept de loyauté fédérale et la sixième réforme de l'État », in : E. VANDENBOSSCHE e.a. (sous la dir. de), *Evoluties in het Belgisch coöperatief federalisme – Évolutions dans le fédéralisme coopératif belge*, Bruges, Die Keure, 2013, pp. 79-100. Sur l'évolution de la notion de « loyauté fédérale », voy. A.-C. RASSON, « Le principe du 'vivre ensemble' : une épopée constitutionnelle – Réflexions autour de la loyauté fédérale et de son intégration dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2012, pp. 25-75

⁹⁷¹ Voy. l'article 142, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Constitution. Il s'agit là des règles qui sont établies par la Constitution ou en vertu de celle-ci pour déterminer les compétences respectives de l'État, des Communautés et des Régions » appartiennent aussi bien au niveau constitutionnel qu'au niveau législatif, voire réglementaire (C.A., arrêt n° 39/97 du 14 juillet 1997, B.4.3). Aux termes de l'article 30bis de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, sont également considérées comme règles répartitrices de compétences la concertation, l'association, la transmission d'informations, les avis, les avis conformes, les accords, les accords communs et les propositions prévus par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, à l'exception des accords de coopération visés à l'article 92bis de ladite loi, ainsi que par la loi spéciale du 16 janvier 1989 sur le financement des Communautés et Régions ou par toute autre loi qui aurait trait en vertu de la Constitution aux répartitions et au financement des entités fédérées.

⁹⁷² C.A. arrêt n° 136/2004, 22 juillet 2004. Voy. J. THEUNIS, « De toetsing door het Arbitragehof aan de grondrechten », in : A. ALEN et P. LEMMENS, *Staatsrecht, Themisvormingsonderdeel 36*, Bruges, die Keure, 2006, 27-46

⁹⁷³ Voy. en particulier l'arrêt n° 23/89, dit *Biorim*, du nom de la société requérante de laboratoire de biologie et de radio-immunologie clinique, rendu le 13 octobre 1989 par la Cour d'arbitrage.

⁹⁷⁴ La Cour fait également usage désormais de la méthode conciliatoire qui lui permet de s'inspirer du droit international pour « interpréter » les normes constitutionnelles (M. VERDUSSEN, « Le droit de l'Union européenne jouit-il en Belgique d'une singularité constitutionnelle par rapport au droit international ? » in : L. BURGOGUE-LARSEN, E. DUBOUT, A. MAITROT DE LA MOTTE et S. TOUZÉ (sous la dir. de), *Les interactions normatives – Droit de l'Union européenne et droit international*, Paris, Pedone, 2012, pp. 87-105.

259. - Deux modes pour saisir la Cour constitutionnelle– Deux voies distinctes permettent de demander à la Cour constitutionnelle de contrôler la conformité d'une norme législative par rapport aux normes de référence. La première, le recours en annulation, est un contrôle direct opéré par la Cour, tandis que la seconde est une forme de contrôle incident, par le biais d'une question préjudicielle.

260. - Contrôle direct : le recours en annulation – La Cour constitutionnelle statue, par voie d'arrêt, sur les recours en annulation dirigé à l'encontre de toute ou partie d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.

Un recours en annulation peut être introduit par le Conseil des ministres ou l'un des gouvernements fédérés ou le président d'une assemblée législative, à la demande de deux tiers de ses membres. Outre ces requérants privilégiés⁹⁷⁵, une personne physique ou morale peut introduire un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle à la condition de présenter un intérêt, réel, actuel et légitime⁹⁷⁶. Autrement dit, la personne doit être affectée individuellement, directement et défavorablement par la norme attaquée.

Pour être recevables, les recours doivent être introduits dans un délai de six mois suivant la publication de la norme concernée au journal officiel de Belgique, le *Moniteur belge*⁹⁷⁷.

En complément d'un recours en annulation, il est également possible d'introduire une demande en suspension visant à éviter qu'entre l'introduction du recours et le prononcé de l'arrêt, la norme querellée cause au requérant un préjudice grave, difficilement réparable⁹⁷⁸.

Dans le cadre de cette procédure en *annulation*, la Cour constitutionnelle peut rendre deux types de décisions, selon qu'elle fait droit ou non à la demande du

⁹⁷⁵ On considère qu'ils sont privilégiés dans la mesure où ils ne doivent pas démontrer un intérêt : leur recours est présumé recevable.

⁹⁷⁶ Voy. C.A., arrêt n°100/2001, B.6.2. ; C.A., arrêt n°86/2002, B.2.1., B.2.5 ; C. const., arrêt n°40/2009, B.5

⁹⁷⁷ Voy. l'article 3, paragraphe 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle. Il convient de lire cet article en parallèle avec l'article 114 de la loi spéciale. Voy. aussi l'article 3bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 inséré par la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant refinancement des communautés et extension des compétences fiscales des Régions, pour les recours tendant à l'annulation d'un décret ou d'une ordonnance qui sont fondés sur la violation des articles 6, § 2, et 9, § 1^{er}, de la loi spéciale du 16 janvier 1989 relative au financement des communautés et des régions.

⁹⁷⁸ Voy. not. sur les demandes en suspension R. ANDERSEN, « De la suspension des lois et des décrets », in : R. ANDERSEN e.a. (sous la dir. de), *La Cour d'arbitrage – Actualités et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 111-119 ; Fr. TULKENS, « La procédure de suspension devant la Cour d'arbitrage (1989-1990) », *J.T.*, 1991, pp. 305-309 ; J.-Cl. SCHOLSEM, « Les demandes de suspension devant la Cour d'arbitrage », *Act. dr.*, 1992, pp. 1035-1058 ; G. ROSOUX, « Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le "Renouveau" électoral – La Cour d'arbitrage et la suspension », *R.B.D.C.*, 2003, pp. 13-68 ; J. SAUTOIS, « Saisir la Cour constitutionnelle d'une demande de suspension », in : P. MARTENS (sous la dir. de), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, C.U.P., vol. 131, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2012, pp. 55-83.

requérant. Dans le premier cas, il s'agit d'un arrêt d'annulation ; dans le second, d'un arrêt de rejet. L'annulation s'impose à tous (*erga omnes*) : la norme annulée disparaît de l'ordre juridique et est réputée n'avoir jamais existé⁹⁷⁹. Vu les changements profonds que l'annulation de la norme est susceptible de produire dans l'ordre juridique, le législateur spécial a prévu le pouvoir pour la Cour d'assortir son arrêt du maintien de certains effets de la disposition annulée⁹⁸⁰ soit de manière définitive, soit de manière provisoire pour le délai qu'elle détermine⁹⁸¹.

261. - Recours incident : la question préjudicielle – Au cours d'une procédure juridictionnelle, une juridiction de l'ordre judiciaire ou le Conseil d'État peut, s'il a un doute sur la constitutionnalité d'une norme législative, poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle⁹⁸². Ces juridictions ne pourraient pas elles-mêmes trancher la question de savoir si une norme législative est conforme aux normes de référence : seule la Cour constitutionnelle peut le faire.

Contrairement à ce qui vaut pour le recours en annulation, il n'existe aucun délai pour l'introduction d'une question préjudicielle devant la Cour. À la suite d'une telle question, posée par une juridiction, la Cour constitutionnelle a pu par conséquent se pencher sur des textes anciens, qui dataient parfois de la naissance de l'ordre juridique belge⁹⁸³, voire de bien avant la révolution de 1830⁹⁸⁴.

L'effet des décisions prises par la Cour sur question préjudicielle n'est pas le même que celles qui répondent aux recours en annulation. Dans le cadre du recours incident, la Cour constitutionnelle n'annule pas les normes : elle rend « un arrêt de réponse »⁹⁸⁵, déclaratoire, auquel le juge *a quo* est tenu de se conformer pour la solution du cas qui a entraîné la question préjudicielle, ainsi que toute juridiction appelée à statuer ultérieurement dans la même affaire⁹⁸⁶. Autrement dit, si la Cour constitutionnelle a jugé une norme législative inconstitutionnelle, le juge qui a posé la question et les juridictions appelées à

⁹⁷⁹ M.-Fr. RIGAUX, « L'effet rétroactif des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage et les effets de la norme annulée – Observations sur les principes de la loi du 10 mai 1985 relative aux effets des arrêts d'annulation rendus par la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 1986, pp. 589- 594

⁹⁸⁰ P. MARTENS, « Le rôle constitutionnellement politique du juge », in : *Justice et politique : je t'aime moi non plus...*, Actes du colloque du 25 avril 2008, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 61 et s.

⁹⁸¹ Article 8, alinéa 3, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

⁹⁸² Il suivra à cette fin les modalités de l'article 26, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

⁹⁸³ Voy. par exemple C.A., arrêt n°168/2006 du 8 novembre 2006.

⁹⁸⁴ Voy. C. COURTOY, « Le contrôle de la constitutionnalité des normes législatives antérieures à 1831 », in : *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 27-48.

⁹⁸⁵ J. VAN COMPERNOLLE et M. VERDUSSEN, « La réception des décisions d'une cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel – L'exemple de la Cour d'arbitrage de Belgique », *Cah. C. const.*, 2003, p. 87.

⁹⁸⁶ Voy. P. POPELIER, « De doorwerking van prejudiciële arresten van het Grondwettelijk Hof in de rechtspraak », *C.D.P.K.*, 2010, pp. 391-414.

statuer dans ce même dossier sont tenues d'écarter cette norme pour résoudre le litige en question⁹⁸⁷. Par contre, la norme subsiste bel et bien dans l'ordre juridique⁹⁸⁸. Cela étant dit, un nouveau délai de six mois naît pour introduire un recours en annulation.

A l'origine, la Cour ne pouvait pas moduler les effets dans le temps de ses arrêts dans le cadre d'une question préjudicielle (alors que nous avons vu que le maintien des effets est une possibilité explicitement prévue dans le cadre du recours en annulation). La Cour s'est toutefois attribuée ce droit en 2011⁹⁸⁹ et le législateur spécial a entériné cette pratique en modifiant l'article 28 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle⁹⁹⁰.

Notons enfin que la Cour ne se contente bien souvent pas de dire avec simplicité qu'une disposition législative viole ou ne viole pas la Constitution. Elle peut moduler le constat d'inconstitutionnalité et jouer avec les interprétations potentielles du texte en usant de diverses locutions qui indiquent qu'il n'y a de violation des normes de référence que « dans la mesure où », « sauf dans la mesure où », « en tant que »⁹⁹¹. Par conséquent, la juridiction constitutionnelle assure « un rôle qui n'est pas seulement d'empêchement, mais aussi d'encadrement et d'orientation: son contrôle lui permet en effet d'exercer une influence, directe ou indirecte, sur le contenu même de la loi »⁹⁹².

262. - Particularités propres aux ordonnances – Nous avons, à plusieurs reprises, précisé que les ordonnances occupaient un rang légèrement en deçà des autres normes législatives, c'est-à-dire des lois et des décrets. Cette affirmation provient, notamment, des modalités de contrôle. En effet, toute juridiction, à l'exception de la Cour constitutionnelle, est habilitée à vérifier la conformité des ordonnances à *toutes* les dispositions de la Constitution ou de la loi spéciale du 12 janvier 1989 sur les institutions bruxelloises dont la Cour constitutionnelle ne peut contrôler elle-même le respect, et à en refuser l'application en cas de contrariété⁹⁹³. Il s'agit là d'un contrôle *diffus*.

b) Le contrôle de la conformité des normes exécutives et administratives

263. - Principe de contentieux administratif – Il existe différentes méthodes pour opérer un contrôle de la conformité d'une norme exécutive ou administrative par rapport aux règles supérieures. Notre objectif est ainsi de présenter, dans les grandes lignes, les procédures qui encadrent le *contentieux administratif*, c'est-à-dire les règles qui garantissent le respect, par les pouvoirs

⁹⁸⁷ C.A., arrêt n° 62/2002 du 28 mars 2002, B.2.5.3 ; C. const., arrêt n° 39/2008 du 4 mars 2008, B.2.3, et C. const., arrêt n° 20/2009 du 5 mai 2009, B.4.

⁹⁸⁸ Voy. C.A., arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991, B.3.

⁹⁸⁹ Cour constit., arrêt n° 125/2011 du 7 juillet 2011.18

⁹⁹⁰ Loi spéciale du 25 décembre 2016 (*Moniteur belge* du 10 janvier 2017).

⁹⁹¹ P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers-Oxford, Intersentia, 2008, p. 365.

⁹⁹² F. HAMON et C. WIENER, *La loi sous surveillance*, Paris, Odile Jacob, 1999, p. 125.

⁹⁹³ Art. 9 et 69 de la Loi spéciale du 12 janvier 1989 ; voy. par exemple C.E., 10 septembre 1998, Front commun de groupements de défense de la nature, no 75.710, A.P., 1998, p. 201, rapport et avis I. KOVALOVSKY ; *J.T.*, 1999, p. 63, note D. LAGASSE ; *Amén.*, 1999, p. 55, note M. QUINTIN.

exécutifs et les administrations, du principe de la légalité et de la constitutionnalité de leurs actes⁹⁹⁴.

Dans ce contexte, on distingue le contrôle qui est opéré par les juridictions administratives, en particulier par le Conseil d'État, d'une part, du contrôle exercé par les juridictions judiciaires, c'est-à-dire par les cours et tribunaux.

1. Un contrôle relativement concentré : le Conseil d'État

264. - Un contrôle longtemps inconnu – Pendant une longue partie de l'histoire belge, il n'a pas existé de juridiction compétente pour annuler les normes illégales du pouvoir exécutif. En 1830-1831, le constituant originaire a repoussé l'idée d'un juge de l'administration qui « aux yeux des Belges, [...] apparaissait moins comme un tribunal administratif que comme un instrument de l'omnipotence royale »⁹⁹⁵. Toutefois, après la seconde guerre mondiale, la loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État est adoptée et change la donne⁹⁹⁶. Par la suite, l'arrêté royal du 12 janvier 1972⁹⁹⁷ coordonne l'ensemble des lois prises postérieurement à la création du Conseil d'État en adaptant les lois du 23 décembre 1946 : on parle dorénavant des *lois coordonnées sur le Conseil d'État*. Enfin, la révision constitutionnelle de 1993 a intégré le terme « juridiction administrative » dans la Constitution, à l'article 161. En outre, l'article 160 de la Constitution reconnaît à présent l'existence et les missions du Conseil d'État. C'est dire si le chemin a été sinueux...

265. - Une juridiction, deux chambres – Clef de voûte du contentieux administratif en Belgique⁹⁹⁸, le Conseil d'État est composé de 44 membres et est

⁹⁹⁴ J. SOHIER, *Manuel des procédures devant le Conseil d'État*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 1.

⁹⁹⁵ H. VELGE, *L'Institution d'un Conseil d'État en Belgique. Préparation des lois. Responsabilité des autorités publiques. Recours contre les excès de pouvoir*, Louvain, Université Catholique de Louvain, Société d'Etudes morales, sociales et juridique, 1930, p. 25.

⁹⁹⁶ *Moniteur belge* du 9 janvier 1947.

⁹⁹⁷ *Moniteur belge* du 21 mars 1973.

⁹⁹⁸ Il ne s'agit toutefois pas de la seule juridiction administrative. Nous pouvons en particulier mentionner le Conseil du contentieux des étrangers qui est une juridiction administrative créée par la loi du 15 septembre 2006 réformant le Conseil d'État et créant un Conseil du contentieux des étrangers (*Moniteur belge* du 8 octobre 2006). Il s'agit d'une juridiction particulièrement développée et spécialisée qui a été justifiée par l'engorgement massif des litiges relatifs au contentieux des étrangers au niveau du Conseil d'État. La compétence du Conseil du contentieux des étrangers est définie par l'article 39/2 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, telle que modifiée par la loi de 2006 (*Moniteur belge* du 31 décembre 1980). Le Conseil connaît non seulement des recours en annulation (contrôle de légalité) des décisions individuelles administratives prises en application de la loi du 15 décembre 1980, mais aussi, des recours en réformation (contrôle de pleine juridiction) des décisions du Commissaire général aux Réfugiés et aux Apatrides (C. COPPENS, « Conseil du contentieux des étrangers et juridictions civiles : Analyse comparée au regard de certaines garanties procédurales et de l'indépendance du juge », *A.P.T.*, 2012, p. 256).

constitué de deux sections : la section de législation et la section du contentieux administratif. La section de législation, déjà mentionnée au chapitre 6 relatif à la séparation et à l'équilibre des pouvoirs, est consultée lors de l'élaboration des normes des titulaires du pouvoir législatif, aux niveaux fédéral et fédéré, et de ceux du pouvoir exécutif au sein de la Belgique fédérale⁹⁹⁹. La section du contentieux administratif, qui retient notre attention ici, veille notamment à ce que les normes exécutives et administratives respectent les normes hiérarchiquement supérieures, c'est-à-dire les dispositions de la Constitution au sens formel, y compris les droits et libertés fondamentaux¹⁰⁰⁰, et l'ensemble des normes législatives fédérales, régionales et communautaires.

266. - Recours en annulation – La section du contentieux administratif du Conseil d'État est compétente pour annuler les actes administratifs et règlements entachés d'illégalité des diverses autorités administratives¹⁰⁰¹. La compétence d'annulation du Conseil d'État ne couvre cependant pas les cas où un autre recours est possible¹⁰⁰² ou lorsqu'un autre recours permet d'obtenir un résultat équivalent¹⁰⁰³ ou encore lorsque la loi organise une juridiction administrative *ad hoc* appelée à connaître du contentieux relatif à un ou plusieurs actes administratifs déterminés¹⁰⁰⁴.

Toute personne justifiant d'un intérêt¹⁰⁰⁵ peut demander à la section d'administration du Conseil d'État d'annuler un acte administratif illégal sur

⁹⁹⁹ L. J. WINTGENS, *De adviesbevoegdheid van de Raad van State. La compétence d'avis du Conseil d'État*, Bruges, La Charte, 2003, 226 pages. Voy. *supra*, chapitre 6.

¹⁰⁰⁰ D. YERNAULT et A. SCHAUS, « La protection des droits fondamentaux du justiciable devant le Conseil d'État : applications de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le contentieux administratif belge », in : B. BLERO (sous la dir. de), *Le Conseil d'État de Belgique cinquante ans après sa création (1946-1996) – Actes du colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul Tapie*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 531-591.

¹⁰⁰¹ Voy. l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Elle est également compétente pour annuler les actes administratifs des assemblées législatives ou de leurs organes, et des organes du pouvoir judiciaire, relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel, ainsi qu'au recrutement, à la désignation, à la nomination dans une fonction publique ou aux mesures ayant un caractère disciplinaire.

¹⁰⁰² Voy. par exemple C.E., 27 mars 2015, arrêt *s.a. Virgin express et s.a. Brussels Airlines*, n° 230.677.

¹⁰⁰³ C.E., 16 mars 2015, arrêt *Nzanana*, n° 230.517.

¹⁰⁰⁴ Remarquons toutefois que, en vertu de l'article 14, § 2, des lois coordonnées, la section statue également par voie d'arrêts sur les recours en cassation administrative introduits contre les décisions contentieuses rendues en dernier ressort par d'autres juridictions administratives.

¹⁰⁰⁵ Conformément à l'article 19, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, il faut que l'annulation représente un avantage direct, certain, actuel et légitime pour le requérant (C.E., 17 novembre 2008, arrêt *Coomans*, n° 187.998). D. RENDERS, *Précis de droit administratif*, T. III- Le contrôle de l'administration, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 179 : « En substance, il s'agit de se demander quelle est la volonté première du demandeur : solliciter la protection de la prérogative, concrète qui découle de la loi, ou bénéficier, de manière abstraite, du respect de la légalité ». Voy. également Th. HAUZER, « L'intérêt à agir des associations de défense de l'environnement devant le Conseil d'État : quelle liberté pour le juge et quel rapport à la nature ? », *Amén.*, 2006, pp. 105-114.

recours introduit dans les soixante jours à compter du lendemain de la publication, de la notification ou de la connaissance de l'acte attaqué.

Dans le cadre de son contrôle, le Conseil d'État n'a pas le droit, dans un contentieux d'annulation, d'apprécier l'opportunité d'une mesure : il ne connaît que la légalité, *externe* (forme, procédure, compétence) et *interne* (respect de la hiérarchie des normes)¹⁰⁰⁶.

Toutefois, le Conseil d'État opère parfois un contrôle marginal de l'opportunité en identifiant des erreurs manifestes d'appréciation, notamment en invoquant la violation du principe de proportionnalité selon lequel l'auteur de l'acte doit faire preuve d'une juste mesure entre la mesure qui fait grief et les faits qui l'ont justifiée ou le but poursuivi¹⁰⁰⁷.

L'annulation d'un acte administratif supprime tous ses effets, à l'égard de tous (*erga omnes*), avec effet rétroactif au jour où l'acte a été pris¹⁰⁰⁸. À cet égard, l'effet est comparable à celui d'un arrêt d'annulation de la Cour constitutionnelle.

À l'instar de ce qui existe au niveau de la Cour constitutionnelle, il existe, en vertu de l'article 17, §1^{er}, des lois coordonnées, une possibilité d'introduire une demande en suspension. Il s'agit d'un *référé* administratif, qui vise à éviter que les conséquences d'un acte administratif suspecté d'illégalité ne se produisent malgré tout¹⁰⁰⁹. La suspension doit être demandée, par le requérant, en parallèle à un recours en annulation. Il faut qu'il existe une *urgence*¹⁰¹⁰ incompatible avec le traitement de l'affaire en annulation et que soit invoqué au moins un moyen sérieux susceptible à première vue de justifier l'annulation de l'acte ou du règlement¹⁰¹¹. Une situation d'*extrême urgence*, correctement motivée¹⁰¹², permet d'obtenir, en vertu de l'article 17, §4, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, une décision dans un délai très bref.

2. Un contrôle diffus : l'exception d'illégalité

267.- Explication de l'article 159 de la Constitution – L'ensemble constitué par le Conseil d'État et les juridictions administratives n'est pas le seul instrument qui permet d'exercer un contrôle sur la légalité des normes exécutives et administratives. On doit ajouter le mécanisme de l'exception d'illégalité, qui est fondé sur l'article 159 de la Constitution. Celui-ci dispose que « [l]es cours et

¹⁰⁰⁶ Cass., 3 mars 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 431.

¹⁰⁰⁷ C.E., 19 février 1980, arrêt *Decoeck c/Ville de Courtrai*, n° 20.116, Rec., p. 202 et M. LEROY, « Pouvoir discrétionnaire, compétence liée et compétence du Conseil d'État », obs. sous C.E., 13 janvier 1989, arrêt *Crombin*, n° 31.755, *A.P.T.*, 1990, p. 311.

¹⁰⁰⁸ C.E., 7 janvier 2008, arrêt *El Bahoudi*, n° 178.294 et Cass., 25 avril 2013, *A.P.T.*, 2013, pp. 354-355, concl. Av. gén. Th. Werquin

¹⁰⁰⁹ Ainsi, à titre d'exemple, le 11 février 1977, le Conseil d'État a annulé deux arrêtés irréguliers, pris les 19 et 26 juin 1975 par la députation permanente du Conseil provincial du Brabant, qui autorisaient deux courses avec entraînement préparatoire sur le circuit de Nivelles-Baulers, bien longtemps après le déroulement des courses en question. Voy. C.E., 11 février 1977, arrêt *A.S.B.L., Association pour la préservation de l'environnement de Nivelles et environs*, n° 18.101.

¹⁰¹⁰ *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord., 2012-2013, n° 5-2277/1, p. 13.

¹⁰¹¹ C.E., 30 septembre 2008, arrêt *Vantomme*, n° 186.682 ; C.E., 8 mai 2008, arrêt *Commune de Watermaelboitsfort*, n° 182.770.

¹⁰¹² Voy. art. 16, § 2, 7°, et §3, A.R. du 5 décembre 1991, déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État.

tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois »¹⁰¹³.

Toutes les juridictions du pays¹⁰¹⁴ sont, en vertu de cet article, chargées de contrôler incidemment la légalité¹⁰¹⁵, des actes individuels et des règlements des administrations en écartant un acte administratif qui ne respecterait pas la pyramide des normes (en ce compris les normes législatives, constitutionnelles et internationales – nous reviendrons plus tard sur cet aspect)

Ce moyen de défense, connu sous le nom d'*exception d'illégalité*, permet ainsi au particulier de remettre en cause un acte administratif, général ou concret, devant un juge, même si le litige ne concernait pas forcément en premier lieu l'autorité administrative¹⁰¹⁶. Il s'agit là d'un contrôle *diffus*.

268. - Effets de l'exception d'illégalité – L'exception d'illégalité n'aboutit pas à l'annulation de la norme qui viole une norme supérieure. Elle engendre son *écartement* : dans le cadre de l'affaire dont il est saisi, le juge doit refuser l'application de l'acte administratif qui est illégal (ou inconstitutionnel). Il n'y a pas donc d'effet *erga omnes*. La Cour de cassation a ainsi jugé que

« [l]e fait de ne pas rendre obligatoire une décision de l'autorité en application de l'article 159 de la Constitution a pour seule conséquence de ne faire naître ni droits ni obligations pour les intéressés. La décision illégale continue d'exister tant qu'elle n'est pas annulée ensuite d'un recours en annulation »¹⁰¹⁷.

Dès lors, l'effet de la mise en œuvre de l'exception d'illégalité est comparable à celui d'un constat d'inconstitutionnalité par la Cour constitutionnelle, en réponse à une question préjudicielle.

c) Le contrôle de la conformité des arrêts et jugements

269. - Contrôle opéré par la Cour de cassation – Dans les pages qui précèdent, nous avons identifié et examiné des techniques qui permettent de vérifier si les normes législatives, exécutives et administratives respectent effectivement les normes hiérarchiquement supérieures. Il nous reste à présenter un moyen qui permet d'en faire autant à propos des normes qui se trouvent en bas de la hiérarchie, à savoir les décisions juridictionnelles. À cette fin, nous

¹⁰¹³ Cet article est complété par l'article 140, alinéa 2, de la Constitution en ce qui concerne la Communauté germanophone.

¹⁰¹⁴ Concl. J. SPREUTELS, préc. Cass., 9 janvier 2002, *Pas.*, 2002, pp. 43 et s. : « Tout organe juridictionnel a le pouvoir et le devoir de vérifier si les décisions dont l'application est cause sont conformes à la loi ».

¹⁰¹⁵ W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. préc. Cass., 10 juillet 1953, *Pas.*, 1953, I, p. 923.

¹⁰¹⁶ Cass., 3 mars 1973, *R.C.J.B.*, pp. 431 et s.

¹⁰¹⁷ Cass., 29 juin 1999, *R.W.*, 2000-01, p. 984 ; voy. également C.E., 13 mars 2012, arrêt *S.A., Iteco*, n° 218.445.

allons nous intéresser à une juridiction qui figure au sommet de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation. Celle-ci vérifie si les arrêts et les jugements sont rendus dans le respect du droit, c'est-à-dire en particulier de la Constitution, des normes législatives ainsi que des normes exécutives et administratives.

270. - Organisation de la Cour de cassation – L'article 147 de la Constitution énonce qu'il y a, pour toute la Belgique, une Cour de cassation. Celle-ci est composée de trois chambres : une chambre civile, une chambre pénale et une chambre pour les affaires sociales.

Chaque chambre est divisée en une section française et une section néerlandaise.

La Cour de cassation est présidée par un premier président. Elle est composée en outre d'un président, de six présidents de section et de vingt-deux conseillers, qui sont les magistrats qui siègent au sein de la Cour¹⁰¹⁸.

271. - Compétence de la Cour de cassation – La Cour de cassation est le juge de la conformité des décisions judiciaires aux normes supérieures ; elle n'est pas un troisième degré de juridiction. En vertu de l'article 608 du Code judiciaire, la Cour connaît des décisions rendues en dernier ressort (c'est-à-dire après que les autres moyens de recours aient été exercés) qui lui sont déférées pour contravention à la loi ou pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité.

En d'autres termes, la Cour de cassation ne connaît pas du fond des affaires, mais est chargée de vérifier la régularité des procédures ainsi que la légalité des décisions définitives des cours et tribunaux¹⁰¹⁹.

272. - Pourvoi en cassation – Pour saisir la Cour de cassation, un requérant doit introduire un *pourvoi en cassation* dans un certain délai. En matière civile, le délai est, sauf disposition légale contraire, de trois mois à partir de la signification, c'est-à-dire de la remise officielle par un huissier de justice, du jugement ou de l'arrêt contesté¹⁰²⁰. En matière pénale, le délai est réduit à quinze jours à partir du prononcé de la décision attaquée¹⁰²¹.

La Cour de cassation peut soit rejeter le pourvoi, si elle l'estime infondé, soit casser la décision attaquée, en tout ou en partie. Dans le premier cas, le jugement ou l'arrêt contesté devient définitif.

273. - Effets de la cassation – Si la Cour considère qu'il y a eu application erronée d'une règle de droit en vigueur, la Cour casse la décision concernée – ce

¹⁰¹⁸ Les articles 128 à 136 du Code judiciaire sont dédiés à l'organisation de la Cour de cassation

¹⁰¹⁹ Art. 147, al. 2, de la Constitution.

¹⁰²⁰ Article 1073 du Code judiciaire.

¹⁰²¹ Art. 359 et 423 du Code d'instruction criminelle.

qui veut dire qu'elle l'annule. Par la même occasion, elle renvoie l'affaire devant une autre juridiction du même rang que celle qui a rendu la décision annulée¹⁰²².

Cette juridiction se conforme à l'arrêt de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour.

274. - Importance de la jurisprudence de la Cour de cassation – La Cour de cassation veille à l'unité de l'interprétation de la loi par l'ensemble des juridictions du pays et à l'égard de tous les justiciables, quelle que soit la région où se trouve le tribunal, les qualités des parties ou la nature du litige.

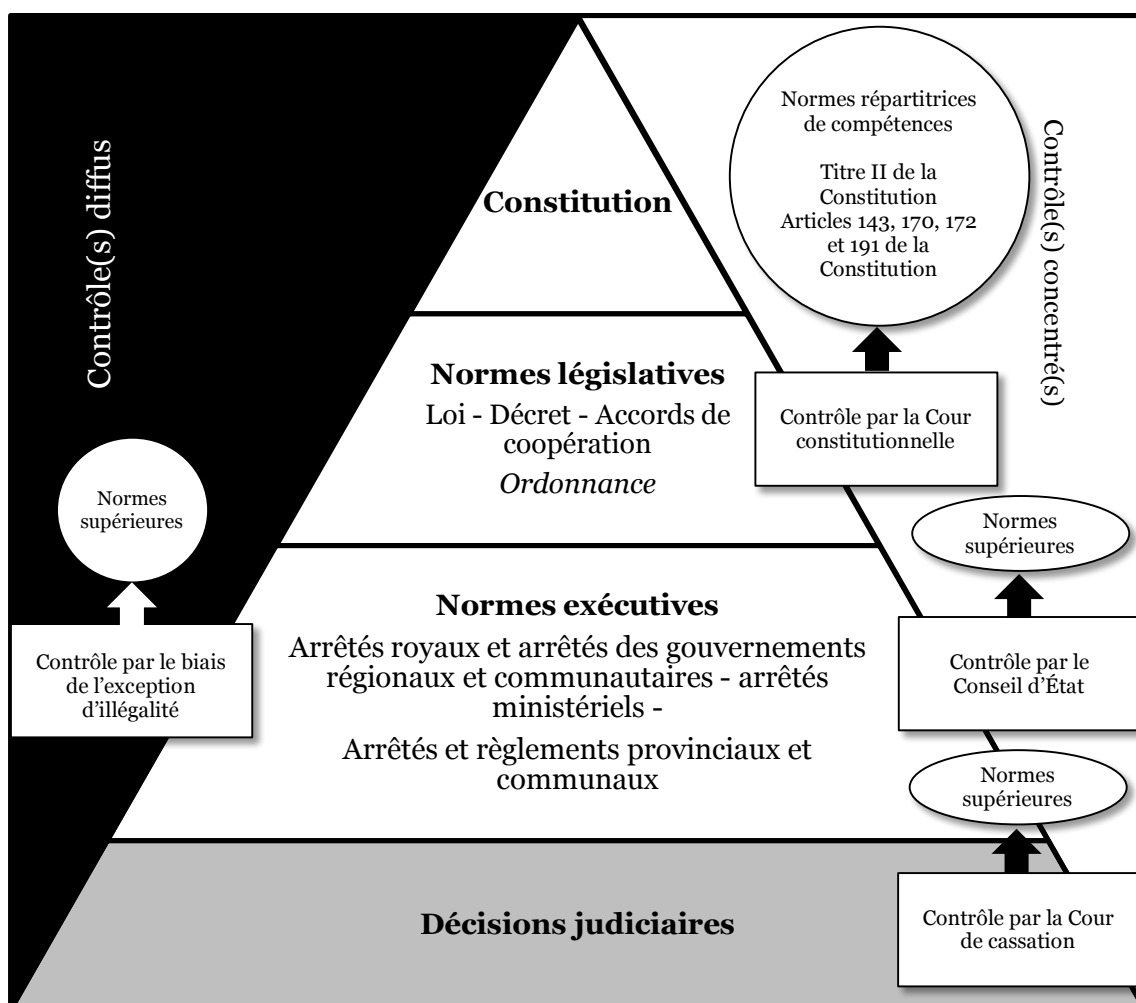
Nous avons déjà souligné l'importance de la jurisprudence : les décisions juridictionnelles comblent bien souvent des incertitudes juridiques, des silences de la loi, et parfois développent des principes transversaux.

Cela étant dit, toutes les juridictions n'ont pas le même poids et les arrêts qu'elles rendent n'ont pas tous la même portée. La Cour de cassation occupe à cet égard une position suprême ; il est donc logique que les juridictions inférieures aient tendance à appliquer les mêmes solutions que celles que la Cour de cassation a affirmé.

d) Une pyramide plus précise des normes en Belgique

275. - Schéma – Nous venons de parcourir les méandres de l'État de droit en Belgique. Cela nous permet, en guise de conclusion, de dresser un schéma plus précis de la pyramide des normes en Belgique, complétée cette fois-ci par les mécanismes de contrôle diffus et concentrés, qui permettent de vérifier si la hiérarchie des normes est effectivement respectée.

¹⁰²² En matière pénale et, exceptionnellement en matière civile, la cassation peut être prononcée sans qu'il y ait renvoi auprès d'un juge du fond, et ce quand l'application de la règle de droit par la Cour a pour conséquence qu'il ne reste plus rien à juger sur la base des faits.



3) La responsabilité civile de l'État

276. - Illustration de la soumission de l'État au droit – Nous venons d'étudier les différents organes qui permettent de contraindre l'État à respecter la pyramide des normes quand il pose un acte. La responsabilité civile de l'État en cas de faute de sa part constitue à ce titre un volet tout à fait particulier de l'État de droit, qui transcende les précédents développements.

277. - La responsabilité de l'État pour le fait de l'administration – En vertu de l'article 1382 du Code civil, « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer ». Il s'agit là du principe général de responsabilité (et donc de réparation) en cas de faute ayant engendré un dommage. Cette règle s'applique d'abord aux personnes privées, physiques ou morales, qui ont commis une faute ayant entraîné un dommage.

Ce n'est que depuis 1920, année au cours de laquelle la Cour de cassation a rendu son arrêt *La Flandria*¹⁰²³ en condamnant la Ville de Bruges à réparer les préjudices causés à un établissement horticole par la chute d'un arbre, que les autorités administratives sont soumises aux mêmes règles que les simples particuliers en matière de responsabilité extracontractuelle. Par conséquent, si une autorité administrative commet une faute, qui peut notamment résulter d'un manquement à son obligation de respecter les normes hiérarchiquement supérieures. La faute peut aussi consister en un manquement au devoir général de prudence qui s'impose aussi à l'administration¹⁰²⁴. Elle peut être tenue par le juge de l'ordre judiciaire de réparer le dommage éventuellement engendré à autrui. Cela signifie, sans entrer dans les détails¹⁰²⁵, que l'article 1382 du Code civil a été interprété par la Cour de cassation d'une façon telle que l'État peut engager sa responsabilité pour avoir adopté une norme irrégulière¹⁰²⁶ ou pour avoir laissé subsister une lacune dans la réglementation¹⁰²⁷, ou encore, en dehors de l'exercice de la fonction normative de l'administration, par un acte fautif ou une négligence de sa part¹⁰²⁸.

Remarquons aussi que, à la suite de cette jurisprudence *La Flandria*, le Conseil d'État peut désormais se prononcer sur les effets de droit privé et une éventuelle indemnité découlant de ses arrêts d'annulation pour le cas où un requérant aurait subi un dommage du fait de l'illégalité d'une norme exécutive ou administrative annulée¹⁰²⁹.

278. - La responsabilité de l'État pour le fait des organes judiciaire et législatif – Les enseignements de l'arrêt ne vont pas se limiter à la matière de la responsabilité du pouvoir exécutif puisque, par l'arrêt *Anca* du 19 décembre 1991¹⁰³⁰, la Cour de Cassation a reconnu la responsabilité de l'État du fait de la fonction de juger¹⁰³¹.

De plus, la responsabilité de l'État pour un dommage engendré par une faute causée par le pouvoir législatif a été admise par la Cour de cassation avec l'arrêt *Ferrara* du 28 septembre 2006¹⁰³². Dans cette affaire, il était reproché au législateur de ne pas avoir pris les mesures adéquates pour faire face à l'important arriéré judiciaire dans l'arrondissement de Bruxelles.

¹⁰²³ Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, p. 193, concl. Premier Av. gén. P. Leclercq.

¹⁰²⁴ D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 543.

¹⁰²⁵ Voy. notamment P. LEWALLE, « Responsabilité des pouvoirs publics », in : *Droit de la responsabilité*, Liège, Éditions formation permanentes C.U.P., 1996, pp. 59- 113.

¹⁰²⁶ Cass. 26 avril 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 905.

¹⁰²⁷ Voy., par exemple, Cass. 23 avril 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 752.

¹⁰²⁸ « [L]examen de la jurisprudence permet de constater que le plus souvent les fautes reprochées à l'administration sont des fautes d'omission » (J.-L. FAGNARD, « Rapport introductif », in : *La responsabilité des pouvoirs publics, Actes du colloque interuniversitaire organisés les 14 et 15 mars 1991 par la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain et la Faculté de Droit de l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 19).

¹⁰²⁹ Article 11bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

¹⁰³⁰ *Pas.*, 1992, I, p. 316.

¹⁰³¹ Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, I., 1992, p. 316 ; *J.T.*, 1992, p. 142 et conclusions de J. VELU.

¹⁰³² *Pas.*, I, p. 1870.

On peut percevoir, par ces quelques notions, l'importance que peut revêtir la jurisprudence dès lors que, sur la base d'un article de loi, à savoir l'article 1382 du Code civil, ces grands arrêts ont radicalement fait évoluer la matière.

CHAPITRE 9 - LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

279. - Introduction du chapitre – La Belgique n'est pas une petite île, tristement égarée au milieu d'un océan de néant, qui ne dialoguerait qu'avec elle-même. Au contraire, ce petit État entretient des relations nombreuses et intenses avec d'autres États souverains et fait partie d'un grand nombre d'organisations internationales.

Il existe divers enjeux – on peut songer ici, par exemple, au changement climatique – qui requièrent, pour que les solutions soient pertinentes et efficaces, une coordination globale entre plusieurs États¹⁰³³.

Dans le chapitre 1^{er}, nous avons défini le droit public comme l'ensemble des normes juridiques qui régissent les rapports entre l'État et ses organes, entre l'État et les particuliers et entre l'État et les autres États. C'est cette dernière branche de la définition qui est étudiée dans le présent chapitre, qui est consacré à ce qu'on appelle le « droit international public ». Il s'agit bien entendu d'une discipline vaste, et les quelques dizaines de pages que nous lui réservons ne permettront que d'aborder des rudiments de la matière.

Nous étudierons dans la première section (A), certains aspects généraux du droit international public avant d'examiner, dans la seconde section, la question sous l'angle spécifiquement belge (B).

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

280. - Plan de l'exposé – Nous aborderons successivement la définition générale du droit international public, avant d'aborder ses principales sources et de décrire les acteurs. Une dernière section sera dédiée aux interactions entre droit international et droit interne.

1) Définition

281. - Définition du droit international public – Le droit international public (que l'on désignait, par le passé, par l'expression *droit des gens*) peut se définir comme le droit de la société internationale, c'est-à-dire l'ensemble des normes qui régissent les rapports entre les États¹⁰³⁴ et les organisations internationales. On dépasse ici le droit interne, c'est-à-dire celui qui est produit

¹⁰³³ S. MALJEAN-DUBOIS et M. WEMAËRE, *COP 21 : la diplomatie climatique de Rio 1992 à Paris 2015*, Paris, Éditions A. Pedone, 2015, p. 18.

¹⁰³⁴ Voy. R.-J. DUPUY, *Le droit international*, coll. « Que sais-je ? », Paris, P.U.F., 1972, pp. 5-15.

par un État et qui s'applique principalement sur son territoire, pour s'intéresser au droit international, qui est produit par l'entente entre plusieurs États. On reconnaît en général une dimension volontariste au droit international public, dans la mesure où les règles qui le composent sont le résultat de la volonté, c'est-à-dire du consentement, de plusieurs États souverains (voy. *infra*, n° X).

On l'aperçoit immédiatement : le droit international public concerne potentiellement de nombreux sujets. Puisque les États sont libres de déterminer les matières qu'ils entendent régler à plusieurs, le droit international public peut régler des thématiques diverses et variées, comme le recours à la force militaire (qui constitue, pour tout dire, l'objet historique du droit international), la protection de l'environnement, en passant par les risques de double imposition fiscale, le transport aérien, les rapports diplomatiques, la gestion des espaces maritimes ou encore les échanges commerciaux.

Si, à l'origine, les règles du droit international public concernaient prioritairement les États, puis des organisations internationales, on observe que de plus en plus de normes internationales visent désormais la protection des individus, en leur accordant, par exemple, des libertés fondamentales ou des statuts juridiques distinctifs¹⁰³⁵.

282. - Distinction entre le droit international public et le droit international privé – A côté du droit international *public*, dont on vient de tracer les contours, il existe une autre matière, qu'on appelle le droit international *privé*. Elle rassemble les normes qui régissent les relations *privées* entre les particuliers quand il existe un élément d'extranéité, c'est-à-dire un élément international. Les règles de droit international privé permettent, par exemple, d'encadrer les effets d'un mariage célébré à Madrid, entre un Belge et une Péruvienne ou d'organiser la succession d'un citoyen Américain, domicilié en Belgique, et qui était propriétaire de biens immobiliers en Asie. Certes, des auteurs ont estimé que le droit international public et le droit international privé constituent une seule et même matière¹⁰³⁶, mais on s'accorde aujourd'hui pour les distinguer, tant leur objet diffère. Dans tous les cas, nous ne nous intéressons ici qu'au droit international public.

283. - Historique – Il est possible de déceler les germes du droit international public dès l'Antiquité¹⁰³⁷. Toutefois, la formalisation du droit international public *moderne* s'opère

¹⁰³⁵ La Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, dite Convention de Genève, encadre ainsi les modalités selon lesquelles un État doit accorder aux personnes qui en font la demande le statut et les droits des réfugiés, terme qui désigne toute personne qui craint avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays.

¹⁰³⁶ G. SCELLE, *Précis de droit des gens*, t. I, Paris, Sirey, 1932, p. VII.

