

ABSENCE D'ÉTAT D'URGENCE EN DROIT CONSTITUTIONNEL BELGE

Roxane Delforge

Collaboratrice scientifique à l'UCLouvain
Membre du Centre de Recherche sur l'État et la Constitution

Céline Romainville

Professeure à l'UCLouvain
Membre du Centre de Recherche sur l'État et la Constitution

Sébastien Van Drooghenbroeck

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis
Professeur invité à l'Université Paris II
Assesseur au Conseil d'État

Marc Verdussen

Professeur ordinaire à l'UCLouvain
Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution

Mise en contexte

1. Selon la Commission de Venise, l'« état d'urgence » désigne « l'octroi – temporaire – de pouvoirs exceptionnels à l'exécutif, assorti de règles exceptionnelles, en vue de traiter et de surmonter une situation extraordinaire qui représente une menace fondamentale pour le pays. Cette situation peut être de différentes natures : catastrophe naturelle, troubles civils, épidémie, attentats terroristes de grande ampleur, crise économique, guerre et menaces militaires, par exemple. L'existence de l'état d'urgence repose sur une dichotomie entre la norme/normalité d'une part, l'exception

d'autre part »¹. Fort proche², si pas synonyme, la notion d'« état d'exception » vise quant à elle « la situation dans laquelle se trouve un état qui, en présence d'un péril grave, ne peut assurer sa sauvegarde qu'en méconnaissant les règles légales qui régissent normalement son activité »³.

2. Préfaçant la thèse de doctorat de Rusen Ergec, le procureur général Jacques Velu⁴ écrivait que :

« Le droit ne peut prétendre régenter les comportements que si l'idéal qu'il propose aux hommes ne relève pas de l'utopie. Il y va de sa crédibilité et de l'effectivité de sa fonction sociale. Faire prévaloir absolument en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, le respect des règles ordinaires sur les intérêts vitaux de la nation serait vouer de manière certaine le droit à la violation et l'État démocratique, à l'anéantissement ».

En son article 15 dédié aux « dérogations », la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après C.E.D.H.), au même titre que d'autres instruments de protection des droits de l'homme et que moult constitutions de démocraties au-dessus de tout soupçon⁵, a fait sienne la modestie du roseau de la fable : savoir plier momentanément pour ne pas prendre le risque de rompre définitivement.

Face à la crise, la C.E.D.H. offrira donc plusieurs leviers d'action⁶. Il y a, tout d'abord, la « simple » restriction de certains droits fondamentaux, comprise comme le « traitement diminutif »⁷, soit du contenu,

1. COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en situation d'état d'urgence : réflexions », CDL-PI(2020)005rev., 26 mai 2020, p. 3, n° 5.

2. Voy. égal. les définitions retenues par W. VERRIJDT, « De belgische overheden kunnen de noodtoestand niet uitroepen... », www.leuvenpubliclaw.com/belgie-kan-de-noodtoestand-niet-uitroepen/.

3. J.-L. DE CORAIL, « État d'exception », *Encyclopædia Universalis*, www.universalis.fr/encyclopedie/etat-d-exception/ (en ligne), (consulté le 6 septembre 2021).

4. J. VELU, Préface à R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 7.

5. Voy. par ex. V. SOUTY, *La constitutionnalisation des pouvoirs de crise – Essai de droit comparé*, thèse, Université de Paris 3, Sorbonne Nouvelle, 2015. Voy. égal. Direction de l'initiative parlementaire et des délégations, « Législation comparée – Le régime de l'état d'urgence (Allemagne, Italie, Espagne, Belgique, Portugal, Royaume-Uni) », Note réalisée à la demande de M. Ph. BAS, mars 2016, LC264, Sénat français, disponibles sur : www.senat.fr/lc/lc264/lc264.pdf.

Adde, J. CORNELL et A. SALMINEN, « Emergency Laws in Comparative Constitutional Law », *German Law Journal*, 2019, pp. 233-249. Voy. encore les nombreuses contributions nationales sur le thème « Covid-19 et état d'urgence » publiées sur <https://verfassungsblog.de/category/debates/covid-19-and-states-of-emergency-debates/>.

6. On laissera de côté les exceptions permises par la Convention européenne des droits de l'homme : voy. COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en situation d'état d'urgence : réflexions », *op. cit.*, p. 9.

7. Voy. à cet égard la définition de P. VEGLERIS, « Valeur et signification de la clause "dans une société démocratique" dans la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1968, p. 222.

soit du champ d'application *ratione materiae, loci* ou *temporis* du droit concerné. S'exposent aux « restrictions », pareillement entendues, le droit au respect de la vie privée et familiale, la liberté de religion, la liberté d'expression ou, encore, la liberté de réunion. Dans le droit de la C.E.D.H., les restrictions pareillement entendues sont visées aux paragraphes 2 respectifs des articles 8 à 11. Vient ensuite, dans l'article 15 de la même Convention, la *dérogation* aux droits et libertés, envisagée quant à elle pour les circonstances extrêmes de « guerre » ou de « danger public menaçant la vie de la nation » : se trouve visée une véritable suspension⁸, une paralysie complète, quoique temporaire, de l'exercice de l'un ou plusieurs droits et libertés conventionnellement garantis⁹.

Restriction et dérogation : ces deux leviers d'action n'ont *a priori* pas vocation à s'équivaloir parfaitement¹⁰. En toute logique, le second devrait permettre de « faire plus » que le premier¹¹, et c'est au demeurant ce qui a justifié, dès l'origine, l'affirmation de son caractère subsidiaire. La défunte Commission européenne des droits de l'homme l'énonçait déjà dans l'*Affaire grecque* : l'activation de l'article 15 de la C.E.D.H. suppose que la crise ou le danger soient exceptionnels, c'est-à-dire que les mesures ou restrictions normales permises par la Convention aux fins de la protection de la sûreté et de l'ordre public et de la santé soient manifestement insuffisantes¹².

3. Entre le chêne et le roseau, le Constituant belge a pour sa part privilégié – en tout cas sur le papier – le chêne. Demeuré inchangé depuis 1831, l'article 187 de la Constitution dispose en effet que :

« La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie ».

En interdisant pareillement sa propre suspension, la Constitution belge accorde aux droits et libertés qu'elle consacre une protection supérieure à celle de la C.E.D.H., ce qui est parfaitement légitime au regard du principe de la priorité de la « clause la plus favorable » (art. 53 C.E.D.H.) Restreints ils pourront être ; suspendus, jamais.

8. *Ibid.*, pt. 41.

9. Voy. not. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 39 et s.

10. Voy. W. VERRIJDT, « De belgische overheden kunnen de noodtoestand niet uitroepen... », op. cit.

11. Voy. e.a. S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Anvers/Cambridge, Intersentia, 2016, p. 328. Voy. égal. G. VAN HAEGENBORGH et W. VERRIJDT, « De noodtoestand in het Belgische publiekrecht », in *Preadviezen VWSRBN*, Boom Uitgevers, 2016, p. 15.

12. Comm. eur. D.H., Rapport dans l'*Affaire grecque* (*Danemark, Suède, Norvège et Pays-Bas c. Grèce*), XX, § 153.

La conclusion qui précède figura, de longue date, dans les écrits de divers constitutionnalistes¹³. Elle fut, très récemment, endossée par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'État. Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 249.314 du 22 décembre 2020¹⁴, les parties requérantes faisaient en substance reprocher à l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 « portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 » d'avoir « dérogé » à l'article 9 de la C.E.D.H. et à la liberté de culte qu'il consacre, et d'avoir, en méconnaissance de ce que prescrit l'article 15, paragraphe 3 de la Convention précitée, omis de notifier cette dérogation au secrétaire général du Conseil de l'Europe. Le Conseil d'État, dans des termes absolument dépourvus d'ambiguïté, récusait la prémisse même du raisonnement ainsi développé :

« Quant à une méconnaissance de la part de la Belgique de l'article 15 de la CEDH, il y a lieu de relever que chaque État membre est libre d'apprécier la nécessité de sa mise en œuvre. L'article 187 de la Constitution interdit que celle-ci soit suspendue en tout ou en partie, y compris son Titre II "Des Belges et de leurs droits". Or, le mécanisme prévu à l'article 15 de la CEDH permet aux États, dans certaines circonstances, en temps de guerre et de danger public menaçant la vie de la Nation, de déroger à certains droits et libertés. La Belgique a ainsi une Constitution qui est davantage protectrice des droits et libertés dès lors qu'elle n'autorise à aucun moment leur suspension.

L'article 53 de la CEDH dispose comme il suit :

13. Voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », in E. VANDENBOSSCHE (sous la dir. de), *Uitzonderlijke omstandigheden in het grondwettelijk recht*, Bruges, la Charte, 2019, pp. 3 et s. ; G. VAN HAEGENBORGH et W. VERRIJDT, « De noodtoestand in het Belgische publiekrecht », *op. cit.*, pp. 39-40 ; Cass., 23 septembre 1976, *Pas.*, 1977, I, 88, concl. J. VELU ; J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK, *Handboek EVRM*, 2.II, Antwerpen, Intersentia, 2005, pp. 194-195 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, II, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 1991, p. 961 ; J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « Invoeging van een transversale bepaling in de Grondwet over het afwijken van rechten en vrijheden », *Doc. parl.*, Ch., 2005-2006, n° 51-2304/001, p. 76 ; M. VERDUSSEN, « La Constitution belge face à la pandémie de Covid-19 », *Confluence des droits – La Revue*, 2020/09, https://confluencedesdroits-larevue.com/?p=1354#_ftnref9. Contra R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles – Étude sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 94 ; *Id.*, « L'état de nécessité en droit constitutionnel belge », in C.I.D.P./I.C.S.R. (éd.), *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 169. Comp. enfin avec J. PIERET, « La gestion de la pandémie du Covid-19 et les dérogations aux droits et libertés : faut-il recourir à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme ? », https://droit-public.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2020/04/CarnetdeCriseCDP_Covidart15CEDH-1.pdf.

14. C.E., 22 décembre 2020, *Parmentier et autres*, n° 249.314.

“Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie”.

Il ressort de cette disposition que si le régime de protection des droits fondamentaux en droit interne est plus favorable à celui de la Convention, c’est ce régime national qui prime. La critique des requérants est dès lors incompréhensible puisqu’elle revient à dire que la Belgique aurait dû déroger à des droits et libertés fondamentaux alors que sa Constitution ne l’y autorise pas ».

Ces considérants, réitérés par d’autres arrêts¹⁵, sont évidemment fondamentaux. En droit, il ne pourrait être question de déroger aux droits et libertés garantis par la Constitution belge, et, fort logiquement, il y a lieu de postuler qu’aucune des limitations aux droits et libertés dont la Haute Juridiction administrative a jusqu’à présent affirmé la validité *prima facie* – qu’il s’agisse des mesures de fermeture dans l’Horeca ou, encore, des interdictions de rassemblements religieux au-delà d’un certain nombre de personnes – ne constituait une véritable *suspension* des libertés en cause : il doit être présumé qu’il ne s’agissait que de *restrictions* admissibles.

4. L’article 187 de la Constitution belge est donc censé interdire toute forme d’état d’urgence ou d’exception *de jure*. Fort bien. Il reste que, à défaut de régime d’exception, des procédés exceptionnels n’en ont pas moins été mobilisés, dans les faits, pour faire face à la crise.

Les pouvoirs spéciaux sont une première technique qui permet, dans des circonstances exceptionnelles, de renforcer la capacité des gouvernements à agir de manière rapide et efficace. Fondé sur une interprétation audacieuse de l’article 105 de la Constitution, le recours aux pouvoirs spéciaux permet à l’exécutif, de modifier, compléter, abroger ou remplacer les règles législatives en vigueur, dans les limites définies par la loi de pouvoirs spéciaux. Nous nous permettons de renvoyer, sur ce point, à la contribution d’Anne-Emmanuelle Bourgaux et Thibault Gaudin dans le présent ouvrage.

L’adoption de mesures de police est une deuxième technique qui peut être mobilisée – et qui l’a au demeurant été généreusement – pour gérer une crise. Ces mesures, dans le détail desquels il sera revenu par Patrick Goffaux, peuvent être adoptées au niveau fédéral¹⁶,

15. Voy. C.E., 4 février 2021, S.P.R.L. Mainego, n° 249.723.

16. Au plan fédéral, trois législations confèrent au ministre de l’Intérieur des pouvoirs étendus en matière de gestion de crise : la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile et la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile. Voy. *infra* la contribution de P. Goffaux.

provincial¹⁷ ou communal¹⁸, sur la base de législations qui contiennent des dispositions assez imprécises et d'une grande généralité. Le moins que l'on puisse dire, en effet, est qu'elles ne définissent pas de manière très explicite les éléments essentiels des mesures susceptibles d'être prises, ni n'encadrent expressément les objectifs à poursuivre lors de leur adoption¹⁹.

5. On peut se demander²⁰ si, par leur nombre, leur durée et leur ampleur, les mesures qui ont été adoptées depuis le mois de mars 2020 en mobilisant ces deux techniques de gestion de crise n'ont pas, en réalité, été au-delà des simples « restrictions » aux droits et libertés concernées. En particulier, des ingérences à ce point importantes à la liberté d'entreprise, la liberté de circuler, au droit à la vie privée et familiale, au droit à l'instruction, à la liberté de culte ou encore au droit de participer à la vie culturelle n'aboutissent-elles pas à une suspension *de facto*, qui ne dit pas son nom, de certaines garanties applicables en droit belge ?

À supposer que l'on réponde par l'affirmative, de deux choses l'une. Soit l'on admet finalement, à rebours des déductions logiques qu'autorisent les arrêts précités du Conseil d'État (*supra*, n° 3), que l'article 187 de la Constitution a bel et bien été violé. Soit l'on maintient coûte que coûte qu'il ne l'a pas été, mais on est alors logiquement conduit à devoir nier la différence pratique censée exister entre les restrictions et les dérogations/suspensions aux droits et libertés : les premières permettraient en réalité de faire exactement la même chose que les secondes. Le chêne serait, dans les faits, tout aussi flexible que le roseau. Quelle que soit cependant la conclusion retenue, force est de se rendre à l'évidence de l'inadaptation foncière de l'antique régime de l'article 187. Qu'elle soit ineffective – en ce sens que sa violation est impunie –, ou parfaitement creuse – parce qu'elle fait mine d'interdire ce qui est pourtant autorisé sur d'autres bases –, la garantie supposément offerte par l'article 187 est *in fine* relativement nulle. Elle fait partie des fictions dont le droit public belge gagnerait à se débarrasser, pour prendre à bras-le-corps les problèmes plutôt que de les nier.

17. Voy. *infra* la contribution de P. Goffaux, s'agissant de l'exercice de ces compétences provinciales à Bruxelles.

18. Voy. *infra* la contribution de P. Goffaux.

19. Voy., sur ces « vieux dispositifs qui, en raison de leur imprécision intrinsèque, peinent à satisfaire aux standards contemporains de la légalité », S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, C. HOREVOETS et G. DELANNAY, « Le principe de légalité dans les limitations aux droits et libertés », in M. EL BERHOUMI, L. DETROUX et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité – Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 34-35.

20. Voy. M. VERDUSSEN, « Droits humains et crise sanitaire : l'État mis au défi », *La Libre Belgique*, 17 juillet 2020 ; *Id.*, « La Constitution belge face à la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 3.

6. Les lignes qui suivent s'emploieront à déplier ces différentes hypothèses et propositions. Nous raisonnerons ici en cinq étapes. *Primo* nous reviendrons sur le prescrit de l'article 187 de la Constitution (Section 1). *Deuxio*, nous analyserons la notion de « dérogation » dans le droit de la C.E.D.H. et sa distinction supposée avec celle de « restriction », pour mieux tenter de saisir la portée de l'interdiction constitutionnelle des suspensions (Section 2). *Tertio*, nous approfondirons la thèse de l'atteinte à la « substance » d'un droit, qui apparaît comme le principal curseur permettant de distinguer les suspensions (ou dérogations) des restrictions aux droits fondamentaux. Après un bref rappel théorique de cette thèse, nous évaluerons le caractère opérationnel de ce critère de l'atteinte à la « substance » d'un droit et son autonomie réelle par rapport notamment à l'exigence de proportionnalité (Section 3). *Quatro*, nous déploierons une analyse empirique pour tenter de répondre à la question de savoir s'il est possible d'identifier des mesures adoptées pour faire face à la pandémie de Covid-19 qui pourraient être qualifiées de suspensions *de facto*. À partir d'une analyse de la jurisprudence pertinente, il s'agit donc de définir l'éventuel « noyau dur » de certains droits et libertés et de vérifier si ce noyau dur a été atteint par certaines mesures (Section 4). Enfin, *cinquo*, nous proposerons des pistes de réflexion pour améliorer la résilience du droit constitutionnel belge face aux crises (Section 5).

Section 1. Portée de l'interdiction constitutionnelle des suspensions

7. On ne peut comprendre la portée de l'article 187 de la Constitution sans revenir sur sa genèse (§ 1), sur la différence entre une « suspension » en période exceptionnelle et une « limitation » en temps ordinaires des droits fondamentaux (§ 2) et, enfin, sur les théories développées pour neutraliser, d'une manière ou d'une autre, l'interdiction portée par cet article 187 (§ 3).

§ 1. Genèse de l'article 187 de la Constitution

8. Il semble qu'en adoptant cette disposition, le Congrès national ait voulu obvier au risque de suspensions autoritaires et arbitraires qui résulteraient d'un dépassement par le législateur ou l'exécutif de leurs attributions. L'auteur de l'amendement ayant conduit à l'adoption de l'article 187, M. Van Snick, a d'ailleurs cité les ordonnances de Charles X suspendant les libertés constitutionnelles²¹.

21. E. HUYTENS, *Discussions du Congrès national de Belgique 1830-1831*, vol. II, Bruxelles, A. Wahlen et Cie, 1844, pp. 464 et s.

9. Il faut à cet égard préciser que l'interdiction de toute suspension n'était pas inscrite dans le projet de la commission de la Constitution mise en place le 6 octobre 1830. Elle a été proposée par le précité Van Snick, membre du Congrès national, initialement sous la forme suivante : « Les pouvoirs constitutionnels n'existant que par la constitution, ils ne peuvent dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, en suspendre l'action »²². L'auteur de l'amendement reconnaît s'être inspiré des travaux de Benjamin Constant²³. Préoccupé à la fois par « la stabilité de l'ordre politique et la préservation de la liberté de chacun »²⁴, ce dernier s'érige contre ces gouvernements qui « ont fréquemment prétendu qu'ils avaient le droit de violer la constitution pour la sauver »²⁵. Benjamin Constant s'oppose plus généralement dans son ouvrage aux « lois d'exception partielles » et également aux « mesures plus générales que les lois d'exception ont [...] l'inconvénient d'entraîner à leur suite, parce qu'en rendant les constitutions qu'elles mutilent des objets de mépris et de dérision pour le peuple, elles amènent des moments de crise, où les gouvernements ne savent plus comment administrer avec la constitution ; alors ces gouvernements s'écrient que les constitutions, qui sont le boulevard des États, ne doivent pas servir de refuge aux ennemis de l'État ; qu'une constitution est une citadelle, et que, lorsqu'une citadelle est bloquée, la garnison peut en sortir pour disperser les assiégeants qui la bloquent »²⁶. Pour Constant, « [un] gouvernement constitutionnel cesse de droit d'exister aussitôt que la constitution n'existe plus, et une constitution n'existe plus dès qu'elle est violée : le gouvernement qui la viole déchire son titre ; à dater de cet instant même, il peut subsister par la force, mais il ne subsiste plus par la constitution »²⁷. Selon Constant, même les situations de crise aiguë ne peuvent justifier de fouler aux pieds le texte constitutionnel. « Sans doute », écrit-il déjà en 1813, « il y a pour les sociétés politiques des moments de danger que toute la prudence humaine a peine à conjurer. Mais ce n'est point par la violence, par la suppression de la justice, ce n'est point ainsi que ces dangers s'évitent. C'est au contraire en adhérant, plus scrupuleusement que jamais, aux lois établies, aux formes tutélaires, aux

22. J. VELAERS, *De Grondwet – Een artikelsgewijze commentaar*, Deel III, Bruges, die Keure, 2019, p. 599.

23. C. HUBERLANT, « État de siège et légalité d'exception en Belgique », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs – Contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, X^e Journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 401.

