

XV.A.
LES DROITS ÉLECTORAUX

PAR

MARC VERDUSSEN

PROFESSEUR ORDINAIRE À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
DIRECTEUR DU CENTRE DE RECHERCHE SUR L'ÉTAT
ET LA CONSTITUTION (CRECO)

Dans l'ensemble des droits constitutionnels, le droit de vote et le droit d'éligibilité se distinguent par leur visée démocratique : à ceux qui en sont les bénéficiaires, ils permettent de participer activement à la démocratie représentative et de contribuer ainsi à la formation de la volonté générale. En cela, ce sont des «*droits-participation*» (1). Par ailleurs, ils sont étroitement liés à la notion de citoyenneté, en ce qu'ils «constituent son principe fondateur et son noyau dur» (2). Loin de se voir «reconnaître pareils droits dans un intérêt propre et pour sa seule satisfaction», le citoyen est invité à les exercer «dans la conception qu'il est à même de se faire du meilleur intérêt de l'Etat» (3). En cela, ce sont des *droits-responsabilité*.

Les droits électoraux que sont les droits de vote et d'éligibilité ont donné lieu à une jurisprudence qui, non seulement les tient pour des droits politiques fondamentaux (I), mais contribue par ailleurs à éclairer leurs contours (II) et à encadrer les restrictions qui y sont apportées (III).

I. – DES DROITS POLITIQUES FONDAMENTAUX

Dans une démocratie représentative, le droit de vote est le droit de participer au processus de désignation à une fonction publique élective, tandis que le droit d'éligibilité est le droit de concourir à l'obtention d'une fonction publique élective. Le droit d'éligibilité n'emporte pas nécessairement le droit d'exercer la fonction convoitée, qui peut se heurter à l'une ou l'autre incompatibilité.

(1) L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 950. Voy. égal. L. FAVOREU *et al.*, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, Dalloz, 2000, p. 265.

(2) J. CHEVALLIER, *L'Etat post-moderne*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 190.

(3) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 152.

La situation particulière des droits de vote et d'éligibilité dans le catalogue des droits constitutionnels justifie que la Cour constitutionnelle les élève au rang de «droits politiques fondamentaux» (4) ou encore de «droits fondamentaux pour la démocratie et l'Etat de droit» (5). Selon Francis Delpérée, «si la personne humaine ne bénéficie pas de tels droits, elle peut sans doute mener une existence libre, une vie digne et une activité efficace, mais elle ne peut, en aucune manière, revendiquer le titre de citoyen» (6). Les juges constitutionnels vont même jusqu'à considérer le droit de vote comme «le droit politique fondamental de la démocratie représentative» (7). N'est-ce pas lui qui ouvre les portes de la «communauté civique» (8)?

C'est d'ailleurs au Constituant et au législateur qu'il revient, selon l'article 8, alinéa 2, de la Constitution, de régler les conditions d'exercice des droits électoraux. Dans l'accomplissement de cette mission, le législateur doit veiller, en vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, à ce que ces droits soient «garantis sans discrimination» (9).

La reconnaissance d'un caractère fondamental aux droits électoraux a-t-elle une incidence juridique quelconque? Elle a, selon nous, au moins deux incidences.

La première incidence concerne le contrôle d'égalité et de non-discrimination. Dans le cadre de ce contrôle, la Cour constitutionnelle est amenée à vérifier que la différence de traitement opérée par le législateur est compatible avec le principe de proportionnalité : un «rapport raisonnable de proportionnalité» doit unir les moyens employés et le but visé par le législateur. Pour être condamnable, une disproportion doit être avérée. Mais doit-elle être manifeste? Comme l'a très justement écrit Nicolas Banneux, «le recours ou non à la notion de 'manifeste' est indicatif du degré de contrôle de la Cour et, corrélativement, délimite le territoire au sein duquel la liberté du législateur peut s'exprimer pleinement» (10). Jouent à cet égard un

(4) C.C., arrêt n° 26/90, du 14 juillet 1990, 10.B.1; arrêt n° 187/2005, du 14 décembre 2005, B.5.1 et arrêt n° 130/2006, du 28 juillet 2006, B.6. La Cour européenne des droits de l'homme ne dit pas autre chose lorsqu'elle souligne que le droit de vote et le droit de se porter candidat aux élections – qui représentent les aspects passif et actif de l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme – «sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par la prééminence du droit» (Cour eur. D.H., Grande Chambre, arrêt *Tanase c. Moldova*, du 27 avril 2010).

(5) C.C., arrêt n° 80/2010, du 1^{er} juillet 2010, B.5.1.

(6) F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, P.U.F., 1995, p. 7.

(7) C.C., arrêt n° 25/2002, du 30 janvier 2002, B.2.3; arrêt n° 35/2003, du 25 mars 2003, B.10.3; arrêt n° 36/2003, du 27 mars 2003, B.1.3; arrêt n° 73/2003, du 26 mai 2003, B.4.2; arrêt n° 149/2007, du 5 décembre 2007, B.6 et arrêt n° 151/2007, du 12 décembre 2007, B.6.1.

(8) O. LE COUR GRANDMAISON, *Les citoyennetés en révolution (1789-1794)*, Paris, P.U.F., 1992, p. 9.

(9) C.C., arrêt n° 130/2006, du 28 juillet 2006, B.6. Voy. également l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat L. 30.282/2/V et L. 30.460/2/V du 30 août 2000 sur une proposition de loi modifiant la loi électorale communale et la Nouvelle loi communale en vue d'intensifier la lutte contre l'extrême droite et les amendements à cette proposition de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1999-2000, n°s 2-394/1 et 2.

(10) N. BANNEUX, «L'égalité : clef du contentieux constitutionnel?», in M. PÂQUES et J.-C. SCHOLSEM (dir.), *L'égalité : nouvelle(s) clé(s) du droit?*, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 67.

rôle essentiel «la nature du principe général auquel la règle critiquée déroge» et «le type de droit auquel il est porté atteinte dans une hypothèse particulière» (11). Une disproportion est d'autant plus manifeste que la norme mise en cause affecte un droit fondamental ou une liberté fondamentale (12). Dans plusieurs arrêts, la Cour constitutionnelle a sanctionné des normes législatives en raison de l'atteinte portée à des valeurs essentielles, le plus souvent des droits et libertés fondamentaux. Dès son premier arrêt de principe rendu au contentieux de l'égalité, elle suspend, puis annule, une mesure législative, pertinente au regard du but poursuivi – la lutte contre la surconsommation médicale – en raison de l'atteinte excessive, et donc disproportionnée, à la liberté d'association des personnes travaillant dans le secteur (13). Les exemples sont, sur ce point, innombrables. La Cour semble ainsi considérer que le contrôle de proportionnalité «doit être particulièrement rigoureux lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental» (14), ce qui réduit d'autant la marge d'appréciation du législateur.