¹⁰³⁷ A.A.C. TRINDADE, *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium*, 2^e éd., Collection The Hague Academy of International Law, Leiden, Martius Nijhoff publishers, 2013, pp. 12- 13.

véritablement avec l'émergence des États-nations, c'est-à-dire au cours des XVI^e et XVII^es siècles. Les traités de Westphalie, signés le 24 octobre 1648, qui concluent à la fois la *guerre de Trente Ans*¹⁰³⁸ et la *guerre de Quatre-Vingts Ans*¹⁰³⁹, sont généralement interprétés comme les consécutions de la souveraineté de l'État-nation devenu de la sorte l'acteur primaire du droit international. En parallèle, plusieurs juristes se sont penchés sur les principes des rapports interétatiques, au premier rang desquels on peut mentionner Alberico Gentili (1552-1608), Hugo de Groot dit *Grotius* (1583-1645) ou encore Emer de Vattel (1714- 1767)¹⁰⁴⁰. Hugo Grotius occupe une place particulière en raison de sa réputation en tant que père du droit international moderne¹⁰⁴¹. Il doit sa renommée à la publication, en 1625 de son œuvre majeure et désormais classique *De iure belli ac Pacis* (*Du droit de la guerre et de la paix*) qui a transformé l'auteur en visionnaire des traités de Westphalie¹⁰⁴².

Après la chute de Napoléon Bonaparte, en 1815, et l'Acte final du Congrès de Vienne, symbolisant l'apparition du « Concert européen »¹⁰⁴³, c'est-à-dire de l'ensemble des principes qui assurent l'équilibre entre les puissances européennes, un droit international dit conventionnel, basé sur les traités, émerge, au détriment de la coutume, c'est-à-dire des normes non-écrites (à ce sujet, voy. *infra*, la section consacrée aux sources du droit international public). Le XX^e siècle a, quant à lui,

¹⁰³⁸ La guerre de *Trente Ans* est un conflit religieux qui a opposé, d'abord au sein du Saint Empire romain puis à travers l'Europe, les sujets catholiques à ceux qui avaient adhéré aux mouvements protestants et calvinistes. Au sortir du conflit, la France obtient officiellement des gains territoriaux (notamment l'Artois, le Roussillon et une partie de l'Alsace) alors que le Saint Empire germanique se morcelle encore plus en plusieurs centaines de principautés *souveraines* à l'issue des traités de Westphalie. En outre, l'indépendance de la Confédération suisse est définitivement reconnue et la liberté de navigation sur le Rhin proclamée. Pour un aperçu de ce conflit majeur de l'histoire européenne, voy. C. GANTET, *Guerre paix et construction des États. 1618-1714*, Coll. Nouvelle Histoire des relations internationales, Paris, Éditions du Seuil, 2003, pp. 119-138).

¹⁰³⁹ La guerre de *Quatre-Vingts Ans* est le conflit opposant les Provinces-Unies et la monarchie espagnole. Héritiers de la maison de Bourgogne, les Habsbourg règnent au début du XVI^e siècle sur les Pays-Bas (qui englobent alors les actuels Belgique, Luxembourg, Pays-Bas et nord de la France, à l'exception des principautés de Liège et de Stavelot-Malmedy). Le territoire des Dix-Sept Provinces passe, en 1555, sous l'autorité du fils de Charles Quint, Philippe II, qui hérite également de la Couronne d'Espagne, et ce dans le contexte de la réforme religieuse. En 1581, sept provinces du nord (Hollande, Zélande, Utrecht, Gueldre, Overijssel, Frise, Groningue – avec Drenthe), majoritairement calvinistes, réclament leur indépendance et constituent les Provinces-Unies. Les dix provinces catholiques du sud restent en revanche sous le contrôle de Madrid. En 1648, Philippe IV d'Espagne signe finalement la paix avec les Provinces-Unies en reconnaissant leur indépendance. Les « Pays-Bas du sud », quant à eux, sont transférés, à l'occasion de la paix d'Utrecht de 1713, à la maison de Habsbourg d'Autriche (d'où le nom de Pays-Bas autrichiens).

¹⁰⁴⁰ Voy à son sujet A. MALLARMÉ, « Emer de Vattel », in : A. PILLET (sous la dir. de), *Les fondateurs du droit international. Leurs œuvres – Leurs doctrines*, Paris, Giard et Brière, 1904, pp. 481-601 et E. JOUANNET, *Emer de Vattel et l'émergence doctrinale du droit international classique*, Paris, Pedone, 1998, 490 pages.

¹⁰⁴¹ Voy. notamment A. TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, Paris, Economica 1995, pp. 58-61 ; P. HAGGENMACHER, « Grotius et le droit international - Le texte et la légende », in : A. DUFOUR, P. HAGGENMACHER et J. TOMAN (sous la dir. de), *Grotius et l'ordre juridique international. Travaux du colloque Hugo Grotius. Genève, 10-11 novembre 1983*, Lausanne, Payot, 1985, pp. 115-143 et A. WIJFFELS, *Introduction historique au droit. France, Allemagne, Angleterre*, Paris, P.U.F., 2014, pp. 93-101 ;

¹⁰⁴² Voy. P. HAGGENMACHER, « La paix dans la pensée de Grotius », in : L. BÉLY (sous la dir. de), *L'Europe et les traités de Westphalie. Esprit de la diplomatie et diplomatie de l'esprit*, Paris, P.U.F., 2000, pp. 67-79.

¹⁰⁴³ Sur cet équilibre, voy. P. W. SCHROEDER, *The transformation of European Politics : 1763-1848*, Oxford, Oxford University Press, 1994, 920 pages et G.-H. SOUTOU et J. BÉRENGER, *L'ordre européen du XVI^e siècle au XX^e siècle*, Paris, Presses de l'Université Paris-Sorbonne, 1998, 192 pages.

vu se multiplier les organisations internationales et les efforts de codification des coutumes internationales.

2) *Les sources du droit international public*

284. - Principe de volontarisme – Les caractéristiques des sources du droit international public¹⁰⁴⁴ font apparaître des différences majeures par rapport à ce qu'on a étudié jusqu'à présent à propos du droit interne. D'un côté, les sources du droit international public ne sont pas *hiérarchisées* entre elles¹⁰⁴⁵, ce qui signifie qu'il n'existe pas ici de pyramide avec plusieurs niveaux. D'un autre côté, la production des normes de droit international public suppose l'*accord* de chaque État auquel il s'applique¹⁰⁴⁶, alors que le droit interne s'impose aux particuliers sans que leur consentement individuel soit nécessaire. Pour insister sur ce dernier point : le fondement du droit international public demeure encore aujourd'hui que les États ne peuvent être liés par une norme internationale que s'ils l'ont acceptée d'une manière ou d'un autre : en théorie, « [l]es limitations de l'indépendance des États ne se présument donc pas »¹⁰⁴⁷.

On peut, sans entrer dans les détails, signaler l'émergence de sources plus autoritaires au cours des dernières décennies¹⁰⁴⁸. Ceci s'explique notamment par la consolidation des organisations internationales. De plus, en rupture avec le principe volontariste, on a assisté au développement de principes généraux¹⁰⁴⁹ et de quelques normes dites impératives à l'égard de tous (*erga*

¹⁰⁴⁴ Voy., sur ce thème, S. BESSON, « Theorizing the sources of international law », in : S. BESSON et J. TASIOLAS (sous la dir. de), *The philosophy of International law*, Nex York, Oxford University Press, 2010, pp. 163-185 et D. LEFKOWITZ, « The sources of international law : some philosophical reflections », in : S. BESSON et J. TASIOLAS (sous la dir. de), *The philosophy of International law*, Nex York, Oxford University Press, 2010, p. 187-203.

¹⁰⁴⁵ Voy. P. DAILLIER, M. FORTEAU, NGUYEN QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009, p. 127.

¹⁰⁴⁶ J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, Lextenso, 2012, p. 41.

¹⁰⁴⁷ Cour permanente de justice internationale, arrêt du 7 septembre 1927, *France contre Turquie* (Affaire du « Lotus »), Série A, n°10.

¹⁰⁴⁸ Voy. la description opérée par A. CASSESE, *International law*, Oxford, Oxford University press, 2^e éd., 2005, pp. 153-212.

¹⁰⁴⁹ Ces principes généraux, mentionnés en outre à l'article 38 du Statut de la Cour internationale de justice, sont, en règle générale, d'ordre procédural, autrement dit au cours de contentieux internationaux. Voy. toutefois, pour des mentions de principes plus 'substantiels' : CIJ, arrêt du 9 avril 1949, Royaume-Uni de Grande-Bretagne contre Albanie (*Affaire du Detroit de Corfou*), *Recueil*, 1949, p. 22 et CIJ, avis consultatif du 28 mai 1951, Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, *Recueil*, 1951, p. 15.

omnes)¹⁰⁵⁰ ou de *ius cogens*¹⁰⁵¹ qui priment sur les autres normes, conventionnelle ou coutumière¹⁰⁵².

285. - Typologie des sources – L'article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, que nous présenterons par la suite, sert souvent de référence, car il dresse une liste consensuelle des sources du droit international et les définit¹⁰⁵³. Celui-ci dispose que :

- « 1. La Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique :
- a. les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ;
 - b. la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale, acceptée comme étant le droit ;
 - c. les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ;
 - d. sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit.
- [...] »¹⁰⁵⁴.

Cette liste n'est ni parfaite, ni exhaustive – puisqu'elle exclut les actes unilatéraux des États et les décisions des organisations internationales –, mais il est incontestable qu'elle mentionne utilement les principales sources du droit international¹⁰⁵⁵. Nous ne les expliquerons pas toutes ici. En raison de leur

¹⁰⁵⁰ Cette formule provient principalement de l'arrêt de la CIJ, arrêt du 5 février 1970, *Belgique contre Espagne (Affaire de la Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase)*, Recueil, 1970, p. 32.

¹⁰⁵¹ Les normes de *ius cogens* ont été consacrées par l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969, convention que nous étudierons par la suite (voy. *infra*). Ont notamment été identifiées comme relevant de la catégorie des normes de *ius cogens* : l'interdiction du génocide (CIJ, arrêt du 3 février 2006, République Démocratique du Congo contre Rwanda (*Affaire des activités armées sur le territoire du Congo, nouvelle requête : 2002*), Recueil, 2006, p. 6) et l'interdiction de la torture (CIJ, arrêt du 3 février 2012, Allemagne contre Italie ; Grèce (intervenant) (*Immunités juridictionnelles de l'État*), pp. 138-142 et CIJ, arrêt du 20 juillet 2012, Belgique contre Sénégal (*Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader*), pp. 457-458). Certains auteurs ajoutent également l'interdiction du recours à la force (CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), Recueil, 1986, pp. 100-101). Pour un exposé plus détaillé sur les normes de *ius cogens*, voy. R. KOLB, *Théories du ius cogens international, Essai de relecture du concept*, Paris, P.U.F., 2001, 401 pages.

¹⁰⁵² Les juridictions internationales entretiennent, en développant simultanément les deux notions, une confusion entre les normes *erga omnes* et les normes de *ius cogens* (voy. J. CRAWFORD, « Multilateral Rights and Obligations in International Law », *R.C.A.D.I.*, vol. 319, 2006, pp. 325-482, et M. BYERS, « Conceptualising the Relationship between Jus cogens and Erga Omnes Rules », *Nordic Journal of International Law*, 1997, pp. 211-239). En synthèse, retenons qu'il s'agit là principalement des normes interdisant l'emploi de la force, le génocide, des atteintes à certains droits fondamentaux irréductibles, notamment la torture, l'esclavage et la discrimination raciale.

¹⁰⁵³ H. THIRLWAY, *The sources of International law*, Oxford, Oxford University Press 2014, p. 5. Pour un aperçu historique, voy. Ch. DE VISSCHER, « Contribution à l'étude des sources du droit international », *R.D.I.L.C.*, 1933, pp. 395-420 ; P. GUGGENHEIM, « Contribution à l'histoire des sources du droit des gens », *R.C.A.D.I.*, 1958, II, pp. 5-84.

¹⁰⁵⁴ C'est nous qui soulignons.

¹⁰⁵⁵ Voy. C. ROUSSEAU, *Droit international public*, Paris, Sirey, 1970, p. 59.

importance pratique, les conventions internationales, autrement dit les traités (point a de l'énumération ci-dessus), retiendront notre attention. En outre, il convient d'étudier sommairement la notion de coutume internationale (point b dans l'énumération ci-dessus). Nous insistons dès ce stade, pour illustrer notre affirmation précédente relative à l'absence de hiérarchie, qu'il n'existe pas de prédominance de principe des traités sur les coutumes¹⁰⁵⁶.

Plusieurs principes permettent en revanche de résoudre, au cas par cas, les conflits qui peuvent survenir entre plusieurs normes qui traitent d'un même objet, comme le degré de généralité (exprimé par l'adage latin *specialia generalibus derogant* : « les lois spéciales dérogent aux lois générales ») ou la position dans le temps (*lex posterior priori derogat* : « une loi postérieure prime sur la loi antérieure »).

a) Le traité

286. - Définition - Le traité international peut être défini comme un accord entre deux ou plusieurs États ou organisations internationales pour régler une affaire, déterminer leurs droits et obligations, poser des règles de conduite qu'ils s'engagent à observer, quels qu'en soient l'objet, la forme et la dénomination adoptée par les parties¹⁰⁵⁷. Plus simplement, il s'agit d'un accord conclu entre deux ou plusieurs sujets du droit international destiné à produire des effets de droit¹⁰⁵⁸. On qualifie le traité de « bilatéral » s'il est conclu entre deux parties et de « multilatéral » si leur nombre est plus élevé. Selon le cas, le traité peut créer des obligations précises à respecter, des objectifs à atteindre ou encore mettre sur pied une organisation internationale.

Il existe une grande variété terminologique pour désigner les accords internationaux dont nous parlons ici. Outre le vocable « traité », les mots suivants sont aussi régulièrement utilisés : convention, accord, protocole ou concordat. Toutes ces termes, que nous utiliserons indifféremment, sont susceptibles de désigner une seule et même réalité juridique¹⁰⁵⁹.

287. - Principe du consensualisme et d'absence de formalisme – Comme nous l'avons indiqué, un État ne peut, dans ses rapports conventionnels,

¹⁰⁵⁶ CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *Recueil*, 1986, p. 95.

¹⁰⁵⁷ J. MASQUELIN, *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belge*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 49 ; sur ce thème, voy. J. BARBERIS, « Le concept de traité international et ses limites », *A.F.D.I.*, 1984, pp. 239-270.

¹⁰⁵⁸ J. SALMON (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. **XX**.

¹⁰⁵⁹ La Cour internationale de justice a affirmé par le passé que la question de savoir si un texte « constitue ou non un accord dépend essentiellement de la nature de l'acte [...] dont il fait état ». Pour déterminer cette nature, il convient de « tenir compte avant tout des termes employés et des circonstances dans lesquelles le communiqué a été élaboré » (CIJ, arrêt du 21 décembre 1962, *Ethiopie contre Afrique du sud/ Libéria contre Afrique du sud (Sud-Ouest africain)*, *Recueil*, 1962, pp. 331-332).

être lié sans son consentement¹⁰⁶⁰. Il faut qu'il y ait convergence des volontés¹⁰⁶¹. De ce principe résulte l'effet *relatif* des traités, c'est-à-dire que, en principe, seuls les États ou organisations internationales qui y ont adhéré sont concernés par ce traité. De même qu'en droit privé, un contrat n'a en principe d'effets que pour les personnes qui y ont consenti, le traité ne s'applique qu'aux États qui l'ont conclu. En outre, en vertu du principe de l'autonomie de la volonté, les sujets du droit international peuvent en principe conclure ce qu'ils veulent et ce, *comme ils le veulent*. Le formalisme est, en conséquence, limité, et les accords conclus par voie orale, par des personnes reconnues comme représentantes d'un État, sont en principe admis.

Toutefois, dans un souci de clarté et de sécurité juridique, de nombreux États, dont la Belgique, ont ratifié un traité international qui a encadré et codifié les règles relatives aux traités et à leur conclusion : la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités¹⁰⁶² qui concerne les accords internationaux conclus *par écrit*¹⁰⁶³ par les États¹⁰⁶⁴.

288. - Procédure de conclusion des traités – Conclure un traité international implique de suivre une certaine procédure qui se décompose en plusieurs étapes énumérées par la Convention de Vienne. Le respect de cette procédure permet d'éviter les incertitudes et confusions qui existaient auparavant¹⁰⁶⁵.

Premièrement, le texte est élaboré, discuté et négocié par des représentants désignés par les États parties et qui sont en pratique des agents diplomatiques ou des négociateurs expressément habilités¹⁰⁶⁶. On parle de *plénipotentiaire* lorsque le négociateur dispose des pleins pouvoirs. À l'issue de cette étape, quand un compromis est dégagé par les négociateurs, le texte est *signé*.

A quoi ressemble un traité à ce stade ? Il comprend un préambule¹⁰⁶⁷, c'est-à-dire l'énumération des États parties au traité (qu'on appelle les « Hautes Parties Contractantes ») et l'exposé des

¹⁰⁶⁰ CIJ, avis du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Recueil*, 1951, p. 21.

¹⁰⁶¹ Voy. P.-M. DUPUY, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Dalloz, 2008, pp. 283-284.

¹⁰⁶² La Convention de Vienne est entrée en vigueur le 27 janvier 1980. Elle a été approuvée en Belgique par la loi du 10 juin 1992 (*Moniteur belge* le 25 décembre 1993). La Belgique a signifié son adhésion le 1^{er} septembre 1992.

¹⁰⁶³ Voy., pour la définition du traité, l'article 2 (1) a) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, du 21 mai 1969, ainsi que les art. 3 et 7.

¹⁰⁶⁴ Voy., pour ce qui concerne les organisations internationales, la Convention sur les traités entre États et organisations internationales ou entre organisations adoptée, à Vienne, le 21 mars 1986. Elle n'est pas encore entrée en vigueur, conformément à son article 85 qui spécifie le nombre de ratifications requises.

¹⁰⁶⁵ P. DAILLIER, M. FORTEAU, NGUYEN QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009, p. 139. Il faut toutefois souligner que plusieurs de ses dispositions présentent un caractère supplétif.

¹⁰⁶⁶ Voy. l'art. 2.1.c de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁶⁷ Sur l'importance du préambule, voy. CIJ, arrêt du 27 août 1952, France contre États-Unis d'Amérique (*Droit des ressortissants américains au Maroc*), *Recueil*, 1952, pp. 196-197 ; CIJ, arrêt du 21 décembre 1962, Ethiopie contre Afrique du sud/ Libéria contre Afrique du sud (*Sud-Ouest*

motifs (une explication des raisons qui ont conduit les États à conclure le traité), ainsi qu'un *dispositif*¹⁰⁶⁸. Le dispositif est le corps du traité : il s'agit des engagements que prennent les États, lesquels sont généralement formulés sous la forme d'articles successifs. Après ces dispositions, on trouve les clauses finales qui réglementent l'existence même du traité, notamment les modalités d'entrée en vigueur. À la suite du dispositif, sont indiqués le *lieu* et la *date* de la signature, ce qui permet l'identification du texte (pour reprendre un exemple déjà mentionné : la Convention de Vienne signée le 23 mai 1969 sur le droit des traités). Dans certains cas, le traité est complété par des annexes, des protocoles ou des résolutions.

La signature du traité par les représentants des États vient parachever la phase de négociation. Par la signature, les États participants reconnaissent et authentifient¹⁰⁶⁹ par la même occasion le contenu du texte définitif qui a été arrêté et admettent qu'il ne pourra en principe plus être modifié. Cependant – et ceci est très important –, les États *ne s'engagent pas* encore juridiquement sur la scène internationale à respecter son contenu : la signature ne les lie pas. Tout au plus considère-t-on, en droit international, que les États sont tenus de s'abstenir d'actes qui priveraient le traité de son objet ou de son but¹⁰⁷⁰. On notera en outre que les clauses finales¹⁰⁷¹ s'appliquent quant à elles nécessairement dès la signature car elles fixent les modalités d'entrée en vigueur de l'intégralité du Traité¹⁰⁷².

Par exception, cependant, certaines signatures sont dites définitives et lient l'État : on parle d'accord en forme simplifiée¹⁰⁷³. Cette procédure est parfois utilisée pour des accords plus techniques, le plus souvent dans le cadre de traités bilatéraux. En outre, dans la pratique internationale, les clauses finales peuvent parfois prévoir l'application d'un traité à titre provisoire bien qu'il ne soit pas encore en vigueur¹⁰⁷⁴.

Classiquement, pour qu'un traité puisse être juridiquement obligatoire à l'égard d'un État, il faut, outre la signature, qu'un acte supplémentaire manifeste son intention d'être lié sur la scène internationale. Il doit exprimer *explicitement* sa décision de se considérer comme tenu juridiquement par les termes du traité¹⁰⁷⁵. Chaque État suit ses propres règles, constitutionnelles et légales, pour prendre l'engagement solennel à accepter et respecter un traité, que l'on désigne par le

africain)(Exceptions préliminaires), *Recueil*, 1962, pp. 330-331 ; CIJ, arrêt du 18 juillet 1966, Ethiopie contre Afrique du sud/ Libéria contre Afrique du sud (*Sud-Ouest africain*), *Recueil*, 1966, p. 5 ; CIJ, arrêt du 26 novembre 1984, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *Recueil*, 1984, p. 428.

¹⁰⁶⁸ Voy. l'article 31.2 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁶⁹ Art. 10.b de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁷⁰ Art. 18 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; voy. également CPJI, arrêt du 25 mai 1926, Allemagne contre Pologne, (*Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*), Série A, 1926, n°7, p. 30.

¹⁰⁷¹ Art. 81 à 85 de la Convention de Vienne.

¹⁰⁷² Art. 24.4 de la Convention de Vienne

¹⁰⁷³ Art. 12 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Pour plus de détails, voy. P-F. SMETS, *La conclusion des accords en forme simplifiée*, Bruxelles, Bruylant, 1969, 282 pages ; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 94-100 et P. DAILLIER, M. FORTEAU, NGUYEN QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009, pp. 152-160.

¹⁰⁷⁴ Art. 25 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; voy. également A. GESLIN, *La mise en application provisoire des traités*, Paris, Pedone, 2005, 380 pages.

¹⁰⁷⁵ Art. 11 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

terme de *ratification*¹⁰⁷⁶. En pratique, le pouvoir de ratifier est souvent confié au pouvoir exécutif¹⁰⁷⁷. Celui-ci est également chargé d'émettre d'éventuelles *réserves*¹⁰⁷⁸ (si elles ne sont pas interdites pas le traité).

Sur le plan interne, à présent, un acte distinct est nécessaire dans la plupart des États pour rendre le traité applicable dans l'ordre juridique national, pour faire en sorte que les clauses du traité soient applicables aux personnes qui vivent sur le territoire de l'État. Cet acte interne, indépendant de la ratification, s'appelle l'assentiment et est en général confié à une ou plusieurs assemblées parlementaires. Le défaut d'assentiment affecte forcément l'exécution interne du traité, mais ne nuit pas à la validité de l'acte international qui, comme nous venons de l'expliquer, ne dépend que de la ratification.

On comprend donc aisément que, si un État ratifie un traité alors que l'assentiment n'a pas été obtenu, il se trouve confronté à un problème délicat : il se retrouve obligé sur le plan international sans avoir la possibilité de mettre en œuvre ses obligations et de déployer les effets du traité dans son ordre interne¹⁰⁷⁹. On peut donc considérer qu'il est généralement opportun d'obtenir l'assentiment avant de procéder à la ratification, même si le droit n'impose pas nécessairement cet ordre.

Dans certains États, d'ailleurs, une telle obligation est juridiquement consacrée : le pouvoir exécutif doit au préalable obtenir l'assentiment pour procéder à la ratification. En guise d'illustration, on peut relever que l'article II de la Constitution des États-Unis énonce que le Président ratifie les traités, pourvu que ceux-ci aient reçu au préalable l'approbation des deux tiers du Sénat¹⁰⁸⁰.

289. - Entrée en vigueur du traité – Pour ce qui concerne les dispositions matérielles du traité, le traité entre en vigueur sur le plan international et à l'égard des États qui l'ont ratifié lorsque les conditions d'entrée en vigueur prévues par

¹⁰⁷⁶ Art. 11.2 Convention de Vienne sur le droit des traités. Cet acte est discrétionnaire : il n'est pas la suite automatique de la signature. Chaque État décide souverainement de ratifier tel traité et de ne pas ratifier tel autre (CIJ, arrêt du 20 février 1969, République fédérale d'Allemagne contre Danemark/République fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas (*Plateau continental de la mer du Nord*), *Recueil*, 1969, p. 3).

¹⁰⁷⁷ L'instrument de ratification d'un traité bilatéral doit normalement consister en une acceptation pure et simple. Pour les traités multilatéraux, on recourt à la technique du dépôt ou de la notification des instruments auprès du dépositaire (voy. les art. 76.1 et 77 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

¹⁰⁷⁸ Une « réserve » vise la déclaration unilatérale par laquelle un État entend exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à son égard (art. 2, d), de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Voy. L. PODESTA-COSTA, « Les réserves dans les traités internationaux », *R.D.I.*, 1938, pp. 1-52 ; G. FOLTZMAURICE, « Reservations to international treaties », *I.C.L.Q.*, 1953, pp. 1-26 et P.H. IMBERT, *Les Réserves aux traités multilatéraux: évolution du droit et de la pratique depuis l'avis consultatif donné par la Cour internationale de justice le 28 mai 1951*, Paris, Pedone, 1979, 503 pages.

¹⁰⁷⁹ Voy. J. MASQUELIN, *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belges*, Bruxelles, Bruylant, 1980, p. 278, n°214.

¹⁰⁸⁰ On notera que c'est en raison de cette clause que les États-Unis ont eu recours, dès le XIX^e siècle, à des accords en forme simplifiée (*executive agreements*).

les clauses finales (par exemple, à partir d'une date précise ou d'un nombre minimum de ratifications) ou par la Convention de Vienne¹⁰⁸¹ sont remplies.

En outre, un traité conclu par un État membre des Nations Unies doit être enregistré auprès du Secrétariat général¹⁰⁸², à défaut de quoi le traité ne peut être invoqué devant les organes de l'Organisation des Nations Unies.

290. - Effets du traité – « Tout traité en vigueur lie les Parties et doit être exécuté par elles de bonne foi » : par ces mots, l'article 26 de la Convention de Vienne consacre explicitement le principe « *pacta sunt servanda* » : le traité doit être respecté et exécuté, et ce, quel que soit l'état du droit interne de l'État en question ou sa structure institutionnelle¹⁰⁸³. Par contre, les traités ne créent en principe ni droit, ni obligation envers les États qui n'ont pas adhéré au traité¹⁰⁸⁴. Enfin, à l'instar des contrats privés, certains éléments peuvent vicier le traité et provoquer sa nullité¹⁰⁸⁵.

¹⁰⁸¹ Voy. les art. 24.2 et 24.3 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; voy. également CIJ, arrêt du 18 novembre 1960, Honduras contre Nicaragua (*Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*), *Recueil*, 1960, p. 192.

¹⁰⁸² Art. 102 de Charte des Nations Unies et art. 80 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁸³ Article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁸⁴ Art. 34 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; voy. CPJI, arrêt du 25 mai 1926, Allemagne contre Pologne (*Certains intérêts allemands en Haute Silésie polonaise*), Série A, 1926, n°7, p. 29 ; CIJ, arrêt du 26 mai 1959, Israël contre Bulgarie (*Incident aérien du 27 juillet 1955*)(exceptions préliminaires), *Recueil*, 1959, p. 138.

¹⁰⁸⁵ Le traité ne doit pas en effet être vicié par des causes de nullité, comme un défaut de consentement (voy. les art. 46 et 47 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et P. MARTIN-BIDOU, « Article 47 – Convention de 1969 », in : *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités, Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 1736), l'erreur (art. 48 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; voy. également CIJ, arrêt du 15 juin 1962, Cambodge contre Thaïlande/Cambodge contre Thaïlande (*Temple de Préah Vihéar*), *Recueil*, 1962, p. 26), le dol – c'est-à-dire la conduite frauduleuse d'un autre État – (art. 49 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Pour un exemple historique, voy. le Traité d'amitié italo-abyssin de 1889 qui contenait, à la suite de manœuvre apparemment imputable à la délégation italienne, des différences substantielles entre la version du texte en italien et celle en amharique), la corruption du représentant (art. 50 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), et la contrainte (voy., pour la contrainte exercée sur le représentant d'un État, l'art. 51 de la Convention de Vienne sur le droit des traités et, en ce qui concerne la contrainte exercée sur l'État, l'art. 52 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), ou la violation de normes supérieures, c'est-à-dire les normes de *ius cogens* (voy. *infra* n°XX). La Convention distingue deux sortes de sanction en fonction du vice du consentement invoqué : la nullité relative, qui doit être invoquée par l'État victime du vice (art. 46 à 50 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), et la nullité absolue, invocable par tout État partie à la convention (art. 65, §1^{er}, de la Convention de Vienne sur le droit des traités). La Convention de Vienne assigne à chacune des nullités un champ d'application précis et en détermine les différences de régime. En outre, la procédure à suivre afin de tenter d'obtenir l'annulation d'un traité est fixée aux articles 65 et 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. À l'aide de ces procédures, la Convention veille à ce que les États ne mettent pas fin unilatéralement aux traités, d'autant plus que les dispositions d'un traité nul disparaissent en principe de l'ordre juridique international avec effet rétroactif au jour de la conclusion (art. 69, §1^{er}, de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; pour limiter l'effet rétroactif de la nullité, voy. l'art. 69, §2, a), de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que son article 71 relatif aux violations de normes de *ius cogens*).

291. - Révision ou amendement du traité – Pour modifier la teneur des engagements compris dans le traité, deux hypothèses sont possibles : soit le traité prévoit lui-même les conditions de modification, soit le traité ne dit rien et, en cas de silence du traité, les articles 39 à 41 de la Convention de Vienne s'appliquent. L'idée de base est qu'un changement ne peut intervenir valablement que si tous les États concernés y consentent.

292. - Suspension, extinction et dénonciation du traité – La Convention de Vienne organise aussi la suspension¹⁰⁸⁶ et l'extinction¹⁰⁸⁷ des traités internationaux ; elles peuvent résulter soit de la volonté des parties contractantes, soit de la survenance de certaines circonstances¹⁰⁸⁸.

Un État ne peut en principe dénoncer un traité (c'est-à-dire s'en retirer) que si le traité concerné le permet (on reviendra sur le cas de la sortie du Royaume-Uni de l'Union européenne¹⁰⁸⁹) ou s'il obtient l'accord de tous¹⁰⁹⁰. Il s'agit là d'une application du principe *pacta sunt servanda* : on ne peut pas se délier d'un engagement à sa guise. Ce principe est tout de même tempéré par certaines exceptions. Ainsi on admet la dénonciation d'un traité en cas d'impossibilité d'exécution¹⁰⁹¹, de changement fondamental de circonstances¹⁰⁹², de survenance d'une nouvelle norme de *ius cogens*¹⁰⁹³, de violation substantielle, par une autre partie, du traité (c'est-à-dire l'inexécution fautive¹⁰⁹⁴), de rupture des relations diplomatiques ou consulaires¹⁰⁹⁵ ou encore de guerre entre les parties contractantes. En dehors de ces hypothèses, dénoncer un traité est susceptible d'entraîner la responsabilité internationale de l'État¹⁰⁹⁶.

b) La coutume

293. - Définition – À côté des traités, la coutume est l'autre source majeure du droit international public. L'article 38.1.b) du Statut de la Cour internationale de justice définit la coutume comme une *pratique générale, acceptée comme étant le droit*. Cette définition fait apparaître deux éléments constitutifs.

¹⁰⁸⁶ Art. 57 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁸⁷ Art. 54 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁸⁸ J. SALMON, *Droit international public. Les sources*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1989-1990, pp. 112-121 ; A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 277 et s.

¹⁰⁸⁹ Voy. *infra*, n° XXX.

¹⁰⁹⁰ Art. 54, b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁹¹ Art. 61 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁹² Art. 62 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁹³ Art. 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁹⁴ Art. 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. L'article 60, §3, définit la notion de « violation substantielle » comme un rejet du traité non autorisé par la Convention ou comme la violation, même minime, d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité. Dans un avis consultatif du 21 juin 1971, la Cour internationale de Justice a reconnu qu'il existe, en droit international, un « principe juridique général selon lequel le droit de mettre fin à un traité comme conséquence de sa violation doit être présumé exister pour tous les traités, sauf en ce qui concerne les dispositions relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire » (*Recueil* 1971, p. 47). Voy. également CIJ, Hongrie contre Slovaquie (*Projet affaire Gabcikovo-Nagymaros*), *Recueil*, 1997, p.62.

¹⁰⁹⁵ Art. 63 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

¹⁰⁹⁶ Voy. CPJI, arrêt du 13 février 1927, Allemagne contre Pologne (*Affaire relative à l'usine de Chorzow*) (fond), *Recueil*, Série A, n° 13, p. 29.

D'une part, la coutume suppose un élément *matériel* : c'est la répétition pendant une certaine durée¹⁰⁹⁷ et dans un espace donné de certains actes ou comportements. Ce sont les *précédents* qui forment une « pratique internationale constante »¹⁰⁹⁸. Notons qu'il peut s'agir tout autant d'une action que d'une abstention¹⁰⁹⁹. Dans tous les cas, il faut que la coutume présente une certaine uniformité dans le comportement.

D'autre part, pour parler d'une coutume, il faut un élément *psychologique* qui repose sur l'acceptation de la part des États que ces actes ou comportements correspondent à l'exécution d'une obligation juridique¹¹⁰⁰. C'est donc la conviction que la pratique en cause repose sur règle de droit. Les juristes en droit international nomment cet élément moral l'*opinio iuris sive necessitatis*¹¹⁰¹.

Voyons à présent deux illustrations à l'appui de notre propos.

Le 17 juillet 1979, à l'issue d'une insurrection pilotée par le Front sandiniste de libération nationale (*Frente Sandinista de Liberación Nacional*), le dictateur héréditaire Anastasio Somoza, soutenu par les États-Unis, est contraint de fuir le Nicaragua. Le pays d'Amérique centrale se retrouve alors dirigé par les 'Sandinistes', appuyés par Cuba. À partir de 1981, inquiétée par leurs politiques qu'elle juge trop socialistes, l'administration américaine du Président Ronald Reagan soutient financièrement et militairement les opposants au nouveau régime et anciens partisans de Somoza : les *contras*. Les États-Unis disposent également des mines à proximité des côtes nicaraguayennes.

En 1984, le Nicaragua dépose une requête introductive d'instance contre les États-Unis d'Amérique devant la Cour internationale de justice (voy. *infra*), qui rend son arrêt au fond le 27 juin 1986. Le Nicaragua accusait les États-Unis d'avoir violé, par ces actions, leurs obligations internationales. Pour déterminer s'il existait ou non, indépendamment de toute convention, une coutume qui formalisait une obligation de ne pas recourir à l'emploi de la force et un principe de non-intervention¹¹⁰², la Cour a noté « qu'en fait les Parties semblent être largement d'accord [...]

¹⁰⁹⁷ « [I] demeure indispensable que dans ce laps de temps, aussi bref qu'il ait été, la pratique des États, y compris ceux qui sont particulièrement intéressés, ait été fréquente et pratiquement uniforme » (CIJ, arrêt du 20 février 1969, République fédérale d'Allemagne contre Danemark/République fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas (*Plateau continental de la mer du Nord*), *Recueil*, CIJ 1969, p. 43).

¹⁰⁹⁸ CPJI, arrêt du 17 août 1923, Royaume-Uni, France, Italie, Japon contre Allemagne ; Pologne t'intervenant) (*Affaire du Vapeur « Wimbledon »*), Série A, N°1, p. 25.

¹⁰⁹⁹ CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, France contre Turquie (*Affaire du « Lotus »*), *Recueil*, Série A, N° 10, p. 28.

¹¹⁰⁰ CIJ, arrêt du 20 février 1969, République fédérale d'Allemagne contre Danemark/République fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas (*Plateau continental de la mer du Nord*), *Recueil*, 1969, p. 44.

¹¹⁰¹ I. BROWNLIE, *Principles of public international law*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 7-12

¹¹⁰² « [D]'après les formulations généralement acceptées, ce principe interdit à tout État ou groupe d'États d'intervenir directement ou indirectement dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État. L'intervention interdite doit donc porter sur des matières à propos desquelles le principe de souveraineté des États permet à chacun d'entre eux de se décider librement. Il en est ainsi du choix du système politique, économique, social et culturel et de la formulation des relations extérieures. L'intervention est illicite lorsque à propos de ces choix, qui doivent demeurer libres, elle utilise des moyens de contrainte. Cet élément de contrainte, constitutif de l'intervention prohibée et formant son essence même, est particulièrement évident dans le cas d'une intervention utilisant la force, soit sous la forme directe d'une action militaire soit sous celle, indirecte, du soutien à des activités armées subversives ou terroristes à l'intérieur d'un autre

sur la teneur du droit international coutumier relatif au non-emploi de la force et à la non-intervention »¹¹⁰³. Il s'agit ici de l'élément *moral* de la coutume.

La Cour observe également que même s'« [i]l ne faut pas s'attendre à ce que l'application des règles en question soit parfaite dans la pratique étatique, en ce sens que les États s'abstiendraient, avec une entière constance, de recourir à la force ou à l'intervention dans les affaires intérieures d'autres États », les États y conforment leur conduite d'une manière « générale et qu'ils traitent eux-mêmes les comportements non conformes à la règle en question comme des violations de celle-ci »¹¹⁰⁴. Nous sommes cette fois-ci face à l'élément *matériel*.

Partant de ce constat, la Cour a jugé que les États-Unis avaient violé les obligations imposées par le droit international coutumier de ne pas intervenir dans les affaires d'un autre État, de ne pas recourir à la force contre un autre État, de ne pas porter atteinte à la souveraineté d'un autre État, et de ne pas interrompre le commerce maritime pacifique.

Notre deuxième exemple remonte à 1926 :

Naviguant vers Constantinople, le paquebot français, le *Lotus*, percute un vapeur turc, le *Boz-Kourt*, en pleine mer Méditerranée. Celui-ci sombre suite à l'accident et plusieurs marins turcs décèdent. D'autres marins sont néanmoins sauvés par Le *Lotus* qui continue sa route jusqu'à Constantinople. Le capitaine du navire est aussitôt arrêté par les autorités et condamné par les tribunaux turcs en septembre 1926. La France proteste auprès de la Turquie. Puisque le capitaine est de nationalité française, que le navire est sous pavillon français et que le drame a eu lieu en haute mer, la Turquie ne peut juger les actes commis. La coutume internationale, soutient alors la France, fait d'elle la seule puissance à pouvoir juger les faits.

La Cour permanente de justice internationale (CPJI ; il s'agit de l'ancêtre de la Cour internationale de justice) a rendu un arrêt dans le cadre de l'affaire « du *Lotus* » le 7 septembre 1927. Certes, la Cour reconnaît que les États s'abstiennent souvent d'exercer des poursuites en matière pénale dans un contexte d'abordage. Cela étant dit, « [m]ême si la rareté des décisions judiciaires que l'on peut trouver dans les recueils de jurisprudence était une preuve suffisante du fait invoqué [...], il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire ; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale. Le fait allégué ne permet pas de conclure que les États aient été conscients de pareil devoir »¹¹⁰⁵. En conclusion, en l'absence d'*opinio juris sive necessitatis*, il n'existe pas de règle de droit coutumier, relative aux cas d'abordage, qui réserverait les poursuites pénales à la compétence exclusive de l'État du pavillon.

294. - Importance de la coutume – La place de la coutume en droit international est, encore aujourd'hui, significative. Non seulement, c'est elle qui a longtemps été à la base des relations internationales avant la multiplication des traités¹¹⁰⁶, mais en outre, de nombreux volets du droit international, comme celui de la responsabilité internationale de l'État, demeurent actuellement gouvernés

État. » (CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *Recueil*, 1986, p. 108).

¹¹⁰³ CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *Recueil*, 1986, pp. 88-102 et pp. 106-110.

¹¹⁰⁴ CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *Recueil*, 1986, pp. 88-102 et p. 98.

¹¹⁰⁵ CPJI, Arrêt du 7 septembre 1927, France contre Turquie (*affaire du « Lotus »*), *Recueil*, Série A, N° 10, p. 28

¹¹⁰⁶ D. CARREAU, *Droit international*, 9^e éd., Paris, Pedone, 2007, pp. 246-247.

par le droit coutumier. Il peut d'ailleurs arriver que la coutume soit plus achevée, précise et claire, que le droit conventionnel¹¹⁰⁷.

295. - Preuve de la coutume et codification – L'existence des sources coutumières posent certaines difficultés en pratique. En particulier, la coutume n'étant pas écrite, il peut être difficile de faire la preuve de l'élément psychologique de la coutume et de montrer les intentions qui sous-tendent la pratique des États. Or, la Cour internationale de Justice a bien précisé à ce sujet que « les actes considérés doivent témoigner par leur nature ou la manière dont ils sont accomplis de la conviction que cette pratique est rendue obligatoire »¹¹⁰⁸. Toutefois, sans admettre que la répétition soit en soi suffisante, la juridiction internationale a pu avoir tendance à considérer qu'une fois solidement démontré, l'élément matériel peut, dans certains cas, représenter la preuve de l'*opinio iuris*¹¹⁰⁹. Cela revient à dire qu'on déduit d'une répétition dans l'attitude des États, la présomption qu'ils agissent d'une certaine façon parce qu'ils sont convaincus de l'existence d'une règle juridique qui les y oblige.

Pour pallier ces difficultés, propres au droit coutumier, il arrive que les sujets de droit international cherchent à le codifier, c'est-à-dire à le transposer dans un texte écrit, dans un traité négocié qui reprend la substance de la coutume existante¹¹¹⁰. Par cette technique, il est ainsi possible de contourner la difficulté de l'établissement de l'élément psychologique de la coutume. Le fait de codifier une coutume ne l'a fait pas disparaître en tant que telle : elle continue à exister en parallèle du traité.

296. - Effet de la coutume et objecteur persistant – En droit international, la coutume a la même autorité que les traités : elle lie les États qui sont juridiquement obligés d'en respecter le prescrit. Quand la coutume est générale¹¹¹¹, elle a vocation à s'appliquer partout dans le monde. Certaines coutumes sont cependant régionales : elles n'ont alors qu'une portée géographique limitée¹¹¹².

Enfin, il est encore utile d'ajouter qu'une norme coutumière peut ne pas être opposable à un État s'il a constamment refusé de la reconnaître et a résisté à toutes les tentatives de lui appliquer au cours de la période de formation de cette norme. Cette capacité a été consacrée à plusieurs

¹¹⁰⁷ CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), *Recueil*, 1986, p.14.

¹¹⁰⁸ Voy. CIJ, arrêt du 20 février 1969, République fédérale d'Allemagne contre Danemark/République fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas (*Plateau continental de la mer du Nord*), *Recueil*, 1969, p. 44 et CIJ, arrêt du 27 juin 1986, Nicaragua contre États-Unis d'Amérique (*Affaires des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*) *Recueil*, 1986, p. 97.

¹¹⁰⁹ CIJ, arrêt du 21 novembre 1959, Suisse contre États-Unis d'Amérique (*Interhandel*), *Recueil*, 1959, p. 27; CIJ, arrêt 12 avril 1960, Portugal contre Inde (*Droit de passage en territoire indien*), *Recueil*, 1960, p. 40.

¹¹¹⁰ À noter qu'il n'est pas rare que certaines règles coutumières soient déduites d'instrument de codification (S. SUR, « La créativité du droit international », *R.C.A.D.I.*, vol. 363, 2012, pp. 168-172).

¹¹¹¹ Une participation très large et représentative des États peut suffire (CIJ, arrêt du 20 février 1969, République fédérale d'Allemagne contre Danemark/République fédérale d'Allemagne contre Pays-Bas (*Plateau continental de la mer du Nord*), *Recueil*, 1969, p. 43).