24. T. CHOPIN, *Benjamin Constant – Le libéralisme inquiet*, Paris, Michalon, 2002, p. 75.

25. *Ibid.*, pp. 372-373.

26. *Ibid.*, p. 373.

27. *Ibid.*

garanties préservatrices »²⁸. M. Van Snick pense s'inscrire dans le sillage de Constant ; il entend par sa proposition « prévenir ces infractions, ces suspensions et ces coups d'État »²⁹.

10. On retrouve ces considérations dans la doctrine constitutionnelle. Ainsi, Oscar Orban voit dans l'interdiction de toute suspension de la Constitution « la négation, sans aucune réserve, de la maxime romaine : *Salus populi suprema lex est* »³⁰. Ainsi encore, Jean-Joseph Thonissen tient la suspension de la Constitution pour « un anéantissement passager, une violation à temps limité » et il précise que « comme les pouvoirs constitutionnels n'existent que par la Constitution, ils ne sauraient posséder le droit de la suspendre », au risque sinon de voir leur autorité cesser « au même instant »³¹. C'est l'idée, exprimée par Paul Errera, que « le pouvoir constituant seul peut toucher à son œuvre, peu importe que l'atteinte soit momentanée ou définitive »³². Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le titre sur la révocation de la Constitution suit immédiatement celui consacré aux dispositions générales que clôturait, à l'époque, l'ex-article 130 (devenu 187).

11. Cette option de M. Van Snick n'était pas partagée par l'ensemble des membres du Congrès national, mais une majorité soutiendra finalement cette idée, en reformulant l'article initialement proposé pour arriver à la formulation que nous connaissons. Le Constituant a voulu interdire sans ambiguïté que la Constitution soit suspendue, partiellement ou totalement : en Belgique, l'instauration d'un « état d'urgence » ou d'un « état d'exception » non seulement n'est pas prévue par la Constitution, mais est formellement interdite par celle-ci.

Sans doute les congressistes avaient-ils le souvenir de certains actes inconstitutionnels du roi Guillaume des Pays-Bas, à l'époque où les provinces belges faisaient partie des Pays-Bas (1815-1830). L'article 187 s'inscrit dans le contexte d'une Constitution qui, de manière générale, procède du souci de mettre en place un État moderne, stable et résolument plus libéral que l'était le Royaume des Pays-Bas³³.

Jan Velaers résume en ces termes les deux types d'arguments qui expliquent l'adoption de l'article 187 :

28. B. CONSTANT, « L'esprit de conquête et de l'usurpation dans leurs rapports avec la civilisation européenne (1830) », in B. CONSTANT, *Œuvres*, coll. « Bibliothèque de la Pléiade », Paris, Gallimard, 1957, pp. 1048-1049.

29. J. VELAERS, *De Grondwet – Een artikelsgewijze commentaar*, op. cit., p. 599.

30. O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. 1^{er}, Liège, Dessain/Paris, Giard & Brière, 1906, p. 333.

31. J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant – Christophe & Cie, 1876, pp. 390-391.

32. P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, Paris, Giard & Brière, 1909, p. 18.

33. E. WITTE, A. MEYNEN et D. LUYTEN, *Histoire politique de la Belgique – De 1830 à nos jours*, trad., Bruxelles, Samsa, 2017, pp. 20-21.

« In de eerste plaats was er een zeer tijdsgebonden argument dat zijn plaats heeft in die woelige Franse revolutionaire tijden tussen 1789 en 1830 : de grondwetgever wilde stabiliteit, hij wilde breken met de periode dat de ene staatsgreep op de ander volgde, met telkens een schorsing van de grondwet en de instelling van een nieuw regime tot gevolg. Er was echter ook een diepere overweging : de grondwetgever keerde zich tegen de ciceroniaanse idee "Salus populi, sup-rem lex esto", en stelde daartegenover dat er in een constitutioneel regime geen goede argumenten zijn om de grondwet niet na te leven. Eigenlijk herhaalt artikel 187 GW wat al in artikel 33 GW staat. De machten worden uitgeoefend op de wijze die de grondwet bepaalt. Artikel 187 drukt het wezen van een grondwet uit. De grondwet is er "for all seasons". Ook in woelige tijden moet ze worden nageleefd »³⁴.

12. Une incertitude a cependant été entretenue par une partie de la doctrine sur la portée de l'article 187 de la Constitution. Selon Louis Wodon, l'article 187 de la Constitution prohibe seulement l'« acte de volonté » par lequel une autorité publique suspendrait la Constitution, mais non l'acte par lequel la même autorité se limiterait à « constater » un état de fait qui rendrait inapplicables telles ou telles dispositions de la Constitution³⁵. Plus récemment, il a été soutenu que « l'article 187 de la Constitution n'interdit que la suspension délibérée de la Constitution, suspension qui procéderait d'une volonté libre », de telle sorte qu'il n'y aurait pas « d'obstacle constitutionnel à l'introduction, en droit belge, d'un régime d'exception destiné à parer aux dangers internes »³⁶. Nous reviendrons sur ces positions doctrinales qui, selon nous, prêtent le flanc à la critique (voy. *infra*, n° 23).

§ 2. Notion constitutionnelle de « suspension » et différence avec les restrictions

13. Les difficultés conceptuelles que soulève l'article 187 nous incitent à distinguer, s'agissant plus particulièrement des droits fondamentaux, deux cas de figure : la suspension de droits fondamentaux ne pouvant faire l'objet d'aucune limitation en temps ordinaire (A) et la suspension de droits fondamentaux pour lesquels de telles limitations sont permises (B).

34. *Ibid.*, p. 600.

35. L. WODON, « Sur le rôle du Roi comme chef de l'État dans les cas de défaillances constitutionnelles », *Académie royale de Belgique – Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, 1941, pp. 217-218.

36. R. ERGEC et S. WATTÉE, « Les dérogations aux droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 405-406 (et les auteurs cités à la note 52).

A. Identification des suspensions des règles constitutionnelles absolues

14. La détermination du champ d'application de l'interdiction contenue dans l'article 187 est relativement aisée pour ce qui concerne les règles constitutionnelles qui ne tolèrent pas de limitation en temps ordinaires. Toute atteinte à ces règles constitue une suspension interdite.

Les règles constitutionnelles qui concernent l'exercice des pouvoirs constitués ne prévoient pas de limitations ; tout écart par rapport à ces règles doit donc *ipso jure* être qualifié de suspension. C'est dans ce sens que Jan Velaers écrit que « [e]igenlijk herhaalt artikel 187 GW wat al in artikel 33 GW staat. De machten worden uitgeoefend op de wijze die de grondwet bepaalt »³⁷. Tous les cas dans lesquels les pouvoirs ne sont pas exercés de la manière prescrite par la Constitution constituent une suspension interdite par l'article 187.

Dans cette perspective, on peut considérer que l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 implique une « suspension » de la Constitution pour ce qui concerne l'organisation des pouvoirs. Publié au *Moniteur belge* du 15 octobre 1916, cet arrêté-loi du 11 octobre 1916 est toujours en vigueur. Il appartient à cette catégorie de règles exceptionnelles, de nature législative, adoptées durant les deux dernières guerres mondiales, par le Roi et ses ministres réunis en Conseil (pour les arrêtés-lois dits « du Havre », adoptés durant la Première Guerre mondiale) ou et par les ministres réunis en Conseil (pour les arrêtés-lois dits « de Londres », adoptés durant la Seconde Guerre mondiale), de leur propre initiative, dans des domaines relevant normalement du pouvoir législatif. L'adoption de ces arrêtés-lois a été rendue nécessaire par l'impossibilité des chambres législatives de se réunir librement sur le territoire national. Il sera revenu ci-après sur la question de la validité de ces arrêtés (n° 20).

La Constitution reconnaît également un certain nombre de droits et libertés de manière absolue. Une série de « trompe-l'œil » existe certes sur ce point. Une lecture littérale du seul texte de la Constitution donnerait ainsi à penser que sont consacrées, sans possibilité de limitation aucune, l'interdiction de toute ingérence préventive dans la liberté de la presse, dans la liberté d'association ou encore la protection de la liberté de réunion dans des lieux privés, l'inviolabilité du domicile ou encore le secret des lettres. On sait néanmoins que la jurisprudence a fait basculer ces droits et libertés du registre de l'absolu vers celui du relatif, en reconnaissant progressivement que des restrictions peuvent

37. J. VELAERS, *De Grondwet – Een artikelsgewijze commentaar*, op. cit., p. 600.

être apportées à ces droits et libertés, en particulier pour tenir compte de la nécessité de protéger d'autres droits et libertés³⁸. Subsistent alors une poignée de dispositions constitutionnelles qui, grâce à la clarté et à la précision de leur libellé, peuvent encore être considérées comme absolues. Ainsi, la mort civile est « abolie » (art. 18), comme la peine de mort (art. 14bis). La liberté personnelle est également, au-delà de l'exception précise qu'il comporte, un droit absolu : depuis la révision de l'article 12, alinéa 3 de la Constitution en 2017, toute détention prolongée au-delà de quarante-huit heures sans décision de justice est inconditionnellement interdite. Un certain nombre de droits procéduraux sont pareillement reconnus sans possibilité de limitation ; il en est ainsi de l'article 14 de la Constitution, qui garantit le principe de la légalité en matière pénale.

L'article 187 implique qu'aucune limitation d'aucune sorte ne peut être apportée à ces – rares – droits absolus en temps de crise, comme en temps ordinaire³⁹. Les « marqueurs » de la suspension interdite se laissent ici apercevoir sans difficulté.

B. Identification des suspensions des règles constitutionnelles relatives

15. Lorsque les dispositions constitutionnelles prévoient des restrictions génériques ou des exceptions « ouvertes » aux droits et libertés qu'elles consacrent, l'identification des hypothèses de suspensions de ces dispositions, et donc de violation du prescrit de l'article 187, devient beaucoup plus complexe. Pour ce qui concerne les droits et libertés qui ne sont pas absolus, notamment en raison de nombreux autres intérêts ou droits fondamentaux face auxquels on admet qu'ils puissent céder⁴⁰,

38. On doit d'emblée souligner que l'absolutisme apparent de la Constitution concernant ces libertés a été par la suite relativisé par la jurisprudence. Voy. not. l'analyse de G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? – Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 731-754, ou encore X. DELGRANGE, « V. – Le métissage des sources – De l'ensemble indissociable à l'interprétation conciliante », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 145-171.

39. Nous n'entrerons pas ici dans le débat sur la question de savoir si la théorie de l'ensemble indissociable, lorsqu'elle revêt les habits de l'interprétation conciliante et qu'elle aboutit à « raboter » (l'expression est de Xavier Delgrange) la disposition constitutionnelle plus protectrice pour la rendre conforme au droit international, n'implique pas une violation de l'article 187 de la Constitution. Voy. sur cette question X. DELGRANGE, « V. – Le métissage des sources – De l'ensemble indissociable à l'interprétation conciliante », *op. cit.*, pp. 156-159.

40. Voy. S.-U. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 105-129.

ou encore des exceptions qu'ils connaissent, de la texture ouverte des règles qui les consacrent et de l'interprétation dynamique dont ils font l'objet, la distinction entre les suspensions et autres limitations des droits et libertés devient difficile à établir⁴¹.

16. On peut repartir des travaux de conceptualisation menés par la doctrine autour du concept de « dérogation » pour tenter d'identifier la différence existant entre les suspensions interdites en vertu de l'article 187 et les limitations autorisées sur le fondement d'autres dispositions de la Constitution. Françoise Leurquin-de Visscher définit ainsi de manière générale la « dérogation » en droit public comme « l'opération juridique qui consiste à établir une règle de droit qui a pour objet de restreindre le domaine d'application d'une autre règle de droit »⁴². Selon l'auteure, la dérogation peut être considérée comme une abrogation partielle, c'est-à-dire qu'elle est limitée dans le temps⁴³. « Déroger à une règle », écrit Françoise Leurquin-de Visscher, « c'est supprimer une partie du domaine d'application d'une règle [...], sans pour autant supprimer cette règle, c'est-à-dire l'abroger »⁴⁴. L'auteure analyse le « rapport de dérogation » ou l'« effet dérogoire » comme étant « la solution d'un conflit entre deux règles qui, toutes deux applicables et relevant d'un même ordre juridique, se révèlent inconciliables pour partie »⁴⁵. Dans une telle situation, un choix est posé en faveur d'une des deux règles, la seconde subissant alors nécessairement une restriction de son champ d'application : « [L]a partie contestée de son domaine matériel échappe à sa maîtrise. Cette limitation, qui prend le nom de dérogation, atteint la règle dans son pouvoir de commandement »⁴⁶.

Dans les travaux de théorie analytique du droit précités, les mécanismes de l'exception et de la dérogation sont souvent analysés comme des concepts similaires ou très proches⁴⁷ ; l'élément constitutif de ces deux notions renvoie dans les deux cas à la limitation du champ

41. *Ibid.*, p. 31.

42. F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 290.

43. *Ibid.*, pp. 50-64.

44. *Ibid.*, p. 62. L'auteure définit l'abrogation comme étant le fait de « supprimer définitivement pour l'avenir toute existence juridique à la règle » (*ibid.*, p. 59).

45. *Ibid.*, p. 90.

46. *Ibid.*, p. 99.

47. Voir L. HEUSCHLING, « Qu'est-ce que, en droit, une "exception" ? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI et A. VIDAL-NAQUET, *La norme et ses exceptions – Quels défis pour la règle de droit ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 80. F. Leurquin-de Visscher les distingue à partir du critère de l'existence d'une délégation de pouvoir. Lorsqu'une telle délégation de pouvoir est présente, il y a habilitation (par la norme établissant le principe de la dérogation, appelons la norme A) de création de normes exceptives à une norme – dénommons la norme B, qui est de même rang que la norme A. Les normes exceptives adoptées en vertu

d'application d'une règle. Dès lors qu'ils ne permettent pas de distinguer entre les dérogations et les exceptions, ces travaux ne représentent pas les outils conceptuels les plus adéquats pour comprendre la portée de l'article 187 pour les règles constitutionnelles qui intègrent la possibilité d'exceptions. En effet, si l'on se fonde sur l'analyse précitée de la notion de dérogation et son lien avec les exceptions, l'interdiction des suspensions établie à l'article 187 peut signifier deux choses. En premier lieu, la règle établie à l'article 187 pourrait signifier que toute autre forme d'exception que celle établie dans le texte constitutionnel est interdite⁴⁸. Or, dès lors que les exceptions autorisées sont parfois laissées très indéterminées dans le texte de la Constitution belge, cette règle risque de sonner creux. En second lieu, on pourrait aussi l'interpréter comme interdisant seulement les mesures qui conduisent « à supprimer une partie du domaine d'application »⁴⁹ d'une règle constitutionnelle (les exceptions ou dérogations) mais pas les mesures restrictives, c'est-à-dire celles qui n'affectent pas le champ d'application d'une règle mais organisent un traitement diminutif de celle-ci. Si une telle interprétation nous paraît conceptuellement cohérente, elle n'a cependant jamais été avancée ni par les rédacteurs de l'article 187, ni par les différents acteurs qui ont été amenés à l'appliquer.

17. On pourrait être tenté de comprendre la portée de l'interdiction établie à l'article 187 pour les règles constitutionnelles relatives en analysant les différences entre les notions de « suspension », de « restriction » ou d'« exception ». Mais la suspension étant définie le plus couramment comme « paralysant les effets (du traité) » et comme étant provisoire⁵⁰, elle paraît se confondre avec la dérogation et souffrir alors du même problème d'absence de distinction nette avec les exceptions autorisées dans certaines dispositions de la Constitution.

18. En ce qui concerne les règles constitutionnelles relatives, les marqueurs de la « suspension » prohibée ne peuvent donc être clarifiés sur la seule base du texte de la Constitution ou de ses travaux préparatoires, et pas davantage à partir des travaux de théorie analytique proposés

de la norme A peuvent être d'un rang inférieur à la norme B. Ce sont les situations que F. Leurquin-de Visscher qualifie de « dérogations *sensu stricto* ». En l'absence de délégation de pouvoir, l'auteur parle d'« exception » (*op. cit.*, p. 102).

48. Sauf à considérer que l'article 187 interdit toute forme de mesure exceptive pour toutes les dispositions de la Constitution, interprétation qui amène à considérer que cette disposition est en contradiction avec toutes les dispositions constitutionnelles admettant des exceptions.

49. *Ibid.*, p. 62. L'auteur définit l'abrogation comme étant le fait de « supprimer définitivement pour l'avenir toute existence juridique à la règle » (*ibid.*, p. 59).

50. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, *op. cit.*, pp. 39-43.

par la doctrine qui n'étudie le concept de suspension ou de dérogation qu'à partir du seul droit public belge. Pour y voir clair – ou, à tout le moins, espérer d'y voir clair –, nous effectuerons donc un détour par le droit de la C.E.D.H., qui connaît la distinction entre restriction et dérogation. Dans ce droit en effet, une partie de la doctrine retient comme critère distinctif entre les restrictions et exceptions « ordinaires » et les dérogations et suspensions l'intensité des atteintes aux droits et libertés possibles. Nous reviendrons sur ce critère par la suite (*infra*, n^{os} 24 et s.). En ce qui concerne les règles constitutionnelles absolues, l'article 187 se contente de proscrire toute forme d'atteinte.

§ 3. Validation des suspensions

19. La bravoure constitutionnelle belge (*supra*, n^o 3) n'empêcha pas la survenance – dès les premiers jours de l'indépendance – de situations d'urgence auxquelles il convenait de faire face. Sans entrer ici dans les détails⁵¹, le raisonnement qui fut déployé pour ce faire consista, pour partie, en une interprétation restrictive de l'article 187 de la Constitution et, pour partie, en la mobilisation d'arguments « extraconstitutionnels » aptes à valider ce que, en toute rigueur, cette disposition interdisait.

