

nombre très élevé au sortir de la première guerre mondiale –, rien ne peut justifier d’ignorer les règles fondamentales de l’État de droit, et spécialement celle de la séparation des pouvoirs ; que c’est encore plus important en période de crise, car c’est dans ces moments-là qu’on peut trouver le plus facilement des justifications à ce qui, pourtant, ne serait jamais qu’une dangereuse dérive ;

Que, derniers remparts des droits et des libertés, les cours et tribunaux ne peuvent suivre les demandeurs dans la voie qu’ils indiquent ;

[...]

Par ces motifs,

Nous nous déclarons sans juridiction.

[...]

\*  
\* \*

« AU NOM DE L’ÉTAT DE DROIT »

par

Xavier MINY

*Doctorant à l’Université de Liège  
Boursier FRESH (F.R.S.-FNRS)*

La gestion de la crise sanitaire a, depuis mars 2020, amené les experts et les observateurs de la vie politique à aiguïser leurs plumes afin de commenter les décisions prises par les pouvoirs publics. En effet, les mesures de confinement, de soutien, de déconfinement, puis de reconfinement ont été épluchées par les juristes, politologues et autres membres de la société civile qui ont produit non seulement de premières contributions scientifiques, mais aussi une vague d’éditoriaux, de tribunes et de cartes-blanches pour pointer parfois du doigt des responsables, déplorer les incohérences ou avertir d’un glissement subreptice de l’ordre juridique belge vers un régime de plus en plus autoritaire<sup>1</sup>. À partir du mois de juillet 2020,

<sup>1</sup> Voy. ainsi, en guise d’illustrations, N. THIRION, « L’arrêté qui dicte les règles du confinement est affligeant : zéro pointé pour le ministre de l’Intérieur », *La Libre*, 7 avril 2020 ; S. RIXHON, « L’État de droit sort groggy de la crise du coronavirus », *Le Soir*, 30 mai 2020 ; M. VERDUSSEN, « Droits humains et crise sanitaire : l’État mis au défi », *La Libre*, 17 juillet 2020 ; N. THIRION, « Lutte contre le coronavirus : “Notre État de droit brûle et nous regardons ailleurs” », *La Libre*, 27 juillet 2020 ; J. FOLON, D. GRÉGOIRE et C. CANTILLON, « Lettre ouverte à Sophie Wilmès : “Nous sommes inquiets de la négligence des autorités face au respect de la vie privées des citoyens” », *La Libre*, 31 juillet 2020 ; J. DE GROOTE et K. VERELST, « Wordt corona het einde van de rechtsstaat ? », *VRT*, 31 juillet 2020 ; N. THIRION, « Pourquoi l’arrêté ministériel Covid est illégal », *La Libre*, 6 août 2020 ; A.-E. BOUR-

les critiques ont fusé avec d’autant plus de vigueur que le Conseil national de sécurité – dont le flambeau a été repris en octobre 2020 par le Comité de concertation – renonçait à poursuivre le processus de retour à la normale initié en mai en raison de la résurgence de la pandémie. Sans prétendre à l’exhaustivité, ni perdre de vue les opinions divergentes<sup>2</sup>, sont au carrefour des reproches les changements intempestifs du canevas juridique, des normes dont la légalité s’avérerait douteuse, l’apparente confusion quant aux autorités véritablement compétentes, des règles, parfois assorties de sanctions pénales, aux contours flous ou encore la place, démesurée aux yeux de certains, prise par les experts sur la scène médiatique.

Dans ce contexte sensible, l’ordonnance ici commentée, rendue en référé en août 2020 par le Président du tribunal de première instance francophone de Bruxelles a été relayée par différents médias et réseaux sociaux afin de mettre en évidence le « ras-le-bol » assurément affiché par la juridiction en question à l’égard des normes prises en réaction à la pandémie.

Les faits à l’origine de l’ordonnance peuvent être brièvement synthétisés comme suit : le docteur B. et l’A.S.B.L. X poursuivaient la condamnation de l’État belge et de la Région wallonne à organiser – ou à autoriser – des tests de dépistage à l’aéroport de Charleroi et ce, afin de vérifier que les voyageurs en provenance des zones classées rouge par le SPF Affaires étrangères n’avaient pas contracté la maladie à coronavirus 2019. Le 5 août, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, siégeant en référé, a toutefois débouté les demandeurs en se déclarant sans juridiction pour connaître de la demande. Au soutien de sa décision, le Président a principalement invoqué la séparation des pouvoirs tout en partageant ses

GAUX, « Belgique et Covid-19 : quand la marée monte, la démocratie belge se noie », *Le Soir*, 13 août 2020 ; N. AIR, « Généralisation du port du masque à Bruxelles : non, ce n’est pas “la même chose pour tout le monde” », *RTBF*, 14 août 2020 ; M. WINTERFIELD, « Lutte contre le coronavirus : méfions-nous des coups de canifs anti-démocratiques », *La Libre*, 18 août 2020 ; « Lettre ouverte à nos responsables politiques : Il est urgent de revoir totalement la gestion de la crise Covid-19 », *La Libre*, 27 août 2020 ; F. BOUHON, A. JOUSTEN et X. MINY, « Le règne de l’extraordinaire », *Le 15<sup>e</sup> Jour*, 16 septembre 2020 ; M. KRINGS *et al.*, « Coronavirus : le retour à l’État de droit est une urgence absolue », *La Libre*, 14 octobre 2020 ; P. POPELIER *et al.*, « Haal het parlement uit quarantaine en maak een coronawet », *De Standaard*, 2 novembre 2020 ; P. POPELIER *et al.*, « Sortez le parlement de la quarantaine ! », *Le Soir*, 2 novembre 2020 ; F. WALRAVENS, « L’urgence Covid, la démocratie en question », *RTBF*, 15 décembre 2020, J. DE GROOTE, « Herstel de rechtsstaat », *De Tijd*, 27 janvier 2021 ou encore D. BERNARD *et al.*, « Coronavirus : la légitimité démocratique du pouvoir d’exception remise en question par des chercheurs », *Le Soir*, 28 janvier 2021.

<sup>2</sup> Voy. la réaction, pour le moins caustique, à l’une des précédentes cartes blanches, de F. MEERSSCHAUT, « Aan de slag, grondwetspecialisten ! », *De Standaard*, 3 novembre 2020.

réflexions sur les atteintes à l'État de droit qu'il percevait, parfois très personnellement, depuis le début de la crise.

Dans une première section, nous reviendrons sur la notion de séparation des pouvoirs (I) avant d'aborder plus en détail l'ordonnance du Tribunal de première instance (II). Enfin, nous partagerons, dans une troisième section, quelques réflexions générales relatives au concept d'État de droit, tant invoqué au cours des derniers mois (III).

## I. EN TOILE DE FOND : LA SÉPARATION DES POUVOIRS

On ne peut que suivre le raisonnement du Tribunal quand il situe principalement le débat au départ de la notion de séparation des *pouvoirs*. Principe fondamental du droit constitutionnel belge<sup>3</sup>, la séparation des pouvoirs entend réduire le risque d'abus provenant de l'État dès lors qu'aucun organe, ni acteur n'est en mesure d'exercer l'ensemble des prérogatives attachées à la souveraineté. On attribue communément la théorisation de la division tripartite des pouvoirs, dans son acception contemporaine, à John Locke et au baron de Montesquieu, invoqué par ailleurs par le Tribunal de première instance dans l'affaire qui nous occupe. Si le premier identifie, aux côtés des pouvoirs législatif et exécutif<sup>4</sup>, un pouvoir *dit* fédératif<sup>5</sup>, le second remplace ce dernier par un pouvoir judiciaire indépendant, reconnaissant ainsi la singularité de la fonction juridictionnelle de l'État<sup>6</sup>.

Le postulat selon lequel toute concentration des pouvoirs entre les mains d'un même titulaire indique une menace pour les libertés individuelles<sup>7</sup> n'a pas manqué d'influencer les débats du Congrès national belge<sup>8</sup>, soucieux qu'il était

de placer la Belgique dans un univers « légaliste-libéral »<sup>9</sup> pour reprendre l'expression de François Ost. Christophe Maes a par ailleurs mis récemment en évidence le rôle joué par Montesquieu, avec Madame de Staël et Benjamin Constant, dans l'esprit du Constituant<sup>10</sup> qui, en toute logique, a distillé le principe de séparation des pouvoirs dans l'ordre juridique qu'il instituait<sup>11</sup>. Pour autant, loin d'ordonner une étanchéité à toute épreuve, la configuration institutionnelle prévoit, comme on a coutume de le préciser, l'instauration d'organes voués à se modérer mutuellement. Principe de rang constitutionnel pour la Cour de cassation<sup>12</sup> et la Cour constitutionnelle<sup>13</sup>, la séparation n'est pas pour autant absolue<sup>14</sup>.

### A. JUGE, BOUCHE DE LA LOI ?

La séparation, ou plutôt l'équilibre<sup>15</sup>, des pouvoirs figure toujours parmi les fondements de nos institutions. Dans cette optique, le juge, indépendant<sup>16</sup> – comme le consacre l'actuel article 151 de la Constitution<sup>17</sup> – et placé « hors du jeu politique » par le Constituant<sup>18</sup>, est historiquement assimilé à l'idée de « bouche de la loi », dont la rigidité de principe est tempérée par diverses dispositions constitutionnelles comme celle prévoyant le droit, pour le Roi, de remettre ou réduire les condamnations.

Cela étant avancé, la conception restrictive du rôle du juge que semble privilégier Montesquieu paraît désormais surannée sous bien des aspects. En effet, la réduction de la fonction de juger à celle d'un simple « véhicule des normes » relève, comme le soulèvent Nicolas Thirion et Lucien

<sup>9</sup> F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », in F. OST., *Dire le droit, faire justice*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 14.

<sup>10</sup> C. MAES, « The end justifies the means. The nature of Belgium's 1830 political liberalism », *Giornale di Storia costituzionale/Journal of Constitutional History*, 35/2018, pp. 129-145.

<sup>11</sup> Cass., 10 juin 1996, *Pas.*, 1996, p. 611 ; *R.C.J.B.*, 1997, p. 447 ; *J.T.*, 1997, p. 197, concl. J.-F. LECLERCQ ; C. const., 15 octobre 2015, arrêt n° 138/2015, B.26. ou encore C. const., 24 septembre 2020, arrêt n° 123/2020, B.3.2. Voy. égal. X. MABILLE, *Législatif, Exécutif, Judiciaire. Les rapports entre les pouvoirs*, Dossier n° 48, Bruxelles, CRISP, 1998 et C. SÄGESSER, *Législatif, exécutif et judiciaire. Les relations entre les trois pouvoirs*, Dossier n° 87, Bruxelles, CRISP, 2016.

<sup>12</sup> Cass., 22 mai 1987, *Pas.*, I, p. 1177 ; *F.J.F.*, 1988, p. 200.

<sup>13</sup> C.A., 10 décembre 2003, arrêt n° 160/2003, B.7.1.

<sup>14</sup> A. ALEN, « Séparation ou collaboration des pouvoirs ? », *A.P.T.*, 1990, pp. 221 et s. ; voy. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, concl. devant Cass., 7 mars 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 745.

<sup>15</sup> F. BOUHON et Q. PIRONNET, « Le pouvoir judiciaire et l'équilibre des pouvoirs : réflexions à propos des récentes réformes », *Pyramides*, n° 29, 2017, pp. 93-118.

<sup>16</sup> E. HUYTTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique (1830-1831)*, t. IV, Bruxelles, Société typographique belge, 1844, p. 68.

<sup>17</sup> Voy. la révision constitutionnelle du 20 novembre 1998 (*M.B.*, 24 novembre 1998).

<sup>18</sup> F. DELPÉRIE, « La séparation des pouvoirs, aujourd'hui », *A.P.T.*, 1990, p. 126.