¹¹¹² CIJ, arrêt du 20 novembre 1950, Colombie contre Pérou (*Droit d'asile*), *Recueil*, 1950, pp. 276-277; CIJ, arrêt du 18 décembre 1951, Royaume-Uni contre Norvège (*Pêcheries norvégiennes*), *Recueil*, 1951, pp. 136-139; CIJ, arrêt du 27 août 1952, France contre États-Unis d'Amérique (*Droit des ressortissants américains au Maroc*), *Recueil*, 1952, p. 200 ; CIJ, arrêt du 12 avril 1960, Portugal contre Inde (*Droit de passage sur le territoire indien*), *Recueil*, 1960, p. 39 ; voy. également CIJ, arrêt du 13 juillet 2009, Costa Rica contre Nicaragua, (*Différend relatif à des droits de navigation et des droits connexes*), *Recueil*, 2009, p. 213 ; M. N. SHAW, *International Law*, 6^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 92.

reprises¹¹¹³ : on désigne cet État comme étant un *objecteur persistant*. Ceci accrédite le caractère volontariste du droit international : même à l'égard des coutumes, les États ne sont liés que s'il existe une forme de consentement, au moins tacite.

3) *Les acteurs du droit international public*

297. - Présentation – Nous venons de dégager un panorama des sources du droit international public en concentrant notre propos sur les deux plus notoires. Il convient désormais de nous intéresser aux sujets du droit international public, soit les personnes juridiques aptes à être titulaires de droits et d'obligations établis par le droit international public.

a) **Généralités**

298. - Panorama – On observe une nette évolution en ce qui concerne les titulaires de droits et d'obligations établis par le droit international public. Dans le cadre du droit international classique, les États ont longtemps été les seuls sujets. À partir du XIX^e siècle, les États ont établi des organisations internationales auxquelles de plus en plus de compétences ont été déléguées. On reconnaît dès lors également la qualité de sujets du droit international à ces organisations. En outre, on considère que certaines collectivités non-étatiques disposent d'un pouvoir de conclure des traités. C'est le cas notamment du Saint-Siège¹¹¹⁴ qui peut élaborer des accords – des *concordats* – avec les autres sujets de droit international.

En revanche, la qualité de sujets du droit international est traditionnellement refusée aux particuliers : les personnes physiques et les personnes morales (notamment les entreprises) ne peuvent dès lors pas conclure de traités avec les États ou les organisations internationales¹¹¹⁵. Les particuliers ne peuvent pas non plus saisir de juridictions internationales pour leur demander de trancher les litiges qui les opposeraient à une puissance souveraine.

299. - Les États – Comme on vient de le rappeler, les États sont les sujets majeurs du droit international public. Au chapitre 1^{er}, nous avons énoncé et expliqué les composantes essentielles d'un État. Celui-ci n'existe qu'à condition

¹¹¹³ CIJ, arrêt du 20 novembre 1950, Colombie contre Pérou (*Droit d'asile*), *Recueil*, 1950, p. 276; CIJ, arrêt du 18 décembre 1951, Royaume-Uni contre Norvège (*Pêcheries norvégiennes*), *Recueil*, 1951, p. 131.

¹¹¹⁴ M. RYNKOWSKY, « Saint-Siège », in : F. MESSNER (sous la dir. de), *Droit des Religions*, Paris, CNRS éditions, 2010, pp. 633-635 ; le Saint-Siège et l'État de la cité du Vatican (qui constitue un État à part entière délimité par les accords du Latran de 1929) sont deux entités juridiques distinctes bien qu'elles aient l'une et l'autre le Pape à leur tête. Le Saint-Siège a, soulignons-le, tissé un réseau de relations de premier ordre. Les ambassadeurs du Saint-Siège portent le titre de « nonce apostolique ».

¹¹¹⁵ CIJ, arrêt du 22 juillet 1952, Royaume-Uni contre Iran (*Anglo-iranian oil company*), *Recueil*, 1952, p. 93.

de posséder un territoire, une population habitant ce territoire et une puissance publique qui s'exerce sur la population et sur le territoire. On ne perdra pas de vue, en outre, les discussions en lien avec sa reconnaissance par les autres États (voy. *supra*).

L'État doit ainsi jouir de la *souveraineté* pour être reconnu comme sujet du droit international. Cela signifie que « les États, par principe, ne peuvent recevoir d'« ordre », qu'ils proviennent d'autres États ou d'organes internationaux¹¹¹⁶. Un État est susceptible d'exercer sur son territoire l'intégralité de ses compétences, à l'exclusion de tout autre État¹¹¹⁷. Il dispose en d'autres termes de la plénitude et de l'exclusivité des compétences¹¹¹⁸.

En vertu de l'article 6 de la Convention de Vienne, « tout État a la capacité de conclure des traités » ; il peut lui-même déterminer si d'autres entités sub-étatiques ont la capacité de conclure des traités et de mener des négociations diplomatiques. Néanmoins, c'est généralement l'autorité centrale qui conserve la mainmise dans les matières diplomatiques.

300. - Les organisations internationales – Ayant pris l'ascendant sur les confédérations, les organisations internationales sont des associations d'États, constituées par traité, dotées d'une personnalité juridique distincte de celle des États membres. Les organisations internationales peuvent aussi conclure des traités¹¹¹⁹.

Les organisations internationales sont des créations relativement récentes du droit international. L'Union télégraphique internationale (1865) et l'Union postale universelle (1874) figurent parmi les premières.

Depuis la fin de la deuxième guerre mondiale et la création de l'Organisation des Nations Unies, on compte de plus en plus d'organisations internationales. Il y a des organisations à *vocation universelle*, comme l'Organisation des Nations Unies, et des organisations *régionales* qui limitent leurs activités à un cadre géographique restreint. C'est le cas du Conseil de l'Europe, de l'Organisation des États américains (OEA), de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) et de l'Association des États de l'Asie du Sud-Est (ASEAN). Certaines organisations sont également dédiées à une matière spécifique. Les organisations peuvent ainsi être économiques – songeons à l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) – ou encore militaires – comme l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN).

Instituée en 1994 par l'Accord de Marrakech, dans la continuité de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade*, ou GATT) signé en 1947,

¹¹¹⁶ Tribunal pénal International pour l'ex-Yougoslavie, IT-95-14-AR 108 bis, par. 26.

¹¹¹⁷ J. SALMON (sous la dir. de), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant/AUF, 2001, p. 1076.

¹¹¹⁸ Sentence rendue le 4 avril 1928 dans l'affaire de l'île Las Palmas, R.S.A., vol. II, p. 281.

¹¹¹⁹ CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *Réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, *Recueil*, 1949, pp. 182 et 184.

L'Organisation mondiale du Commerce est une organisation dont l'objet, comme son nom l'indique, est l'encadrement du commerce international conformément aux règles définies par les Accords de l'OMC. Ceux-ci concernent le commerce dans le domaine des marchandises, des services et de la propriété intellectuelle et visent à favoriser autant que possible le libre-échange, en supprimant, notamment, les barrières douanières et les normes susceptibles de restreindre les importations et les exportations. Dotée d'un organe de règlement des litiges (*l'Organe de règlement des différends*), l'OMC est un *forum* de négociations destinées à libéraliser continuellement le commerce mondial. Au 28 janvier 2020, elle comptait 164 États membres.

L'Organisation du Traité de l'Atlantique nord est une alliance militaire créée en 1949 qui prévoit une assistance mutuelle entre ses États membres en cas d'agression. Ainsi, l'article 5 du Traité de Washington du 4 avril 1949 qui l'institue dispose qu'une attaque contre l'un ou plusieurs de ses membres est considérée comme une attaque dirigée contre tous. Constituée dans le contexte de la guerre froide, l'OTAN est conçue comme un contrepoids à son pendant du bloc communiste, le *Pacte de Varsovie*, qui a vu le jour en 1955. Après la guerre de Corée, l'Alliance a institué une structure de commandement militaire intégrée. Elle est maintenue après la dissolution de l'URSS et s'est élargie. Elle compte, en 2020, 29 États d'Amérique du Nord et d'Europe (ceux-ci sont repris dans le tableau ci-dessous – les États mis en évidence sont également membres de l'Union européenne, voy. *infra* n° XXX) et a, en outre, noué un partenariat étroit avec l'Union européenne.

Albanie	France	Pays-Bas
Allemagne	Grèce	Pologne
Belgique	Hongrie	Portugal
Bulgarie	Islande	République tchèque
Canada	Italie	Roumanie
Croatie	Lettonie	Royaume-Uni
Danemark	Lituanie	Slovaquie
Espagne	Luxembourg	Slovénie
Estonie	Monténégro	Turquie
États-Unis	Norvège	

La procédure prévue à l'article 5 du Traité a été mise en œuvre une seule fois en œuvre, et ce par les États-Unis, à la suite des attentats du 11 septembre 2001 perpétrés sur leur territoire par des membres du réseau djihadiste *Al-Qaïda*.

b) Présentation de deux organisations internationales majeures

301. - Sélections des illustrations – Parmi les nombreuses organisations internationales qui existent, il nous a semblé pertinent d'en retenir particulièrement deux, sur lesquelles nous allons nous focaliser dans les pages qui suivent. Il s'agit d'une part de l'Organisation des Nations Unies et, d'autre part, de l'Union européenne.

1. L'Organisation des Nations Unies

302. - Origines – La première guerre mondiale a constitué un tel choc que les États ont mis sur pied, à l’occasion de la Conférence de la paix de Versailles, le 28 avril 1919, une organisation internationale universelle dans le but de prévenir une nouvelle guerre internationale : la Société des Nations. Son siège a été établi à Genève. Destinée à redessiner les structures des relations internationales, elle comptait cinquante-quatre États membres en 1938. Cependant, la Société des Nations partait avec un grand nombre de handicaps, à commencer par le refus des États-Unis de la rejoindre. Avec un pouvoir de contrainte limité, elle était trop faible pour se faire respecter. Ces défauts ont précipité son échec, acté par l’éclatement de la seconde guerre mondiale.

À la fin de celle-ci, les puissances alliées ont réfléchi à une nouvelle organisation universelle au sein de laquelle leurs relations pourraient être encadrées plus fermement. Aussi, la Charte des Nations Unies a été élaborée par les représentants de 50 États, au cours d’une Conférence tenue à San Francisco, et a été signée le 26 juin 1945. L’Organisation des Nations Unies (ONU) est née officiellement le 24 octobre 1945, après la ratification par la Chine, les États-Unis, la France, le Royaume-Uni et l’Union des Républiques socialistes soviétiques ainsi que par la majorité des autres États signataires.

303. - Membres de l’ONU – Tout État pacifique qui accepte les obligations de la Charte et qui est capable, selon l’ONU, de les remplir, peut demander à en devenir Membre. Les nouveaux membres sont par la suite admis par décision de l’Assemblée générale, sur recommandation du Conseil de sécurité¹¹²⁰. En 2020, l’ONU comprenait 193 membres.

La Charte prévoit la suspension¹¹²¹ ou l’exclusion¹¹²² d’un Membre si celui-ci a enfreint les principes de la Charte.

304. - Organes de l’ONU – La Charte a établi six organes principaux des Nations Unies¹¹²³ dont les plus importants sont : l’Assemblée générale, le Conseil de sécurité, le Secrétariat – tous trois établis à New York – et la Cour Internationale de Justice – dont le siège est à La Haye.

L’Assemblée générale constitue le principal organe de délibération des Nations Unies. Elle se compose des représentants des États Membres¹¹²⁴ qui y disposent chacun d’une voix¹¹²⁵. L’Assemblée générale tient une session annuelle régulière¹¹²⁶ et, lorsque les circonstances l’exigent, des sessions extraordinaires¹¹²⁷. Au début de chaque session ordinaire, un débat général est

¹¹²⁰ Art. 4 de la Charte des Nations Unies.

¹¹²¹ Art. 5 de la Charte des Nations Unies.

¹¹²² Art. 6 de la Charte des Nations Unies.

¹¹²³ Art. 7 de la Charte des Nations Unies.

¹¹²⁴ Art. 9 de la Charte des Nations Unies.

¹¹²⁵ Art. 18 de la Charte des Nations Unies.

¹¹²⁶ La session ordinaire commence habituellement chaque année en septembre et se poursuit jusqu’au mois de décembre.

¹¹²⁷ Art. 20 de la Charte des Nations Unies.

tenu. Dans un second temps, l'Assemblée renvoie la plupart des questions d'actualité à ses six grandes commissions¹¹²⁸. Les décisions sur des sujets importants tels que la paix et la sécurité internationales, l'admission de nouveaux Membres et les questions budgétaires sont prises à la majorité des deux tiers des Membres présents et votant ; les autres décisions sont prises à la majorité simple¹¹²⁹.

La Charte attribue à l'Assemblée générale une compétence tout à fait générale. L'article 10 précise à cet égard qu'elle « peut discuter toutes questions ou affaires rentrant dans le cadre de la présente Charte ou se rapportant aux pouvoirs et fonctions de l'un quelconque des organes prévus par la présente Charte ». Ainsi, l'Assemblée générale commande des études et fait des recommandations en vue de développer la coopération internationale. Cependant, sur la question centrale de la paix et des interventions armées, l'Assemblée générale ne peut que donner son avis au Conseil de sécurité.

Le *Conseil de sécurité* se compose de quinze membres. Cinq d'entre eux sont des membres permanents ; il s'agit de la Chine, des États-Unis, de la Fédération de Russie, de la France et du Royaume-Uni¹¹³⁰. Les dix autres membres sont élus par l'Assemblée générale pour une période de deux ans¹¹³¹ ; il est prévu que le choix de ces membres non-permanents doit assurer « une répartition géographique équitable ».

Le Conseil tient des réunions périodiques et se réunit chaque fois que cela est nécessaire¹¹³². En effet, bien que la Charte oblige les États Membres à régler leurs différends par des moyens pacifiques, les États peuvent en cas de crise soumettre tout différend au Conseil de sécurité. Sa mission première est ainsi de *maintenir la paix et la sécurité internationale*. Pour cette matière, c'est bien le Conseil de sécurité qui est l'organe central des Nations Unies¹¹³³. Il peut ainsi recommander aux parties de parvenir à un accord par des moyens pacifiques¹¹³⁴, charger un tiers de la fonction de médiateur, inciter le recours à la Cour internationale de justice ou encore ouvrir une enquête¹¹³⁵. Aux termes de l'article 42 de la Charte, s'il l'estime nécessaire, le Conseil peut adopter des mesures de contrainte militaire, en initiant « au moyen de forces aériennes, navales ou terrestres, toute action

¹¹²⁸ Il s'agit de la Commission des questions de désarmement et de sécurité internationale ; de la Commission économique et financière ; de la Commission des questions sociales, humanitaires et culturelles ; de la Commission des questions politiques spéciales et de la décolonisation ; de la Commission des questions administratives et budgétaire et, enfin, de la Commission des questions juridiques.

¹¹²⁹ Art. 18 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³⁰ Art. 23.1 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³¹ Art. 23.2 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³² Art. 28.1 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³³ Voy. P.-M. DUPUY, *Droit International public*, Paris, Dalloz, 2006, 8^e éd., p. 619.

¹¹³⁴ Art. 33 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³⁵ Art. 34 de la Charte des Nations Unies.

qu'il juge nécessaire au maintien ou rétablissement de la paix et de la sécurité internationale »¹¹³⁶.

Notons, au passage, que l'article 51 de la Charte reconnaît, de façon expresse, un droit « naturel de légitime défense, individuelle et collective, dans le cas où un membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée »¹¹³⁷.

La prise de décision du Conseil de sécurité obéit à des règles tout à fait particulières. Chaque membre du Conseil dispose d'une voix. Les décisions, que l'on nomme *résolution*, sont prises à la majorité de 9 voix sur 15. Toutefois, il existe une seconde condition pour que la 'résolution' soit adoptée : aucun des cinq membres permanents ne doit avoir voté contre elle. Il s'agit d'un élément essentiel qui conditionne la dynamique institutionnelle de l'ONU. En effet, chaque membre permanent dispose d'un véritable droit de veto qui lui permet, à lui seul, d'empêcher l'adoption d'une décision du Conseil de sécurité¹¹³⁸. En revanche, un membre permanent ne bloque pas l'adoption s'il s'abstient lors du vote.

Le *Secrétaire général* est nommé, quant à lui, par l'Assemblée générale, pour une durée de cinq ans renouvelable, sur recommandation du Conseil de sécurité¹¹³⁹. Il se trouve à la tête du Secrétariat de l'ONU qui s'acquitte des diverses tâches quotidiennes de l'Organisation. Le Secrétaire n'est nullement un super-président planétaire, comme on peut le lire à tort et à travers, mais le « plus haut fonctionnaire » de l'Organisation. Il est chargé de coordonner l'administration des Nations Unies et d'attirer « l'attention du Conseil de sécurité sur toute affaire qui, à son avis, pourrait mettre en danger le maintien de la paix et de la sécurité internationale »¹¹⁴⁰. Le Secrétaire général peut également être chargé d'exercer ses « bons offices » – c'est-à-dire mettre en œuvre des méthodes pour dégager pacifiquement des solutions – pour résoudre par le dialogue les tensions entre les États.

Enfin, la *Cour internationale de Justice* est compétente pour trancher tout différend opposant deux États membres, ou, dans certaines conditions, non-membres¹¹⁴¹, de l'Organisation des Nations Unies. Elle sert également de juridiction d'appel pour les décisions rendues par certaines organisations internationales et a une compétence d'avis¹¹⁴² sur toute question juridique posée

¹¹³⁶ Voy. également l'art. 48 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³⁷ La résolution 3314 (XXIX), adoptée par l'Assemblée générale le 14 décembre 1974, définit l'agression comme « l'emploi de la force armée par un État contre la souveraineté, l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique d'un autre État, ou de toute autre manière incompatible avec la Charte des Nations Unies ». Cela étant dit, le droit de légitime défense cesse d'exister si le Conseil a pris les mesures nécessaires pour le maintien de la paix ; de plus le Conseil doit être informé des mesures prises par l'État agressé.

¹¹³⁸ Les deux conditions sont prévues à l'art. 27 de la Charte des Nations Unies.

¹¹³⁹ Art. 97 de la Charte des Nations Unies.

¹¹⁴⁰ Art. 99 de la Charte des Nations Unies.

¹¹⁴¹ Les États-tiers peuvent devenir parties au seul statut de la Cour, après y avoir été autorisés par l'Assemblée générale sur recommandation du Conseil de sécurité.

¹¹⁴² Art. 96 de la Charte des Nations Unies.

par les organes de l'ONU. Héritière de la Cour Permanente de Justice internationale mise en place dans le cadre de la Société des Nations, la Cour internationale de Justice se compose de quinze juges¹¹⁴³, élus pour neuf ans à la majorité absolue des voix à l'Assemblée générale et au Conseil de sécurité. La Cour est renouvelée par tiers tous les trois ans¹¹⁴⁴.

En vertu de l'article 34, § 1, du statut organique de la C.I.J., seuls les États peuvent saisir la Cour. En outre, leur consentement est nécessaire : on parle dès lors de juridiction « facultative ». Parfois, cependant, la juridiction de la Cour est dite « obligatoire ». C'est le cas lorsque, antérieurement à la naissance du litige, les parties ont prévu la compétence de la Cour dans un traité. En outre, les États peuvent souscrire à une « clause facultative de juridiction obligatoire »¹¹⁴⁵ en vertu de laquelle ils s'engagent à soumettre à la Cour les différends qui les opposeraient à un État ayant lui-même souscrit à la clause¹¹⁴⁶.

Les arrêts de la Cour internationale de justice sont définitifs et obligatoires pour les parties en cause. Si l'un des États ne satisfait pas aux obligations découlant d'une décision de la Cour, le Conseil de sécurité des Nations Unies peut être saisi pour que celui-ci s'assure de la bonne exécution de l'arrêt. Toutefois, la souveraineté des États demeurant le principe et en l'absence de mécanismes automatiques de coercition, il s'est déjà produit des résistances et violations flagrantes des décisions de la Cour¹¹⁴⁷.

305. - Système ONU – Les plus importantes institutions internationales créées avant ou après la guerre sont rassemblées au sein de ce qu'on appelle le « système des Nations Unies ». Ce système compte de nombreuses « institutions spécialisées »¹¹⁴⁸. Il s'agit d'organisations spécialisées, qui sont plus ou moins indépendantes, mais qui ont vocation à soutenir l'ONU dans la réalisation de ses objectifs. Parmi ces institutions, on recense l'Organisation mondiale pour la santé (OMS), l'Organisation internationale du travail (OIT), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (F.A.O.), l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la

¹¹⁴³ Il existe la possibilité de nommer des juges *ad hoc* pour siéger dans le cadre de certains litiges (voy. art. 31 du Statut de la Cour internationale de Justice et A. ORAISON, « Réflexions sur l'institution du juge *ad hoc* », *R.B.D.I.*, 1998, pp. 272-299).

¹¹⁴⁴ Art. 2 du Statut de la Cour internationale de Justice.

¹¹⁴⁵ Art. 36, § 2, du Statut de la Cour internationale de Justice.

¹¹⁴⁶ On notera, en guise de complément d'information, que la France n'y souscrit plus depuis 1973, et les États-Unis non plus depuis 1984.

¹¹⁴⁷ L'affaire *LaGrand* en est, à ce titre, une illustration célèbre. Dans le cadre de cet affaire portée devant la Cour par la République fédérale d'Allemagne qui invoquait une violation de la Convention de Vienne du 24 avril 1963 sur les relations consulaires, la Cour internationale de Justice avait rendu, le 3 mars 1999, une ordonnance imposant aux États-Unis de suspendre l'exécution d'un ressortissant allemand, Walter LaGrand, arrêté en même temps que son frère en 1982 par les autorités de l'État d'Arizona (CIJ, ordonnance du 3 mars 1999, Allemagne contre États-Unis d'Amérique (*LaGrand*), mesures conservatoires, *Recueil*, 1999, p. 9). Walter Lagrand a, cependant, été exécuté, quelques heures plus tard, dans une chambre à gaz (son frère, Karlheinz, ayant été quant à lui exécuté le 24 février 1999 par injection létale). Cette affaire est à rapprocher des affaire *Breard* (CIJ, ordonnance du 9 avril 1998, Paraguay contre États-Unis (*Affaire Convention sur les relations consulaires*), *Recueil*, 1998, p. 248) et *Avena* (arrêt du 31 mars 2004, Mexique contre États-Unis (*Avena et autres ressortissants mexicains*), *Recueil*, 2004, p. 12).

¹¹⁴⁸ Voy. les art. 57, 58 et 63 de la Charte des Nations Unies.

science et la culture (U.N.E.S.C.O.), le Groupe de la Banque mondiale¹¹⁴⁹ ou encore le Fonds monétaire international (FMI). Viennent s'ajouter à ce « système » des *programmes* comme le Fonds des Nations Unies pour l'enfance (U.N.I.C.E.F.) ou le Programme des Nations Unies pour le développement (P.N.U.D.).

2. *L'Union européenne*

306. - Nature de l'Union – Évoquer l'Union européenne dans un chapitre consacré aux acteurs du droit international pourrait faire bondir d'effroi plusieurs spécialistes. Cela tient à la nature singulière de cette entité hybride qui se situe au confluent entre l'organisation internationale, la confédération et le système fédéral. Il aurait pu être pertinent de consacrer un chapitre spécifique à l'Union européenne, mais nous avons préféré traiter cette institution comme un objet particulier du droit international public.

Nous nous permettons, à titre liminaire, de préciser que l'Union européenne est le fruit d'une association entre des États *souverains* qui lui ont donné naissance par le biais de traités internationaux qu'ils peuvent, moyennant certaines modalités dénoncer. Ces États ont décidé de déléguer à cette entité l'*exercice* de certaines compétences, mais ont le droit, s'ils l'estiment préférables, de récupérer leur pleine jouissance. Or, ce n'est que si un État ne peut définitivement plus *récupérer* les attributs de la souveraineté qu'il perd sa qualité d'État¹¹⁵⁰. C'est à ce titre qu'on peut considérer que l'Union européenne est une organisation internationale, même si son histoire, son importance et sa structure en font une organisation extraordinaire.

307. - Historique – Au cours des siècles, de nombreuses visions d'une communauté politique européenne sont entrées en confrontation. De l'Empire romain au III^e Reich, en passant par l'Empire carolingien et la dynastie des Habsbourg, le continent a connu de multiples entreprises, généralement menées par la force, en vue de son unification. Tout au long du Moyen Âge, le Souverain pontife jouissait également d'un privilège moral sur les autres monarques européens qui composaient la communauté européenne chrétienne. De l'émergence des États-Nations et du déclin de la papauté jaillissent de nouvelles visions européennes, sous les plumes de Gottfried Wilhelm Leibniz, de Giuseppe Mazzini ou encore de Victor Hugo qui rêvait de voir un jour se consolider les « États-Unis d'Europe »¹¹⁵¹. Ce n'est toutefois qu'à l'issue des deux guerres mondiales que ces ambitions ont pris la voie de la concrétisation.

Les mobilisations en faveur de l'unité européenne qui suivent 1945 prennent appui sur la sensation d'isolement du continent et la conviction que sa reconstruction nécessite l'établissement d'une nouvelle structure supra-nationale. Diverses initiatives aboutissent à la signature du statut du Conseil de l'Europe à Londres le 5 mai 1949 (on y reviendra dans le chapitre 10, consacré aux droits fondamentaux, car le Conseil de l'Europe est à la source de la Convention

¹¹⁴⁹ Ce groupe regroupe la Banque mondiale pour la reconstruction et le développement (B.I.R.D.), la Société financière internationale (S.F.I.), l'Association internationale de développement (A.I.D.) et l'Agence multilatérale de garantie des investissements (A.M.G.I.).

¹¹⁵⁰ R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, T. I, Paris, CNRS, 1920, pp. 89-90.

¹¹⁵¹ L'auteur français a présenté cet objectif à l'occasion du Congrès international de la paix de Paris du 21 août 1849.

européenne des droits de l'homme). Aux yeux des différents mouvements pan-européens, les objectifs de cette première organisation ne sont néanmoins pas suffisants¹¹⁵².

Le 9 mai 1950, Robert Schuman, ministre français des affaires étrangères, présente un plan européen en matière économique, plan qu'il a mis au point avec un autre Français, Jean Monnet. Le plan *Schuman*, comme on le baptise, propose de placer l'ensemble de la production européenne de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans le cadre d'une organisation ouverte à la participation d'autres pays¹¹⁵³. Le Traité portant création de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA) est ainsi signé à Paris le 18 avril 1951¹¹⁵⁴ par six États : la République fédérale d'Allemagne, la République italienne, la République française, le Royaume de Belgique, le Royaume des Pays-Bas et le Grand-Duché de Luxembourg. Le traité est entré en vigueur le 25 juillet 1952 pour cinquante ans. La CECA, annonce Jean Monnet, « marque la direction dans laquelle la future Europe devra chercher sa voie vers une Communauté fédérale pacifique plus vaste, plus prospère, au sein de laquelle les nations européennes mettront en commun leurs ressources et leurs capacités et pourront ainsi, dans la liberté et la diversité, vivre au rythme du monde moderne »¹¹⁵⁵. À partir de cet accord entre ces six États, divisés par la guerre quelques années plus tôt, deux axes coexistent alors : la voie *fédérale*, visant à bâtir une union *politique*, et la voie *fonctionnelle*, basée sur une intégration économique et le libre-échange. À la suite des déclarations de Churchill et de René Plevin, on aboutit, après de longues négociations, à la signature, le 27 mai 1952, du Traité instituant la Communauté européenne de Défense (C.E.D.). Or, en parallèle, les six pays de la C.E.C.A. se lancent, par l'intermédiaire d'une Assemblée *ad hoc*, dans un projet de Communauté Politique Européenne (C.P.E.). Le 30 août 1954, le Traité de la C.E.D est cependant rejeté par l'Assemblée Nationale française. Le projet politique est automatiquement englouti dans la foulée. Avec cet échec, c'est finalement la méthode *fonctionnaliste* qui est privilégiée¹¹⁵⁶ : l'intégration européenne, partielle, aura lieu progressivement par l'établissement d'un marché commun.

Les États membres de la CECA signent le 25 mars 1957, à Rome, le Traité instituant la *Communauté économique européenne (CEE)* et le Traité instituant la Communauté européenne de l'Énergie atomique (EURATOM). Les décennies se suivent, de même que les traités – l'acte unique européen (1986) ; le Traité de Maastricht (1992) ; le Traité d'Amsterdam (1997) et le Traité de Nice (2001) – pour finalement parvenir à la structure que nous connaissons actuellement, à la suite du Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

Désormais, l'ensemble de l'édifice européen est régi par trois traités : le *Traité sur l'Union européenne (TUE)*, le *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)* et, enfin, le Traité EURATOM de 1957. Le TUE et le TFUE forment le droit *primaire* de l'Union européenne et déterminent le rôle et les compétences des organes de l'Union européenne. En outre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, est devenue, depuis le Traité de Lisbonne, une source contraignante de droit *primaire*¹¹⁵⁷.

¹¹⁵² A. ALBONETTI, *Préhistoire des États-Unis de l'Europe*, Paris, Sirey, 1963, pp. 41-69.

¹¹⁵³ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 37-38.

¹¹⁵⁴ *Recueil des Traités des Nations Unies*, vol. 261 (1957), n° 3729.

¹¹⁵⁵ J. MONNET, *les États-unis d'Europe ont commencé*, Paris, Robert Laffont, 1955, p. 17.

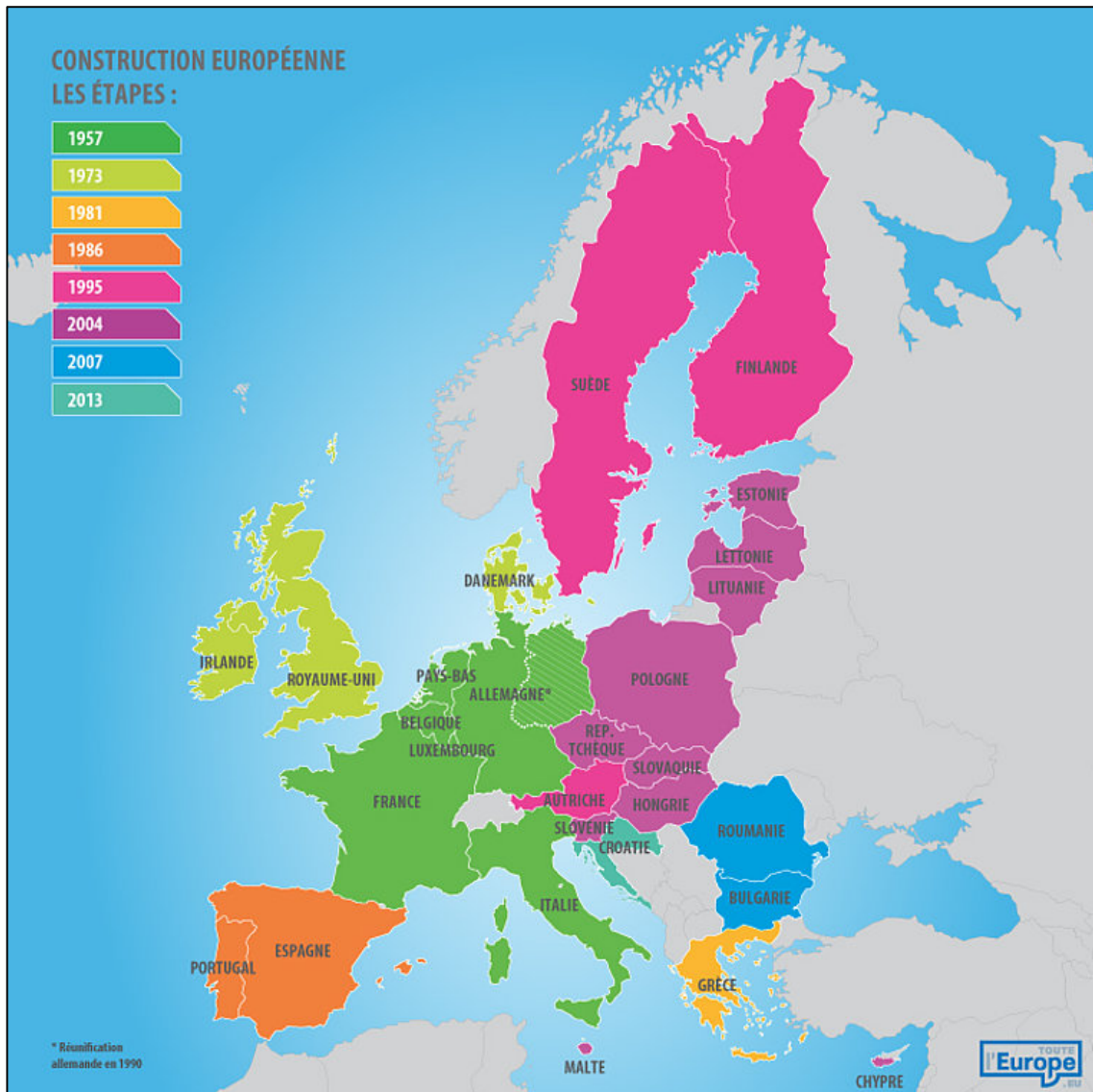
¹¹⁵⁶ R. ARON, *La Querelle de la CED*, Paris, Armand Colin, 1956, p. 13 et A. ALBONETTI, *Préhistoire des États-Unis de l'Europe*, Paris, Sirey, 1963, p. 219.

¹¹⁵⁷ Voy. l'article 6, paragraphe 1^{er}, du TUE.

308. - Les membres de l'Union – L'Union européenne est composée de vingt-sept États¹¹⁵⁸ dont les noms sont repris dans le tableau ci-dessous, classés en fonction de l'année d'adhésion :

1958	1973	1981	1986	1995	2004	2007	2013
Belgique	Danemark	Grèce	Espagne	Autriche	Chypre	Bulgarie	Croatie
Allemagne	Irlande		Portugal	Finlande	Tchéquie	Roumanie	
France	<i>Royaume-</i>			Suède	Estonie		
Italie	<i>Uni (le</i>				Hongrie		
Luxembourg	<i>Royaume-</i>				Lituanie		
Pays-Bas	<i>Uni est</i>				Lettonie		
	<i>sorti de</i>				Malte		
	<i>l'Union</i>				Pologne		
	<i>européenne</i>				Slovénie		
	<i>en 2020)</i>				Slovaquie		

¹¹⁵⁸ Le Royaume-Uni demeure, à l'heure où ces lignes sont écrites, un membre à part entière de l'Union européenne.



Cartes synoptiques de l'élargissement à 28 États membres de l'Union européenne

L'adhésion à l'Union européenne est un processus complexe qui exige de la part d'un État souhaitant se porter candidat, de remplir des critères relatifs à sa structure économique, à la consécration de l'État de droit ou encore à l'adoption de la législation européenne. L'État candidat doit soumettre sa candidature au Conseil, qui demande à la Commission d'évaluer sa capacité à remplir lesdits critères. Dans l'hypothèse d'un avis favorable, le Conseil lance alors les négociations. Le cas échéant, l'adhésion a lieu moyennant l'accord de tous les États membres.

Le retrait de l'Union européenne est ouvert aux États et est encadré par l'article 50 du TUE. À la suite d'un référendum qui s'est tenu sur son sol le 23 juin 2016, le Royaume-Uni a initié cette procédure. Après trois années de crise politique dans le pays, le *Brexit*, comme il a été dénommé, a eu lieu le 31 janvier 2020.

309.- Les institutions européennes – Le fonctionnement de l’Union européenne repose sur sept institutions : le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission européenne, la Cour de Justice de l’Union européenne, la Banque centrale européenne et la Cour des comptes¹¹⁵⁹. Nous décrivons ici sommairement les cinq premières.

Le *Parlement européen* est une assemblée dont les membres sont élus au suffrage universel et direct, tous les cinq ans, par les citoyens européens qui disposent, chacun, d’une seule voix à cette fin¹¹⁶⁰. Pour pouvoir participer à l’élection du Parlement européen, il faut être citoyen européen¹¹⁶¹, ce qui requiert d’avoir la nationalité d’un des États membres. Les 705 sièges du Parlement *post-Brexit* sont répartis entre les différents États membres en fonction de l’importance de la population de ces derniers¹¹⁶².

Allemagne – 96	Hongrie – 21	Irlande – 13
France – 79	Portugal – 21	Croatie – 12
Italie – 76	République tchèque – 21	Lituanie – 11
Espagne – 59	Suède – 21	Lettonie – 8
Pologne – 52	Autriche – 19	Slovénie – 8
Roumanie – 33	Bulgarie – 17	Estonie – 7
Pays-Bas – 29	Danemark – 14	Chypre – 6
Belgique – 21	Finlande – 14	Luxembourg – 6
Grèce – 21	Slovaquie – 14	Malte – 6

Au sein du Parlement européen, les députés peuvent se regrouper en formations politiques¹¹⁶³. Depuis le Traité de Lisbonne, le Parlement exerce en principe l’action législative avec le Conseil. La *procédure de la codécision*, qui implique ces deux organes dans le processus législatif, est en effet devenue la procédure de principe¹¹⁶⁴. Par ailleurs, le Parlement exerce une fonction de contrôle politique de la Commission et peut adopter une motion de censure à son encontre¹¹⁶⁵.

A l’origine, le *Conseil européen* était un organe de réflexion informel, mais son existence s’est officialisée avec le temps. Ses réunions sont destinées à définir les

¹¹⁵⁹ Art. 13 du TUE.

¹¹⁶⁰ Art. 14, paragraphes 2 et 3, du TUE.

¹¹⁶¹ Voy. à ce sujet S. LECLERC et J.-F. AKANDIJ-KOMBÉ (éds.), *La citoyenneté européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 167 pages.

¹¹⁶² Art. 14, paragraphe 2, du TUE.

¹¹⁶³ Art. 10, alinéa 4, du TUE.

¹¹⁶⁴ Art. 289 et 294 du TFUE.

¹¹⁶⁵ Art. 234 du TFUE.

grands axes de la politique de l'Union¹¹⁶⁶. Sur le plan de sa composition, le Conseil européen comprend un président – qui est élu pour une période de deux ans et demi, ce mandat étant renouvelable une fois¹¹⁶⁷ –, les chefs d'État ou de gouvernement des 28 États membres de l'Union européenne, et le président de la Commission¹¹⁶⁸. La vigilance est de mise : le Conseil européen *ne doit pas* être confondu avec le *Conseil*. Si les dénominations peuvent être trompeuses, les deux organes sont bien distincts.

En effet, le *Conseil* de l'Union européenne est le second organe législatif de l'Union et est composé d'un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilité à engager le gouvernement de l'État membre qu'il représente et à exercer le droit de vote¹¹⁶⁹. La composition précise du Conseil varie en fonction de la matière abordée. S'il est question de la politique agricole, ce sont les 28 ministres de l'agriculture qui se réunissent¹¹⁷⁰. Au total, il existe ainsi dix formations différentes du Conseil :

- | | | |
|--|---|--|
| 1. Affaires générales | 5. Emploi, politique sociale, santé et consommateurs | 8. Agriculture et pêche |
| 2. Affaires étrangères | 6. Compétitivité (marché intérieur, industrie, recherche et espace) | 9. Environnement |
| 3. Affaires économiques et financières | 7. Transports, télécommunications et énergie | 10. Éducation, jeunesse, culture et sport. |
| 4. Justice et affaires intérieures | | |

Comme nous l'avons dit, le Conseil participe au processus normatif de l'Union européenne ; il exerce la fonction législative en principe en collaboration avec le Parlement. Le Conseil statue à la majorité qualifiée, sauf dans les cas où les traités en disposent autrement. La majorité qualifiée se définit comme étant égale à au moins 55 % des États membres du Conseil, comprenant au moins quinze d'entre eux et représentant des États membres réunissant ensemble au moins 65 % de la population de l'Union¹¹⁷¹.

La présidence du Conseil est exercée à tour de rôle par chacun des 28 États membres pour une durée de six mois¹¹⁷².

La *Commission* est, quant à elle, un collège, responsable devant le Parlement¹¹⁷³, qui comprend un ressortissant de chaque État membre, soit actuellement 28 membres. Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, elle comprend un

¹¹⁶⁶ Art. 15, paragraphe 1^{er}, du TUE.

¹¹⁶⁷ Art. 15, paragraphe 5, du TUE.

¹¹⁶⁸ Art. 15, paragraphe 2, du TUE.

¹¹⁶⁹ Art. 16, alinéa 2, du TUE.

¹¹⁷⁰ Voy. J-P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 6^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 292-298.

¹¹⁷¹ Art. 16, paragraphe 4, du TUE.

¹¹⁷² Art. 16, paragraphe 9, du TUE.

¹¹⁷³ Art. 17, paragraphe 8, du TUE et art. 234 du TFUE.

président, un ministre européen des affaires étrangères (qui préside les formations du Conseil de l'Union européenne relatives aux Affaires étrangères) et 26 autres commissaires. Le président de la Commission est élu par le Parlement sur proposition du Conseil européen¹¹⁷⁴. Le ministre européen des affaires étrangères est, quant à lui, également choisi par le Conseil européen, mais en accord avec le Président de la Commission¹¹⁷⁵. Les 26 autres membres de la Commission sont proposés par le Conseil, avec l'accord du président élu de la Commission, sur la base de listes établies par les États membres.

Le Traité confie trois missions principales à la Commission¹¹⁷⁶. Elle est la gardienne des traités, elle participe à l'élaboration des normes de l'Union, en particulier par le biais de son droit d'initiative, et elle exécute les décisions de l'Union.

En synthèse, nous dressons à ce stade le bilan suivant :

- les grandes priorités européennes sont fixées par le Conseil européen, qui réunit dirigeants nationaux et européens ;
- les citoyens européens sont représentés par les députés du Parlement européen, élus au suffrage universel direct ;
- les intérêts des États membres sont défendus par les ministres nationaux au sein du Conseil de l'Union européenne ; et, enfin,
- les intérêts de l'Union européenne, dans son ensemble, sont défendus par la Commission européenne, dont les membres sont désignés par les gouvernements nationaux.

Enfin, la *Cour de justice de l'Union européenne* (anciennement Cour de justice des Communautés européennes) représente l'autorité judiciaire de l'Union européenne chargée du contrôle de la légalité des actes de ses institutions et veille au respect, par les États membres, des obligations du droit européen. En outre, elle interprète le droit de l'Union à la demande des juges nationaux. La Cour de justice de l'Union européenne est *obligatoire pour tous les États membres*. Par son action, la Cour veille, en collaboration avec les juridictions des États membres, à l'application et à l'interprétation uniforme du droit européen.

La Cour de justice de l'Union européenne, dont le siège est établi à Luxembourg, comprend deux juridictions : la Cour de justice, composée de 28 juges, et le Tribunal qui regroupe 46 juges. Sous certaines conditions, les décisions du Tribunal peuvent faire l'objet d'un pourvoi, limité aux questions de droit, devant la Cour de justice¹¹⁷⁷.

La Cour de justice de l'Union européenne peut être saisie de différentes manières, à savoir : par renvoi préjudiciel, par un recours en manquement de la part des États membres ou des institutions européennes¹¹⁷⁸, par un recours en annulation, par un recours en carence ou encore par un recours en responsabilité extracontractuelle. Nous avons déjà abordé la notion de renvoi préjudiciel quand nous avons présenté la Cour constitutionnelle de Belgique. Les mécanismes

¹¹⁷⁴ Art. 17, paragraphe 7, du TUE.

¹¹⁷⁵ Art. 18, paragraphe 1^{er}, du TUE.

¹¹⁷⁶ Art. 17, paragraphe 1^{er}, du TUE.

¹¹⁷⁷ Art. 256, alinéa 2, du TFUE.

¹¹⁷⁸ Art. 258, 259, 260 du TFUE ; Voy. M. WATHELET (collab. J. WILDEMEERSCH), *Contentieux européen*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 142, n°147 et M. WATHELET et J. WILDEMEERSCH, « Double manquement et sanctions financières », *Revue de la Faculté de droit de l'Université de Liège*, 2008/3, pp. 326-327.

sont en réalité similaires. Comme le juge national conserve, dans le système européen, une place de première ligne¹¹⁷⁹ en ce qu'il *doit* appliquer le droit de l'Union, il est autorisé, en cas de doute sur la portée d'une règle européenne, à porter l'affaire devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Dans le cadre de ce *renvoi préjudiciel*¹¹⁸⁰, l'affaire est suspendue devant le juge national en attendant que la Cour de Justice dégage la portée de la disposition européenne en question.