La seconde incidence est procédurale et concerne la recevabilité des recours individuels. Lorsqu'elle est saisie d'un tel recours, la Cour constitutionnelle considère que, le droit de vote étant le droit politique fondamental de la démocratie représentative, «tout électeur ou tout candidat justifie de l'intérêt requis pour demander l'annulation de dispositions qui sont de nature à affecter défavorablement son vote ou sa candidature» (15).

Cela étant, les droits de vote et d'éligibilité sont-ils tous bien des droits constitutionnels (16)?

(11) *Id.*

(12) M. VERDUSSEN et A. RASSON-ROLAND, «Le juge constitutionnel et la proportionnalité. Rapport belge», *A.I.J.C.*, 2009, vol. XXX, pp. 123-143.

(13) C.C., arrêt n° 21/89, du 13 juillet 1989 et arrêt n° 23/89, du 13 octobre 1989. Voy. les observations de B. RENAULD sur un arrêt ultérieur concernant cette thématique («Objectifs du législateur et contrôle de proportionnalité», *R.B.D.C.*, 1994, pp. 347-357).

(14) C.C., arrêt n° 74/92, du 18 novembre 1992.

(15) Voy. les arrêts cités à la note 7.

(16) En disposant que les Etats «s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif», l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantit implicitement le droit d'élire et d'être élu, mais uniquement lorsqu'il s'agit d'élire un «corps législatif», ce qui dépend à la fois des «pouvoirs strictement législatifs» de l'organe élu et du «rôle joué par celui-ci dans l'ensemble du processus législatif» (Cour eur. D.H., Grande Chambre, arrêt *Matthews c. Royaume Uni*, du 18 février 1999). La Cour européenne des droits de l'homme estime que, dans ce cadre, l'article 3 engendre «des droits subjectifs au profit des citoyens, à savoir le droit de voter et de se porter candidat aux élections» (R. ERGEC, *Protection européenne et internationale des droits de l'homme*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 244). Voy. J. KISSANGOULA, «Elections libres», in J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, H. GAUDIN, J.-P. MARGUÉNAUD, S. RIALS et F. SUDRE (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2008, pp. 365-367; K. VASAK, «Les normes internationales relatives aux élections et leur mise en oeuvre, in J.-P. VETTOVAGLIA, J. DU BOIS DE GAUDUSSON, A. BOURGI, C. DESOUCHES, J. MAILA, H. SADA et A. SALIFOU (dir.), *Démocratie et élections dans l'espace francophone*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 82. Voy. égal. PIDCP, art. 25.

Les droits de vote et d'éligibilité ne sont expressément reconnus par la Constitution qu'au niveau fédéral. A la Chambre des représentants, le droit de vote est consacré par l'article 61, alinéa 1^{er}. Combiné avec l'article 8, alinéa 2, de la Constitution, ce dernier impose trois conditions : posséder la nationalité belge, être âgé de dix-huit ans et ne pas se trouver dans l'un des cas d'exclusion prévus par la loi. Le droit d'éligibilité à la Chambre des représentants est réglé par l'article 64 de la Constitution, qui énumère limitativement quatre conditions : être Belge, jouir des droits civils et politiques, être âgé de vingt et un ans et être domicilié en Belgique. Au Sénat, le droit de vote pour les quarante sénateurs élus directement est consacré par l'article 67, §1^{er}, 1^o et 2^o, de la Constitution, qui renvoie aux conditions définies par l'article 61, alinéa 1^{er}, pour l'élection des membres de la Chambre des représentants. Le droit d'éligibilité au Sénat, toutes catégories confondues – à l'exception des sénateurs de droit –, est réglé par l'article 69 de la Constitution, qui reprend les mêmes conditions que pour la Chambre des représentants.

Au niveau communautaire et régional, la Constitution, en son article 116, §1^{er}, consacre le principe de l'élection des membres des Parlements communautaires et régionaux. Ceux-ci sont composés de «mandataires élus», sans autre précision quant au caractère direct ou indirect de l'élection, ce que confirme le §2 de l'article 116. Conformément à l'article 118, §1^{er}, de la Constitution, les droits de vote et d'éligibilité pour les Parlements communautaires et régionaux sont réglés par le législateur spécial. La Constitution, en son article 8, alinéa 2, impose cependant une exigence : la possession de la nationalité belge. Selon l'article 118, §2, de la Constitution, et hormis cette dernière restriction, le législateur spécial peut laisser aux législateurs communautaires et régionaux – à l'exception de ceux de la Communauté germanophone et de la Région bruxelloise – le soin de régler eux-mêmes cette matière, par un décret adopté à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés et à la condition que la majorité des membres du Parlement concerné soit présente. Toutefois, la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, en ses articles 24*bis* et 25, fixe les conditions de vote et d'éligibilité pour le Parlement de la Région wallonne et pour le Parlement flamand, mais ne permet pas aux législateurs décréteurs concernés de les modifier.

Au niveau provincial et communal, à la suite de la modification de l'article 8 de la Constitution, en 1998, par l'insertion de deux nouveaux alinéas, le législateur fédéral ne fait plus de la nationalité belge une condition absolue d'électorat et d'éligibilité pour les élections provinciales et communales (17). Pour le reste, la Constitution, en son article 162, alinéa 2, 2^o,

(17) Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de M. VERDUSSEN sur l'évolution des droits constitutionnels.

consacre le principe de l'élection directe des membres des conseils provinciaux et communaux, tout en laissant au législateur le soin de déterminer les conditions de vote et d'éligibilité (18). Hormis la question de la nationalité, constitutionnellement réservée au législateur fédéral, il s'agit aujourd'hui, pour l'essentiel, du législateur régional. En effet, l'article 6, §1^{er}, VIII, alinéa 1^{er}, 4^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 attribue à la Région wallonne et à la Région flamande la compétence de déterminer les conditions d'éligibilité des membres des conseils provinciaux et communaux, tandis que l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises attribue à la Région bruxelloise la même compétence pour les élections communales. La régionalisation de cette matière a inévitablement pour conséquence de générer une différence de traitement entre les candidats. Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle, cette différence de traitement est la conséquence de politiques distinctes permises par l'autonomie accordée aux régions par la Constitution ou en vertu de celle-ci : «Une telle différence ne peut en soi être jugée contraire au principe d'égalité et de non-discrimination. Cette autonomie serait dépourvue de signification si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires de règles s'appliquant à une même matière dans les trois régions était jugé contraire à ce principe» (19).

Etant des «règles de droit public touchant à l'organisation même de la structure démocratique de l'Etat et à la mise en œuvre du suffrage universel, les lois électorales sont d'ordre public» et leur «interprétation doit être stricte et rigoureuse» (20). Par exemple, si un mandataire élu qui perd l'une ou l'autre condition d'éligibilité doit être déchu de son mandat, il serait exclu de lui imposer une telle déchéance pour le motif qu'il ne satisferait pas «à une prétendue condition d'éligibilité» (21).