20. Il fut tout d'abord affirmé que l'article 187 de la Constitution offre une protection contre les autorités, mais pas contre la *force majeure* objective. Vis-à-vis de celle-ci, il n'existerait nul remède. L'article 187 interdit seulement la suspension de la Constitution par une décision prise par une autorité quelle qu'elle soit, mais n'est pas en mesure d'offrir une protection contre des circonstances telles qu'une guerre, au cours de laquelle le respect de la Constitution devient parfois matériellement impossible⁵². C'est ainsi que, nous l'avons vu (*supra*, n^o 14), l'impossibilité matérielle d'exercer le pouvoir législatif de la manière prévue par la Constitution (art. 36, ex-26) durant les deux guerres mondiales a conduit à l'adoption d'arrêtés-lois, respectivement, par le Roi et ses ministres réunis en Conseil

51. Voy., plus en détail, J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 3 et s.

52. Ch. HUBERLANT, « État de siège et légalité d'exception en Belgique », *op. cit.*, pp. 427 et 429 ; voy. P. WIGNY, « Constitution belge après la troisième révision de la constitution », *R.P.D.B.*, n^o 23, compl. V ; O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, *op. cit.*, pp. 334-335 ; L. WODON, « Sur le rôle du Roi, comme chef de l'État dans les cas de défiances constitutionnelles », Bulletin, Académie royale, Classe des lettres et des sciences morales et politiques, 1941, pp. 217-218 ; W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Preadvies. De schorsing van de vrijheidsrechten in uitzonderingstoestand », *V.V.S.R.B.N.*, 1949-1950, Antwerpen, De Sikkel, Zwolle, W. E. J. Tjeenk Wilink, 1950, p. 60 ; J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, n^o 929. Comp. cependant P. ERRERA, *Traité de droit public belge*, *op. cit.*, p. 18.

en 1914-1918, et par les ministres réunis en Conseil en 1940-1944. La Cour de cassation admit la validité du procédé, en affirmant en substance que la continuité de l'État requérait que le pouvoir législatif se concentre sur la seule de ses trois branches apte à l'exercer – le Roi, durant la Première Guerre mondiale⁵³ – ou sur le « substitut » constitutionnel de celle-ci – le Conseil des ministres, durant la Seconde Guerre mondiale, via une interprétation par analogie du régime de l'interrègne (art. 90, ex-79, de la Constitution⁵⁴). Les arrêtés-lois ainsi adoptés furent, organiquement, assimilés à des lois au sens formel⁵⁵. Pareille construction juridique – qui connut une postérité pour le moins originale dans la première vague de décrets de pouvoirs spéciaux votés au printemps 2020 par la Région wallonne et la Communauté française⁵⁶ – était légitimée par l'invocation de la « force majeure », laquelle sortait des prévisions de l'article 187. Il fallait cependant, comme Oscar Orban le précise à juste titre, qu'il existe une impossibilité absolue de respecter la Constitution. Il ne peut être question de « force majeure » que dans le cas « d'une situation où il n'y aurait pas moyen de faire autrement que de sortir des bornes du droit »⁵⁷.

21. Il s'avère cependant que, en temps de guerre, la Constitution ne fut pas uniquement neutralisée par l'effet de la force majeure ainsi entendue. L'arrêté-loi du 11 octobre 1916⁵⁸ (*supra*, n° 14) autorisa de surcroît sa suspension – en ce qui concerne une série de ses dispositions relatives,

53. Voy., e.a., Cass., 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, 9, concl. proc. gen. TERLINDEN ; *B.J.*, 1919, 314 et note.

54. Voy., e.a., en ce qui concerne la Seconde Guerre mondiale, Cass., 4 novembre 1944, *Pas.*, 1945, I, 23.

55. La conséquence en est, parmi d'autres, que les Cours et tribunaux ne contrôlent pas la compatibilité de ces arrêtés-lois avec la Constitution. Voy. Cass., 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, 493, avis av. gén. H. DE TERMICOURT ; *R.W.*, 1939-1940, 975.

56. L'article 2, § 1^{er}, alinéa 1, du décret de la Région wallonne du 17 mars 2020 « octroyant des pouvoirs spéciaux au Gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19 » prévoyait en effet qu'« [e]n cas d'ajournement du Parlement wallon dû à la pandémie de Covid-19, aux seules fins d'assurer la continuité du service public malgré la pandémie de Covid-19 et dans la mesure où l'urgence de son action est motivée, le Gouvernement peut, pendant cette période d'ajournement, prendre toutes les mesures utiles dans les matières qui relèvent de la compétence de la Région wallonne ». Les développements de la proposition du décret énonçaient que : « Il n'est pas exclu que des mesures générales de confinement conduisent le Parlement wallon à s'ajourner pendant une période déterminée. Dans pareil contexte, à l'instar des arrêtés-lois qui ont dû être pris pendant les deux guerres mondiales, il est essentiel de garantir la continuité de l'exercice de la fonction législative. Par le mécanisme des pouvoirs spéciaux, le gouvernement est investi de cette mission » (*Doc. parl. wallon*, sess. ord. 2019-2020, n° 135/1, p. 3).

57. O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, I, *op. cit.*, pp. 334-335.

58. Sur cet arrêté-loi, voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 14 et s., ainsi que, dans le même ouvrage, la contribution de R. GERITS, « De "staat van oorlog" en de "staat van beleg" : uitzonderingsregimes die aan een herziening toe zijn », pp. 51 et s.

entre autres, aux droits et aux libertés fondamentaux – lorsque « l'état de guerre » et « l'état de siège » étaient instaurés. Dans ces circonstances, il n'y avait à proprement parler nulle impossibilité matérielle que la Constitution soit intégralement respectée. Simplement ce respect intégral était-il apparu contre-indiqué.

Clairement en effet, certains des dispositifs contenus dans cet arrêté-loi méconnaissent toute une série de garanties constitutionnelles des droits fondamentaux, même interprétées de la manière la plus souple qui se puisse. Pour certains droits et libertés, ce régime dérogatoire est déjà d'application pendant le « temps de guerre », au sens défini par l'arrêté-loi. Il s'agit de la compétence des juridictions militaires en matière de crimes et délits contre la sûreté de l'État et du système préventif de limitation de la liberté de la presse (art. 8). Pour d'autres, il ne débutait que pendant l'état de siège ou pendant l'état de guerre « renforcé » (art. 1, al. 2). C'est le cas pour l'éloignement des personnes jugées dangereuses (art. 4, 1°), les perquisitions sans mandat (art. 4, 2°), le système préventif de restrictions en matière de liberté de réunion (art. 4, 3° et 4°) et la surveillance, la retenue et la saisie des lettres (art. 4, 5°). Relevons encore que l'arrêté-loi du 12 octobre 1918 complète celui du 11 octobre 1916 en habilitant notamment le ministre de la Justice à interner des personnes soupçonnées d'être en relation avec l'ennemi.

22. La constitutionnalité de cet arrêté-loi n'a, jusqu'à ce jour, jamais été contestée devant une juridiction. À l'époque où il fut adopté, nulle juridiction n'existait qui eût pu être saisie d'une telle contestation⁵⁹.

Diverses théories furent avancées pour justifier la validité des suspensions de droits et libertés qui étaient semblablement permises par l'arrêté-loi⁶⁰.

Parmi les pistes explorées est généralement retenue celle qui consista à mettre en avant le devoir incombant à l'État de maintenir l'indépendance du pays. Cette ligne de raisonnement fut développée par le procureur général Hayoit de Termicourt dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1940⁶¹. Hayoit de Termicourt y indiquait que l'indépendance de l'État belge avait été déclarée par décret, le 18 novembre 1830, par le Congrès national en sa qualité de « pouvoir constituant ». En n'inscrivant pas cette indépendance dans la Constitution en tant que telle, mais bien dans un décret distinct, le Congrès national

59. Cass., 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, 9.

60. Voy., en détail, J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 17 et s. ; G. VAN HAEGENBORGH et W. VERRIJDT, « De noodtoestand in het Belgische publiekrecht », *op. cit.*, pp. 11-85.

61. Cass. 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, préc., p. 493 (pp. 496-497), concl. R. HAYOIT DE TERMICOURT.

avait voulu soustraire ce principe à la possibilité de révision prévue à l'article 195 (ex-131) de la Constitution⁶². Il l'a ainsi érigé en valeur supra-constitutionnelle que doivent préserver les autorités, fût-ce au détriment du respect strict de la Constitution. Cela implique par conséquent que lorsque l'indépendance de l'État ne peut être sauvegardée que par des suspensions temporaires de garanties constitutionnelles, les pouvoirs constitués ont le droit et le devoir d'adopter pareilles mesures.

Le Conseil d'État rallia cette manière de voir. Il lui incombait, en l'occurrence, de se prononcer sur un projet de loi relatif à l'attribution au Roi, en temps de guerre, du pouvoir de prendre par arrêtés délibérés en Conseil des ministres toutes dispositions ayant force de loi susceptibles de contribuer à la garantie de la sécurité de l'État, au fonctionnement des services publics, à la sauvegarde des intérêts économiques, sociaux et financiers ainsi qu'à la bonne gestion des finances publiques. Il était clair qu'une délégation aussi étendue de « pouvoirs extraordinaires » ne pouvait trouver de justification dans aucune disposition constitutionnelle explicite. Selon le Conseil d'État, le projet concernait une « loi extraconstitutionnelle », dont les lois du 7 septembre 1939 et du 14 décembre 1944 constituaient un précédent. S'exprimant à propos de ces dernières, l'avis énonce que :

« Ces lois consacrent, en effet, une suspension partielle de la Constitution, prohibée en termes exprès par l'article 130 de notre loi fondamentale [...]. Ces lois ne peuvent néanmoins être taxées d'inconstitutionnalité parce qu'elles ont trouvé leur fondement dans la nécessité de sauvegarder, dans des circonstances anormales, l'existence de la Nation, même au prix de dispositions exceptionnelles et déroatoires au droit commun. Elles constituent des exemples de ce que l'on a coutume de qualifier "lois extraconstitutionnelles". L'état de nécessité n'est pas une création de la volonté de l'État ; l'autorité compétente ne peut qu'en constater l'existence et décider, dans le concret, des mesures propres à y faire face »⁶³.

La ligne de raisonnement ainsi tracée n'a jamais fait l'unanimité⁶⁴.

62. Une controverse divise la doctrine belge sur la valeur supra-constitutionnelle ou non des décrets du Congrès national du 18 novembre 1830 sur l'indépendance du peuple belge, et du 24 novembre 1830 relatif à l'exclusion perpétuelle de la famille d'Orange-Nassau de tout pouvoir en Belgique. Voy. H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal-Anthemis, Bruxelles-Université Saint-Louis, 2012, vol. 1, pp. 128-130 ; M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 55-60.

63. C.E., avis donné le 9 juin 1952 sur un avant-projet de loi portant reconnaissance au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1952-1953, n° 172, pp. 11-14.

64. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 17 et s.

23. Toutefois, et à supposer même qu'on accepte d'endosser les positions précitées de Hayoit de Termicourt, force est de constater que, dans leur propre logique, elles n'offrent de *constitutione lata* qu'une base étroite à la mise en œuvre de mesures qui prétendraient suspendre les garanties constitutionnelles des droits et libertés : celles-ci ne sont admissibles que si et dans la mesure où l'indépendance de la Belgique se trouve mise en péril⁶⁵.

C'est dans cette perspective qu'il faut douter⁶⁶ – pour dire le moins – de la constitutionnalité de la suggestion qui avait été émise par la N.-V.A. (septembre 2016) de doter la Belgique d'un régime législatif de l'état d'urgence en cas de menace terroriste « très sérieuse et imminente », et ce, sans révision préalable de l'article 187⁶⁷. Toute menace terroriste « très sérieuse et imminente » n'aboutit en effet pas à une menace pour l'indépendance proprement dite de la Belgique. À supposer que l'on qualifiât les mesures alors envisagées par la N.-V.A. de « suspension » de certains droits et libertés constitutionnels, leur introduction sans révision constitutionnelle préalable apparaissait parfaitement inconstitutionnelle. Pas davantage le raisonnement – répétons-le, controversé – de Hayoit de Termicourt n'offre une quelconque base de *constitutione lata* pour l'introduction de mesures de lutte contre une crise sanitaire qui impliqueraient une authentique suspension d'un droit ou d'une liberté : ici aussi, on ne peut sérieusement affirmer que l'indépendance de la Belgique se trouve en jeu.

Encore faut-il cependant s'accorder sur ce que recouvre concrètement cette notion de « suspension » : c'est à cette exploration que s'emploient les lignes qui suivent.

Section 2. Différence entre « restrictions » et « dérogations » dans le droit de la C.E.D.H.

24. Donner quelque épaisseur à l'interdiction comminée par l'article 187 de la Constitution suppose, nous l'avons vu (n^{os} 13 à 18), de concrétiser la notion de « suspension des droits et libertés », et de démontrer que la situation à laquelle cette suspension aboutit diffère de celle que peuvent produire d'autres formes de limitations de droits

65. *Contra* R. ERGEC et S. WATHÉE, « Les dérogations aux droits constitutionnels », *op. cit.*, pp. 405-406 (et les auteurs cités à la note 52).

66. Voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 27-28 et ref. citées.

67. www.tijd.be/politiek-economie/belgie-federaal/N-VA-geïsoleerd-met-plan-noodtoestand/9807765. Voy. *Niveau V. Verandering voor Veiligheid*, disponible sur : www.n-va.be.

et libertés qui, quant à elles, sont parfaitement licites en temps ordinaire. Il ne s'agit, fondamentalement, que d'un problème classique d'« effet utile ».

25. Le droit de la C.E.D.H. affronte une difficulté du même ordre. Son analyse peut dès lors être porteuse d'enseignements dignes d'intérêt.

26. Prévue et encadrée par l'article 15 de la C.E.D.H.⁶⁸, la technique de la dérogation aux droits et libertés « en cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation » présente une évidente utilité en présence de droits qui, tout en n'étant pas absolus, ne connaissent, en temps ordinaire, aucune possibilité de limitation – même implicite –, ou ne souffrent d'« exceptions » qu'en nombre limité. Ainsi, et pourvu que toutes les conditions par ailleurs prévues par l'article 15 soient satisfaites, la dérogation permettrait par exemple de mettre entre parenthèses le droit à l'indemnisation prévu par l'article 5, paragraphe 5, de priver une personne de sa liberté hors les cas limitativement énumérés à l'article 5, paragraphe 1^{er}, ou encore, d'astreindre une personne à un travail forcé ou obligatoire dans une hypothèse supplémentaire par rapport à celles qui sont prévues par l'article 4, paragraphe 3.

27. La question de l'effet utile de l'article 15 devient beaucoup plus aiguë, par contre, en présence de droits qui, soit sur le fondement des textes conventionnels eux-mêmes – on songe évidemment aux paragraphes 2 respectifs des articles 8 à 11 de la Convention –, soit sur le fondement de la jurisprudence de la Cour – on vise les possibilités de « limitations implicites » qui se sont disséminées un peu partout dans la Convention⁶⁹ –, tolèrent des restrictions à la triple condition qu'elles soient prévues par la loi, poursuivent l'un des buts légitimes (éventuellement) énumérés, et soient proportionnées par rapport à celui-ci.

68. Pour des publications récentes relatives à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, et outre celles qui seront citées plus ponctuellement ci-après, voy. P. KEMPEES, *Thoughts on Article 15 of the European Convention on Human Rights*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2017 ; J. P. LOOF, *Mensenrechten en staatsveiligheid : verenigbare grootheden ? Opschorting en beperking van mensenrechtenbescherming tijdens noodtoestanden en andere situaties die de staatsveiligheid bedreigen*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2005 ; B. VAN DER SLOOT, « Langs lijnen van geleidelijkheid : een jurisprudentieanalyse van Artikel 15 EVRM », *N.J.C.M.-Bulletin*, 2012/2, pp. 208 et s. ; V. SOUTY, « Les dérogations en cas de circonstances exceptionnelles », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 89 et s.

69. Sur les limitations implicites, voy., de manière générale, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles-F.U.S.L./Bruylant, 2001, pp. 95-107. Voy. par ex., sur les limitations implicites qui affectent le principe du contradictoire et de l'égalité des armes, Cour eur. D. H., 19 septembre 2017, *Regner c. République tchèque*.

28. L'embarras vient, tout d'abord, de ce que la Cour européenne des droits de l'homme a, de tout temps, admis de faire une interprétation et une application « compréhensives » de la Convention au bénéfice des États en butte à des situations difficiles⁷⁰. Ainsi la Cour estimait-elle, dans un arrêt *Ibrahim c. Royaume-Uni*, qu'« il ne faut pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves, comme elles doivent le faire pour honorer l'obligation, découlant pour elles des articles 2, 3 et 5, § 1 de la Convention, de protéger le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des membres de la population »⁷¹.

Cette doctrine, dite des « circonstances quasi exceptionnelles »⁷², brouille la frontière entre les « temps normaux et les temps anormaux », et rend de ce fait plus délicate l'identification de l'utilité réelle de recourir à l'article 15.

29. L'embarras se confirme lorsqu'il est procédé à l'examen comparé systématique des conditions de validité respectives des « restrictions » et des « dérogations » au sein du système conventionnel⁷³.

Premièrement, la finalité des mesures dérogatoires – faire face à la « guerre » ou à un autre « danger public menaçant la vie de la nation » – peut, sans difficulté aucune, être réinscrite dans l'un des buts légitimes dont la poursuite conditionne – selon la Convention ou la jurisprudence – la licéité des simples restrictions : « défense de l'ordre », « sécurité nationale », « intégrité territoriale », « protection des droits d'autrui », « intérêt général ».

Deuxièmement, et encore que le texte même de la Convention n'en dise rien, le recours à la dérogation n'est admissible, selon la jurisprudence, que s'il s'entoure de garanties contre l'arbitraire et les abus⁷⁴. Se trouve ainsi reconstituée une exigence de « légalité » largement équipollente à celle qui conditionne la validité des restrictions et exceptions dans le droit conventionnel. Jugé ainsi, dans l'arrêt *Alparslan Altan c. Turquie* du 16 avril 2019, qu'une mesure de détention provisoire qui n'a pas été prise « selon les voies légales », au sens de l'article 5, paragraphe 1^{er},

70. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 387-388. Voy. égal. Cour eur. D. H., 15 mars 2012, *Austin c. Royaume-Uni*, § 53 ; S., V. et A. c. *Danemark*, 22 octobre 2018.

71. Cour eur. D. H., 16 septembre 2016, *Ibrahim c. Royaume-Uni*. Voy. encore, en matière sanitaire, 15 juillet 2010, nos 44174/06 et 44190/06.

72. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 93.

73. *Ibid.*, p. 294.

74. Cour E.D.H., 19 février 2009, *A c. Royaume-Uni*, § 184.

ne peut pas être considérée comme ayant respecté la « stricte mesure » requise par la situation, au sens de l'article 15⁷⁵. Rappelons par ailleurs que, en cas de recours à l'arme pénale, la mesure dérogatoire ne pourra jamais s'affranchir des exigences de la « légalité » – c'est-à-dire de la disponibilité d'une « base légale », accessible et prévisible : l'article 7 de la Convention est en effet un droit indérogeable.

Troisièmement, il apparaît que tant les restrictions que les dérogations sont astreintes à un impératif de proportionnalité, qui semble *a priori* ni plus ni moins exigeant selon que l'on se trouve dans l'orbite des premières, ou dans la sphère des secondes. Significativement, l'arrêt *Sahin Alpay c. Turquie* montre qu'une mesure peut être taxée de « non strictement exigée par la situation », au sens de l'article 15, sur la base du seul constat qu'elle n'est pas « nécessaire dans une société démocratique », au sens de l'article 10⁷⁶. La dérogation ne permet pas de « purger » la disproportion qui affecterait une restriction : son utilité n'apparaît donc pas sur ce terrain non plus.

Enfin, la stratégie consistant à établir la distinction entre restrictions et dérogations sur un critère temporel – les restrictions peuvent s'inscrire dans la durée et dans les temps ordinaires, tandis que les dérogations sont des limitations des droits temporaires par nature et limitées aux temps exceptionnels – n'est pas porteuse. Tout au contraire aboutit-elle non à prêter quelque utilité à la dérogation par rapport à la restriction, mais, tout au contraire, à mettre en exergue sa moindre performance⁷⁷.