310. - Objectifs et compétences de l'Union – L'Union européenne œuvre à la paix entre ses membres et ceci constitue sans doute son plus grand succès. Elle poursuit par ailleurs d'autres objectifs, en particulier celui de mettre en place un marché intérieur, qui englobe tous les secteurs économiques. On peut définir le marché intérieur comme un espace économique « dans lequel l'ensemble des producteurs peuvent atteindre l'ensemble des consommateurs (et inversement) dans les conditions des échanges internes d'un marché national »¹¹⁸¹. Ce marché européen est caractérisé par quatre grandes libertés de circulation. Il s'agit de la liberté de circulation des *personnes*¹¹⁸², de la liberté de circulation des *marchandises*, de la liberté de circulation des *services* et de la liberté de circulation des *capitaux*. L'Union européenne est également chargée d'offrir un espace de liberté, de sécurité et de justice sans frontières intérieures.

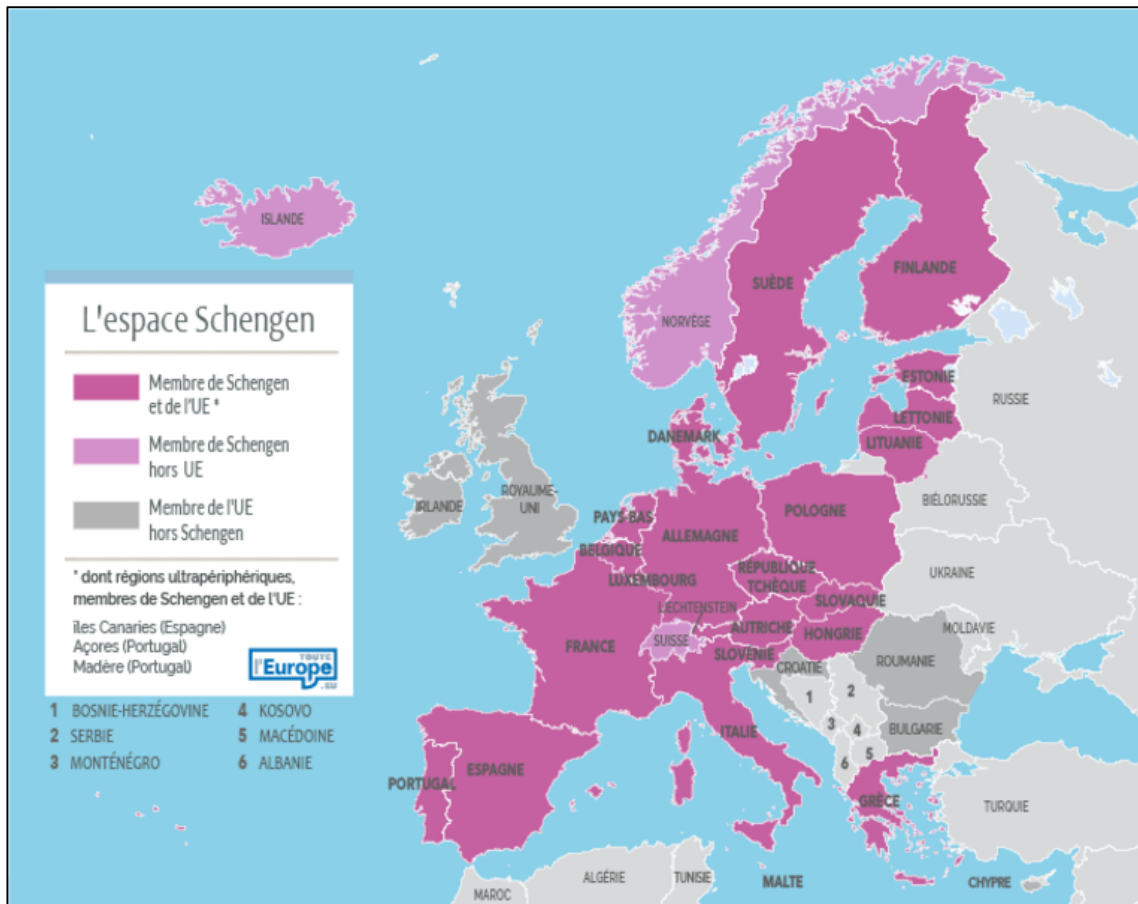
Dans le cadre de la libre circulation des personnes, une partie des États membres ont conclu l'*accord de Schengen*, signé le 14 juin 1985, puis la *convention de Schengen* du 19 juin 1990 qui regroupe aujourd'hui vingt-deux des vingt-sept membres de l'Union européenne (Allemagne, Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Suède, Finlande, Espagne, Portugal, Italie, Grèce, Danemark, Estonie, Lettonie, Lituanie, Hongrie, Pologne, République tchèque, Slovaquie, Slovaquie et Malte) et quatre États non-membres de l'UE (Islande, Norvège, Suisse et Liechtenstein). L'*espace Schengen* abolit – sous réserve de la survenance de certaines circonstances – les contrôles aux frontières intérieures et crée une frontière extérieure unique.

¹¹⁷⁹ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 330.

¹¹⁸⁰ Art. 267 du TFUE.

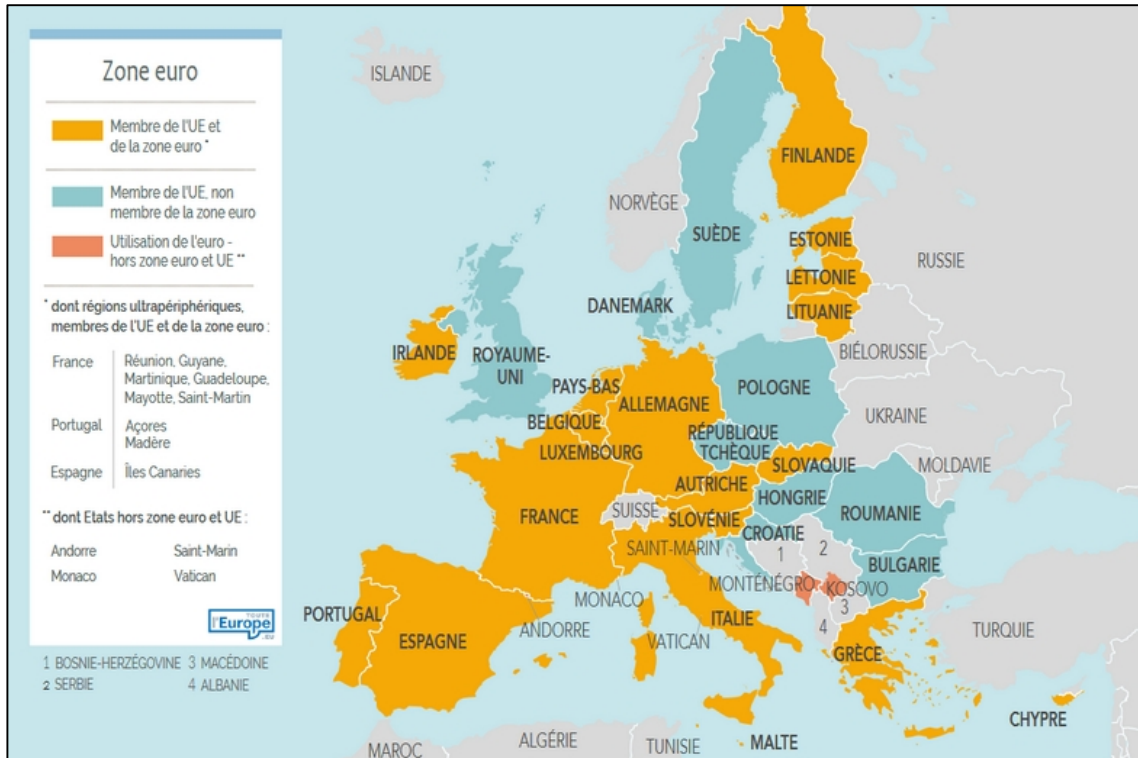
¹¹⁸¹ S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 56.

¹¹⁸² Art. 3 du TUE.



Carte des États membres de l'espace Schengen

Parallèlement à la réalisation du marché intérieur s'est développée l'idée d'établir une union monétaire, qui a finalement vu le jour le 1^{er} janvier 1999. La mise en circulation d'une monnaie unique, l'euro, a été inaugurée le 1^{er} janvier 2002. Sur les vingt-sept États membres de l'UE, dix-neuf utilisent en 2020 l'euro (il s'agit de l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, Chypre, l'Espagne, l'Estonie, la Finlande, la France, la Grèce, l'Irlande, l'Italie, la Lettonie, la Lituanie, le Luxembourg, Malte, les Pays-Bas, le Portugal, la Slovaquie et la Slovénie).



Carte des États de la zone euro

311. - Moyens de l'Union – Dans le cadre de ses objectifs, l'Union européenne a développé son ordre juridique propre, qui répond à des principes différents de ceux du droit international ordinaire. L'ordre juridique se compose du droit primaire, c'est-à-dire les traités-fondateurs et les principes juridiques généraux, mais aussi du droit dérivé ou secondaire.

Le droit dérivé est composé de l'ensemble des actes juridiques pris, en application du droit primaire, par les institutions de l'Union¹¹⁸³ : les règlements, les directives, les décisions, les recommandations et les avis. Les deux premiers types d'actes représentent les actes législatifs de l'Union.

De portée générale, obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable¹¹⁸⁴ dès son entrée en vigueur¹¹⁸⁵, le *règlement* doit être intégralement respecté par les institutions de l'Union, les États membres ainsi que les autorités

¹¹⁸³ Art. 288 du TFUE. Une hiérarchie des normes du droit dérivé est établie par les articles 289, 290 et 291 du TFUE entre les actes législatifs, les actes délégués et les actes d'exécution.

¹¹⁸⁴ Voy. P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 107 ; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 369.

¹¹⁸⁵ L'entrée en vigueur a lieu à la date qu'il fixe ou, à défaut, le vingtième jour suivant la publication dans le *Journal Officiel de l'Union européenne*.

et ressortissants de ceux-ci¹¹⁸⁶, sans devoir faire l'objet d'un quelconque acte supplémentaire au niveau national.

La *directive* est en revanche un instrument de législation *indirecte* : elle oblige les États à introduire sa substance, ses objectifs, dans leur législation interne par un acte supplémentaire, qu'on appelle *acte de transposition* (ou *mesure nationale d'exécution*), et ce dans un certain délai. Les États membres doivent donc adopter les législations et prendre toutes les mesures concrètes pour exécuter la directive, mais ils conservent une certaine marge de manœuvre et la liberté de choisir les formes et les moyens qu'ils souhaitent mettre en œuvre pour autant qu'ils atteignent les *résultats* fixés par la directive¹¹⁸⁷.

4) Effets du droit international dans l'ordre juridique national

312. - Rapports entre le droit international et le droit interne – Les rapports entre les ordres juridiques interne et international ont donné lieu à d'importants débats : une fois le traité international ratifié et approuvé par le parlement, où se situe-t-il au sein de la pyramide des normes ? Un citoyen peut-il s'en prévaloir devant un juge interne ? Un juge doit-il prioritairement appliquer un arrêté royal même s'il le sait contraire à un règlement européen ?

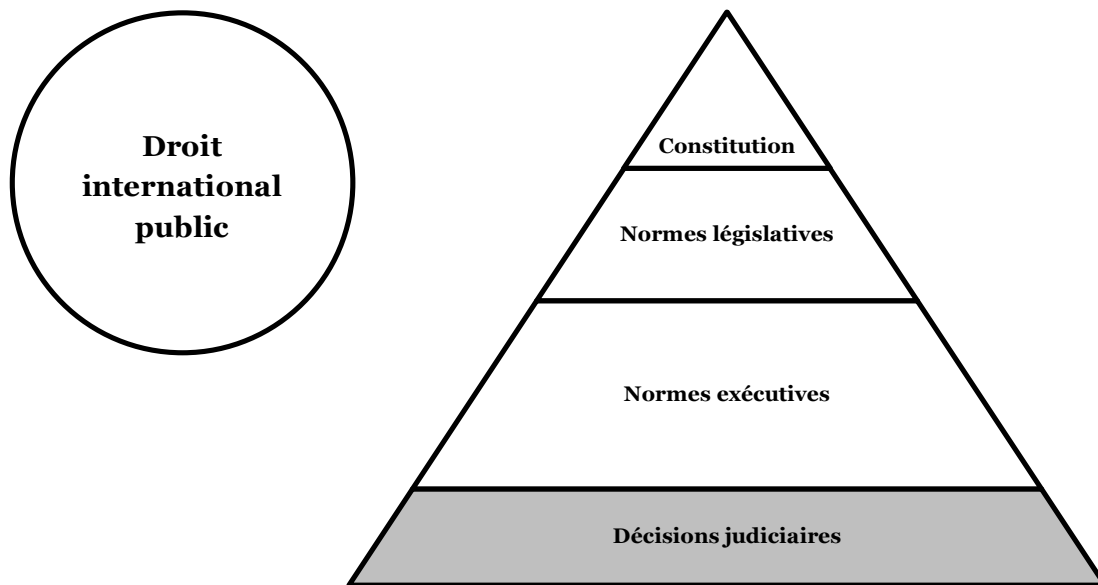
313. - Dualisme et monisme – De manière classique, on distingue deux doctrines en la matière : le *dualisme* et le *monisme*.

À suivre une conception purement *dualiste*, l'ordre juridique international est totalement distinct de l'ordre juridique national, ce qui engendre une barrière étanche, infranchissable entre eux. Le droit international se trouve dès lors tout à fait en dehors de la sphère du droit interne. Cela implique notamment qu'on ne peut invoquer le contenu d'un traité devant une juridiction nationale que si ce contenu a été transposé et reproduit de manière intégrale dans une norme nationale, comme une loi. Dans un système dualiste, un acte de réception du droit international est indispensable pour transférer sa substance dans la sphère interne. Cette opération de réception de la norme change ses destinataires qui seront désormais les sujets de l'ordre juridique interne, mais également sa nature, puisque, de norme conventionnelle, elle devient par exemple une disposition légale ; dans certains cas, il arrive aussi que son contenu soit altéré à l'occasion de cette opération¹¹⁸⁸. La transposition par une norme nationale conditionne ainsi son application en droit interne.

¹¹⁸⁶ Voy. S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 369.

¹¹⁸⁷ Voy. P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 108.

¹¹⁸⁸ Sur ce point, voy. D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris, Sirey, 1929, pp. 406-413.



Le dualisme est privilégié au Royaume-Uni en ce qui concerne les traités internationaux¹¹⁸⁹ : une norme internationale, pour s'appliquer en droit interne, doit faire l'objet d'une incorporation dans le droit interne. La Convention Européenne des Droits de l'Homme, par exemple, a été transposée en 1998 par le *Human Rights Act*, lequel a permis l'introduction, dans l'ordre juridique britannique, des dispositions contenues dans la Convention. Avant son entrée en vigueur, le 2 octobre 2000, les dispositions conventionnelles ne pouvaient pas être invoquées devant les tribunaux du Royaume-Uni. La loi impose dorénavant l'obligation pour les autorités publiques de se comporter de façon compatible avec les dispositions de la Convention. L'application du modèle dualiste au Royaume-Uni a cependant connu une exception de taille avec l'« European Communities Act » du 17 octobre 1972. Cette loi du Parlement a dépassé la conception dualiste traditionnelle¹¹⁹⁰ en consacrant une réception *a priori* de tous les actes européens de droit dérivé dans le droit britannique.

De l'autre côté, la doctrine *moniste* pure considère au contraire que le droit international et le droit interne font partie d'un système juridique unique. Il consacre l'intégration, spontanée, sans acte de transposition, des normes des deux types de règles au sein d'un seul système.

Entre les deux conceptions extrêmes, dualisme et monisme, il existe un éventail de nuances, en fonction notamment du caractère plus ou moins automatique de la réception des normes internationales et de la nature des procédures qui sont mises en œuvre par les différents États¹¹⁹¹. Cette diversité, qui existe dans la pratique, donne lieu, dans le chef des spécialistes du droit international public, à des interprétations et des classifications variées¹¹⁹².

¹¹⁸⁹ Voy. D. P. O'CONNELL, *International Law*, Londres, Stevens & Sons, 1971, p. 59.

¹¹⁹⁰ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes*, 2^e éd., Liège, Presses universitaires de Liège, 1973, p. 251.

¹¹⁹¹ H. MOSLER, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *R.C.A.D.I.*, 1957, p. 632 et s.

¹¹⁹² Nous pourrions ainsi soutenir que tous les États sont foncièrement dualistes, à des degrés divers. Il existerait, premièrement, des États qui incorporent le contenu de normes internationales en le recopiant intégralement dans des normes internes. Deuxièmement, des États incorporent les normes internationales en adoptant, pour chacune d'entre elles, une norme

Dans le cadre de notre étude, et pour ne pas entrer dans cette subtile controverse, nous identifierons tout de même comme *monistes* les systèmes nationaux qui prévoient l'application de normes du droit international, et ce même si une norme d'assentiment est nécessaire.

314. - Monisme à primauté de droit international et monisme à primauté de droit interne – Nous avons précédemment étudié la question de la hiérarchie des normes au sein du droit interne (voy. le chapitre 8). Le moment est venu de s'interroger sur la place qu'occupe, à cet égard, les normes de droit international dont nous discutons dans le présent chapitre. Il s'agit d'une question importante puisque, comme nous l'avons vu, toute norme doit respecter celles qui occupent un rang supérieur de la pyramide. Une telle question ne se pose à vrai dire que pour les États qui ont adopté une conception moniste, qui suppose une seule et même architecture normative. En effet, selon la conception dualiste, les normes de droit international ne peuvent pas entrer en conflit avec les normes de droit interne, dont elles sont étanchement séparées.

Le conflit entre les normes de droit interne et de droit international est résolu différemment en fonction du système dans lequel il surgit.

Premièrement, un juge international aura tendance à privilégier la norme de droit international¹¹⁹³. L'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 ne dispose-t-il pas, comme nous l'avons vu, qu'« [u]ne Partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant de la non-exécution d'un traité » ?

Deuxièmement, les systèmes nationaux ont des réactions variées¹¹⁹⁴. Dans certains ordres juridiques, le droit international, même s'il prime éventuellement sur diverses normes de droit interne comme les lois, les règlements, les actes administratifs, les décisions judiciaires, *etc.* demeure à tout le moins soumis à la

nationale leur permettant de déployer leurs effets. Troisièmement, un État pourrait très bien avoir adopté une norme unique, sans doute de rang constitutionnel, prévoyant que toutes les normes de droit international auxquelles il entend être liées trouverait à s'appliquer en droit interne dès la ratification, sans autre procédure. Dans les trois cas, et comme les limites à la souveraineté des États ne se présument pas, il a fallu d'une façon ou d'une autre au moins une norme *étatique* 'trait d'union' pour incorporer des normes extérieures à l'ordre juridique national. Les deux ordres resteraient malgré tout en principe étanches. On observera pourtant que seule la première hypothèse autorise l'État à modifier le contenu de la norme.

¹¹⁹³ CPJI, arrêt du 17 août 1923, Royaume-Uni, France, Italie, Japon contre Allemagne ; Pologne intervenant) (*Affaire du Vapeur « Wimbledon »*), Série A, N°1, p. 30.

¹¹⁹⁴ Voy. A. CASSESE, « Modern Constitutions and International Law », *R.C.A.D.I.*, 1985, III, pp. 333-475 ; A. DE LA PRADELLE, « L'application des traités par les tribunaux internes », *Rev. dr. int. privé*, 1927 ; A. MESTRE, « Les traités et le droit interne », *R.C.A.D.I.*, 1931, IV, pp. 264-288 ; H. MOSLER, « L'application du droit international public par les tribunaux nationaux », *R.C.A.D.I.*, 1957, I, pp. 625-711 ; Ch. VALLEE, « Notes sur les dispositions relatives au droit international dans quelques Constitutions récentes », *R.G.D.I.P.*, 1980, pp. 255-280 ; J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.* 1992, pp. 729-741 et 749-761 ; W. WENGLER, « Réflexions sur l'application du droit international public par les tribunaux internes », *R.G.D.I.P.*, 1968, pp. 921-990 et P. DAILLIER, M. FORTEAU, NGUYEN QUOC DINH et A. PELLET, *Droit international public*, 8^e éd., LGDJ, Paris, 2009, pp. 308-311.

Constitution nationale ; on parle dans ce cas d'un monisme à primauté de droit interne.

L'article VI de la Constitution des États-Unis reflète une conception moniste, dans la mesure où les accords internationaux sont immédiatement considérés comme formant une partie intégrante de l'ordre juridique interne. La clause consacre en outre la primauté du droit interne : même si le droit international l'emporte sur les Constitutions et les lois *fédérées*, les traités ne priment pas sur la Constitution fédérale¹¹⁹⁵, ni sur une loi fédérale postérieure¹¹⁹⁶.

Au contraire, les États monistes à primauté de droit externe considèrent que le traité international est au sommet de la pyramide des normes, au-dessus de la Constitution elle-même.

Les Pays-Bas ont consacré une supériorité totale du droit international. En vertu de l'article 93 de la Constitution néerlandaise, « [l]es dispositions des traités et des décisions des organisations de droit international public qui peuvent engager chacun par leur teneur ont force obligatoire après leur publication ». L'article 94 dispose que « [l]es dispositions légales en vigueur dans le Royaume ne sont pas appliquées si leur application n'est pas compatible avec des dispositions de traités ou de décisions d'organisations de droit international public qui engagent chacun ».

315. - Spécificité européenne – La Cour de justice de l'Union européenne a, à l'occasion de ses premiers arrêts, précisé la portée du droit européen. Premièrement, la Cour a jugé, dans le cadre d'un arrêt *Van Gend en Loos* rendu en 1963¹¹⁹⁷, qu'il existe une présomption d'effet direct¹¹⁹⁸ à l'égard des règles tant primaires que dérivées (pour les règlements¹¹⁹⁹ et même, en certains cas, pour les directives¹²⁰⁰). De plus, en raison des spécificités européennes, la Cour de Justice de l'Union a jugé que le droit européen *primait* sur le droit des États membres, y compris sur leurs constitutions¹²⁰¹. Cette théorie de la primauté a été développée

¹¹⁹⁵ Cour suprême des États-Unis, arrêt *Reid v. Covert*, 354 U.S. 1 (1957).

¹¹⁹⁶ Cour suprême des États-Unis, arrêt *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190 (1888).

¹¹⁹⁷ C.J.C.E., arrêt du 5 février 1963, *Van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise*, *Recueil de jurisprudence*, 1963, p. 1 et s. voy. également A. VAUCHEZ, « The transnational politics of judicialization. *Van Gend en Loos* and the making of EU polity », *European Law Journal*, 2010, pp. 1-28.

¹¹⁹⁸ L'effet direct d'une norme signifie en un sens qu'il est possible pour un particulier de l'invoquer directement devant une juridiction. Voy., sur la dimension européenne de l'effet direct, et ses conséquences pour les règlements et directives, P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *EU Law. Text, cases and materials*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 184-224.

¹¹⁹⁹ Voy. C.J.C.E., arrêt du 14 décembre 1971 (effet direct complet), *Politi s.a.s. contre ministère des finances de la République italienne*, *Recueil de jurisprudence*, 1971, p. 1039.

¹²⁰⁰ Voy. C.J.C.E., arrêt 4 décembre 1974, *Yvonne van Duyn contre Home Office*, *Recueil de jurisprudence*, 1974, p. 1337 ; C.J.C.E., arrêt du 14 juillet 1994, Aff. C-91/92, *Paola Faccini Dori contre Recreb Srl*, *Recueil de jurisprudence*, p. I-3325, point 2 ainsi que C.J.C.E., arrêt 19 novembre 1991, aff. jointes C-6/90 et C-9/90, *Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne*, *Recueil de jurisprudence*, 1991, p. I-05357.

¹²⁰¹ C.J.C.E., arrêt du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, *Recueil de jurisprudence*, 1970, p. 1125. Voy. également Avis n°1/91 du 14 décembre 1991, *Recueil de jurisprudence*, 1991, p. I-6079.

dans l'arrêt *Costa c/ ENEL* prononcé par la Cour de Justice en 1964¹²⁰², mais est toujours contestée par certaines juridictions des États membres.

B.- CONSIDERATIONS PARTICULIERES

316. - Plan de l'exposé – L'activité internationale de la Belgique est intense et s'illustre de multiples façons. Elle est l'un des six premiers États de l'Union européenne. Elle appartient toujours, au sein de l'Union européenne, au cercle des États de l'espace Schengen et de la zone euro. Sur le plan mondial, la Belgique est également en tête de proue des organisations multilatérales et compte parmi les fondateurs de l'Organisation des Nations-Unies, de l'Organisation internationale du Travail ou encore du Conseil de l'Europe.

Un aperçu sommaire de la politique étrangère de la Belgique nous retiendra en guise d'introduction avant d'en venir à l'influence que sa structure institutionnelle a sur l'organisation de ses relations internationales. Enfin, nous étudierons la place des normes de droit international dans la pyramide des normes.

1) La politique étrangère de la Belgique¹²⁰³

317. - Statut de neutralité – En déclarant son indépendance, le 4 octobre 1830, la Belgique ébranle la carte dessinée lors du congrès de Vienne de 1815. C'est donc sans surprise que le statut de la nouvelle Belgique est le fruit d'une conférence internationale, réunie à Londres, qui aboutit au traité des XVIII articles et fait de la Belgique un État « perpétuellement neutre ». En contrepartie à cette neutralité imposée, l'Angleterre, la France, la Prusse, l'Autriche et la Russie s'engagent à venir en aide à la Belgique en cas d'agression. Ainsi, lorsque l'armée de Guillaume d'Orange envahit la Belgique en août 1831, la France envoie du renfort pour secourir les chétives forces belges dirigées par le Roi Léopold I^{er}¹²⁰⁴. Si les troupes hollandaises sont bel et bien repoussées au sortir de la campagne dite des dix jours, la Belgique est sous la menace constante de son voisin du nord pendant près de huit années. Finalement, les Pays-Bas admettent, en 1839, l'autonomie de la Belgique et le traité des XXIV articles, reconnaissant ainsi l'indépendance de la Belgique – qui perd à cette occasion le territoire du Grand-Duché de Luxembourg et l'actuel Limbourg néerlandais – est signé à Londres le 19 avril de cette même année. L'assise territoriale de la Belgique est ainsi fixée.

¹²⁰² C.J.C.E., arrêt du 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, *Recueil de jurisprudence*, 1964, p. 1141 et s.

¹²⁰³ Le lecteur désireux d'en lire davantage sur l'action extérieure de la Belgique est invité à consulter la monumentale étude produite sur ce sujet par Rik COOLSAET (*België en zijn buitenlandse politiek 1830-2015*, Louvain, Rik Coolsaet & Uitgeverij Van Halewyck, 2014, 818 pages). Du même auteur, voy. *La politique extérieure de la Belgique. Au cœur de l'Europe, le poids d'une petite puissance*, Bruxelles, De Boeck Université (Pol-His), 2002, 391 pages. Les lignes qui suivent sont également inspirées de T. DE WILDE, « La politique étrangère de la Belgique : fondements et évolutions », *L'Esprit du temps*, « Outre-Terre » 2014, pp. 277 à 293.

¹²⁰⁴ Voy. L. DE LICHTERVELDE, *Léopold 1^{er} et la formation de la Belgique contemporaine*, Bruxelles, Dewit, 1927, 384 pages.

Tout au long du XIX^e siècle, la politique étrangère belge, pilotée par le ministère des Affaires étrangères¹²⁰⁵, est caractérisée par l'obligation de neutralité et des relations subtiles et stables avec les puissances du Concert européen ; dans un même temps la Belgique doit prendre garde à ne pas se laisser englober par le II^e Empire français¹²⁰⁶.

318. - Congo¹²⁰⁷ – La neutralité de la « petite » Belgique, privée, à la suite de l'indépendance, du marché des Indes disponible par l'intermédiaire des Pays-Bas, incite Léopold II à imiter d'autres puissances européennes et à tourner son regard vers les territoires d'outre-mer. Face au désintéret manifeste des dirigeants belges, la politique coloniale de Léopold II devient une entreprise *personnelle*. Au terme d'un grand nombre d'échecs, de négociations entre les appétits français, britanniques, allemands et portugais, le tout saupoudré d'illusions philanthropiques et humanitaires, Léopold II parvient finalement à mettre la main sur le bassin du Congo ; il devient conséquemment le souverain véritablement absolu de l'*État indépendant du Congo* en 1885. Le Congo se révèle au fil des années extrêmement lucratif, en particulier grâce au commerce de caoutchouc dont l'exploitation débridée, excessive et cruelle, laissée bien souvent à des compagnies privées et placée sous le sceau du travail forcé, ne manque pas de faire réagir l'opinion publique, surtout en Angleterre. C'est dans l'optique de mettre fin aux pratiques dénoncées et aux critiques qu'elles ont soulevées que la Belgique se résigne à absorber le Congo en tant que colonie. L'annexion a eu lieu le 15 novembre 1908, peu avant le décès de Léopold II.

319. - Vers la première guerre mondiale – À la même époque, la Belgique réalise que le risque de conflits entre les puissances impérialistes est réel. En marge de la guerre franco-prussienne de 1870, l'armée belge est ainsi mobilisée à la frontière¹²⁰⁸ ; finalement, l'effondrement militaire de Napoléon III à Sedan écarte dans l'immédiat la menace d'une invasion depuis le sud.

Bien que la Belgique demeure rassurée par son statut imposé¹²⁰⁹, la *fin de siècle* voit les États européens tisser des alliances, dont les deux principales sont la Triple-Entente, entre la France,

¹²⁰⁵ La première ébauche du ministère des Affaires étrangères remonte au 18 novembre 1830, date de création du comité diplomatique présidé par Sylvain Van de Weyer. Voy. R. COOLSAET, V. DUJARDIN et C. ROOSENS, *Les Affaires étrangères au service de l'État belge. De 1830 à nos jours*, Bruxelles, Mardaga, 2014, 438 pages. Le Roi, en particulier Léopold I^{er}, a joué à titre personnel un rôle direct et significatif dans la gestion de la politique étrangère au cours des premières décennies du pays. (voy. pp. 29-31 de l'ouvrage). Il entretient ainsi une correspondance avec les agents diplomatiques qu'il n'hésite pas à utiliser sans en faire référence au ministre. Une telle intervention du monarque va toutefois progressivement se réduire au cours du règne de Léopold II, exception faite des initiatives prises par celui-ci dans le cadre de ses ambitions coloniales.

¹²⁰⁶ JEAN-LÉO, *Napoléon III et la Belgique*, Bruxelles, Racine, 2003, 160 pages et B. BEYENS, *Le second empire vu par un diplomate belge*, Bruges, Desclée et Paris, Plon, 1924 (T. I), 1926 (T. II).

¹²⁰⁷ Sur cet épisode de plus en plus méconnu par le grand public belge, voy. J. STENGERS, *Congo. Mythes et réalités*, Paris – Louvain-la-Neuve, Duculot, 1989 ; réédité : Bruxelles, Racine, 2005, 2007, 317 pages et plus récemment D. VAN REYBROUCK, *Congo – Une histoire*, Bruxelles, Actes sud, 2012, 859 pages.

¹²⁰⁸ À ce propos, voy. P. RAXHON, « Léopold II, un roi déterminé face à la guerre franco-allemande de 1870 », in : V. DUJARDIN, V. ROSOUX et T. DE WILDE (sous la dir. de), *Léopold II. Entre génie et gêne. Politique étrangère et colonisation*, Bruxelles, Racine, 2009, pp. 105-125.

¹²⁰⁹ La neutralité du Royaume apparaissait comme une garantie telle que certaines voix en venaient à douter de l'utilité d'un corps diplomatique. Sur un ton moqueur, le député Edouard Anseele, par exemple, propose ainsi en 1895 sa suppression pure et simple :

« Depuis la grande extension qu'a prise le journalisme, les grands journaux sont autant à la hauteur des idées gouvernementales du monde entier que les diplomates les plus distingués [...]. Je me demande ce que nos agents diplomatiques ont à faire à l'étranger. Nous sommes un pays neutre, nous n'avons à faire ni à craindre la guerre, et tout au plus devrions-nous, par esprit de délicatesse, garder nos agents diplomatiques près les cinq grandes puissances européennes qui ont garanti notre neutralité, et, par esprit de bon voisinage, près le gouvernement de La Haye. Mais quant à l'intérêt matériel, notre pays n'en a pas à les conserver. En effet, il est parfaitement inutile que nous ayons à Londres, à Berlin, à Saint Pétersbourg, et près des autres cours royales, impériales et républicaines,

le Royaume-Uni et la Russie impériale, et la Triple-Alliance (la *Triplice*) conclue entre l'Empire allemand, la Double monarchie austro-hongroise et le Royaume d'Italie. Les tensions impérialistes, la course aux armements et la crise des Balkans enflamment finalement le continent – et le reste du monde – en 1914.

Sur le théâtre d'opération belge, quand les troupes allemandes envahissent la Belgique, militairement débordée, le Royaume Uni déclare la guerre au II^e Reich, le 4 août 1914, à la suite notamment de la violation du traité des XXIV articles. Dans ce contexte, le chancelier allemand Theobald von Bethmann Hollweg déclare ne pas croire que le Royaume-Uni et l'Allemagne s'affronteraient pour un « chiffon de papier ». L'armée belge, commandée par le Roi Albert I^{er}, bat en retraite jusqu'à l'Yser où elle combat tout au long du conflit tandis que la majeure partie du pays est occupée¹²¹⁰.

320. - Entre-deux-guerres – Après l'armistice, la Belgique obtient quelques (maigres selon elle) gains territoriaux¹²¹¹ et coloniaux (c'est-à-dire un mandat sur les anciennes colonies allemandes du Ruanda-Urundi) ainsi que des réparations de guerre. Se sentant de manière générale bafouée par les puissances alliées, et ce après avoir subi « la barbarie teutonne »¹²¹², l'armée belge envahit, avec la France, le district allemand de la Ruhr de 1923 à 1925 pour forcer le paiement des indemnités de guerre.

des diplomates qui, bien habillés, l'épée au côté, la plume au chapeau et l'escarcelle pleine, paradedans les salons [...]. Il serait donc bien facile de supprimer ces agents diplomatiques. Après tout, qu'ont-ils à faire actuellement ? Négocier des traités de commerce ? [...] On pourrait très bien envoyer un délégué spécial [...]. Mais, dans l'entretemps, que font-ils ? Absolument rien, si ce n'est annoncer la naissance d'un prince [...], jouer au baccara avec le vicomte de Bonarien ou danser le cancan avec la marquise de Balai-rôti. Eh bien, nous avons assez de dîneurs et de danseurs ici. Je propose donc de supprimer notre légion de dîneurs et de danseurs » (E. Anseele, *Annales Parlementaires*, 1894-1895, 2 juillet 1895, p. 2027, cité par R. COOLSAET, V. DUJARDIN et C. ROOSENS, *Les Affaires étrangères au service de l'État belge. De 1830 à nos jours*, Bruxelles, Mardaga, 2014, p. 87).

Cette hostilité est loin d'être partagée par tous. Cinquante ans plus tôt, le Comte Hadelin de Liedekerke-Beaufort formulait sa définition de la neutralité en ces termes : « Qu'est-ce que la neutralité ? Est-ce une situation passive ou n'est-ce pas plutôt un état essentiellement artificiel tout conventionnel qui réclame, pour être maintenu, des soins, des précautions infimes, et qui doit sans cesse être rappelé, invoqué et défendu auprès de ceux qui pourraient éprouver la tentation de l'enfreindre ? » (Comte H. De Liedekerke, *Annales parlementaires*, 1848-1849, 2 décembre 1848, pp. 130-131, cité par R. COOLSAET, V. DUJARDIN et C. ROOSENS, *Les Affaires étrangères au service de l'État belge. De 1830 à nos jours*, Bruxelles, Mardaga, 2014, p. 87). De tels arguments seront répétés par la suite pour maintenir l'existence des diplomates belges.

¹²¹⁰ Voy. S. DE SCHAEPPDRIJVER, *La Belgique et la Première guerre mondiale*, Bruxelles, P.I.E.-Peter Lang, 2004, 334 pages ; L. ZUCKERMAN, *he Rape of Belgium: The Untold Story of World War I*, New York University Press, 2004, 339 pages et J. STENGERS (textes édités par G. KURGAN-VAN HENTENRYK, e. GUBIN et J. GOTOVITCH), *Une guerre pour l'honneur – La Belgique en 14-18*, Bruxelles, Racine, 2014, 225 pages.

¹²¹¹ La Belgique obtient la souveraineté sur l'ensemble du territoire contesté de Moresnet-neutre en vertu de l'article 32 du Traité de Versailles (voy. à ce sujet D. VAN REYBROUCK, *Zinc*, Bruxelles, Actes sud, 2016, 80 pages). L'Allemagne renonce, en faveur de la Belgique, à tous droits et titres sur le territoire du Moresnet prussien situé à l'ouest de la route de Liège à Aix-la-Chapelle en vertu de l'article 32. La partie de la route en bordure de ce territoire appartiendra à la Belgique. En vertu de l'article 33, l'Allemagne renonce, en outre, en faveur de la Belgique, à tous droits et titres sur les territoires comprenant l'ensemble des cercles (Kreise) de Eupen et Malmédy. La Belgique obtient également la souveraineté sur la ligne de chemin de fer dite Vennbahn, dont le parcours pénètre par endroits sur le territoire allemand, créant par conséquent cinq enclaves allemandes du côté ouest de la ligne de chemin de fer.

¹²¹² L. VAN YPERSELE et A. TIXHON, « Célébrations de novembre 1918 dans le royaume de Belgique », *Vingtième Siècle*, revue d'histoire, n°67, juillet-septembre 2000, p. 64.

Toutefois, la Belgique est séduite par les efforts collectifs que symbolisent la Société des Nations et différents pactes en faveur de la paix (*Locarno* en 1925, *Briand-Kellogg* en 1928).

321. - Politique des mains libres et seconde guerre mondiale – Avec l'échec de ces résolutions et l'arrivée au pouvoir de régimes autoritaires en Europe, la Belgique privilégie, sous l'impulsion de Paul-Henri Spaak, une politique d'indépendance dite des « mains libres », c'est-à-dire une nouvelle forme de neutralité. Cette neutralité volontaire ne se révèle néanmoins pas fructueuse : le 10 mai 1940, l'armée allemande attaque la Belgique et amène, après 18 jours, le roi Léopold III à capituler¹²¹³ et le gouvernement de Hubert Pierlot à prendre l'exil.

322. - Après-guerre – La neutralité est de l'histoire ancienne au lendemain de la guerre au profit d'une politique étrangère d'alliance jugée moins fragile, en particulier dans le contexte de guerre froide. À la suite d'une première union économique belgo-luxembourgeoise, la Belgique fonde le Benelux avec les Pays-Bas et le Grand-duché du Luxembourg en 1944¹²¹⁴. La Belgique est membre fondateur de l'Alliance Atlantique, qui voit le jour le 4 avril 1949 à l'occasion de la signature du Traité de l'Atlantique Nord à Washington. Le siège de cette alliance militaire, basée sur la sécurité collective, est d'ailleurs transféré près de Bruxelles en 1966¹²¹⁵.

323. - Décolonisation – A partir de 1908, la Belgique incarne une puissance coloniale qui administre un territoire stratégique de première importance, aux ressources précieuses, en ce compris sur le plan militaire¹²¹⁶ : le Congo, auquel s'ajoute le Ruanda-Urundi (désormais le Rwanda et le Burundi).

Toutefois, au lendemain de la seconde guerre mondiale, l'heure est à la libre-disposition des peuples et la décolonisation semble inévitable. Finalement, le Congo accède à l'indépendance, le 30 juin 1960, à l'issue d'un processus pour le moins précipité¹²¹⁷. Quelques jours à peine après l'indépendance, de nombreuses exactions perpétrées contre les ressortissants européens conduisent la Belgique à intervenir militairement sur le territoire congolais¹²¹⁸. Dans un même temps, l'ancienne métropole soutient la sécession de la riche province minière du Katanga dirigée alors par Moïse Tshombe. Dans ce chaos politico-militaire, le Premier Ministre congolais Patrice Lumumba, dont le transfert au Katanga est organisé « par les autorités congolaises de Léopoldville avec le soutien d'instances gouvernementales belges »¹²¹⁹, y est assassiné¹²²⁰. En novembre 1965, le (futur) maréchal Mobutu Sese Seko évince le Président Joseph Kasa-Vubu et prend le pouvoir, transformant l'ex-Congo belge – qu'il rebaptise Zaïre – en dictature brutale

¹²¹³ J. STENGERS, *Léopold III et le gouvernement: les deux politiques belges de 1940*, Louvain-la-neuve, Duculot, 1980 ; J. VELAERS et H. VAN GOETHEM, *Leopold III, de koning, het Land, de oorlog*, Lannoo, Tielt, 1994, 1 152 pages.

¹²¹⁴ Convention de Londres du 5 septembre 1944.

¹²¹⁵ R. COOLSAET, « La Belgique dans l'OTAN (1949-2000) », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 2008, 46 pages.

¹²¹⁶ Durant la seconde guerre mondiale, l'uranium qui a servi à la confection des trois premières bombes nucléaires américaines - celle testée le 16 juillet 1945 dans le désert d'Alamogordo (Nouveau-Mexique) puis celles larguées sur Hiroshima et Nagasaki début août 1945 – provenait du Congo belge, de la mine de Shinkolobwe, dans le Katanga, pour être exact. Voy. sur ce thème L. BARBE, *België en de bom. De rol van België in de proliferatie van kernwapens*, disponible sur : <http://www.lucbarbe.be/nl/boeken/belgië-en-de-bom>.

¹²¹⁷ J. VAN BILSEN, *Congo 1945-1965, La fin d'une colonie*, Bruxelles, Éditions du CRISP, 1994, 412 pages.

¹²¹⁸ L. DE VOS, « De Grondwet en de inzet van strijdkrachten buiten de landsgrenzen », in : A. DE BECKER, G. LAENEN, M. VAN DAMME et E. VANDENBOSSCHE, *De grondwet en het inzetten van strijdkrachten*, Anvers, Maklu, 2005, pp. 48-50.

¹²¹⁹ Commission d'enquête parlementaire visant à déterminer les circonstances exactes de l'assassinat de Patrice Lumumba et l'implication éventuelle des responsables politiques belges dans celui-ci, Rapport fait au nom de la commission d'enquête par Mm. Daniel Bacquelaïne et Ferdy Willems et Mme Marie-Thérèse Coenen, doc. Parl., Ch. des repr., sess. ord., 1999-2000, Doc 50 0312/007, vol. II, p. 838.

¹²²⁰ Voy. L. DE VOS, E. GERARD, J. GÉRARD-LIBOIS et P. RAXHON, *Les secrets de l'affaire Lumumba*, Éditions Racine, Bruxelles, 2005, 668 pages.

néanmoins acquise au camp occidental. Avec l'implosion du bloc soviétique, les relations avec le maréchal Mobutu se crispent jusqu'au moment de sa chute en 1997. Laurent-Désiré Kabila lui succède, mais, comme conséquence du génocide rwandais de 1994¹²²¹, la région sombre dans une guerre sanglante de 1998 à 2003. Suite à l'assassinat du Président en 2001, c'est son fils, Joseph Kabila, qui prend les rênes du pouvoir jusqu'en 2019. À l'issue des élections présidentielles du 30 décembre 2018, Félix Tshisekedi occupe la fonction de président de la République. De manière générale, depuis le processus de décolonisation, les relations entre la République démocratique du Congo et la Belgique sont marquées par des prises d'intérêts croisés, une instabilité structurelle et des crises épisodiques.