II. – DES DROITS POLITIQUES CONFIGURÉS

Quatre données juridiques contribuent à configurer les droits électoraux : la nationalité (A), la capacité (B), la moralité (C) et la domiciliation (D).

Depuis 1948, le sexe n'est plus une condition de jouissance des droits électoraux. Mieux encore, l'article 117*bis* du Code électoral, modifié par la loi du 13 décembre 2002, impose une parité sur les listes électorales à la

(18) C.C., arrêt n° 70, du 14 décembre 1988, B.5.f et arrêt n° 35/2003, du 25 mars 2003, B.20.3. Pour l'élection directe des conseils d'agglomérations et de fédérations de communes, voy. Const., art. 165, §1^{er}, al. 1^{er}.

(19) C.C., arrêt n° 151/2007, du 12 décembre 2007, B.13.3.

(20) Bureau principal du collège électoral français pour l'élection du Parlement européen, 22 avril 2004, *J.T.*, 2004, p. 580.

(21) C.E., arrêt *Happart*, n° 26.944, du 30 septembre 1986.

Chambre des représentants et au Sénat : « Sur chacune des listes, ni l'écart entre le nombre de candidats titulaires de chaque sexe, ni celui entre le nombre de candidats suppléants de chaque sexe ne peuvent être supérieurs à un. Ni les deux premiers candidats titulaires, ni les deux premiers candidats suppléants de chacune des listes ne peuvent être du même sexe » (22). Des dispositions comparables ont été adoptées pour les autres scrutins. Elles sont fondées sur l'article 11*bis* de la Constitution, inséré en 2002 (23).

Par ailleurs, les autres conditions de jouissance des droits électoraux ont fait l'objet d'un assouplissement progressif : la nationalité belge et le domicile sur le territoire belge ne sont plus des conditions absolues dans tous les scrutins ; l'âge de la majorité électorale a été abaissé ; la privation des droits électoraux est interprétée de plus en plus restrictivement. De la sorte « un droit à la citoyenneté est en voie de se substituer au droit de la citoyenneté » (24).

A. – *La nationalité*

En vertu de l'article 8, alinéa 2, de la Constitution, les droits de vote et d'éligibilité sont, en principe, réservés aux seuls nationaux. Une double dérogation est désormais prévue par les alinéas 2 et 3 de ce même article 8, mais elle ne concerne que les élections communales. Tout d'abord, les droits de vote et d'éligibilité peuvent être étendus par le législateur fédéral à tout ressortissant d'un Etat de l'Union européenne. Ensuite, le droit de vote, et lui uniquement, peut être étendu par le législateur fédéral à tout étranger non ressortissant d'un Etat de l'Union européenne. Selon la section de législation du Conseil d'Etat, « tel qu'il est rédigé, l'alinéa 4 de l'article 8 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur scinde le droit de vote actif et le droit d'éligibilité » (25).

Fort de ces deux habilitations, le législateur fédéral est intervenu à deux reprises, le 27 janvier 1999 et le 19 mars 2004. A cette occasion, la section de législation du Conseil d'Etat a posé la question de savoir s'il ne serait pas disproportionné d'imposer en toute circonstance que l'étranger extra-communautaire soit contraint de justifier de l'éligibilité dans son Etat d'origine : « Si une telle exigence peut aisément se justifier à l'égard des res-

(22) Voy. F. DELPÉRÉE, « Actualités électorales », *J.T.*, 2003, p. 182.

(23) Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de M. VERDUSSEN sur l'évolution des droits constitutionnels.

(24) J.-M. DENQUIN, « Citoyenneté », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 200. Pour une analyse comparative, voy. A. BLAIS, L. MASSICOTTE et A. YOSHINAKA, « Deciding Who Has the Right to Vote : A Comparative Analysis of Election Laws », *Electoral Studies*, 2001, vol. 20, pp. 41-62.

(25) Avis L. 36.118/VR du 27 novembre 2003 sur une proposition de loi visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2003-2004, n° 3-13/6.

sortissants des autres Etats membres de l'Union européenne, elle peut paraître excessive à l'égard des personnes originaires d'Etats non-démocratiques», puisque «pourraient ainsi être empêchées de présenter leur candidature aux élections communales, par exemple, les personnes qui ont été privées de leur droit d'éligibilité dans leur pays d'origine pour des motifs ayant précisément justifié qu'elles aient reçu l'asile politique en Belgique» (26).

B. – *La capacité*

La capacité électorale se mesure à l'âge des citoyens. Si «l'enfant peut revendiquer le bénéfice des droits de l'homme», il «ne profite pas pour autant des droits du citoyen» (27). La subordination de l'éligibilité à une condition d'âge a été jugée compatible avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention, chaque législation nationale étant libre «de fixer les exigences d'âge d'éligibilité compte tenu de la maturité qui lui paraît nécessaire à cet effet» (28).

Un citoyen ayant atteint l'âge requis peut toutefois être frappé d'incapacité électorale pour un motif lié à sa santé mentale. Cette exclusion repose sur l'idée – passablement contestable – que les personnes visées souffrent nécessairement d'une perte de discernement politique (29). C'est ainsi qu'en vertu de l'article 7, 1°, et 227 du Code électoral, sont frappés de la suspension des droits de vote et d'éligibilité, «ceux qui sont en état d'interdiction judiciaire, les personnes sous statut de minorité prolongée par application de la loi du 29 juin 1973 et ceux qui sont internés par application des dispositions des chapitres I à VI de la loi du 9 avril 1930 de défense sociale à l'égard des anormaux et des délinquants d'habitude, remplacée par l'article 1 de la loi du 1er juillet 1964». S'agissant des mesures d'internement prises en application de la loi de défense sociale, le Conseil d'Etat a jugé qu'il importe peu qu'au moment de l'élection, la commission de défense sociale n'a pas encore déterminé l'établissement où l'internement serait exécuté (30). Selon la Cour européenne des droits de l'homme, les restrictions au droit de vote de personnes souffrant de troubles mentaux doivent faire l'objet d'un contrôle strict, les Etats ne disposant ici que d'une marge d'appréciation étroite (31).

(26) Avis L. 35.825/2 du 6 octobre 2003 sur une proposition de loi visant à octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux élections communales et provinciales aux ressortissants étrangers, *Doc. parl.* Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 51-76/2.

(27) F. DELPÉRE, «L'âge», in *Les droits individuels et le juge en Europe – Mélanges en l'honneur de Michel Fromont*, Presses universitaires de Strasbourg, 2001, p. 227.

(28) Bruxelles, 25 février 1974, *J.T.*, 1974, p. 444.

(29) J.-L. HÉRIN, «Les exclus du droit de vote», *Pouvoirs*, 2007, n° 120, p. 99.

(30) C.E., arrêt *El. Liège*, n° 51.614, du 10 février 1995.

(31) Cour eur. D.H., arrêt *Alajos Kiss c. Hongrie*, du 20 mai 2010.