François, du domaine du mythe et ne doit pas laisser imaginer que le magistrat ne jouirait que d'une marge d'appréciation atrophiée dans les faits. « La détermination des textes à appliquer », observent les deux auteurs, « la manière de les combiner, le sens précis dans lequel entendre en chaque circonstance les expressions en lesquelles ces textes s'énoncent, tout concourt à une incertitude et celle-ci est exploitable, d'abord par les plaideurs, ensuite par les divers magistrats participant au délibéré d'une même affaire, enfin par les scrupules en sens divers qui prolongent la réflexion dans le for intérieur de chacun des juges »<sup>19</sup>.

Il est cependant indéniable que l'assujettissement de principe du pouvoir judiciaire à la loi et la crainte du « gouvernement des juges », chère à la doctrine française du XIX<sup>e</sup> siècle<sup>20</sup> et du début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>21</sup>, imprègnent de nombreuses dispositions du droit judiciaire, à commencer par l'article 6 du Code judiciaire<sup>22</sup> et les articles 610, alinéa 1<sup>er</sup><sup>23</sup>, et 1088<sup>24</sup> de ce même Code. Les conditions de nomination, les exigences en termes de compétence et de déontologie et les garanties procédurales qui entourent la résolution des différends ainsi que la structure hiérarchique de l'ordre judiciaire et l'obligation faite aux juges par l'article 149 de la Constitution de motiver leurs jugements et de les prononcer en public concourent à renforcer

l'image d'un pouvoir, bien plus « enserré », dont les injonctions se situeraient schématiquement à la base de la pyramide des normes<sup>25</sup>.

C'est pourtant devenu un truisme de dire que, simultanément aux mutations de la compréhension de la notion de séparation des pouvoirs<sup>26</sup>, le rôle confié aux titulaires du pouvoir judiciaire a également changé<sup>27</sup> et s'est progressivement affirmé. *Primo*, les deux autres pouvoirs chargent parfois eux-mêmes « le juge de trouver une solution à un problème et d'élaborer lui-même la norme propre à justifier l'issue concrète »<sup>28</sup>. *Secundo*, dans le contexte d'un « double processus de juridicisation et judiciarisation du lien social »<sup>29</sup>, la fonction juridictionnelle joue désormais un rôle pivot dans la perception contemporaine de la notion d'État de droit, sur laquelle nous reviendrons, autorisant le pouvoir judiciaire à contrôler les décisions prises par les parlements et les gouvernements. La protection des droits subjectifs des citoyens incarnant une préoccupation majeure, la séparation des pouvoirs ne s'oppose plus à ce qu'un tribunal puisse constater une faute dans l'exercice des pouvoirs exécutif et législatif<sup>30</sup>. *Tertio*, l'émergence du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité a fait chuter la loi – voire la Constitution – de son piédestal

<sup>19</sup> L. FRANÇOIS et N. THIRION, « Les juges dans la politique », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (eds.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 57 et 58. Voy. égal. P. BOURDIEU, « La force du droit – Éléments pour une sociologie du champ juridique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, septembre 1986, p. 8 : « loin que le juge soit toujours un simple exécutant qui déduirait de la loi les conclusions directement applicables au cas particulier, il dispose d'une part d'autonomie qui constitue sans doute la meilleure mesure de sa position dans la structure de la distribution du capital spécifique d'autorité juridique ; ses jugements qui s'inspirent d'une logique et de valeurs très proches de celles des textes soumis à son interprétation, ont une véritable fonction d'invention. Si l'existence de règles écrites tend sans aucun doute à réduire la variabilité comportementale, il reste que les conduites des agents juridiques peuvent se référer et se plier plus ou moins strictement aux exigences de la loi et qu'il demeure toujours une part d'arbitraire, imputable à des variables organisationnelles ».

<sup>20</sup> Voy. F. KERNALEGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *Justice : Revue générale de droit processuel*, n° 3, janvier-juin 1996, pp. 151-159.

<sup>21</sup> Voy. ainsi E. LAMBERT, *Le Gouvernement des juges*, Paris, Giard, 1921, pp. 4 et 5.

<sup>22</sup> « Les juges ne peuvent prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ».

<sup>23</sup> « Sans préjudice de l'article 14, § 1, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la Cour de cassation connaît des demandes en annulation des actes par lesquels les juges et les officiers du ministère public, ainsi que les autorités disciplinaires des officiers publics et ministériels et du barreau auraient excédé leurs pouvoirs ».

<sup>24</sup> « Sans préjudice des dispositions de l'article 502, les actes par lesquels les juges et les officiers du ministère public, ainsi que les autorités disciplinaires des officiers publics et ministériels et du barreau auraient excédé leurs pouvoirs sont dénoncés à la Cour de cassation par son procureur général, sur les instructions du ministre de la Justice, même si le délai légal de pourvoi en cassation est écoulé et alors qu'aucune partie ne s'est pourvue. La cour annule les actes s'il y a lieu. »

<sup>25</sup> M. CAPPELLETTI, *Le pouvoir des juges. Articles choisis de droit judiciaire et constitutionnel comparé*, coll. Droit public positif, Paris, Economica, 1990, p. 24. Voy. pour une synthèse des théories relatives à l'ordonnement des normes juridiques, sous une forme pyramidale (*Stufenbau der Rechtsordnung*), C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État – Manuel*, 4<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 189-196 et spéc. p. 194 : « Si les normes juridictionnelles se trouvent en bas de la hiérarchie c'est parce qu'elles mettent nécessairement en œuvre d'autres normes de rang supérieur (des règles constitutionnelles, législatives ou réglementaires) ». Voy. égal. C. FARDET, « La place des décisions de justice dans la hiérarchie des normes », *Droits*, 2(2), 2019, pp. 221-246.

<sup>26</sup> C. ROMAINVILLE, « Les multiples visages de la "séparation des pouvoirs" », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'État, op. cit.*, pp. 698 et 699.

<sup>27</sup> Voy. égal. F. OST, « Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice », in F. OST, P. GÉRARD et M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire. Transformations et déplacements*, Bruxelles, F.U.S.L., 1983, pp. 1-70.

<sup>28</sup> M. PÂQUES, « L'action politique du juge. En particulier celle du juge de l'administration », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (eds.), *Les juges : décideurs politiques ? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 143. Outre l'hypothèse d'une norme dont les contours demeureraient volontairement flous, les juridictions étant chargées par son auteur de préciser sa portée, on relèvera utilement que l'article 35/1 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 20 janvier 2014 (M.B. du 3 février 2014), dispose dorénavant qu'à la demande d'une des parties, la haute juridiction administrative précise, dans les motifs de son arrêt d'annulation, les mesures à prendre pour remédier à l'illégalité ayant conduit à ladite annulation. Autorisant par ailleurs le Conseil d'État à aller plus loin qu'à simplement annuler un acte irrégulier, l'article 36 prévoit quant à lui un pouvoir d'injonction, voire de substitution. Sur cette réforme, voy. F. VISEUR et J. PHILIPPART, *La justice administrative*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 236-284.

<sup>29</sup> G. HUBERT, « Les déplacements des frontières de la justice : vers une nouvelle cartographie de la gestion des risques ? », *Pyramides*, n° 11, 2006, pp. 161-178.

<sup>30</sup> Voy. le récent numéro spécial du *Journal des Tribunaux* dédié au centenaire de l'arrêt *La Flandria* (J.T., 2020/36, pp. 729-784).

qui, auparavant, semblait hors de portée du contrôle judiciaire. Dans certaines conditions, le juge, bien qu'il ne puisse se substituer au législateur<sup>31</sup>, devra également suppléer aux lacunes législatives<sup>32</sup>.

Que l'on regrette ou célèbre<sup>33</sup> ces évolutions, on doit bien reconnaître que le pouvoir judiciaire se trouve en quelque sorte mis sous tension : « restait-il sourd aux jeux sociétaires engagés dans les conflits dont il a à connaître, se replie-t-il derrière un rigoureux légalisme, le voilà bientôt coupable de “dénier de justice”, du moins au regard d'une exigence sociale de bonne justice ; tente-t-il au contraire d'innover en adoptant des solutions que les textes ne prévoient pas nécessairement, le voilà menacé “d'excès de pouvoir” »<sup>34</sup>.

### B. MARGE DE MANŒUVRE DU POUVOIR JUDICIAIRE

Si la signification du principe de séparation des pouvoirs diffère aujourd'hui de celle d'il y a deux siècles, il ne faut pas pour autant en conclure que le concept serait devenu obsolète. En évoquant les limites du pouvoir judiciaire dans le contexte d'une crise telle que la pandémie qui frappe la Belgique depuis mars 2020, le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles a ainsi pris appui sur certains traits fondamentaux et historiques de l'ordre juridique. Ceux-ci déterminent toujours si le règlement de la contestation est correctement attribué au pouvoir judiciaire et dictent les prérogatives et compétences des juridictions de l'ordre judiciaire, rappelées de manière exhaustive en 2016 par Marc Joassart dans les colonnes de cette revue<sup>35</sup>.

Ainsi, les juridictions se voient refuser le droit de statuer par voie de dispositions à portée générale. De cette interdiction, consacrée à l'article 6 du Code judiciaire, il découle que le juge ne peut fonder sa décision uniquement sur la jurisprudence antérieure, sans simultanément avancer les raisons de droit positif à l'origine de son alignement<sup>36</sup>. Dans le même ordre d'idées, il est en principe interdit aux juges de rendre des décisions qui affecteraient directement les droits et obligations des citoyens non parties au litige<sup>37</sup>. Par ailleurs, lorsqu'aucune compétence en ce sens ne leur est spécifiquement attribuée<sup>38</sup>, le principe de séparation des pouvoirs exclut que les cours et tribunaux fassent œuvre d'administration publique et réforment ou annulent les actes des autorités administratives<sup>39</sup>. Partant de ce constat, « le juge, lors de son contrôle, ne peut se placer sur le plan de l'opportunité, ce qui serait inconciliable avec les principes qui régissent les rapports entre l'administration et les juridictions »<sup>40</sup>.

Néanmoins, comme le souligne la Cour de cassation, le pouvoir judiciaire est bien compétent tant pour prévenir que pour réparer une lésion illicite d'un droit civil, quel que soit l'auteur de ladite lésion<sup>41</sup>. La séparation des pouvoirs n'empêche donc pas le pouvoir judiciaire de prescrire aux autorités les mesures ou les défenses nécessaires aux fins de prévenir, de faire cesser ou de réparer

<sup>36</sup> Voy. Cass., 12 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 360 et, récemment, Cass., 17 septembre 2020, RG C.18.0423.F.

<sup>37</sup> Anvers, 3 janvier 2006, *T.R.O.S.*, 2007, p. 174 ; T. BOMBOIS et C. DUBOIS, « “La chenille et le référé”. Quelques observations sur le contrôle de la passation d'un marché public militaire », *A.P.T.*, 2004, p. 313. On notera à ce sujet que, dans son ordonnance du 31 mars 2021 sur laquelle nous reviendrons, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles a jugé qu'il convenait « de se départir d'une conception rigoriste du principe de la relativité des décisions judiciaires et de constater que le droit d'action d'intérêt collectif invite nécessairement à apprécier ce principe avec davantage de souplesse au risque de vider la substance même de ce droit d'action » (Civ. Bruxelles (ch. fr. réf.), 31 mars 2021, 2021/14/C, inéd., p. 16).

<sup>38</sup> M. NIHOUL, « L'autorité de la chose jugée de la déclaration d'illégalité incidente », in M. NIHOUL (dir.), *L'article 159 de la Constitution et le contrôle de légalité incident*, Bruxelles, la Charte, 2010, p. 265.

