

CHAPITRE 24

LES INCOMPATIBILITÉS

PAR

MATHIAS EL BERHOUMI

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ SAINT-LOUIS – BRUXELLES
CENTRE INTERDISCIPLINAIRE DE RECHERCHES EN DROIT CONSTITUTIONNEL ET ADMINISTRATIF

ET

CÉLINE ROMAINVILLE

PROFESSEURE À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
CENTRE DE RECHERCHES SUR L'ÉTAT ET LA CONSTITUTION

Nul ne contestera l'actualité de la thématique des incompatibilités, dès lors que les aléas de la vie politique belge mettent régulièrement sur le devant de la scène les enjeux du cumul des mandats et une gamme de propositions en la matière, laissant apparaître parfois des nuances, souvent des contrastes.

D'aucuns pourraient toutefois s'étonner qu'un livre consacré aux systèmes électoraux saisisse l'occasion d'une seconde édition pour accueillir une contribution sur le sujet. En effet, les incompatibilités ne figurent pas parmi les règles qui encadrent *stricto sensu* les opérations électorales.

Fort heureusement, nous pouvons invoquer l'autorité du Conseil d'État pour démontrer que ce chapitre trouve sa place dans le présent ouvrage. En effet, la section de législation a rangé les incompatibilités dans la législation électorale pour y appliquer l'article 39^{ter} de la Constitution rendant les règles en matière d'élections législatives inapplicables aux scrutins organisés dans l'année qui suit leur promulgation⁽¹⁾. Ce raisonne-

(1) Avis n° 55.576/4 du 26 mars 2014 donné sur une proposition d'ordonnance spéciale limitant le cumul des mandats dans le chef des membres du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale. Le Conseil d'État estime plus généralement que s'adressent aux dispositions en matière d'incompatibilités les Lignes directrices du Code de bonne conduite en matière électorale adoptée par la Commission de Venise qui ont inspiré cette disposition constitutionnelle.

ment du Conseil d'État ne va pas de soi. En effet, la jurisprudence comme la doctrine s'inscrivent traditionnellement dans le sillage de Jacques Velu en reprenant sa définition de l'incompatibilité et la distinction qu'il opère immédiatement avec l'inéligibilité. À ses yeux, « l'incompatibilité est l'interdiction faite au titulaire d'une fonction de cumuler avec une ou plusieurs autres fonctions qui pourraient compromettre l'exercice. Il ne faut pas confondre l'incompatibilité et l'inéligibilité. L'inéligibilité constitue un obstacle juridique à l'élection elle-même. L'incompatibilité ne crée pas un empêchement à l'élection : l'élection est valable mais le candidat élu ne peut cumuler les deux fonctions incompatibles[,] il doit opter pour l'une ou pour l'autre »⁽²⁾. Dans cette perspective, les incompatibilités paraissent étrangères aux systèmes électoraux.

Si l'on peut encore aujourd'hui souscrire à cette définition de l'incompatibilité dont la généralité permet d'embrasser des régimes très différents, la distinction avec l'inéligibilité qui l'accompagne, selon que la règle produit ses effets avant ou après les élections⁽³⁾, doit être relativisée. Ainsi, plusieurs dispositions légales interdisent la double candidature⁽⁴⁾, c'est-à-dire le fait d'être simultanément candidat à deux élections menant à des mandats incompatibles. D'autres dispositions rendent inéligible celui qui souhaite obtenir un mandat incompatible avec la fonction qu'il exerce⁽⁵⁾. Dans ces hypothèses, et contrairement au droit en vigueur du temps de Velu, le mandataire n'a pas le choix et l'incompatibilité se double de règles qui font obstacle à la candidature. Plus généralement, même lorsqu'une incompatibilité n'empêche pas l'élection, il faut se borner à un formalisme étroit pour considérer que les effets de l'incompatibilité se limitent à l'après-scrutin. Le droit à l'éligibilité ne se limite pas au droit de se présenter au suffrage : il emporte, le cas échéant, le droit de siéger⁽⁶⁾. Du point de vue des électeurs, ils peuvent être influencés par l'impossibi-

(2) J. VELU, *Droit public*, t. 1, *Le statut des gouvernants*, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 485 et 486.

(3) Voy. en ce sens l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 34.914/2 du 12 mars 2003 donné sur une proposition de décret instituant une incompatibilité entre le mandat de ministre de la Région wallonne et une candidature aux élections législatives ou européennes.

(4) Art. 118 du Code électoral ; art. 28bis, § 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles (ci-après LSRI) ; art. 17, § 4, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux Institutions bruxelloises (ci-après LSIB), art. 21, § 5, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, et art. 23, § 2, de la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Parlement de la Communauté germanophone. Voy. *supra*, chapitre 7, « La confection des listes ».

(5) Art. L4142-1, § 4, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (ci-après CWADEL). Voy. *supra*, chapitre 6, « Les conditions d'éligibilité ».

(6) Pour la Commission européenne des droits de l'homme, déduire de l'article 3 du Premier protocole additionnel un droit de se porter candidat sans y attacher un droit de siéger en qualité de membre une fois son élection acquise « reviendrait à vider de son sens le droit de se porter candidat à une élection » (décision *M. c. Royaume-Uni* du 7 mars 1984, req. n° 10316/83). C'est d'ailleurs pour cette raison que les conditions d'éligibilité doivent être rencontrées non pas uniquement au moment de l'élection, mais durant toute la durée du mandat. Dans cette décision,

lité du candidat de cumuler le mandat auquel il aspire avec ses fonctions actuelles⁽⁷⁾. Durant la campagne, le candidat sera vraisemblablement interrogé sur le mandat qu'il choisira en cas de succès. Parfois, le droit règle la situation pour lui : la déchéance du premier mandat est automatiquement provoquée par l'élection à un mandat incompatible⁽⁸⁾. Les incompatibilités entretiennent, dès lors, un lien étroit avec le droit électoral, tant du point de vue du droit de vote que de celui du droit à l'éligibilité⁽⁹⁾.

Ceci étant démontré, il nous reste à entrer dans le vif du sujet. Mais auparavant, quelques clarifications terminologiques s'imposent pour préciser l'objet du présent chapitre. Les incompatibilités ne sauraient être confondues avec d'autres mécanismes qui peuvent poursuivre les mêmes objectifs : les *interdictions*, c'est-à-dire des impossibilités momentanées de poser des actes ou de participer à la délibération de décisions⁽¹⁰⁾ ; le *décumul financier* par lequel on vise le plafonnement des rémunérations du mandataire à une fois et demi l'indemnité parlementaire⁽¹¹⁾ ; et les règles de *transparence* qui imposent notamment aux ministres, secrétaires d'État, parlementaires et membres des exécutifs locaux de déposer chaque année une déclaration, publiée au *Moniteur belge*⁽¹²⁾, de leurs mandats, des fonctions dirigeantes et professions qu'ils exercent, des secteurs public ou privé, rémunérés ou non⁽¹³⁾. Ces mécanismes sortent

la Commission souligne que ce corollaire du droit d'éligibilité n'interdit pas l'élaboration de régimes d'incompatibilités visant à limiter le cumul des mandats. Voy. R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 825, n° 815.

(7) Pour le dire autrement, avec Frédéric Bouhon, les règles d'incompatibilités « sont susceptibles de conditionner l'influence des gouvernés sur la composition des assemblées législatives » (*Droit électoral et principe d'égalité*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 219).

(8) Voy. *infra*.

(9) En ce qui concerne le droit de vote, voy. *supra*, chapitre 5 ; en ce qui concerne le droit d'éligibilité, voy. *supra*, chapitre 6.

(10) Voy. K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheden », M. VAN DER HULST et L. VENY (dir.), *Parlementair Recht, Commentaar en teksten*, Gand, Mys & Breesch, 1999, A.3.5., p. 3 qui cite l'article 1^{er}, al. 2, de la loi du 6 août 1931 lequel interdit aux parlementaires fédéraux de « plaider ou suivre aucune affaire litigieuse dans l'intérêt de l'État ni lui donner d'avis ou de consultation en pareille affaire, si ce n'est gratuitement ». Relèvent également de cette catégorie les interdictions de siéger établies par l'article 93 de la nouvelle loi communale (version bruxelloise), par les articles L1122-19, L1125-10 et L1123-8, § 1^{er}, du CWADEL ou par les articles 27 et 51 du décret communal flamand du 15 juillet 2005, s'agissant du niveau communal, et par les articles L2212-78, L2212-79 et L2212-80 du CWADEL ou par les articles 27 et 51 du décret provincial flamand du 9 décembre 2005, s'agissant du niveau provincial. Pour d'autres interdictions, voy. F. PIRET, « Le statut des mandataires locaux et le cumul des mandats », *Revue de droit communal*, 2007/2, p. 23.

(11) Art. 1^{er} *quinquies* de la loi du 6 août 193, art. L1122-7, § 2, L1123-17, et L2212-7, § 2, du CWADEL, art. 70, § 4, du décret communal flamand du 15 juillet 2005, art. 68, § 4, du décret provincial flamand du 9 décembre 2005, et art. 3 de l'ordonnance du 12 janvier 2006 sur la transparence des rémunérations et avantages des mandataires publics bruxellois.

(12) Selon les modalités établies par la loi du 26 juin 2004 exécutant et complétant la loi du 2 mai 1995 relative à l'obligation de déposer une liste de mandats, fonctions et professions et une déclaration de patrimoine.

(13) Lois ordinaire et spéciale du 2 mai 1995 relatives à l'obligation de déposer une liste de mandats, fonctions et professions et une déclaration de patrimoine.

du périmètre de ce chapitre et n'y seront donc pas étudiés. Il importe néanmoins d'être conscient de leur existence, puisqu'ils peuvent s'ajouter, compléter ou se substituer à des règles d'incompatibilités.

La matière des incompatibilités se caractérise par sa complexité. De sources éclatées découle une variété de modalités de limitation ou d'encadrement des cumuls. L'enchevêtrement des niveaux de pouvoirs ajoute une dose de complication. Notre ambition ne sera pas d'offrir un relevé exhaustif, et disons-le rébarbatif⁽¹⁴⁾, des règles instituant des incompatibilités, mais d'examiner les principes de la matière et de proposer un aperçu des principales questions qu'elle suscite. Nous nous bornerons aux mandats conférés par l'élection directe, tant au niveau local qu'en ce qui concerne les assemblées parlementaires.