C. – *La moralité*

La moralité électorale est présumée dans le chef de tous les citoyens. Cependant, un citoyen peut être privé, temporairement (suspension) ou définitivement (exclusion), du droit de voter et d'être élu. Cette privation est nécessairement liée à une condamnation pénale : elle a la nature d'une sanction pénale accessoire (32). En cas de suspension, la privation des droits électoraux ne peut en aucun cas s'étendre au-delà de la période de suspension (33). On renvoie ici, pour l'essentiel, aux articles 31 à 34 du Code pénal et à l'article 7, alinéa 1^{er}, 2^o, du Code électoral, ces différentes dispositions ayant été modifiées à plusieurs reprises et, la dernière fois, le 14 avril 2009.

La privation des droits électoraux suscite trois questions particulières.

La privation des droits électoraux peut-elle être appliquée à l'occasion de n'importe quelle condamnation ? Il n'en est rien. Dans la mesure où il s'agit d'une sanction pénale, elle ne peut donc être appliquée que dans les cas prévus par le législateur, conformément au principe constitutionnel de la légalité des incriminations. Une condamnation pénale, même à une peine d'emprisonnement, n'emporte pas en soi la possibilité pour le juge de priver le condamné du droit de voter ou du droit d'être élu si le législateur ne l'a pas prévu (34). Ainsi, le Conseil d'Etat a jugé qu'une condamnation sur la base de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie ne suffit pas à priver la personne condamnée de son droit d'inéligibilité (35). Il faut savoir cependant que, depuis le prononcé de cet arrêt, la loi en question a été modifiée. L'article 22 de la loi reprend, moyennant quelques modifications, l'incrimination contenue dans l'ancien article 3. Surtout, l'article 27 de la loi prévoit qu'en cas d'infraction aux articles 20 à 26, le condamné peut, en outre, être condamné à la privation du droit d'éligibilité, pour un terme de cinq à dix ans, conformément à l'article 33 du Code pénal (36).

La privation des droits électoraux peut-elle être automatique ou doit-elle être appréciée et décrétée par le juge ? La législation a subi sur ce point une évolution récente. En adoptant la loi du 14 avril 2009, citée ci-avant, le législateur fédéral a entendu répondre à un arrêt par lequel la Cour constitutionnelle met en cause, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, le caractère automatique de la privation temporaire automatique des droits

(32) Voy., cependant, C.C., arrêt n° 151/2007, du 12 décembre 2008, B.12.4.

(33) C.E., arrêt *El. Seraing*, n° 167.236, du 29 janvier 2007.

(34) C.E., arrêt *Gobyn*, n° 24.416, du 29 mai 1984.

(35) C.E., arrêt *El. Verviers*, n° 51.388, du 27 janvier 1995.

(36) Sur cette modification, voy. H. DUMONT et F. TULKENS, « Les activités liberticides et le droit public belge », in H. DUMONT, P. MANDOUX, A. STROWEL et F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ? – Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 299.

électoraux (37). Il convient, selon la Cour, «de mettre en balance le souci d'écarter des élections les citoyens indignes et celui de ne pas priver les citoyens de manière disproportionnée d'un droit fondamental», cette recherche d'un équilibre s'imposant «d'autant plus que, en droit pénal, l'accent a été mis de plus en plus sur la réinsertion du délinquant et que celle-ci implique qu'il puisse à nouveau faire partie d'une société démocratique qui suppose l'élection de ses représentants par la collectivité dans son ensemble» (38). L'automatisme de la privation des droits électoraux a des effets disproportionnés en ce que, notamment, elle «prive de plein droit de leurs droits électoraux des personnes condamnées pendant un délai qui peut être très supérieur à celui de l'exécution de leur peine» (39). La loi du 14 avril 2009 supprime donc l'automatisme dénoncé par la Cour constitutionnelle (40). Elle prévoit que les juridictions pénales seront tenues dorénavant de se prononcer explicitement sur le point de savoir si la personne condamnée devra, à titre de peine accessoire à cette condamnation, encourir une privation de ses droits électoraux et, dans l'affirmative, de fixer la durée de la privation, dans les limites prévues par les nouveaux articles 31 à 33bis du Code pénal.

L'inéligibilité résultant d'une privation des droits électoraux peut-elle entraîner l'annulation du scrutin électoral dans son ensemble? Le Conseil d'Etat l'a admis en matière d'élections communales (41). Lors des élections communales de Middelkerke du 9 octobre 1994, un candidat élu s'était présenté sur les listes alors qu'il était frappé d'inéligibilité par une condamnation pénale. Il avait certes introduit une requête en réhabilitation et pensait de bonne foi que celle-ci pouvait aboutir avant le jour du scrutin, mais cette seule circonstance était évidemment sans incidence sur son inéligibilité. Le score personnel impressionnant réalisé par l'intéressé, qui jouissait d'une grande popularité dans sa commune, a amené le Conseil d'Etat à considérer que l'irrégularité – «une négligence assimilable à la fraude» –

(37) Voy. N. BANNEUX, «La privation du droit de vote après la loi du 14 avril 2009», *J.T.*, 2009, pp. 610-612.

(38) C.C., arrêt n° 187/2005, du 14 décembre 2005, B.5.7.

(39) C.C., arrêt n° 187/2005, précité, B.5.11. Comp. avec C.C., arrêt n° 151/2007, du 12 décembre 2007. Voy., sur ce dernier arrêt, les observations de N. BANNEUX, «L'inéligibilité comme conséquence automatique d'une condamnation pour racisme ou négationnisme», *J.L.M.B.*, 2008, pp. 645-661. Sur cette problématique, voy. également l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat L.41.593/2 du 22 novembre 2006 sur un avant-projet de loi relatif à la suspension et à l'exclusion du droit de vote et des droits visés à l'article 31 du Code pénal en cas de condamnation pénale (*Doc. parl.* Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 51-3005/1), et l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H., Grande Chambre, arrêt *Hirst* (n° 2) c. *Royaume Uni*, du 6 octobre 2005).

(40) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2008-2009, n° 52-1799/1, pp. 6-11. Voy. égal. C.C., arrêt n° 80/2010, du 1^{er} juillet 2010, B.2.3.

(41) C.E., arrêt *El. Middelkerke*, n° 51.835, du 28 février 1995.

avait pu influencer la répartition des sièges entre les listes et, en conséquence, à annuler les élections elles-mêmes.

D. – *La domiciliation*

La domiciliation électorale concerne tant l'électorat que l'éligibilité. C'est toutefois pour cette dernière qu'elle revêt un enjeu particulièrement essentiel. Au regard de la législation électorale, la domiciliation est liée – en principe (42) – à l'inscription au registre de la population d'une commune belge. Toutefois, cette inscription ne crée qu'une présomption réfragable de domiciliation. En effet, bien qu'elle soit un acte authentique, elle «n'a valeur de preuve irréfragable que pour celles de ses mentions dont le fonctionnaire qui effectue l'inscription a pu personnellement constater la véracité», ce qui «n'est pas le cas pour la déclaration faite par une personne qu'elle souhaite s'établir dans la commune à titre de résidence principale», qui ne peut donc lier le juge (43).