324. - Construction européenne – La Belgique est un membre fondateur et, à bien des égards, précurseur de l'Union européenne. La Belgique rejoint l'Organisation Européenne de Coopération Economique (OCDE), créée afin d'administrer l'aide américaine prévue par le Plan Marshall, le Conseil de l'Europe, la CECA et les traités de Rome. On compte ainsi parmi les fondateurs de l'Union un grand nombre de personnalités belges comme Jean Rey, Paul-Henri Spaak (aux yeux duquel il n'existe que des petits États au sein de l'Union européenne, même si ceux-ci se partagent en deux catégories : ceux qui le savent et ceux qui doivent encore en prendre conscience), Fernand Dehousse et Léo Tindemans. Herman Van Rompuy, ancien Premier Ministre, a par ailleurs été, du 1^{er} janvier 2010 au 30 novembre 2014, le premier Président du Conseil européen. Un autre homme politique belge, Charles Michel, est investi de cette fonction le 1^{er} décembre 2019. La ville de Bruxelles est l'hôte de quatre institutions européennes : le Conseil européen, la Commission européenne, le Conseil de l'Union et le Parlement européen (pour ce qui concerne les commissions parlementaires et les sessions plénières additionnelles).

Cela étant dit, la fédéralisation du pays impacte également la participation de la Belgique sur la scène européenne. Selon les matières abordées, un ministre d'une entité fédérée peut par exemple être amené à jouer un rôle dans une des formations du Conseil de l'Union européenne. Un mécanisme interne a été institué par l'accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif à la représentation du Royaume de Belgique au sein du Conseil des ministres de l'Union européenne.

De manière générale, et à l'instar des autres États membres de l'Union, la Belgique a cédé à celle-ci l'exercice de nombreuses compétences considérées comme *régaliennes*¹²²², c'est-à-dire attachés aux attributs classiques de la souveraineté. L'article 34 de la Constitution belge autorise de tels transferts.

2) Procédure de conclusion des traités propre à la Belgique

325. - Fédéralisation de la Belgique – Dans la première partie du présent chapitre, nous avons étudié la manière dont les États procèdent pour conclure des traités et avons expliqué que, par-delà les grands principes, chaque État développe ses propres règles. Il s'agit notamment de déterminer les institutions qui sont compétentes pour procéder à la ratification ou à l'assentiment des traités. À cet égard, la Belgique s'est inscrite dans une voie classique : le pouvoir de ratifier revient au pouvoir exécutif, tandis que l'assentiment est une compétence du pouvoir législatif. Cependant, la fédéralisation du Royaume est venue apporter une dose de complexité dans la matière. En effet, à l'occasion des réformes de l'État, le processus par lequel la Belgique s'engage dans la conclusion de traités a évolué pour laisser une place significative, à côté de l'autorité fédérale, aux entités

¹²²¹ Conséquence des tensions historiques entre Hutus et Tutsis, le génocide, qui fera pas moins de 800.000 personnes, a majoritairement visé les seconds, ainsi que des Hutus opposés au régime, d'avril à juillet 1994.

¹²²² On songe ici notamment au contrôle des frontières et au droit de battre sa propre monnaie.

fédérées¹²²³. Dorénavant, l'article 167 de la Constitution prévoit que la répartition des compétences en interne vaut aussi sur le plan externe. C'est ce qu'exprime l'adage *in foro interno, in foro externo*. Cela signifie que si une entité fédérée est compétente pour adopter des normes dans telle matière, elle est de même compétente pour conclure des traités avec d'autres États dans cette matière, et ce à l'exclusion de l'autorité fédérale et des autres entités. Ce qu'on appelle le *treaty-making power* est fractionné au sein du Royaume.

On distingue un schéma simple et un schéma plus complexe. Le schéma simple s'applique lorsque le traité envisagé ne touche aux compétences que d'un niveau de pouvoir (par exemple, exclusivement les compétences fédérales ou exclusivement les compétences régionales). Le schéma plus complexe concerne les cas – assez nombreux en pratique – où un traité en discussion porte sur des compétences qui, dans le système fédéral belge, relèvent de plusieurs niveaux de pouvoir. Envisageons tour à tour ces deux hypothèses.

326. - Hypothèse des traités dans les compétences exclusives – Lorsqu'un traité ne concerne que les compétences d'un niveau de pouvoir, ce sont les organes de ce niveau de pouvoir qui sont exclusivement compétents.

Ainsi, si le traité concerne uniquement des compétences fédérales, l'article 167, § 2, habilite le Roi à le conclure. Ce sont donc des représentants du gouvernement fédéral qui vont négocier le traité et puis le signer. C'est ensuite au Roi qu'il reviendra de le ratifier pour engager la Belgique. La Constitution prévoit que le traité n'aura d'effet, en droit interne, qu'après avoir reçu l'assentiment de la Chambre des représentants.

Parallèlement, l'article 167, § 3, de la Constitution confie aux gouvernements des Communautés et des Régions la charge de conclure les traités dans les matières qui relèvent de leur compétence. Cela implique que si la Région wallonne, par exemple, veut conclure un traité dans une matière qui concerne uniquement ses compétences, son gouvernement pourra envoyer ses propres agents pour mener les négociations et signer le traité. Dans ce cas, c'est au gouvernement de l'entité fédérée (au Gouvernement wallon, dans cet exemple) qu'il revient de ratifier le traité. Le parallélisme existe aussi pour l'acte d'assentiment : le traité n'aura d'effet que si le parlement de l'entité concernée (ici, le Parlement wallon) accepte de donner son assentiment en adoptant un décret à cette fin, sur présentation du gouvernement compétent¹²²⁴.

Puisque l'article 138 de la Constitution permet à la Communauté française de Belgique de transférer l'exercice de compétences propres aux institutions de la commission communautaire française, il est aussi logique que le droit de conclure

¹²²³ Révision constitutionnelle du 5 mai 1993 et Loi spéciale du 5 mai 1993 sur les relations internationales des Communautés et des Régions (*Moniteur belge* du 8 mai 1993).

¹²²⁴ Art. 16, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

des traités internationaux dans ces matières transférées soit reconnu à la COCOF¹²²⁵.

Comme ce fractionnement du *Treaty-making power* est une répartition interne à la Belgique qui reste, globalement, une seule et même personne responsable en droit international, l'autorité fédérale dispose d'instruments pour éviter les dérives dans la gestion des relations internationales par les entités fédérées¹²²⁶. Inversement, les gouvernements des entités fédérées doivent être régulièrement informés par le gouvernement fédéral de la politique étrangère que celui-ci mène¹²²⁷.

À ce stade, un mot s'impose en ce qui concerne l'assentiment. Depuis 1993, tous les traités, sans exception, doivent recevoir l'assentiment en Belgique pour déployer leurs effets en droit interne¹²²⁸. À ce sujet, les parlements ne peuvent qu'accepter ou rejeter les traités, non les modifier¹²²⁹. Le fait que l'assentiment

¹²²⁵ C.E. (sect. lég.), avis du 18 mars 1998, *Doc. parl.*, Parlement de la Communauté française, 1997-97, n° 239/1, p. 10 et Accord de coopération du 30 avril 1998 entre la Communauté française de Belgique et la Commission communautaire française de la Région de Bruxelles-Capitale relatif aux modalités d'exercice des relations internationales de la Commission communautaire française (*Moniteur belge* du 2 décembre 1998). Dans le même sens : J.-P. PAUWELS, « Les traités internationaux : quels pouvoirs pour les commissions communautaires ? », *Rev. b. dr. const.*, 1997, pp. 107-120 ; R. WITMEUR, *La commission communautaire française : une copie à revoir pour un État fédéral achevé ?*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 62-66, ou encore M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 968. Voy. également C.A., arrêt n° 72/95 du 9 novembre 1995. *Contra* : notamment Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 832, et spéc. la note 76.

¹²²⁶ Premièrement, l'article 81 de la loi spéciale de réformes institutionnelles octroie à l'autorité fédérale un pouvoir de contrôle sur l'action internationale des entités. Le Roi doit être tenu informé des intentions des gouvernements communautaires et régionaux. Le Conseil des ministres peut signifier des objections au gouvernement fédéré et l'obliger à suspendre les négociations pour entrer en concertation avec lui. Une telle décision implique alors la Conférence interministérielle de politique internationale (CIPE), visée à l'article 31bis de la loi ordinaire du 9 août 1980 de réformes institutionnelles. Si un consensus n'est pas trouvé au sein de la CIPE, le Conseil des ministres a le pouvoir de suspendre définitivement les négociations menées par la Communauté ou la Région, à condition de pouvoir faire valoir un des quatre motifs énumérés par l'article 81, § 5, de la loi spéciale : [1] la partie cocontractante n'est pas reconnue par la Belgique ; [2] la Belgique n'entretient pas de relations diplomatiques avec la partie cocontractante ; [3] il ressort d'une décision ou d'un acte de l'État que les relations entre la Belgique et la partie cocontractante sont rompues, suspendues ou gravement compromises ; [4] – seul motif qui concerne le fond de la négociation – le traité envisagé est contraire à des obligations internationales ou supranationales de la Belgique. Deuxièmement, un autre mécanisme – prévu par l'article 16 de la loi spéciale de réformes institutionnelles – permet à l'autorité fédérale d'intervenir au stade de l'exécution des obligations qui découlent d'un traité international. Ce système n'a jamais été mis en oeuvre.

¹²²⁷ Art. 31bis, al. 2, de la loi ordinaire de réformes institutionnelles du 9 août 1980 (*Moniteur belge* du 15 août 1980).

¹²²⁸ L'acte d'assentiment et l'intégralité du traité doivent en principe être publiés au *Moniteur belge* pour être opposables aux citoyens. Voy. Cass., 11 décembre 1953, *Pas.*, 1954, I, p. 298 et *R.C.J.B.*, 1954, 85, concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT, note A. Mast. Voy. aussi Cass., 18 novembre 1957, *Pas.*, 1958, I, p. 290.

¹²²⁹ Avis sur un projet de loi portant approbation de la Convention entre la Belgique et le Canada en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale en ce qui concerne les impôts sur les revenus, signée à Ottawa le 10 avril 1958, *Doc parl.*, Ch. Rep., 1958-1959, n°326/1,

soit donné sous la forme d'une norme législative – loi, décret ou ordonnance – ne transforme nullement le traité en norme législative. La norme d'assentiment « ne contient pas de norme juridique »¹²³⁰.

Comme nous l'avons vu, l'assentiment n'équivaut pas à une approbation, une autorisation ou une habilitation. Il n'a rien à voir avec la validité de l'accord international du point de vue international. Le traité est valablement conclu dès sa ratification par le pouvoir exécutif¹²³¹ s'il s'agit d'un accord en forme solennelle. Or, la Constitution belge ne prévoit pas d'ordre entre la ratification et l'assentiment, et ce ni au niveau fédéral, ni au niveau fédéré¹²³². À cette règle, une exception découle de l'article 167, paragraphe 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution, qui dispose que « [n]ul échange, nulle adjonction de territoire, ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi » et de l'article 7 de la Constitution disposant quant à lui que « [l]es limites de l'État [...] ne peuvent être changées ou rectifiées qu'en vertu d'une loi ». Il faut donc une loi fédérale, préalable et essentielle, pour permettre la ratification par le Roi des traités portant sur les frontières internationales du Royaume. En dehors de ce cas – et d'un autre présenté *infra* – où l'ordre est juridiquement imposé, il est certainement prudent d'obtenir l'assentiment avant de procéder à la ratification, pour éviter d'engager le Royaume vis-à-vis des autres États, alors que le contenu du traité ne pourrait pas être mis en œuvre sur le territoire national à défaut d'assentiment.

327. - Hypothèse des traités dans les compétences mixtes – La situation est plus compliquée lorsque le traité envisagé concerne les compétences de plusieurs niveaux de pouvoir, ce qui est souvent le cas en pratique. On parle ainsi de « traité mixte » lorsque sont en jeu des compétences de l'autorité fédérale et des compétences communautaires et/ou régionales.

Pour cette hypothèse, l'article 167, § 4, de la Constitution prévoit que les modalités de conclusion du traité sont réglées par la loi spéciale. En réalité, la loi spéciale n'organise pas elle-même de procédure adéquate. L'article 92*bis*, § 4^{ter}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles renvoie à un accord de coopération. Le document pertinent est l'accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État

p. 11 ; Rapport fait au nom de la Commission des Affaires étrangères par M. Bohy à propos du projet de loi portant approbation de l'Accord de La Haye du 6 juin 1947 relatif à la création d'un Bureau international des Brevets, révisé à La Haye, le 16 février 1961.

¹²³⁰ Aff. S.A. de droit luxembourgeois « Fournisseurs bureaux modernes » c/État belge, Cass. 16 janvier 1968, *J.T.*, 1968, p. 113 et S.A. de droit luxembourgeois « Immobiliara » c/ État belge, Cass. 12 mars 1968, *J.T.*, 1968, p. 290.

¹²³¹ Celui-ci conserve par ailleurs le droit, s'il le juge opportun, de ne pas déposer les instruments qui attestent le consentement de l'entité concernée à être lié par le traité, étant entendu que la ratification ou l'adhésion restent une prérogative de l'exécutif.

¹²³² On notera, pour mémoire que l'assentiment à un traité international peut être donné par une assemblée à titre anticipatif (C.E., avis n° 44.028/AG, Doc. parl., Sénat, 2007-08, n° 4-568/1, pp. 334 et s., et spéc. p. 356).

fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes¹²³³.

En cas de traité mixte¹²³⁴, les différents gouvernements – fédéral, communautaires et/ou régionaux – sont associés aux négociations. Une fois ces négociations achevées, le traité doit en principe être signé par un représentant de chaque gouvernement concerné¹²³⁵, mais on admet dans certains cas que la signature d'un représentant commun puisse suffire. Ce n'est qu'après la signature du traité mixte que les parlements des différentes entités sont invités à donner leur assentiment audit traité par le biais d'un projet de législation (de loi, de décret ou d'ordonnance, selon le niveau) qui est déposé par le gouvernement correspondant. Il peut y avoir jusqu'à huit assemblées impliquées :

- la Chambre des représentants¹²³⁶ ;
- le Parlement flamand ;
- le Parlement wallon ;
- le Parlement de la Communauté française ;
- le Parlement de la Communauté germanophone ;
- le Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale ;
- l'Assemblée réunie de la Commission communautaire commune¹²³⁷ ; et
- l'Assemblée de la Commission communautaire française.

Chacune de ces assemblées a donc, le cas échéant, le pouvoir d'accepter ou de refuser l'assentiment au traité et dispose donc d'un pouvoir significatif, qu'on peut assimiler à un droit de veto.

En effet, en vertu de l'accord de 1994, ce n'est que lorsque tous les assentiments nécessaires ont été exprimés que la ratification – par le Roi¹²³⁸ – peut être opérée. Il s'agit de la seconde exception à l'ordre libre entre l'assentiment et la ratification : la procédure de conclusion des traités mixtes impose un ordre précis en prévoyant que la ratification ne peut intervenir qu'après les actes d'assentiments.

¹²³³ Accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes (*Moniteur belge* du 26 juin 1996). Cet accord de 1994 prévoit d'associer toutes les entités concernées au processus de conclusion du traité tout en canalisant leurs voix grâce à l'intervention d'un organe commun à ces différentes entités : la Conférence interministérielle de politique étrangère (CIPE), composée du Ministre fédéral des Affaires étrangères et des ministres des communautés et régions compétents pour les relations internationales.

¹²³⁴ La CIPE est chargée de qualifier le traité.

¹²³⁵ Art. 8 de l'accord de coopération du 8 mars 1994.

¹²³⁶ Depuis la sixième réforme de l'État, le Sénat n'est plus impliqué, ce qui signifie que la Chambre des représentants est la seule assemblée fédérale dont l'assentiment est requis.

¹²³⁷ Il convient de relever que la Constitution n'attribue pas au collège réuni de la commission communautaire commune la compétence de conclure des traités internationaux dans les matières qui lui reviennent. C'est donc, en vertu de la règle générale de compétence contenue à l'article 167 de la Constitution, le Roi qui peut conclure ces traités. Toutefois, ceux-ci sont soumis à l'assentiment de l'assemblée réunie de la commission communautaire commune en vertu de l'article 63 de la loi spéciale sur Bruxelles.

¹²³⁸ Art. 12 de l'accord de coopération du 8 mars 1994.

Si la ratification ne peut avoir lieu qu'après les assentiments, il est utile d'ajouter qu'aucun délai ne s'impose aux assemblées dont l'assentiment est demandé. Par exemple, la Belgique n'a toujours pas ratifié la Convention-cadre du Conseil de l'Europe du 8 février 1991 relative à la protection des minorités en raison de l'absence d'assentiment par le Parlement flamand.

328. - Hypothèse des traités dont l'objet touche aux compétences régionales et communautaires – Il convient de conclure cette section en précisant que, si la Constitution prévoit le cas des traités exclusifs et des traités qui concernent les compétences de l'autorité fédérale et des communautés ou régions, rien n'est prévu pour l'hypothèse d'un traité qui, sans toucher aux compétences fédérales, impliquent à la fois des compétences communautaires et régionales. Ces traités ne sont pas juridiquement assimilés à des traités mixtes.

3) Effets du droit international dans l'ordre juridique belge

329. - Effets du droit international en Belgique – La Constitution belge ne contient pas de dispositions relatives aux rapports entre le droit international et le droit interne¹²³⁹. Par conséquent, les solutions applicables ont été définies par la jurisprudence. Sur ce point, la Belgique se démarque cependant par l'absence d'une solution claire et homogène.

Un aspect de la question fait tout de même l'objet d'un consensus : il ressort des décisions prises par les plus hautes juridictions du pays que la Belgique s'inscrit dans un système moniste tel que nous l'avons défini¹²⁴⁰. Il n'est en revanche pas possible de dégager de ces décisions un consensus quant à la question de savoir si c'est le droit international ou bien la Constitution qui occupe le sommet de la hiérarchie des normes.

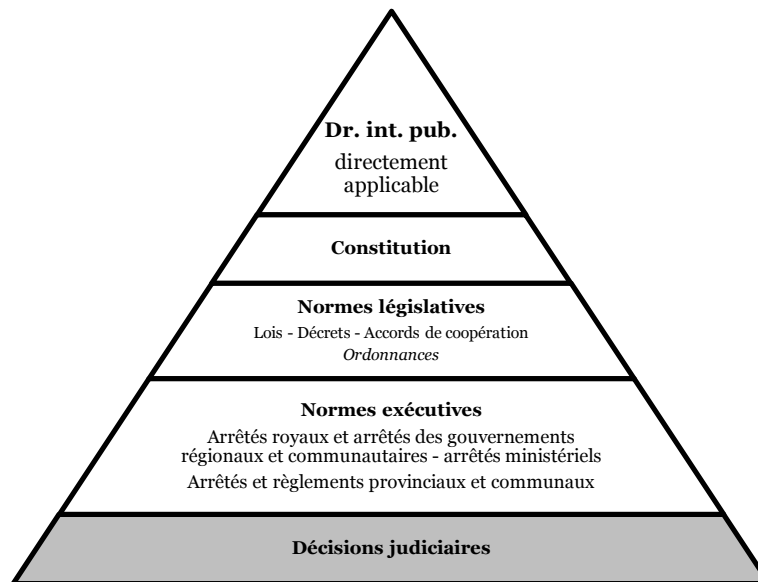
En 1971, la Cour de Cassation a donné, à l'occasion de son arrêt *Le Ski*¹²⁴¹, prééminence à la norme de droit international conventionnel sur la norme de droit interne avec laquelle elle entre en conflit. Ce monisme à primauté de droit externe résulte, selon la Cour de cassation, de « la nature même du droit

¹²³⁹ Voy. M. MELCHIOR, « Considérations sur les rapports entre traités, lois et Constitution », in : *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1015-1026 ; Ph. BROUWERS, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *Cah. dr. eur.*, 1995, pp. 7-28 ; R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Le conflit traité-loi interne », *J.T.*, 1963, pp. 481-486 ; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution belge », *R.B.D.I.*, 1969/1, pp. 1-43 ; Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, pp. 671-676 ; H. ROLIN, « La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge », *J.T.*, 1953, pp. 561-562 ; J. SALMON, « Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation », *J.T.* 1971, pp. 509-520 et pp. 529-535 ; J. SALMON, *Droit international public. Les sources*, Bruxelles, Presses universitaires de Bruxelles, 1989-1990, pp. 170-178 ; J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.* 1992, pp. 729-741 et pp. 749-761.

¹²⁴⁰ La doctrine n'est toutefois pas unanime sur ce point. Voy. S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 109-136.

¹²⁴¹ Cass. 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, p. 887.

international conventionnel ». En conséquence, les juridictions ont dorénavant l'obligation de respecter cette supériorité en écartant l'application d'une norme interne non conforme. La primauté de la norme internationale sur la Constitution a été établie explicitement par une série de trois arrêts prononcés en 2004¹²⁴². En outre, la Cour a précisé en 2009 que la primauté du droit international constituait un principe général du droit¹²⁴³.



La jurisprudence *Le Ski* est d'une importance capitale. Non seulement elle apporte un enseignement sur la position du droit international dans la pyramide, mais elle établit en plus un moyen concret d'assurer l'effectivité de cette hiérarchie. En effet, dans l'arrêt *Le Ski*, la Cour de cassation affirme que chaque juge doit *écarter* une norme législative qu'il considère comme incompatible avec une disposition internationale directement applicable, c'est-à-dire qui est dotée d'un *effet direct*¹²⁴⁴. Une norme internationale a un effet direct, lorsqu'elle confère¹²⁴⁵ des droits aux particuliers et que, dès lors, ces derniers peuvent s'en prévaloir devant une juridiction nationale.

A côté de la Cour de cassation, une autre juridiction suprême, la Cour constitutionnelle, a également été appelée à se pencher sur le problème du conflit

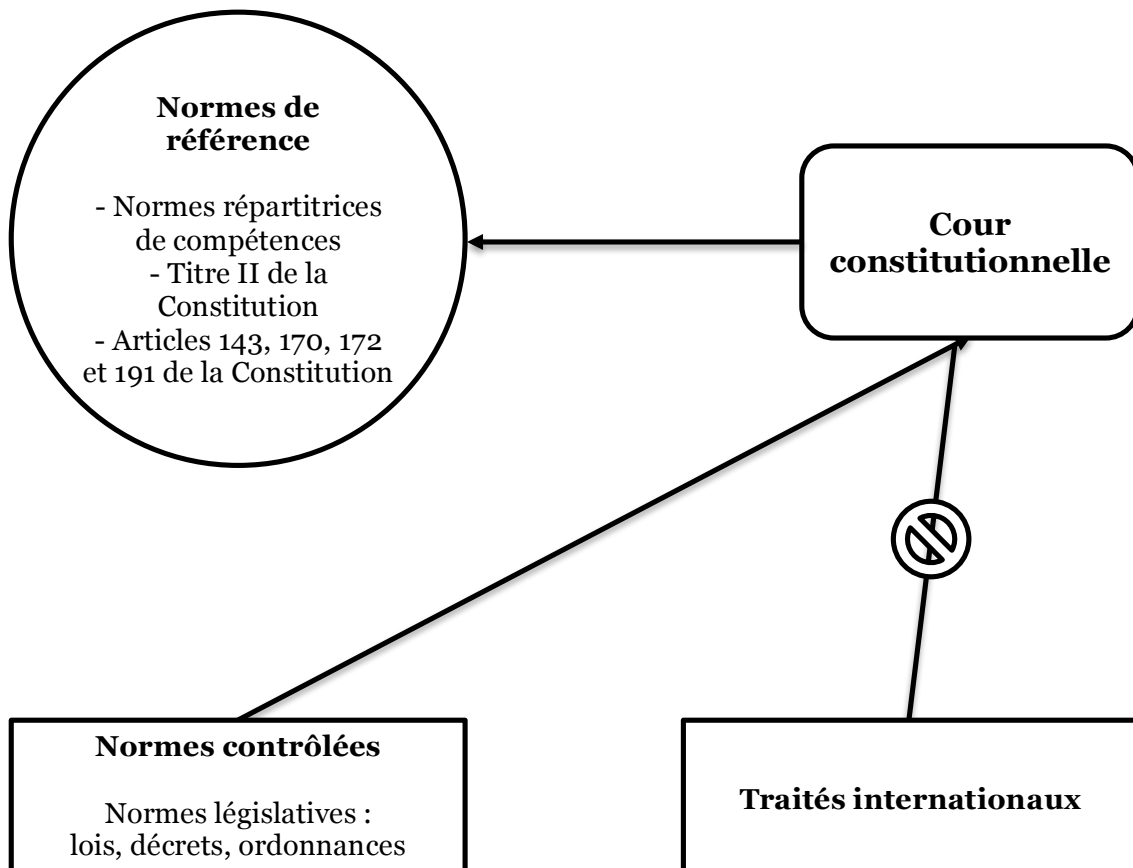
¹²⁴² Cass., 9 novembre 2004, *Arr. Cass.*, 2004, p.1781 ; Cass., 16 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p.1795 ; Cass., 16 novembre 2004, p. 1803.

¹²⁴³ Cass. (3^e ch.), 21 décembre 2009 (UEO), *Pas.*, 2009, p. 3143 et concl. J. GENICOT.

¹²⁴⁴ Voy. Ch. BEHRENDT et Fr. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État – Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, n^{os} 493-495. Sur l'effet direct, voy. C.P.J.I., du 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig (réclamations pécuniaires des fonctionnaires ferroviaires dantziens passés au service polonais contre l'administration polonaise des chemins de fer)*, Série B – N^o 15, p. 17.

¹²⁴⁵ Sans que doivent être nécessairement précisées des mesures d'exécution dans l'ordre interne (Voy. Ch. BEHRENDT et Fr. BOUHON, *Introduction à la Théorie générale de l'État – Manuel*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 512).

entre le droit interne et le droit international public. Dans le chapitre relatif à l'État de droit, nous avons vu que les normes contrôlées par la Cour constitutionnelle étaient limitativement énumérées. En théorie, les traités et autres normes qui relèvent du droit international n'entrent pas dans le périmètre de compétence de la Cour. Le schéma qui suit vise à rappeler ces principes et à montrer que le droit international est en principe hors de la portée du contrôle qu'exerce la Cour constitutionnelle.

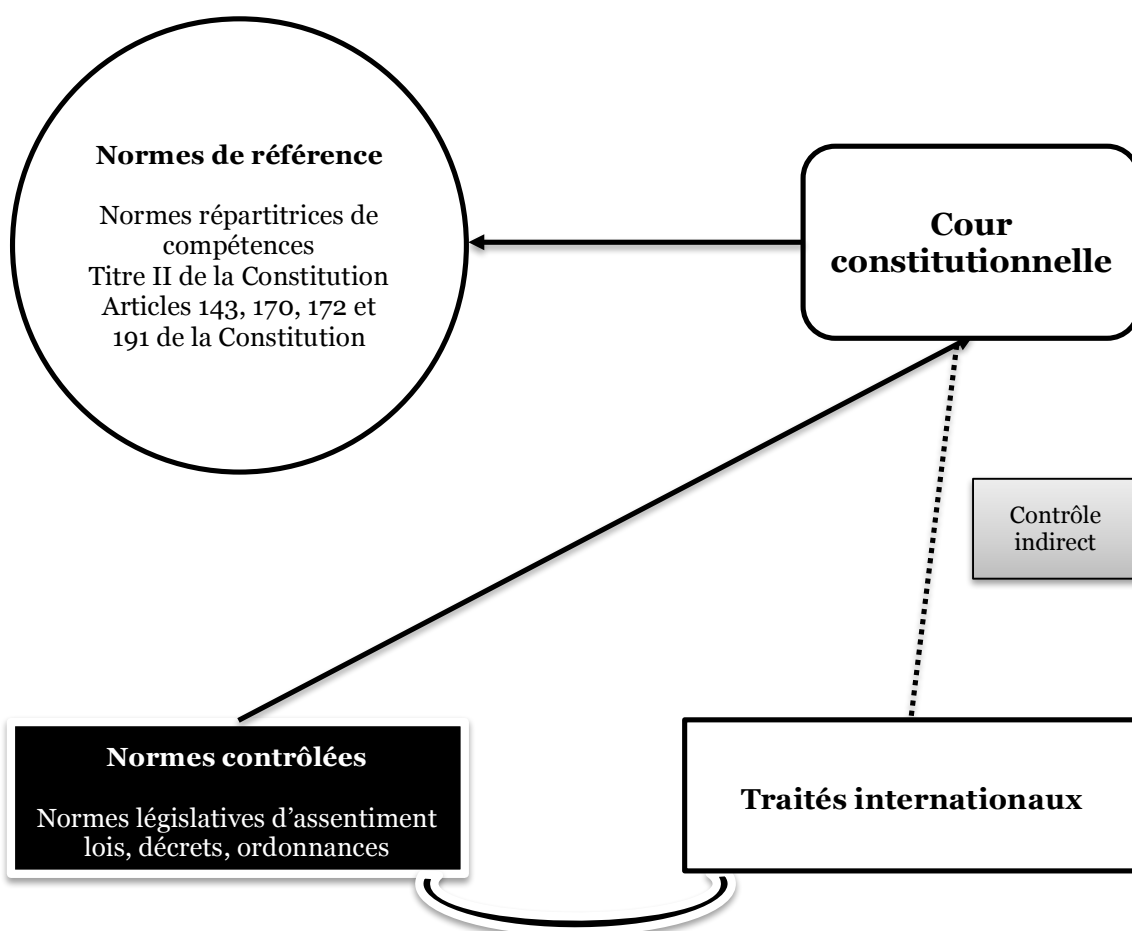


Néanmoins, par un arrêt qui concernait les « Écoles européennes », prononcé le 3 février 1994, la Cour constitutionnelle s'est estimée compétente pour contrôler la conformité à la Constitution belge des normes législatives portant assentiment à un traité international¹²⁴⁶. Or, comme la norme d'assentiment ne comporte pas vraiment de disposition, la Cour constitutionnelle a estimé qu'un contrôle utile de cette norme implique, nécessairement, l'examen du contenu du traité¹²⁴⁷.

¹²⁴⁶ C.A., arrêt n° 12/1994 du 3 février 1994 ; Voy. également C.A., 16 octobre 1991, M.B. 23 novembre 1991.

¹²⁴⁷ Voy. spéc. le point B.4. de l'arrêt ; Voy. aussi M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, « Contrôle de constitutionnalité du droit communautaire dérivé », *Rev. b. dr. const.*, 1998, pp. 3-45.

Si elle n'a pas censuré la norme d'assentiment dans ce dossier, la démarche de la Cour constitutionnelle permet d'affirmer que cette juridiction place la Constitution au sommet de la pyramide des normes et que, par le biais des normes d'assentiment, elle s'autorise à contrôler la constitutionnalité des normes conventionnelles. Le schéma qui suit est une adaptation du précédent qui tient donc compte de l'enseignement de la jurisprudence « Écoles européennes ».

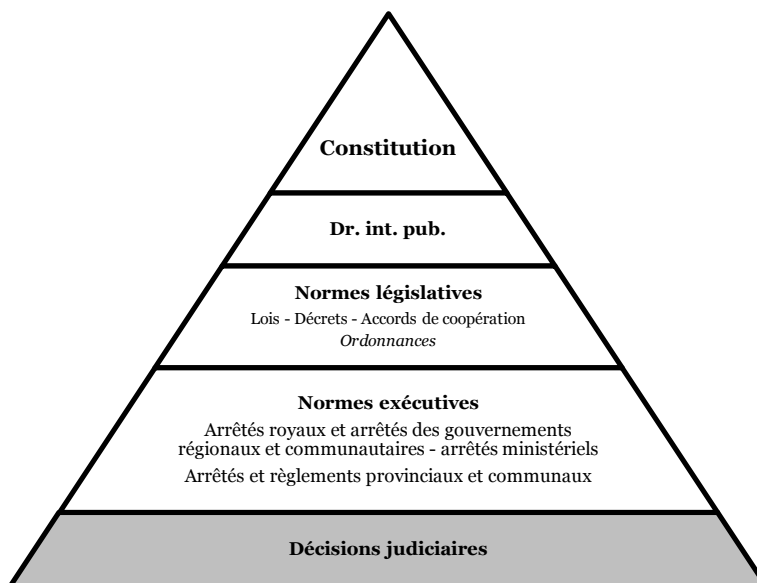


Bien qu'elle fasse preuve de prudence sur ce point, la Cour constitutionnelle a tout de même rappelé, dans un arrêt n° 62/2016 du 28 avril 2016 concernant des recours en annulation contre des dispositions législatives portant assentiment au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'union économique et monétaire, que les traités conclus par la Belgique ne permettent

« en aucun cas qu'il soit porté une atteinte discriminatoire à l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »¹²⁴⁸.

¹²⁴⁸ C. const., 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.4.

La pyramide des normes qui est proposée ci-dessous reflète la hiérarchie des normes telle qu'elle découle de cette approche de la Cour constitutionnelle.



La jurisprudence « Écoles européennes » a conduit le législateur belge à adapter la compétence de la Cour constitutionnelle. Premièrement, la procédure en question préjudicielle est exclue pour ce qui concerne les normes d'assentiment à un traité constitutif de l'Union européenne ou à la Convention européenne des droits de l'homme ou à un protocole additionnel à cette Convention¹²⁴⁹. L'objectif premier était d'assurer « la sécurité et la stabilité des relations internationales »¹²⁵⁰. En outre, les recours dirigés contre les normes législatives qui portent assentiment à un traité international quelconque ne sont recevables que s'ils sont introduits dans les *soixante jours* de leur publication au Moniteur belge¹²⁵¹. L'ensemble vise à diminuer le risque que la Belgique se trouve juridiquement liée par un traité qui a été considéré comme inconstitutionnel par la Cour et dont l'application est compromise.

¹²⁴⁹ Voy. Th. BOMBOIS, « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », in : *La Cour d'arbitrage, 20 ans après, Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 148 et s. ; P. POPELIER, « Het vernieuwde Arbitragehof : de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 in de praktijk », *C.D.P.K.*, 2006, pp. 15-17 ; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart op het Arbitragehof », *T.B.P.*, 2003, pp. 466-471.

¹²⁵⁰ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord., 2000-2001, n° 2-897/1, p. 4. Voy. E. SLAUTSKY, « De la hiérarchie entre Constitution et droit international – Réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 2004 », *A.P.T.*, 2009, pp. 234 et s. La Cour constitutionnelle demeure par contre entièrement compétente pour connaître des questions préjudicielles à l'égard des normes d'assentiment aux autres traités.

¹²⁵¹ Art. 3, paragraphe 2, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle.

Enfin, on pourrait s'étonner que coexistent, comme cela, deux courants jurisprudentiels si différents. Que l'on se rassure d'emblée : les cas de confrontation ne sont pas nombreux, même si les deux juridictions campent sur leurs positions. Pour garantir une forme d'uniformité dans les interprétations, l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle impose, en principe¹²⁵², au juge devant lequel est invoquée la violation par une loi, un décret ou une ordonnance d'un droit fondamental garanti à la fois par la Constitution et par le droit international, de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la Constitution¹²⁵³. Cette mesure s'explique par le fait qu'il est arrivé que des juges se refusent à poser une question préjudicielle en préférant écarter la norme querellée par le biais de la jurisprudence *Le Ski*¹²⁵⁴. L'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle n'a cependant pas empêché la survenance d'arrêts prononcés par des juridictions différentes et pour le moins incompatibles entre eux¹²⁵⁵.

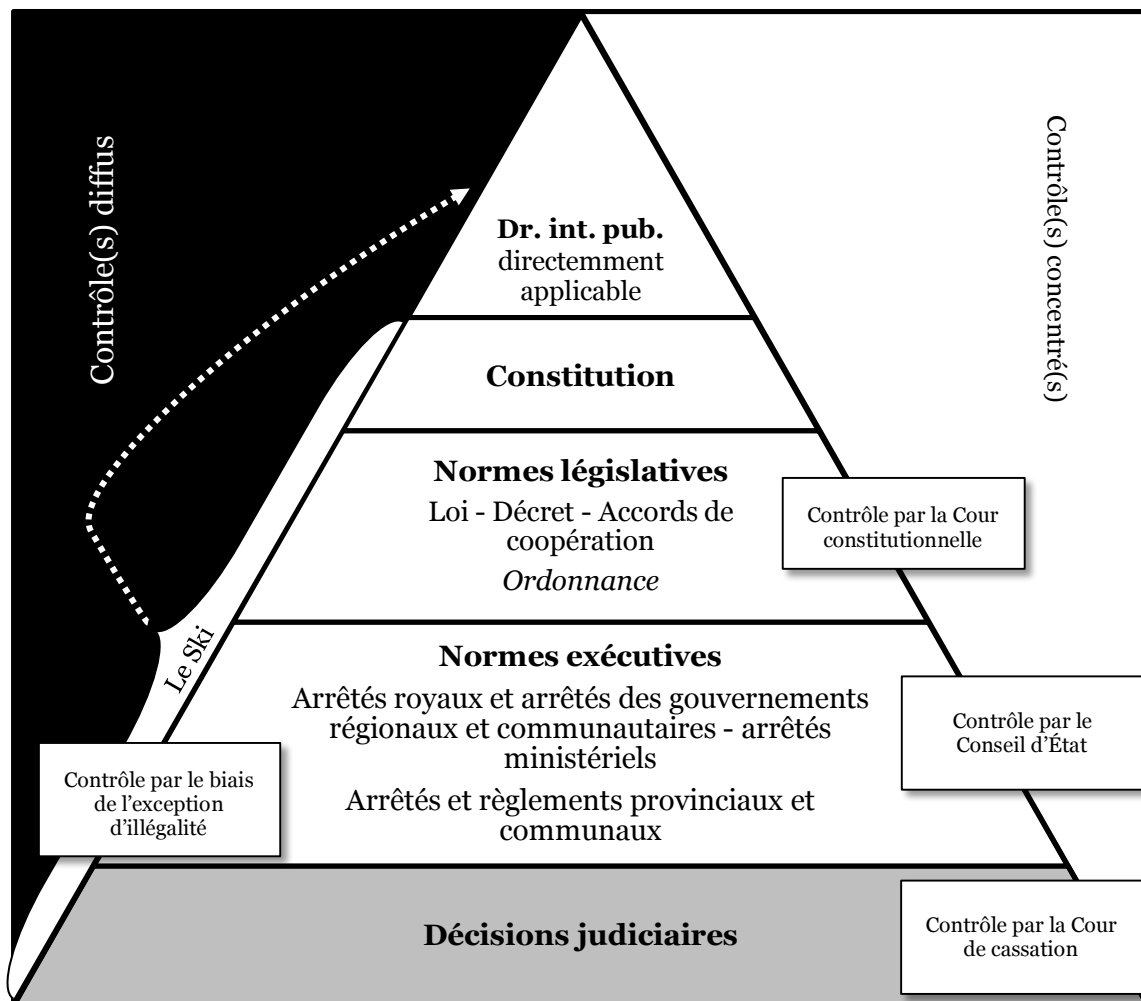
330. - Le contrôle de la hiérarchie des normes : synthèse – La jurisprudence *Le Ski* a engendré l'obligation pour les cours et tribunaux d'écarter toute norme législative contraire aux règles de droit international public dotées d'un effet direct. Autrement dit, si l'on se plonge à nouveau un instant dans la pyramide des normes esquissée dans le chapitre sur l'État de droit, nous pouvons ajouter un nouveau mécanisme de contrôle, diffus, à la disposition des juges : le « contrôle de conventionalité ». Ce pouvoir de contrôle ressemble à celui qui est établi par l'article 159 de la Constitution (exception d'illégalité), en ce qu'il est directement exercé par les juges dans le cadre des litiges dont ils sont saisis. Cependant, alors que l'exception d'illégalité permet d'écarter l'application de normes exécutives qui ne sont pas conformes aux normes supérieures, la jurisprudence *Le Ski* permet d'écarter l'application de toutes les normes, y compris les normes législatives, voire constitutionnelles, qui ne sont pas conformes au droit international directement applicable. L'ensemble des mécanismes qui permettent d'assurer l'effectivité de la hiérarchie des normes (ceux qui ont été examinés dans le chapitre 8 et celui que nous avons ajouté dans le présent chapitre) sont repris dans le schéma de synthèse qui suit.

¹²⁵² Voy. sur ce point T. MOONEN, « De klaarblijkelijke (niet-)schending van samenlopende grondrechten in de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State », *C.D.P.K.*, 2013, pp. 124-35.

¹²⁵³ *Moniteur belge* du 15 avril 2014. Sur cette réforme, voy. J. VELAERS, « Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof : naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten », *T.B.P.*, 2010, pp. 387-410.

¹²⁵⁴ Voy. en particulier J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *T.B.P.*, 2005, pp. 297-318.

¹²⁵⁵ Voy. ainsi C. const., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014 et Cass., 15 décembre 2014, arrêt n° S.12.0081.F, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1122, note C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Deux principes bien distincts : le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination – Qui, de la Cour constitutionnelle ou de la Cour de cassation, a le dernier mot en matière de droits fondamentaux ? ».



CHAPITRE 10 - LES DROITS FONDAMENTAUX

331. - Introduction du chapitre – Les premiers chapitres ont principalement porté sur l’architecture institutionnelle des États. Le précédent concernait les normes qui régissent les relations entre les États. Ce dixième et dernier chapitre du manuel vise à donner un aperçu d’un autre aspect majeur du droit public que nous avons jusqu’à présent laissé volontairement de côté. Selon la définition que nous avons proposée à titre liminaire¹²⁵⁶, le droit public englobe notamment les normes qui régissent les relations entre l’État et les individus. Dans cette perspective, se pose la question de savoir si le pouvoir que l’État est susceptible d’exercer sur les individus connaît des limites. Il s’agit, autrement dit, de se demander si la souveraineté qui caractérise l’État lui permet de tout décider, quelles que soient les conséquences (éventuellement douloureuses, humiliantes ou contraignantes) pour les personnes qui les subissent. Dans l’absolu, la réponse à cette question est *a priori* positive : sauf à tenir compte de considérations morales qui ne s’imposent pourtant pas en tant que telles à l’ordre juridique étatique, il n’existe pas de raison générale et objective de considérer que les pouvoirs législatif, exécutif ou judiciaire d’un État devraient s’abstenir de prendre certaines mesures, fussent-elles abjectes, à nos yeux, dans leurs effets. En revanche, la réponse à la question posée devient négative lorsque les autorités étatiques se trouvent juridiquement soumises à des règles hiérarchiquement supérieures, comme une constitution ou des traités internationaux, qui viennent encadrer la manière dont ces autorités peuvent exercer leurs prérogatives. Dans ce cas, sont posées des balises qui ne peuvent être pas franchir et qui donnent aux individus des moyens effectifs pour que les violations éventuelles des règles ainsi établies soient sanctionnées. Ces règles établissent alors ce qu’on appelle des droits fondamentaux, droits qui forment l’objet du présent chapitre, qui est composé, comme d’habitude, d’une partie générale (A) et d’une autre qui présente des éléments propres à l’ordre juridique belge (B).

A.- CONSIDERATIONS GENERALES

332. - Terminologie et définitions – Le grand public connaît moins la notion de *droits fondamentaux*, retenue dans le titre de ce chapitre, que celle de *droits de l’homme*, qui lui est très proche. Chacun sait en effet qu’il existe des droits

¹²⁵⁶ Voy. *supra*, chapitre 1^{er}, n° XX.

importants, comme la liberté d'expression ou le principe d'égalité, qui sont couramment rassemblés sous l'appellation « droits de l'homme » et des textes célèbres comme la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (France, 1789) ou la Convention européenne des droits de l'homme (1950) font directement allusion à ce vocabulaire.