Dans cette perspective, les incompatibilités seront présentées à travers une double entreprise de typologie, l'une s'intéressant aux motifs avancés pour justifier les incompatibilités (I), l'autre s'axant sur les effets des incompatibilités (II). Nous tenterons ensuite de démêler les situations à la croisée des compétences de plusieurs autorités (III). Enfin, nous ferons un tour d'horizon de la jurisprudence qui s'est penché sur la validité des incompatibilités au regard des restrictions aux droits électoraux qu'elles peuvent impliquer (IV).

I. — *RATIO LEGIS* DES INCOMPATIBILITÉS

Trois ordres de motifs semblent pouvoir se dégager des règles établissant des incompatibilités. Si celles-ci peuvent chacune être cataloguées dans l'un d'entre eux, nous sommes bien conscients de la relativité de ce classement. Certaines incompatibilités ressortant d'une catégorie ont également été justifiées par des raisons relevant d'une autre.

Première justification : la séparation des pouvoirs. Celle-ci paraît fonder des incompatibilités entre l'exercice des différentes fonctions de l'État.

S'agissant de la *fonction juridictionnelle*, les mandats politiques sont incompatibles avec les fonctions de l'ordre judiciaire⁽¹⁵⁾, du Conseil d'État⁽¹⁶⁾, de la Cour constitutionnelle⁽¹⁷⁾ et de la Cour des comptes⁽¹⁸⁾.

(14) Pour s'en convaincre, voy. la liste de quinze pages annexée au Règlement de la Chambre des représentants (https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/reglement/Incompatibilites_Liste_20170127.pdf). Ainsi, l'on ne peut être député fédéral et délégué-ouvrier de l'inspection des mines de houille, candidat garde-champêtre particulier ou membre de la commission d'évaluation des arts du cirque.

(15) Art. 293 du Code judiciaire.

(16) Art. 107 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

(17) Art. 44 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle du 6 janvier 1989.

(18) Art. 2 de la loi du 29 octobre 1846 relative à la Cour des comptes.

S'agissant de la *fonction gouvernante*, le mandat parlementaire est incompatible avec la fonction de ministre ou de secrétaire d'État⁽¹⁹⁾. En 1831, le constituant imposait au parlementaire nommé ministre de se faire réélire s'il voulait continuer à siéger à la Chambre ou au Sénat (art. 36), tout en garantissant aux ministres qui sont membres d'une Chambre une voix délibérative au sein de celle-ci (art. 88)⁽²⁰⁾. La première de ces deux règles, directement empruntée au droit britannique, a été abandonnée lors de la révision du 7 septembre 1893⁽²¹⁾. Le parlementaire nommé ministre n'était alors plus soumis à la réélection. La réforme constitutionnelle du 5 mai 1993 a modifié tant l'article 36 que l'article 88 en vue d'instaurer une véritable incompatibilité. Celle-ci prend une forme temporaire : le ministre qui démissionne peut retrouver son mandat parlementaire en cours de législature. Dans la même perspective, le mandat parlementaire n'est pas conciliable avec une fonction salariée confiée par le Gouvernement⁽²²⁾ et avec des fonctions militaires⁽²³⁾.

(19) Art. 50 de la Constitution pour les parlementaires fédéraux, art. 10ter, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone (ci-après LRICG), art. 10bis, § 1^{er}, de la LSIB, article 3 du décret spécial wallon du 13 juillet 1995 organisant le remplacement des Ministres par leur suppléant parlementaire, article 1^{er} du décret spécial de la Communauté française du 24 juillet 1995 organisant le remplacement des Ministres au sein du conseil de la Communauté française, et article 5, § 2, du décret spécial du 7 juillet 2006 relatif aux institutions flamandes.

(20) Dans son commentaire, Thonissen estimait que le Congrès national avait voulu par l'article 36 « assurer à la représentation nationale le degré d'indépendance et de fermeté que réclame l'importance [de son rôle] dans notre organisation politique ». Il considérait aussi que « l'article 88 accorde expressément au roi la faculté de choisir ses ministres parmi les membres des deux Chambres. En fermant l'accès des fonctions ministérielles aux membres des assemblées législatives, on empêcherait le chef de l'État de choisir ses auxiliaires précisément parmi ceux que leurs concitoyens ont jugé dignes de remplir la plus haute magistrature de la nation » (*La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant, 3^e éd., 1879, pp. 147 et 253).

(21) Sur la raison d'être de cette révision, voy. O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Liège/Paris, Dessain/Giard & Brière, 1906, T. 2, p. 287 et 288.

(22) Art. 51 de la Constitution et art. 1^{er}, al. 1^{er}, 1^o, de la loi du 6 août 1931 établissant des incompatibilités et interdictions concernant les ministres et ministres d'État, ainsi que les membres et anciens membres des Chambres législatives (ci-après la loi du 6 août 1931). Dans la même perspective d'éviter qu'un parlementaire fédéral soit dans une situation d'allégeance, sous la forme d'une nomination et d'un traitement, vis-à-vis du gouvernement (F. DELPÉRE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2000, p. 527), le ministre des cultes rétribué par l'État ; l'avocat en titre des administrations publiques fédérales ; l'agent du caissier de l'État ; le commissaire du gouvernement auprès de sociétés anonymes ; le gouverneur de province ; et le commissaire d'arrondissement ne peuvent être parlementaire. Ces dispositions sont applicables, *mutatis mutandis*, aux parlementaires fédérés (art. 23 de la LSIB, art. 10 de la LRICG, et art. 12, § 2, de la LSIB), à l'exception des membres du personnel de l'enseignement. Notons encore que l'article 5 de la loi du 6 août 1931 prolonge les effets de l'incompatibilité durant une année après la cessation du mandat du parlementaire.

(23) Art. 172, § 1^{er}, al. 4, de la loi du 28 février 2007. Si cette incompatibilité se justifie par le fait que le commandement des forces armées relève de l'exécutif, elle peut aussi se réclamer d'un principe de séparation des pouvoirs civil et militaire (voy. sur ce thème, O. BEAUD, « La multiplication des pouvoirs », *Pouvoirs*, 2012/4, pp. 52 et 53).

Le *bicamérisme*, qui représente un prolongement de l'idée de séparation des pouvoirs particulièrement répandue dans les États fédéraux, implique lui aussi l'édiction de certaines incompatibilités : depuis 1831, l'article 49 de la Constitution proscrit l'appartenance simultanée aux deux chambres fédérales⁽²⁴⁾.

En mobilisant le principe de séparation des pouvoirs (et ceci en Belgique⁽²⁵⁾ comme en France⁽²⁶⁾), l'objectif déclaré est d'éviter toute confusion des fonctions législative et exécutive, des positions de contrôleur et de contrôlé. Cette invocation de la séparation des pouvoirs pour justifier le régime des incompatibilités repose sur l'idée d'une nécessaire spécialisation et d'une « compartimentalisation » stricte entre les trois branches du pouvoir. Elle procède donc d'une acception rigide de la séparation des pouvoirs, qui s'est imposée bien tardivement dans l'histoire des idées constitutionnelles⁽²⁷⁾. Au-delà de cette conception stricte et à vrai dire impossible de la séparation des pouvoirs, ce qui se joue dans le régime des incompatibilités, c'est bien davantage la poursuite de l'objectif d'un équilibre entre les pouvoirs, qui procède d'une conception mécanique des relations entre les institutions politiques, de ces fameux « freins et contrepoids ». La séparation des pouvoirs peut être considérée comme renforcée par le régime des incompatibilités non pas parce que les pouvoirs exécutifs et législatifs sont strictement séparés, mais parce que ce régime institue un rapport de force plus équilibré, notamment en ce qu'il garantit l'indépendance du parlementaire et permet ainsi d'éviter que l'un des pouvoirs ne puisse *structurellement* s'imposer à l'autre. À cette justification qui repose sur la nécessité d'un équilibre entre les pouvoirs, on peut en ajouter une autre, induite de l'idée qui prévalait dans les premières théorisations du principe de séparation des pouvoirs : exclure toute forme de concentration des pouvoirs dans l'objectif de garantir la liberté politique⁽²⁸⁾.

(24) « Les deux Chambres devant se servir réciproquement de contrepoids, il est évident que l'équilibre disparaîtrait et que l'harmonie de tout l'édifice institutionnel serait brisée, si l'on pouvait être en même temps membre des deux Chambres » (J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, op. cit., pp. 146 et 147).

(25) Voy. not. *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1991-1992, n° 100-5/3.

(26) Voy. Les travaux préparatoires de la Constitution française du 4 octobre 1958, en particulier l'intervention du général de Gaulle le 8 août 1958. Voy. K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële overenigbaarheid », op. cit., p. 17.

(27) Les inventeurs anglais du concept de séparation des pouvoirs, les *Levellers* du XVII^e siècle, et les théoriciens qui ont reformulé ces théories anglaises, comme Montesquieu, n'ont en effet jamais entendu prescrire une telle spécialisation et compartimentalisation des pouvoirs.

(28) M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, LGDJ, 2014, p. 118 « [c]e principe négatif est donc au siècle des Lumières un véritable lieu commun. Sa justification est simple et réside dans une conception très semblable de la liberté politique. Si la liberté politique est la soumission aux lois – et Rousseau en donne la même définition que Montesquieu –, le principe négatif est bien la garantie de la liberté, car si celui qui fait

Deuxième justification à l'édiction d'incompatibilités : le fédéralisme. Certes, le principe fédéral n'a pas toujours entraîné en Belgique les mêmes conséquences en termes de non-cumul. Tant s'en faut, puisqu'à l'origine les assemblées fédérées étaient composées de parlementaires fédéraux. Toutefois, dès lors que l'élection directe des assemblées régionales fut consacrée, elle a été de pair avec l'érection d'incompatibilités. Pour le législateur spécial, les règles en matière d'incompatibilité visent « une délimitation claire entre les mandats des différents organes législatifs »⁽²⁹⁾. Il faut rappeler à cet égard que la volonté d'éviter la confusion entre les mandats fédéraux et fédérés faisait partie des motifs qui ont conduit les architectes de la quatrième réforme de l'État à privilégier le système de l'élection directe⁽³⁰⁾. En y joignant des incompatibilités, le constituant et le législateur spécial ont cherché à empêcher que la situation de double mandat, et la confusion qu'elle entraînait, ne survive par la voie du cumul. L'on peut ajouter que l'autonomie des collectivités fédérées, particulièrement poussée sous nos cieux, paraît mieux garantie dans un système où les mandats fédérés ne sont pas détenus par les élus fédéraux.