<sup>39</sup> Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, I, pp. 1341 et s., concl. J. VELU ; voy. égal. Cass., 4 septembre 2014, *R.G.D.C.*, 2015, p. 569, note D. RENDERS, « Dans quelle mesure le principe de la séparation des pouvoirs fait-il interdiction au juge de condamner l'administration à réparer en nature le dommage causé par sa faute extracontractuelle ? », pp. 571-579.

<sup>40</sup> C.A., 21 décembre 2004, arrêt n° 207/2004, B.8.3. Voy. égal. C. const., 8 mars 2012, n° 37/2012, B.4.2., C. const., 8 mai 2014, arrêt n° 74/2014, B.7.3 ou encore C. const., 25 mai 2016, n° 79/2016, B.4.

<sup>41</sup> Cass., 26 juin 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1341, et concl. J. VELU, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 173 et s., note F. DELPEREE ; D. DEOM, « De la réparation du préjudice causé par les pouvoirs publics », *A.P.T.*, 1981, pp. 128 et s. ; F. DE VISSCHER, « Quelques réflexions sur le pouvoir d'injonction du juge judiciaire à l'égard de l'administration », *J.T.*, 1981, pp. 682 et s. Voy. égal. Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 908, et concl. J. VELU ; Cass., 20 septembre 1990, *Pas.*, 1991, p. 59 ; *R.C.J.B.*, 1993, p. 618, note J. VERHOEVEN. Voy. aussi M. PÂQUES, *Principes de contentieux administratif*, Bruxelles, Larquier, 2017, pp. 125 et 126.

<sup>31</sup> Voy., pour un tel rappel, Cass., 4 septembre 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 926, obs. F. STEVENART MEEÛS et E. VAN BRUSTEM.

<sup>32</sup> Voy. ainsi not. Cass., 17 janvier 2008, *R.W.*, 2008-2009, p. 1184, note P. POPELIER ; Cass., 3 novembre 2008, *Pas.*, 2008, p. 2440 ; Cass., 2 septembre 2009, *Pas.*, 2009, liv. 9, p. 1752, concl. D. VANDERMEERSCH ; Cass., 10 janvier 2019, RG C.17.0554.F, *R.W.*, 2019-2020 (sommaire), liv. 25, p. 978 ou encore C.E., 27 juin 2019, arrêt n° 244.986, *X / État belge, Rev. dr. étr.*, 2019, liv. 203, p. 361. Voy. égal. à ce sujet J. KIRKPATRICK et S. NUDELHOLC, « Les questions préjudicielles sur les violations du principe constitutionnel d'égalité résultant de lacunes de la loi et les rapports entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage », in *Liber Amicorum Paul Martens. L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larquier, 2007, pp. 785-812 ; M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *J.T.*, 2008, pp. 669-678 ; C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Qui a peur des lacunes législatives ? Le juge tiraillé entre le respect des prérogatives du législateur et la défense de l'égalité des citoyens », *Chronique de droit à l'usage des juges de paix et de police 2013*, Bruxelles, la Charte, 2013, pp. 333-352.

<sup>33</sup> J. DE CODT, « Le pouvoir judiciaire est-il souverain ? », *J.T.*, 2016, p. 656. Voy., pour une analyse plus large du rôle du juge, M. CADELLI et J. ENGLEBERT (dir.), *Gouvernement des juges : une accusation, une vertu et une analyse critique*, Limal, Anthemis, 2020.

<sup>34</sup> F. OST, « Quelle jurisprudence, pour quelle société ? », *op. cit.*, p. 3.

<sup>35</sup> M. JOASSART, « Le juge civil et la séparation des pouvoirs. Commentaire des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles et la séparation des pouvoirs – Commentaire des arrêts de la Cour d'appel de Bruxelles du 21 février 2014 et du 12 septembre 2014 », *A.P.T.*, 2016, pp. 429-447.

une atteinte aux droits subjectifs du citoyen<sup>42</sup>, sans qu'il soit pour autant permis au tribunal de priver l'administration de sa liberté d'action<sup>43</sup>. Comme l'a rappelé le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, dans une autre décision de mars 2020 et dans la droite ligne de l'arrêt *La Flandria*, « [l]e fait que l'examen de la responsabilité puisse avoir pour effet éventuel de remettre en cause, de manière nécessairement marginale, l'attitude d'une autorité publique ne suffit pas à modifier l'objet véritable de la demande qui reste une demande d'indemnisation d'un préjudice causé par la négligence ou la faute de cette autorité publique »<sup>44</sup>.

## II. ANALYSE DE L'ORDONNANCE DU TRIBUNAL DE PREMIÈRE INSTANCE FRANCOPHONE DE BRUXELLES

C'est ce type de considérations, sommairement rappelées dans les lignes qui précèdent, qui peuvent guider le pouvoir judiciaire quand il s'agit de savoir si la demande qui lui est soumise relève bien de son pouvoir de juridiction ou si le déclinatoire, d'ordre public, s'impose<sup>45</sup>. On ne peut pourtant qu'éprouver un certain malaise à la lecture de l'ordonnance commentée dès lors que le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles semble cette fois-ci faire l'économie d'un raisonnement basé sur les conséquences précitées du principe de séparation des pouvoirs.

### A. MOTIVATION À LA BASE DE L'ABSENCE DE JURIDICTION

En partant du principe de séparation des pouvoirs, intrinsèquement lié aux exigences de l'État de droit, « sorte d'impératif kantien » pour la juridiction, le Tribunal développe un imposant *obiter dictum* lui permettant de déplorer les atteintes portées à ce dernier. Il évoque à ce titre pêle-mêle l'insécurité juridique du fait du changement incessant des règles, les atteintes à la vie privée – « loin d'être toujours justifiées

en droit », avance-t-il ainsi de manière péremptoire –, la confusion entre les niveaux de pouvoir, l'interdiction de certaines manifestations publiques tandis que les parcs d'attractions exerçaient encore leurs activités, une modification de la législation sur les soldes, cumulée à la règle de faire ses achats seul, alors qu'il s'agit « d'une activité familiale et récréative », ou encore des affiches lacunaires relatives au port du masque obligatoire dans les rues. La juridiction reprend ensuite à son profit les mises en garde formulées par le philosophe André Comte-Sponville et en appelle à un débat public afin d'éviter le basculement du pays dans un régime totalitaire, invoquant même la « mise en place, discrète et douceuse, d'un système étouffant, avec son vocabulaire trompeur [...], ses signes de reconnaissance [...], sa gestuelle, ses formules de salutation » et opérant dans la foulée un parallèle audacieux avec la série télévisée dystopique *The prisoner*.

Ce n'est qu'à l'issue de ces prolégomènes que la juridiction semble amorcer sa réflexion concrète sur le principe de séparation des pouvoirs, en convenant que si l'« office du juge consiste quelquefois à prendre des mesures provisoires pour prévenir un risque ou encore à aménager une situation d'attente », l'action judiciaire vient généralement *a posteriori* pour appliquer une loi à une situation passée. Pourtant, loin de développer davantage les raisons – qui ne manquent pas – l'empêchant de formuler une injonction de *testing*, par exemple au regard de la Constitution et des textes internationaux et européens en matière de protection de la vie privée<sup>46</sup>, la juridiction se contente d'expliquer qu'il serait périlleux que le juge participe à l'élaboration d'une norme dans le cadre d'un contentieux judiciaire. Dans le cas contraire, une telle norme, nous dit-on, risquerait d'être critiquée par une autre juridiction qui la contrôlerait à un stade ultérieur. Après avoir rappelé – à très juste titre – qu'« exercer le pouvoir suppose des choix, lesquels ne sont jamais neutres », le Tribunal entend sonder les « intentions » des deux parties, considérant que si les requérants insistent sur la préservation de la santé et de la vie, le ministre de l'Intérieur justifie quant à lui les mesures attentatoires aux libertés par la nécessité de « diminuer le nombre de contaminations aiguës et partant de permettre aux

<sup>42</sup> Un administré est titulaire d'un droit subjectif à l'égard de l'autorité lorsque deux conditions sont remplies : il faut, d'une part, que la règle de droit lui attribue directement le pouvoir d'exiger de l'autorité un comportement déterminé et, d'autre part, que celui qui prétend avoir le pouvoir d'exiger l'exécution d'une obligation déterminée découlant d'une règle de droit objectif ait personnellement intérêt à cette exécution (Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch. fr.), 13 mars 2020, *J.L.M.B.*, 2020, liv. 14, p. 631).

<sup>43</sup> Cass., 4 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 374, concl. DUBRULLE ; Cass., 3 janvier 2008, *Pas.*, 2008, p. 10.

<sup>44</sup> Civ. Bruxelles (4<sup>e</sup> ch. fr.), 13 mars 2020, 19/2871/A, inéd., p. 12.

<sup>45</sup> G. CLOSSET-MARCHAL, *La compétence en droit judiciaire privé – Aspects de procédure*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 15.

<sup>46</sup> F. DEWALLENS, C. LEMMENS, S. LIERMAN, F. LOUCKX, A. VIJVERMAN et T. VANSWEEVELT, « COVID-19 en gezondheidsrecht : een eerste analyse », *Rev. dr. santé*, 2020-2021, pp. 18-23.

services de soins intensifs d'accueillir les patients gravement atteints dans les meilleures conditions possibles ». Le Tribunal en conclut, après avoir déploré au passage la présence de coquilles dans les versions françaises des différents arrêtés ministériels<sup>47</sup>, « [q]ue la sauvegarde du système hospitalier paraît bien l'emporter sur celle de la santé ».

S'ensuit alors un nouvel *obiter dictum*, soulignant le fait que les restrictions imposées depuis la mi-mars 2020 ont contribué à isoler les individus, à les empêcher de jouir des droits fondamentaux et à les exposer à des conséquences psychologiques et économiques indéniables. Arguant que le pouvoir judiciaire n'est pas compétent pour intervenir dans la prise de telles décisions, la juridiction observe successivement que les nombreuses mesures prises dans le cadre de la crise sanitaire impliquent des débats politiques, qu'elles génèrent un déficit budgétaire et que la Belgique a déjà traversé des crises sanitaires par le passé. La juridiction en conclut que rien ne peut justifier d'ignorer les règles fondamentales de l'État de droit, même en situation de crise, et que, finalement, en tant que « dernier rempart des droits et des libertés », il ne peut suivre les demandeurs.

### B. OBITER DICTUM ET « DÉFOULEMENT »

On doit d'emblée noter que, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative aux situations de crise<sup>48</sup>, l'État belge dispose bel et bien d'un pouvoir d'appréciation important au regard de la lutte urgente contre une menace sanitaire. Comme le note Emmanuel Slautsky, « en Belgique comme, au demeurant, dans la plupart des pays européens, les gouvernements sont donc en première ligne pour faire face à la crise du Covid-19 »<sup>49</sup> et pour prendre les choix stratégiques pour contrer l'épidémie. L'organisation de campagnes de dépistage, par exemple, nécessite de multiples arbitrages et

compromis, notamment afin de respecter le droit du patient à « consentir librement à toute intervention [d'un] praticien professionnel moyennant information préalable »<sup>50</sup> et d'assurer l'existence d'un stock de tests suffisants et fiables pour les populations à risque. L'engorgement des centres de dépistage au cours du mois d'octobre 2020 n'a fait que souligner l'insuffisance des moyens mis en œuvre pour mener une campagne de tests massifs. Avec le poids des décisions politiques passées<sup>51</sup> et en fonction des connaissances scientifiques actuelles, il s'avère *a priori* complexe d'isoler une mesure sanitaire précise – en l'occurrence un dépistage obligatoire – dont la juridiction pourrait exiger l'adoption par l'État, de surcroît sur la base de la protection d'un droit subjectif du requérant.