Il est néanmoins utile d'observer que les juristes, dans leurs travaux, ou les juridictions spécialisées, dans leurs décisions, n'utilisent pas que cette expression¹²⁵⁷. En France, on a longtemps préféré parler de *libertés publiques*, pour évoquer les règles effectivement consacrées par le droit et qui imposent des limites à l'action des autorités étatiques¹²⁵⁸. En langue française, c'est toutefois la notion de *droits fondamentaux* qui semble aujourd'hui dominer dans l'usage juridique. On retrouve aussi son équivalent dans d'autres langues, par exemple dans la *Loi fondamentale* allemande, sous le vocable de *Grundrechte*¹²⁵⁹. On rencontre aussi de plus en plus souvent l'expression *droits humains*. Elle est plus proche de la notion classique de droits de l'homme, avec sa charge historique, idéologique, philosophique et morale¹²⁶⁰, mais présente en outre l'avantage d'être neutre en ce qui concerne le genre, en préférant l'adjectif « humains » au substantif « homme ». Cette expression correspond d'ailleurs à celle qui est couramment employée dans d'autres langues, et spécialement en anglais (*human rights*), mais aussi en néerlandais (*mensenrechten*), en italien (*diritti umani*) ou en espagnol (*derechos humanos*). On peut même trouver, par exemple sous la plume d'Yves Lejeune, une expression qui fusionne les approches de la terminologie contemporaine : « droits humains fondamentaux »¹²⁶¹. Dans le cadre du présent chapitre, nous aurons en général recours à l'expression « droits fondamentaux », sans pour autant renier l'intérêt d'autres vocables, ni considérer qu'ils seraient tous synonymes¹²⁶².

Selon Géraldine Rosoux, les *droits fondamentaux* sont « des droits garantis par un texte constitutionnel et/ou garantis par des textes conventionnels, voire déduits de ces textes, et dont le respect peut être invoqué devant un juge, y

¹²⁵⁷ G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 254-255.

¹²⁵⁸ Voy. not. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., 2019, p. 14. Pour une étude plus ancienne de la notion, voy., par exemple, C. BRAUD, *La notion de liberté publique en droit français*, Paris, LGDJ, 1968, 492 pages.

¹²⁵⁹ Il s'agit d'ailleurs de l'intitulé de la première partie de la *Loi fondamentale*, qui comprend les articles 1^{er} à 19. Sur les droits fondamentaux en Allemagne, voy. *infra*, n^o XXX.

¹²⁶⁰ À ce sujet, voy. notamment F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 14^e éd., 2019, p. 13.

¹²⁶¹ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 321.

¹²⁶² Sur les distinctions qu'on peut faire entre « droits de l'homme », « libertés publiques » et « droits fondamentaux », on peut notamment lire F. TERRÉ, « Sur la notion de libertés et droits fondamentaux », in : R. CABRILLAC (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 25^e éd., Paris, Dalloz, 2019, pp. 3-6.

compris à l'égard de l'action du législateur »¹²⁶³. Cette définition a l'avantage de mettre en évidence les éléments essentiels que nous développerons dans la suite du chapitre : (1) les droits fondamentaux sont consacrés dans des règles de droit qui occupent une place élevée dans la hiérarchie des normes (la constitution ou le traité international ; (2) ils s'imposent dès lors à toutes les autorités étatiques, même au pouvoir législatif et (3) les juges jouent un rôle majeur à l'égard de ces droits, non seulement parce qu'ils en contrôlent le respect, mais aussi parce qu'ils contribuent à leur interprétation – ce sont en effet eux qui « déduisent » des droits concrets sur la base de textes souvent courts, généraux et abstraits.

333. - Plan de l'exposé – La première partie – générale – du présent chapitre est relativement longue. Ceci s'explique par le fait qu'elle contient non seulement d'importants développements transversaux sur la fonction et l'origine des droits fondamentaux (section 1^{ère}), mais aussi une description des sources nationales et internationales pertinentes pour la matière (section 2), avec une attention particulière portée sur la Convention européenne des droits de l'homme (section 3).

1) Fonction et origine des droits fondamentaux

334. - Limitation et encadrement du pouvoir étatique – Les droits fondamentaux sont des règles juridiques dont bénéficient les personnes, physiques et morales (c'est-à-dire les entreprises, les associations, etc. dotées de la personnalité juridique), et qui s'imposent à toutes les autorités de l'État¹²⁶⁴. La définition que nous avons proposée *supra* (n° xxx) exprimait déjà cette idée majeure.

Au fond, les droits fondamentaux sont des règles qui visent à encadrer la manière dont agit l'État dans toutes ses dimensions. Ainsi, les normes législatives adoptées par les autorités compétentes doivent s'y conformer, les fonctionnaires qui exécutent les normes générales dans des dossiers particuliers doivent les respecter, de même que les juges ou les agents de police lorsqu'ils prennent, par exemple, des mesures de contraintes à l'égard d'un individu.

Alors que les règles que nous avons étudiées dans les chapitres précédents concernent essentiellement la structure de l'État et les processus qui lui permettent d'adopter des normes, les droits fondamentaux contribuent quant à eux à définir le contenu des normes qui sont produites par l'État. Autrement dit, ces droits fondamentaux limitent et encadrent son action. Les personnes – qui

¹²⁶³ G. ROSOUX, « Pensées sans ordre concernant la notion de 'droit fondamental' », in : *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 91-111, ici p. 103.

¹²⁶⁴ Carl Schmitt synthétisait l'idée maîtresse des droits fondamentaux en ce qu'elle postule que la sphère des libertés de l'individu est en principe illimitée, tandis que celle des pouvoirs de l'État est par principe limitée (C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, Paris, Presses Universitaires de France, 2008, p. 296).

sont les bénéficiaires de ces droits – peuvent d’ailleurs exiger de l’État qu’il s’y conforme.

335. - Obligations négatives et positives – Puisque les droits fondamentaux s’imposent aux autorités, il y a lieu de s’intéresser à la nature des obligations qui pèsent sur elles.

De façon primordiale, les droits fondamentaux obligent les autorités à s’abstenir d’agir d’une façon qui réduirait abusivement les libertés garanties aux personnes. Ainsi, la liberté d’expression implique avant tout que les États ne pratiquent en principe pas la censure sur les œuvres ou les discours que les individus souhaitent produire et qu’ils n’envisagent de sanctionner l’expression de certains propos que dans des situations extrêmes, où une intervention punitive de l’État est justifiable (par exemple quand il s’agit de propos qui incitent à la haine ou à la violence envers une communauté religieuse). Autrement dit, les obligations qui pèsent sur les États sont davantage des *obligations négatives*, qui imposent aux États de *ne pas* agir, de laisser les personnes s’exprimer librement. De la même façon, le respect du droit à la vie privée oblige en principe les États à s’abstenir de prendre des mesures intrusives comme des visites domiciliaires ou l’interception des télécommunications.

Les obligations négatives ne sont toutefois pas les seules à devoir être prises en compte. De nombreux droits fondamentaux sont aussi le siège d’*obligations positives*, qui impliquent, pour l’État, un devoir d’agir pour assurer l’effectivité desdits droits. Comme l’écrit Jean-François Renucci, les obligations positives impliquent qu’un État « ne peut se contenter de ne pas porter atteinte aux droits fondamentaux de l’individu : il doit en outre agir positivement afin d’assurer une protection effective de ce droit ; c’est dire qu’une attitude passive de sa part peut engager sa responsabilité internationale »¹²⁶⁵. Ainsi, le droit à la vie n’oblige pas seulement les États à s’abstenir d’infliger la mort (obligation *négative*), il requiert aussi que les États prennent des mesures utiles pour empêcher que ne surviennent des décès évitables, c’est-à-dire qu’il impose aux États d’agir face à certains risques qui pèsent sur la vie des personnes (obligation *positive*). Cette dimension des droits fondamentaux implique d’ailleurs que ces derniers peuvent engendrer, indirectement, des obligations pour les particuliers. En effet, pour parvenir à assurer leurs obligations positives, les États sont amenés à prendre des mesures – de surveillance, de prévention, d’encadrement, de sanction, *etc.* – qui vont constituer des contraintes pour les individus. Ce ne sont certes que les États qui sont liés par les droits fondamentaux, mais ceux-ci peuvent produire, par répercussion, des obligations à la charge des particuliers¹²⁶⁶.

¹²⁶⁵ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l’homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 29.

¹²⁶⁶ À ce sujet, voy. not. JACOBS, WHITE et OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 102-103.

336. - Lien avec la notion d'État de droit – Le sujet que nous examinons dans le présent chapitre nous amène à revenir sur la notion, déjà étudiée, d'État de droit¹²⁶⁷. Les droits fondamentaux ne présentent en effet un véritable intérêt, sur le plan juridique, que s'ils sont consacrés dans des règles qui sont de nature à s'imposer aux autorités étatiques. Or, l'État de droit suppose précisément que l'État est lui-même tenu par les règles qu'il édicte. Il s'agit donc d'un écrin non seulement propice, mais aussi indispensable à l'avènement juridique des droits fondamentaux.

La notion de hiérarchie des normes, que nous avons précédemment associée à celle d'État de droit, est également de première importance. En effet, dans les États qui en reconnaissent, les droits fondamentaux sont – comme nous verrons *infra* – le plus souvent consacrés dans des normes constitutionnelles au sens formel du terme, ce qui revient à les placer au sommet de la hiérarchie des normes de l'État concerné. Cette inclusion dans la norme suprême, conjuguée avec les caractéristiques de l'État de droit, donne aux droits fondamentaux la capacité de s'imposer effectivement aux autorités législatives, exécutives et judiciaires. À cela s'ajoute que les droits fondamentaux sont également consacrés dans des traités internationaux (dont nous présenterons les principaux *infra*). Ceci aussi est de nature à imposer leur respect aux autorités des États puisque, comme nous l'avons montré au chapitre 9, les traités lient les autorités des États qui les ont ratifiés, et tendent à occuper une position élevée dans la hiérarchie des normes des États qui ont développé une conception moniste des relations entre droit interne et droit international.

337. - Rôle des juridictions – Les juridictions nationales et internationales jouent aujourd'hui un rôle majeur en contribuant à assurer l'effectivité des droits fondamentaux. En effet, dans la plupart des États, les personnes physiques et morales, en tant que bénéficiaires (créanciers) des droits fondamentaux, peuvent saisir les juridictions compétentes du contentieux relatif à ces droits. Différentes configurations – qui ne sont pas nécessairement chacune disponibles dans tous les ordres juridiques – peuvent être sommairement envisagées. *Primo*, les justiciables pourront attendre des juridictions qu'elles prennent elles-mêmes, lorsqu'elles tranchent des litiges, des décisions qui sont elles-mêmes conformes aux droits fondamentaux. *Deuxio*, il sera dans certains cas possible de demander à une juridiction de contraindre une autorité à agir ou à s'abstenir d'agir dans le but d'assurer le respect d'un droit fondamental qui a été violé (ou qui serait sur le point d'être violé) dans une situation concrète. *Tertio*, il existe, dans de nombreux États, des juridictions judiciaires, administratives ou constitutionnelles qui ont le pouvoir d'annuler, notamment à la demande de personnes physiques ou morales, des décisions juridictionnelles ou des normes exécutives ou législatives lorsqu'elles ne sont pas compatibles avec les droits fondamentaux consacrés par des normes hiérarchiquement supérieures.

¹²⁶⁷ Voy. *supra*, chapitre 8.

338. - Brève Histoire des droits fondamentaux – Les droits fondamentaux ont pris, depuis quelques décennies, une importance pratique considérable. Il n'est désormais plus guère de question politique ou juridique qui ne puisse être examinée sous l'angle de son incidence sur les droits fondamentaux. Il en va de la protection des données à caractère personnel sur Internet à la crise climatique, en passant par les conditions de vie dans les prisons et le port dans la sphère publique de signes religieux. Les développements exponentiels que la matière a connus récemment pourraient faire de l'ombre aux racines que cette matière puise dans les profondeurs de l'Histoire ; c'est pourquoi nous voudrions brièvement les évoquer dans les lignes qui suivent.

Il est difficile de déterminer à quel moment précis de l'Histoire les premiers germes de ce qu'on appelle aujourd'hui les droits fondamentaux ont été posés. Au fond, toute règle juridique qui impose une forme de limitation à une autorité publique au bénéfice des personnes qui lui sont soumises, de ses *sujets*, pourrait être prise en considération (voy. *infra*, n° XXX). À cet égard, le Code d'Hammurabi, en vigueur dès le XVIII^e siècle avant Jésus-Christ, dans l'ancienne Babylone, mérite d'être épinglé, en ce qu'il développe déjà le concept d'une sanction proportionnée à l'importance de l'infraction commise¹²⁶⁸, idée que l'on retrouve par ailleurs dans la Bible sous la forme suivante, bien connue : « œil pour œil, dent pour dent, main pour main, pied pour pied, brûlure pour brûlure, blessure pour blessure, plaie pour plaie »¹²⁶⁹. Ces règles impliquent en effet qu'on ne puisse pas infliger n'importe quelle sanction pour punir un méfait (la règle ne dispose pas en effet « Tête pour œil »), mais doivent veiller à l'adéquation des mesures et sont, par cela, contraintes dans leur action répressive. Plus à l'est, les inscriptions d'Ashoka, découvertes en Inde au XIX^e siècle, sont des édits proclamés par l'Empereur Ashoka, de la dynastie Maurya, au cours de son règne (de 269 à 232 avant Jésus-Christ). Destinés à propager le Dharma bouddhique, les textes consacrent en outre la liberté de culte¹²⁷⁰, des garanties procédurales¹²⁷¹ ou encore l'interdiction, généralisée à tous les êtres vivants, des sacrifices¹²⁷². L'Édit de Milan, proclamé en 313 par les empereurs romains Constantin et Licinius, constitue aussi un exemple ancien d'instrument qui incite l'autorité à la tolérance et à la retenue¹²⁷³. Ce texte accorde en effet la liberté de culte à tous les croyants de l'Empire romain et permet ainsi notamment aux chrétiens, minoritaires à l'époque, de pratiquer librement leur religion. D'autres textes juridiques ont ultérieurement consacré le même type de libertés, comme l'édit de Nantes, qui est promulgué le 30 avril 1598 par le Roi de France Henri IV et qui accorde aux protestants du Royaume de France un certain nombre de droits, alors que le pays traverse de graves troubles en raison des guerres de religion.

L'idée selon laquelle l'autorité étatique n'est pas absolue et est soumise à des règles *supérieures*, qui s'imposent à lui, est en soi très ancienne. Elle apparaît par exemple dans une des plus célèbres tragédies grecques – *Antigone*, de Sophocle (441 avant Jésus-Christ) – où il est question d'une interdiction de procéder à des rites funéraires, proclamée par le roi Créon, interdiction qui ne serait pas compatible avec des règles supérieures qui échappent à la volonté du roi, selon sa nièce, Antigone, qui avait procédé à de tels rites¹²⁷⁴. On peut trouver une autre expression de cette idée

¹²⁶⁸ M. R. ISHAY, *The history of Human Rights*, 2^e éd., Berkeley, University of California Press, 2008, p. 7.

¹²⁶⁹ *Exode*, 21, 24-25.

¹²⁷⁰ Édit majeurs sur roche n^{os} VII et XII.

¹²⁷¹ Pilier d'Ashoka n^o IV.

¹²⁷² Édit majeur sur roche n^o I.

¹²⁷³ M. R. ISHAY, *The history of Human Rights*, 2^e éd., Berkeley, University of California Press, 2008, p. 34.

¹²⁷⁴ L'échange entre les deux personnages est reproduit ci-dessous, dans sa traduction en français de Pierre Waltz (Sophocle, *Antigone*, Coll. les chefs-d'œuvre, Paris/Clermont, Fernand Sorlot, 1941, pp. 28-29) :

« Créon : Et toi, toi qui baisses la tête vers la terre, avoues-tu, oui ou non, avoir fait ce dont on t'accuse ?

Antigone : Je l'ai fait, je le déclare, je ne songe pas à le nier.

dans un des ouvrages de référence du Confucianisme, celui de Mencius (372-289 avant Jésus-Christ) : « le peuple est le plus précieux ; viennent après les autels de la patrie ; le souverain passe en dernier »¹²⁷⁵.

De même, l'idée de personnalité de l'homme et d'égalité de principe entre eux, faisant fi de leurs différences, de leurs conditions sociales voire de leur statut n'est pas une chose nouvelle. Dans la tradition chrétienne, et sans que celle-ci ne condamne, à l'origine, certaines discriminations, comme l'esclavage, l'individu, créé à l'image de son Dieu, entre en rapport avec la divinité et le Salut, peu importe son clan¹²⁷⁶.

On peut bien entendu chercher des racines des droits de l'homme plus tard dans l'histoire. En Afrique, le premier grand texte pertinent aurait été proclamé en 1222 et est connu sous le nom de Charte du Mandé, du nom de la confrérie de chasseurs qui l'aurait adoptée. Transmise oralement au cours des siècles, elle donne un fondement aux valeurs d'égalité, de liberté et de solidarité¹²⁷⁷. Ce n'est que quelques années plus tôt que la célèbre *Magna Carta* (la Grande charte de 1215, déjà mentionnée dans les pages de ce manuel) a été octroyée par le Roi d'Angleterre Jean sans Terre sous la pression des barons ; elle contient par exemple les bases de l'interdiction des arrestations arbitraires et de l'exigence d'un procès équitable¹²⁷⁸. Son article 39, traduit en français, affirme ainsi qu'« aucun homme libre ne sera saisi, ni emprisonné ou dépossédé de ses biens, déclaré hors-la-loi, exilé ou exécuté, de quelques manières que ce soit. Nous ne le condamnerons pas non plus à l'emprisonnement sans un jugement légal de ses pairs, conforme aux lois du pays ». La portée de cette Charte doit toutefois être relativisée, non seulement parce qu'elle ne bénéficie qu'aux nobles et aux « hommes libres », à l'exclusion, notamment, des serfs, mais aussi parce qu'elle n'a pas toujours été respectée en pratique. Deux autres textes anglais de référence sont l'*Habeas corpus Act* de 1679, qui confirme le droit à ne pas être emprisonné sans décision judiciaire, le *Bill of Rights* de 1689 qui, à côté de clauses relatives, par exemple, à la liberté d'expression des membres du Parlement, interdit tout « cruel and unusual punishment ».

Au Moyen Âge, les germes des droits fondamentaux contemporains apparaissent aussi dans des instruments à caractère local. On voit ainsi fleurir, spécialement dans les villes, des chartes dont certaines dispositions confèrent aux bourgeois des garanties contre les abus des autorités. Par exemple, à Liège, le Prince-Évêque Albert de Cuyck a reconnu en 1196, dans une Charte qui porte son nom, une série de libertés en faveur des Liégeois. On peut notamment y lire que « ni le maieur, ni les échevins de Liège ne peuvent entrer dans une maison située dans la circonscription de la banlieue, sans le consentement du maître, soit pour y appréhender un voleur ou reprendre un

Créon : (...) [R]éponds-moi d'un mot, sans ambages : connaissais-tu la défense que j'avais fait publier ?

Antigone : Je la connaissais ; comment l'aurais-je ignorée ? Tout le monde la savait.

Créon : Et tu as osé enfreindre mes ordres ?

Antigone : Oui, car ils n'émanaient ni de Zeus ni de la Justice, qui habite avec les divinités infernales ; et je n'ai pas cru qu'un simple mortel comme toi pût avoir assez d'autorité pour se permettre de transgresser les lois non écrites, mais immuables, des dieux. Elles ne sont ni d'aujourd'hui ni d'hier ; elles sont toujours puissantes, et personne ne sait quand elles ont été publiées. (...) ».

¹²⁷⁵ A. LÉVY, *Mengzi*, Paris, Rivages, 2008, 7. B. 14.

¹²⁷⁶ Voy. les *Lettres de Paul aux Galates* : « Il n'y a plus ni de Juif ni de Grec ; il n'y a plus d'esclave ni de libre ; il n'y a plus d'homme ni de femme, car vous n'êtes tous qu'un en Jésus-Christ » (III, 28). Voy. sur la rupture, par rapport à la tradition grecque, qu'est l'idée de personnalité de l'homme : H. KRABBE, « L'idée de l'État », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1926, III, T. XIII de la collection, 3^e tirage, Leyde, A.W. Sijthoff, 1969, pp. 518-524 et p. 526.

¹²⁷⁷ Voy. M. HERTIG RANDALL, « Histoire des droits de l'homme », in : M. HERTIG RANDALL et M. HOTTELIER (dirs.), *Introduction aux droits de l'homme*, Genève, Schulthess, 2014, pp. 4-18, ici p. 6.

¹²⁷⁸ La *Magna Carta* est l'objet d'une littérature foisonnante. Parmi les publications récentes en langue française, on recommande notamment E. CARTIER et J.-P. MACHELON (dirs.), *Le huitième centenaire de la Magna Carta*, Paris, Mare & Martin, 2016, 269 pages.

objet volé, soit pour y faire une visite domiciliaire »¹²⁷⁹ et qu'« aucun bourgeois de Liège, ne peut être arrêté, ni détenu, sans un jugement préalable des échevins »¹²⁸⁰.

On peut encore s'intéresser à d'autres circonstances où la question des limites de la puissance publique vis-à-vis des individus s'est posée. Au début du XVI^e siècle, alors que les Espagnols conquièrent des territoires américains, un important débat naît quant aux statuts – inférieurs pour les uns, mais non pour d'autres – des peuples indigènes, bien souvent cruellement exploités et brutalisés par les *conquistadors*. Le dominicain Bartolomé de Las Casas ((1474-1566) figure parmi les voix¹²⁸¹ qui condamnent ces exactions. En découle une célèbre *Controverse* organisée à Valladolid, entre 1550 et 1551, au cours de laquelle celui-ci s'oppose au théologien jésuite Juan Ginès de Sepúlveda (1490-1573)¹²⁸². Il s'agit là de l'un des grands débats sur les droits fondamentaux et la colonisation, bien que l'on ne puisse clairement attribuer la victoire à l'une des deux parties. Les arguments humanistes de Las Casas permettront tout de même le maintien de lois en faveur des Amérindiens¹²⁸³.

On observe donc que, sur la question qui nous intéresse ici, bien des développements philosophiques, politiques, économiques et juridiques ont précédé le mouvement culturel et littéraire du siècle des Lumières¹²⁸⁴. L'opposition à l'absolutisme, qui est l'un des traits de ce mouvement, contribue toutefois à des évolutions considérables qui atteignent leur paroxysme au cours de l'été 1789 – avec des événements marquants des deux côtés de l'Atlantique. En France, c'est du 20 au 26 août de cette année-là que sont adoptés successivement les dix-sept articles de la fameuse *Déclaration des Droits de l'homme et du Citoyen*. Ce texte, dont le contenu est influencé par les doctrines de l'*humanisme*, de l'*individualisme* et du *libéralisme*¹²⁸⁵ et par les travaux de nombreux penseurs des XVII^e et XVIII^e siècles, tels John Locke, Thomas Hobbes, le baron de Montesquieu ou Jean-Jacques Rousseau, est un des fruits majeurs de la Révolution française et se trouve aujourd'hui encore être la source des droits fondamentaux consacrés dans le système juridique français¹²⁸⁶. Parmi de nombreux points d'intérêt, on peut relever que ce texte établit un lien majeur entre les droits accordés aux particuliers (égalité, liberté, propriété, sûreté, résistance à l'oppression, etc.) et certaines caractéristiques institutionnelles, comme le principe de l'implication des citoyens dans la formation de la volonté générale (article 6) ou celui de la séparation des pouvoirs (article 16). À l'ouest de l'Atlantique, l'année 1789 est celle de l'adoption

¹²⁷⁹ Article 10.

¹²⁸⁰ Article 14.

¹²⁸¹ Antonio de Montesinos a également lancé un vibrant appel à la cessation des massacres lors de l'un de ses Sermons :

« Je suis la voix de Celui qui crie dans le désert de cette île et c'est pour cela qu'il faut que vous m'écoutez avec attention. [...] Dites-moi, quel droit et quelle justice vous autorisent à maintenir les Indiens dans une aussi affreuse servitude ? Au nom de quelle autorité avez-vous engagé de telles détestables guerres contre ces peuples qui vivaient dans leurs terres d'une manière douce et pacifique, où un nombre considérable d'entre eux ont été détruits par vous et sont morts d'une manière encore jamais vue tant elle est atroce ? [...] Ne sont-ils pas des hommes ? Ne sont-ils pas des êtres humains ? Ne devez-vous pas les aimer comme vous-mêmes ? » (cité par B. LAS CASAS (traduit par J.-P. CLÉMENT et J.-M. SAINT-LU), *Histoire des Indes*, vol. 3, Paris, Éditions du Seuil, 2002, pp. 26-27).

¹²⁸² Voy. L. HANKE, *All Mankind Is One: A Study of the Disputation Between Bartolome De Las Casas and Juan Gines De Sepulveda in 1550 on the Intellectual and Religious Capacity of the American Indians*, Dekalb, Northern Illinois University Press, 1974, 205 pages et N. CAPDEVILLA, *La controverse entre Las Casas et Sepulveda. Précédé de Impérialisme, empire et destruction*, Paris, Vrin, 2007, 315 pages.

¹²⁸³ Néanmoins, cette décision a eu pour conséquence l'intensification de la traite négrière.

¹²⁸⁴ Le lecteur désireux d'approfondir l'histoire des droits fondamentaux, surtout au tournant du XVI^e siècle, pourra consulter A. DUFOUR, *Droits de l'Homme, Droit naturel et Histoire : droit, individu et pouvoir de l'école du droit naturel à l'école du droit historique*, Coll. Léviathan, Paris, Presses Universitaires de France, 1991, 280 pages.

¹²⁸⁵ J. CHEVALLIER, *L'État*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2011, pp. 65-66.

¹²⁸⁶ Décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

des dix premiers amendements de la Constitution américaine¹²⁸⁷. Adoptés par le Congrès en septembre, ces dispositions, ajoutées au texte original de la Constitution, forment un ensemble connu sous le nom de *Bill of Rights* et qui demeure le fondement juridique des droits fondamentaux aux États-Unis (à ce sujet, voy. *infra*, n° XXX).

Le XIX^e siècle voit le développement des droits de l'homme dans diverses constitutions nationales¹²⁸⁸. La Constitution espagnole de 1812 – qui n'a certes connu qu'une application limitée – reconnaît de nombreuses libertés aux individus et a longtemps servi de référence pour les forces libérales espagnoles, face aux positions absolutistes. En Grèce, la première constitution moderne, qui est adoptée en mars 1844 après une période de monarchie absolue, contient aussi un important chapitre relatif aux droits des particuliers ; il y est notamment question d'égalité¹²⁸⁹, d'interdiction des arrestations arbitraires¹²⁹⁰, de protection du domicile¹²⁹¹, d'interdiction de l'esclavage (ce qui n'est pas anodin pour l'époque)¹²⁹², de liberté d'expression¹²⁹³, d'obligations de l'État en matière d'éducation¹²⁹⁴, de droit de propriété¹²⁹⁵, d'interdiction de la torture¹²⁹⁶ ou encore de secret des lettres¹²⁹⁷. Le Statut fondamental de la monarchie de Savoie du 4 mars 1848 (Statut albertin), qui devient en 1861 la Constitution de l'Italie unifiée, consacre aussi un certain nombre de droits, comme l'égalité individuelle¹²⁹⁸, l'inviolabilité du domicile¹²⁹⁹, la liberté de la presse¹³⁰⁰ ou la liberté de réunion¹³⁰¹. C'est dans ce train que s'inscrit la Constitution belge de 1831, avec son titre II ambitieux, consacré aux droits des Belges. Nous lui accorderons une plus grande attention dans la deuxième partie du présent chapitre (voy. spécialement les numéros XXX). Ce mouvement se poursuit au XX^e siècle avec une tendance à la généralisation : de très nombreux États se lient par une constitution qui consacre des droits fondamentaux.

Les années qui suivent la seconde guerre mondiale sont marquées par un autre phénomène : l'internationalisation des droits fondamentaux. À cette époque, la préoccupation n'est plus la lutte contre le pouvoir absolu de l'Ancien régime, mais la crainte suscitée par les divers régimes totalitaires qui, au milieu du XX^e siècle, ont ravagé les libertés des individus. La revendication en faveur des droits fondamentaux dépasse alors les frontières nationales. Se développe notamment l'idée que la garantie effective de droits fondamentaux par les autres États est de nature à contribuer à la stabilité et à la paix, à l'échelle continentale, voire mondiale. L'instrument juridique de prédilection n'est dès lors plus uniquement la constitution nationale : le droit international public devient à son tour un vecteur majeur de droits fondamentaux. Des textes comme la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948, la *Convention européenne des droits de l'homme* de 1950 ou le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* de 1966

¹²⁸⁷ Une première déclaration, celle de l'État de Virginie adoptée le 12 juin 1776, a également servi de modèle aux proclamations ultérieures.

¹²⁸⁸ Cette « irruption » des droits fondamentaux, à une époque dominée par la *Question sociale* et les obstacles à la participation politique du prolétariat, a néanmoins été l'objet de critiques. Il nous est permis de mentionner ici l'analyse des droits de l'homme faite par Karl Marx, dans son article de 1843 sur *La question juive* : « On fait une distinction entre les “droits de l'homme” et les “droits du citoyen”. Quel est cet “homme” distinct du citoyen ? Personne d'autre que le membre de la société bourgeoise [...], c'est-à-dire de l'homme égoïste, de l'homme séparé de l'homme et de la communauté » (K. MARX, *La question juive*, Coll. Le monde en 10-18, Paris, Union générale d'éditions, 1968, p. 38).

¹²⁸⁹ Article 3.

¹²⁹⁰ Articles 4 et 5.

¹²⁹¹ Article 8.

¹²⁹² Article 9.

¹²⁹³ Article 10.

¹²⁹⁴ Article 11.

¹²⁹⁵ Article 12.

¹²⁹⁶ Article 13.

¹²⁹⁷ Article 14.

¹²⁹⁸ Article 26.

¹²⁹⁹ Article 27.

¹³⁰⁰ Article 28.

¹³⁰¹ Article 32.

représentent aujourd'hui des sources juridiques essentielles des droits dont il est question ici. Nous décrirons sommairement ces instruments de référence, parmi d'autres, dans la suite du chapitre (voy. *infra*, n^{os} XXX).

339. - Dimension universelle ? – Même si les propos qui précèdent ont montré que les droits fondamentaux ont des origines diverses, il est permis de se demander s'ils sont principalement le fruit de l'Histoire et de la culture occidentales et judéo-chrétienne ou s'ils ont une vocation universelle nonobstant les diversités culturelles¹³⁰². Il s'agit là d'un débat particulièrement complexe¹³⁰³, qui a une dimension à la fois académique et politique¹³⁰⁴. Aux questions métajuridiques et philosophiques qui sont soulevées ici, on ne pourra donner que quelques éléments de réponse dans le cadre de la présente introduction. Le mot « universel » désigne habituellement « ce qui s'applique à l'ensemble des hommes »¹³⁰⁵. Quand on envisage d'appliquer cette notion aux droits fondamentaux, on peut développer plusieurs approches distinctes¹³⁰⁶.

En effet, on peut d'abord soutenir que les droits fondamentaux existent et bénéficient à tous les êtres humains, en ce qu'ils seraient inhérents à la nature humaine. Dans cette conception, à laquelle nous ne nous rallions pas, il existerait un « droit naturel » qui comprendrait un certain nombre de droits fondamentaux et dont tous les êtres humains seraient, en tant que tels, bénéficiaires¹³⁰⁷. Ce droit naturel, par définition, s'imposerait indépendamment de toute norme ou décision prise par des États ou des autorités particulières. Cette approche de l'universalisme est à mettre en relation avec la notion de jusnaturalisme étudiée au chapitre 1^{er} : des règles immanentes qui paraissent comme moralement souhaitables pour l'humanité s'imposeraient telles des normes juridiques universelles. On peut apercevoir une telle conception dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, dont le préambule affirme que « l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements ». Le texte de cette Déclaration est ainsi conçu comme un énoncé – comme une exhumation – de droits préexistants dont il convient de rappeler l'existence. La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 offre un autre exemple : les premiers mots de son préambule proclament que « la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde ».

Il est toutefois aussi possible de s'interroger sur l'éventuel caractère universel des droits de l'homme dans une perspective différente. S'il n'y a alors plus lieu de considérer les droits fondamentaux comme des principes qui transcendent l'humanité, on peut néanmoins considérer qu'il existe une aspiration, largement répandue dans le monde, à pouvoir jouir de droits fondamentaux effectifs. C'est alors cette aspiration qui présente éventuellement une dimension universelle. Sans doute en trouve-t-on un écho nuancé dans la Déclaration de Vienne de 1993 qui affirme que « tous les droits de l'homme sont universels » et ajoute que « s'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'homme et toutes les libertés

¹³⁰² Sur ce sujet, voy. N. ROULAND, « Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme », *Revue générale de droit*, 1994, pp. 5-47.

¹³⁰³ En ce sens, voy. not. J. RINGELHEIM et F. HOFFMANN, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : la Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2004, pp. 109-142 ; M. R. ISHAY, *The history of Human Rights*, 2^e éd., Berkeley, University of California Press, 2008, p. 10.

¹³⁰⁴ E. BREMS, *Human Rights : universality and diversity*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 1.

¹³⁰⁵ Trésor de la Langue française.

¹³⁰⁶ En ce sens, E. BREMS, *Human Rights : universality and diversity*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2001, p. 3. D'autres distinctions que celles qui sont proposées ci-après sont concevables. Voy., par exemple, E. DELRUELLE, « Quel universalisme des droits de l'homme ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, pp. 353-362.

¹³⁰⁷ Cette position est notamment expliquée par N. PARPWRTH, *Constitutional and administrative law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 383.

fondamentales »¹³⁰⁸. La volonté de répondre à l'aspiration de bénéficier de droits fondamentaux est au cœur du projet de certaines organisations non gouvernementales (*Human Rights Watch* et *Amnesty International* par exemple), qui cherchent à promouvoir le développement effectif de ces droits sur la scène internationale. Dans un autre registre, on observe aussi que cette conception a pu servir de justification à des ingérences politiques et des actions militaires contre des États étrangers et leurs populations¹³⁰⁹. Tel fut, par exemple, le cas de l'invasion de l'Irak par la coalition placée sous le commandement des États-Unis, lors de l'opération *Iraqi Freedom* de 2003. L'attitude actuelle de certains États qui consiste à imposer, le cas échéant par la force, leurs systèmes juridiques et leurs interprétations des notions de démocratie et de droits fondamentaux, alimente ainsi un important reproche. Nonobstant nos observations précédentes qui visent à reconnaître la pluralité des origines et sources des droits fondamentaux, ceux-ci ne sont pas admis par tous, avec la même intensité¹³¹⁰ et de la même manière, tant les rapports entre l'individu et la communauté fluctuent d'une société à l'autre. Or, la promotion de ces valeurs par l'Occident est parfois perçue comme un impérialisme idéologique¹³¹¹ et un néocolonialisme. Nous empruntons à Alain Supiot la remarque suivante :

« Les Droits de l'Homme sont traités comme un nouveau Décalogue, un Texte révélé par les sociétés « développées » aux sociétés « en voie de développement » et à ne laisser à ces dernières un autre choix que de « combler leur retard » et se convertir à la modernité des droits de l'homme et de l'Economie de marché réunis. C'est un fondamentalisme parce qu'il entend faire prévaloir une interprétation littérale des droits de l'Homme sur toutes les interprétations téléologiques mises en œuvre par les droits nationaux. Ainsi pris à la lettre, les principes d'égalité et de liberté individuelle qui sont à la base des droits de l'Homme peuvent faire l'objet d'interprétations folles »¹³¹².

Enfin, dans une perspective positiviste, on peut aussi s'intéresser à la propension des États à reconnaître des droits fondamentaux aux individus, peu importe leurs origines, qui vivent – ou tombent d'une manière ou d'une autre¹³¹³ – sous leur juridiction. Il apparaît alors que presque tous les États reconnaissent – au moins formellement – des droits fondamentaux à travers leur constitution et les traités auxquels ils adhèrent, ce qui peut amener à considérer que ces droits

¹³⁰⁸ § 5 de la Déclaration et Programme d'action de Vienne adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme le 25 juin 1993.

¹³⁰⁹ Voy. N. ROULAND, « Les fondements anthropologiques des droits de l'Homme », *Revue générale de droit*, 1994, pp. 12-13. Au cours de la *controverse de Valladolid*, dont il a été question plus haut, on remarque que Sepúlveda soutient l'asservissement des sociétés indigènes au motif qu'elles pratiquent le sacrifice humain et le cannibalisme. C'est ainsi, en se présentant lui-aussi comme humaniste, qu'il défend la conquête espagnole, afin d'imposer « des modes de vie justes et humains » (J.-L. BENOIT, « L'évangélisation des Indiens d'Amérique. Autour d'une légende noire », *Amerika*, 8, 2013, disponible à l'adresse : <http://journals.openedition.org/amerika/3988>). Des siècles plus tard, c'est aussi au nom des principes humanitaires que la politique d'expansion coloniale s'est développée en Europe. Le 28 juillet 1885, Jules Ferry soutenait à cet égard qu'

« [i]l y a pour les races supérieures un droit, parce qu'il y a un devoir pour elles. Elles ont le devoir de civiliser les races inférieures. [...] Est-ce que vous pouvez nier [...] qu'il y a plus de justice, plus d'ordre matériel et moral, plus d'équité, plus de vertus sociales dans l'Afrique du Nord depuis que la France a fait sa conquête ? [...] ».

¹³¹⁰ F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, 14^e éd., Paris, PUF, 2019, p. 40.

¹³¹¹ P. GREGORIO, *Théorie générale des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, 2004, p. 278.

¹³¹² A. SUPIOT, *Homo Juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Paris, Édition du Seuil, 2005, p. 286.

¹³¹³ On remarque ainsi que les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'Homme doivent être respectés par un État partie en dehors de ses frontières, lorsque celui-ci exerce un contrôle sur un territoire étranger et la population qui y vit, par exemple à la suite d'une opération militaire (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Al-Saadoon et Mufdhi c. Royaume-Uni*, 3 juillet 2009, § 85).

bénéficient, dans cette mesure aussi, d'une certaine universalité. On constate, par exemple, que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, qui est un des principaux textes de droit international pertinent, lie 173 États, soit environ 90% des États du monde¹³¹⁴. Il n'en demeure pas moins qu'il existe des variations importantes, d'un État à l'autre, quant aux types de droits fondamentaux qui sont consacrés par le droit et, encore davantage, quant à la portée qui leur est donnée notamment par les juridictions nationales. À cela s'ajoute surtout la question de l'effectivité concrète des droits fondamentaux qui sont reconnus dans les différents États du monde. Il existe en effet des États où les droits fondamentaux sont proclamés explicitement, mais où ils ne constituent pas de véritables contraintes pour les autorités et où les individus ne disposent pas de moyens efficaces de faire valoir leurs droits en pratique. Ainsi, on peut s'interroger sur la portée concrète de l'article 67, alinéa 1^{er}, de la Constitution de la République populaire démocratique de Corée (Corée du Nord), lequel assure à tout citoyen la liberté d'expression, de presse, de réunion, de manifestation et d'association¹³¹⁵.

En synthèse, on peut constater qu'il existe, au niveau mondial, un idéal largement partagé qui consiste à soutenir que les droits fondamentaux touchent à des aspects essentiels de la nature humaine et que ces droits contribuent tant à l'épanouissement personnel des individus qu'au développement harmonieux des communautés humaines. Cette aspiration universelle ne doit cependant pas occulter une réalité plus contrastée. En effet, à notre époque, si certains États reconnaissent des droits fondamentaux étendus et leur assurent une efficacité maximale, d'autres n'ont instauré que des garanties faibles, voire nulles.

2) *Diversité des sources nationales et internationales*

340. - Les sources des droits fondamentaux, des normes hiérarchiquement supérieures – Nos brefs propos relatifs à l'histoire des droits fondamentaux ont déjà conduit à mettre en évidence les principales sources desdits droits : ceux-ci sont en général intégrés dans les constitutions au sens formel (dans les États qui en disposent) ainsi que dans diverses normes de droit international. Dans les pages qui précèdent, nous venons de rappeler l'atout que représente le rang élevé qu'occupent les règles pertinentes dans la hiérarchie des normes. Combinée au contrôle juridictionnel dont nous avons souligné l'importance, cette situation favorise l'effectivité des droits fondamentaux. Le moment est venu de nous intéresser de plus près aux sources concrètes des droits

¹³¹⁴ Parmi les membres de l'ONU qui n'ont ni signé, ni ratifié le Pacte, on trouve notamment l'Arabie Saoudite, le Bhoutan, les Émirats arabes unis, l'Oman, la Malaisie, le Myanmar et le Soudan du Sud. Quelques États ont en outre signé le Pacte, mais ne l'ont pas ratifié ; il s'agit de la Chine, des Comores, de Cuba, de Nauru, de Palaos et de Sainte-Lucie. Ces informations proviennent de la *Collection des Traités* de l'Organisation des Nations Unies (voy. <https://treaties.un.org>), consultée le 16 décembre 2019. Au sujet de ce Pacte, voy. aussi *infra*, n° XXX.

¹³¹⁵ Créée le 9 septembre 1948 dans la partie de la péninsule coréenne qui s'étend au nord du 38^e parallèle, la République populaire démocratique de Corée est l'un des États les plus fermés au monde, toujours en conflit avec son voisin du sud depuis la *guerre de Corée* (1950-1953). Le régime communiste de Pyongyang, la capitale de Corée du nord, est régulièrement pointé du doigt par les organisations internationales et les associations militant en faveur des droits de l'Homme. Voy. le rapport du 17 février 2014 de la Commission d'enquête sur les droits de l'homme en République populaire démocratique de Corée, établie par la résolution 22/13, adoptée le 21 mars 2013 par le Conseil des droits de l'homme (A/HRC/25/CRP.1). Le rapport parvient à la conclusion que des violations systématiques, généralisées et flagrantes des droits de l'homme y ont été et sont toujours commises.

fondamentaux, en distinguant celles qui sont applicables au niveau national et celles qui ont une portée internationale.

a) Sources nationales

341.- Les constitutions nationales : généralités – Dans le cas des nombreux États dotés d'une constitution au sens formel du terme¹³¹⁶, on trouve presque toujours, au XXI^e siècle, une partie substantielle ou au moins quelques dispositions relatives aux droits fondamentaux. Il n'est pas rare en effet que les constitutions nationales comprennent un chapitre intégralement dédié à l'énumération et à la description des droits fondamentaux qui sont reconnus dans l'ordre juridique concerné.

Ainsi, le chapitre 2 de la Constitution du Grand-Duché du Luxembourg est intitulé « Des libertés publiques et des droits fondamentaux ». Aux Pays-Bas, c'est le premier chapitre de la Constitution qui détermine les « *Grondrechten* » (droits fondamentaux). Quant à la Constitution de la République de Pologne, elle contient un chapitre 2 relatif aux libertés, droits et obligations des citoyens et des personnes (*Wolności, prawa i obowiązki człowieka i obywatela*). Dans la Constitution de la République d'Irlande, on peut aussi trouver une section spécifique, composée des articles 41 à 44, qui concerne les « *fundamental rights* ». La même tendance peut également être observée en dehors du continent européen. Par exemple, le titre 2 de la Constitution de la République fédérative du Brésil porte le nom suivant : « *Direitos e garantias fundamentais* » (droits et garanties fondamentales). Le chapitre 2 de la Constitution vietnamienne joue un rôle similaire et traite de droits humains, de droits fondamentaux ainsi que des obligations des citoyens. La Constitution du Royaume d'Arabie saoudite¹³¹⁷ contient un chapitre 5 relatif aux droits et aux devoirs ; il prévoit, en son article 26, que « L'État protège les droits de l'homme conformément à la Charia islamique », avant de définir certaines garanties concrètes, comme la protection du domicile¹³¹⁸ ou de la correspondance¹³¹⁹.

À cette tendance forte, qui consiste pour les États à réserver des parties de leur constitution à l'énumération des droits fondamentaux, on peut cependant identifier des exceptions. Ainsi, la Constitution australienne contient presque exclusivement des règles institutionnelles et ne consacre explicitement qu'un nombre réduit de droits fondamentaux¹³²⁰. Dès lors, en Australie, les droits fondamentaux dont bénéficient les individus reposent en grande partie sur le droit international et sur des dispositifs normatifs *infra*-constitutionnels¹³²¹. Enfin, on peut relever que la Constitution de la V^e République française constitue un cas singulier. Le texte suprême ne contient pas de chapitre dédié aux droits fondamentaux et – comme son homologue australien – organise essentiellement les institutions politiques de la République. Cependant, le premier paragraphe du préambule de la Constitution de 1958 énonce que « le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'homme et aux principes de la souveraineté

¹³¹⁶ La question se pose forcément en d'autres termes dans les rares États qui n'ont pas de constitution au sens formel du terme. À ce sujet, voy. nos propos sur le cas du Royaume-Uni, *infra*, n° XXX.