30. Le scepticisme sur l'utilité de l'article 15 était donc déjà permis de longue date. La contemplation de la « pratique » suivie par les États membres du Conseil de l'Europe dans la gestion de la crise « Covid » ne fait que le renforcer⁷⁸. Au printemps 2020, dix États parmi les quarante-sept parties à la Convention européenne des droits de l'homme avaient notifié au secrétaire général du Conseil de l'Europe une dérogation en application de l'article 15 de cette Convention : l'Albanie, l'Arménie, l'Estonie, la Géorgie, la Lettonie, la Macédoine du Nord, la Moldova, la Roumanie, Saint-Marin et la Serbie. Parmi les dispositions conventionnelles qui ont ainsi été « ciblées » figure entre autres la liberté de réunion

75. Cour E.D.H., 16 avril 2019, *Alparslan Altan c. Turquie*, § 119 ; *Sahin Alpay c. Turquie*, § 119.

76. Cour E.D.H., 20 mars 2018, *Sahin Alpay c. Turquie*, §§ 119 et 183.

77. *Ibid.*, p. 294.

78. Les notifications des États portant sur l'article 15 de la Convention ainsi que leurs éventuelles prolongations ou retraits peuvent être consultés à la page suivante : www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/webContent/62111354. Voy., de manière approfondie, M. AFROUKH, « Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins », *Rev. trim dr. h.*, 2021, pp. 275-300.

(art. 11). Dix États : dans les annales conventionnelles, jamais autant de dérogations n'avaient coexisté simultanément. Mais qu'en est-il des trente-sept autres ? Ils n'ont pour leur part pas notifié de dérogation, ni à l'initiale, ni par la suite. Pourtant, ils ont souvent – par exemple s'agissant des limitations aux rassemblements – adopté de manière confiante, et la conscience apparemment parfaitement tranquille, *des mesures rigoureusement identiques à celles des États « dérogeants »*.

Étrange. Faut-il déduire que les États « dérogeants » ont été inutilement prudents, en ceci qu'ils pensent « suspendre » les droits fondamentaux, au sens de l'article 15, alors qu'ils ne font en réalité que les « restreindre », conformément à ce que permet le droit commun des paragraphes 2 des articles 8 à 11 et 2 du quatrième protocole additionnel à la Convention ? Ou faut-il conclure, tout à l'inverse, que ce sont les États « non-dérogeants » (comme la France, le Royaume-Uni, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne) qui ont été indûment téméraires, dès lors qu'ils pensent ne pas « restreindre » les droits fondamentaux conformément au droit commun, alors qu'en réalité ils les « suspendent » bel et bien *de facto*, ce qu'ils ne pourraient faire que moyennant une activation de l'article 15 en bonne et due forme (dérogation *de jure*) ? Ou bien faut-il constater, comme à l'issue d'une célèbre émission de Jacques Martin dans les dimanches après-midi d'antan, que « tout le monde a gagné », que tout le monde a raison, parce que, fondamentalement, il n'y aurait pas d'autres différences que purement rhétoriques et symboliques entre la « suspension » et la « restriction » aux droits fondamentaux : les mêmes mesures de confinement – par exemple les interdictions de cérémonies religieuses – pourraient parfaitement survivre au contrôle de conventionnalité, *soit* sur le fondement d'un article 15 invoqué en bonne et due forme, *soit* sur le fondement de l'article 11, paragraphe 2 ?

Le scepticisme se renforce encore dans le constat que les États « dérogeants » n'ont pas témoigné d'une parfaite constance et cohérence dans leur attitude. Certains – à l'instar de la Géorgie – ont maintenu la mesure dérogatoire sans discontinuer pour faire face aux vagues successives. D'autres – la majorité – ont retiré leur dérogation à l'issue de la première vague et ne l'ont pas réintroduite par la suite, malgré la réactivation de mesures restrictives de libertés en leur sein. D'autres enfin, à l'image de la Lettonie, ont réintroduit une dérogation qu'ils avaient préalablement retirée, lorsqu'ils ont procédé à une telle réactivation.

31. Confrontée à ces impasses, mais se refusant malgré tout à faire le deuil de l'effet utile de l'article 15 au sein du système conventionnel – qui est censé être un « tout cohérent »⁷⁹ –, une partie de la doctrine sou-

79. Cour E.D.H., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, § 68.

tiendra alors que le critère principal pour distinguer les restrictions des dérogations réside dans l'étendue des ingérences autorisées aux droits garantis⁸⁰. Les restrictions seraient impuissantes à porter atteinte à la « substance des droits garantis »⁸¹ et cela, logiquement, même en cas de circonstances « quasi exceptionnelles ». La dérogation pourrait par contre entraîner la paralysie complète de la norme ; ici s'affirmerait son effet utile⁸².

C'est donc dans « la gradation de l'atteinte au droit »⁸³, autrement dit, dans l'étendue de l'ingérence à la liberté en question⁸⁴ que résiderait l'élément distinctif entre les restrictions et les dérogations aux droits fondamentaux. Plusieurs auteurs⁸⁵, dont Rusen Ergéc⁸⁶, estiment ainsi qu'à la différence des restrictions qui ne tolèrent aucune atteinte à la « substance même » d'un droit fondamental ou, autrement dit, à son « contenu essentiel », les dérogations le permettraient.

La proposition ainsi formulée ne semble pas déraisonnable : l'intangibilité de la « substance » des droits fondamentaux en temps « normaux » peut en tout cas constituer un « horizon régulateur » du droit de la Convention. Reste à voir si, en pratique, la notion présente une clarté suffisante pour former un marqueur opérationnel de la distinction entre « dérogation » et « restriction » d'un droit dans la Convention européenne, et, par association, de l'existence d'une « suspension » de droit ou liberté prohibée par l'article 187 de la Constitution.

80. M. AFROUKH, « Section I. – Une hiérarchie des droits et libertés fondée sur la théorie des circonstances exceptionnelles », *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 73.

81. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, op. cit., pp. 33-34.

82. S. VAN DROOGENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 295.

83. M. AFROUKH, « Section I. – Une hiérarchie des droits et libertés fondée sur la théorie des circonstances exceptionnelles », op. cit., p. 73.

84. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, op. cit., p. 34.

85. Voy. M. AFROUKH, « Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins », op. cit., pp. 283 et s. Contra O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international – Régime conventionnel des droits de l'homme et droit des traités*, Paris, Pedone, 2004, publications de la fondation Marangopoulos pour les droits de l'homme, série n° 7, p. 210 ; B. DUARTE, *Les restrictions aux droits de l'homme garantis par le pacte international relatif aux droits civils et politiques et les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme*, thèse dactylographiée, Lille, Université Lille II, 2005, p. 202 ; Opinion concordante du juge PINTO DE ALBUQUERQUE jointe à Cour E.D.H., 15 octobre 2020, *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*.

86. R. ERGEC, *Les droits de l'homme à l'épreuve des circonstances exceptionnelles...*, op. cit., pp. 31 et s.

Section 3. Atteinte à la substance d'un droit, critère opérationnel de démarcation entre suspensions et restrictions ?

32. À ce stade de nos développements, nous sommes donc conduits à explorer la notion d'atteinte à la « substance » d'un droit ou d'une liberté – considérée ici comme équivalente aux expressions « contenu essentiel » ou « essence » – développée essentiellement au niveau de la C.E.D.H. et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la Charte⁸⁷), mais également dans certains droits constitutionnels nationaux.

33. Précisons d'emblée qu'une telle entreprise est périlleuse. En effet, si, au point de vue théorique, un ensemble de considérations amènent à penser que le principe de l'intangibilité de la substance des droits fondamentaux est logiquement nécessaire (§ 1), et qu'il doit être considéré de façon distincte du respect du principe de proportionnalité, du point de vue de la pratique des organes européens de protection des droits de libertés, comme de la pratique des juridictions constitutionnelles, ce concept n'apparaît que rarement comme une étape cruciale du raisonnement du juge et, lorsqu'il est affirmé, il ne fait pas l'objet d'une analyse approfondie, systématique et cohérente (§ 2). En outre, lorsqu'il parvient à se frayer un chemin dans le raisonnement des juridictions constitutionnelles ou européennes, le concept de substance est souvent « phagocyté par la proportionnalité »⁸⁸ alors pourtant que les logiques de l'intangibilité de la substance et de la proportionnalité sont censées être exclusives l'une de l'autre⁸⁹. Dans la jurisprudence récente, certaines précisions sont apportées, mais elles ne parviennent pas encore tout à fait à percer le halo de mystère qui entoure la notion de substance, quand elles n'ajoutent pas à la confusion (§ 3).

Dans un tel contexte, il n'est pas certain que le critère de l'atteinte à la substance d'un droit soit tout à fait opérationnel pour pouvoir circonscrire avec précision la démarcation entre les restrictions et les dérogations dans une situation donnée, à savoir, en l'occurrence, les mesures adoptées en réaction à la pandémie de Covid-19. En d'autres termes, il paraît hasardeux de s'appuyer sur la définition du concept de substance en droit européen ou en droit constitutionnel comparé pour donner un

87. L'expression de « contenu essentiel » d'un droit est davantage utilisée à propos des droits consacrés par la Charte des droits fondamentaux.

88. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 351.

89. *Ibid.*, p. 353.

effet utile à l'article 187 de la Constitution. Nous éprouverons néanmoins cette hypothèse, au travers d'études de cas, pour identifier si « la limite des limites » n'a pas été franchie pour certains droits et libertés par les mesures Covid (*infra*, n^{os} 43 et s.).

§ 1. Substance des droits et libertés, un concept nécessaire au plan théorique

34. La substance et l'idée d'une « limite des limites » sont présentées comme nécessaires dans la théorie des droits et libertés. Puisant ses racines dans un certain jusnaturalisme⁹⁰, le concept d'essence et sa protection sont considérés comme étant indissociables du concept de droit et liberté :

« *The principled nature of constitutional rights gives rise not only to the idea that constitutional rights are limited and limitable in the light of countervailing principles, but also that their limiting and limitability is itself limited. [...] One could say that the constitutional right as such limits its own limiting and limitability* »⁹¹.

L'idée de substance d'un droit peut être analysée comme renvoyant à l'image d'une forteresse composée de plusieurs enceintes concentriques et dont la dernière serait considérée comme étant absolument infranchissable. Dans cette représentation, la forteresse dans son ensemble protège toutes les prérogatives induites d'un droit ou d'une liberté (c'est la notion de *Schutzbereich* dans la doctrine allemande). Entre le premier rempart et le deuxième, on retrouve les prérogatives accessoires d'un droit ou d'une liberté (notion de *Schrankenbereich* dans la doctrine allemande). Une fois le deuxième rempart franchi, nous entrons dans le « noyau dur » (le *Kernbereich*) qui renferme les prérogatives essentielles d'un droit ou d'une liberté.

35. Cette conceptualisation du noyau dur a suscité de nombreuses controverses dans la théorie des droits et libertés, sur lesquelles nous ne pouvons revenir ici de manière exhaustive. La première concerne l'*identification* subjective ou objective des prérogatives essentielles sanctuarisées. La deuxième controverse concerne *la portée de la garantie* du sanctuaire : est-elle absolue ou relative ? Quelle est l'articulation entre protection de l'essence et principe de proportionnalité ?

90. O. DE FROUVILLE, *L'intangibilité des droits de l'homme en droit international*, op. cit., p. 67.

91. R. ALEXI, *A Theory of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2002, p. 192. Voy. aussi K. LENAERTS, « The concept of the essence of a fundamental right operates as a constant reminder that our core values are absolute and, as such, are not subject to balancing », in « Limits on Limitations : The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, 20/6, p. 793.

36. En ce qui concerne l'identification du noyau dur, on peut distinguer deux approches. Dans une conception « institutionnelle », on considère qu'il est possible d'identifier l'essence des droits *a priori*, de manière décontextualisée et objective. Les auteurs évoquent une définition de l'essence des droits par rapport à « *an objective state of constitutional rights law* »⁹² et à l'« institution » sociale qu'un droit incarne⁹³. Certains auteurs vont jusqu'à considérer que l'essence d'un droit ou d'une liberté n'est violée que « *when such a right loses its meaning for all or nearly all individuals and not just a particular individual or at least a few individuals* »⁹⁴. Dans une conception « subjective » du noyau dur, l'essence des droits ne peut être identifiée que du point de vue subjectif du titulaire de ces droits, c'est-à-dire qu'il peut y avoir atteinte à la substance « en présence d'une limitation d'un droit fondamental, qui, laissant intacte l'institution qu'il incarne dans la société, vide cependant celui-ci de son contenu en tant que droit subjectif de tel ou tel individu »⁹⁵.

37. Sur la portée de la protection de la substance, deux grandes conceptions s'affrontent. La « conception idéale » du noyau dur, ou « théorie absolue », postule, d'une part, qu'il est possible d'identifier le noyau dur – mais les auteurs envisagent différemment cette identification : de manière abstraite, rigide et statique⁹⁶ ou de manière flexible, souple et dynamique ; de manière objective, « institutionnelle », ou de manière subjective⁹⁷ – et que, d'autre part, sa protection est absolue. Il existerait ainsi une « limite des limites », qui ne peut jamais être franchie⁹⁸, et doit être placée tout à fait hors d'atteinte de la proportionnalité. Toute atteinte à cette « *Ondergrens* » serait injustifiable⁹⁹. On peut

92. *Ibid.*, p. 192.

93. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 363.

94. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in E. BREMS (ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp, Intersentia, 2008, p. 133.

95. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 372.

96. Voy. entre beaucoup d'autres A. GEWIRTH, « Are there any Absolute Rights ? », *The Philosophical Quarterly*, janvier 1981, vol. 31, n° 122, pp. 1-16 ; A. GEWIRTH, « There are Absolute Rights », *Phil Q*, 1982, n° 32, pp. 348-353.

97. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the core of conflicting rights : The question of inalienable cores in comparative perspective », op. cit., p. 133 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 363-364.

98. O. ROUZIERE-BEAULIEU, *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, Droit, Université Montpellier, 2017, pp. 19-103.

99. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK et C. RICZALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugar in Hot Milk ? », *German Law Journal*, 2019, n° 20, p. 907 ; les auteurs se réfèrent pour le concept d'*Ondergrens* à J. GERARD, *EVRM Algemene Beginselen*, Den Haag, Sdu Uitgevers, 2011, p. 167.

distinguer deux courants dans cette première conception absolue ou idéale. L'absolutisme pragmatique admet « un recouvrement partiel de l'intangibilité de la substance »¹⁰⁰ avec le principe de proportionnalité. On considère dans cette perspective que « toute atteinte à la substance d'un droit fondamental sera [...] nécessairement disproportionnée »¹⁰¹, le noyau dur étant alors identifié comme la partie d'un droit ou d'une liberté qui est si fondamentale qu'« aucun intérêt public ne justifiera jamais que l'on y porte atteinte »¹⁰². L'absolutisme radical quant à lui maintient l'utilité « de procéder, en pratique, à une identification *a priori* et indépendante de la substance des droits fondamentaux »¹⁰³. Nous considérons *a priori* cette approche comme étant la plus cohérente par rapport à la logique sous-jacente à l'intangibilité de la substance. En effet, là où on peut s'accorder sur le fait qu'une atteinte à la substance d'un droit ne pourra résister au contrôle de proportionnalité, à l'inverse, une atteinte disproportionnée n'implique pas spécialement que le noyau du droit ait été altéré¹⁰⁴. Alors que la démarche proportionnaliste « occulte la perspective de l'injustifiable en soi », pour lui préférer celle de « l'injustifié *in casu* », le principe de l'intangibilité de la substance repose précisément sur l'idée d'une impossibilité de justification des atteintes au noyau dur des droits et libertés. Ainsi comprises, les logiques sous-jacentes à la démarche proportionnaliste et au principe de l'intangibilité de la substance sont « exclusives l'une de l'autre »¹⁰⁵. L'articulation pratique entre ces deux logiques distinctes au niveau du raisonnement devrait logiquement être réglée par une « préséance [...] reconnue à la vérification de l'absence d'atteinte, par la restriction que-
rellée, à la "substance" du droit garanti »¹⁰⁶.

Dans une conception *relative*, qui prospère sur le terrain des droits soumis à la proportionnalité, l'identification abstraite d'une « limite des limites », de nature absolue, est considérée comme étant impossible : aucune prérogative ne pourrait être qualifiée, sur le plan des principes,

100. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 362.

101. *Ibid.*

102. J.-F. AUBERT, « Les droits fondamentaux », p. 26, cité in S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 362-363.

103. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 362.

104. M. HOTTELLER, « Le noyau intangible des libertés », in P. MEYER-BISCH (dir.), *Le noyau intangible des droits de l'homme : actes du VII^e Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme, 23-25 novembre 1989*, Fribourg, Éditions universitaires, 1991, p. 71.

105. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 352-353.

106. *Ibid.*, pp. 356 et 357.

hors toute forme de contextualisation, comme étant absolue¹⁰⁷. À partir de cette considération sur l'impossibilité d'identifier abstraitement un « injustifiable en soi », plusieurs approches « relatives » peuvent être distinguées. Pour certains auteurs, il est possible d'identifier une substance aux droits et libertés à partir d'expériences concrètes, mais les atteintes à ce noyau dur peuvent être justifiées si elles sont proportionnées – le contrôle étant éventuellement plus strict que pour les prérogatives accessoires. D'autres auteurs rejettent l'idée d'une possibilité d'identification d'un noyau dur *in abstracto*. Ils considèrent que la portée du noyau dur est le « produit de son environnement »¹⁰⁸. Robert Alexy semble se placer dans cette approche lorsqu'il écrit que « [...] *the essential core is what is left over after the balancing test has been carried out. Limitations which correspond to the principle of proportionality do not infringe the essential core, even if they leave nothing left of the constitutional right in an individual case. This reduces the guarantee of an essential core to the principle of proportionality* »¹⁰⁹. Dans les approches « relatives », la théorie du noyau dur est souvent considérée comme une reformulation du principe de proportionnalité¹¹⁰. Dans une telle perspective, « *[t]he adjudicatory body may concede, for example, that a government authority has had good reasons to limit the exercise of a certain right, and perhaps even that the limitations were pertinent and necessary to pursue important societal values, yet in the end it may refuse to accept the limitation because it would necessitate the level of protection of the human right to fall below the level that is considered to be acceptable. [...] Taking this approach, it may be said that the core of the right is affected if the enjoyment of the right is made extremely difficult or even impossible* »¹¹¹.

Enfin, on doit encore relever d'importantes controverses doctrinales sur l'articulation entre les notions de substance et de dérogation. Chez certains auteurs, aucune atteinte à la substance des droits n'est tolérée,

107. R. Alexy écrit ainsi que « the conviction that there must be rights which even in the most extreme circumstances are not outweighed – only such rights are genuinely absolute rights – may be held by any individual who is free to sacrifice himself for certain principles, but it cannot be maintained as a matter of constitutional law » (R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., p. 196).

108. G. VAN DER SCHYFF, « Cutting to the Core of Conflicting Rights : The Question of Inalienable Cores in Comparative Perspective », in E. BREMS (éd.), *Conflicts between Fundamental Rights*, op. cit., pp. 131-147.

109. R. ALEXY, *A Theory of Constitutional Rights*, op. cit., p. 193.

110. M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 71.

111. J. GERARDS, « Core Rights and the Interaction of Normative and Analytical Elements in Human Rights Scholarship », in M. SCHEININ (éd.), *Methods of Human Rights Research*, disponible sur : https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3333627, p. 8.

ni en temps de paix, ni en temps de guerre. Pour d'autres, il faut envisager le « noyau dur » comme étant à géométrie variable, présentant une densité différente en temps de paix et de guerre¹¹².

Les controverses et difficultés théoriques rejaillissent sur la jurisprudence des organes de protection des droits et libertés ; elles s'alimentent également des tentatives d'application des concepts de substance et de protection de la substance par les juges.