Si nous pouvons donc partager la conclusion selon laquelle la juridiction est dénuée de compétence en l'espèce pour forcer les pouvoirs publics à assurer ou à autoriser des dépistages, on doit bien remarquer que l'ordonnance repose principalement sur une succession d'*obiter dicta* surtout destinés à critiquer les mesures de crise. La notion d'*obiter dictum*, en tant que « considération incidente », à côté et à l'occasion d'un raisonnement construit afin de trancher un litige<sup>52</sup>, est issue de la pratique anglo-saxonne. Il consiste, pour une juridiction, à insérer dans son jugement une opinion qui, sans être tout à fait le fondement de la décision, participe à sa compréhension et à sa portée<sup>53</sup>. Dans l'affaire qui nous occupe, l'emploi de l'*obiter dictum* relève davantage de ce que Xavier Delgrange et Nicolas Lagasse assimilent à une « technique de défolement qui permet au juge de s'exprimer en toute impunité »<sup>54</sup>.

La liberté d'expression du juge est un sujet complexe, sa fonction l'obligeant à composer avec une apparence d'indépendance et d'impartialité<sup>55</sup>. Les garanties qui entourent son office s'accompagnent par conséquent d'un devoir de

<sup>47</sup> On indiquera à ce sujet, à suivre la 9<sup>e</sup> édition du dictionnaire de l'Académie française qu'emploie le Tribunal, que l'adjectif *aigu*, *aiguë* peut également s'écrire *aïgu*, *aïguë*, suivant les rectifications orthographiques de 1990. Voy. « aigu, aiguë », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., disponible en ligne sur : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9A0978>. Il est cependant indéniable que la qualité légistique des mesures prises pour lutter contre la pandémie laisse parfois franchement à désirer (voy. *infra*).

<sup>48</sup> F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, vol. 2446, n<sup>o</sup> 1, 2020, p. 8.

<sup>49</sup> E. SLAUTSKY, « Carnet de crise #3 : Pouvoirs spéciaux : quel contrôle parlementaire ? », Bruxelles, Centre de droit public de l'ULB, disponible en ligne sur : <https://droit-public.ulb.ac.be/carnet-de-crise-3-pouvoirs-speciaux-quel-controle-parlementaire/>. L'auteur rappelle cependant qu'« [u]ne telle montée en puissance des exécutifs ne dispense cependant pas les parlements (en d'autres termes, nos représentants élus) de leur responsabilité d'exercer un contrôle de l'action de ces gouvernements ».

<sup>50</sup> Art. 8 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient (*M.B.*, du 26 septembre 2002).

<sup>51</sup> P. BUCHEZ, « Le système de santé au prisme du virus », *Politique – revue belge d'analyse et de débat*, 26 octobre 2020, disponible en ligne sur : <https://www.revuepolitique.be/le-systeme-de-sante-au-prisme-du-virus/>.

<sup>52</sup> H.-A. SCHWARZ LIBERMANN VON WAHLENDORF, « Le juge législateur, l'approche anglaise », *Rev. dr. intern. comp.*, octobre-décembre 1999, pp. 1114.

<sup>53</sup> C. MATRAY, « Verve ou réserve du juge (obs. sous Cour eur. D.H., (GC), arrêt *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016) », *Rev. Trim. D.H.*, 2017/109, p. 227.

<sup>54</sup> X. DELGRANGE et N. LAGASSE, « La liberté d'expression du juge : comment descendre de sa tour d'ivoire en demeurant au-dessus de la mêlée ? », in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis »*, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 191 et 192.

<sup>55</sup> C. MATRAY, *Le chagrin des juges. Essai sur une crise exemplaire*, Bruxelles, Complexe, 1997, p. 158. Voy. égal. C.E.D.H., 28 octobre 1999, *Wille c. Lichtenstein*, § 64 ; 26 février 2009, *Kudeshkina c. Russie*.

réserve qui consiste « à s'abstenir de tout acte ou de tout comportement de nature à ébranler la confiance du justiciable »<sup>56</sup>. Pour l'exprimer autrement, le devoir de réserve impose aux magistrats, qui ne jouissent pas directement d'une légitimité démocratique, d'user avec retenue, modération et décence de leur liberté d'expression<sup>57</sup>. Malgré cela, leur place dans la sphère publique a – « heureusement »<sup>58</sup>, précisent Georges de Leval et Frédéric Georges – évolué. La Cour européenne des droits de l'Homme<sup>59</sup> a ainsi reconnu que les juges devaient jouir, à l'instar des autres citoyens, de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme<sup>60</sup>. Même dans l'hypothèse d'un débat aux enjeux politiques sensibles, le juge reste libre, en principe, de faire une déclaration à ce sujet<sup>61</sup>. Enfin, le *Guide pour les magistrats – Principes, valeurs et qualités*, réalisé en 2012 à l'initiative du Conseil supérieur de la justice et du Conseil consultatif de la magistrature, dispose même que « [l]orsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en péril, la réserve cède devant le droit d'indignation »<sup>62</sup>.

Il n'est pas question pour nous de critiquer cette liberté d'expression. Une difficulté surgit néanmoins lorsque les opinions émises par le juge figurent dans le corps même des décisions qu'il rend<sup>63</sup>. Si de telles sorties sont de nature à susciter

la controverse, c'est précisément parce qu'elles émanent d'un juge, en tant qu'organe de l'État. Comme l'observe Pierre Bourdieu, revenant sur la différence entre un jugement insultant porté par une personne autorisée et une insulte privée<sup>64</sup> :

« [d]ans les carnets scolaires, les professeurs, oubliant les limites de leur charge émettent des jugements qui sont des insultes ; elles ont quelque chose de criminel parce que ce sont des insultes autorisées, légitimes<sup>65</sup>. Si on dit à votre fils, à votre frère ou à votre petit ami : “Tu es un idiot !” [...], c'est un jugement singulier porté sur une personne singulière par une personne singulière, donc réversible. Alors que si un professeur dit, sous une forme euphémisée : “Votre fils est un idiot”, ça devient un jugement avec lequel il faut compter. Un jugement autorisé a pour lui toute la force de l'ordre social, la force de l'État »<sup>66</sup>.

Pareillement, un *obiter dictum* qui avance des opinions sur la société, sur les travers du parlementarisme – en opposant en quelque sorte les sombres desseins partisans à la sagesse du pouvoir judiciaire<sup>67</sup> –, sur la gestion d'une crise, sur l'illégalité supposée d'une mesure sans lien véritable avec le litige dont il est question, estompe la ligne de démarcation entre le juge en tant qu'organe d'un pouvoir et la personne privée du juge. On se souviendra néanmoins des mots du Procureur général Ernest Krings qui, dans sa mercuriale solennelle de 1988, suggérait qu'« [u]n juge, même à l'audience, même dans ses jugements ne peut tout se permettre. Il ne pourrait dans ses jugements inciter à commettre une violation de la loi ou approuver une telle violation. Il doit s'abstenir de tout commentaire et de toute attitude qui pourraient être inutilement, voire injustement, blessants pour une partie. De même, il doit dans ses jugements s'abstenir de toute polémique, quelle qu'elle soit. Le tribunal n'est pas une tribune »<sup>68</sup>. Ces précautions s'avèrent d'autant plus justifiées qu'il n'est

<sup>56</sup> Cass., 9 septembre 1999, *Pas.*, I, n° 446. Voy. égal. F. KUTY, « Le devoir de réserve du magistrat dans ses relations avec la presse », *J.T.*, 2005/15, pp. 268-270.

<sup>57</sup> C. MATRAY, « La discipline judiciaire », in G.-A. DAL (dir.), *Actualités du droit disciplinaire*, C.U.P., vol. 167, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 137.

<sup>58</sup> G. DE LEVAL et F. GEORGES, *Droit judiciaire – Tome 1 : Institutions judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 316. Pour l'affaire *Panier*, voy. Cass., 14 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 528 et s., note J. VERHOEVEN, « Droits de l'homme, discipline et liberté d'expression : le droit du juge à un procès équitable » ; A. DE NAUW, « La liberté d'expression du judiciaire à l'égard du politique », in *Liber amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits – Utopie ou réalité ?*, Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 887 et 888.

<sup>59</sup> Voy. C.E.D.H., 26 février 2009, *Koudechkina c. Russie* ; C.E.D.H., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, *Rev. Trim. D.H.*, 2017, avec obs. C. MATRAY, « Verve ou réserve des magistrats », *op. cit.*, pp. 221-238.

<sup>60</sup> J.-F. FUNCK, « Liberté d'expression des magistrats : vers une culture du débat ? », note sous Trib. disc. fr., 4 octobre 2019, *J.T.*, 2020, pp. 16-18. Voy. égal. pour une position plus nuancée F. CLOSE, « Propos offensant, déontologie et sanction disciplinaire du magistrat », note sous Trib. disc. fr., 4 octobre 2019, *Rev. Dr. pén.*, 2020/3, pp. 402-407.

<sup>61</sup> Voy. récemment C.E.D.H., 5 mai 2020, *Kövesi c. Roumanie*, n° 201 et J.-F. FUNCK, « Divers – Libre expression des magistrats : une garantie pour la démocratie », *J.T.*, 2020, p. 578.

<sup>62</sup> *Guide pour les magistrats – Principes, valeurs et qualités*, p. 12, disponible en ligne sur : <https://csj.be/fr/publications/2012/guide-pour-les-magistrats> ; voy. à ce sujet P. MANDOUX et D. VANDERMEERSCH, « Le point de vue du magistrat », in *Le devoir de réserve : l'expression censurée ?*, coll. Les cahiers de l'Institut d'études sur la justice, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 34 et 35 ; M. CADELLI, « Du devoir de réserve des magistrats aux vertus d'indignation et de courage – “Lorsque la démocratie et les libertés fondamentales sont en péril, la réserve cède devant le droit d'indignation” », *J.T.*, 2013, pp. 297-305 et B. NELISSEN, *Van onafhankelijke magistratuur tot rechter-bureaucraat: factor van rechtstatelijke (des)integratie ?*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 157-186.

<sup>63</sup> Voy. encore récemment Trib. trav. Liège (div. Namur), 3 février 2021, 21/1/C, inéd., p. 4 : « Au vu des restrictions actuelles aux libertés fonda-

mentales en Belgique, hors des dérogations légales possibles prévues par la Constitution, le Tribunal s'indigne ».

<sup>64</sup> Voy. égal. P. BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, Paris, Fayard, 1982, pp. 71-126.

<sup>65</sup> P. BOURDIEU et M. DE SAINT MARTIN, « Les catégories de l'entendement professoral », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1 (3), mai 1975, pp. 68-93.

<sup>66</sup> P. BOURDIEU, *Sur l'État – Cours au Collège de France (1989-1992)*, coll. Raisons d'agir, Paris, Seuil, 2012, p. 27.

<sup>67</sup> Voy. à ce sujet la formule provocante de P.-M. RAYNAL, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, vol. 37, n° 2, 2016, pp. 37 et 38, et spéc. p. 38 : « En somme, l'expression juridictionnelle de la volonté générale vaut mieux que son expression parlementaire car le juge est un représentant plus crédible. Du haut de son savoir politique magnifié par ses compétences juridiques, il sait davantage quel est le contenu véritable du bien commun ».

<sup>68</sup> E. KRINGS, « Devoirs et servitudes des membres du pouvoir judiciaire », Bruxelles, Bruylant, *J.T.*, 1988, p. 489.

pas inconcevable que le juge en question soit ultérieurement amené à trancher des litiges relatifs à des sujets connexes. En l'espèce, les longs considérants, pour le moins orientés, portant sur la gestion de la crise sanitaire sont de nature à semer le doute quant à l'impartialité du magistrat si, à l'avenir, la légalité et la proportionnalité des mesures restrictives des libertés sont directement remises en question devant lui.

On doit bien regretter que le développement juridique proposé par le Tribunal de première instance francophone de Bruxelles, si l'on fait abstraction de toutes ces opinions étrangères à la demande des requérants, soit si succinct en ce qui concerne la marge de manœuvre du juge des référés<sup>69</sup>, en résumant sa position par un appel au respect de l'État de droit.