Les incompatibilités déduites du fédéralisme sont de quatre types. *Primo*, l'article 119 de la Constitution rend incompatibles le mandat de parlementaire fédéré et celui de député fédéral ou de sénateur coopté. Rappelons à cet égard que la quatrième réforme de l'État a également modifié la composition du Sénat en introduisant les sénateurs de communauté, aux côtés desquels siègent, depuis la sixième réforme, des sénateurs de région. Puisqu'une fraction des sénateurs a été expressément investie de la fonction d'assurer la participation des collectivités fédérées, il serait peu respectueux de cette logique de permettre aux parlementaires fédérés de siéger dans les assemblées fédérales en dehors de ces mandats qui leur sont réservés. *Secundo*, au mandat de parlementaire d'une collectivité ne peut s'ajouter l'appartenance à

la loi ne peut l'exécuter et si celui qui l'exécute ne peut la refaire, alors les sujets, en obéissant à l'autorité exécutive, resteront indirectement soumis exclusivement à la loi. Ce principe ne saurait se confondre avec la spécialisation. Sans doute est-il satisfait si les autorités sont spécialisées, mais il l'est également si une autorité exerce une fonction tout entière et participe de plus à l'exercice d'une autre, par exemple si l'autorité exécutive participe à la formation des lois puisque, même dans ce cas, elle ne peut modifier seule la loi selon ses caprices au moment de l'exécution et ne pourra donc réunir tous les pouvoirs entre ses mains ».

(29) Commentaire de l'article 8 de la proposition de loi spéciale visant à achever la structure fédérale de l'État, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-93, n° 558-1, p. 38.

(30) Voy. M. UYTENDAELE, *Le fédéralisme inachevé*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 349 à 352 ; P. VANDERNACHT, « Les nouvelles règles de fonctionnement et de composition des organes des entités fédérées à la lumière des dernières réformes institutionnelles », *Les réformes institutionnelles de 1993. Vers un fédéralisme achevé ?*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp. 345 à 349.

l'exécutif d'une autre⁽³¹⁾. *Tertio*, nul ne peut être membre de plusieurs Parlements de communauté⁽³²⁾. Les appartenances communautaires sont exclusives, tant s'agissant des groupes linguistiques qu'à l'égard des assemblées des communautés⁽³³⁾. *Quarto*, soulignons l'incompatibilité entre le mandat de membre du Parlement bruxellois et celui de membre du Parlement flamand⁽³⁴⁾. Cette incompatibilité s'explique à nouveau par la volonté d'éviter que ne se perpétue le système de double mandat qui, avant la 5^e réforme de l'État, s'appliquait aux parlementaires flamands élus à Bruxelles. Elle est ainsi une conséquence du passage à l'élection directe des membres bruxellois du Parlement flamand⁽³⁵⁾.

La troisième justification s'avère plus délicate à formuler. Elle recouvre un ensemble de préoccupations à première vue disparates : garantir la disponibilité du mandataire, éviter le conflit d'intérêts, assurer le partage du pouvoir et le renouvellement du personnel politique⁽³⁶⁾. Ces préoccupations sont évoquées sous une forme ramassée par des expressions aussi vagues et ambiguës que l'éthique en politique, la moralisation de la vie publique ou la bonne gouvernance. Pour notre part, elles nous semblent converger vers un des enjeux majeurs des démocraties contemporaines, à savoir rétablir la confiance envers le monde politique⁽³⁷⁾. C'est un défi

(31) Pour le cas du parlementaire fédéral élu ministre fédéré, voy. art. 59, § 4, de la LSRI, art. 10*bis*, al. 1^{er}, 3^o, de la LRICG, et art. 35, § 3*bis*, de la LSIB. Pour le cas du parlementaire fédéré nommé ministre ou secrétaire d'État fédéral, voy. les art. 24*bis*, § 2, 3^o, et 24*bis*, § 2*bis*, de la même loi spéciale, les art. 10*bis*, al. 1^{er}, 3^o, et 10*ter*, § 3, de la LRICG, et art. 12, § 3, de la LSIB. Pour le cas du parlementaire fédéré nommé ministre d'une autre collectivité fédérée, voy. art. 10*ter*, § 2, de la LRICG, art. 10*bis*, § 2, de la LSIB, art. 4*bis* du décret spécial wallon du 13 juillet 1995 organisant le remplacement des ministres par leur suppléant parlementaire, art. 5, § 1^{er}, du décret spécial du 7 juillet 2006 relatif aux institutions flamandes, Pour la liste complète des incompatibilités de cette nature et les lacunes de la réglementation, voy. C. MEERTES, « Les incompatibilités entre un mandat parlementaire et une fonction ministérielle », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 117 à 149.

(32) Art. 24*bis*, § 4, de la LSRI. Cette incompatibilité en entraîne une autre : un parlementaire wallon ne peut siéger au Parlement de la Communauté française s'il a prêté serment exclusivement ou en premier lieu en allemand. Si tant est que tel aurait été l'intention des autorités politiques, il n'a pas été nécessaire d'établir des incompatibilités entre les mandats de parlementaires régionaux, compte tenu des conditions d'éligibilité liées au domicile.

(33) Le lien entre les deux était plus évident encore lorsque le système du « double mandat » était en vigueur puisque les conseils culturels étaient respectivement composés des membres des deux chambres appartenant à leur groupe linguistique.

(34) Art. 12, § 2, al. 3, de la LSIB.

(35) Voy. la justification de l'amendement n° 100 au projet de loi spéciale portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-709/4, p. 8.

(36) Ces différentes préoccupations sont notamment exprimées dans les développements de la proposition devenue la loi du 4 mai 1999 limitant le cumul du mandat de parlementaire fédéral et de parlementaire européen avec d'autres fonctions (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1997-1998, n° 985/1, p. 2).

(37) Voy. les premières phrases de l'exposé des motifs du décret spécial du 9 décembre 2010 limitant le cumul de mandats dans le chef des députés du Parlement wallon : « La confiance constitue le premier capital de toute institution publique. À l'heure où tout rappelle combien les autorités politiques et les pouvoirs publics en général ont un rôle capital à jouer dans le

auquel les démocraties ont déjà été confrontées. En témoignent les développements particulièrement éloquents de la proposition devenue la loi du 6 août 1931 établissant des incompatibilités et interdictions concernant les ministres et ministres d'État, ainsi que les membres et anciens membres des Chambres législatives qui vise, selon son auteur, « à éviter que le mandat parlementaire puisse servir les intérêts privés du mandataire, ou que celui-ci puisse être placé devant sa conscience, ses devoirs parlementaires et ses intérêts privés » : si nous voulons « conserver à la Nation sa souveraineté, et au Parlementarisme, qui en est l'expression, toute sa force, sachons maintenir la pureté de ses mœurs et l'écarter des compromissions. Gardons-lui le désintéressement nécessaire. Notre projet n'a pas d'autre portée. Nous défendrons mieux nos institutions en enrayant le mal qui pourrait les ronger qu'en fermant les yeux pour ne pas devoir en parler »⁽³⁸⁾. Cet enjeu de la confiance a manifestement paru être plutôt secondaire de la crise du parlementarisme des années 1930 jusque dans les années 1990, comme en témoigne la relative stabilité des règles en matière d'incompatibilité durant cette période. Mais aujourd'hui, nul doute que cette question de la confiance a retrouvé sa centralité⁽³⁹⁾.

Passons à la loupe les expressions particulières de cette préoccupation entre la fonction de parlementaire et celle de membre du collège communal.

L'incompatibilité du mandat de sénateur d'entité fédérée avec une fonction exécutive communale⁽⁴⁰⁾, celle du mandat de parlementaire européen avec l'appartenance à une autre assemblée parlementaire belge, avec la fonction de député provincial ou avec une fonction exécutive communale s'agissant des communes de plus de 50 000 habitants⁽⁴¹⁾, celle du mandat de conseiller provincial avec, entre autres, le mandat de parlementaire, la fonction de ministre ou de membre de la Commission européenne⁽⁴²⁾, ainsi que les « empêchements » insérés dans la nouvelle loi communale en 1991, et le décret wallon sur le décumul, sur lesquels nous reviendrons

développement durable d'une société dynamique et solidaire, la confiance des citoyens dans la rigueur de leurs représentants et l'efficacité de leurs institutions est une nécessité absolue. La démocratie représentative vit de cette adhésion aux instances ainsi constituées, dans un système dont la base est l'élection et le contrôle citoyen. Tout ce qui est de nature à entamer ou ébranler ce lien porte donc directement préjudice aux fondements mêmes de notre régime démocratique » (*Doc.*, Parl. w., sess. 2010-2011, n° 247-1, p. 2). Les mêmes phrases se retrouvent dans l'exposé des motifs de plusieurs projets déposés au cours de la législature 2009-2014.

(38) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1925-1926, n° 175, p. 2.

(39) Voy. P. ROSANVALLON, *Le bon gouvernement*, Paris, Seuil, 2015, pp. 234 et s.

(40) Art. 1^{er}ter de la loi du 6 août 1931 établissant des incompatibilités et interdictions concernant les ministres et les ministres d'État, ainsi que les membres et anciens membres des Chambres législatives.

(41) Art. 42 de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen.

(42) Art. L2214-74, § 1^{er}, CWADEL ; art. 11 du décret provincial flamand du 9 décembre 2005.

par la suite, apparaissent justifiés par la nécessité de garantir la *disponibilité du mandataire*. On évoque ainsi dans les travaux préparatoires de ces législations par exemple la « disponibilité maximale » du bourgmestre, « indispensable à une bonne administration »⁽⁴³⁾, l'objectif de « rendre aux mandataires la capacité, notamment temporelle, de s'investir pleinement dans les missions qui leur sont confiées »⁽⁴⁴⁾, la « charge de travail trop lourde » que représente une fonction exécutive locale pour le sénateur siégeant dans au moins deux assemblées⁽⁴⁵⁾.