§ 2. Difficultés rencontrées par les juges européens et les juges constitutionnels dans l'application de la notion de substance

38. De nombreuses Constitutions européennes se réfèrent à la notion de substance de manière expresse. Cette notion apparaît pour la première fois consacrée à l'article 19, paragraphe 2, de la Loi fondamentale allemande (*Grundgesetz*) du 23 mai 1949 disposant qu'en : « [A]ucun cas, il ne peut être prévu de limitations telles que la liberté en cause perde toute substance »¹¹³. La formule inspirera les constituants estonien, hongrois, portugais, polonais, roumain, slovaque, espagnol, suisse et tchèque¹¹⁴. Force est également de constater que l'idée d'une limite des limites a également gagné des ordres juridiques dont la Constitution ne connaît pas la notion d'essence ou de substance¹¹⁵. Toutefois, la notion de « substance » à laquelle il est fait référence dans de nombreux textes constitutionnels européens et dans la jurisprudence constitutionnelle n'est pas comprise de manière univoque et cohérente, loin s'en faut. L'un des traits caractéristiques de la jurisprudence relative à la notion de substance est que « *courts have shied away from establishing any criteria for distinguishing between the essence and the periphery of fundamental rights* »¹¹⁶. Un autre trait caractéristique de cette jurisprudence est son incohérence : elle oscille entre absolutisme et relativisme, entre approches subjectives et objectives/institutionnalistes¹¹⁷. Les auteurs ont aussi constaté l'usage « impressionniste » de ce concept dans la jurisprudence italienne, empreinte d'interprétation téléologique, ou

112. Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 392-393.

113. M. HOTTELIER, « Le noyau intangible des libertés », op. cit., p. 68.

114. Voy. T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », *German Law Journal*, 2019, n° 20, pp. 795-796.

115. Voy. not. sur les cas suédois, italien, autrichien et indien *ibid.*, p. 797.

116. T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », op. cit., p. 797.

117. Voy pour une analyse de la jurisprudence constitutionnelle allemande relative à l'article 19(2) de la Constitution allemande R. ALEX, *A Theory of Constitutional Rights*,

encore la plasticité avec laquelle le concept de substance est utilisé dans la jurisprudence espagnole, dans une approche souvent relative¹¹⁸. Ce constat est paradoxal s'agissant d'un objet qui, touchant à l'essentiel, « appellerait a priori, pour cette raison, les tracés les plus limpides, les contours les plus nets »¹¹⁹. Enfin, de nombreux auteurs soulignent surtout la rareté de la notion de substance dans le « discours juridique de terrain » et la « mise entre parenthèses » de l'idée d'injustifiable en soi¹²⁰.

39. Bien qu'elle soit absente du texte de la C.E.D.H., la notion de substance est une implication logique du système de la Convention (et notamment de son article 17¹²¹). C'est en grande partie sur elle que, nous l'avons vu, repose l'effet utile de son article 15. Cette notion fait son apparition dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'*Affaire linguistique belge*, le 23 juillet 1968¹²². Tout en affirmant qu'une réglementation étatique « ne doit jamais entraîner d'atteinte à la substance d'un droit »¹²³, la Cour n'a toutefois pas estimé utile d'en définir, de manière générale et abstraite, la portée ou les éléments d'identification¹²⁴. La notion de substance fut d'abord utilisée pour asseoir le contrôle par la Cour des limitations « implicites », pour lesquelles les conditions classiques de restriction n'ont pas été formulées¹²⁵. L'appréhension de ces droits implicites dans la logique proportionnaliste, opérée à partir de

op. cit., pp. 192-195 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 373-376. Voy., pour une analyse du cas suisse, *ibid.*, pp. 358-367.

118. Voy. pour une analyse de la jurisprudence constitutionnelle espagnole et italienne (dans le contexte de la doctrine des « *contro limiti* ») T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », *op. cit.*, pp. 797-801. Les auteurs soulignent aussi que dans certains cas, les juridictions auraient pu atteindre le même résultat sans passer par la notion de substance mais en raisonnant dans le cadre du principe de proportionnalité.

119. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 365. Ces caractéristiques amènent d'ailleurs à douter de l'idée d'un injustifiable en soi, qui serait définissable objectivement.

120. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 376.

121. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 377 ; S. VAN DROOGHENBROECK et C. RICZALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugar in Hot Milk ? », *op. cit.*, pp. 907-908.

122. Cour E.D.H., 23 juillet 1968, Arrêt relatif à certains aspects de la législation linguistique de l'enseignement en Belgique, § 3.

123. *Ibid.*, § 5.

124. O. ROUZIERE-BEAULIEU, *La protection de la substance du droit par la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 22.

125. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 375 ; S. VAN DROOGHENBROECK et C. RICZALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugar in Hot Milk ? », *op. cit.*, p. 909.

1985, n'impliqua pas la suppression des références à la notion de substance – qui continua de circuler à bas bruit dans la jurisprudence européenne¹²⁶, et remplit maintenant d'autres fonctions¹²⁷. Progressivement, une forme d'absolutisme radical sembla se consolider sous la forme d'une antienne répétée dans les jugements de la Cour : des restrictions dans des droits peuvent être acceptables lorsque ces droits ne sont pas absolus mais « ces limitations ne sauraient restreindre » ces droits « de manière ou à un point tels » que ceux-ci « s'en trouve[nt] atteint dans sa substance même »¹²⁸. Prendre au sérieux cette formule implique que l'analyse d'une restriction à un droit garanti dans la Convention doit s'ouvrir sur l'examen de la question de savoir si ladite restriction n'a pas atteint la substance même des droits avant d'examiner l'objectif légitime et la proportionnalité de la restriction¹²⁹. Or, si on peut épingle dans la jurisprudence de la Cour une poignée d'arrêts qui respectent rigoureusement cette méthodologie inspirée de l'approche absolue radicale, de nombreux autres s'en écartent, embrassant davantage l'absolutisme pragmatique décrit ci-dessus, voire les approches relatives¹³⁰. Quant à la question de l'identification de la substance des droits, on note, sur ce point également, un manque de clarté de la jurisprudence strasbourgeoise¹³¹.

40. Dans le droit de l'Union européenne, le concept d'essence est d'abord apparu dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne¹³², avant d'être consacré à l'article 52(1) de la Charte, qui prévoit que :

« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés¹³³. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui »¹³⁴.

126. Voy. Cour E.D.H., 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, § 57 ; Cour E.D.H., 27 août 1991, *Philis c. Grèce*, § 59 ; Cour E.D.H., 2 février 2010, *Sinan Isik c. Turquie*, § 42 ; Cour E.D.H., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, § 120.

127. Voy. sur ces fonctions S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, op. cit., pp. 915-922.

128. Voy. not. Cour E.D.H., 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, § 57 ; Cour E.D.H., 23 juin 2016, *Baka c. Hongrie*, § 120 ; Cour E.D.H., 15 mars 2018, *Naït Liman c. Suisse*, § 114 ; Cour E.D.H., 17 janvier 2012, *Stanev c. Bulgarie*, § 230.

129. S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugar in Hot Milk ? », op. cit., p. 908.

130. *Ibid.*, pp. 906-907.

131. *Ibid.*, pp. 912-913.

132. Voy. C.J.U.E., 11 janvier 1977, *Nold*, aff. C-4/73, § 14.

133. Nous soulignons.

134. K. LENAERTS, « Limits on Limitations : The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, vol. 20, n° 6, pp. 779 et 780. Parfois la Cour parle de substance,

La Cour de justice considère que toutes les conditions ainsi posées dans cette disposition sont cumulatives. Elle investit l'intangibilité du contenu essentiel comme une exigence séparée de la proportionnalité et hors d'atteinte de la logique proportionnaliste¹³⁵. Elle n'analyse cependant pas toujours l'absence d'atteinte au contenu essentiel, mais tend à le faire, quoique de manière non systématique¹³⁶, dans sa jurisprudence récente¹³⁷. La Cour a constaté pour la première fois une violation de l'exigence de protection du contenu essentiel dans son arrêt *Schrems* en ces termes :

« 94. En particulier, une réglementation permettant aux autorités publiques d'accéder de manière généralisée au contenu de communications électroniques doit être considérée comme portant atteinte au contenu essentiel du droit fondamental au respect de la vie privée, tel que garanti par l'article 7 de la Charte (voir, en ce sens, arrêt *Digital Rights Ireland e.a.*, C-293/12 et C-594/12, EU:C:2014:238, point 39).

95. De même, une réglementation ne prévoyant aucune possibilité pour le justiciable d'exercer des voies de droit afin d'avoir accès à des données à caractère personnel le concernant, ou d'obtenir la rectification ou la suppression de telles données, ne respecte pas le contenu essentiel du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective, tel que consacré à l'article 47 de la Charte »¹³⁸.

Dans une telle approche, la « *violation of the essence comes dangerously close to the extinction of the right* »¹³⁹. Dans d'autres arrêts, la Cour paraît donner une portée différente à la notion de substance : dans ses arrêts *Digital Rights Ireland* et *Tele2 Sverige* elle établit que la proportionnalité se distingue du contrôle de l'atteinte à la substance, qu'une mesure portant atteinte à la substance peut être proportionnée.

Takis Tridimas et Giulia Gentile constatent, au terme d'une analyse de la jurisprudence de la Cour de justice, que le concept d'essence remplit différentes fonctions et est conceptualisé de manière assez impressionniste¹⁴⁰. Koen Lenaerts attire l'attention sur le fait que « *[as] the seminal judgment of the Court of Justice of the European Union (the "CJEU") in Schrems shows, where a measure imposes a limitation*

parfois de contenu essentiel. Ces deux notions ont été considérées en 2013 comme étant interchangeables.

135. T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », *op. cit.*, p. 806.

136. Voy. par ex. C.J.U.E., 2 mars 2021, *H.K.*, aff. C-746/18.

137. Voy. C.J.U.E., 23 avril 2020, aff. C-507/18, pt. 51 ; C.J.U.E., 17 décembre 2020, aff. C-336/10, pt. 61.

138. C.J.U.E., 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14.

139. T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », *op. cit.*, p. 811.

140. *Ibid.*, p. 806.

on the exercise of a fundamental right that is so intense and so comprehensive that it calls into question that right as such, that measure is incompatible with the Charter, as it deprives the right at issue of its essence. This is so without the need for a balancing exercise of competing interests, because a measure that compromises the very essence of a fundamental right is automatically disproportionate ». En conséquence, l'auteur défend l'idée que « *in order for the concept of essence to function in a constitutionally meaningful way, both EU and national courts should apply the "respect-for-the-essence test"* »¹⁴¹. Romain Tinière lit dans les décisions rendues par la Cour de justice le déploiement progressif et méthodique d'« une jurisprudence centrée sur la notion de contenu essentiel qui vise à développer les effets des droits fondamentaux garantis dans l'Union », dont il espère qu'elle montrera un souci « encore plus grand de cohérence et de clarté s'agissant d'une notion aussi fuyante que celle de contenu essentiel ». Dans cette jurisprudence semble poindre une forme de « classification des droits en fonction, si l'on peut se permettre l'expression, de la taille de leur noyau dur » : « selon que le contenu essentiel du droit fondamental peut être assimilé au droit lui-même (droits intangibles) ou qu'il n'en constitue qu'une fraction plus ou moins importante, ses effets au sein de l'ordre juridique de l'Union varieront »¹⁴².

§ 3. Clarifications et interrogations induites de la jurisprudence récente

41. Dans son arrêt *Muhammad et Muhammad* du 15 octobre 2020, la grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a mobilisé le concept d'essence des droits pour analyser si l'expulsion des deux requérants de la Roumanie vers le Pakistan avait respecté les articles 13 de la Convention et 1 du Protocole n° 7 de la Convention. La Cour expose en ces termes sa méthode d'analyse de la protection de l'essence des droits en cause dans l'affaire :

« [...] Les restrictions apportées aux droits en question ne doivent pas réduire à néant la protection procédurale assurée par l'article 1 du Protocole n° 7 en touchant à la substance même des garanties prévues par cette disposition. Même lorsqu'il existe des limitations, l'étranger doit se voir offrir une possibilité effective de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et bénéficier

141. K. LENAERTS, « Limits on Limitations : The Essence of Fundamental Rights in the EU », *op. cit.*, p. 779.

142. R. TINIÈRE, « Le contenu essentiel des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *CDE*, 2020, vol. 1, n° 2-3, p. 438.

d'une protection contre l'arbitraire. La Cour doit donc tout d'abord rechercher si l'autorité indépendante compétente a jugé que les limitations apportées aux droits procéduraux de l'étranger étaient dûment justifiées à la lumière des circonstances de l'espèce. La Cour examinera ensuite si les difficultés causées par ces limitations à l'étranger concerné ont été suffisamment contrebalancées par des facteurs compensateurs. En effet, seules sont admissibles au regard de l'article 1 du Protocole n° 7 les restrictions qui, eu égard aux circonstances de la cause, sont dûment justifiées et suffisamment contrebalancées »¹⁴³.

La méthode d'analyse ainsi proposée est plus que déroutante. Elle s'écarte manifestement de la conception absolutiste de la protection de l'essence des droits, en insérant une logique proportionnaliste (envisager si les restrictions apportées sont dûment « justifiées »), voire une dimension de transaction ou de négociation, peu compatible avec l'idée d'un injustifiable en soi (avec l'idée que les restrictions en cause peuvent être « contrebalancées »). Elle conclut que « les restrictions subies par les requérants dans la jouissance des droits qu'ils tirent de l'article 1 du Protocole no 7 n'ont pas été compensées dans la procédure interne de manière à préserver la substance même de ces droits »¹⁴⁴.

Dans son opinion concordante, mais néanmoins très critique, le juge Pinto de Albuquerque souligne la terminologie « flottante et imprécise » utilisée par la Cour¹⁴⁵, l'oscillation entre une « approche utilitariste », fondée sur une balance des intérêts et une analyse en termes de proportionnalité de l'atteinte au noyau dur, et une « approche essentialiste ». Le juge estime que la première approche est « erronée du point de vue logique car la question de la proportionnalité [...] ne peut se poser que "de façon subsidiaire, au cas où la substance même du droit à un tribunal n'a pas été touchée". Il est illogique d'affirmer qu'une limitation touchant la "substance même" d'un droit puisse être compensée par des procédures judiciaires ultérieures »¹⁴⁶. S'agissant de la logique de compensation, la plume du juge concordant est acerbe :

« 21. Pour le dire autrement, dès lors que la préservation de la substance des droits garantis par la Convention dépend de l'existence de facteurs compensateurs et que les États doivent se voir accorder une « certaine marge d'appréciation » dans le choix desdits facteurs, la « substance même » des droits disparaît en tant que notion

143. Cour E.D.H., 15 octobre 2020, *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, § 133.

144. *Ibid.*, § 192.

145. Opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque sous Cour E.D.H., 15 octobre 2020, *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, § 8.

146. *Ibid.*, § 17.

conventionnelle autonome à même de limiter efficacement les ingérences de l'État. En définitive, la substance des droits et libertés protégés par la Convention ne constitue pour la majorité qu'un simple élément de langage inapte à limiter l'exercice, par les États, de leur marge d'appréciation. Si le procédé consistant à orner une déclaration relative au contenu d'un droit conventionnel des atours de son essence/substance/noyau peut répondre à un besoin éthique des juges, il ne saurait dissimuler les négociations à coloration idéologique qui transparaissent dans certains arrêts rendus à Strasbourg. »

Le juge rejette fermement « la Weltanschauung inhérente à [l'approche utilitariste], d'où il découle que toute anomalie juridique peut être rachetée, ou, en résumé, que tout est négociable »¹⁴⁷. Pour lui, une telle approche ouvre la voie à des « manipulations des "facteurs compensateurs" »¹⁴⁸. Le juge plaide pour un retour à la jurisprudence traditionnelle¹⁴⁹ qui consacrerait une « approche essentialiste » : la première étape du raisonnement doit être de savoir s'il a été porté atteinte à la substance d'un droit conventionnel. Ce n'est qu'à la suite d'une réponse négative à cette première question qu'il serait possible de dérouler la logique proportionnaliste¹⁵⁰. Il précise également qu'« aucun but légitime ne peut justifier qu'il soit porté atteinte à la substance d'un droit protégé par la Convention, que ce soit en temps ordinaire ou dans une période troublée telle qu'un état d'urgence ». Pour le juge concordant, « [ni] la clause de dérogation prévue à l'article 15 de la Convention ni les clauses de limitation telles que celles stipulées aux articles 8 à 11 ne peuvent justifier une atteinte à la substance de l'un quelconque des droits et libertés conventionnels »¹⁵¹.

Plus récemment, dans son très bel arrêt *Lacatus c. Suisse*, la Cour a mobilisé la notion de l'essence des droits et de la dignité humaine, mais en croisant à nouveau ces notions avec la logique proportionnaliste. Elle a constaté que « le droit de s'adresser à autrui pour en obtenir de l'aide, relève de l'essence même des droits protégés par l'article 8 de la Convention », constat qui suffit, selon la Cour, à déclarer la requête recevable¹⁵². Après avoir effectué un test de proportionnalité de la mesure criminalisant la mendicité, la Cour va d'abord considérer que « la sanction infligée à la requérante ne constituait une mesure proportionnée ni au but de la lutte contre la criminalité organisée, ni à celui visant la protection

147. *Ibid.*, § 24.

148. *Ibid.*, § 35.

149. Le juge considère ainsi dans une formule lapidaire que « [à] Strasbourg, le progressisme consiste aujourd'hui à maintenir la tradition » (§ 36).

150. *Ibid.*, § 25.

151. *Ibid.*

152. Cour E.D.H., 19 janvier 2021, *Lacatus c. Suisse*, § 59.

des droits des passants, résidents et propriétaires des commerces ». Elle estime par après que, « dans le cas d'espèce », « la mesure par laquelle la requérante, qui est une personne extrêmement vulnérable, a été punie pour ses actes dans une situation où elle n'avait très vraisemblablement pas d'autres moyens de subsistance et, dès lors, pas d'autres choix que la mendicité pour survivre, a atteint sa dignité humaine et l'essence même des droits protégés par l'article 8. Dès lors, l'État défendeur a outrepassé la marge d'appréciation dont il jouissait en l'espèce »¹⁵³.

42. Au terme de cette analyse succincte de la notion de substance, on doit constater que s'il est possible, et en tout cas nécessaire sur le plan théorique, de se représenter un sanctuaire de prérogatives qui ne peuvent pas faire l'objet de limitations, il est en revanche bien plus compliqué de déterminer et d'opérationnaliser concrètement ce dernier¹⁵⁴. Les jurisprudences des juridictions constitutionnelles et européennes sont contrastées sur les méthodes utilisées et les logiques théoriques sous-jacentes, si bien qu'il est difficile d'identifier les droits protégés par ce dernier rempart qu'est la protection de l'essence, et la nature de la protection offerte. Pour reprendre les mots de Romain Tinière, « la recherche de la substance du contenu essentiel des droits fondamentaux garantis par la Charte s'apparente visiblement à la poursuite d'un mirage. À chaque fois que l'on pense parvenir à cerner, sinon précisément la notion, du moins une méthode permettant de l'approcher, on s'aperçoit qu'elle reste insaisissable »¹⁵⁵.

Quiconque cherchait à éclaircir la notion de « suspension » de la Constitution par la concrétisation du principe d'intangibilité de la substance des droits fondamentaux aura donc fait un long détour dont il ou elle reviendra largement bredouille.

Section 4. La crise du Covid-19 a-t-elle impliqué des suspensions *de facto* ?