### III. RÉFLEXIONS RELATIVES À L'ÉTAT DE DROIT DANS LE CADRE DE LA PANDÉMIE

La séparation des pouvoirs, nous l'avons mentionné dans notre première section, demeure une assise cardinale de l'ordre juridique belge. Il n'empêche néanmoins plus le pouvoir judiciaire d'exercer certaines prérogatives de contrôle et de prévention à l'égard des deux autres pouvoirs. Dans certaines circonstances, le juge (en particulier le juge des référés) joue un rôle préventif non négligeable dans le but de préserver les droits subjectifs des citoyens. Pourtant, la seconde section nous permet de conclure que l'argumentation de la juridiction quant aux limites du pouvoir judiciaire en l'espèce est laconiquement renvoyée au respect de l'*État de droit* sans étayer ni le concept, ni ses ramifications.

Une telle approche nous permet de proposer quelques réflexions plus générales au départ du concept, tant celui-ci s'est trouvé mobilisé lors de la crise sanitaire et invoqué à cor et à cri par pléthore d'acteurs depuis plusieurs mois.

<sup>69</sup> Voy. ainsi Cass., 21 mars 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 908, concl. J. VELU : « Le juge des référés ne s'immisce pas dans les attributions du Pouvoir exécutif lorsque, statuant au provisoire dans un cas dont il reconnaît l'urgence, il se déclare compétent pour, dans les limites de sa mission, prescrire à l'autorité administrative les mesures et notamment les défenses nécessaires aux fins de prévenir ou de faire cesser une atteinte paraissant portée fautivement par cette autorité à des droits subjectifs dont la sauvegarde relève des cours et tribunaux ».

#### A. DÉFINITION COMPLEXE

Difficilement saisissable, la notion d'État de droit est aujourd'hui invoquée à tue-tête<sup>70</sup>, surgissant dans des situations aussi peu analogues, si l'on énonce quelques exemples récents, qu'un discours de Donald Trump Jr. lors de la campagne présidentielle de 2020<sup>71</sup>, l'assaut du Capitole, le 6 janvier 2021, par les partisans du candidat républicain<sup>72</sup>, une négociation relative au budget européen<sup>73</sup> ou le communiqué d'un parti politique belge à la suite du rejet par le Sénat de la candidature de l'une de ses membres à la Cour constitutionnelle<sup>74</sup>. En concurrence avec le rayonnement du terme « démocratie »<sup>75</sup>, l'État de droit est devenu une forme de méta-concept de référence, pourtant sujet à controverse et source de confusion dès lors qu'il pose « l'inextricable problème de la soumission de l'initiateur de la juridicité au droit »<sup>76</sup>. Son orthographe même est discutée, certains préférant désormais « état de droit » à « État de droit »<sup>77</sup>, sans proposer d'explication toujours convaincante, surtout à la lecture des définitions proposées par l'Académie française<sup>78</sup>. Il s'agit donc d'une notion tantôt rapprochée, tantôt distinguée d'autres formules comme la « prééminence du droit »<sup>79</sup> et la « *rule of law* » issue de la *common law*<sup>80</sup> que la Commission de Venise a tenté de réconcilier en 2011<sup>81</sup>.

<sup>70</sup> B. LUSIN, « Le mythe de l'État de droit », *L'État de droit, rétrospectivement...*, *Civitas Europa*, vol. 37, n° 2, 2016, pp. 155 et 156.

<sup>71</sup> T. FRANCK, « L'Amérique saisie par la folie », *Le monde diplomatique*, octobre 2020, p. 11.

<sup>72</sup> N. BOGEL-BURROUGHS, « Biden Calls on Trump to "Demand an End to this Siege" », *The New York Times*, 6 janvier 2021.

<sup>73</sup> O. LE BUSSY, « Coup de bluff ou réelle menace ? La Pologne annonce son veto si le budget européen est lié au respect de l'État de droit », *La libre*, 13 octobre 2020.

<sup>74</sup> « Ecolo condamne fermement le rejet de la candidature de Zakia Khattabi à la Cour constitutionnelle », *Ecolo*, 15 mai 2020, disponible en ligne sur : <https://ecolo.be/ecolo-condamne-fermement-le-rejet-de-la-candidature-de-zakia-khattabi-a-la-cour-constitutionnelle/>.

<sup>75</sup> P.-M. RAYNAL, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *op. cit.*, p. 28.

<sup>76</sup> M. CHAMBON, M. DUBUY, et S. PIERRÉ-CAPS, « Avant-propos », *Civitas Europa*, vol. 37, n° 2, 2016, pp. 7-10.

<sup>77</sup> On notera utilement que le récent Rapport 2020 présenté le 30 septembre 2020 par la Commission européenne (SWD(2020) 300-326) entend dresser le panorama de la situation de « l'état de droit dans l'Union européenne », nonobstant l'article 2 du Traité sur l'Union européenne qui gratifiait encore la formule d'une majuscule.

<sup>78</sup> « État de droit / état de droit », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., disponible en ligne sur : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/QDL033>.

<sup>79</sup> X. SOUVIGNET, *La prééminence du droit dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. Droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Thèses, Bruxelles, Bruylant, 2012.

<sup>80</sup> O. PFERSMANN, « Prolégomènes pour une théorie normativiste de l'État de droit », in O. JOUANGAN (dir.), *Figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire intellectuelle et constitutionnelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 55.

<sup>81</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit, *Rapport sur la prééminence du droit*, adopté lors de sa 86<sup>e</sup> session plénière, Venise, 25-26 mars 2011, CDL-AD(2011)003rev.

Sans que l'on puisse entrer dans ces nombreux détails<sup>82</sup>, les confusions qui entourent l'État de droit sont notamment le fruit de son caractère polysémique. De manière générale, il est possible d'affirmer qu'en vertu dudit 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 les acteurs dotés de prérogatives de souveraineté sont limités par des normes et des procédures juridiques<sup>83</sup>. Pour autant, plusieurs sens coexistent et modulent la portée du concept et la marge de manœuvre de ses gardiens<sup>84</sup>, mettant tantôt en évidence un système de normes hiérarchisées, tantôt le contenu réel de celles-ci<sup>85</sup>. Pour les uns, parler d'État de droit revient à constater une *structuration* de l'ordre juridique et l'articulation des règles, quelles qu'elles soient, pour éviter les décisions arbitraires ; pour les autres, un État de droit doit, pour être digne de ce nom, consacrer un certain nombre de principes et de valeurs.

Historiquement liée au « *Rechtsstaat* », la notion d'État de droit, si elle précède sa formulation, se développe dès le XVIII<sup>e</sup> siècle. À suivre les théorisations initiales, notamment celles de Karl Theodor Welcker<sup>86</sup> et Robert von Mohl<sup>87</sup> (du moins dans un premier temps), le *Rechtsstaat*, proche de la *rule of law*<sup>88</sup>, s'oppose au pouvoir autocratique<sup>89</sup>, en prévoyant des garanties institutionnelles et des libertés fondamentales. Cependant, au cours de la deuxième moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, le concept devient davantage technique, en s'éloignant des considérations relatives au contenu des

normes, sans égard pour le juste ou l'injuste<sup>90</sup>. La notion de *Rechtsstaat*, présentée au début du XX<sup>e</sup> siècle par le courant positiviste au premier rang duquel figurent Hans Kelsen et Adolf Julius Merkl<sup>91</sup>, se concentre sur une « doctrine de la pyramide des normes » (*Stufenbaulehre*) où les normes « s'emboîtent, s'enchaînent, s'articulent de manière à former un tout cohérent »<sup>92</sup>. Après la Seconde Guerre mondiale, on assiste au retour en force d'une conception plus substantielle de l'État de droit, sous l'influence de son pendant anglo-saxon, approximatif, la *rule of law*<sup>93</sup>. À suivre cette interprétation, l'État de droit se présente comme un *méta-principe*<sup>94</sup> qui garantit le respect, par les autorités publiques d'un *corpus* de règles immanentes, composé par exemple des droits fondamentaux, la participation démocratique, le droit des minorités, la responsabilité de l'État ou encore la séparation des pouvoirs<sup>95</sup>.

En substance, l'État de droit peut donc correspondre à « l'État assujéti au droit », à « l'État qui agit au moyen du droit » ou encore à « l'État dont le droit comporte certains attributs intrinsèques »<sup>96</sup>. Or, cette distinction entre conception formelle et matérielle n'est pas sans conséquence : une norme juridique adoptée dans le pur respect des procédures de droit interne, s'appuyant même sur un large consensus démocratique, peut toujours être perçue comme contraire à l'État de droit

<sup>90</sup> H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, vol. 68, Tubingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 9.

<sup>91</sup> A. MERKL, « Das doppelte Rechtsantlitz », *Juristische Blätter*, 47, 1918, pp. 425 et s. ; *Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig, Deuticke, 1923 et « A Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues » in A. VERDROSS (dir.), *Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur reinen Rechtslehre. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag-gewidmet*, Vienne, Springer, 1931, pp. 252 et s.

<sup>92</sup> Voy. J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *Rev. dr. publ.*, 1988, p. 318.

<sup>93</sup> D. MOCKLE, « L'État de droit et la théorie de la *rule of law* », *Les Cahiers de droit*, vol. 35, n° 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 ».

<sup>94</sup> 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 et de dogmatique juridiques comparées », in H. BAUER et C. CALLIÈS (eds.), *Verfassungsprinzipien in Europa. Constitutional Principles in Europe. Principes Constitutionnels en Europe*, Athènes, Berlin, Bruxelles, Sakkoulas, Berliner Wissenschafts-Verlag, Bruylant, 2008, p. 121.

<sup>95</sup> K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, Grundgriffe 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.

<sup>96</sup> J. CHEVALLIER, cité par M. CHAMBON, M. DUBUY, et S. PIERRÉ-CAPS, « Avant-propos », *Civitas Europa*, vol. 37, n° 2, 2016, p. 7. Voy. égal. C. HUSSON-ROCHCONGAR, « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, vol. 37, 2016, pp. 183-220.

<sup>82</sup> Pour une présentation plus détaillée de l'État de droit, voy. M. TROPER (dir.), *L'État de droit*, Cahiers de philosophie Politique et Juridique, Caen, Presses universitaires de Caen, 1993 ; L. HEUSCHLING, *État de droit – Rechtsstaat – Rule of Law*, coll. Nouvelle Bibliothèque des Thèses, Paris, Dalloz, 2002 ; J. CHEVALLIER, *L'État de droit*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2017 et E. CARPANO, « La crise de l'État de droit en Europe. De quoi parle-t-on ? », *R.D.L.F.*, 2019, chron. n° 29.

<sup>83</sup> O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Seuil, 2013, p. 450.

<sup>84</sup> 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.

<sup>85</sup> J. CHEVALLIER, « L'État de droit », *Rev. dr. publ.*, 1988, p. 313.

<sup>86</sup> K. T. WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe philosophisch und nach den Gesetzen der merkwürdigsten Völker rechtshistorisch entwickelt*, Gießen, Heyer, 1813, pp. 13-26.

<sup>87</sup> R. VON MOHL, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2 vol., Tubingen, Laupp, 1829/1831 ; R. VON MOHL, *Die deutsche Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*, 3 vol., Tubingen, Laupp, 1832/1833/1834.

<sup>88</sup> C. HUSSON-ROCHCONGAR, « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, vol. 37, 2016, p. 188.

<sup>89</sup> Voy. O. JOUANIAN, « Présentation », in O. JOUANIAN (dir.), *Les figures de l'État de droit. Le Rechtsstaat dans l'histoire constitutionnelle et intellectuelle de l'Allemagne*, Strasbourg, PUS, 2001, p. 16.

par certains dès lors qu'elle méconnaîtrait certains principes qui lui sont dorénavant attachés.