En ce qui concerne le *conflit d'intérêts*, il s'agit de prévenir la situation dans laquelle l'individu a par lui-même ou par personne interposée un intérêt personnel susceptible d'influer sur l'exercice de ses fonctions ou de créer la suspicion légitime d'une telle influence⁽⁴⁶⁾. Dans ce cadre, les intérêts privés peuvent se heurter à la mission publique que doit servir le mandataire. Si certaines incompatibilités au niveau local font écho à cette préoccupation⁽⁴⁷⁾, le législateur tend à privilégier d'autres voies pour prévenir ces conflits, celles du décumul financier, de l'interdiction ou de la transparence évoquées dans l'introduction. Mais les conflits d'intérêts ne se limitent pas à cette confrontation entre le public et le privé. Ils peuvent aussi survenir lorsqu'un individu exerce simultanément plusieurs mandats publics⁽⁴⁸⁾. Selon la belle formule du constitutionnaliste français Guy Carcassonne, le cumul « n'est rien moins que l'institutionnalisation du conflit d'intérêts »⁽⁴⁹⁾. Les intérêts d'un mandat local peuvent s'opposer à ceux d'un mandat régional ou fédéral. Chercher à défendre les intérêts de sa commune auprès du niveau supérieur, c'est privilégier un mandat sur un autre. C'est aussi menacer les principes de représentativité de tous les citoyens, et non uniquement ceux de la localité, d'égalité de traitement et d'impartialité, sachant que toutes les communes ne peuvent avoir le loisir d'être représentées par un ou

(43) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1990-91, n° 1306/1, p. 3.

(44) *Doc.*, Parl. w., sess. 2009-2010, n° 216-1, p. 2.

(45) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1999-2000, n° 50-665/1, p. 3. Cet argument était en l'occurrence à double tranchant puisque s'il justifiait le maintien d'une incompatibilité avec les fonctions exécutives locales, il a aussi servi de prétexte à la suppression de l'incompatibilité entre le mandat de sénateur de Communauté et le mandat de conseiller communal ou conseiller CPAS prévue par l'article 3 de la loi du 30 décembre 1993 modifiant la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'État, le Code électoral, la loi du 6 août 1931 établissant des incompatibilités et interdictions concernant les ministres, anciens ministres et ministres d'État, ainsi que les membres et anciens membres des Chambres législatives, la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen, la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone et la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales.

(46) Cette définition s'inspire de celle de l'article 9 de l'arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'État tel que remplacé par l'arrêté royal du 14 juin 2007.

(47) Voy. not. art. L1125-5 CWADEL et art. 75 de la nouvelle loi communale.

(48) Voy. Y. MÉNY, « De la confusion des intérêts au conflit d'intérêts », *Pouvoirs*, 2013/4, pp. 10 et 11.

(49) G. CARCASSONNE, « Le temps de la décision », *Le Débat*, 2015/2, p. 39.

plusieurs édiles dans les assemblées parlementaires. En outre, comme il était déjà affirmé dans les Pandectes, celui qui exerce des fonctions publiques « ne peut à la fois être contrôleur et contrôlé, commander et obéir »⁽⁵⁰⁾. Cet aspect de la prévention des conflits d'intérêts s'illustre tout particulièrement lorsqu'il est question de rapport hiérarchique⁽⁵¹⁾ ou de tutelle⁽⁵²⁾.

Une troisième manifestation de cette volonté de rétablir un rapport de confiance concerne l'enjeu de la *déconcentration du pouvoir*⁽⁵³⁾. Il convient, selon les développements de la proposition d'ordonnance spéciale visant à interdire le cumul entre la fonction exécutive locale et le mandat parlementaire, « de prévoir que les responsabilités de la gestion de la société soient réparties entre un maximum de personnes, permettant ainsi à davantage de citoyens de s'engager, de s'investir dans la chose publique »⁽⁵⁴⁾.

Contrairement aux exigences déduites de la séparation des pouvoirs et du fédéralisme, cette préoccupation d'améliorer le lien de confiance peut justifier une incompatibilité, non pas absolue, mais relative au sens où elle n'existerait qu'à un état larvaire dans un premier temps et n'emporterait l'interdiction de cumuler pour autant qu'une ou plusieurs conditions complémentaires à sa pleine « éclosion » soient remplies⁽⁵⁵⁾. Relèvent de ces incompatibilités le plafond d'un tiers des membres du conseil de l'action sociale pouvant également être conseillers communaux⁽⁵⁶⁾, la limitation à un quart des membres de chaque groupe politique du Parlement wallon pouvant cumuler avec un mandat au sein du collège communal⁽⁵⁷⁾ et la limite, d'application plus générale, du cumul à un mandat exécutif rémunéré⁽⁵⁸⁾.

(50) *Pand. B.*, v° Incompatibilité, T. XXX, 1898, p. 150.

(51) Ainsi, un conseiller communal ne peut appartenir au personnel de la commune (voy. art. 71 de la nouvelle loi communale, art. L. 1125-1 du CWADEL, et art. 11 du décret communal flamand).

(52) Voy. not. l'article 6 du décret wallon du 12 février 2004 relatif aux commissaires du Gouvernement et aux missions de contrôle des réviseurs au sein des organismes d'intérêt public ; et l'article 8 du décret wallon du 12 février 2004 relatif au statut de l'administrateur public.

(53) Voy. M. REYDELLET, « Le cumul des mandats », *R.D.P.*, 1979, pp. 746 à 748.

(54) *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., sess. 2016-2017, n° A-550/1, p. 2.

(55) J. SAUTOIS, « Incompatibilités et déchéances de mandat au conseil de l'action sociale : questions de compétence et de constitutionnalité », *A.P.*, 2012, p. 212.

(56) Art. 10 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale.

(57) Art. 24bis, § 6, de la LSRI. La question de la qualification de cette règle d'incompatibilité ou non a opposé le Conseil d'État qui y a vu une règle relative à la composition de l'assemblée pour laquelle la Région wallonne n'est pas compétente (avis n° 46.695/4 donné le 26 mai 2010, pt. 2), et la Cour constitutionnelle qui estime qu'une incompatibilité peut concerner une fraction d'une assemblée, ce qui l'a conduit à reconnaître la compétence wallonne en vertu de son autonomie constitutive (C.C., arrêt n° 81/2012 du 26 juin 2012, B.3.1. à B.6.).

(58) Art. 1^{er}quater de la loi du 6 août 1931 ; art. 24bis, § 2ter, de la LSRI ; art. 10bis, al. 2, de la LRICG ; article 12, § 2, de la LSIB ; art. L2212-77, § 2, du CWADEL. L'article L1531-2, § 2, du même code établit une limite à trois mandats exécutifs pour les conseillers provinciaux ou communaux,

II. — LES RÈGLES DE RÉOLUTION DES INCOMPATIBILITÉS : À GÉOMÉTRIE VARIABLE

Plusieurs procédés de traitement des situations d'incompatibilités s'articulent en droit belge. On en évoquera cinq.

La première intervient en amont. Il s'agit des règles, évoquées dans l'introduction, empêchant la candidature à l'élection menant à un mandat incompatible, soit par la prohibition de la double candidature, soit par l'édiction d'une inéligibilité.

La deuxième modalité est la déchéance, qui est à la fois automatique et irréversible. Dans l'hypothèse où un parlementaire est élu au sein d'un autre Parlement, la validation du nouveau mandat électif met fin automatiquement à son premier mandat⁽⁵⁹⁾. Lorsqu'il s'agit d'une incompatibilité qui existe à l'état « larvaire », la déchéance n'opère qu'après « éclosion » des conditions complémentaires (voy. *supra*), avec application, dans certains cas, d'un couperet fondé sur l'idée « *last in first out* »⁽⁶⁰⁾. D'ores et déjà, on remarquera que ce mécanisme de résolution des incompatibilités a le mérite de la clarté ; il offre une sécurité juridique et une prévisibilité qui font souvent défaut dans les autres mécanismes de résolution des incompatibilités envisagés ci-dessous. En effet, il contraint le mandataire à opérer un choix avant de se présenter à une élection.

Troisième modalité : le mandataire choisit le mandat auquel il renonce ou dont il est déchu⁽⁶¹⁾. Tantôt le mandataire ne peut prêter serment au mandat pour lequel il a été élu tant qu'il n'a pas renoncé à sa fonction incompatible⁽⁶²⁾, tantôt la prestation de serment entraîne la déchéance de son premier mandat⁽⁶³⁾. Selon Martin Vrancken et Christian Berhendt, au moment de l'installation du Parlement wallon en 2019, le titulaire d'une fonction exécutive communale qui ne figure pas parmi les élus admis au cumul devra, dans le régime définitif du décret « décumul »,

tout en donnant une définition différente de tels mandats.

(59) Art. 233, §§ 1^{er} et 2, du Code électoral, art. 24^{ter} de la LSRI, art. 11 de la LRICG, art. 12^{bis} de la LSIB, et art. 42^{bis} loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen.

(60) Voy. J. SAUTOIS, « Incompatibilités et déchéances de mandat au conseil de l'action sociale : questions de compétence et de constitutionnalité », *op. cit.*, p. 212 et la référence citée en note 11.

(61) La loi prévoit parfois une période de réflexion. Voy. K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheid », *op. cit.*, p. 27.

(62) Voy. l'article L.1125-5 du CWADEL, l'article 75 de la nouvelle loi communale, l'article 12, § 1^{er}, du décret communal flamand et l'article 14, § 1^{er}, du décret provincial flamand.

(63) Voy. l'article L.1125-6 du CWADEL, l'article 2212-74 du CWADEL, l'article 76 de la nouvelle loi communale, l'article 12, § 2, du décret communal flamand et l'article 14, § 2, du décret provincial flamand. Voy. égal. le régime de l'article 51 de la Constitution.

choisir entre les deux mandats *avant* la prestation de serment comme député ⁽⁶⁴⁾.

Dans ces deuxième et troisième hypothèses, seule l'élection peut permettre à l'individu de reprendre le mandat dont il a été déchu ou auquel il a renoncé.

La quatrième hypothèse vise les incompatibilités traitées par un mécanisme réversible cette fois. Dans le courant de la législature, le parlementaire nommé ministre peut récupérer son siège à l'assemblée si ses fonctions ministérielles prennent fin. Si ce mécanisme est plus favorable à l'élu placé dans une situation d'incompatibilité, il l'est bien moins pour son remplacement. En effet, dans ce scénario, la suppléance est synonyme de siège éjectable ⁽⁶⁵⁾.