La présomption peut être renversée par la production d'éléments de fait, précis et concordants, «qui pourraient raisonnablement prouver que l'administration communale a été induite en erreur par le fait de la personne qui a obtenu son inscription» (44). Les éléments produits doivent être tels «qu'il ne soit pas permis de douter raisonnablement de la fausseté de l'inscription» (45). Les éléments pouvant être pris en considération sont, notamment, ceux «qui, compte tenu des circonstances et du mode de vie propre à l'élu, peuvent avoir une influence sur la preuve de ce que l'élu a ou n'a pas les liens sociaux que le législateur a voulu entre les habitants d'une commune et leurs représentants au conseil communal et qui sont garants d'une solidarité d'intérêts qui ne sont pas seulement politiques» (46). Selon l'article 16, §1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 1992 relatif aux registres de la population et au registre des étrangers, «la détermination de la résidence principale se fonde sur une situation de fait, c'est-à-dire la constatation d'un séjour effectif dans une commune durant la plus grande partie de l'année», cette constatation s'effectuant «sur la base de différents éléments, notamment le lieu que rejoint l'intéressé après ses occupations professionnelles, le lieu de fréquentation scolaire des enfants, le lieu de travail, les consommations énergétiques et les frais de téléphone, le séjour habituel du conjoint ou des autres membres du ménage».

(42) Sur le droit de vote aux Belges établis à l'étranger pour l'élection des Chambres législatives fédérales, voy. *infra*.

(43) C.E., arrêt *El. Mortsel*, n° 23.147, du 22 avril 1983.

(44) C.E., arrêt *Willermain*, n° 24.955, du 9 janvier 1985.

(45) C.E., arrêt *El. Leuze-en-Hainaut*, n° 173.477, du 12 juillet 2007.

(46) C.E., arrêt *El. Vleteren*, n° 23.352, du 14 juin 1983.

L'exigence de résidence principale sur le territoire de la commune est particulièrement importante pour les élections communales. En effet, le principe constitutionnel de l'autonomie communale se conçoit comme un droit d'autogestion des habitants de la commune, de telle manière que celui qui ne possède pas la véritable qualité de résident n'a pas, d'un point de vue constitutionnel, la vocation à prendre part à la gestion communale en tant qu'élu (47). Corrélativement, il n'a pas non plus la vocation à participer au choix démocratique de celles et ceux qui assureront cette gestion.

Pour avoir des effets sur le plan électoral, l'inscription au registre de la population doit être régulière (48). Elle doit être effectuée conformément aux prescriptions contenues dans la loi du 19 juillet 1991 relative aux registres de la population, aux cartes d'identité, aux cartes d'étranger et aux documents de séjour et modifiant la loi du 8 août 1983 organisant un Registre national des personnes physiques, dans l'arrêté royal du 16 juillet 1992, cité ci-avant, et dans la circulaire du 7 octobre 1992 relative à la tenue des registres de la population et des étrangers, ces deux textes ayant été modifiés à plusieurs reprises.

En vertu des articles 18 et suivants du Code électoral, rendus applicables aux élections communales par l'article 3, §2, de la loi électorale communale (49), s'agissant des électeurs, le contentieux relatif à la réalité de leur domicile et donc à leur inscription sur la liste des électeurs relève de la compétence du collège des bourgmestre et échevins et, degré d'appel, de la cour d'appel (50).

En vertu de l'article 10 de la Nouvelle loi communale, s'agissant des élus, le contentieux relatif à la réalité de leur domicile et donc à la déchéance du mandat de conseiller communal relève de la compétence de la députation permanente et, en degré d'appel, du Conseil d'Etat. La réalité du domicile d'un élu peut aussi être contestée dans le cadre du contentieux sur la validation des élections, qui est également de la compétence de la députation permanente et du Conseil d'Etat, et ce sur la base des articles 74 et suivants de la loi électorale communale. Tant la Région bruxelloise que la

(47) M. VERDUSSEN, *Le droit des élections communales*, Bruxelles, Nemesis, 1988, p. 34.

(48) C.E., arrêt *El. Saint-Josse-ten-Noode*, n° 23.126, du 15 avril 1983.

(49) Sur l'interprétation à procurer à ces dispositions, voy. C.C., arrêt n° 31/2002, du 30 janvier 2002.

(50) Voy. not. Liège, 13 septembre 2000, *R.R.D.*, 2000, p. 543, obs. Ph. B. et Cass., 20 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 452. Sur la compétence limitée de la députation permanente et du Conseil d'Etat à l'égard de la régularité des listes des électeurs, voy. C.E., arrêt *El. Tielt*, n° 32.641, du 25 mai 1989.

Région flamande ont adopté, à cet égard, des dispositions qui leur sont propres (51).

A plusieurs reprises, le Conseil d'Etat a été amené à constater qu'un élu communal n'avait pas sa résidence principale sur le territoire de la commune sur le registre de laquelle il était inscrit. Il a jugé, par exemple, que lorsqu'un citoyen vit habituellement avec son épouse sur le territoire d'une commune où il est propriétaire d'un immeuble et ne séjourne dans une autre commune qu'occasionnellement, pour les besoins de son mandat politique, dans un immeuble qui ne lui appartient pas et qui ne contient qu'une installation sommaire, la présomption liée à son inscription au registre de la seconde commune est renversée par des éléments précis et concordants, d'où il ressort qu'il n'a dans cette dernière aucune résidence habituelle effective (52). En revanche, le Conseil d'Etat a logiquement considéré que la survenance d'une circonstance constitutive de force majeure, tel un incendie, pouvait contraindre l'occupant à quitter temporairement sa résidence, sans qu'il faille en déduire qu'il aurait fixé celle-ci en dehors du territoire communal (53).

Les éléments de fait pris en considération par le Conseil d'Etat sont nombreux et divers. On citera, dans le désordre et à titre exemplatif, l'ameublement, les factures de téléphone, de télédistribution, d'eau, d'électricité et de chauffage, les témoignages des voisins et des commerçants, le nombre des personnes occupant la résidence, des coupures de presse, les noms figurant sur la sonnette, la présence d'objets et d'effets personnels, la correspondance, les mentions dans l'annuaire téléphonique ou encore la teneur des déclarations fiscales. Pour recueillir ces éléments, le Conseil d'Etat se fonde généralement sur les enquêtes administratives ou de police ordonnées par la députation permanente – qui statue en première instance sur les recours électoraux –, ainsi que sur les mesures d'instruction accomplies par l'auditorat, parfois à la suite d'un arrêt surséant à statuer et ordonnant un rapport complémentaire. Par contre, l'existence d'une résidence fixée par le

(51) Voy. l'article 83quinquies, §2, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, l'ordonnance de la Région bruxelloise du 17 juillet 2003 modifiant la Nouvelle loi communale et le décret de la Région flamande du 10 février 2006 modifiant la loi électorale communale, la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales, la loi du 11 avril 1994 organisant le vote automatisé et le décret du 7 mai 2004 réglant le contrôle des dépenses électorales et l'origine des fonds engagés pour l'élection du Parlement flamand. Voy. E. CLYBOUW, «De Raad voor Verkiezingsbetwistingen en de Vlaamse Controlecommissie voor de Verkiezingsuitgaven: twee administratieve rechtscolleges in elkaars vaarwater», *C.D.P.K.*, 2009, pp. 217-245.