Dans tous les cas et peu importe son acception exacte, l'État de droit renforce structurellement la position du juge<sup>97</sup>. En effet, « [u]ne 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'ordonnance-ment juridique. Elle ne le fera que si elle y est contrainte »<sup>98</sup>. Pour qu'un tel système soit véritablement effectif, il convient par conséquent que le citoyen puisse en appeler à un 'arbitre' si une autorité excède ses limites et méconnaît une règle qui lui est applicable : c'est la dimension opérationnelle de l'état de droit<sup>99</sup>. En 1975, La Cour européenne des droits de l'Homme a dans le même sens jugé dans son arrêt *Golder contre Royaume-Uni* que « la pr minence du droit ne se conçoit guère sans la possibilité d'accéder aux tribunaux »<sup>100</sup>.

## B. ÉTAT DE DROIT ET CRISE SANITAIRE

Pour lutter contre la pandémie de Covid-19, les  tats européens ont mobilisé un vaste arsenal de dispositifs d'urgence, parfois dans une malheureuse précipitation<sup>101</sup>. Néanmoins, l'article 187 de la Constitution belge dispose que « la Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie »<sup>102</sup>.

<sup>97</sup> J. CHEVALLIER, *L' tat de droit*, 6   d., Paris, L.G.D.J., 2017, p. 126. Ce constat n'a pas manqué de susciter un certain nombre de critiques : pour des développements du début du siècle dernier, voy. H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, vol. 68, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1930 et spéc. pp. 9 et 10. Voy.  gal. P.-M. RAYNAL, « L' tat de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, vol. 37, n  2, 2016, pp. 27-46.

<sup>98</sup> O. DUHAMEL et G. TUSSEAU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*, 3   d., Paris, Seuil, 2013, p. 453.

<sup>99</sup> 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.

<sup>100</sup> C.E.D.H., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, à 34.

<sup>101</sup> Comme l'ordonnance en référé du Tribunal de première instance francophone de Bruxelles reprend quelques considérations émanant de l'OMS, rappelons également ce que l'organisation internationale remarquait et louait en février 2020 : « *China's uncompromising and rigorous use of non-pharmaceutical measures to contain transmission of the COVID-19 virus in multiple settings provides vital lessons for the global response. This rather unique and unprecedented public health response in China reversed the escalating cases in both Hubei, where there has been widespread community transmission, and in the importation provinces, where family clusters appear to have driven the outbreak. [...] China's experience strongly supports the efficacy and effectiveness of anchoring COVID-19 readiness and rapid response plans in a thorough assessment of local risks and of utilizing a differentiated risk-based containment strategy to manage the outbreak in areas with no cases vs. sporadic cases vs. clusters of cases vs. community-level transmission. Such a strategy is essential for ensuring a sustainable approach while minimizing the socio-economic impact. Much of the global community is not yet ready, in mindset and materially, to implement the measures that have been employed to contain COVID-19 in China. These are the only measures that are currently proven to interrupt or minimize transmission chains in humans* » (Report of the WHO-China Joint Mission on Coronavirus Disease 2019 (COVID-19), 16-24 février 2020, WHO int., p. 19).

<sup>102</sup> Sur cette disposition, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 293-297, ainsi que les références

Il découle de cette disposition que l'instauration d'un «  tat d'exception », non seulement n'est pas prévu par la Constitution, mais semble interdite par celle-ci<sup>103</sup>. En d'autres termes, malgré l'urgence, la gestion de la crise doit se plier aux exigences constitutionnelles et légales ordinaires. L'organisation et la séparation des pouvoirs, de même que la préservation des droits fondamentaux, doivent prévaloir.

Nous pouvons à ce stade partager deux observations.

Premièrement, il est évident que les multiples mesures prises dans le cadre de la pandémie ont donné lieu à d'importants débats, et à d'inévitables contentieux devant les juridictions compétentes. La qualité, l'accessibilité<sup>104</sup>, les fondements, l'instabilité et la fréquence des textes adoptés posent question, de même que la légalité et la proportionnalité<sup>105</sup> des mesures restrictives des libertés – comme l'imposition d'un couvre-feu<sup>106</sup> – et des peines le cas échéant prévues. Malgré les arrêts

reprises dans F. BOUHON, A. JOUSTEN et X. MINY, « Belgique : Entre absence d'état d'exception, pouvoirs de police et pouvoirs spéciaux », in I. DIEZ PARRA, *Droit d'exception, une perspective de droit comparé*, Bruxelles, Publication of the European Parliament Research Service, 2021, à paraître.

<sup>103</sup> M. VERDUSSEN, « L'impact sur les assemblées parlementaires de la crise déclenchée par la pandémie de Covid-19 en Belgique », in Fondation Robert Schuman, *Le Parlement au temps du coronavirus*, p. 3, disponible en ligne sur : [https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/ouvrages/FRS\\_Parlement-Belgique.pdf](https://www.robert-schuman.eu/fr/doc/ouvrages/FRS_Parlement-Belgique.pdf).

<sup>104</sup> Pour prendre un exemple récent, on ne peut qu'être interpellé par la formulation des restrictions et des exceptions en termes de voyages depuis et vers la Belgique, reprises dans l'arrêt ministériel du 26 janvier 2021 (*M.B.* du 26 janvier 2021). Sont considérés comme essentiels, parmi d'autres, « les voyages d'habitants de communes frontalières et de leurs communes voisines directes au pays frontalier comme élément de la vie quotidienne pour des activités qui sont également autorisées dans le pays de résidence principale et qui sont nécessaires ; les voyages d'habitants de zones frontalières au pays frontalier comme élément de la vie quotidienne pour des activités qui sont également autorisées dans le pays de résidence principale et qui sont nécessaires, pour autant qu'une preuve crédible de ceci puisse être fournie ». Un tel libellé tranche singulièrement avec le principe énoncé par la Cour européenne des droits de l'Homme dans son arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979 en vertu duquel, pour qu'une ingérence dans un droit fondamental puisse être considérée comme fondée sur une base légale, il faut que la norme légale « soit suffisamment accessible : le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une "loi" qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite ; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé » (§ 49).

<sup>105</sup> Voy. A. SCHAUS et V. LETELLIER, « Carnet de crise #15 du 17 avril 2020 : Les droits et libertés à l'épreuve de la crise sanitaire (Covid-19) », Centre de droit public de l'ULB, 17 avril 2020, disponible en ligne sur : [https://droit-public.ulb.ac.be/carnet-de-crise-15-les-droits-et-libertes-a-lepreuve-de-la-crise-sanitaire-covid-19/#\\_ftnref14](https://droit-public.ulb.ac.be/carnet-de-crise-15-les-droits-et-libertes-a-lepreuve-de-la-crise-sanitaire-covid-19/#_ftnref14).

<sup>106</sup> Voy. ainsi J. DE GROOTE et K. VERELST, « Wordt corona het einde van de rechtsstaat ? », *VRT*, 31 juillet 2020 : « *Een "avondklok" is in België per definitie ongrondwettelijk. Ook de Wet op de Civiele Veiligheid, die de basis van het corona-MB is, verandert daar niets aan. Deze wet staat enkel toe in een precies afgebakend gebied en in een zeer beperkte tijdsperiode de mobiliteit van de mensen te beperken. Deze wet inroepen voor een federaal samscholingsverbod (de "lockdown") was al een (enigszins begrijpelijke) stretch van jewelste. Waar een samscholingsverbod het gebruik van de publieke ruimte beperkt, verbiedt een avondklok het gebruik van de publieke ruimte in het geheel. Het is het verschil tussen vrijheidsbeperking en vrijheidsberoving* ».

rendus par le Conseil d'État<sup>107</sup>, de nombreux auteurs soulèvent que les mesures adoptées par le ministre de l'Intérieur ne correspondent pas nécessairement au contenu des mesures susceptibles d'être adoptées sur la base des législations sur lesquelles les arrêtés ministériels sont fondés<sup>108</sup>. Le canevas juridique de lutte contre la pandémie reste donc critiqué. Or, ici comme ailleurs, hier comme aujourd'hui, illisibilité, incompréhension et incohérence des textes forment un terreau propice à l'arbitraire et aux abus de pouvoirs, en ce compris de la part des agents de police trop zélés<sup>109</sup>.

<sup>107</sup> Par cinq (volumineux) arrêtés des 28 et 30 octobre 2020 (C.E., 28 octobre 2020, arrêtés n°s 248.780 et 248.781 ; C.E., 30 octobre 2020, arrêtés n°s 248.818 et 248.819 et C.E., 13 novembre 2020, arrêt n° 248.918), le Conseil d'État a, en assemblée plénière de la section du contentieux administratif, rejeté les demandes de suspension introduites en extrême urgence et dirigées contre la fermeture des cafés et des restaurants imposée par les arrêtés ministériels des 18, 23 et 28 octobre 2020 et contre le couvre-feu instauré par ces mêmes arrêtés. Au sujet du couvre-feu, principalement concerné par l'arrêt n° 248.818, le Conseil d'État est d'avis que les requérants ne démontrent pas d'inconstitutionnalité, ni l'absence de fondement légal. En effet, selon les requérants, la loi du 15 mai 2007 (en particulier ses articles 181, § 1, et 182) apparaissait comme une base insuffisante. Le Conseil d'État relève toutefois que l'article 182, premier alinéa, de la loi du 15 mai 2007 reprend largement le libellé de l'article 6 de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2006-2007, n° 2928/001, p. 15) qui disposait que « [l]e Ministre ayant l'Intérieur dans ses attributions [...] peut [...] lorsqu'il y a menace d'événements calamiteux de catastrophes et de sinistres, en vue d'assurer la protection de la population, obliger celle-ci à s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés [...] ; il peut, pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement de la population ». Ajoutés sur avis de la section de législation du Conseil d'État, les mots « lorsqu'il y a menace d'événements calamiteux de catastrophes et de sinistres » impliquent un « pouvoir extrêmement étendu » dans le chef du Ministre dans ces hypothèses critiques (*Doc. parl.*, Sénat, 1961-1962, n° 338, p. 16). Parmi les catastrophes particulières, figure le risque de radioactivité ou de contamination (*Doc. parl.*, Sénat, 1961-1962, 338, p. 5), autorisant dans ce cas, indique le Conseil d'État, le Ministre à « interdire tout déplacement ou mouvement de la population ». Ces précisions s'appliqueraient *mutatis mutandis* à la formule « en cas de circonstances dangereuses » reprise à l'article 182 de la loi du 15 mai 2007. Par conséquent, le Conseil d'État conclut provisoirement que le principe de légalité est bien respecté tout en observant qu'il ne lui appartient pas d'examiner la constitutionnalité de la loi du 15 juillet 2007. Voy. égal. M. BOES, « De grondwettigheid van de coronabesluiten », *Leuven Blog for Public Law*, 4 novembre 2020, disponible en ligne sur : <https://www.leuvenpubliclaw.com/de-grondwettigheid-van-de-coronabesluiten/?fbclid=IwAR1LMpg5pTFzrDM9G1aJaOEZ64mpwFYode3u2xPFWf1EZogLZA-eQ64bJ4>.