43. Malgré les difficultés théoriques relatives au concept d'atteinte à la substance qui viennent d'être exposées, il nous a semblé pertinent de développer une analyse inductive des mesures adoptées dans la foulée

153. *Ibid.*, § 115.

154. Voy., dans le sens de ces conclusions désabusées, T. TRIDIMAS et G. GENTILE, « The Essence of Rights : An Unreliable Boundary ? », *op. cit.*, pp. 815-816 ; O. SCRACELLO, « Preserving the "Essence" of Fundamental Rights under Article 52 (1) of the Charter : A Sisyphean Task ? », *EUConst*, 2020, vol. 16, pp. 667-668.

155. R. TINIÈRE, « Le contenu essentiel... », *op. cit.*, p. 429. Voy. en ce sens également S. VAN DROOGHENBROECK et C. RICZALLAH, « The ECHR and the Essence of Fundamental Rights : Searching for Sugar in Hot Milk ? », *op. cit.*, pp. 922-923.

de la crise Covid-19, pour envisager, pour certains droits et libertés, si ces mesures n'équivalaient pas à des suspensions *de facto* en ce qu'elles porteraient atteinte à ce que l'on pourrait présenter comme la substance, ou encore le « noyau dur » de droits ou libertés protégés.

§ 1. Une suspension *de facto* de la légalité en matière pénale ?

44. Sur le terrain pénal, la question de la suspension des droits fondamentaux se pose notamment à deux niveaux, celui de la définition de l'infraction pénale et celui de l'exécution de la condamnation pénale. On se limite ici au premier volet¹⁵⁶.

La définition de l'infraction pénale – l'incrimination et la sanction qui s'y attachent – est soumise au principe de légalité pénale, qui est consacré par les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution et exprimé par le célèbre adage « *Nullum crimen nulla poena sine lege* ». Comme le professeur Yves Cartuyvels le rappelle très justement, la légalité pénale procède de l'objectif « de voir éclore un droit pénal démocratique expression de la volonté générale, la volonté d'assurer une claire séparation des pouvoirs et le souci de garantir aux citoyens prévisibilité et sécurité juridique en matière pénale »¹⁵⁷. Le principe revêt une double dimension.

45. Dans sa dimension *formelle*, le principe constitutionnel de légalité pénale exige que les infractions soient prévues par des normes ayant force de loi. Ces normes ont pour singularité, par rapport aux normes réglementaires, de faire l'objet d'une délibération et d'un vote « par une assemblée délibérante, démocratiquement élue », selon l'expression de la Cour constitutionnelle¹⁵⁸. Par conséquent, l'exigence de légalité formelle « ne constitue pas de la rhétorique pour des juristes en chambre »¹⁵⁹.

Dans le cadre de la crise sanitaire, de nombreuses infractions ont été prévues par des normes réglementaires. S'agissant des arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux, les infractions pénales sont peu nombreuses¹⁶⁰.

156. Sur le second volet en rapport avec la crise sanitaire, voy. not. O. NEDERLANDT et D. PACI, « La prison face au Covid-19 : des mesures déséquilibrées au détriment des personnes détenues et/ou condamnées », *Journal des tribunaux et Covid – Panorama du droit privé et public en temps de pandémie – Livre blanc*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 51-67.

157. Y. CARTUYVELS, « Le principe de légalité en droit pénal belge : vers un assouplissement à la carte ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité...*, op. cit., p. 87.

158. Not. C. const., 6 décembre 2018, n° 174/2018, pt. B.33.1 (jurisprudence constante).

159. L. KENNES et M. PREUMONT, « La responsabilité pénale et la pandémie », in S. PARSÀ et M. UYTENDAELE (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Limal, Anthemis, 2020, p. 238.

160. Voy. not. art. 17 de l'arrêt de pouvoirs spéciaux n° 37 pris en exécution des articles 2 et 5 de la loi du 27 mars 2020 accordant des pouvoirs au Roi afin de prendre des mesures

et, en toute hypothèse, la confirmation ultérieure par le législateur leur confère rétroactivement la valeur de normes législatives¹⁶¹. En revanche, s'agissant des arrêtés ministériels « Covid », des sanctions pénales ont été rendues applicables aux manquements à la plupart des mesures qui y sont reprises¹⁶². Or, ces arrêtés sont des normes réglementaires. Qui plus est – on y verra des circonstances aggravantes –, ils sont fondés sur des bases légales fragiles, en ceci notamment que la Constitution ne permet en principe pas au législateur de confier directement à un ministre seul le soin de prendre, par voie d'arrêtés ministériels, certaines mesures d'exécution de la loi qu'il adopte, une telle habilitation n'étant pas conforme à l'article 108 de la Constitution, qui réserve au Roi, et à lui seul, le pouvoir réglementaire d'exécution des lois¹⁶³. On se permettra de renvoyer, sur cette controverse, à la contribution de Patrick Goffaux.

46. Dans sa dimension *matérielle* – dite aussi « substantielle » –, le principe de légalité pénale exige que l'infraction soit intrinsèquement conçue et rédigée de manière suffisamment claire et précise pour garantir aux individus le respect d'un impératif de prévisibilité. Cet impératif doit permettre à chacune et à chacun d'adapter son comportement aux sanctions que le législateur attache aux injonctions et interdictions qu'il édicte. En matière pénale, « c'est, pour le pouvoir législatif, une obligation constitutionnelle, et non une simple obligation générale de prudence, de disposer par des règles précises »¹⁶⁴.

L'examen des arrêtés Covid montre que plus d'une mesure pénale-ment sanctionnée a été rédigée de manière approximative. La disposition relative aux promenades « avec toujours le même ami » est, à cet

dans la lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II) visant à soutenir les travailleurs, *M.B.*, 3 juillet 2020.

161. Comme le relève très justement le Professeur Yves Lejeune, « initialement conçues comme un correctif juridique des habilitations consenties au Roi dans des matières constitutionnellement réservées à la loi, les lois de confirmation [...] sont donc devenues un nouveau moyen de contrôle politique de l'exercice des pouvoirs spéciaux consentis en toutes matières » (Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 666).

162. Voy. not. art. 26, A.R. du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 28 octobre 2020, modifié à plusieurs reprises.

163. En ce sens, voy. not. Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, *éop. cit.*, p. 126 ; M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 3^e éd., Limal, Anthemis, 2020, p. 542. Une exception est envisagée par la jurisprudence du Conseil d'État en cas d'« urgence », mais l'hypothèse est assez difficile à circonscrire. Voy. S. VAN DROOGENBROECK, L. DETROUX, L. VANCRAVEBECK, J. VAN NIEUWENHOVE, C. JENART et X. DELGRANGE, « Les délégations de pouvoir réglementaire “internes” à un pouvoir exécutif – Retour naïf sur quelques enseignements classiques », in E. VANDENBOSSCHE et al. (dir.), *Regeren Anno 2020*, Bruges, die Keure/La Charte, 2020, pp. 10-101. Adde C.E., avis, 10 janvier 2019, n° 64.911/1, n° 6, www.raadvst-consetat.be.

164. C.E., avis, 28 octobre 1996, n° 25.345/2, donné par la section de législation, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 49-954/1, p. 13.

égard, une des illustrations paradigmatiques du caractère vague et parfois ambigu de certaines restrictions. Leur caractère approximatif a incité plusieurs juges de l'ordre judiciaire à écarter ces mesures par application de l'article 159 de la Constitution¹⁶⁵. Par ailleurs, on constate un double phénomène de pénalisation par référence, mais aussi d'incrimination par délégation¹⁶⁶. Le procédé de la pénalisation par référence consiste à renvoyer, pour une incrimination déterminée, à une ou des peines prévues pour une incrimination figurant dans une autre législation¹⁶⁷. Le procédé de l'incrimination par délégation consiste à imposer des restrictions et à les assortir de sanctions pénales tout en réservant à des « protocoles », par exemple, le pouvoir de déterminer les modalités d'application de ces restrictions, un protocole étant défini comme étant « le document déterminé par le ministre compétent en concertation avec le secteur concerné, contenant des règles à appliquer par les entreprises et associations dudit secteur dans l'exercice de leurs activités »¹⁶⁸. On est ici aux confins de la légalité formelle et de la légalité matérielle.

47. Il nous paraît que l'exigence de légalité pénale peut être considérée comme suspendue, et non seulement limitée, lorsque l'infraction pénale s'écarte à ce point des deux dimensions de la légalité pénale qu'elle n'atteint plus aucun des objectifs de celle-ci : la légitimité démocratique de la norme pénale, le respect de la séparation des pouvoirs et la garantie de la sécurité juridique. Cet exemple montre que le travail de démarcation entre la restriction à un droit fondamental et la suspension de ce droit peut mobiliser un élément téléologique (finaliste).

§ 2. Une suspension *de facto* de la liberté de religion ?

48. Plus sans doute que toute autre, la liberté de religion semble *a priori* offrir un « matériau » propice à l'identification des « injustifiables » et, par là même, à la concrétisation des marqueurs de la « suspension » des droits et libertés.

À tout le moins est-ce le cas si l'on s'en tient à la surface du discours. Sitôt en effet que l'on y regarde de plus près, les lignes apparaissent en réalité aussi floues qu'ailleurs.

165. Voy. not. Pol. Hainaut (div. Charleroi), 29 juillet 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 1288.

166. Pour une critique, au regard du principe de la légalité et des peines, de ces techniques (singulièrement lorsqu'elles interviennent en combinaison), voy. C.E., avis, 27 octobre 2020, n° 68.188/42, donné sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « portant exécution de l'article 47/15bis du Code wallon de l'action sociale et de la santé », disponible sur : www.raadvst-consetat.be.

167. Voy. not. art. 26, A.R. du 28 octobre 2020, cité ci-avant.

168. Voy. art. 1^{er}, 3^o, A.R. du 28 octobre 2020, cité ci-avant.

49. La liberté de religion n'est pas, selon l'article 15 de la C.E.D.H., répertoriée comme « indérogeable ». Elle l'est, par contre, dans le système du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 4¹⁶⁹). Par application des articles 15, paragraphes 3, et 53 de la Convention, un État partie aux deux instruments ne pourrait donc, quelles que soient les circonstances, suspendre complètement cette liberté. La conclusion qui précède n'est cependant guère porteuse, à elle seule, d'un quelconque enseignement sur les limites absolues qui s'imposeraient à un État dans l'adoption de mesures de lutte contre la pandémie. L'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est sans doute indérogeable, mais la liberté de manifester sa religion qu'il consacre – le *for externe* – s'expose quant à elle bel et bien à une possibilité de *restriction* (art. 18, § 3), sous conditions classiques de légalité, légitimité du but et proportionnalité¹⁷⁰. Or, la jurisprudence du Comité des droits de l'homme n'a à ce jour pas mis en lumière un quelconque « noyau dur » du *for externe* de la liberté de religion qui serait insusceptible de restrictions : l'on débouche ici sur une aporie.

50. Le seul « noyau dur » véritable que l'on aperçoit assez nettement au sein de la liberté de religion s'identifie au « *for interne* » de cette liberté. Tant dans le système de la Convention que dans celui du Pacte, seule la liberté de *manifester* sa religion ou ses convictions s'expose à une possibilité de restriction. La liberté d'*avoir* telle ou telle conviction (liberté de conscience), ou d'en changer, est quant à elle intangible. Force est cependant de constater que cet acquis théorique, tout intéressant qu'il puisse être, n'est pas de grande utilité pour la discussion qui est la nôtre. Les exemples d'atteintes au *for interne* de la liberté de religion sont rares – tant dans la jurisprudence nationale¹⁷¹ que dans la jurisprudence internationale – et, à notre connaissance, il n'est à ce jour nul État qui ait considéré que de telles atteintes présenteraient quelque utilité, sur un plan purement instrumental, dans la lutte contre la pandémie. En quoi en effet la conversion forcée de la population ou l'obligation d'abjurer publiquement telle ou telle croyance pourraient-elles sérieusement faire reculer un virus ? Dans les faits, seule la manifestation des convictions – le *for externe* –, par l'exercice du culte ou les rassemblements religieux, s'expose à des limitations « utiles » à de telles fins.

169. Au vrai, la systématique du Pacte ne saute pas immédiatement aux yeux sur ce point précis. Il peut être dérogé à la liberté d'expression (art. 19 du Pacte), mais pas à la liberté d'expression religieuse (art. 18 du Pacte). Il peut être dérogé à la liberté de réunion (art. 21 du Pacte), mais pas à la liberté de réunion religieuse (art. 18 du Pacte).

170. C.C.P.R., 31 août 2001, Observation générale n° 29 (État d'urgence – Article 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, pt. 7.

171. Voy. cependant, à propos d'un engagement solennel consistant à « renier les prescriptions de la Charia », avis n° 57.005/AG, donné le 28 mai 2015, *Doc. parl.*, Ch., n° 54-757/2, et, à propos de l'obligation faite à un étranger « primo-arrivant » de déclarer qu'il « accepte » les valeurs de la société belge, avis n° 59.224/VR/4, donné le 19 mai 2016.

51. Les textes et les jurisprudences européens et internationaux n'offrent donc rien de bien concret pour notre questionnement. En irait-il autrement s'agissant de la Constitution belge et de la production des juridictions du Royaume ? On ne peut qu'être sceptique sur ce point.

Certes, on ne peut qu'être interpellé, *a priori*, par les mots très forts qui furent ceux du Conseil d'État, dans ses arrêts¹⁷² n^{os} 249.177 du 8 décembre 2020¹⁷³ et 249.315 du 22 décembre 2020¹⁷⁴, tous deux intervenus à propos des limitations à la possibilité de rassemblements religieux décrétées pour cause de pandémie. Selon le Haut Conseil en effet,

« De vrijheid van eredienst is, in de woorden van het Grondwettelijk Hof in arrest nr. 62/2016 van 28 april 2016, één van “de kernwaarden van de bescherming die de Grondwet aan de rechtsonderhorigen verleent” ».

La position ainsi exprimée est assurément remarquable et audacieuse¹⁷⁵ : la Cour constitutionnelle elle-même ne s'est en effet jamais exprimée, depuis son arrêt n^o 62/2016 du 28 avril 2016, sur l'identité des fameuses « valeurs fondamentales » dont elle avait affirmé l'existence.

À cette prise de position proprement oraculaire, les mêmes arrêts associent l'affirmation, elle aussi très forte, selon laquelle,

« Het recht om het geloof op collectieve wijzen te belijden, samen met geloofsgenoten, behoort tot de kern van de vrijheid van eredienst ».

« De kern »/le « noyau dur » : voilà qui, de prime abord, paraîtrait particulièrement instructif pour notre propos.

Il faut cependant déchanter. Ce déploiement d'artillerie lourde, d'un point de vue conceptuel, n'honore en effet pas toutes ses promesses sur le plan strictement pratique.

Le Conseil d'État n'affirme en réalité nullement que l'exercice collectif des cultes et croyances serait intangible, et que toute limitation y apportée serait injustifiable. En l'occurrence, les restrictions querellées à

172. Sur les arrêts rendus par le Conseil d'État à propos des limitations à la liberté de culte en contexte de pandémie, voy. F. JUDO, « De Raad van State, de covidmaatregelen en de erediensten – Een consistent verhaal ? », *R.W.*, vol. 84, n^o 34, p. 1357 ; S. WATTIER et F. XAVIER, « Les restrictions à la liberté de religion durant la deuxième vague de coronavirus : analyse des arrêts du Conseil d'État », *J.T.*, 2021, pp. 241-246.

173. C.E., 8 décembre 2020, *Congregation Yetev Lev Dsatmar Antwerp Limited et autres*, n^o 249.177.

174. C.E., 22 décembre 2020, *Marc Leroy et autres*, n^o 234.315.

175. Et, si l'on peut se permettre, relativement gratuite : les affaires *sub judice* ne soulevaient en effet nullement une question de compatibilité avec le droit dérivé de l'Union européenne avec la Constitution. Or, c'est précisément en rapport avec de telles questions que l'arrêt 62/2016 avait affirmé l'intangibilité des « valeurs fondamentales » que la Constitution confère aux sujets de droit » dont elle avait affirmé l'existence.

cet exercice, contenues dans des versions successives de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 « portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 », subissent *in concreto* l'épreuve d'un contrôle de proportionnalité on ne peut plus « classique » – sans succès dans le premier arrêt (249.177), mais avec succès dans le second (249.315). Significativement, le raisonnement tenu par le Conseil d'État dans l'arrêt n° 249.315 ci-avant commenté ne diffère nullement, sur le plan concret, de celui que déploie ce même Conseil d'État, à propos de questions totalement identiques, dans deux autres arrêts datés du même jour, à savoir les arrêts nos 249.313¹⁷⁶ et 249.314¹⁷⁷. Or, ni l'un ni l'autre de ces deux derniers arrêts ne font allusion à un quelconque « noyau dur » de la liberté des cultes, ni ne classent celle-ci dans le zénith des « valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit ». Tout au contraire, ils s'emploient à la « banaliser » quelque peu en affirmant – répétons-le : sans conséquence concrète sur le fond du raisonnement – que « [l]a liberté de culte est un droit fondamental, au même titre que d'autres droits fondamentaux [...] » (nous soulignons).

§ 3. Une suspension de facto de la liberté d'entreprendre ?

52. Nous pouvons également nous demander si la liberté d'entreprendre des personnes travaillant dans certains secteurs plus touchés que d'autres par les mesures restrictives – pensons à l'interdiction absolue faite aux coiffeurs, aux esthéticiennes, aux tenanciers de bar, ou encore aux professions liées à l'évènementiel d'exercer temporairement leur activité professionnelle – n'aurait pas, *de facto*, été davantage suspendue que simplement restreinte.

53. Identifier le noyau dur de la liberté d'entreprendre s'avère à première vue délicat vu l'absence de consécration formelle dans la Constitution¹⁷⁸. Le fondement serait plutôt à chercher du côté de la loi : l'article 7 du décret d'Allarde¹⁷⁹ – aujourd'hui abrogé¹⁸⁰ – a laissé sa place aux

176. C.E., 22 décembre 2020, A.S.B.L. *Saint-Joseph et autres*, n° 249.313.

177. C.E., 22 décembre 2020, *Hugues Parmentier et autres*, n° 249.313.

178. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », in T. LÉONARD (dir.), *Actualités en droit économique – La liberté d'entreprendre ou le retour en force d'un fondamental du droit économique*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 10.

179. D., 2-17 mars 1791, portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes, dit « décret d'Allarde ». En vigueur en Belgique depuis le 10 novembre 1795, l'article 7 énonçait qu'« il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon [...] ».

180. Par l'art. 3 de la loi du 28 février 2013, introduisant le Code de droit économique, M.B., 29 mars 2013. La notion de « liberté d'entreprendre » a depuis lors remplacé l'ancienne expression de « liberté de commerce et d'industrie ».

articles II.3 et II.4 du Code de droit économique (ci-après C.D.E.) disposant respectivement que « [c]hacun est libre d'exercer l'activité économique de son choix » et que « [l]a liberté d'entreprendre s'exerce dans le respect des traités internationaux en vigueur en Belgique, du cadre normatif général de l'union économique et de l'unité monétaire tel qu'établi par ou en vertu des traités internationaux et de la loi, ainsi que des lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs et des dispositions impératives ». Il nous paraît également important de souligner que les documents parlementaires relatifs à la loi du 28 février 2013 introduisant le C.D.E. rappellent que « l'insertion de [l'article II.3] dans le Code ne lui donnera pas le caractère de droit fondamental, dès lors que la place de cette règle dans la hiérarchie des normes est celle d'une loi ordinaire avec tous les défauts qui y sont inhérents, parmi lesquels principalement, le fait qu'il n'y ait pas d'obstacle (de droit national) à ce qu'il soit dérogé aux dispositions de l'article II.2 du Code par le biais d'une disposition légale spécifique »¹⁸¹.