La cinquième et dernière hypothèse est – encore plus – favorable au mandataire exerçant deux fonctions incompatibles puisqu'à la réversibilité de la quatrième hypothèse s'ajoute le maintien du titre de la fonction qui n'est pas exercée. C'est le cas de l'empêchement : le mandataire est autorisé à conserver la titularité de la fonction, et la délégation de signature ⁽⁶⁶⁾. Cette cinquième hypothèse procède de la distinction opérée ces dernières décennies, entre les empêchements, qui constitueraient des « incompatibilités d'exercice », et les « incompatibilités de fonction » ou « incompatibilités au sens strict » ⁽⁶⁷⁾. Concrètement, l'empêchement, incompatibilité d'exercice, permet à tout moment au mandataire de revenir sur son choix initial et de reprendre l'exercice de la fonction, mais aussi de cultiver l'apparence du cumul en conservant les attraits du pouvoir local, pour prendre l'exemple du bourgmestre empêché. Cette apparence vise à la fois à entretenir une illusion juridique, en ce sens qu'elle

(64) Voy. M. VRANCKEN et C. BEHRENDT, « L'entrée en vigueur d'un texte controversé : le décret "décumul" de la Région wallonne à l'épreuve de sa première application », *J.L.M.B.*, 2014, n° 22, p. 1035 et 1036 ; ainsi que les travaux préparatoires (*C.R.I., Doc.*, Parl. w., 2010-11, n° 6, 8 décembre 2010, p. 44).

(65) On notera cependant que l'article 1bis, al. 3, de la loi du 6 août 1931 établissant des incompatibilités et interdictions concernant les ministres, anciens ministres et ministres d'État, ainsi que les membres et anciens membres des Chambres législatives permet au ministre ou secrétaire d'État d'un gouvernement – fédéral ou fédéré – démissionnaire à la suite des élections d'exercer la fonction de parlementaire fédéral jusqu'au remplacement du gouvernement. Les effets de cette règle sont loin d'être négligeables puisque lors de la longue formation du gouvernement fédéral de 2010-2011, seul un membre du gouvernement démissionnaire n'était pas membre de l'une des deux chambres (A.-F. COLLA, « Essai de synthèse sur les incompatibilités parlementaires : dépassement de leurs revers pour une moralisation de la politique », *Ann. dr. Louvain*, 2012, p. 287). Elle n'en est pas moins parfaitement inconstitutionnelle, puisqu'elle introduit une dérogation à l'article 50 de la Constitution que le prescrit de ce dernier ne permet pas, alors même qu'il avait été question lors de la révision de cette disposition en 1993 d'y inscrire directement cette dérogation inspirée du droit constitutionnel néerlandais (voy. *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1992-1993, n° 811/4).

(66) Voy. l'article 133, al. 2, de la nouvelle loi communale.

(67) Voy. K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheden », *op. cit.*, pp. 2 et s.

dissimule l'impossibilité pour le bourgmestre empêché d'accomplir les actes qui entrent dans les attributions mayorales, et à conforter une réalité politique, celle d'un pouvoir qui dans les faits demeure entre les mains du bourgmestre empêché.

Mais revenons d'abord à la logique originelle de l'empêchement, pour bien mesurer le dévoiement dont il a fait l'objet. À l'origine, l'empêchement se conçoit comme survenant dans des circonstances très diverses qui, de fait ou de droit, font obstacle à l'exercice des fonctions : congé de maternité, congé parental, maladie ou poursuites judiciaires. Ce sont les hypothèses sous-jacentes à l'article 14 de la nouvelle loi communale prévoyant le remplacement du bourgmestre absent ou empêché⁽⁶⁸⁾. Il s'agissait de préserver la titularité d'un mandat dans un contexte où son exercice est empêché par des circonstances de durée limitée non liées à la vie politique.

Cette logique de l'empêchement temporaire sera progressivement pervertie. On assistera de plus en plus régulièrement à la rencontre improbable et quelque peu contre-nature du régime de l'empêchement avec la situation de l'incompatibilité, pour enfanter, dans un premier temps, la figure du ministre-bourgmestre, échevin ou président de CPAS, et, dans un second temps, celle du député wallon-bourgmestre, échevin ou président de CPAS.

Premier temps. En 1991, le législateur entérine et généralise la pratique consistant pour les ministres à mobiliser l'article 14 de la nouvelle loi communale pour se déclarer « empêchés » dans leurs fonctions de bourgmestre, tout en gardant le titre⁽⁶⁹⁾. Un article 14*bis* est inséré dans la nouvelle loi communale aux fins de considérer comme « empêché » le bourgmestre qui est ministre ou secrétaire d'État, pendant la période d'exercice de la fonction⁽⁷⁰⁾. L'objectif poursuivi par la redéfinition de la notion d'empêchement en 1991 est énoncé dans un exposé des motifs extrêmement concis : il s'agit de contribuer à « la répartition des pouvoirs »⁽⁷¹⁾, de « s'opposer à un cumul excessif et à une confusion d'intérêts par le cumul des mandats »⁽⁷²⁾. Il s'agit aussi de garantir une disponibilité maximale du bourgmestre, comme déjà évoqué.

(68) Voy. S. DEPRÉ et M. LAMBERT DE ROUVROIT, « Le statut du bourgmestre en Région wallonne », *Revue de droit communal*, 2016/2, pp. 7 et 8.

(69) Loi du 21 mars 1991 modifiant la nouvelle loi communale en ce qui concerne les absences et empêchements des mandataires.

(70) De la même manière, l'article 18 de la nouvelle loi communale prévoit que l'échevin qui exerce des fonctions gouvernementales est lui aussi empêché, à l'instar de l'article 25, § 4, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action social s'agissant des présidents de CPAS.

(71) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1990-91, n° 1306/1, p. 3.

(72) *Ibid.*, p. 4.

Mais la voie empruntée pour atteindre cet objectif révèle une volonté d'accommoder ces nobles principes éthiques à différents intérêts moins avouables. Dans les travaux préparatoires, les dispositions précitées sont décrites comme « réglant certains problèmes », dès lors que le projet envisagé « donne une base légale au remplacement de bourgmestres ou d'échevins qui exercent la fonction de Ministre, de Secrétaire d'État, de membre d'un Exécutif ou de Secrétaire d'État régional »⁽⁷³⁾.

Sans doute les compromissions sous-jacentes à la création du statut de bourgmestre et d'échevin empêché expliquent-elles que les règles y relatives n'ont pas été insérées dans le chapitre de la nouvelle loi communale consacrée aux incompatibilités. Ce rattachement incertain aux incompatibilités n'a pas manqué d'entretenir un flou sur le statut d'édile empêché. Ainsi le ministre auteur du projet de loi a-t-il estimé que le régime de l'empêchement « n'instaure [...] aucune incompatibilité légale, mais bien une obligation de remplacement des bourgmestres qui exercent une fonction ministérielle »⁽⁷⁴⁾, alors même que cet empêchement est réputé impliquer un remplacement défini comme étant « total » et un décumul financier. Le brouillard autour du statut de l'empêché s'épaissit encore du fait de la possibilité de demeurer conseiller communal, confirmée dans les travaux préparatoires⁽⁷⁵⁾.

Deuxième temps. En Wallonie, le décret « décumul » du 9 décembre 2010 opte, pour la première phase de son application, pour ce mécanisme d'empêchement et le flou qui l'entoure⁽⁷⁶⁾. Une disposition transitoire autorise, en effet, les députés wallons non admis au cumul à recourir au mécanisme de l'empêchement pour atténuer les effets de l'incompatibilité qui les frappe. Si les hypothèses dans lesquelles un membre de l'exécutif communal doit être considéré empêché sont clairement établies, son statut, les actes qu'il peut poser et les symboles qu'il peut revêtir restent imprécis. Dans les travaux préparatoires du décret de 2010, une tentative de définition des attributs de l'empêché avait été développée, mais elle n'eut aucun prolongement dans le décret de 2010. Le ministre des Pouvoirs locaux avançait ainsi que le bourgmestre empêché était autorisé à porter l'écharpe mayorale, signer des courriers en cette qualité, bénéficier d'un local et y recevoir des personnes, et représenter le collège à toute manifestation culturelle, sportive et folklorique. Il ajoutait que le bourgmestre empêché occupait la première place sur le plan protocolaire. En revanche, tempérait-il, « il sera demandé au

(73) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1990-1991, n° 1306/5, p. 1.

(74) *Ibid.*, p. 8.

(75) *Ibid.*

(76) M. VERDUSSEN, « Éthique et politique : la Belgique à la croisée des chemins », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 2018/2, pp. 377 et 378.

bourgmestre en titre d'adopter un comportement toujours soucieux de préserver les attributions des membres en fonction » ; un bourgmestre empêché ne peut, « en règle générale, accomplir aucun acte qui engage juridiquement la commune ou qui ressort exclusivement de la compétence du bourgmestre en fonction »⁽⁷⁷⁾.

Cette distinction ainsi établie entre des aspects protocolaires et des éléments relatifs à l'exercice concret des attributions mayorales se révèle en pratique bien plus ambiguë. En effet, le bourgmestre reste maître de son remplacement, c'est lui qui choisit le « faisant fonction »⁽⁷⁸⁾. Comme l'a relevé le Conseil d'État, « une délégation est par nature révocable, ce qui donne au délégant un moyen de pression sur le délégué, de sorte que le bourgmestre en titre est en mesure de peser sur la conduite des affaires locales par le truchement de son délégué »⁽⁷⁹⁾. Dans ces conditions, la frontière entre « l'exercice » et la « titularité » du mandat, est tout à fait artificielle, dès lors que la place qu'occupe au plan local le mandataire empêché reste primordiale. Cette place s'est encore trouvée renforcée par diverses pratiques qui ont vu le jour à la suite de l'entrée en vigueur du décret spécial du 9 décembre 2010. Certains bourgmestres en situation d'incompatibilité se sont généreusement donné le titre de « bourgmestre superviseur », de « bourgmestre bénévole » ou de « bourgmestre en titre », en réservant parfois au faisant fonction le titre peu flatteur « d'échevin délégué aux affaires mayorales » ; d'autres ont même présidé le conseil communal, dès lors que cette présidence n'implique aucun acte engageant juridiquement la commune⁽⁸⁰⁾. Prise le 31 octobre 2012, une circulaire du ministre wallon des Pouvoirs locaux va jusqu'à autoriser le bourgmestre empêché à assister aux réunions du

(77) *Doc.*, Parl. w., sess. 2010-11, n° 247-2, pp. 4 et 5.