<sup>108</sup> Franklin Kutu relève que « la méconnaissance de tous les comportements interdits par cet arrêté ministériel ne semble pouvoir trouver son fondement légal à l'article 182 [de la loi relative à la sécurité civile]. Ainsi, s'agissant de l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté ministériel, si l'obligation de fermeture de la plupart des commerces, magasins, marchés et établissements relevant des secteurs culturel, festif, récréatif, sportif et horeca ainsi que les règles de distanciation sociale et de densité de clientèle dans les magasins de type grande surface peuvent être considérées comme autant de modalités relatives ou atténuées de confinement, il ne semble pas en aller de même de l'interdiction de la pratique des soldes et réductions ou encore de l'horaire d'ouverture des magasins d'alimentation » (F. KUTU, « Les implications pénales de la sécurité civile Les infractions à la réglementation tendant à limiter la propagation du virus Covid-19 (1<sup>re</sup> partie) », *J.T.*, 2020, p. 298). Voy. égal. L. KENNES, « La responsabilité pénale et la pandémie », in S. PARSIA et M. UYTENDAELE (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, p. 239 ; G. NINANE, « La pandémie de Covid-19 et le pouvoir de police administrative de l'état d'urgence du ministre de l'Intérieur », obs. sous C.E., 28 octobre 2020, arrêt n° 248.781 *J.L.M.B.*, 2021/1, pp. 17-25 ; P. POPELIER, « Crisismeester per ministerieel besluit », *T.v.W.*, 2020/4, pp. 264 et 265 et N. THIRION, « La gestion juridique de la crise sanitaire en Belgique : de l'État de droit à l'état d'exception ? », *R.D.C.*, 2020/10, pp. 1296-1317.

<sup>109</sup> Voy. A. SENTÉ, « Le coronavirus questionne l'action policière dans les quartiers populaires de Bruxelles », *Le Soir*, 7 mai 2020 et S. SIMON, « Rap-

port Police watch – Abus policiers et confinement », *Ligue des droits humains et Police Watch*, juin 2020, pp. 7 et 20, disponible en ligne sur : <http://www.liguedh.be/wp-content/uploads/2020/06/Rapport-Police-Watch-LDH-2020.pdf>.

La suspicion est d'autant plus grande qu'il est possible de lire, sous la plume du CELEVAL – la Cellule d'évaluation chargée de remettre des avis aux autorités publiques dans le cadre de la lutte contre l'épidémie –, des affirmations aussi surprenantes que celle selon laquelle « [c]ommon-sense must prevail above rule-of-law »<sup>110</sup>, ou bien d'entendre, de la bouche même du ministre de la Santé, qu'il n'existe pas beaucoup de risques à faire les magasins, alors que le Comité de concertation avait imposé, un mois auparavant, la fermeture des commerces dits « non-essentiels », autorisés uniquement à travailler en livraison et retrait<sup>111</sup>.

S'il est donc à cet égard incontestable qu'une telle situation a provoqué l'adoption de normes dont la conformité aux règles supérieures a été sérieusement mise en doute, on doit également signaler que de nombreuses juridictions ont précisément été saisies<sup>112</sup>. À ce stade, le Conseil d'État et, dans une moindre mesure, la Cour constitutionnelle ont déjà rendu plusieurs arrêtés en la matière. De manière générale, ces deux juridictions suprêmes n'ont pas remis fondamentalement en question le cadre juridique en place<sup>113</sup>. Alors qu'il a, à plusieurs reprises, rejeté les recours qui lui étaient adressés pour des motifs non liés à l'examen des moyens, le Conseil d'État n'a suspendu qu'un nombre limité de mesures de confinement<sup>114</sup>. Le 9 octobre 2020, le Conseil d'État a

port Police watch – Abus policiers et confinement », *Ligue des droits humains et Police Watch*, juin 2020, pp. 7 et 20, disponible en ligne sur : <http://www.liguedh.be/wp-content/uploads/2020/06/Rapport-Police-Watch-LDH-2020.pdf>.

<sup>110</sup> Advies ceval 2.1 (80) Living with Covid – Giving perspective in 2020, p. 2, disponible en ligne sur : [https://d34j62pglfm3rr.cloudfront.net/ceval/ADVIES\\_CELEVAL\\_80.pdf](https://d34j62pglfm3rr.cloudfront.net/ceval/ADVIES_CELEVAL_80.pdf).

<sup>111</sup> S'il s'est depuis justifié, notamment à la Chambre, en avançant des recommandations du CELEVAL, le ministre de la Santé Frank Vandembroucke, interrogé le 27 novembre dans l'émission *Terzake* (VRT) sur la réouverture des commerces, a en effet répondu : « *Winkelen is eigenlijk geen groot risico als dat gebeurt op een heel goed gecontroleerde manier. [De winkels zijn gesloten] omdat je op een bepaald moment een schokbeslissing moet nemen, je moet echt een schokeffect krijgen. Daar hoort bij dat je zegt : 'Niet-essentiële winkels ook onmiddellijk dicht'. [...] Ik denk dat dat echt een goede beslissing was. Op een bepaald moment moet je zeggen: 'Den blok erop', zodat het duidelijk is.* »

<sup>112</sup> Voy. M.-F. RIGAUX, « Quand le législateur sommeille, les juges veillent, chacun à sa façon », *J.T.*, 2021, pp. 218-219.

<sup>113</sup> Ce qui n'a pas manqué d'être critiqué. Voy. les réactions aux arrêtés : P. POPELIER *et al.*, « Haal het parlement uit quarantaine en maak een coronawet », *op. cit.* ; P. POPELIER *et al.*, « Sortez le parlement de la quarantaine ! », *op. cit.*

<sup>114</sup> En ce qui concerne les pouvoirs spéciaux, le Conseil d'État a, dans son arrêt n° 249.019 du 24 novembre 2020, écarté, sur la base de l'article 159 de la Constitution, l'article 2 de l'arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 2 du 18 mars 2020 (*M.B.*, 20 mars 2020) et les articles 2 et 4 de l'arrêté du Gouvernement wallon de pouvoirs spéciaux n° 20 du 18 avril 2020 (*M.B.*, 22 avril 2020) qui concernaient la suspension du délai de recours devant le Conseil d'État pendant la première vague de la pandémie. Constatant l'incompétence du Gouvernement wallon, le Conseil d'État a jugé que les conditions requises pour invoquer, comme le faisait l'Exécutif wallon, les pouvoirs implicites visés à l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, n'étaient pas remplies en l'espèce.

suspendu l'arrêté du bourgmestre de la Ville de Bruxelles d'interdiction de la prostitution sur le territoire communal<sup>115</sup>. Le 8 décembre 2020, ce sont les restrictions imposées en matière d'exercice de la liberté de culte par l'arrêté ministériel du 28 novembre qui ont été jugées disproportionnées<sup>116</sup>. Plus récemment, le Conseil d'État a, par son arrêt n° 249.685 du 2 février 2021<sup>117</sup>, donné raison à des exploitants de campings et de parcs de vacances qui critiquaient la différence de traitement existant entre leur secteur professionnel et d'autres formules d'hébergement toujours autorisées à ouvrir.

C'est surtout du côté des cours et tribunaux que viennent depuis quelques mois les principaux reproches dans le sillage de commentaires développés dans les premières contributions scientifiques. Certes, toutes les juridictions n'ont pas relevé d'illégalité ou d'inconstitutionnalité<sup>118</sup>, mais nous pouvons déjà relever que des jugements ont écarté des arrêtés adoptés pour faire face à la crise au motif qu'ils étaient contraires aux droits fondamentaux<sup>119</sup>. Le 21 septembre 2020, le Tribunal de police du Hainaut (division Charleroi) a estimé que, suivant la *ratio legis* des textes législatifs utilisés comme fondements par le Roi ou le ministre de l'Intérieur<sup>120</sup>, la base juridique dégagée pour restreindre la liberté de circulation n'était pas suffisante et a en conséquence déclaré irrecevable l'action publique lancée contre un citoyen qui, le 7 et le 14 avril 2020, n'avait pas respecté les mesures relatives au confinement<sup>121</sup>. Le 9 février

2021, le Tribunal correctionnel du Hainaut a cependant réformé le jugement en degré d'appel<sup>122</sup>. Le 12 janvier 2021, c'est au tour du tribunal de police francophone de Bruxelles de constater que le port du masque ne pouvait pas être rendu obligatoire par le ministre dans le cadre de l'exécution de la loi du 15 mai 2007, la juridiction notant au passage qu'« il est manifeste que la majorité des mesures figurant dans l'arrêté ministériel n'ont qu'un rapport très ténu avec la liberté de circulation, rapport que seul un sophiste pourrait considérer comme établi »<sup>123</sup>. Enfin, par une ordonnance remarquée du 31 mars 2021<sup>124</sup>, qui suscitera sans doute plusieurs commentaires, le tribunal de première instance francophone de Bruxelles, siégeant en référé, a jugé que les mesures adoptées par arrêté ministériel pour faire face à la pandémie ne jouissaient pas de base légale suffisante. Il a par conséquent condamné l'État belge, au terme d'un raisonnement dense et référencé, à prendre toutes les mesures appropriées pour « mettre un terme à la situation d'illégalité apparente découlant des mesures restrictives des libertés et droits fondamentaux [...] », et ce, dans un délai de trente jours, sous peine d'astreintes de 5.000 euros par jour de retard. L'État belge a toutefois interjeté appel de l'ordonnance.

Dans tous les cas, on doit bien regretter que l'ordonnance que nous commentons n'imite pas ces procédures et décisions quand il s'agit d'explicitier son raisonnement juridique et préfère développer sa perception intime de la situation politico-juridique de la Belgique alors que la requête qui lui était adressée n'afférait pas à cet enjeu.

Deuxièmement, malgré sa position cardinale et son statut de « héraut de la démocratie »<sup>125</sup>, le juge est lui-même l'un des rouages de cette structure. À l'instar des autres pouvoirs, ses normes sont contrôlées. Alors que Montesquieu considérait que la position du juge était singulière puisqu'elle lui permet de priver un citoyen de ses biens ou de sa liberté, on remarque désormais une forme de renversement des pensées qui érige « sur les débris d'un légicentrisme jugé sans appel

<sup>115</sup> C.E., 9 octobre 2020, arrêt n° 248.541.

<sup>116</sup> C.E., 8 décembre 2020, arrêt n° 249.177. Voy. sur cet arrêt J. FLO, « Overheid moet coronamaatregelen versoepelen voor erediensden », *Juristenkrant*, 2020, pp. 1 et 2 et M. SERVAIS, « Liberté de culte et Covid 19 : le Conseil d'État examine le caractère proportionné des restrictions », *Justice-en-ligne*, 7 février 2021, disponible en ligne sur : <https://www.justice-en-ligne.be/Liberte-de-culte-et-Covid-19-le>.

<sup>117</sup> C.E., 2 février 2021, arrêt n° 249.685.

<sup>118</sup> Voy., en ce qui concerne les restrictions apportées aux déplacements sur la voie publique, Corr. Brabant wallon (6<sup>e</sup> ch.), 26 juin 2020, 2020/479 : « La situation inédite rencontrée confronte certes directement le citoyen lambda à la compréhension de dispositions modifiées à plusieurs reprises mais ces modifications apparaissent en l'espèce justifiées par la nature même du danger auquel la population est confrontée et la rapidité de son évolution – ainsi que, par la suite, du ralentissement de celle-ci – et répondre à une exigence de prévisibilité raisonnable, n'excluant pas un pouvoir d'appréciation du juge ». Voy. égal. Pol. Bruxelles (fr.), n° 20B013963, 27 juillet 2020, *CRA*, 2020, liv. 5, p. 42 ; Pol. Liège (division Verviers), 6 janvier 2021, 2021/90, inéd. ainsi que les exemples repris par J. FLO, « Corona-MB verdeelt de rechtspraak », *Juristenkrant*, 2020, pp. 1 et 2.

<sup>119</sup> Trib. entr. Bruxelles (18<sup>e</sup> ch. fr.), 5 mai 2020, inéd. ; Cass., 19 août 2020, P. 20.0840.F ; *J.T.* 2020, liv. 6823, p. 556 ; *J.L.M.B.* 2020, liv. 27, p. 1253.

<sup>120</sup> En particulier la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile (*M.B.* du 16 janvier 1964), la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police (*M.B.* du 22 décembre 1992) et la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile (*M.B.* du 31 juillet 2007).

<sup>121</sup> Pol. Hainaut (div. Charleroi), 21 septembre 2020, 2020/2538, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1692-1706. Voy. auparavant Pol. Hainaut (div. Charleroi), 29 juillet 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1288.