¹³¹⁷ Constitution du 1^{er} mars 1992.

¹³¹⁸ Article 37.

¹³¹⁹ Article 40.

¹³²⁰ Sont ainsi consacrés le droit à une procédure régulière en cas de privation de propriété (section 51), le droit à un jugement par jury (section 80), la liberté de religion (section 116) et le principe de non-discrimination sur la base du lieu de résidence étatique (section 117).

¹³²¹ Voy. sur la thématique G. WILLIAMS et D. HUME, *Human Rights under the Australian Constitution*, 2^e éd., South Melbourne, OUP Australia & New Zealand, 2013, 416 pages.

nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789, confirmée et complétée par le préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'aux droits et devoirs définis dans la Charte de l'environnement de 2004 ». Selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, ce paragraphe signifie que les textes qui y sont cités – et qui consacrent tous des droits fondamentaux – doivent être considérés comme étant « incorporés » au texte de la Constitution. Avec la Constitution de 1958 elle-même, les trois autres textes cités¹³²² forment ce qu'on appelle, en droit français, le « bloc de constitutionnalité »¹³²³.

Nous proposons de nous focaliser ci-après sur deux constitutions nationales actuellement en vigueur, celles des États-Unis d'Amérique (n° XXX) et de la République fédérale d'Allemagne (n° XXX). Nous aborderons ensuite le cas du Royaume-Uni, État qui, pour rappel, ne dispose pas de Constitution au sens formel du terme (n° XXX).

342. - Les droits fondamentaux dans la Constitution américaine : aperçu – Dans l'aperçu historique que nous avons proposé (voy. *supra*, n° XXX), nous avons déjà expliqué que, dans l'ordre juridique des États-Unis d'Amérique, les droits fondamentaux prennent appui sur le *Bill of Rights*, formés des dix premiers amendements à la Constitution qui ont été adoptés par le Congrès en 1789 et qui sont entrés en vigueur en 1791 après ratification par les pouvoirs législatifs du nombre requis d'États¹³²⁴. Il faut savoir qu'une partie de l'opinion publique se montrait réticente à la création des États-Unis d'Amérique par l'union des anciennes colonies britanniques, devenues souveraines, et que la reconnaissance de droits fondamentaux a eu un poids déterminant dans le processus qui a finalement conduit à l'adhésion des États à la nouvelle constitution¹³²⁵. On a ainsi pu écrire que « le Bill of Rights n'est pas simplement un complément de la Constitution ; c'est l'une des conditions de son application »¹³²⁶.

Le premier amendement est aussi le plus célèbre. Il proclame plusieurs libertés essentielles au profit des individus en interdisant aux autorités d'intervenir dans certains domaines :

« le Congrès n'adoptera aucune loi relative à l'établissement d'une religion, ou à l'interdiction de son libre exercice ; ou pour limiter la liberté d'expression, de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement ou d'adresser au Gouvernement des pétitions pour obtenir réparations des torts subis »¹³²⁷.

¹³²² Auxquels on peut aussi ajouter des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République et les autres principes et objectifs à valeur constitutionnelle.

¹³²³ Cette notion a été construite au départ de travaux de Claude Emeri et Jean-Louis Seurin (« Vie et droit parlementaire », *Revue de Droit public*, 1970, pp. 637 et s.) développés notamment par Louis Favoreu (voy. not. « Le principe de constitutionnalité : essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in : *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1975, pp. 33-48).

¹³²⁴ Soit onze sur les quatorze qui formaient alors les États-Unis, pour respecter l'exigence posée par l'article 5, qui impose l'adhésion de trois quarts des États.

¹³²⁵ Voy. not. A. COUTANT, *Histoire constitutionnelle des États-Unis*, T. I, Paris, Mare & Martin, 2012, p. 173.

¹³²⁶ *Idem*, p. 175.

¹³²⁷ La version originale en langue anglaise se lit comme suit : « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the

Malgré la formulation absolue de cette disposition et la très large portée qui est donnée en pratique aux droits consacrés, ceux-ci n'interdisent pas toute mesure étatique susceptible d'affecter une liberté. Il est par exemple concevable de poursuivre et de condamner une personne qui, en exerçant la liberté d'expression, a tenu des propos diffamatoires à l'égard d'autrui¹³²⁸.

D'autres droits importants sont consacrés dans les amendements suivants. Le *Bill of Rights* américain, en son deuxième article, est le fondement d'un droit qui puise ses racines dans le droit anglais¹³²⁹ et qui fait aujourd'hui l'objet de nombreux débats : celui de détenir et de porter des armes. Le quatrième amendement protège les individus contre les perquisitions et les saisies non motivées et impose le recours à un mandat. Les cinquième, sixième et septième amendements concernent principalement l'exercice de la justice et posent des garanties en matière de procès équitable. Le huitième amendement poursuit sur ce thème et consacre l'interdiction des « cruel and unusual punishments », dans la lignée du *Bill of Rights* anglais de 1789.

Les juridictions américaines, avec, à leur sommet, la Cour suprême des États-Unis, exercent un pouvoir de contrôle sur le respect des droits fondamentaux par les autorités¹³³⁰. Elles sont en mesure de rendre inapplicables les règles – y compris les normes législatives – qui contreviennent aux dispositions de la Constitution, *Bill of Rights* inclus.

343.- Les droits fondamentaux dans la Constitution allemande : aperçu – Le deuxième ordre juridique auquel nous voulons dédier quelques mots pour illustrer le sujet est celui de l'Allemagne. Contrairement à la Constitution américaine dont le texte est ancien et particulièrement stable – les dix amendements évoqués *supra* n'ont pas été modifiés d'un mot en 230 ans – la Loi fondamentale (*Grundgesetz*)¹³³¹ de la République fédérale d'Allemagne est un texte relativement récent. Il a en effet été adopté en 1949 et constitue un élément majeur du processus de reconstruction politique de l'État allemand après la chute

freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ».

¹³²⁸ Une condamnation n'est cependant envisageable que si la preuve présentée au juge satisfait à des conditions exigeantes qui ont notamment été développées dans l'arrêt de référence de la Cour suprême *New York Times Co. v. Sullivan* (373 U.S. 254 (1964)).

¹³²⁹ Voy. not. T. MCAFFEE et M. QUINLAN, « Bringing forward the right to keep and bear arms: do text, history or precedent stand in the way? », *North Carolina Law Review*, 1997, pp. 781-899, not. p. 806.

¹³³⁰ Voy., sur le contrôle diffus, *supra* n° XXX.

¹³³¹ Comme nous l'avons déjà indiqué dans le deuxième chapitre du présent manuel (n° XXX), le texte suprême de l'ordre juridique allemand, qui correspond à la notion de constitution au sens formel du terme, ne porte pas, en pratique, le nom de « Constitution » (*Verfassung*). Il est dénommé « Loi fondamentale » (*Grundgesetz*). Au départ, ce texte avait une vocation transitoire et il était prévu d'adopter ultérieurement un texte définitif qui aurait reçu le nom de « constitution ». Finalement, la Loi fondamentale adoptée en 1949 a perduré, même après la réunification de l'Allemagne.

du nazisme. Le texte accorde une place significative aux droits fondamentaux : ses dix-neuf premiers articles y sont consacrés et forme un chapitre intitulé « Grundrechte » (droits fondamentaux).

Dès l'entame du texte, on peut percevoir la volonté de rejeter et de s'opposer au système totalitaire en vigueur précédemment¹³³². Les trois alinéas de l'article 1^{er} méritent chacun une lecture particulièrement attentive :

« (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger.

(2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde.

(3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable. »¹³³³

La décision d'affirmer, à cette place, le caractère intangible de la dignité humaine, qui transcende les droits fondamentaux, est une façon de souligner que rien ne peut justifier des mesures étatiques qui impliquent l'annihilation de ces droits et, avec elle, l'avilissement de la société humaine. Le deuxième alinéa montre le lien entre la protection des droits fondamentaux et l'objectif d'assurer la paix au-delà des frontières nationales – aspiration qui anime les négociateurs de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention européenne des droits de l'homme. Enfin, l'alinéa 3 consacre explicitement la soumission de tous les pouvoirs aux droits fondamentaux énoncés par la Constitution et concrétise ainsi une idée essentielle : des droits fondamentaux effectifs supposent un État de droit effectif.

À côté de droits et libertés typiquement reconnus aussi par des constitutions plus anciennes (principe d'égalité¹³³⁴, liberté de croyance et de conscience¹³³⁵, libertés de réunion et d'association¹³³⁶, inviolabilité du domicile¹³³⁷, *etc.*), la Loi fondamentale allemande énumère aussi des droits qui connaissent un développement nouveau à cette époque, comme le droit à la vie¹³³⁸, le droit à

¹³³² La notion de dignité ne se retrouve pas dans les constitutions plus anciennes des XVIII^e et XIX^e siècles et est typique de la réaction post-totalitaire. La Constitution des États-Unis, examinée *supra* (n° XXX), n'y fait aucune allusion. Quant à la Constitution belge, elle reprend la notion dans son article 23, mais c'est à la suite d'une révision adoptée en 1993, soit à une époque relativement récente.

¹³³³ La version originale en langue allemande se lit comme suit : « (1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. (2) Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. (3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht ».

¹³³⁴ Article 3 de la Loi fondamentale.

¹³³⁵ Article 4 de la Loi fondamentale.

¹³³⁶ Article 8 et 9 de la Loi fondamentale.

¹³³⁷ Article 13 de la Loi fondamentale.

¹³³⁸ Article 2, alinéa 2, de la Loi fondamentale.

l'intégrité physique¹³³⁹, l'interdiction du travail forcé¹³⁴⁰ ou le droit de ne pas devenir apatride¹³⁴¹.

Il est par ailleurs intéressant d'observer que le chapitre consacré aux droits fondamentaux s'achève par deux articles (les articles 18 et 19) qui ont une portée transversale. L'article 18 établit un système de déchéance des droits fondamentaux : celui qui abuse de ses droits pour combattre l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, est déchu de ces droits fondamentaux, par et dans la mesure déterminée par la Cour constitutionnelle¹³⁴². Cette disposition, inspirée d'une certaine façon par l'aphorisme de Saint-Just « pas de liberté pour les ennemis de la liberté »¹³⁴³, peut être utilement comparée à l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui est, lui aussi, inspiré par la crainte de voir des individus utiliser les droits fondamentaux pour chercher à porter atteinte à des principes fondateurs comme le caractère démocratique du pays et la garantie de pouvoir bénéficier de libertés effectives. La seconde disposition, l'article 19, prévoit la possibilité pour les autorités de restreindre la portée d'un droit fondamental à condition d'opérer cette restriction par le biais d'une loi et de ne jamais porter atteinte à la substance d'un droit fondamental¹³⁴⁴. Cette disposition générale a l'avantage de consacrer clairement un principe très important dans la matière des droits fondamentaux (qui s'applique en Allemagne comme ailleurs) : ces droits ne constituent pas des contraintes absolues pour les États et ces derniers peuvent y déroger pour autant qu'ils le fassent d'une façon susceptible d'être raisonnablement justifiée¹³⁴⁵.

¹³³⁹ Article 2, alinéa 2, de la Loi fondamentale.

¹³⁴⁰ Article 12 de la Loi fondamentale.

¹³⁴¹ Article 16, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale.

¹³⁴² Article 18 de la Loi fondamentale. Cette préoccupation explique également l'article 21.2 qui rend inconstitutionnels les partis liberticides et antidémocratiques.

¹³⁴³ Dans un article relatif aux élections et publié le 30 avril 1928, dans son journal, *Der Angriff*, Joseph Goebbels, futur ministre de la Propagande nazie sous le III^e Reich, écrit avec cynisme ce qui suit :

« Nous entrons au *Reichstag* pour nous procurer dans l'arsenal de la démocratie les armes de celle-ci. Nous nous faisons élire pour paralyser la démocratie de Weimar avec sa propre assistance. Si la démocratie est assez bête pour nous récompenser de ce mauvais service par des cartes de libre circulation et des indemnités parlementaires, c'est son affaire [...]. Tout moyen légal de révolutionner l'état actuel des choses est pour nous le bienvenu. Si nous parvenons lors de ces élections à introduire soixante ou quatre-vingts agitateurs de notre parti dans les divers parlements, l'État lui-même ne tardera pas à équiper et à payer notre organisation de combat [...]. Il ne faut pas croire que le parlementarisme est notre chemin de Damas. [...] Nous y arrivons en ennemis ! Nous y entrons comme le loup s'introduit dans la bergerie. Dorénavant, [vous] n'êtes plus seuls chez vous ! » (cité par K. D. BRACHER, *Hitler et la dictature allemande. Naissance, structure et conséquences du National-Socialisme*, Bruxelles, Éditions Complexe, 1995, p. 199 ; le texte complet peut être retrouvé dans J. GOEBBELS, *Der Angriff. Aufsätze aus der Kampfzeit*, Munich, Zentralverlag der NSDAP, Franz Eher Verlag, 1935, pp. 71-73).

¹³⁴⁴ Article 19 de la Loi fondamentale.

¹³⁴⁵ La question de savoir quelles justifications peuvent être admises est vaste et complexe. Des réponses à ces questions sont apportées par les juridictions nationales et internationales qui sont

Les juridictions allemandes veillent au respect des droits fondamentaux. En particulier, le Tribunal constitutionnel fédéral (*Bundesverfassungsgericht*), dont le siège est établi à Karlsruhe, a le pouvoir d'annuler les normes de l'autorité fédérale et des *Länder* qui ne sont pas compatibles avec la Loi fondamentale, notamment avec celles de ses dispositions qui consacrent les droits fondamentaux¹³⁴⁶.

344. - Les droits fondamentaux en cas d'absence de constitution formelle : le cas du Royaume-Uni – Au chapitre 2, consacré à la notion de constitution, nous avons observé que le Royaume-Uni faisait figure d'exception en ce qu'il ne disposait pas de constitution au sens formel du terme. Or, nous venons de voir que, dans la plupart des États, c'est précisément cette constitution au sens formel du terme – comme la Constitution des États-Unis avec son *Bill of Rights* ou la Loi fondamentale allemande – qui sert d'ancrage juridique aux droits fondamentaux. Inscrits dans le texte qui occupe le rang suprême de la hiérarchie des normes, les droits peuvent alors s'imposer juridiquement à toutes les autorités de l'État concerné, y compris au pouvoir législatif. Au Royaume-Uni, une telle possibilité n'existe pas puisque les normes produites par le pouvoir législatif (les *statutes* ou *Acts of Parliament*), occupent le sommet de la hiérarchie¹³⁴⁷. Il y a dès lors lieu de se demander comment la reconnaissance de droits fondamentaux est conçue et garantie dans le système britannique.

Nous avons déjà montré, notamment en évoquant la *Magna Carta* de 1215, l'*Habeas corpus Act* de 1679 et le *Bill of Rights* de 1689 que les droits fondamentaux puisent des racines profondes dans l'histoire des institutions britanniques. Cependant, si un instrument comme le *Bill of Rights* impose des limites importantes au pouvoir du Roi, il ne restreint nullement la capacité du pouvoir législatif, exercé par le Roi avec les deux chambres du Parlement (la *House of Commons* et la *House of Lords*)¹³⁴⁸. Au nom du principe de souveraineté parlementaire (*parliamentary sovereignty*) le pouvoir législatif peut en principe tout faire : il peut tant développer une législation respectueuse des libertés des citoyens, que prendre des mesures qui restreignent voire suppriment ces libertés. On peut certes imaginer que, si le maintien de ces libertés demeure précieux aux yeux des électeurs, ceux-ci sanctionneraient un gouvernement qui s'en prendrait

amenées à traiter des litiges concrets dans lesquels des droits fondamentaux sont en cause. Nous aborderons quelques exemples dans la suite du présent chapitre, mais ne pouvons pas approfondir la question dans un manuel d'introduction au droit public.

¹³⁴⁶ Pour une introduction au système des droits fondamentaux en Allemagne, voy. par exemple W. HEUN, *The Constitution of Germany. A contextual analysis*, Oxford, Hart, 2011, pp. 191-228. Des développements plus approfondis peuvent être trouvés dans les nombreux ouvrages juridiques en langue allemande qui proposent des commentaires systématiques de la Loi fondamentale. Voy. par exemple B. SCHMIDT-BLEIBTREU, H. HOFMANN et A. HOPFAUF, *Grundgesetz Kommentar*, 14^e éd., Cologne, Carl Heymanns, 2017, 3504 pages.

¹³⁴⁷ Voy. not. P. LEYLAND, *The Constitution of the United Kingdom*, 2^e édition, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 26-27.

¹³⁴⁸ V. BORGANOR, *The new British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 54.

à elles de façon injustifiée, mais il n'existe aucune garantie juridique quant à cela¹³⁴⁹. Dans ce système, la plupart des droits fondamentaux ne sont pas reconnus en tant que tels. La liberté d'expression, par exemple, n'a pas de valeur supra-légale¹³⁵⁰ et n'existe que dans la mesure où la législation britannique et la *common law* n'établissent pas d'interdiction d'exprimer certaines opinions. On a ainsi pu considérer que les libertés, au Royaume-Uni, ont un caractère résiduel¹³⁵¹. Dans ce cadre, les juges britanniques peuvent contraindre une autorité gouvernementale ou administrative qui aurait heurté la liberté d'un individu d'une manière inconciliable avec la législation britannique ou la *common law*¹³⁵², mais ils ne disposent d'aucun pouvoir pour mettre en cause la législation elle-même. Au début du XX^e siècle, le célèbre constitutionnaliste britannique Albert V. Dicey comparait le système de libertés organisé par la Constitution belge avec celui de son pays ; il écrivait alors :

« personal liberty is a special privilege insured to Belgians by some power above the ordinary law of the land. This is an idea utterly alien to English modes of thought, since with us freedom of person is not a special privilege but the outcome of the ordinary law of the land enforced by the Courts »¹³⁵³.

Cette situation a en tous cas prévalu jusqu'à l'adoption, en 1998, du *Human Rights Act*. Cette loi britannique rend en effet applicable, devant les juridictions britanniques, les droits qui sont consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme (sur cette Convention, voy. *infra*, n° XXX). Le Royaume-Uni qui avait ratifié la Convention, dès 1951, était certes déjà lié par celle-ci, mais elle ne s'imposait pas dans son ordre juridique interne en raison du système *dualiste* qui y est appliqué¹³⁵⁴. Le *Human Rights Act* impose aux autorités britanniques trois principales obligations qui sont de nature à favoriser l'application effective des droits fondamentaux au Royaume-Uni. *Primo*, les ministres qui introduisent un projet de loi au Parlement doivent certifier que celui-ci est compatible, à leurs avis, à la Convention européenne¹³⁵⁵ et le Parlement a mis en place une commission spécialisée qui opère des vérifications à cet égard. *Secundo*, les juges doivent interpréter toute législation de manière telle qu'elle soit compatible avec

¹³⁴⁹ Dans ce sens, voy. not. V. BORGANOR, *The new British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 55.

¹³⁵⁰ Voy. not. I. CRAM, « The United Kingdom », in : I. P. PARRA (éd.), *Freedom of expression, a comparative-law perspective*, Service de recherche du Parlement européen, 2019, p.4. Ce document est notamment disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/thinktank/>.

¹³⁵¹ E. BARENDT, *An introduction to Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 1998, p. 46.

¹³⁵² Voy., par exemple, N. PARP WORTH, *Constitutional and administrative law*, 8^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 385.

¹³⁵³ A. V. DICEY, *Introduction to the study of the law of the Constitution*, 8^e éd., Londres, Macmillan, 1915, [réimpression : Indianapolis, Liberty Fund, 1982, p. 124].

¹³⁵⁴ À ce sujet, voy. *supra*, chapitre 9, n° XXXX.

¹³⁵⁵ Section 19 du *Human Rights Act*.

la Convention¹³⁵⁶ ; cela signifie qu'ils doivent chercher à donner à la loi une portée qui n'emporte pas de violation des droits fondamentaux. *Tertio*, si une telle interprétation de la législation n'est pas possible – par exemple lorsqu'une disposition légale engendre une violation frontale d'un droit et ne peut être comprise autrement –, il revient alors au juge de formuler une déclaration d'incompatibilité (*declaration of incompatibility*)¹³⁵⁷. Ce nouveau système rapproche les juridictions britanniques de la situation des juridictions américaines, qui peuvent aussi formuler de telles déclarations. Mais une différence majeure demeure : la disposition législative qu'un juge britannique déclare incompatible avec la Convention reste en vigueur jusqu'à ce que le pouvoir législatif décide de la revoir et est notamment applicable à l'affaire en cours¹³⁵⁸. Le Parlement n'est quant à lui jamais juridiquement obligé de procéder à une modification de la législation par l'effet du *Human Rights Act*¹³⁵⁹. En outre, cet *Act* lui-même est susceptible d'être amendé ou abrogé à la majorité simple et n'offre donc pas le gage de stabilité des dispositions constitutionnelles qui, dans la plupart des autres États du monde, sont le socle juridique des droits fondamentaux. En bref, le changement intervenu en 1998 est significatif, mais il n'a pas mené le Royaume-Uni dans une situation identique à celles des États dotés d'une constitution au sens formel.

b) Sources internationales

345. - Généralités – En parcourant l'histoire des droits fondamentaux, nous avons déjà observé que la matière est caractérisée, à partir du milieu du XX^e siècle, par un processus d'internationalisation. Aujourd'hui, le contenu des droits fondamentaux qui sont en vigueur à un endroit donné du monde dépend au moins autant du droit international que du droit national qui est applicable à l'endroit concerné. Il est donc indispensable de parcourir les principales sources pertinentes, sans pour autant prétendre à l'exhaustivité¹³⁶⁰.

346. - La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) – Le premier instrument de droit international relatif aux droits fondamentaux est adopté peu de temps après la fin de la seconde guerre mondiale. Il s'agit de la Déclaration universelle des droits de l'homme, dont le texte a été arrêté à Paris,

¹³⁵⁶ La section 3, § 1er, du *Human Rights Act* se lit comme suit : « so far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights ».

¹³⁵⁷ Section 4, § 2, du *Human Rights Act*.

¹³⁵⁸ Section 4, § 6, du *Human Rights Act*.

¹³⁵⁹ V. BORGANOR, *The new British Constitution*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 59-60.

¹³⁶⁰ Le lecteur qui souhaite étudier en profondeur la dimension internationale des droits fondamentaux trouvera son bonheur, en langue française, avec l'ouvrage suivant : L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, 2^e éd., Paris, Pedone, 2019, 1721 pages.

le 10 décembre 1948, par l'Assemblée générale des Nations Unies. Comme son nom l'indique, ce texte prend la forme d'une déclaration, c'est-à-dire d'un texte qui proclame des droits, avec une valeur déclarative. Il n'a pas la nature d'un traité qui, une fois ratifié par les États, engage juridiquement ces derniers¹³⁶¹. C'est cette situation qui a amené, en 1985, une ambassadrice des États-Unis auprès de l'ONU à qualifier la Déclaration de « lettre au Père Noël »¹³⁶². Il serait cependant inexact de considérer que la Déclaration de 1948 n'a qu'une portée symbolique : non seulement elle sert d'inspiration pour le développement de droits fondamentaux compris dans des normes juridiques nationales et internationales qui ont, quant à elles, une portée obligatoire (voy. not. le cas des deux Pactes évoqués *infra*, n° XXX), mais la majorité des spécialistes considèrent en outre que ses dispositions ont gagné une force juridique qui s'impose désormais à tous les États¹³⁶³.

La Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 contient 30 articles qui affirment de nombreux droits. Certaines de ses dispositions sont particulièrement marquées par le compromis qu'il a fallu rechercher à l'échelle planétaire, alors que commençait la guerre froide. Ainsi, l'article 17, alinéa 1^{er}, tente de concilier, avec une certaine ambiguïté, les conceptions respectivement libérale et communiste de la propriété, sous la formule suivante : « Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété ».

347. - La Convention européenne des droits de l'homme (1950) – La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un traité, conclu sous l'égide du Conseil de l'Europe, et qui constitue l'instrument juridique de référence pour la protection des droits fondamentaux à l'échelle européenne. Si la dimension continentale de son champ d'application est une première différence majeure par rapport à la Déclaration universelle des droits de l'homme, il convient de mettre en évidence au moins deux autres points de distinction. D'une part, la Convention, en tant que traité international, contraint juridiquement les États membres du Conseil de l'Europe, lesquels sont actuellement au nombre de 47. Achevée deux ans après l'adoption de la Déclaration, la Convention européenne des droits de l'homme est ainsi le premier instrument international à rendre contraignant les droits énoncés dans ladite Déclaration. D'autre part, il existe une juridiction internationale – la Cour européenne des droits de l'homme – qui veille au respect de la Convention par ces États et dont les décisions sont obligatoires pour ces derniers. Ces caractéristiques particulières et le fait que la Convention s'applique directement

¹³⁶¹ Voy. *supra*, chapitre 9, n° XXX.

¹³⁶² N. BOURSIER, « Jeane Kirkpatrick, première femme américaine ambassadrice auprès de l'ONU », *Le Monde*, 12 décembre 2006.

¹³⁶³ Les droits contenus dans la Convention seraient ainsi devenus des règles de droit international coutumier ou auraient acquis le statut de principes généraux de droit au sens de l'article 38 (sur ces notions, voy. *supra*, chapitre 9, n° XXX). En ce sens, voy. not. O. DE SCHUTTER, *International Human Rights Law*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2014, p. 18.

en Belgique¹³⁶⁴, où elle joue un rôle considérable en matière de droits fondamentaux, justifie le traitement spécifique et plus détaillé que nous lui réserverons *infra*, dans la section suivante (nos XXX à XXX).

348. - Les deux Pactes internationaux de l'ONU (1966) – Deux décennies après l'adoption de la Déclaration non contraignante de 1948, l'Organisation des Nations Unies produit à son tour, non seulement un, mais deux traités qui consacrent un grand nombre de droits fondamentaux et qui sont ouverts à la signature de tous les États du monde. En effet, le 16 décembre 1966, l'Assemblée générale de l'ONU arrête, d'une part, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, d'autre part, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, auxquels adhéreront progressivement un très grand nombre d'États¹³⁶⁵. Cumulés avec la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, les deux Pactes précités forment un ensemble connu, en langue anglaise, sous le nom de *International Bill of Rights* – ce qu'on pourrait traduire par « déclaration internationale des droits »¹³⁶⁶.

Le premier Pacte – relatif aux droits civils et politiques – énumère des droits fondamentaux relativement classiques, dans la lignée de la Déclaration de 1948 ou de la Convention européenne de 1950¹³⁶⁷. On y trouve par exemple le droit à la vie¹³⁶⁸, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants¹³⁶⁹, l'interdiction du travail forcé¹³⁷⁰, l'interdiction des arrestations et des détentions arbitraires¹³⁷¹, le droit au procès équitable¹³⁷², la protection de la vie privée et familiale¹³⁷³, la liberté de pensée, de conscience et de religion¹³⁷⁴, la liberté d'expression¹³⁷⁵, le droit de réunion¹³⁷⁶ ou encore le droit de

¹³⁶⁴ Ratifiée par la Belgique le 14 juin 1955, la Convention européenne des droits de l'Homme a reçu l'assentiment, par la Chambre des représentants, le 3 mai 1955 (voy. *Moniteur belge* du 19 août 1955). Sur ces notions, voy. supra n° XXX.

¹³⁶⁵ Sur l'adhésion au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, voy. supra, n° XXX.

¹³⁶⁶ À l'occasion du cinquantième anniversaire des Pactes, un intéressant ouvrage de mise en perspective a été publié et peut servir de référence au lecteur qui souhaiterait approfondir l'étude de ce sujet : D. MOECKLI, H. KELLER et C. HERI (eds.), *The human rights covenants at 50 : their past, present and future*, Oxford, Oxford University Press, 2018, 400 pages.

¹³⁶⁷ Le Pacte a fait l'objet de nombreux ouvrages qui proposent notamment des commentaires de la portée de ses dispositions. En langue française, on renvoie notamment vers L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et son mécanisme de protection individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 582 pages ; E. DECAUX, (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Paris, Economica, 2010, 996 pages. En langue anglaise, on peut utilement consulter l'ouvrage de référence suivant : S. JOSEPH et M. CASTAN, *The international covenant on civil and political rights*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2013, 1042 pages.

¹³⁶⁸ Article 6.

¹³⁶⁹ Article 7.

¹³⁷⁰ Article 8.

¹³⁷¹ Article 9.

¹³⁷² Article 14.

¹³⁷³ Article 17.

¹³⁷⁴ Article 18.

¹³⁷⁵ Article 19.

¹³⁷⁶ Article 21.

s'associer librement¹³⁷⁷. Certains droits fondamentaux qui n'étaient pas intégrés dans la Convention européenne des droits de l'homme en 1950 – mais qui y ont été ajoutés par le biais du Protocole n° 4 en 1963¹³⁷⁸ – sont aussi présents dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il s'agit en particulier de certains principes en matière de libre circulation internationale, comme le droit de quitter tout pays, y compris le sien¹³⁷⁹, et le droit d'entrer sur le territoire de l'État dont on est le ressortissant¹³⁸⁰. Les préoccupations qui ont donné lieu à ces consécutions juridiques dans les années 1960 demeurent importantes de nos jours.

Le second Pacte – relatif aux droits économiques, sociaux et culturels – a été signé le même jour que le premier et lie, début de l'année 2020, un nombre presque aussi grand d'États que ce dernier¹³⁸¹. Les États-Unis d'Amérique figurent parmi les rares États du monde à être lié par le premier, mais pas par le second, qu'ils ont signé, mais pas ratifié¹³⁸². Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels se présente comme un instrument complémentaire (au premier Pacte, mais aussi à la Convention européenne), en ce qu'il garantit une toute autre gamme de droits fondamentaux¹³⁸³. Parmi les droits reconnus, avec des nuances qu'on ne peut pas refléter ici, on trouve notamment le droit au travail¹³⁸⁴, le droit à des conditions de travail justes et favorables¹³⁸⁵, le droit de former des syndicats¹³⁸⁶, le droit de grève, « exercé conformément aux lois de chaque pays »¹³⁸⁷, le droit à la sécurité sociale¹³⁸⁸, des droits pour les mères avant et après l'accouchement¹³⁸⁹, le droit de jouir « du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre »¹³⁹⁰, le droit à l'éducation¹³⁹¹ et le droit de participer à la vie culturelle¹³⁹².

¹³⁷⁷ Article 22.

¹³⁷⁸ Le Protocole n° 4 a été arrêté à Strasbourg le 16 septembre 1963.

¹³⁷⁹ Article 12, § 2, du Pacte (mais aussi l'article 2, § 2, du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme).

¹³⁸⁰ Article 12, § 4, du Pacte (mais aussi l'article 3, § 2, du Protocole n° 4 à la Convention européenne des droits de l'homme).

¹³⁸¹ Alors que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques lie 173 États, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels en lie 170 (voy. la *Collection des Traités* des Nations Unies, consultée en ligne le 18 décembre 2019).

¹³⁸² Voy. la *Collection des Traités* des Nations Unies, consultée en ligne le 18 décembre 2019. On gardera à l'esprit la distinction entre la signature d'un traité et sa ratification (voy. *supra* n° XXX).

¹³⁸³ Pour un commentaire de ce Pacte, voy. par exemple E. DECAUX et O. DE SCHUTTER (dirs.), *Le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : commentaire article par article*, Paris, Economica, 2019, 736 pages.

¹³⁸⁴ Article 6.

¹³⁸⁵ Article 7.

¹³⁸⁶ Article 8, § 1^{er}, a.

¹³⁸⁷ Article 8, § 1^{er}, d.

¹³⁸⁸ Article 9.

¹³⁸⁹ Article 10.

¹³⁹⁰ Article 12.

¹³⁹¹ Article 13.

¹³⁹² Article 15, § 1^{er}, a.

À chacun de ces deux Pactes est associé un organe international de surveillance. D'une part, le Comité des droits de l'homme est chargé de surveiller la mise en œuvre, par les États membres, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. À cette fin, les États doivent lui remettre régulièrement des rapports sur « les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits »¹³⁹³ ; en retour, le Comité examine ces rapports et fait part aux États de ses observations¹³⁹⁴. Il existe un Protocole facultatif, qui lie une centaine d'États, et reconnaît en outre au Comité la compétence de « recevoir et [d']examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation » par un État partie au Protocole¹³⁹⁵. Lorsque le Comité est amené à examiner la demande d'un particulier, il ne rend pas un arrêt comme une juridiction, mais « fait part de ses constatations à l'Etat partie intéressé et au particulier »¹³⁹⁶. D'autre part, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels de l'ONU joue un rôle similaire en ce qui concerne le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹³⁹⁷.

349. - La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000/2007) – Nous avons vu ci-dessus que la Convention européenne des droits de l'homme n'avait pas été conclue dans le cadre de l'Union européenne, mais bien dans celui – bien distinct – du Conseil de l'Europe. Un demi-siècle après l'adoption de ladite Convention, l'Union européenne se dotait toutefois à son tour de son propre texte de référence dans le domaine des droits de l'homme. La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a ainsi été proclamée le 7 décembre 2000 à l'occasion du Conseil européen de Nice. Quelques années plus tard, le Traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007, a donné à cette Charte la même valeur juridique que les traités constitutifs de l'Union européenne¹³⁹⁸. Cela signifie que les droits fondamentaux consacrés par la Charte occupent le sommet de la hiérarchie des normes de l'ordre juridique de l'Union et s'imposent

¹³⁹³ Article 40, § 1^{er}.

¹³⁹⁴ Article 40, § 4.

¹³⁹⁵ Article 1^{er} du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté le 16 décembre 1966.

¹³⁹⁶ Article 5, § 4, du Protocole facultatif précité.

¹³⁹⁷ Les articles 16 et s. du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels confie des prérogatives de contrôle au Conseil économique et social, qui est un des six organes permanents de l'ONU. En vertu d'une résolution adoptée par ce Conseil le 28 mai 1985 (Résolution n° 85/17), c'est le Comité des droits économiques, sociaux et culturels qui exerce ces missions. Parallèlement à ce qui est prévu dans le cadre du premier Pacte, un Protocole facultatif du 10 décembre 2008 prévoit une procédure de communication individuelle pour la mise en œuvre des droits prévus par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; il revient alors au Comité de traiter des demandes qui proviennent de particuliers estimant que des droits consacrés par le Pacte ont été violés. Le Protocole facultatif ne lie cependant qu'un nombre restreint d'États.

¹³⁹⁸ Article 6 du Traité sur l'Union européenne. Sur la notion de traités constitutifs de l'Union européenne, voy. *supra*, chapitre 9, n° XXXX.

de la sorte à toutes les institutions européennes. Le texte s'applique aussi aux États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union¹³⁹⁹. La Charte peut notamment être invoquée devant la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'il est prétendu qu'un droit fondamental n'est pas respecté par une autorité à laquelle il s'impose.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne est relativement longue : elle contient 54 articles précédé d'un bref préambule qui se réfère notamment aux valeurs communes des peuples de l'Europe, aux principes de la démocratie et de l'État de droit, mais aussi à la diversité des cultures et des traditions au sein de l'Union. Les droits énumérés par la Charte sont répartis en six chapitres thématiques qui concernent respectivement la dignité, les libertés, l'égalité, la solidarité, la citoyenneté et la justice¹⁴⁰⁰. Plus récente que tous les textes internationaux évoqués dans les pages qui précèdent, la Charte consacre certains droits qui correspondent à des préoccupations relativement nouvelles, comme des garanties en matières bioéthique¹⁴⁰¹ ou la protection des données à caractère personnel¹⁴⁰².

350. - Traités relatifs à des catégories ou problématiques spécifiques – Les instruments que nous avons sommairement décrits ont une portée générale, dans la mesure où ils concernent des situations diverses qui intéressent tout être humain. Il existe cependant bien d'autres traités internationaux qui sont tout aussi pertinents pour la matière des droits fondamentaux, mais qui tendent à concerner des problématiques plus précises ou qui ont vocation à s'appliquer à des catégories délimitées de personnes. Sans prétention à l'exhaustivité et en suivant l'ordre chronologique de leur adoption, on peut citer la Convention du 7 novembre 1962 sur le consentement au mariage, l'âge minimum du mariage et l'enregistrement des mariages, la Convention internationale du 21 décembre 1965 sur l'élimination de toute forme de discrimination raciale, la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention du 20 novembre 1989 relative aux droits de l'enfant, la Convention internationale du 20 décembre 2006 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et la Convention du 13 décembre 2006 relative aux droits des personnes handicapées. La plupart de ces traités lient chacun plus de 180 États¹⁴⁰³. À cette tendance à une adhésion forte des États de tous les continents, il existe de nettes exceptions ; ainsi, les Conventions précitées relatives au mariage et à la protection des droits des travailleurs migrants ne liaient chacune, début 2020, qu'une cinquantaine d'États seulement¹⁴⁰⁴.

351. - Traités applicables en dehors du continent européen – Les développements qui précèdent ont fait l'inventaire des principaux traités relatifs aux droits fondamentaux qui ont vocation à avoir une portée mondiale, intercontinentale. La seule exception à cette règle est la mention de la Convention européenne des droits de l'homme (*supra*, n° XXX) et de la Charte des

¹³⁹⁹ Voy. l'article 51 de la Charte.

¹⁴⁰⁰ Pour un commentaire détaillé des dispositions de la Charte, voy. par exemple F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dirs.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018, 1280 pages.

¹⁴⁰¹ Voy. l'article 3, § 2, de la Charte.

¹⁴⁰² Voy. l'article 8 de la Charte. Cette protection est conçue comme un droit supplémentaire, en plus de la protection – plus classique – de la vie privée et familiale, visée à l'article 7 de la Convention.

¹⁴⁰³ Voy. la *Collection des Traités* des Nations Unies, consultée en ligne le 18 décembre 2019.

¹⁴⁰⁴ Pour une description précise de ces traités, on peut utilement consulter M. HERTIG RANDALL et M. HOTTELLIER, *Introduction aux droits de l'homme*, Genève, Schulthess, 2014, p. 267 et s.

droits fondamentaux de l'Union européenne (*supra*, n° XXX) qui, comme leur dénomination l'indique à suffisance, ont un champ d'application géographique limité au continent européen ou à une partie de celui-ci. Pour terminer cette présentation générale des sources internationales, il convient cependant d'ajouter qu'il existe aussi, en dehors de l'Europe, des traités relatifs aux droits fondamentaux qui ont une portée continentale. Nous évoquons dès lors ici les deux principaux¹⁴⁰⁵.

Le premier concerne le continent américain. Il s'agit de la Convention américaine relative aux droits de l'homme qui a été arrêtée à San Jose, au Costa Rica, le 22 novembre 1969, dans le cadre de l'Organisation des États américains¹⁴⁰⁶. Elle est applicable dans une vaste majorité des États d'Amérique du sud et centrale¹⁴⁰⁷, mais elle n'a pas été ratifiée par les États-Unis d'Amérique et le Canada, ce qui relativise significativement le caractère véritablement continental de son champ d'application. Deux organes sont chargés de veiller au respect de la Convention américaine. D'une part, la Commission interaméricaine des droits de l'homme est à la fois un organe consultatif pour les questions relatives aux droits fondamentaux dans le cadre de l'Organisation des États américains et une instance qui traite des litiges que peuvent lui soumettre des particuliers. À ce titre, la Commission est habilitée à formuler des recommandations aux États. La Commission peut, à son tour, saisir la Cour interaméricaine des droits de l'homme – à laquelle les particuliers ne peuvent pas directement introduire de recours. Cette saisine n'est cependant envisageable qu'à l'encontre des États qui ont non seulement ratifié la Convention elle-même, mais aussi reconnu la compétence de la Cour, soit en général, soit pour une affaire déterminée. La Commission ne saisit la Cour que si l'État concerné ne s'est pas suffisamment conformé à ses recommandations¹⁴⁰⁸.

En ce qui concerne l'Afrique, l'instrument de référence est la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, qui a été adoptée à Nairobi le 27 juin 1981, sous l'égide de l'Organisation de l'Unité Africaine¹⁴⁰⁹. Le texte – qui se réfère aux traditions historiques et aux valeurs de civilisation africaine¹⁴¹⁰ – lie presque tous les États du continent, à l'exception notable du Royaume du Maroc¹⁴¹¹. L'une des particularités de cette Charte réside dans le fait qu'elle consacre non seulement des droits fondamentaux individuels, mais aussi, d'une part, le droit des peuples africains à disposer d'eux-mêmes et, d'autre part, des devoirs que les individus doivent à l'État et à la famille. La deuxième partie de la Charte met en place la Commission Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples. Celle-ci siège à Banjul, en Gambie, et dispose de prérogatives pour

¹⁴⁰⁵ Outre les deux traités évoqués ci-après, il existe aussi une Charte arabe des droits de l'homme, qui a été adoptée dans le cadre de la Ligue des États Arabes. Elle ne trouve toutefois actuellement à s'appliquer que dans un nombre restreint d'États, ce pourquoi nous ne lui accordons pas la même attention. Sur cette Charte, voy. not. Y. ELASSAR, « La Charte arabe des droits de l'homme », in : M. HERTIG RANDALL et M. HOTTELIER, *Introduction aux droits de l'homme*, Genève, Schulthess, 2014, pp. 581-587.

¹⁴⁰⁶ Ce traité a été précédé par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée le 2 mai 1948 à Bogota. Cette déclaration est d'ailleurs antérieure de quelques mois à la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui a été arrêtée en décembre de la même année. Cette Déclaration est toujours en vigueur et lie notamment des États qui n'ont pas ratifié la Convention.

¹⁴⁰⁷ Cependant, certains États comme Antigua-et-Barbuda, les Bahamas, le Belize, Cuba, la Guyane, Saint-Kitts et Nevis, Sainte-Lucie, Saint-Vincent-et-les-Grenadines et Trinité-et-Tobago ne sont pas liés.

¹⁴⁰⁸ Sur le système américain de protection des droits de l'homme, on peut notamment consulter les ouvrages suivants : L. BURGORGUE-LARSEN et A. ÚBEDA DE TORRES, *The Inter-American Court of Human Rights. Case law and commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 952 pages ; C. MEDINA, *The American Convention on Human Rights. Crucial Rights and their theory and practice*, 2^e éd., Mortsels, Intersentia, 2016, 400 pages ; T. M. ANTKOWIAK et A. GONZA, *The American Convention on Human Rights. Essential Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2017, 425 pages.

¹⁴⁰⁹ Cette organisation internationale a été remplacée en 2002 par l'Union africaine.

¹⁴¹⁰ Voy. le 5^e paragraphe du Préambule de la Charte.

¹⁴¹¹ Le Maroc s'est retiré en 1985 à la suite de l'adhésion de l'État contesté du Sahara occidental.

examiner des requêtes qui lui sont adressées par des États ou par des particuliers. Il existe aussi une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples, créée par un Protocole du 10 juin 1998. Seul un nombre limité d'États ont cependant accepté la compétence de la Cour sur saisine directe des particuliers. La première décision sur la fond prise par cette juridiction internationale date de 2013¹⁴¹².

3) Précisions relatives à la Convention européenne des droits de l'homme

352. - La Convention, créature du Conseil de l'Europe – Comme nous l'avons indiqué précédemment (*supra*, n° XXX), il nous paraît nécessaire de proposer des développements supplémentaires au sujet d'un instrument juridique primordial pour le continent européen, à savoir la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, souvent dénommée, plus brièvement, Convention européenne des droits de l'homme. Ce traité, qui a été arrêté à Rome, le 4 novembre 1950, « fournit aujourd'hui le modèle le plus perfectionné de garantie effective des droits de l'homme proclamés sur le plan international »¹⁴¹³.