54. Au niveau supranational, il faut constater une absence dudit droit des catalogues de droits fondamentaux, à l'exception de la Charte de l'Union européenne¹⁸² qui, en son article 16, érige la liberté d'entreprise en droit fondamental¹⁸³ : « La liberté d'entreprise est reconnue conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales ». Sa formulation succincte ne nous éclaire néanmoins guère plus sur le contenu essentiel de la liberté d'entreprise. Les *explications* relatives à la Charte permettent éventuellement d'apporter quelques précisions¹⁸⁴ : outre que l'affirmation dans la Charte de la liberté d'entreprise découle de la jurisprudence de la Cour de justice, la liberté d'entreprise peut être déclinée en trois composantes, à savoir, la liberté d'exercer une activité économique et commerciale, la liberté de contracter et la libre concurrence¹⁸⁵.

181. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2012-2013, n° 2543/1, p. 23.

182. Qui ne s'applique toutefois que lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union européenne (art. 51, § 1 de la Charte).

183. T. LÉONARD, « L'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union : une nouvelle verdeur pour la liberté d'entreprendre ? », in T. LÉONARD (dir.), *Actualités en droit économique...*, op. cit., p. 75.

184. « Cet article se fonde sur la jurisprudence de la Cour de justice, qui a reconnu la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale (voir les arrêts du 14 mai 1974, aff. 4/73, *Nold*, rec. 1974, p. 491, pt. 14 ; et du 27 septembre 1979, aff. 230/78, *SpA Eridania et autres*, rec. 1979, p. 2749, pts 20 et 31) et la liberté contractuelle (voir, entre autres, les arrêts *Sukkerfabriken Nykøbing*, aff. 151/78, rec. 1979, p. 1, pt. 19 ; 5 octobre 1999, *Espagne c. Commission*, C-240/97, rec. 1999, p. I-6571, motifs pt. 99), ainsi que sur l'article 119, §§ 1 et 3 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui reconnaît la concurrence libre. Ce droit s'exerce bien entendu dans le respect du droit de l'Union et des législations nationales. Il peut être soumis aux limitations prévues à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte ».

185. T. LÉONARD, et J. SALTEUR, « Article 16 – Liberté d'entreprise », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 398.

55. Dans ces circonstances, c'est essentiellement au juge que revient la tâche de déterminer le contenu du droit à la liberté d'entreprendre¹⁸⁶ ainsi que d'apprécier le respect des garanties entourant les restrictions aux droits et libertés.

La Cour constitutionnelle – considérant que ses méthodes combinatoires et conciliatoires s'étendent à l'entière des droits fondamentaux quand bien même ceux-ci seraient consacrés par des traités internationaux et seraient dépourvus d'effet direct¹⁸⁷ – estime qu'elle peut indirectement examiner la compatibilité des restrictions à la liberté d'entreprendre au regard des articles 10 et 11 de la Constitution¹⁸⁸. Après avoir rappelé que la liberté d'entreprendre n'était pas absolue¹⁸⁹, la Cour raisonne classiquement de la sorte lorsqu'elle doit apprécier de la validité des restrictions : « Dans de très nombreux cas, une disposition législative – que ce soit dans le secteur économique ou dans d'autres secteurs – limitera la liberté d'action des personnes ou des entreprises concernées et aura ainsi nécessairement une incidence sur la liberté de commerce et d'industrie. Le législateur ne violerait la liberté de commerce et d'industrie visée à l'article 6, § 1^{er}, VI, al. 3, de la loi spéciale du 8 août 1980 que s'il limitait cette liberté sans aucune nécessité ou si cette limitation était totalement disproportionnée au but poursuivi »¹⁹⁰ (nous soulignons). L'essentiel de la discussion se centrera généralement sur la proportionnalité des mesures restrictives, aux termes desquelles il appert que la Cour ne conclura à une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre que dans les cas où celle-ci n'était pas uniquement limitée mais réellement supprimée ou dont l'exercice était rendu presque impossible¹⁹¹.

186. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 9.

187. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 98. En ce qui concerne spécialement la liberté d'entreprendre, la Cour a ainsi jugé que « [l]a liberté de commerce et d'industrie est étroitement liée à la liberté professionnelle, au droit de travailler et à la liberté d'entreprise, qui sont garantis par les articles 15 et 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et à plusieurs libertés fondamentales consacrées par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après : TFUE), comme la libre circulation des biens, la libre prestation des services et la liberté d'établissement. Le principe d'égalité et de non-discrimination constitue également un principe fondamental de l'Union européenne » (C. const., 18 octobre 2012, n° 119/2012). Voy. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 17-18.

188. C. const., 18 mars 2010, n° 29/2010, pt. B.6.3.

189. C. const., 28 avril 2011, n° 56/2011, pt. B.8.2. ; C. const., 27 avril 2017, n° 46/2017, pt. B.5.2.

190. C. const., 27 novembre 2014, n° 170/2014, pt. B.14. Voy. égal. plus récemment C. const., 17 octobre 2019, n° 141/2019, pt. B.11.

191. Il s'agit principalement des arrêts rendus sur les interdictions professionnelles automatiques et illimitées dans le temps (C.A., 21 juin 2000, n° 77/2000 ; C.A., 29 mars 2000,

Le Conseil d'État – compétent pour examiner la légalité des actes administratifs au regard de la liberté d'entreprendre consacrée dans le C.D.E. ou d'autres de ses fondements¹⁹² – considère également que seule est tolérée une limitation à la liberté d'entreprendre qui respecte les principes de légalité, de légitimité et de proportionnalité. De la même manière que la Cour constitutionnelle, la juridiction administrative estime que les mesures restrictives ne peuvent résulter en une suppression de la liberté d'entreprendre¹⁹³.

Nous pouvons à ce stade-ci déjà noter qu'aucune de ces deux Hautes Juridictions ne fait référence à un quelconque noyau dur de la liberté d'entreprendre mais qu'elles raisonnent uniquement en termes de proportionnalité.

56. La Cour de justice de l'Union européenne en revanche prend en compte dans une certaine mesure – et pas toujours de façon très cohérente d'une affaire à une autre – le contrôle de l'atteinte au contenu essentiel des droits compris dans la Charte (*supra*, n° 40¹⁹⁴). Avant même l'entrée en vigueur de la Charte, la Cour jugeait déjà à propos des droits de propriété et de libre exercice d'une activité professionnelle, que « dans l'ordre juridique communautaire, il apparaît [...] légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs d'intérêt général poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits »¹⁹⁵ (nous soulignons). De façon générale, la jurisprudence de la Cour relative à la liberté d'entreprise – qui s'inscrit dans sa démarche habituelle vis-à-vis de l'atteinte au contenu essentiel des droits, se rapprochant parfois plus du contrôle de proportionnalité – semble indiquer qu'une mesure restrictive ne portera pas atteinte au contenu essentiel si celle-ci permet encore à un opérateur économique d'exercer d'une façon ou d'une autre son activité¹⁹⁶. Si par exemple dans l'affaire *Sky Österreich*, la Cour ne conclut pas à une atteinte au contenu essentiel du droit à la liberté d'entreprise en ce que la législation « n'empêche pas l'exercice de l'activité

n° 38/2000). Voy. l'analyse effectuée par M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », *op. cit.*, pp. 18-26.

192. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 27.

193. *Ibid.*, p. 28.

194. Voy. par ex. sur la question R. TINIÈRE, « Le contenu essentiel... », *op. cit.*, pp. 417-439.

195. C.J.C.E., 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, pt. 14. Voy. aussi pour des exemples plus récents T. LEONARD et J. SALTEUR, « Article 16 – Liberté d'entreprise », *op. cit.*, p. 399, note 9.

196. R. TINIÈRE, « Le contenu essentiel... », *op. cit.*, pp. 426-427. Voy. par ex. C.J.U.E., 20 décembre 2017, *Polkomtel sp. z o.o. c. Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej*, aff. C-277/16, pt. 52.

entrepreneuriale en tant que telle »¹⁹⁷ ou comme dans l'affaire *Deutsches Weintor* au motif que « loin de prohiber la production et la commercialisation des boissons alcooliques, la réglementation litigieuse se borne, dans un domaine bien délimité, à encadrer l'étiquetage et la publicité y afférents »¹⁹⁸, la situation serait bien autre si la mesure équivaldrait à une fermeture totale du marché sur lequel intervient l'entreprise¹⁹⁹.

57. En définitive, il ne nous semble pas possible d'identifier clairement le noyau dur du droit à la liberté d'entreprendre, ce qui rend très compliquée l'utilisation du critère de l'atteinte à ce noyau pour différencier les restrictions des suspensions. Tout au plus, quelques balises peuvent être dégagées de la jurisprudence : que ce soit *via* un examen de la proportionnalité ou de l'atteinte au contenu essentiel, il ressort que seule une mesure qui empêcherait tout exercice effectif ou utile du droit ou aboutisse à sa suppression puisse constituer une violation dépassant le cadre des simples restrictions. L'existence même du droit à la liberté d'entreprendre ne pourra dès lors être remise en cause lorsqu'il est simplement question d'en aménager, d'en encadrer l'exercice²⁰⁰, ou qu'il existe une possibilité aussi infime soit-elle d'exercer effectivement le droit²⁰¹.

58. À l'aune de ces principes, que faut-il penser des mesures restreignant certaines activités professionnelles ? Outre le fait que le fondement légal des restrictions est en lui-même fort contestable (*supra*, n° 45), il n'est pas difficile de s'apercevoir que les entreprises²⁰² pour qui, soit que le télétravail est impossible à mettre en œuvre, soit qu'il est impossible de fournir un bien ou un service par un système de livraison²⁰³, n'ont *de facto*

197. En l'espèce, la législation en cause n'excluait pas que le titulaire de droits exclusifs de radiodiffusion télévisuelle « puisse exploiter son droit en effectuant lui-même, à titre onéreux, la retransmission de l'événement en cause ou encore en cédant ce droit par voie contractuelle, à titre onéreux, à un autre organisme de radiodiffusion télévisuelle ou à tout autre opérateur économique » (C.J.U.E. [gde ch.], 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, aff. C-283/11, pt. 49).

198. C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz*, aff. C-544/10, pt. 57.

199. C.J.U.E., 12 juillet 2018, *Spika e.a. c. Žuvinkystės tarnyba prie Lietuvos Respublikos žemės ūkio ministerijos*, aff. C-540/16, pt. 38.

200. M. VANDERSTRAETEN, « La liberté d'entreprendre dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État », *op. cit.*, p. 26.

201. S.-U. COLELLA, *La restriction des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 536.

202. Selon la définition de l'entreprise donnée dans les arrêtés ministériels Covid-19, il s'agit de « toute personne physique ou morale poursuivant de manière durable un but économique ».

203. Spécialement et de façon non exhaustive : les casinos, les discothèques, les cinémas, les établissements de débit de boissons, les salons de coiffure, les instituts de beauté, les studios de tatouage, etc. (voy. par ex. art. 4, § 1, et 6, A.R., 1^{er} novembre, modifiant A.R., 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19, M.B., 1^{er} novembre 2020).

plus pu exercer leur activité professionnelle depuis de nombreux mois. Il faut par ailleurs noter que la technique consistant à prolonger d'arrêté en arrêté les restrictions aboutissent pour certains secteurs à un arrêt total de leur activité depuis le début de la crise du coronavirus²⁰⁴. Les entreprises qui, d'une certaine manière, ont pu s'adapter aux mesures mises en place pendant les confinements – l'on pense typiquement aux restaurants qui offrent des repas à emporter – ne pourraient selon nous prétendre à une suspension de leur droit, quand bien même leur chiffre d'affaires fût nettement moins bon. En ce qui concerne les premières en revanche, c'est plus discutable. Si l'on applique strictement le raisonnement incluant le test de l'atteinte au contenu essentiel du droit pour contrôler la validité des restrictions – en dehors de tout rapport de (dis)proportion –, l'on pourrait sans doute conclure à une suspension de leur droit à la liberté d'entreprendre puisque ces entreprises ont perdu toute possibilité d'exercer de façon effective ledit droit. Néanmoins, si l'on suit le raisonnement de la section du contentieux du Conseil d'État – qui a eu l'occasion dans quelques recours en extrême urgence de se prononcer sur les restrictions à la liberté d'entreprendre dans la crise du Covid-19 – la légitimité, la nécessité et la proportionnalité des mesures adoptées au vu des objectifs de santé publique poursuivis permettraient – *prima facie* – de justifier les restrictions faites, aussi importantes soient-elles²⁰⁵. L'on doit donc présumer qu'il n'y a pas eu méconnaissance, sur ce point, de l'article 187 de la Constitution (*supra*, n° 3).

De façon étonnante toutefois, le Conseil d'État va accueillir le recours en extrême urgence concernant l'interdiction de la prostitution dans la ville de Bruxelles – dans lequel le premier requérant invoquait une « atteinte grave à [son] activité professionnelle », en ce que l'acte attaqué « ne se limite pas à fixer des contraintes de nature à affecter la rentabilité de l'activité du premier requérant, mais lui interdit tout simplement de l'exercer sur l'ensemble du territoire de la ville » – sur la base du fait que « la suppression pour une durée indéterminée de l'unique source de revenus du premier requérant risque de le conduire dans une situation attentatoire à la dignité humaine, quand bien même certaines associations pourraient éventuellement lui venir en aide »²⁰⁶. Nous nous demandons dès lors si ce raisonnement-là ne pourrait pas être transposé pour les autres catégories d'entreprises précitées se trouvant précisément dans la même situation.

204. Par exemple, les discothèques qui n'ont, à aucun moment, pu rouvrir leurs portes.

205. Voy. les arrêts C.E. (ass. gén. réf.), 28 octobre 2020, *S.P.R.L. Mainego*, n° 248.781 ; C.E. (ass. gén. réf.), 30 octobre 2020, *N.V. Umami*, n° 248.818 ; C.E. (15° ch. réf.), 4 février 2021, *S.P.R.L. Mainego et Maine*, n° 249.723.

206. C.E. (15° ch. réf.), 9 octobre 2020, *Bou-oudi et Akhoun*, n° 248.541.

§ 4. Une suspension de facto de la liberté d'expression artistique et du droit de participer à la vie culturelle ?

59. Dès lors que les mesures adoptées pour faire face au Covid-19 ont eu un impact considérable sur les artistes et sur le public, on peut s'interroger sur la question de savoir si ces mesures n'ont pas atteint la substance de ces deux droits.

60. Concernant la liberté d'expression artistique, l'atteinte à sa substance, si elle a été avancée par des requérants à plusieurs reprises, n'a jamais été intégrée au raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme et n'a donc jamais emporté sa conviction²⁰⁷. En ce qui concerne la liberté d'expression de manière générale, la Cour ne s'est référée à la notion de substance qu'à de très rares reprises²⁰⁸ mais l'on pourrait lire dans certains arrêts que la Cour « semble avoir tenu pour injustifiables certaines ingérences particulièrement graves dans la liberté d'expression »²⁰⁹. Ainsi, dans son arrêt *Jacobowski c. Allemagne*, la Cour paraît suivre un type de raisonnement inhérent à la substance, en s'interrogeant sur les « reliquats » de liberté qui subsistent pour le requérant²¹⁰, alors que dans *Bowman*, elle rejette l'argument avancé par le gouvernement de l'existence d'« autres modes efficaces de communication » pour transmettre l'information²¹¹. Elle renoue néanmoins avec cette approche consistant à vérifier si subsistent des « reliquats » de la liberté d'expression dans sa jurisprudence ultérieure, notamment dans *Mouvement raëlien c. Suisse*²¹² ou dans l'affaire *Animal Defenders*. La Cour y estime que « d'autres moyens de communication restent ouverts à la requérante et qu'il s'agit là d'un facteur clé pour l'appréciation de la proportionnalité d'une restriction à l'accès à des médias potentiellement utiles [...] ». Un passage de cet arrêt mérite d'être reproduit ici :

207. Voy. par ex. Cour E.D.H., 24 mai 1988, *Müller c. Suisse*, § 31.

208. Voy. pour une analyse de la jurisprudence relative à la substance de la liberté d'expression S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 408-415.

209. *Ibid.*, p. 414.

210. *Ibid.*, p. 417. La Cour constate que « [...] l'injonction en cause se limitait à proscrire la poursuite de la diffusion de la circulaire ; la cour d'appel de Düsseldorf rejeta la demande tendant à interdire à M. Jacobowski toute critique systématique de la ddp (§ 17 ci-dessus). Ce dernier conservait ainsi le droit de s'exprimer et de se défendre par tout autre moyen » (Cour E.D.H., 23 juin 1994, *Jacobowski c. Allemagne*, § 29).

211. Cour E.D.H., 19 février 1998, *Bowman c. Royaume Uni*, § 39, pour l'argument du gouvernement, et § 46, pour la Cour.

212. Cour E.D.H., 13 juillet 2012, *Mouvement raëlien c. Suisse*, § 75.

«[...] l'ONG requérante a toujours accès aux programmes de la radio et de la télévision (c'est-à-dire aux émissions autres que les publicités payantes) pour s'y exprimer politiquement. Elle a aussi la possibilité de faire diffuser sur ces médias des publicités sur des sujets non politiques en créant à cette fin une branche associative, démarche dont il n'a pas été démontré que le coût soit prohibitif. De plus, et c'est là un point important, elle bénéficie pour la diffusion de ses publicités d'un accès sans entrave aux vecteurs de communication autres que la radio et la télévision, notamment à la presse écrite et à internet (y compris aux réseaux sociaux), et elle peut aussi organiser des manifestations et distribuer des affiches et des tracts. Même s'il n'a pas été démontré qu'internet, avec les réseaux sociaux, soit plus influent que la radio et la télévision dans l'État défendeur, il n'en reste pas moins que ces nouveaux médias constituent de puissants outils de communication, qui peuvent, de manière significative, faciliter à la requérante la réalisation de ses objectifs »²¹³.

Dans l'ordre juridique belge, le Conseil d'État ne s'est pas montré particulièrement impressionné par les argumentaires des requérants empruntant à la logique de l'atteinte à la substance de la liberté artistique. Ainsi, par exemple, l'argument selon lequel la liberté d'expression et la liberté artistique « seraient dépourvues de toutes portées si elles se limitaient à pouvoir réaliser une œuvre qui ne pourrait être vue par une large part du public », qui soutenait la demande de suspension de l'interdiction du film *Thomas est amoureux* pour les moins de 16 ans, ne trouve pas d'écho particulier dans l'arrêt rendu par la Haute juridiction administrative²¹⁴. Le Conseil d'État semble également relativiser l'interdiction des mesures préventives dans la liberté d'expression artistique dans certaines décisions. Ainsi, s'agissant d'une mesure impliquant une demande d'autorisation préalable pour des activités artistiques en plein air, la section du contentieux administratif estime qu'il faut l'analyser sous l'angle du régime d'autorisation des activités en plein air prévu à l'article 26, alinéa 2 de la Constitution. Ainsi, « [u]n règlement communal de police peut prévoir, comme en l'espèce, que les artistes ambulants, et tous autres assimilés, ne peuvent exercer leur art en plein air, ni stationner sur le territoire de la ville sans autorisation écrite et préalable du bourgmestre et prévoir une sanction administrative sans méconnaître les dispositions visées au moyen »²¹⁵. On doit néanmoins souligner certains passages dans la jurisprudence administrative qui pourraient

213. Cour E.D.H., 22 avril 2013, *Animal Defenders c. Royaume Uni*, § 124.

214. C.E., 13 juin 2001, *Cinéart c. Commission intercommunautaire de contrôle des films*, n° 96.445, p. 4.

215. C.E., 5 septembre 2019, *Cremer c. Ville de La Louvière*, n° 245.376, pp. 14-15.

peut-être être interprétés, entre les lignes, comme impliquant une référence à l'idée de substance, en particulier dans l'interprétation stricte des mesures préventives. Ainsi, dans la saga « Dieudonné », le Conseil d'État, après avoir rappelé que le collège des bourgmestre et échevins peut seulement interdire certaines représentations lorsque « l'interdiction est le seul moyen d'assurer le maintien de la tranquillité publique », qu'il n'a donc pas « pour mission de veiller préventivement à la correction politique morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation [...] », le Conseil d'État précise que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun ; [...] qu'ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique »²¹⁶.