(78) Alors que le législateur wallon mettait en place un mode de désignation du bourgmestre visant à « renforcer le rôle de l'électeur et mettre en place un mécanisme simple et transparent » (voy. art. L1123-4, § 1^{er}, CWADEL), il refusa en même temps d'encadrer le choix par le bourgmestre de l'échevin qui le remplace au nom de la « souplesse de gestion » et de « la continuité de l'action communale » (*Doc.*, Parl. w., sess. 2004-2005, n° 204-1, p. 10). Le système instauré par le législateur permet au bourgmestre empêché d'« exercer sa fonction ministérielle tout en conservant son mandat de bourgmestre "sous le coude". Dès qu'il décide de récupérer son écharpe maïorale, son remplaçant est prié de "rendre son tablier" en vue de lui laisser la place toute chaude... En d'autres termes, le candidat bourgmestre qui se présente devant les électeurs en sachant d'ores et déjà qu'il n'abandonnera pas ses fonctions ministérielles pour occuper la place de haut magistrat communal, ne se voit nullement sanctionné. Pourtant, dans un tel cas d'espèce – qui est loin d'être un cas d'école –, le choix des électeurs est méconnu à double titre. Non seulement le candidat plébiscité n'exercera pas la fonction de bourgmestre mais en outre, il pourra déléguer sa fonction à l'échevin de son choix sans aucunement devoir tenir compte des résultats des votes » (B. LOMBAERT et V. RIGODANZO, « Les modes de désignation des organes communaux et provinciaux », *Revue de droit communal*, 2007/2, p. 15).

(79) C.E., 11 juillet 2011, arrêt n° 214.529, *Daerden*.

(80) G. GRANDJEAN et F. JANSSENS, « Le décret décumul et le Parlement wallon », *A.P.*, 2016, p. 127.

collège sans voix délibérative⁽⁸¹⁾. Une circulaire du 28 octobre 2014 émise par le même ministre « précise » que les échevins empêchés restent des élus locaux, qui peuvent, si le collège communal le décide, utiliser les outils de communication de la commune, disposer des locaux au sein de l'administration communale, y recevoir des personnes, assister au collège, mais sans prendre part à sa délibération, et célébrer des mariages, en tant que conseiller communal.

Actant de cette confusion générale autour du statut de l'empêché, un décret du 12 octobre 2017 visant à encadrer la notion d'empêchement du bourgmestre et de l'échevin affiche la volonté de clarifier la situation⁽⁸²⁾. Ainsi, le décret impose le titre de « bourgmestre faisant fonction » et interdit au bourgmestre empêché d'assister aux réunions du collège communal, de signer un document officiel de la commune ou de disposer d'un cabinet communal⁽⁸³⁾. Mais, le dispositif du décret reste vague sur certains aspects. À titre d'exemple, on peut s'interroger sur l'interprétation de l'interdiction faite au bourgmestre empêché à « bénéficier de *manière permanente* d'un local au sein de la commune ou du CPAS »⁽⁸⁴⁾.

Plus fondamentalement, si ce dernier décret ne permet pas d'évacuer la confusion régnant autour du régime de l'empêchement, c'est parce qu'il ne revient pas sur les ambiguïtés originelles de ce régime qui privilégie certains élus locaux sur d'autres et contribue à l'illisibilité des institutions. Au contraire, son exposé des motifs affirme de manière aussi péremptoire qu'incongrue que « l'exercice d'un mandat de Ministre ou de Secrétaire d'État n'est pas incompatible avec l'exercice d'un mandat communal quel qu'il soit »⁽⁸⁵⁾. La distinction entre incompatibilité et empêchement est radicalisée à telle enseigne que celui-ci ne paraît même plus relever de l'incompatibilité d'exercice.

Pour clore ces développements relatifs aux manières de traiter les situations d'incompatibilités, on observera que s'agissant des hypothèses où la solution n'est pas automatique, mais résulte d'un choix du mandataire, les contrôles du respect de l'incompatibilité résultant de la vérification des pouvoirs, d'une part, et de l'autorité de tutelle⁽⁸⁶⁾, d'autre part, revêtent une importance déterminante.

(81) Voy. V. VANDER GEETEN, « Existe-t-il un statut de bourgmestre empêché "Canada Dry" en Région Wallonne ? », obs. sous C.E., 21 juin 2013, arrêt n° 224.021, *Mettens, A.P.*, 2013/3, p. 328.

(82) Un dispositif similaire règle la question des présidents de CPAS. Voy. le décret du 11 octobre 2017 modifiant certaines dispositions de la loi organique des Centres publics d'action sociale du 8 juillet 1976 visant à encadrer la notion d'empêchement du président du conseil de l'action sociale.

(83) Voy. art. L1123-5, § 3, du CWADEL.

(84) Nous soulignons.

(85) *Doc.*, Parl. w., sess. 2016-2017, n° 887-1, p. 3.

(86) Voy. not. art. L2212-81*bis* du CWADEL.

III. – LE DÉCUMUL À L'ÉPREUVE DE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES

Sur un plan horizontal, la répartition des rôles entre les pouvoirs législatif et exécutif paraît pouvoir être déterminée de manière relativement aisée. Le Conseil d'État a pu affirmer que les autorités compétentes pour établir les incompatibilités sont en principe « le pouvoir législatif, sauf en matière de fonction publique générale, pour laquelle le pouvoir exécutif est en principe compétent (voir notamment les articles 37 et 107, alinéa 2, de la Constitution, l'article 87, §§ 1^{er} et 3, de la loi spéciale précitée du 8 août 1980, l'article 54, alinéa 1^{er}, de la loi précitée du 31 décembre 1983 et les articles 40, § 1^{er}, et 79, § 3, alinéa 2, de la loi spéciale précitée du 12 janvier 1989) »⁽⁸⁷⁾. Toutefois, dans des avis ultérieurs, la section de législation a estimé, à raison selon nous, que s'agissant de toucher à des droits politiques – directement ou indirectement – l'intervention du législateur est toujours requise⁽⁸⁸⁾.

Sur un plan vertical, l'encadrement des cumuls rencontre de nombreux nœuds. Nous en évoquerons trois, sachant que d'autres ont été résolus par une intervention du législateur⁽⁸⁹⁾.

Premier nœud à trancher : entre l'autorité fédérale, les régions et les communautés, qui est compétent pour établir une incompatibilité lorsque la réglementation des deux fonctions relève de collectivités distinctes ? Selon le Conseil d'État, les règles d'incompatibilité édictées par les différentes autorités s'appliquant, le cas échéant, de manière cumulative. « Les sanctions et les autres mesures attachées aux incompatibilités par chaque autorité doivent rester circonscrites aux fonctions à l'égard desquelles elles sont compétentes ; elles ne peuvent avoir d'effet sur celles avec lesquelles les fonctions sont considérées comme incompatibles. Ce sont donc les seuls législateurs compétents pour fixer le statut d'incompatibilité des fonctions politiques qui peuvent

(87) Avis n° 39.825/AG/4 donné le 7 mars 2006 sur une proposition, et des amendements, devenue la loi du 14 juin 2006 modifiant la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de la discipline des Forces armées en vue de permettre l'accès à certains mandats politiques et portant des dispositions diverses, note n° 16.

(88) Voy. not. avis n° 49/041/2 donné le 5 janvier 2011 sur un projet d'arrêté du Collège de la Commission communautaire française portant sur les incompatibilités de ses membres. Le Conseil d'État renvoie à l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 74/92 ci-avant évoqué. Voy. ég. C.E., 17 mai 1995, arrêt n° 53.318, *Pepin* et le commentaire de K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheid », *op. cit.*, pp. 6 à 8.

(89) On pense singulièrement à l'article 24*bis*, § 5, de la LSRI qui règle notamment l'épineuse question de la suppléance au Parlement de la Communauté française des parlementaires wallons germanophones, et à l'article 4*bis* du décret spécial wallon du 13 juillet 1995 organisant le remplacement des Ministres par leur suppléant parlementaire en vertu duquel le parlementaire wallon siégeant à la Communauté française élu ministre de cette dernière devra être suppléé non seulement au sein du Parlement de la Communauté française, mais aussi au sein du Parlement wallon.

également, à l'égard de ces seules fonctions qu'elles sont habilitées à organiser, adopter ces sanctions et autres mesures, telles que des sanctions disciplinaires ou des mesures de suspension »⁽⁹⁰⁾. Le principe est ainsi posé : l'autonomie des différentes collectivités est reconnue. Elles peuvent faire ce qu'elles veulent dès lors qu'elles édictent l'incompatibilité à partir de la fonction à l'égard de laquelle elles sont compétentes et pour autant qu'elles respectent la loi spéciale⁽⁹¹⁾. Ce principe a été très clairement confirmé par la Cour constitutionnelle. À l'estime de cette dernière, « il appartient au législateur décrétal de déterminer les garanties qu'il estime nécessaires pour assurer le bon fonctionnement des institutions communales qui relèvent de sa compétence. Il lui est permis d'instaurer des incompatibilités qui empêchent un mandataire communal d'assumer une fonction au sein du collège communal s'il exerce simultanément un autre mandat ou une autre fonction. En instaurant une telle interdiction de cumul, le législateur décrétal règle la situation juridique des membres des collèges communaux et demeure donc dans la sphère de compétence que lui attribue l'article 6, § 1^{er}, VIII, de la loi spéciale précitée. Il ne règle pas le fonctionnement des institutions fédérales, communautaires ou régionales qui ne relèvent pas de sa compétence et ne porte pas atteinte à l'article 162 de la Constitution »⁽⁹²⁾. Il apparaît ainsi que la solution réside dans une fiction selon laquelle chaque législateur ne se soucie que de la fonction à l'égard de laquelle il érige des incompatibilités. Seule cette fiction permet de satisfaire l'exigence illusoire selon laquelle une incompatibilité ne peut avoir d'effet sur l'exercice des mandats relevant d'autres législateurs⁽⁹³⁾. On ne saurait

(90) Avis n° 39.825/AG/4 donné le 7 mars 2006 sur une proposition, et des amendements, devenue la loi du 14 juin 2006 modifiant la loi du 14 janvier 1975 portant le règlement de la discipline des Forces armées en vue de permettre l'accès à certains mandats politiques et portant des dispositions diverses, pt 21.

(91) À cet égard, la LSRI permet aux collectivités fédérées, sur la base de leur autonomie constitutive, d'établir des incompatibilités *supplémentaires* à celles que prévoit l'article 24bis. Elles ne peuvent donc pas lever des incompatibilités édictées par le législateur spécial, et ce dernier peut toujours intervenir pour modifier la liste des incompatibilités attachées aux mandats de parlementaires fédérés (voy. K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheid », *op. cit.*, pp. 11 et 12).

(92) C.C., arrêt n° 27/2012 du 1^{er} mars 2012, B.17.2.