(52) C.E., arrêt *El. Burdinne*, n° 18.180, du 18 mars 1977. Voy. égal. C.E., arrêt *Jodogne*, n° 17.777, du 16 septembre 1976; arrêt *Herselt*, n° 18.303, du 7 juin 1977; arrêt *Van Clemen*, n° 20.405, du 10 juin 1980; arrêt *Simar*, n° 28.257, du 29 juin 1987; arrêt *De Ridder-Blenska*, n° 28.984, du 9 décembre 1987; arrêt *El. Gand*, n° 32.343, du 11 avril 1989; arrêt *Deppe*, n° 35.054, du 6 juin 1990; arrêt *Witteman*, n° 36.041, du 18 décembre 1990; arrêts *El. Jemeppe-sur-Sambre*, n° 51.688, du 20 février 1995 et n° 53.548, du 7 juin 1995 et arrêt *El. Riemst*, n° 53.397, du 19 mai 1995.

(53) C.E., arrêt *El. Verviers*, n° 51.388, du 27 janvier 1995.

juge de paix en application de l'article 223 du Code civil ne suffit pas à renverser la présomption créée par l'inscription au registre de la population, puisque, aux termes même de cette disposition, elle n'a qu'un caractère provisoire (54).

Les résidences multiples sont évidemment autorisées. Il n'est pas exigé, en effet, que la résidence principale de l'élu soit son unique résidence. Dès le moment où «sa résidence principale est réellement établie dans une commune déterminée, il est sans intérêt, pour le surplus, que l'intéressé ait en outre une ou plusieurs autres résidences, ou qu'il soit absent, régulièrement ou non, pendant de courtes périodes ou plus longuement» (55).

Il n'est pas exigé non plus que le candidat habite un certain temps sur le territoire d'une commune avant de pouvoir y présenter sa candidature. L'ambition d'entrer au conseil communal est ainsi considérée comme une raison légitime de transférer sa résidence principale dans une autre commune.

L'invalidation de l'élection d'un élu n'entraîne pas nécessairement l'annulation de l'élection communale dans sa totalité. Il ne peut en être ainsi que s'il est établi que la candidature «a été présentée frauduleusement dans le but d'attirer des voix» (56).

La vérification de la réalité de la résidence principale viole-t-elle le droit au respect de la vie privée? Le Conseil d'Etat a écarté cet argument, en jugeant que, prévue par une loi, une telle vérification «constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la défense de l'homme et à la protection des droits d'autrui», le législateur ayant notamment voulu «consacrer le droit des habitants de cette commune de n'être administrés que par des mandataires élus, dont la résidence effective dans la commune garantit qu'ils participent à la vie communale dans ses inconvénients comme dans ses avantages» (57). N'est pas davantage violé le droit pour quiconque, se trouvant régulièrement sur le territoire d'un Etat, d'y choisir librement sa résidence, droit prévu par l'article 2 du Protocole additionnel n° 2 à la Convention européenne.

(54) C.E., arrêt *El. Chaudfontaine*, n° 32.052, du 22 février 1989.

(55) C.E., arrêt *El. Borsbeek*, n° 23.126, du 15 avril 1983. Voy. égal. C.E., arrêt *El. Jemeppe-sur-Sambre*, n° 51.688, du 20 février 1995; arrêt *El. Mons*, n° 51.971, du 3 mars 1995 et arrêt *Roberti de Winghe*, n° 87.963, du 14 juin 2000.

(56) C.E., arrêt *El. Riemst*, n° 53.397, du 19 mai 1995. Voy. égal. C.E., arrêt *El. Gand*, n° 32.343, du 11 avril 1989.

(57) C.E., arrêt *Simar*, n° 28.257, du 29 juin 1987. Voy. égal. C.E., arrêt *De Ridder-Blenska*, n° 28.984, du 9 décembre 1987 et arrêt *El. Mons*, n° 51.971, du 3 mars 1995.

III. – DES DROITS POLITIQUES DÉROGEABLES

Se fondant sur l'article 3 du Protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle a souligné que le droit de vote et le droit d'éligibilité ne sont pas absolus : le législateur peut y apporter des restrictions, mais celles-ci «doivent poursuivre un but légitime et lui être proportionnées», ce qui suppose qu'elles n'affectent pas «l'essence de ces droits» (58). S'agissant plus particulièrement de l'éligibilité, la Cour précise ces restrictions «doivent refléter le souci de maintenir l'intégrité et l'effectivité d'une procédure électorale visant à déterminer la volonté du peuple par l'intermédiaire du suffrage universel» (59).

«La démocratie respire grâce aux élections», écrit Marc Uyttendaele (60). Si les droits de vote et d'éligibilité se distinguent par leur finalité démocratique, c'est également au nom d'exigences liées à la démocratie que des restrictions y sont apportées. Chacune d'elles doit être «passée au crible des critères d'une démocratie véritable» et «tenir compte de la continuelle évolution des mentalités et des exigences juridiques en la matière» (61).

Ces restrictions peuvent être classées en trois catégories, selon qu'elles sont justifiées par la fédéralisation de la démocratie (A), le fonctionnement de la démocratie (B) ou la survie de la démocratie (C). Assurément, les conditions de jouissance des droits électoraux, examinées ci-dessus, peuvent aussi être tenues pour des «restrictions» aux droits électoraux, mais elles se distinguent par leur caractère constitutif : elles sont les éléments caractéristiques des droit de vote et d'éligibilité.

A. – *Les restrictions justifiées par la fédéralisation de la démocratie*

A plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a rappelé que «tout système électoral doit s'apprécier à la lumière des règles fondamentales et de l'évolution politique d'un pays» et, pour ce qui concerne plus particulièrement la Belgique, à la lumière «du système institutionnel général de l'Etat

(58) C.C., arrêt n° 35/2003, du 25 mars 2003, B.15.4. Voy. égal. C.C., arrêt n° 36/2003, du 27 mars 2003, B.5; arrêt n° 187/2005, du 14 décembre 2005, B.5.1 et arrêt n° 130/2006, du 28 juillet 2006, B.6. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est sur ce point constante. Voy. not. l'arrêt *Grosaru* (Cour eur. D.H., arrêt *Grosaru c. Roumanie*, du 2 mars 2010). Sur cet arrêt, voy. F. BOUHON, «L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. dr. h.*, 2011, pp. 153-182; M. VERDUSSEN, «Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales», *J.T.*, 2010, pp. 398-402.