61. S'il reste périlleux de tenter d'identifier un noyau dur de la liberté d'expression artistique en l'état actuel de la jurisprudence, l'exercice prend des allures de quête impossible pour ce qui concerne le droit de participer à la vie culturelle. Ce droit fait en effet l'objet d'une indétermination conceptuelle remarquable dans l'interprétation dominante qu'il reçoit en droit international des droits humains²¹⁷. De lourdes difficultés surgissent déjà au stade de l'identification de l'objet de ce droit et de sa portée. Or, si en guise de « premier rempart », l'on ne trouve que du sable fuyant ou des courants d'air, comment pourrait-on construire à partir de cette première fortification un deuxième rempart, ou un troisième ? La difficulté de la tâche se lit entre les lignes de l'Observation générale n° 21, dans laquelle le Comité des droits économiques, sociaux et culturels « a tenté d'identifier » le « contenu minimal » du droit consacré à l'article 15 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en des termes édifiants²¹⁸.

216. C.E., 23 mars 2009, *M'BALA M'BALA c. Commune de Saint Josse-ten-Noode*, n° 191.742.

217. Voy. sur ces difficultés C. ROMAINVILLE, « Defining the Right to Participate in Cultural Life as a Human Right », *NQHR*, 2015, vol. 33, n° 4, pp. 405-436 ; *Id.*, *Le droit à la culture, une réalité juridique – Le droit de participer à la vie culturelle en droit constitutionnel et international*, coll. « Bibliothèque de la Faculté de droit et de criminologie de l'Université de Louvain », Bruxelles, Larcier, 2014.

218. COMITÉ DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS, Observation générale n° 21, 21 décembre 2009, E/C.12/GC/21, § 55.

Section 5. Réviser l'article 187 pour un droit constitutionnel plus résilient

62. De très longue date, des voix se sont fait entendre pour réclamer que le droit constitutionnel belge intègre l'état d'urgence et lui assigne un régime²¹⁹, plutôt que d'en nier l'existence comme le fait, depuis 1831, l'article 187 de la Constitution. La crise actuelle nous rappelle et nous démontre au demeurant combien pathétique est la garantie que cette disposition est censée offrir. L'interdit qu'elle porte est à ce point dépourvu de nuance et de réalisme qu'il risque en permanence, en situation de crise, soit d'être contourné par une exclusion de son applicabilité en cas de « force majeure » (*supra*, n° 20), soit d'être « ployé » par la mobilisation de règles « extraconstitutionnelles » ou « supraconstitutionnelles » (*supra*, n° 22), soit encore d'être réduit à l'insignifiance, lorsqu'il est traduit en une défense de porter atteinte à une introuvable « substance » des droits fondamentaux. Affirmer que ces droits trouvent dans ce seul article 187 une garantie satisfaisante de leur protection est faire preuve au mieux d'aveuglement, au pire d'hypocrisie.

63. Il a parfois été affirmé que la conciliation entre, d'une part, la nécessité de faire face aux crises et, d'autre part, la préservation des droits fondamentaux n'avait pas besoin de passer par une modification de cet article 187, ni, plus largement, par une consécration constitutionnelle d'un régime d'urgence, et pouvait parfaitement se contenter de l'outil qu'offre le principe de proportionnalité²²⁰. L'élasticité de celui-ci en ferait un instrument idoine, *de constitutione lata*, pour réaliser les arbitrages requis.

Cette approche « pragmatique » est au centre des argumentaires qui furent livrés – en France notamment – pour démontrer l'inutilité de l'activation de l'article 15 de la C.E.D.H. pour faire face à la pandémie²²¹. Cette approche ne nous convainc cependant pas. Il y a en effet un

219. Pour un aperçu historique du débat, voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 23-27.

220. G. VAN HAEGENBORGH et W. VERRIJDT, « De noodtoestand in het Belgische publiekrecht », *op. cit.*, pp. 70-71 et 77.

221. Voy. et comp. F. SUDRE, « La mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G* 2020.510 ; *Id.*, « La Convention EDH face au Covid-19 : dépasser les apparences », www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/, avec S. TOUZÉ, « La restriction vaudra toujours mieux que la dérogation... », www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/ ; T. RENOUX, « Pas de mise en quarantaine de la Convention européenne des droits de l'homme », www.leclubdesjuristes.com/blog-du-coronavirus/. Sur cette controverse, voy. G. GONZALEZ, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid 19 ou l'ombre d'un doute », *R.D.L.F.*, 2020, chron. 43 ; M. AFROUKH, « Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins », *op. cit.*

péril évident à voir le « droit commun » et ses très malléables concepts d'« intérêt général » et de « proportionnalité » tirés à hue et à dia pour absorber l'« exceptionnel » que l'on se refuserait de nommer, véhiculer toutes les mesures imaginables, et ainsi « normaliser » l'anormal, qui plus est de manière permanente²²². L'idée a été très bien exprimée, tant en français qu'en anglais. Selon Alan Greene, le refus d'entrer dans la logique de dérogation risque de niveler par le bas la protection des droits de l'homme²²³. Gérard Gonzalez, pour sa part, estime que « sous peine de perdre sa "mesure", le principe de proportionnalité ne peut être malléé au risque de ressembler aux montres molles de Salvador Dali et d'abaisser, peut-être durablement, le niveau de contrôle de la Cour européenne »²²⁴. Osons, pour notre part, une métaphore météorologique : à ne pas vouloir reconnaître un « droit constitutionnel du mauvais temps » nettement distinct et étanche vis-à-vis du « droit constitutionnel du beau temps », on risque de se retrouver avec du droit constitutionnel du « temps variable » – comme le temps belge –, où les standards de protection auront été nivelés par le bas pour rester « tout-terrain ».

64. Selon nous, il n'y a donc pas lieu de redouter que la constitutionnalisation d'un régime de l'état d'urgence s'accompagne d'un reflux dans la protection de ces droits ; tout au contraire son introduction permettra-t-elle – en ce compris à l'égard du législateur – la fixation claire des limites qui, actuellement, font défaut. Il faut pouvoir nommer les choses pour les encadrer²²⁵. La position ainsi exprimée rejoint celle que préconise la Commission de Venise. Dans son avis des 11 et 12 mars 2016 sur le projet de loi constitutionnelle français « Protection de la Nation »²²⁶, la Commission énonce en ce sens que :

« Si de nombreuses constitutions contiennent des dispositions visant spécifiquement l'état d'exception, d'autres n'en contiennent pas. C'est le cas notamment en Autriche, en Belgique, en Italie, en Norvège, au Danemark, au Luxembourg, en Suède et en Suisse. Dans certains pays, il existe une tradition de règles non écrites de droit constitutionnel d'exception. La Commission de Venise toutefois, étant donné que l'ordre constitutionnel comporte, d'ordinaire, des

222. Voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les États d'exception », *op. cit.*, pp. 35-40.

223. A. GREENE, « States should declare a State of Emergency using Article 15 ECHR to confront the Coronavirus Pandemic », <https://strasbourgobservers.com>.

224. G. GONZALEZ, « L'article 15 de la Convention européenne à l'épreuve du Covid 19 ou l'ombre d'un doute », *op. cit.*

225. Voy. M. VERDUSSEN, « La Constitution belge face à la pandémie de Covid-19 », *op. cit.*, p. 1, citant A. Garapon et M. Rosenfeld.

226. Avis n° 838/2016, CDL-AD(2016)006, pts 52 et 54. Voy. égal. COMMISSION DE VENISE, « Les pouvoirs d'exception », *Science et technique de la démocratie*, n° 12, [www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD\(1995\)012-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-STD(1995)012-f).

garanties pour les droits et libertés fondamentaux, a déjà exprimé son avis qu'il serait néanmoins souhaitable que ces régimes d'exception fassent l'objet de dispositions constitutionnelles expresses [...]. L'initiative de constitutionnaliser l'état d'urgence en France mérite dès lors d'être saluée.

[...] la Commission de Venise souligne que l'inscription de l'état d'urgence dans la Constitution doit avoir pour but d'accroître les garanties contre d'éventuels abus sous forme de déclenchement ou prorogation de l'état d'urgence sans réelle justification pour protéger la vie de la nation ou sous forme de prise de mesure de police qui ne sont pas strictement liées ni justifiées par l'état d'urgence. Les dispositions sur l'état d'urgence devront être interprétées de manière systémique, conforme aux autres normes constitutionnelles, notamment aux droits et libertés fondamentaux. En aucun cas la constitutionnalisation ne devrait résulter en un "chèque en blanc" au profit du législateur, voire de la majorité parlementaire au pouvoir, qui posséderait ainsi la possibilité de porter des dérogations plus que substantielles au statut des libertés, même après la déclaration de l'état d'urgence. Pour cette raison, il apparaît nécessaire que ce risque soit conjuré en inscrivant dans la Constitution non seulement la possibilité de déclarer (et renouveler) tout régime d'exception, y compris l'état d'urgence, mais également les limites formelles, matérielles et temporelles qui doivent régir de tels régimes ».

Plus récemment, cette même Commission de Venise affirmait encore que :

« [l]a dichotomie entre normalité et exception, sur laquelle repose la déclaration d'état d'urgence, n'est pas nécessairement – et peut parfaitement ne pas être – synonyme d'une dichotomie entre lutte active contre le danger et constitutionnalisme démocratique, ni entre la protection de la santé publique et l'État de droit »²²⁷.

65. On ne reprendra pas ici, dans le détail, l'ensemble des « balises » que le droit international et européen des droits de l'homme fixe, sous forme de planchers, à l'édification d'un régime constitutionnel d'état d'urgence²²⁸. Tout juste mentionnera-t-on les questions auxquelles la Constitution doit répondre, et comment elle pourrait le faire.

227. COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions », *op. cit.*, n° 122.

228. On consultera sur ce point utilement le document « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions » établi par la Commission de Venise. Voy. encore M. AFROUKH, « Le recours au mécanisme dérogatoire en période de Covid-19 ou le droit international des droits de l'homme à la croisée des chemins », *op. cit.*

Ainsi, c'est à la Constitution elle-même qu'il reviendrait de définir, le plus précisément possible²²⁹ et dans le respect de ce qu'autorisent les articles 15 de la C.E.D.H. et 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les circonstances exceptionnelles dans lesquelles le régime d'urgence peut être activé, et les autorités compétentes pour procéder, concrètement, à cette activation. Sur ce dernier point, les instruments internationaux précités ne prescrivent rien de précis, et laissent cette question à l'autonomie constitutionnelle des États. À l'estime de la Commission de Venise cependant – on renverra sur ce point à l'avis rendu à propos de la constitutionnalisation de l'état d'urgence en France²³⁰ –, le Parlement ne peut être totalement laissé de côté dans l'entreprise²³¹. Il ne s'agit pas de requérir son intervention, dans tous les cas, pour le déclenchement même de l'état d'urgence – l'urgence pourrait ne pas s'en accommoder –, mais au moins de prévoir l'intervention du Parlement à bref délai pour confirmer l'activation de l'urgence, pour prolonger cet état d'urgence et y mettre un terme. Plus précisément encore : la Commission de Venise recommande une délibération parlementaire à la majorité qualifiée pour prolonger l'état d'urgence au-delà d'un certain délai. Le Parlement doit également recevoir les moyens de contrôler les mesures qui sont adoptées, notamment en termes d'information, et le Gouvernement devrait ainsi être appelé à rendre des comptes sur la gestion de la crise au Parlement²³².

66. Les limites *matérielles* imposées au régime de l'urgence devraient, pour partie, être fixées par la Constitution elle-même. L'on vise ici la liste de droits auxquels il ne pourrait jamais être dérogé, laquelle doit au moins comprendre les droits répertoriés comme « indérogeables » par la C.E.D.H. et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, tout en pouvant évidemment être plus large que ce que prévoient ces deux instruments

229. COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions », *op. cit.*, n° 26. Voy. égal. pour une analyse comparée des différents modèles d'encadrement des états d'urgence et d'exception les raisons pour lesquelles le modèle constitutionnel est préférable : N. BONBLED et C. ROMAINVILLE, « États d'exception et crises humaines aiguës : débats récents autour du terrorisme et des nouvelles formes de crise », *Ann. intern. just. const.*, 2008, vol. 2008, n° XXIV, pp. 429-459.

230. Avis n° 838/2016, CDL-AD(2016)006, pts 63-64.

231. Voy. encore COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions », *op. cit.*, n° 36.

232. Une étude réalisée en 2004 pour mesurer l'efficacité des différents modèles d'encadrement des états d'exception et des états d'urgence a conclu que les clauses associant le Parlement à l'activation, à la prolongation et au contrôle des états d'urgence et des états d'exception déployaient toujours une certaine efficacité s'agissant de la protection des droits et libertés. Voy. L. C. KEITH et S. C. POE, « Are Constitutional State of Emergency Clauses Effective ? An Empirical Exploration », *H.R.Q.*, 2004, pp. 1071-1097.

cumulés. Pour le surplus, la Constitution confierait à la loi²³³ le soin de déterminer de la manière la plus précise possible les mesures qui, s'ajoutant à celles qu'autorise le « droit commun », ne pourraient être prises – sous condition de proportionnalité – que moyennant l'activation du régime d'urgence. C'est entre les lignes de ces mesures, et non dans une introuvable « substance » des droits fondamentaux concernés, que résideraient alors les marqueurs concrets de la différence entre la « normalité » et l'« anormalité » constitutionnelles.

67. Enfin, il appartiendrait à la Constitution de fixer les *garanties procédurales* aptes à éviter ou censurer les abus commis par l'autorité dans le cadre des situations d'urgence. Dans l'avis qui a été rendu sur les mesures ayant fait suite au coup d'État manqué survenu en Turquie le 15 juillet 2016, la Commission de Venise affirma que les garanties procédurales les plus essentielles devraient également être considérées comme implicitement mais certainement indérogeables²³⁴.

Seraient ainsi visés les garanties essentielles du procès équitable et le droit à un recours effectif. La proposition est audacieuse, mais nous semble pouvoir être suivie²³⁵.

Il ne s'agit évidemment pas d'affirmer que, même en cas de crise, les juridictions devraient continuer à fonctionner selon toutes les règles du droit processuel « commun ». Des aménagements peuvent évidemment être nécessaires – par exemple, dans la fixation des délais, la tenue des audiences... –, mais ne pourraient jamais avoir pour effet de remettre en cause les garanties essentielles du droit à un juge et du droit à un procès équitable²³⁶.

Il s'agit, en d'autres termes, que le sort du contrôle de la légalité préventif ou curatif des actes de l'autorité publique ne soit entièrement laissé à la merci du législateur, comme c'est le cas, actuellement, de l'obligation de consulter la section de législation visée à l'article 3*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État²³⁷.

233. Ou au décret, ou à l'ordonnance, en fonction de la compétence concernée. Sur ce point, voy. *infra*, n° 68.

234. CDL-AD(2016)37, pts 156-163 ; COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions », *op. cit.*, n°s 41 et 75.

235. Voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution et la problématique de la protection des droits et libertés dans les états d'exception », *op. cit.*, pp. 47-48.

236. COMMISSION DE VENISE, « Respect de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en situation d'État d'urgence : réflexions », *op. cit.*, n° 75.

237. Ce « bétonnage » constitutionnel du maintien de ces contrôles pourrait prendre la forme d'une reprise, dans la liste des dispositions indérogeables, de dispositions, tels les

68. On ne pourrait clore le propos sans une série de considérations supplémentaires.

La première concerne l'*opérationnalisation* de la réforme ainsi suggérée. La déclaration de révision de la Constitution du 23 mai 2019²³⁸ ne la permet pas dans l'immédiat, dès lors qu'elle n'inclut pas l'article 187 de la Constitution. Le vif débat autour de la question de la légalité des mesures adoptées dans le cadre de la crise du Covid a amené le législateur ordinaire à se saisir de la question, à l'occasion de la rédaction de la loi dite « pandémie »²³⁹. L'exposé des motifs attaché au projet de loi²⁴⁰ précisait que « la déclaration de la situation d'urgence épidémique n'implique en aucun cas qu'il s'agirait d'un état d'urgence par lequel la Constitution serait suspendue, ce qui ne se peut en vertu de l'article 187 de la Constitution ». La loi affirme donc qu'elle ne viole pas la Constitution ; nous voilà rassurés.

La seconde remarque concerne la *surface* de la réforme proposée dans les lignes qui précèdent. Elle ne concerne que la question de la protection des droits fondamentaux. Il va de soi, cependant, que le droit constitutionnel « plus résilient » que nous appelons de nos vœux doit également traiter de la question de l'exercice des pouvoirs et de la répartition des compétences en situation d'urgence. Sur ces points également, des débats doivent être menés, et des « impensés » doivent être réinterrogés.

Sur le plan de l'exercice des pouvoirs, la constitutionnalisation des pouvoirs spéciaux – et de leurs limites, matérielles, formelles et procédurales – nous semble incontournable. Une inspiration pourrait être puisée à cet égard sinon dans le texte, du moins dans la démarche qui a conduit à l'insertion de l'article 32, paragraphe 4, nouveau de la Constitution du Grand-Duché de Luxembourg.

Sur le plan de la répartition des compétences, et comme le soulignent d'autres contributions dans le présent ouvrage²⁴¹, il faut se demander si, et dans quelle mesure, la gestion de la crise peut justifier une correction temporaire à la distribution des rôles opérés entre l'État, les communautés et les régions. Faut-il par exemple considérer qu'en cas

articles 142 et 159 de la Constitution, et de l'insertion, pour le surplus, d'un « mandat » constitutionnel impératif inspiré par l'article 63, § 4, alinéa 2 de la Constitution : « Aux fins de..., la loi prévoit... ».

238. *M.B.*, 23 mai 2019.

239. Voy. Loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence pandémique, *M.B.*, 20 août 2021.

240. *Doc. parl.*, Ch., n° 55-1951/1, p. 18.

241. Voy. la contribution de M. El Berhoumi, S. Van Drooghenbroeck et L. Losseau, ainsi que celle de M. Uyttendaele et L. Rigaux.

d'urgence, l'autorité fédérale reconquiert une compétence exclusive, ou, à tout le moins, concurrente, sur certaines matières ou questions qui, à l'ordinaire, relèvent des collectivités fédérées ? La réponse à ces questions ne sera pas qu'affaire de modification de la loi spéciale : si cette refédéralisation doit être opérée dans des matières dont l'attribution est l'œuvre directe et exclusive de la Constitution – songeons par exemple à l'enseignement²⁴² –, alors rien moins qu'une révision constitutionnelle sera nécessaire pour y procéder.

242. Voy. C.E., avis, 4 mars 2019, n° 65.404/AG, pt. 2.15 et les réf. citées.