La Convention a été adoptée à une époque – directement après la seconde guerre mondiale – où le continent européen était en reconstruction, non seulement au point de matériel et économique, mais aussi en ce qui concerne les dimensions politiques et juridiques. Nous avons rappelé, au chapitre précédent, que les premières étapes de la construction européenne, qui ont conduit à la conclusion des traités de Rome en 1957, ont été posées dès la fin des années 1940 et ont connu un point d'orgue en mai 1950 avec la déclaration historique de Robert Schuman. En parallèle, se développe une « autre Europe », dont l'acte de naissance est le traité de Londres du 5 mai 1949 et qui prend le nom de Conseil de l'Europe¹⁴¹⁴. Avec douze États membres¹⁴¹⁵, le Conseil de l'Europe est l'organisation qui donne naissance, le 4 novembre 1950, à la Convention européenne des droits de

¹⁴¹² Voy. A. D. OLINGA, « La première décision au fond de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples », *Revue des droits de l'homme*, 2014, vol. 6, mis en ligne le 16 novembre 2014 (<http://journals.openedition.org/revdh/953>).

¹⁴¹³ F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 10^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2015, p. 3. L'ouvrage précité constitue une belle introduction, d'un volume limité, à l'étude de cette Convention.

¹⁴¹⁴ Nous invitons le lecteur à la prudence, tant les appellations sont proches et trompeuses : le *Conseil de l'Europe* est une organisation internationale à part entière. Il ne faut pas la confondre avec deux institutions qui relèvent, elles, de l'Union européenne, à savoir le *Conseil de l'Union européenne* (qui est l'un des organes législatifs, voy. *supra* n° XXX) et le Conseil européen (qui regroupe les chefs d'État et de gouvernement des États membres de l'Union et qui fixe les orientations générales, voy. *supra* n° XXX).

¹⁴¹⁵ Le Conseil de l'Europe compte dix États fondateurs, qui sont la Belgique, le Danemark, la France, l'Irlande, l'Italie, le Luxembourg, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni et la Suède. Dès 1950, avant même l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme, ces États sont rejoints par l'Allemagne et l'Islande. On constate donc que les six États fondateurs de l'Union européenne font aussi partie de cette « autre Europe » qui a toutefois un espace géographique plus ambitieux dès l'origine.

l'homme. Aujourd'hui, le Conseil de l'Europe compte 47 États membres, dont les territoires couvrent la quasi intégralité du continent européen largement entendu. En sont membres les 27 États de l'Union européenne, mais aussi l'Islande, la Suisse, le Royaume-Uni, les micro-États européens (sauf le Vatican), les États balkaniques, l'Ukraine, la Moldavie, la Russie, la Turquie, la Géorgie, l'Arménie et l'Azerbaïdjan. Outre l'exception vaticane, déjà mentionnée, la Biélorussie (ou Belarus) et le Kosovo sont les seuls États européens qui ne sont pas membres du Conseil de l'Europe ; le second n'ayant pas été reconnu par tous les membres dudit Conseil.

Le Conseil de l'Europe a produit bien d'autres traités¹⁴¹⁶ et plusieurs organes consultatifs – comme la *Commission de Venise*¹⁴¹⁷ – relèvent de lui. Au sujet des droits fondamentaux, on peut notamment mentionner la Charte sociale européenne, adoptée le 18 octobre 1961 à Turin.

353. - Aperçu des droits consacrés par la Convention – La Convention européenne des droits de l'homme est divisée en deux parties principales. Le Titre I^{er} énumère les droits et libertés qui, en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, bénéficient à toute personne qui relève de la juridiction des États membres. Nous proposons de passer en revue la liste de ces droits¹⁴¹⁸.

Le premier des droits garanti par la Convention est le droit à la vie¹⁴¹⁹. Il est interdit aux États d'infliger la mort intentionnellement, sauf dans des conditions très strictes, comme lorsque c'est absolument nécessaire pour réprimer une émeute ou une insurrection¹⁴²⁰. La Convention interdit ensuite la torture ainsi que les peines et traitements inhumains ou dégradants¹⁴²¹. Il s'agit là d'une des seules règles dont la portée est absolue : en aucun cas, les autorités d'un État ne peuvent poser des mauvais traitements ; aucun motif ne peut justifier, en droit, le recours aux actes proscrits par l'article 3 de la Convention, même la lutte contre le terrorisme¹⁴²² ou la volonté de sauver la vie de la victime potentielle d'un individu malintentionné¹⁴²³. Le texte européen porte une autre interdiction fondamentale : celle de tenir quelqu'un en esclavage ou de l'astreindre à

¹⁴¹⁶ Voy. not. J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 20.

¹⁴¹⁷ Voy. *supra* n^o XXX.

¹⁴¹⁸ Il existe divers ouvrages qui proposent des commentaires détaillés de la Convention européenne des droits de l'homme. Nous recommandons, par exemple, celui de J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Bruylant, Bruxelles, 2014 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2019, 600 pages. En langue anglaise, on peut notamment se référer à W. A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, 1140 pages ; JACOBS, WHITE et OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 7^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2017, 768 pages.

¹⁴¹⁹ Article 2 de la Convention E.D.H.

¹⁴²⁰ Article 2, § 2, c), de la Convention E.D.H.

¹⁴²¹ Article 3 de la Convention E.D.H.

¹⁴²² Voy., par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 79.

¹⁴²³ Voy., par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Gäfgen c. Allemagne*, 1^{er} juin 2010, § 107.

accomplir un travail forcé ou obligatoire¹⁴²⁴. Cette disposition peut notamment être invoquée dans des situations de traites des êtres humains : la Cour a ainsi identifié une violation de l'article 4 lorsque des personnes précarisées – par exemple des ouvriers migrants sans permis – sont exploitées par les agriculteurs qui les emploient et que l'État ne réagit pas adéquatement pour les protéger¹⁴²⁵. La Convention européenne des droits de l'homme interdit en outre les arrestations arbitraires et énumère les cas et les conditions dans lesquelles une personne peut être privée de liberté¹⁴²⁶. L'article 6 de la Convention, qui est une des dispositions auxquelles les justiciables se réfèrent le plus souvent¹⁴²⁷, garantit le droit à un procès équitable dans les domaines civil et pénal. Dans le contexte pénal, il est en outre prévu que « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international »¹⁴²⁸. Cette règle exprime le principe « pas de peine sans loi ».

Les articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme énumèrent d'autres droits fondamentaux : le droit à une protection de la vie privée et familiale¹⁴²⁹, la liberté de pensée, de conscience et de religion¹⁴³⁰, la liberté d'expression¹⁴³¹, la liberté de réunion¹⁴³² et la liberté d'association¹⁴³³. Ces articles méritent un examen commun dans la mesure où ils présentent une structure similaire : chacun d'eux est divisé en deux paragraphes qui énoncent respectivement le droit protégé (§ 1^{er}) et la possibilité pour les États de prendre des mesures qui constituent des restrictions raisonnables à ce droit (§ 2). Ainsi, l'article 9 se lit comme suit :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

La lecture du paragraphe 2 fait apparaître que des restrictions – c'est-à-dire des mesures qui affectent la liberté de pensée, de conscience et de religion – peuvent être considérées comme compatibles avec la Convention si (1) elles reposent sur

¹⁴²⁴ Article 4 de la Convention E.D.H.

¹⁴²⁵ Voy., par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Chowdury c. Grèce*, 30 juin 2017.

¹⁴²⁶ Article 5 de la Convention E.D.H.

¹⁴²⁷ Plus de 40 % des violations de la Convention constatées par la Cour européenne des droits de l'homme concerne l'article 6. Voy. Cour eur. dr. h., *Aperçu 1958-2018*, p. 5 (document disponible sur le site Internet de la Cour).

¹⁴²⁸ Article 7 de la Convention E.D.H.

¹⁴²⁹ Article 8 de la Convention E.D.H.

¹⁴³⁰ Article 9 de la Convention E.D.H.

¹⁴³¹ Article 10 de la Convention E.D.H.

¹⁴³² Article 11 de la Convention E.D.H.

¹⁴³³ Article 11 de la Convention E.D.H.

une base légale (principe de légalité), (2) si elles visent un des objectifs légitimes énoncés, comme la protection de l'ordre (principe de légitimité) et (3) si elles sont nécessaires pour atteindre l'objectif visé, ce qui suppose en particulier qu'elles aient un caractère mesuré, proportionné, par rapport à l'objectif assigné (principe de proportionnalité). Les trois conditions cumulatives qui viennent d'être présentées constituent des éléments *majeurs* dans le raisonnement qui est mis en œuvre lorsqu'on cherche à apprécier si une situation concrète est compatible avec un droit fondamental.

La fin du Titre I^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme consacre quelques autres droits que nous mentionnons ici. L'article 12 prévoit que l'homme et la femme ont, à partir de l'âge nubile, « le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit ». Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce texte ne permet pas d'exiger auprès des autorités d'un État qu'elles accordent le droit de se marier à des personnes de même sexe¹⁴³⁴. Le texte de la Convention garantit en outre à toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la Convention ont été violés, le droit à un recours effectif devant une instance nationale¹⁴³⁵. Il consacre aussi un principe d'interdiction de la discrimination qui est formulé comme suit :

« la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation »¹⁴³⁶.

Il est utile d'indiquer, enfin, que la Convention a été complétée par un certain nombre de « protocoles », qui sont des traités conclus après 1950 par le biais desquels certaines règles ont été modifiées et certains droits ajoutés. Dès lors, aux droits fondamentaux que nous avons passés en revue dans les lignes qui précèdent, s'ajoutent les droits consacrés par les protocoles n° 1 (du 20 mars

¹⁴³⁴ Voy. not. Cour E.D.H., arrêt *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010 et Cour E.D.H., *Orlandi et autres c. Italie*, 14 décembre 2017.

¹⁴³⁵ Article 13 de la Convention E.D.H.

¹⁴³⁶ Article 14 de la Convention E.D.H.

1952)¹⁴³⁷, n° 4 (du 16 septembre 1963)¹⁴³⁸, n° 6 (du 28 avril 1983)¹⁴³⁹, n° 7 (du 22 novembre 1984)¹⁴⁴⁰, n° 12 (du 4 novembre 2000)¹⁴⁴¹ et n° 13 (du 3 mai 2002)¹⁴⁴².

354. - La Cour européenne des droits de l'homme – Le titre II de la Convention européenne institue et organise une juridiction internationale, gardienne du respect des droits fondamentaux que nous venons d'examiner, à savoir la Cour européenne des droits de l'homme. Cette dernière siège à Strasbourg, dans un bâtiment qui porte le nom évocateur de « Palais des droits de l'homme ». Elle est composée de 47 juges, soit un par Etat membre de la Convention, qui sont élus à cette fonction par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur proposition des États¹⁴⁴³. Les 47 juges ne siègent pas tous dans chaque affaire traitée par la Cour ; selon les cas, une requête est confiée à un juge unique, à un comité composé de trois juges, à une chambre qui compte sept juges ou à la Grande chambre composée de dix-sept juges¹⁴⁴⁴.

La Convention attribue à la Cour des compétences diverses, dont la prérogative de trancher de affaires – rares en pratique – entre États membres (requêtes interétatiques)¹⁴⁴⁵. La fonction la plus importante de la Cour consiste à examiner les requêtes individuelles, c'est-à-dire les recours introduits par des particuliers qui estiment qu'un État a violé un droit consacré par la Convention¹⁴⁴⁶. Après avoir examiné s'il est satisfait aux conditions de recevabilité, qui sont relativement strictes et servent de filtre à l'entrée, la Cour examine le fond de l'affaire qui lui est soumise et établit – sur la base des éléments fournis par le requérant et par le gouvernement de l'État défendeur – si une ou plusieurs dispositions de la Convention ont été violées par ledit État.

¹⁴³⁷ Le 1^{er} Protocole consacre la protection de la propriété, le droit à l'instruction ainsi que le droit à des élections libres.

¹⁴³⁸ Le 4^e Protocole concerne l'interdiction de l'emprisonnement pour dette, la liberté de circulation et l'interdiction de l'expulsion collective des étrangers.

¹⁴³⁹ Le 6^e Protocole restreint l'application de la peine de mort aux situations de guerre ou d'urgence nationale.

¹⁴⁴⁰ Le 7^e Protocole interdit l'expulsion d'« étrangers en résidence régulière » sauf en cas de décisions prises dans le cadre de la loi, et leur garantit le droit de connaître les motifs de leur expulsion et d'obtenir un réexamen de la décision. Ce protocole accorde en outre le droit d'appel dans toutes les affaires pénales, des compensations en cas de condamnation injustifiée et interdit la double incrimination. Enfin, l'article 5 du protocole traite de l'égalité entre époux.

¹⁴⁴¹ Le 12^e Protocole interdit toute discrimination à tous droits légaux, même si ceux-ci ne sont pas protégés par la Convention, pourvu qu'ils le soient dans l'ordre juridique étatique.

¹⁴⁴² Le 13^e Protocole prévoit l'abolition totale de la peine de mort, en temps de paix comme en temps de guerre.

¹⁴⁴³ Article 22 de la Convention E.D.H.

¹⁴⁴⁴ Articles 26 et s. de la Convention E.D.H.

¹⁴⁴⁵ Article 33 de la Convention E.D.H.

¹⁴⁴⁶ Article 34 de la Convention E.D.H. En principe, avant de saisir la Cour, le requérant doit avoir préalablement « épuisé » les voies de recours internes (article 35 de la Convention E.D.H.). Ce critère de recevabilité signifie que l'État en cause doit avoir eu la possibilité de réparer le grief invoqué. Notons, à titre d'information, que, en l'absence d'une ratification du 16^e protocole additionnel, il n'est pas actuellement possible, pour les plus hautes juridictions belges, de poser des questions préjudicielles à la Cour européenne des droits de l'Homme.

355. - Les effets de la jurisprudence de la Cour – Depuis sa création, la Cour européenne des droits de l’homme a prononcé plus de 21.600 arrêts¹⁴⁴⁷. Sur la période récente, la Cour a rendu chaque année environ un millier d’arrêts¹⁴⁴⁸. Le nombre d’affaires qui sont introduites devant la Cour par des requêtes individuelles – dont seule une infime part donne lieu à des arrêts sur le fond – est encore plus impressionnant. En 2018, plus de 800.000 requêtes avaient en effet déjà été traitées par la Cour. On peut donc déjà considérer que, sur le plan quantitatif, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme représente une masse considérable de décisions. Ces dernières concernent les 47 États membres du Conseil de l’Europe – avec une intensité variable¹⁴⁴⁹ – et précisent la portée des droits fondamentaux en les appliquant à des litiges concrets. L’étude de cette jurisprudence est nécessaire pour comprendre avec précision ce qu’implique concrètement les droits et libertés protégés par la Convention européenne.

Les dispositions de la Convention, comme celles des autres instruments relatifs aux droits fondamentaux, sont généralement courtes et elles contiennent des termes généraux qu’il revient aux juges d’interpréter, lorsque des cas concrets sont soumis à leur analyse. Face à un ensemble de norme qu’on a pu qualifier de « royaume de l’incertitude »¹⁴⁵⁰, le travail d’interprétation des juges est crucial¹⁴⁵¹. Dans cette perspective, la Cour européenne des droits de l’homme répète sa volonté de faire en sorte que la Convention protège « des droits concrets et effectifs, et non théoriques et illusoire »¹⁴⁵². La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme contribue aussi à faire de la Convention un « instrument vivant »¹⁴⁵³, qui n’est pas figé dans le temps ; en effet, la Cour tient compte « de la dynamique politique, sociale, juridique et culturelle dans laquelle elle est insérée »¹⁴⁵⁴. Ces éléments – avec d’autres – donnent un caractère singulier à la jurisprudence des juges de Strasbourg. Néanmoins, les États membres du Conseil de l’Europe conservent eux-mêmes une marge

¹⁴⁴⁷ Voy. Cour E.D.H., *Aperçu 1958-2018*, p. 3 (document disponible sur le site Internet de la Cour).

¹⁴⁴⁸ Voy. Cour E.D.H., *Aperçu 1958-2018*, p. 4 (document disponible sur le site Internet de la Cour).

¹⁴⁴⁹ 40 % des arrêts concernent seulement trois États, qui sont donc les plus gros « clients » de la Cour : la Turquie, la Fédération de Russie et l’Italie (voy. Cour E.D.H., *Aperçu 1958-2018*, p. 3 (document disponible sur le site Internet de la Cour).

¹⁴⁵⁰ L. GONIN, *Les droits de l’homme en pratique. Analyse comparative du droit à la vie, de la liberté religieuse et de la liberté d’expression, et conséquences théoriques*, Bâle, Helbing Lichtenhahn, 2013, pp. 329-331.

¹⁴⁵¹ Voy. aussi *supra*, n° XXX.

¹⁴⁵² Voy., parmi de nombreux arrêts pertinents, Cour eur. dr. h., *Affaire Centre de Ressources Juridiques au nom de Valentin Câmpeanu*, 17 juillet 2014, § 105.

¹⁴⁵³ Voy., parmi de nombreux arrêts pertinents, Cour eur. dr. h., *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, Grande chambre, 24 janvier 2017, § 73.

¹⁴⁵⁴ J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l’homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2019, p. 18.

d'appréciation – dont l'amplitude varie en fonction des matières – lorsqu'ils mettent en œuvre la Convention.

Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme s'imposent aux États membres du Conseil de l'Europe. L'article 46 de la Convention prévoit explicitement que les États « s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties »¹⁴⁵⁵. Malgré l'existence indubitable d'une obligation juridique, on ne peut pas constater que toutes les décisions soient parfaitement respectées et il arrive que des États se montrent récalcitrants face à une décision de la Cour¹⁴⁵⁶. On observe malgré tout que, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour, les États européens ont considérablement fait évoluer leurs règles juridiques et leurs pratiques, dans presque tous les domaines imaginables, pour s'adapter aux exigences qui découlent des droits fondamentaux¹⁴⁵⁷.

B.- CONSIDERATIONS PARTICULIERES

356. - Avertissement et plan de l'exposé – Nous suivons ici, comme dans les chapitres précédents, une structure composée de deux parties, dont la seconde est consacrée aux « considérations particulières » relatives au Royaume de Belgique. Les deux parties ne sont jamais conçues comme des blocs étanches, mais constituent des approches qui se veulent complémentaires. C'est tout particulièrement le cas dans le présent chapitre, notamment parce que les traités internationaux relatifs aux droits fondamentaux, évoqués dans la première partie, ont des effets directs dans l'ordre juridique belge. Lorsque des situations concrètes qui surviennent en Belgique posent question au regard des droits de l'homme, c'est notamment à l'aune du droit international qu'il convient de les régler. Les juridictions belges ont d'ailleurs le pouvoir et le devoir – dans la mesure de leurs compétences – de vérifier la conformité à ces traités des décisions prises par les autorités belges. Il y a donc lieu de considérer qu'une part significative des propos de la partie A du présent chapitre s'appliquent à la Belgique comme à d'autres États. Il convient néanmoins de poursuivre avec des

¹⁴⁵⁵ Sur le contrôle de la mise en œuvre des arrêts de la Cour, voy. not. JACOBS, WHITE et OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 55 et s.

¹⁴⁵⁶ Ainsi, la Cour a jugé que la règle britannique prévoyant que toute personne condamnée à une peine d'emprisonnement est automatiquement privée de son droit de vote est incompatible avec l'article 3 du Protocole additionnel à la Convention (qui garantit le droit à des élections libres). Malgré un arrêt limpide prononcé il y a près de 15 ans (Cour E.D.H., *Hirst c. Royaume-Uni (2)*, 6 octobre 2005), le Royaume-Uni n'a pas modifié son dispositif légal sur ce point.

¹⁴⁵⁷ Pour se faire une bonne idée des orientations de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, on consultera avantagusement F. SUDRE (dir.), *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'homme*, 9^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2019, 976 pages.

considérations qui sont véritablement particulières à la Belgique, dans le sens où elles ne concernent qu'elle. Les droits fondamentaux qui sont garantis à ceux qui résident sur le territoire national sont en effet aussi inscrits dans la Constitution, et spécialement dans son titre II, lequel sera à présent notre point d'attention.

Après quelques mots sur le contexte dans lequel le titre II de la Constitution belge a été adopté en 1830-31 (n° XXX), nous formulerons quelques commentaires généraux sur cette partie de la Constitution (nos XXX et XXX), puis nous passerons sommairement en revue les droits fondamentaux qui y sont consacrés (n° XXX). Nous nous attarderons ensuite sur le principe d'égalité et son évolution en droit constitutionnel belge (n° XXX). Ceci nous amènera à montrer comment les juridictions compétentes vérifient si un droit fondamental est respecté lorsqu'un litige concret se présente, exercice que nous tenterons de généraliser (n° XXX).

357. - Le Titre II de la Constitution : des influences multiples pour forger un compromis – Le Titre II de la Constitution était, dans sa version originale, composé des articles 4 à 24 (aujourd'hui, articles 8 à 32). Le Congrès national, auteur de la Constitution, a été inspiré par de multiples sources lorsqu'il a entrepris la discussion de ce Titre II. L'historien Vincent Dujardin montre que les principaux textes que les rédacteurs avaient sous les yeux étaient la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, la constitution française de 1791, la Loi fondamentale des Pays-Bas de 1815 et la Charte française de la monarchie de Juillet 1830, alors toute récente et en vigueur¹⁴⁵⁸. Le droit anglais a également pu exercer une certaine influence¹⁴⁵⁹. Le texte final, arrêté avec le reste de la Constitution le 7 février 1831, contient « des accents libéraux forts et novateurs pour l'époque »¹⁴⁶⁰ et contient aussi des dispositions originales, notamment en ce qui concerne la liberté négative de religion (celle de ne pas adhérer à un culte), de liberté d'enseignement ou de secret des lettres¹⁴⁶¹. On peut ainsi considérer que ce texte était alors « à la pointe du progrès »¹⁴⁶². Si un régime de libertés – cher aux libéraux du gouvernement provisoire et du Congrès national – est bien mis en place par le constituant, les catholiques belges – qui forment l'autre courant politique majeur à l'époque de la Belgique naissante – obtiennent aussi des garanties fortes à travers le Titre II, qui est « favorable à l'Église »¹⁴⁶³, et interdit notamment à l'État toute intervention dans la nomination des ministres des cultes. Les droits fondamentaux tels qu'ils ont été arrêtés en 1831 sont donc le résultat de diverses influences et le fruit d'un compromis politique. Jean Baptiste Nothomb, qui était secrétaire de la commission chargée de préparer la Constitution et qui est devenu ultérieurement chef du gouvernement, a porté le jugement suivant à propos de l'œuvre du constituant : « la Constitution n'a été ni une théorie philosophique, ni le manifeste d'un parti triomphant. C'est pour cela qu'elle a duré »¹⁴⁶⁴.

¹⁴⁵⁸ V. DUJARDIN, « Les droits constitutionnels originaires », in : M. VERDUSSEN et N. BOMBLED (dirs.), *Les droits constitutionnels de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 37-75, ici p. 74. Voy. aussi, J. GILISSEN, « La Constitution belge de 1831 : ses sources, son influence », *Res Publica*, 1968, numéro spécial, pp. 107-141, ici p. 114 et B. DESEURE, R. GEENENS, C. MAES et S. SOTTIAUX, « The Belgian Constitution : Modern Constitutionalism Greatest Triumph ? », *Journal of Constitutional History/Giornale di Storia Costituzionale*, 2018, pp. 17-32.

¹⁴⁵⁹ Voy. not. J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar*, Bruges, Die Keure, 2019, T. I, p. 14.

¹⁴⁶⁰ *Idem*, p. 72.

¹⁴⁶¹ *Idem*, p. 73.

¹⁴⁶² C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, La Chartre, 2019, p. 634.

¹⁴⁶³ *Idem*, p. 73.

¹⁴⁶⁴ Le propos est repris par O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Liège, Dessain, 1908, T. I, p. 119.

358. - « Des Belges et de leurs droits » – La nom porté par le Titre II de la Constitution – *Des Belges et de leurs droits* – laisse penser que les droits fondamentaux garantis par le texte suprême bénéficient seulement à ceux qui ont la nationalité belge. Plusieurs dispositions de cette partie de la Constitution semble confirmer cette idée par l’emploi du mot « Belge(s) » ; ainsi, selon l’article 26, « les Belges ont le droit de s’assembler paisiblement et sans armes (...) ». Il convient cependant de tenir compte de l’article 191 de la Constitution, lequel prévoit que « tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». Le principe qui découle de cette disposition est que les étrangers bénéficient *a priori* des droits fondamentaux au même titre que les ressortissants nationaux. En outre, dans son interprétation contemporaine, l’article 191 n’admet des exceptions à ce principe – c’est-à-dire des différences de traitements entre étrangers – que si elles reposent sur une loi et sont justifiées par des « considérations très fortes »¹⁴⁶⁵.

359. - Philosophie générale du Titre II de la Constitution – Le Titre II de la Constitution belge est dès l’origine caractérisé par une série de traits forts. Parmi ceux-ci, le plus important est sans doute le système répressif – par opposition à un système préventif – que le texte instaure globalement. Un système répressif « permet à toute personne d’exercer les libertés publiques sans aucune condition préalable, sous réserve des poursuites qui pourront être intentées contre elle, lorsque par un usage illégal de sa liberté, elle aura lésé les droits d’autrui (responsabilité civile) ou violé une loi pénale préexistante (responsabilité pénale) »¹⁴⁶⁶. Cela signifie que des mesures préventives de l’autorité, telle que la censure, c’est-à-dire l’examen par une autorité des différentes formes d’expression *avant* de permettre la publication, sont en principe proscrites.

Deux autres caractéristiques significatives du Titre II méritent d’être mentionnées. On observe d’une part que le Congrès national a accordé une large confiance au législateur qui est autorisé, dans de nombreux cas, à établir des dérogations aux droits fondamentaux, qui n’ont donc pas une portée absolue. L’article 15 de la Constitution est typique de cette approche : « le domicile est inviolable ; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu’elle prescrit ». D’autre part, on remarque une évolution quant à la typologie des droits reconnus par la Constitution belge. Alors que la version de 1831 contenait essentiellement des droits négatifs qui imposaient à l’État de s’abstenir, les dispositions introduites au cours des

¹⁴⁶⁵ Voy. not. C. Const., arrêt 9/2017 du 25 janvier 2017, B.5.3. Voy. aussi Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel de la Belgique. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 186-187.

¹⁴⁶⁶ Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 366. C’est l’auteur qui souligne.

dernières décennies comportent certaines obligations positives¹⁴⁶⁷. L'article 24 illustre à lui seul cette progression : à la naissance de l'État belge, le texte se bornait à garantir la liberté d'enseigner, entendue comme la liberté de prendre l'initiative d'organiser un enseignement, et affirmait à cet égard que « toute mesure préventive est interdite »¹⁴⁶⁸. Cette règle demeure en vigueur, mais aujourd'hui, la Constitution exige en outre que les Communautés, désormais compétentes en la matière, assurent le libre choix des parents¹⁴⁶⁹, organisent un enseignement qui soit neutre¹⁴⁷⁰, offrent, dans les écoles publiques, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues¹⁴⁷¹ et celui de la morale non confessionnelle¹⁴⁷², ou encore, assurent la gratuité de l'accès à l'enseignement jusqu'à la fin de l'obligation scolaire¹⁴⁷³. Il existe dès lors, à côté du droit d'enseigner sans être entravé par les autorités, un droit à l'enseignement qui est d'ailleurs explicitement reconnu¹⁴⁷⁴.

360. - Aperçu des droits consacrés par la Constitution belge – La Constitution belge a, dans son ensemble, longtemps connu une grande stabilité. Entre 1831 et 1970, elle n'a été revue qu'à deux reprises, soit en 1893 et en 1920-21. En outre, ces modifications – qui ont été cruciales pour l'évolution des institutions représentatives vers un régime démocratique – n'ont pas affecté le Titre II qui, lui, est resté intact jusqu'en 1970. Ce n'est ensuite que par petites touches, au cours des cinquante dernières années, que cette partie de la Constitution a connu une évolution. Le tableau qui suit vise à offrir une présentation générale du titre II en présentant, pour chaque article du texte

¹⁴⁶⁷ Sur la distinction entre obligations négatives et positives, voy. *supra*, n° XXX.

¹⁴⁶⁸ Article 24, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

¹⁴⁶⁹ Article 24, § 1^{er}, alinéa 2, de la Constitution.

¹⁴⁷⁰ Article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution.

¹⁴⁷¹ A ce sujet, s'il n'existe pas, en Belgique, de religion officielle, le constituant belge n'a pas pour autant fait explicitement de la Belgique un État radicalement séparé de l'Église (M. LEROY, « L'État belge, État laïc », in : *En hommage à Francis Delpérée : itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 835). Comme le synthétise Pierre Wigny, « [o]n a caractérisé le système du Congrès qui n'est ni la séparation de l'Église et de l'État, ni la subordination de l'une à l'autre, comme un système d'indépendance mutuelle entre les cultes et l'État, dans lequel l'État doit aux cultes moraux professés en Belgique non seulement la liberté mais encore aide et protection » (P. WIGNY, *Droit constitutionnel – principes droit positif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 345). Dans le contexte de sa « neutralité bienveillante » (L.-L. CHRISTIANS, « Le financement des cultes en droit belge : bilan et perspectives », *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 2006, p. 83), l'État belge – plus exactement l'autorité fédérale (article 6, §1^{er}, VIII, 6° de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles) – peut reconnaître certains cultes. En vertu de l'article 181 de la Constitution, les ministres des cultes reconnus pourront en outre jouir d'un traitement public (sur les autres effets de la reconnaissance, voy. S. WATTIER, *Le financement public des cultes et des organisations philosophiques non confessionnelles*, thèse (Louvain-la-Neuve, 2015), Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 32-33). Actuellement, sept courants idéologiques, dont six religieux, ont été reconnus : les cultes catholique-romain, protestant, israélite, anglican, orthodoxe et islamique et la tendance laïque.

¹⁴⁷² Article 24, § 1^{er}, alinéa 4, de la Constitution.

¹⁴⁷³ Article 24, § 3, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

¹⁴⁷⁴ Article 24, § 3, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

actuellement en vigueur, le numéro d'article correspondant dans la version originale de la Constitution, l'année d'introduction de l'article dans la Constitution et – le cas échéant – les années de révision de ce texte et, enfin, l'objet principal de ce dernier. Quelques commentaires suivent ce tableau.

Numéro d'article	Numéro d'article avant 1994	Année d'adoption et éventuellement de révision ¹⁴⁷⁵	Objet de la disposition
8	4	1831/1994/1998	Qualité de Belge et droits politiques
9	5	1831/1991/1994	Naturalisation
10	6	1831/2002	Egalité
11	6bis	1970	Interdiction de la discrimination
11bis	-	2002/2014	Egalité entre les sexes – égal accès aux mandats électifs et publics
12	7	1831/2017	Liberté individuelle – pas de poursuite sans loi
13	8	1831	Droit de ne pas être distrait du juge assigné par la loi
14	9	1831	Pas de peine sans loi
14bis	-	2005	Abolition de la peine de mort
15	10	1831	Inviolabilité du domicile
16	11	1831/1994	Droit de propriété
17	12	1831	Abolition de la confiscation
18	13	1831	Abolition de la mort civile
19	14	1831	Liberté des cultes et liberté d'expression
20	15	1831	Liberté des cultes négative
21	16	1831	Séparation des cultes et de l'État
22	24quater	1994	Protection de la vie privée et familiale
22bis	-	2000/2008	Droits de l'enfant
23	24bis	1994/2014	Dignité humaine – Droits économiques, sociaux et culturelles
24	17	1831 /1988/1994	Enseignement
25	18	1831	Liberté de la presse
26	19	1831	Liberté de réunion
27	20	1831	Liberté d'association
28	21	1831	Droit de pétition
29	22	1831	Secret des lettres
30	23	1831	Emploi des langues
31	24	1831/1993	Poursuites contre les fonctionnaires publics
32	24ter	1993/1994	Accès aux documents administratifs

¹⁴⁷⁵ Pour avoir une vue précise de l'évolution du texte constitutionnel (et notamment de son Titre II), on peut recommander la consultation de C. REGNIER, *La Constitution au fil de ses révisions*, Bruxelles, CRISP, 2019.

Dans le cadre de ce manuel d'introduction¹⁴⁷⁶, nous nous limitons à jeter un regard sur les droits fondamentaux consacrés par la Constitution belge en les comparant avec ceux qui sont énumérés par la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles.

De cet examen, il ressort que bon nombre de droits sont consacrés dans les deux instruments de façon similaire ou semblable. Ainsi, les articles 15, 22 et 29 de la Constitution qui garantissent, respectivement, l'inviolabilité du domicile, la protection de la vie privée et familiale et le secret des lettres trouvent un reflet dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui traite de la protection de la vie privée et familiale en se référant notamment aux notions de domicile et de correspondance. De même, la liberté d'expression et la liberté de la presse sont assurées non seulement par les articles 19 et 25 de la Constitution, mais aussi par l'article 10 de la Convention. On peut prendre, comme dernier exemple, les libertés de réunion et d'association, garanties par les articles 26 et 27 de la Constitution, d'un côté, et par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, de l'autre. On pourrait par ailleurs trouver des dispositions sur les mêmes sujets dans d'autres traités, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁴⁷⁷. Le fait qu'il existe des droits fondamentaux qui sont ainsi formalisés dans différents textes nationaux et internationaux a conduit certains auteurs, dont Géraldine Rosoux, à proposer une « vision des droits fondamentaux dans laquelle ceux-ci constituent une matière en soi, qui transcende les textes constitutionnels et conventionnels »¹⁴⁷⁸ – ce qui amène à percevoir le droit fondamental, malgré le fait qu'il soit consacré par plusieurs textes, comme une « entité unique »¹⁴⁷⁹, *dématérialisée*¹⁴⁸⁰.

Cependant, la comparaison entre le Titre II de la Constitution et la Convention ne peut se résumer à ce premier constat. En effet, on observe aussi que la Constitution belge présente certaines singularités dans le domaine des droits fondamentaux. Il en va ainsi des dispositions relatives à la liberté d'emploi des langues (article 29) ou à l'accès aux documents administratifs (article 32), mais

¹⁴⁷⁶ Pour une étude détaillée des droits fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par la Constitution belge, voy. not. les deux volumes de M. VERDUSSEN et N. BOMBLED (dirs.), *Les droits constitutionnels de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 1800 pages.

¹⁴⁷⁷ Voy. l'article 17 pour la protection de la vie privée et familiale, l'article 19 pour la liberté d'expression et de la presse et les articles 21 et 22 pour les libertés de réunion et d'association.

¹⁴⁷⁸ G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 28.

¹⁴⁷⁹ G. ROSOUX, « Les droits fondamentaux au carrefour de sources et de jurisprudences : vers une 'dématérialisation' des droits fondamentaux », *A.P.T.*, 2015, pp. 408-419, ici p. 409.

¹⁴⁸⁰ Dans le même ordre d'idée, un véritable dialogue s'opère entre les juridictions. C'est ainsi, par exemple, que la Cour constitutionnelle fait usage, pour définir la liberté d'expression, d'une formule similaire à celle employée par la Cour de Strasbourg (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 49) en jugeant que la liberté « vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui choquent, inquiètent ou heurtent l'État ou une fraction quelconque de la population » (Cour d'arbitrage, arrêt n° 45/96 du 12 juillet 1996, considérant B.7.6.).

aussi, parmi les textes déjà évoqués ci-avant, de certains aspects de la liberté de la presse, en ce qu'elle implique en principe l'interdiction de toute mesure préventive (article 25). En matière d'enseignement, l'article 24 – qui est le plus long du Titre II – contient des garanties spécifiques qui résultent de la confrontation des idéologies et de la construction du fédéralisme dans le contexte propre à la Belgique. Inversement, il apparaît que la Convention européenne des droits de l'homme garantit des droits fondamentaux qui sont absents de la Constitution belge. Cela se vérifie spécialement à la lecture des premiers articles de la Convention qui instaurent le droit à la vie (article 2), l'interdiction de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants (article 3) et l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé (article 4). Pour les individus qui vivent sur le territoire belge et qui souhaitent faire valoir leurs droits fondamentaux dans des situations concrètes – par exemple face à des mesures abusives prises par une autorité –, il convient donc toujours de combiner la Constitution belge avec la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres traités afin de rechercher les bases juridiques les plus pertinentes pour le cas particulier.

361. - L'évolution du principe d'égalité et de non-discrimination – Il nous a paru utile de consacrer quelques lignes à une des pièces majeures du Titre II de la Constitution belge, à savoir le principe d'égalité et de non-discrimination. Nous voudrions montrer que la portée de ce principe a connu des évolutions considérables qui s'expliquent non seulement par des modifications apportées au texte constitutionnel, mais aussi – et peut-être surtout – par l'inclinaison de la jurisprudence des juridictions du Royaume.

Originellement, le principe d'égalité est consacré par l'article 6 (devenu l'article 10) de la Constitution. Celui-ci prévoyait (et prévoit toujours) qu' « il n'y a dans l'État aucune distinction d'ordres »¹⁴⁸¹ et que « les Belges sont égaux devant la loi »¹⁴⁸². À ces règles de base, dont nous discuterons la portée ci-après, le constituant à ajouter deux couches supplémentaires. En 1970, alors que la Belgique fait ses premiers pas vers la fédéralisation, l'actuel article 11 est introduit pour assurer la jouissance sans discrimination des droits et libertés reconnus aux Belges. Le texte ajoute que « la loi et le décret garantissent notamment les droits et libertés des minorités idéologiques et philosophiques ». L'objectif de cette nouvelle disposition était de protéger les minorités idéologiques – respectivement les « laïcs » au nord du pays et les catholiques au sud du pays – que la création des Communautés et, plus tard, des Régions, faisaient apparaître¹⁴⁸³. Le pouvoir constituant est intervenu une seconde fois, en 2002, pour introduire des dispositions supplémentaires au sujet du principe d'égalité et de non-discrimination. Depuis lors, l'article 10 compte un troisième alinéa aux

¹⁴⁸¹ Article 10, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

¹⁴⁸² Article 10, alinéa 2, de la Constitution.

¹⁴⁸³ Sur cette question, voy. not. B. RENAUD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in : M. VERDUSSEN et N. BOMBLED (éds.), *Les droits constitutionnels de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 553-605, ici pp. 557-563.

termes duquel « l'égalité des femmes et des hommes est garantie ». En outre, un article 11bis, relativement long, établit un système qui exhorte les autorités publiques à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électifs et publics.

À côté des modifications explicites qui ont été apportées au texte constitutionnel, il convient de prendre en considération la manière dont la jurisprudence a interprété le principe d'égalité et de non-discrimination. À cet égard, il apparaît que, pendant une longue période de l'histoire nationale, l'idée d'égalité devant la loi était interprétée de telle sorte que les pouvoirs exécutif et judiciaire devaient appliquer la législation sans établir de distinction, mais que le pouvoir législatif était quant à lui autorisé à établir toute différence de traitement qu'il jugeait utile¹⁴⁸⁴. À la notion stricte d'égalité *devant* la loi s'est cependant désormais substitué un principe plus exigeant, à savoir celui de l'égalité *dans* la loi. Il ne suffit pas au législateur d'établir une différence de traitement par une loi pour qu'elle soit constitutionnellement admissible (critère *formel*), il faut encore que l'instauration de cette différence de traitement puisse être justifiée (critère *substantiel*). Le développement d'un contrôle de constitutionnalité par la Cour d'arbitrage, devenue ensuite Cour constitutionnelle, a beaucoup joué dans cette évolution¹⁴⁸⁵. Ainsi, selon la jurisprudence constante initiée en 1989,

« les règles constitutionnelles de l'égalité des Belges et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes pour autant que le critère de différenciation soit susceptible de justification objective et raisonnable.

L'existence d'une telle justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la norme considérée ; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé »¹⁴⁸⁶.

Ce passage-clé, régulièrement répété dans les arrêts de la Cour constitutionnelle, reprend l'ensemble des éléments essentiels dont la juridiction tient compte lorsqu'elle vérifie si une loi, un décret ou une ordonnance est compatible avec le principe d'égalité et de non-discrimination. Les éléments suivants méritent particulièrement d'être soulignés : (1) ledit principe n'est pas absolu et une

¹⁴⁸⁴ Voy. not. B. RENAUD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in : M. VERDUSSEN et N. BOMBLED (éds.), *Les droits constitutionnels de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, pp. 553-605, ici 555. Les auteurs précités rappellent toutefois qu'une littérature ancienne, mais minoritaire, avait déjà développé une conception plus exigeante du principe d'égalité et citent en ce sens le Liégeois Oscar Orban qui estimait que le principe interdisait au législateur de faire entre les citoyens de distinctions non justifiées par un intérêt public.

¹⁴⁸⁵ La Cour constitutionnelle a, rappelons-le, le pouvoir de se prononcer sur la violation, par une norme ayant force de loi, des droits garantis par le titre II de la Constitution. La loi spéciale du 9 mars 2003 (*Moniteur belge* du 11 avril 2003) a en effet explicitement habilitée la juridiction constitutionnelle à exercer son contrôle des normes législatives à l'aune de l'ensemble du Titre II (ainsi que des articles 170, 172 et 191). Auparavant, la Cour était limitée, dans son examen, au respect des normes répartitrices des compétences et des articles 10, 11 et 24 de la Constitution. Néanmoins, la Cour avait déjà tendance à élargir son analyse en combinant les principes d'égalité et de non-discrimination avec les normes qui échappaient alors à sa sphère de compétence.

¹⁴⁸⁶ Cour d'arbitrage, arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, B.1.3.

différence de traitement peut être établie sans nécessairement violer la Constitution ; (2) pour que deux catégories d'individus puissent être traités différemment d'une façon constitutionnellement admissible, il convient cependant que le législateur qui établit cette différence de traitement puisse démontrer (a) qu'il est motivé par un but légitime (condition de légitimité) et (b) que les mesures qu'il a choisi pour atteindre ce but – les moyens employés – sont raisonnablement proportionnés par rapport à ce but.

362. - Le contrôle du respect des droits fondamentaux : retour sur la notion d'État de droit – Ce que nous venons d'écrire à propos du caractère non absolu du principe d'égalité et de non-discrimination peut être étendu, dans une très large mesure, aux droits fondamentaux dans leur ensemble. Les autorités peuvent adopter des règles ou prendre des mesures qui touchent à un droit fondamental et viennent éventuellement réduire sa portée, pour autant qu'elles ne franchissent pas certaines limites. Au sein de l'ordre juridique belge, les juridictions veillent à ce que les autorités ne dépassent pas la marge d'appréciation que leur laissent les règles juridiques qui consacrent les droits fondamentaux. À cet égard, le fait que ces droits soient formalisés dans des normes hiérarchiquement supérieures – la Constitution et un certain nombre de traités internationaux – permet un contrôle qui porte sur toutes les formes de règles, qu'elles soient produites par des autorités législatives, exécutives ou judiciaires. Les principes de l'État de droit que nous avons étudiés au chapitre 8, complétés par nos développements du chapitre 9 relatifs à la place du droit international directement applicable¹⁴⁸⁷, trouvent donc ici un champ d'application particulièrement utile. Il en résulte un système qui soumet les autorités étatiques au respect des droits fondamentaux et qui fournit divers mécanismes concrets – Cour constitutionnelle, Conseil d'États, juridictions judiciaires, notamment par le biais de l'exception d'illégalité¹⁴⁸⁸ et de l'application de la jurisprudence de la Cour de cassation *Le Ski*¹⁴⁸⁹ – qui permettent dans une large mesure d'assurer l'effectivité de ce respect.

¹⁴⁸⁷ Les droits et libertés des citoyens garantis par la Convention européenne des droits de l'homme relèvent de cette catégorie.

¹⁴⁸⁸ Sur ces mécanismes, voy. *supra*, chapitre 8, n° XXX.

¹⁴⁸⁹ Sur cette jurisprudence, voy. *supra*, chapitre 9, n° XXX.