(93) Cette exigence est encore rappelée dans l'avis n° 51.431/4 à propos du cumul entre le mandat de parlementaire et les fonctions exécutives des communes bruxelloises sur lequel on reviendra : « cette compétence emporte seulement la compétence d'instaurer une incompatibilité ayant exclusivement des effets juridiques sur l'exercice d'un mandat exécutif local et non sur l'exercice des mandats parlementaires cités dans la proposition. En d'autres termes, la proposition ne peut pas porter préjudice aux règles instaurées par le législateur spécial ou par un législateur compétent relatives aux incompatibilités pour les parlementaires des différents parlements ». Et le Conseil d'État de conclure de manière parfaitement fictionnelle : « le dispositif proposé ne contient pas d'effets juridiques quant à l'exercice du mandat parlementaire si le conseiller communal concerné exerçait la fonction exécutive au niveau communal ».

néanmoins difficilement faire l'économie de cette fiction, sous peine de rendre impossible l'édiction d'une incompatibilité sans violer les règles répartitrices de compétences⁽⁹⁴⁾.

Le deuxième nœud à démêler concerne une autre situation. Imaginons qu'une région souhaite interdire le cumul d'un parlementaire avec un mandat exécutif communal. Elle est à la fois compétente pour établir des incompatibilités à l'égard de l'un ou l'autre mandat. A-t-elle le choix entre recourir à son autonomie constitutive ou exercer sa compétence en matière de pouvoirs locaux ? Selon que l'une ou l'autre voie est empruntée, la norme décrétable ou ordonnancière devra soit recueillir la majorité absolue des suffrages, soit la majorité des deux tiers⁽⁹⁵⁾. Dans un premier temps, le Conseil d'État s'est montré hostile à la tentative bruxelloise d'emprunter le véhicule de la législation organique des communes. Il estimait que l'intention réelle du législateur ordonnancier était d'instaurer une incompatibilité supplémentaire avec la fonction de parlementaire quand bien même la proposition visait formellement à ajouter une incompatibilité à la fonction de bourgmestre ou d'échevin⁽⁹⁶⁾. Il est vrai que reproduire la règle en vigueur au sein du Parlement wallon, que ce dernier a établie via son autonomie constitutive dont Bruxelles était alors privée, a pu mettre la puce à l'oreille du Conseil d'État. Dans un avis plus récent, le Conseil d'État a toutefois renoncé à sonder les âmes des parlementaires bruxellois pour valider entièrement une proposition introduisant un décumul pur et simple. Cette proposition visant à établir une incompatibilité entre la fonction de bourgmestre et d'échevin, d'une part, et le mandat de membre du Parlement bruxellois, de la Chambre, du Sénat, du Parlement flamand et du Parlement européen, d'autre part, en introduisant un point 9° dans l'article 72 de la nouvelle loi communale

(94) La fiction peut plus difficilement être maintenue lorsque l'incompatibilité concerne une fonction non élective à l'égard d'une fonction élective. Dans cette hypothèse, il est paradoxal de reconnaître à la fois la compétence de l'autorité pour régler cette fonction non élective, tout en examinant la proportionnalité de la restriction au droit à l'éligibilité, laquelle suppose d'admettre que les effets de l'incompatibilité ne se limitent pas à la fonction relevant de la compétence de l'autorité (l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 74/92 ci-avant évoqué a été confronté à une situation de ce type, comp. B.2.3. et B.3.4.).

(95) À ces *quorums*, il faut ajouter à Bruxelles, tant pour l'une que pour l'autre hypothèse, l'exigence de majorité absolue au sein de chaque groupe linguistique (voy. les alinéas 3 et 4 de l'article 28 de la LSIB). Cependant, à la différence des ordonnances adoptées dans le cadre de l'autonomie constitutive de la Région bruxelloise, celles qui règlent les pouvoirs locaux peuvent être adoptées avec le soutien d'un tiers des suffrages exprimés au sein de chaque groupe linguistique et la majorité absolue des suffrages de l'ensemble de l'assemblée, si lors d'un premier vote le texte n'a pas réuni la majorité absolue dans chaque groupe linguistique.

(96) Avis n° 51.431/4 donné le 24 septembre 2012 sur une proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle loi communale en vue de limiter le cumul de la fonction de bourgmestre ou d'échevin avec celle de membre du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale.

ne se heurte pas aux règles répartitrices de compétence⁽⁹⁷⁾. Les virtualités de cette nouvelle jurisprudence sont importantes dans un contexte de morcellement politique qui rend la majorité des deux tiers bien plus difficile à atteindre. Elles le sont aussi en ce qu'elle permet à un niveau de pouvoir, en l'occurrence la Région de Bruxelles-Capitale, de prononcer un décumul à l'égard de l'ensemble des mandats parlementaires, en ce compris ceux des autres assemblées que le Parlement bruxellois, sans attendre que ces assemblées dégagent une majorité autour du décumul.

Il n'en demeure pas moins que pareille entreprise peut se heurter à un troisième nœud : qu'une collectivité politique soit reconnue compétente pour établir une incompatibilité ne signifie pas qu'elle dispose de la compétence pour lui assortir n'importe quelle conséquence. Voilà que la distinction entre incompatibilité et inéligibilité retrouve une certaine pertinence⁽⁹⁸⁾. En effet, si la Région de Bruxelles-Capitale, pour reprendre cet exemple, est reconnue compétente pour empêcher les membres d'un exécutif communal d'exercer un mandat parlementaire, elle ne peut leur interdire de se présenter aux élections régionales. Les conditions d'éligibilité ne rentrent en effet dans le spectre de l'autonomie constitutive d'aucune collectivité fédérée. Elles sont établies par le législateur spécial.

(97) Avis n° 62.152/1 donné le 25 octobre 2017. Il en va de même s'agissant de l'édition, via une ordonnance de la Commission communautaire commune, d'une incompatibilité entre le président de CPAS, d'une part, et le membre du Parlement bruxellois, de la Chambre, du Sénat, du Parlement flamand et du Parlement européen, d'autre part, via la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale (CPAS). Cf. avis n° 62.153/1 donné le 25 octobre 2017. Ces avis renouent avec une jurisprudence plus ancienne du Conseil d'État, singulièrement l'avis donné le 28 septembre 1990 sur le projet devenu la loi du 21 mars 1991 modifiant la nouvelle loi communale en ce qui concerne les absences et empêchements des mandataires. Le ministre de l'Intérieur avait interrogé le Conseil d'État quant au véhicule juridique dans lequel devait figurer une disposition empêchant la bourgmestre d'exercer des fonctions ministérielles. S'agissait-il, dans les règles répartitrices de compétence en vigueur à l'époque, de la loi ordinaire ou de la loi spéciale ? Le Conseil d'État avait tranché en faveur de la première : « S'agissant seulement de garantir le bon exercice des fonctions de bourgmestre, l'article en projet concerne l'organisation communale et ne requiert pas la majorité spéciale (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 1990-1991, n° 1036-1, p. 9). Cette jurisprudence a été confirmée dans l'avis n° 63.250/VR donné le 17 mai 2018 sur des amendements à une proposition d'ordonnance modifiant la Nouvelle loi communale en vue d'instaurer une incompatibilité entre la fonction de bourgmestre ou d'échevin et le mandat de membre du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Chambre des représentants, du Sénat, du Parlement flamand et du Parlement européen. À la suite de cet avis, la séance plénière du Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale, en date du 8 juin 2018, a procédé au vote de la proposition d'ordonnance. Avec 58 voix en faveur, 23 voix contre et 3 abstentions, mais une majorité de voix contre dans le groupe linguistique néerlandais, la proposition d'ordonnance n'a pu atteindre le seuil de la double majorité requise pour l'exercice de la compétence des pouvoirs locaux (voy. *supra* note n° 95). Craignant l'organisation d'un second vote où le soutien d'un tiers du groupe linguistique néerlandais suffisait à permettre l'adoption de la proposition, le Parlement flamand en sa séance du 4 juillet 2018 a adopté une motion en conflit d'intérêts. À l'heure où nous écrivons ces lignes, la procédure parlementaire bruxelloise est donc en suspens.

(98) K. MUYLLE, « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheden », *op. cit.*, p. 8.

IV. – DES INCOMPATIBILITÉS SOUMISES À UN CONTRÔLE JURIDICTIONNEL RESTREINT

Parmi les critiques que les règles anti-cumul suscitent, l'une fait directement écho aux différents chapitres du présent ouvrage. Il leur est souvent reproché de brider la liberté de choix des électeurs⁽⁹⁹⁾. Il est vrai qu'à l'instar de toutes les autres règles du droit électoral, le régime des incompatibilités organise et structure l'expression de l'électeur. Cependant, l'encadrement de la volonté de l'électeur poursuit précisément l'objectif de garantir le caractère démocratique de l'ensemble du processus électoral. La Cour constitutionnelle abonde en ce sens. Elle estime que « les conditions auxquelles est subordonné le droit de se porter candidat doivent refléter le souci de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel »⁽¹⁰⁰⁾ et que le législateur peut apporter « au principe de la liberté de vote, qui a pour corollaire que l'électeur puisse apprécier l'effet utile de son vote, des limitations raisonnables en vue d'assurer le bon fonctionnement des institutions démocratiques. Il en est ainsi, notamment, des incompatibilités qui obligent un candidat, après son élection, à choisir entre deux fonctions ou mandats incompatibles »⁽¹⁰¹⁾.

Le droit électoral résulte en somme de l'articulation des trois piliers du patrimoine constitutionnel européen identifiés par la Commission de Venise : la démocratie, l'État de droit et les droits fondamentaux⁽¹⁰²⁾. Cela étant, il n'en demeure pas moins qu'en tant que restriction au droit à l'électorat et à l'éligibilité⁽¹⁰³⁾, l'incompatibilité doit poursuivre un objectif légitime et respecter un principe de proportionnalité⁽¹⁰⁴⁾. À défaut, l'on peut considérer que l'équilibre entre les garanties de ces trois piliers n'est pas réalisé.

(99) G. GRANDJEAN et F. JANSSENS, « Le décret décumul et le Parlement wallon », *op. cit.*, p. 128.

(100) C.C., 28 juillet 2006, arrêt n° 130/2006, B.7.3.

(101) C.C., 28 juin 2012, n° 81/2012, B.14.1.

(102) Voy. le rapport explicatif du Code de bonne conduite en matière électorale adopté par la Commission lors de sa 52^e session plénière des 18 et 19 octobre 2002, CDL-AD (2002) 23 rev, §§ 1 et 2.