(59) C.C., arrêt n° 130/2006, précité, B.7.3.

(60) M. UYTENDAELE, «Conclusions générales», in *Les élections dans tous leurs états – Bilan, enjeux et perspectives du droit électoral*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 639.

(61) M. EUDES, «Vers l'abolition des dernières restrictions au droit de vote? Etude des frontières du corps électoral», *Rev. trim. dr. h.*, 2006, p. 594.

belge» (62). La nécessité de sauvegarder un intérêt public supérieur peut donc justifier l'existence de certaines dérogations (63). Il convient toutefois «que les mesures prises puissent être raisonnablement considérées comme n'étant pas disproportionnées à l'objectif général poursuivi par le législateur», ce qui serait le cas «notamment si une telle sauvegarde était recherchée au prix d'une méconnaissance de principes fondamentaux de l'ordre juridique belge» (64).

Se fondant sur ce raisonnement, la Cour constitutionnelle a admis la constitutionnalité de dispositions particulières qui entendaient adapter les rouages démocratiques à la dynamique fédérale de l'Etat belge.

La Cour constitutionnelle a reconnu la constitutionnalité des dispositions de la loi du 9 août 1988 dite «de pacification communautaire» qui imposent aux mandataires communaux d'avoir, pour exercer leurs fonctions, la connaissance de la langue de la région linguistique dans laquelle leur commune est située, le fait qu'une présomption irréfragable de connaissance s'applique à tous les mandataires élus directement prouvant «le souci du législateur de ne limiter en rien le choix des électeurs ou l'accès des candidats à un mandat d'élu direct» (65).

Dans le même esprit mais avec une motivation très laconique, la Cour constitutionnelle a également reconnu la compatibilité avec la Constitution des dispositions de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen qui permettent aux électeurs des communes de Fourons et de Comines-Warneton, en votant à Aubel et à Heuvelland, de se rattacher respectivement au collège électoral français et au collège électoral néerlandais (66).

De manière nettement plus circonstanciée, la Cour a démontré la constitutionnalité des dispositions de la loi spéciale du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés qui, en modifiant les articles 10 et 20 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, a porté de 75 à 89 le nombre de sièges au Parlement de la Région bruxelloise et a déterminé elle-même le nombre de sièges réservés aux élus du groupe linguistique français et aux élus du groupe linguistiques néerlandais. Le législateur crée ainsi une différence de traitement entre électeurs et entre candidats selon qu'ils choisissent de porter leur suffrage ou de poser leur candidature sur une liste appartenant à

(62) C.C., arrêt n° 26/90, du 14 juillet 1990, 6.B.7. Voy. égal. C.C., arrêt n° 36/2003, du 27 mars 2003, B.7.

(63) C.C., arrêt n° 26/90, précité, 7.B.2.

(64) C.C., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, B.9.2. Voy. égal. C.C., arrêt n° 35/2003, du 25 mars 2003, B.13.3.

(65) C.C., arrêt n° 18/90, précité, B.13.4. Voy. M. UYTENDAELE, «La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée?», *J.T.*, 1991, spéc. p. 269.

(66) C.C., arrêt n° 26/90, du 14 juillet 1990, 7.B.1 et 7.B.2.

un groupe linguistique plutôt qu'à un autre, puisqu'en figeant le rapport entre les sièges appartenant aux deux groupes linguistiques, il permet que ce rapport puisse être différent de celui qui, sans cette fixation, résulterait des suffrages des électeurs. Rappelant qu'au sein du système institutionnel général de l'Etat belge la Région bruxelloise est la seule collectivité fédérée constitutionnellement bilingue – «ce qui justifie qu'elle soit dotée d'organes et de mécanismes institutionnels propres» –, la Cour juge que l'atteinte portée par les dispositions attaquées au principe de la représentation proportionnelle «ne pourrait être jugée disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi par le législateur spécial, à savoir assurer aux représentants du groupe linguistique le moins nombreux les conditions nécessaires à l'exercice de leur mandat, et, par là, garantir un fonctionnement démocratique normal des institutions concernées» (67).

En revanche, dans un arrêt à la motivation passablement amphigourique, la Cour constitutionnelle a mis sur la sellette le législateur fédéral qui, en maintenant la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde, «traite les candidats de la province du Brabant flamand différemment des candidats des autres provinces, puisque, d'une part, ceux qui se présentent dans la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde se trouvent en compétition avec des candidats qui se présentent ailleurs que dans cette province, et que, d'autre part, les candidats qui se présentent dans la circonscription de Louvain ne sont pas traités de la même façon que ceux qui se présentent dans la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde» (68). La Cour concède que la mesure procède du souci «de recherche globale d'un indispensable équilibre entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'Etat belge», mais elle ajoute immédiatement que «les conditions de cet équilibre ne sont pas immuables», tout en laissant au législateur fédéral – qui seul a «la maîtrise de l'ensemble des problèmes auxquels il doit faire face pour maintenir la paix communautaire» – d'arrêter de nouvelles modalités spéciales afin de garantir les intérêts légitimes des néerlandophones et des francophones dans l'ancienne province de Brabant (69). La détermination de la portée juri-

(67) C.C., arrêt n° 36/2003, du 27 mars 2003, B.7 à B.10. Comparez avec l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat L. 31.644/AG du 14 mai 2001 sur les amendements n°s 95 à 115 sur un projet de loi spéciale portant transfert de diverses compétences aux régions et communautés, *Doc. parl.* Sénat, sess. ord. 2000-2001, n° 2-709/2.

(68) C.C., arrêt n° 73/2003, du 26 mai 2003, B.9.5.

(69) C.C., arrêt n° 73/2003, précité, B.9.6 et B.9.7. La décision de la Cour constitutionnelle est liée à l'annulation par le même arrêt des dispositions des deux lois du 13 décembre 2002 qui aménagent, pour les listes néerlandophones, un territoire électoral formé de la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde et de la circonscription électorale de Louvain (B.8.1 à B.8.5) et de la disposition d'une de ces deux lois qui ne maintiennent la possibilité de déclarations d'appartenance qu'entre des listes francophones présentées dans la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde et des listes déposées dans la circonscription électorale du Brabant flamand (B.11 à B.13.3). Voy. également les considérants de l'arrêt qui constatent le caractère dis-

dique de cet arrêt continue de susciter de vives discussions dans les hémicycles parlementaires et dans les enceintes parlementaires (70).