<sup>122</sup> Trib. corr. du Hainaut, div. Charleroi (7<sup>e</sup> ch.), 9 février 2021, n° 21/437, inéd.

<sup>123</sup> Pol. Bruxelles (fr.), 12 janvier 2021, 2021/465, inéd., p. 4.

<sup>124</sup> Civ. Bruxelles (ch. fr. réf.), 31 mars 2021, 2021/14/C, inéd.

<sup>125</sup> Voy. S. MALENGREAU, « Montée en puissance et légitimité du juge dans une société fragmentée en quête de lien social », *Du juge ou du parlementaire, qui gouverne ?*, disponible en ligne sur : *Le droit public existe-t-il ? Site collaboratif de recherche interdisciplinaire sur le droit public* (dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=26). Voy. égal. F. VANDEVENNE, « Le juge et la fin de l'Histoire », *Du juge ou du parlementaire, qui gouverne ?*, disponible en ligne sur : *Le droit public existe-t-il ? Site collaboratif de recherche interdisciplinaire sur le droit public* (dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=26).

liberticide, le *juricentrisme* contemporain »<sup>126</sup> : le juge incarne, proclame le Tribunal, le « dernier rempart des droits et des libertés ». Néanmoins, comme des hommes, il faut se méfier des institutions providentielles<sup>127</sup>, même si elles sont peuplées d'experts<sup>128</sup> qui, à l'instar de tout individu, sont influencés dans leurs actes par certains principes<sup>129</sup>. Les juridictions elles-mêmes ne sont pas à l'abri de prendre, consciemment ou non, des décisions dont la conformité aux normes supérieures fait l'objet de critiques<sup>130</sup>.

Précisément, il nous semble que la protection de l'État de droit que le Tribunal de première instance appelle de ses vœux nécessite également une motivation rendue sur la base du droit. Si l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est, en principe, applicable aux procédures qui, conformément à l'article 584 du Code judiciaire, sont jugées en référé par le Président du tribunal

de première instance<sup>131</sup>, on sait que certaines dérogations sont admises<sup>132</sup>. Comme le remarque Jean-François van Drooghenbroeck, « [d]e toutes les garanties du procès équitable, l'obligation de motivation des décisions de justice est sans doute celle dont la transposition au référé se prête aux discussions les plus nourries »<sup>133</sup>. Pour autant, il note à cet égard que « nul n'a jamais soutenu que le juge [...] des référés pourrait, à raison de l'urgence de la situation, se dispenser de constater les éléments de fait et de droit nécessaire à l'examen de la légalité de son appréciation au provisoire par la Cour de cassation. L'on s'accorde au contraire pour considérer que sa décision s'expose à la censure de la Cour, sur le visa de l'article 149 de la Constitution si lesdits éléments manquent »<sup>134</sup>.

Si donc nous n'ignorons pas la singularité d'une ordonnance en référé, il ne suffit pas, selon nous, d'invoquer lapidairement son défaut de juridiction au nom d'un concept aussi général que l'« État de droit »<sup>135</sup>. Une motivation adéquate implique « une complétude et une cohérence »<sup>136</sup>. Il aurait sans doute convenu que le Tribunal présente sans détour son raisonnement et l'explique en droit, à l'aune des dispositions en vigueur et des éclairages jurisprudentiels qui ne manquent pas en l'espèce<sup>137</sup>.

## CONCLUSION

La décision, en ce qu'elle administrerait « une volée de bois vert aux autorités belges »<sup>138</sup> et stigmatisait la gestion de la pandémie, a été remarquée<sup>139</sup> et parfois saluée sur les réseaux sociaux.

<sup>126</sup> P.-M. RAYNAL, « L'État de droit comme forme de gouvernement. Essai de classification », *Civitas Europa*, vol. 37, n° 2, 2016, p. 38.

<sup>127</sup> S. RIALS, « Entre artificialisme et idolâtrie. Sur l'hésitation du constitutionnalisme contemporain », *Le débat*, n° 64, mars-avril, 1991, p. 161.

<sup>128</sup> Voy. d'ailleurs l'avertissement de M.-J. REDOR, *De l'État légal à l'État de droit. L'évolution des conceptions de la doctrine publiciste française, 1870-1914*, Paris, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1992, pp. 287-292 : « À lire les publicistes, on s'aperçoit que ces derniers se croient et se veulent investis de deux missions dans l'État : celle d'éduquer les gouvernants qui, lorsqu'elle est conçue de façon extensive, aboutit nécessaire à un rôle plus important : celui du législateur. Dans la mesure où l'on croit que le droit comme objet est fondé sur la Raison, et que le droit comme discipline est une science, il est logique que ses spécialistes s'imaginent plus aptes que les autres à savoir ce qu'il faut faire. Il leur appartiendrait de guider les gouvernants, de leur offrir une direction intellectuelle loin des passions politiques. [...] Ainsi l'apologie du juge n'est-elle qu'un préliminaire à celle du juriste, c'est-à-dire essentiellement du professeur [...]. [T]ous sont persuadés que les juristes sont mieux armés que les politiciens pour élaborer des règles justes et raisonnables, et surtout pour donner une expression juridique précise aux besoins de l'intérêt général [...]. Le système dont rêvent les publicistes consiste donc en une sorte de gouvernement des sages où ils auraient la meilleure part du fait de leurs compétences juridiques ».

<sup>129</sup> Pour reprendre les termes de Hermann Heller, « ce qui est équitable ou non relève d'une appréciation de valeurs – variable dans une très large mesure selon des facteurs historique, national, et social – par ceux qui sont amenés à juger cette question, étant entendu qu'il est préférable, pour la justice du jugement, que celui ayant pris la décision soit conscient qu'il ne statue pas de manière absolument objective ; c'est seulement dans ce dernier cas qu'il conservera une distance critique suffisante vis-à-vis de lui-même » (H. HELLER, *Rechtsstaat oder Diktatur ?*, *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, vol. 68, Tubingen, J.C.B. Mohr, 1930, p. 10, traduction libre : « *was als gleich und was als ungleich zu gelten hat, bestimmt sich sehr wesentlich nach den nicht nur historisch und national, sondern auch sozial divergierenden Wertauffassungen derjenigen, die darüber zu urteilen berufen sind, wobei es für die Gerechtigkeit des Urteils immer besser ist, daß der Urteilende nicht von seiner absoluten Objektivität überzeugt ist ; denn nur in diesem Falle wird er sich die erforderliche Selbstkritik bewahren* »).

<sup>130</sup> Voy. ainsi N. THIRION, « *Quis custodiet ipsos custodiet ?* Libres propos sur les violations de la légalité couvertes, admises, entérinées ou commises par les cours suprêmes », *R.F.D.L.*, 2017, pp. 135-146. Voy. encore il y a peu les réactions doctrinales à l'encontre de l'arrêt rendu le 3 décembre 2020 par la Cour de cassation (Cass. (1<sup>re</sup> ch.), 3 décembre 2020, *J.T.*, 2021/5, n° 6843, p. 97-100) qui maintient sa jurisprudence – qui, « [d]e manière assez inédite, [...] fait pratiquement l'unanimité contre elle » – relative au régime du jugement définitif et à celui du jugement avant dire droit (G. CLOSSET-MARCHAL *et al.*, « Un arrêt sans dire droit », *J.T.*, 2021/5, n° 6843, pp. 100-102).

<sup>131</sup> Cass., 14 janvier 2005, *Pas.*, 2005, p. 76.

<sup>132</sup> C.E.D.H., 15 octobre 2009, *Micallef c. Malte*, §§ 85 et 86. Voy. à ce sujet J. VAN COMPENOLLE, « L'application des garanties du procès équitable aux procédures tendant à l'obtention de mesures provisoires : une clarification de la jurisprudence européenne », *J.L.M.B.*, 2010, liv. 18, pp. 827-834.

<sup>133</sup> J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Le juge des référés, hors la loi ? » in J. ENGLEBERT (dir.), *Questions de droit judiciaire inspirées de l'« affaire Fortis* », Bruxelles, Larcier, 2011, p. 136.

<sup>134</sup> *Ibid.*, pp. 139 et 140. Voy. Cass., 19 février 2010, *J.L.M.B.*, 2010, pp. 392-397 et S. MENÉTREY, « La procédure en référé : perspectives de droit belge et de droit européen », *Ius & Actores*, 2014/1, pp. 68-70.

<sup>135</sup> Voy. précisément le contraste avec la quinzaine de pages du jugement du tribunal de police du Hainaut : Pol. Hainaut (div. Charleroi), 21 septembre 2020, 2020/2538, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1692-1706.

<sup>136</sup> F. MARTINEAU, « Critères et standards rhétoriques de la bonne décision de justice », in P. MBONGO (dir.), *La qualité des décisions de justice*, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2007, pp. 91 et 92.

<sup>137</sup> Sur la motivation, voy. H. COLOMBET et A. GOUTTEFANGEAS, « La qualité des décisions de justice. Quels critères ? », *Dr. et société*, vol. 83, n° 1, 2013, pp. 63-166.

<sup>138</sup> N. THIRION, « Pourquoi l'arrêté ministériel Covid est illégal », *op. cit.*

<sup>139</sup> « Le brûlot d'un juge outré par la gestion de la crise », *L'Écho*, 5 août 2020 ; « 'Dangereuse dérive' : le coup de gueule d'un juge sur les mesures sanitaires liées au coronavirus », *Le Vif*, 5 août 2020.

Pourtant, si nous suivons bien le dispositif de l'ordonnance reposant sur le principe de la séparation des pouvoirs qui, bien qu'évolutif, demeure parmi les fondements de notre ordre juridique, la démarche qui consiste à utiliser sa salle d'audience comme tribune au détriment d'une motivation juridique étoffée n'est pas non plus exempte de critiques<sup>140</sup>.

Depuis près d'un an, les avis discordants sont légion et couvrent l'ensemble du spectre réflexif, entre le suivisme de celui prêt à « renoncer à la liberté essentielle pour acheter un peu de sécurité temporaire » aux condamnations de celui ayant

embrassé à pleine bouche la devise du libéralisme (si l'on en croit Michel Foucault) : « vivre dangereusement »<sup>141</sup>. Certes, il faut bien admettre que la gestion de la pandémie ait électrisé les discussions et les débats à un point tel que certains justiciables aient voulu « forcer la main » des autorités par l'intermédiaire du pouvoir judiciaire. Néanmoins, et bien que l'on doute sincèrement que le but du Tribunal était en l'occurrence d'avoir pignon sur rue dans l'actualité médiatique et de plaire à une partie de l'opinion publique<sup>142</sup>, le citoyen reste en droit d'attendre de ses juridictions une argumentation motivée ne se limitant pas à des réflexions, personnelles et étrangères à l'affaire, qui viseraient exclusivement à exprimer des griefs à l'égard des autres pouvoirs.

<sup>140</sup> Voy. M.-F. RIGAUD, *op. cit.*, p. 218 : « Au risque de confondre les rôles, il n'appartient pas aux juges d'exprimer dans leurs décisions des convictions personnelles. S'il est nécessaire de remettre les dispositions litigieuses dans leur contexte "socio-politique", on peut s'étonner qu'il arrive que cette mise en perspective se mue en un exposé sur la pandémie qu'il faudrait réserver aux virologues, voire aux Diafoirus du moment, exposé dont la proximité déforce l'argumentation proprement juridique que l'on attend d'une décision de justice ».

<sup>141</sup> M. FOUCAULT, *Naissance de la biopolitique – Cours au Collège de France. 1978-1979*, coll. Hautes Études, Paris, Gallimard, Seuil, 2004, p. 68.

<sup>142</sup> Qui représente toujours une source d'inquiétudes (X., « Échos – Hal-Vilvorde », *J.T.*, 2019, p. 368).