(103) Notons que la Cour constitutionnelle n'est pas parfaitement constante sur la question de percevoir l'incompatibilité comme une telle restriction. Si c'est ce qui se dégage majoritairement de sa jurisprudence, elle a appliqué de manière orthodoxe, dans une espèce, la distinction entre incompatibilité et inéligibilité (1^{er} mars 2012, arrêt n° 27/2012, B.7.).

(104) Voy. C.C., 18 novembre 1992, arrêt n° 74/92 : « L'éligibilité est un droit fondamental dans une société démocratique. Elle ne peut faire l'objet que de limitations particulières, lesquelles, même indirectes, doivent se justifier notamment par des exigences spécifiques, indispensables à l'exercice d'une fonction déterminée. Le respect des principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination exige que les limitations imposées à une catégorie de personnes n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre le but visé. Ce contrôle de proportionnalité doit être particulièrement rigoureux lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental » (B.3.5. et B.3.6.).

S'agissant de la séparation des pouvoirs, et singulièrement de l'indépendance du pouvoir judiciaire, la Cour constitutionnelle admet sans peine la validité de l'incompatibilité : « Si l'éligibilité est un droit fondamental dans une société démocratique, l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire sont également des exigences qui tiennent aux valeurs fondamentales de la démocratie. L'exercice d'un mandat politique électif impliquant que son titulaire s'engage publiquement en faveur de ses options politiques et cherche à s'attacher la confiance des électeurs, le législateur a pu raisonnablement considérer que des limitations au droit d'exercer un tel mandat étaient indispensables à l'exercice de fonctions judiciaires. Il a également pu estimer que, afin de garantir le fonctionnement impartial de la justice aux yeux d'un public qui peut être insuffisamment informé de la répartition des tâches au sein de l'institution judiciaire, les incompatibilités devaient s'étendre à tous ceux qui, fût-ce pour y accomplir des tâches administratives, travaillent au sein des greffes et des parquets »⁽¹⁰⁵⁾.

Outre ce cas très particulier au regard de l'importance des principes en jeu, la Cour constitutionnelle, s'inscrivant en cela dans le sillage de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, reconnaît un large pouvoir d'appréciation au législateur⁽¹⁰⁶⁾.

Sur le plan des objectifs poursuivis, le juge constitutionnel les admet systématiquement.

Sur le plan de la proportionnalité de la mesure, le contrôle de la Cour constitutionnelle semble être d'intensité variable. Elle a pu estimer proportionnée une inéligibilité fondée sur une incompatibilité sur la base de l'argument selon lequel « la restriction au droit d'éligibilité ne constitue pas un empêchement absolu de se porter candidat aux élections provinciales ; la personne concernée peut y remédier en démissionnant des mandats politiques visés par la disposition attaquée »⁽¹⁰⁷⁾. Cet argument nous semble toutefois un peu léger, puisqu'il conduit la Cour à ne pas mettre dans la balance les contraintes issues de la renonciation à la fonction ou mandat qui fait obstacle à sa candidature⁽¹⁰⁸⁾. Il a cependant été

(105) C.C., 21 octobre 1998, arrêt n° 107/98, B.4.4.

(106) C.C., 28 juin 2012, arrêt n° 81/2012, B.13 et B.19. Voy. également, C.C., 17 janvier 2008, arrêt n° 4/2008, B.8.1.

(107) C.C., 28 juillet 2006, arrêt n° 130/2006, B.7.4.

(108) Dans l'arrêt n° 74/92 du 18 novembre 1992, la Cour avait estimé que l'incompatibilité entre une fonction d'inspecteur de l'enseignement et « tout mandat politique » avait pour conséquence « qu'un inspecteur peut être dissuadé de postuler à un mandat politique puisque l'exercice de ce mandat entraînerait la perte de son emploi » (B.3.4.). Elle estime qu'au regard de l'objectif poursuivi, à savoir garantir l'indépendance de l'inspection à l'égard des différents réseaux, la mesure s'avère disproportionnée en raison de sa généralité.

repris par le Conseil d'État dans ses avis les plus récents⁽¹⁰⁹⁾. Cette attitude relativement permissive des magistrats laisse largement ouverte la voie à l'érection de nouvelles incompatibilités, même assorties de règles d'inéligibilité.

CONCLUSION

Maurice Hauriou écrivait : « La théorie de l'incompatibilité est assez difficile à construire », avant d'exposer ses développements en la matière en les articulant avec l'élection. Contrairement à bon nombre de ses successeurs, il ne se bornait pas à établir une dichotomie entre incompatibilité et inéligibilité. Tant s'en faut, puisqu'à son estime, entre les deux régimes, « il y a une grande parenté [...]. C'est le même résultat pratique obtenu par un autre moyen juridique »⁽¹¹⁰⁾.

À l'issue de notre analyse du régime des incompatibilités, nous ne pouvons que rejoindre son premier constat. Mais nous ne nous rallions que partiellement à la suite de son propos. Certes, *in fine*, le même résultat est atteint puisque juridiquement le mandataire n'exerce pas simultanément les deux fonctions concernées. Néanmoins, l'incompatibilité qui s'accompagne de règles empêchant la candidature apporte des garanties supplémentaires aux droits des électeurs à un scrutin transparent. C'est la position de la Cour constitutionnelle qui a estimé que permettre la candidature simultanée à des mandats incompatibles « est de nature à tromper l'électeur puisqu'il ne peut apprécier l'effet utile de son vote »⁽¹¹¹⁾. Dans cette même optique, la Cour admet les règles visant à lutter contre les « candidatures virtuelles », c'est-à-dire les candidatures à un mandat que le candidat n'a pas l'intention de remplir, car il n'entend pas renoncer à son premier mandat⁽¹¹²⁾. Comme l'a démontré de manière convaincante Anne-Emmanuelle Bourgaux, la pratique des candidatures fantômes altère le caractère démocratique de l'élection, l'accessibilité aux charges et la lisibilité des enjeux électoraux⁽¹¹³⁾. Nous sommes donc enclins à considérer qu'au lieu de voir une dichotomie entre incompatibilité et inéligibilité, ces deux régimes gagnent à être combinés.

(109) Avis n° 62.152/1 précité du 25 octobre 2017, 8.3.

(110) M. HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 2015, pp. 585 et 586.

(111) C.C., 26 mai 2003, arrêt n° 73/2003, B.16.3. En suspension, la Cour constitutionnelle avait estimé que la possibilité d'une candidature simultanée à la Chambre et au Sénat ne portait pas atteinte à l'article 49 de la Constitution (arrêt 26 février 2003, n° 30/2003, B.18.2.).

(112) C.C., 28 juillet 2006, arrêt n° 130/2006, B.7.1. à B.7.4.

(113) A.-E. BOURGAUX, *La démocratisation du gouvernement représentatif en Belgique : une promesse oubliée*, Thèse de doctorat en sciences juridiques soutenue à l'Université libre de Bruxelles le 16 octobre 2013, vol. 2, pp. 781 et s.

Cette combinaison n'est cependant pas toujours possible. Lorsqu'une incompatibilité est érigée entre un mandat électif et une fonction qui n'est pas conférée par l'élection, ou à tout le moins pas directement, l'inéligibilité ne saurait logiquement être la solution. Nous avons présenté les diverses modalités par lesquelles le législateur a entendu traiter les situations d'incompatibilités. Les dispositifs plus favorables à l'élu en situation d'incompatibilité résultent souvent d'une logique de compromis, où ils apparaissent comme une contrepartie à l'établissement des nouvelles incompatibilités. Nous n'avons pas la naïveté d'ignorer cette logique politique sous-jacente. Néanmoins, si l'on prend au sérieux l'urgence d'améliorer la qualité du rapport de confiance en vue de revitaliser la démocratie représentative, il y a fort à craindre que la demi-mesure ne suffise plus. Résoudre une incompatibilité par le mécanisme de l'empêchement ne fait qu'ajouter du flou à des institutions et une vie politique qui apparaissent déjà peu intelligibles pour bon nombre de citoyens. L'empêchement ne permet pas d'atteindre les objectifs de l'incompatibilité, ni en termes de partage du pouvoir, de prévention du conflit d'intérêts ou de disponibilité du mandataire. Ces visées, dont peu aujourd'hui contesteront ouvertement la légitimité, sont mieux servies avec des mécanismes imposant la réélection obligatoire du mandataire qui accède à une fonction incompatible avec son mandat.

Le régime des incompatibilités a considérablement évolué depuis 1831. En effet, les trois ordres d'impératifs que ce régime poursuit ont été déclinés de manière parfois radicalement différente au cours de l'histoire institutionnelle belge. Il y a fort à parier que les diverses entreprises de réflexion autour du « renouveau politique » et de la « moralisation de la vie publique » conduiront à élargir le spectre des incompatibilités. Toute démocratie s'honore à remettre périodiquement en question ses règles d'organisation en vue d'accroître la participation du plus grand nombre et de renforcer la responsabilité de ses gouvernants. De la volonté de ces derniers de prendre de la hauteur par rapport à leurs propres intérêts, de ne pas attendre que la sensibilité médiatique ou citoyenne face à ces défis s'estompe, et de s'abstenir d'user des subterfuges qu'offre le droit pour créer des mirages de décumul, dépendra la capacité de ces réformes à rencontrer les enjeux démocratiques de notre temps.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- COLLA, A.-F., « Essai de synthèse sur les incompatibilités parlementaires : dépassement de leurs revers pour une moralisation de la politique », *Ann. dr. Louvain*, 2012, p. 287-367.
- GRANDJEAN, G. et JANSSENS, F., « Le décret décumul et le Parlement wallon », *A.P.*, 2016, pp. 115-129.
- MERTES, C., « Les incompatibilités entre un mandat parlementaire et une fonction ministérielle », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 117-149.
- MUYLLE, K., « Parlementaire en ministeriële onverenigbaarheden », in M. VAN DER HULST et L. VENY (eds.), *Parlementair Recht, Commentaar en teksten*, Gand, Mys & Breesch, 1999.
- PIRET, F., « Le statut des mandataires locaux et le cumul des mandats », *Revue de droit communal*, 2007/2, p. 23.
- REYDELLET, M., « Le cumul des mandats », *R.D.P.*, 1979, pp. 746-748.
- VERDUSSEN, M., « Éthique et politique : la Belgique à la croisée des chemins », *Revue du droit public et de la science politique*, n° 2018/1, à paraître.
- VRANCKEN, M. et BEHRENDT, C., « L'entrée en vigueur d'un texte controversé : le décret "décumul" de la Région wallonne à l'épreuve de sa première application », *J.L.M.B.*, 2014, n° 22, pp. 1035-1036.