Dans un arrêt rendu une dizaine d'années plus tôt – donc avant la réforme électorale de 2002, ce que l'arrêt du 26 mai 2003 prend bien soin de souligner –, la Cour constitutionnelle s'était exprimée en ces termes : «Le maintien de la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde pour l'élection des Chambres fédérales et du Parlement européen procède d'un choix dicté par le souci d'un compromis global dans le cadre duquel l'indispensable équilibre a été recherché entre les intérêts des différentes communautés et régions au sein de l'Etat belge. Cet objectif peut justifier la distinction opérée par les dispositions attaquées entre les électeurs et les candidats de la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde et ceux des autres circonscriptions pourvu que les mesures prises puissent être raisonnablement considérées comme n'étant pas disproportionnées. Elles le seraient notamment si une telle solution était recherchée au prix d'une méconnaissance de libertés et droits fondamentaux» (71). Et la Cour de constater notamment que «les dispositions attaquées n'affectent pas de manière disproportionnées la liberté de chacun de voter en faveur du candidat de son choix et de se porter candidat pour des élections et n'ont pas pour conséquence que l'essence du droit électoral serait affectée ou que sa réalité serait mise à néant» (72).

B. – *Les restrictions*
justifiées par le fonctionnement de la démocratie

On distingue les restrictions au droit de vote et les restrictions au droit d'éligibilité. Cette distinction s'impose d'autant plus que, selon la Cour constitutionnelle, le droit d'éligibilité «ayant pour objet de pouvoir se porter candidat à un mandat de représentant du peuple», il «s'ensuit que ce droit peut être encadré par des exigences plus strictes que le droit de vote, spécialement lorsque ces exigences ont pour but de garantir l'effet utile du vote de l'électeur» (73). Cette position est à rapprocher de celle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui reconnaît une plus grande marge d'appréciation aux Etats dans les restrictions apportées aux conditions d'éligibilité (74). Selon la Cour, ces derniers «disposent d'une grande lati-

criminoire, et donc inconstitutionnel, du seuil électoral de 5 % introduit par le législateur fédéral pour les élections à la Chambre des représentants et au Sénat, en tant que ce seuil s'applique aux circonscriptions électorales de Bruxelles-Hal-Vilvorde et de Louvain (B.20.1 et B.20.2).

(70) Voy. not. J.-C. SCHOLSEM, «Des 'principes' et de l'usure du temps», *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1165-1176.

(71) C.C., arrêt n° 90/94, du 22 décembre 1994, B.5.8.

(72) *Ibid.*, B.5.9.

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

(74) Cour eur. D.H., arrêt *Podkolzina c. Lettonie*, du 7 avril 2002.

tude pour établir, dans leur ordre constitutionnel, des règles relatives au statut de parlementaire, dont les critères d'inéligibilité». Et la Cour d'ajouter : «Quoique procédant d'un souci commun – assurer l'indépendance des élus mais aussi la liberté des électeurs –, ces critères varient en fonction des facteurs historiques et politiques propres à chaque Etat; la multitude de situations prévues dans les Constitutions et les législations électorales de nombreux Etats membres du Conseil de l'Europe démontre la diversité des choix possibles en la matière».

Certaines dispositions législatives affectent tant les électeurs que les candidats. Ainsi, il a été jugé par la Cour constitutionnelle que la répartition en circonscriptions électorales peut impliquer que, dans certaines circonstances, le poids attribué au vote d'un électeur est fortement influencé par la circonscription électorale où ce vote est émis, de telle sorte que les chances pour un candidat d'être élu peuvent aussi fortement dépendre de la circonscription électorale où la candidature est posée (75).

1. *En ce qui concerne le droit de vote*

La Constitution ne range plus la domiciliation en Belgique parmi les conditions d'électorat pour la Chambre des représentants et pour les sénateurs élus directement, laissant au législateur fédéral le soin d'imposer ou non une telle condition. C'est ainsi que l'article 1^{er} du Code électoral subordonnait la qualité d'électeur à l'inscription aux registres de la population d'une commune belge. Le 18 décembre 1998, une loi est adoptée qui modifie le Code électoral en vue d'octroyer le droit de vote aux Belges établis à l'étranger pour l'élection des Chambres législatives fédérales, tant il est vrai que «dans une société démocratique en voie de mondialisation, l'exclusion des nationaux – dès l'instant où ils se trouvent momentanément ou durablement à l'étranger – est anachronique» (76). Cette loi – dont, soit dit en passant, la mise en œuvre «tournera au fiasco» (77) – permet à toute personne de nationalité belge établie à l'étranger de conserver ou d'acquérir sa qualité d'électeur et fixe les conditions auxquelles doit satisfaire cet électeur et les modalités de son vote. Les exigences ainsi imposées aux Belges résidant à l'étranger ont été attaquées devant la Cour constitutionnelle pour le motif qu'elles les discriminaient par rapport aux Belges résidant en Belgique. Répondant à ces griefs (78), la Cour a reconnu «une large marge d'appréciation au législateur» et s'est limitée «à censurer les conditions qui

(75) C.C., arrêt n° 149/2007, du 5 décembre 2007, B.24.2. Voy. les observations de F. BOUHON, «Le seuil électoral au seuil de l'égalité», *J.L.M.B.*, 2008, spéc. pp. 668-670. Sur les circonscriptions électorales, voy. égal. C.C., arrêt n° 90/94, du 22 décembre 1994 et arrêt n° 73/2003, du 26 mai 2003 (exposés ci-dessus).

(76) F. DELPÉRÉE, *La démarche citoyenne*, Bruxelles, Labor, 1998, p. 17.

(77) F. DELPÉRÉE, «Courtes crises», *J.T.*, 1999, p. 630.

(78) C.C., arrêt n° 100/2000, du 4 octobre 2000.

apparaissaient comme dépourvues de toute pertinence ou disproportionnées» (79).

Une des modalités prévues par la loi du 18 décembre 1998 est le vote par procuration. Saisie de plusieurs recours en annulation, la Cour constitutionnelle est amenée à vérifier «si la manière dont le vote par procuration est organisé n'impose pas des contraintes qui ne seraient pas raisonnablement justifiées» (80). L'une de ces contraintes est condamnée par la Cour, qui la juge non pertinente. En effet, l'obligation imposée aux électeurs empêchés de limiter le choix du mandataire à leur conjoint et à un parent ou allié jusqu'au troisième degré «revient à les priver de leur droit de vote s'ils n'ont pas en Belgique des parents ou alliés qui accepteraient de voter en leur nom ou si ceux-ci sont également expatriés» (81). Et la Cour d'ajouter que l'empêchement de ces électeurs ne résulte ni de leur âge ni de leur état de santé, mais bien de ce qu'ils n'ont pas ou plus de résidence en Belgique, de telle manière qu'en ce qui les concerne, les abus constatés dans le passé ne risquent pas de se reproduire. Est également annulée, car non raisonnablement justifiée, la règle qui impose au mandataire «de produire un certificat attestant que le mandant qui l'a désigné en cette qualité est toujours en vie» (82). Ultérieurement, la loi du 18 décembre 1998 a été abrogée et remplacée par une loi du 7 mars 2002 (83). Aucune limitation particulière n'est plus imposée à l'électeur empêché quant au choix du mandataire. En vertu du nouvel article 180^{quater}, §1^{er}, du Code électoral, il doit le désigner «parmi les électeurs de la commune où il a fait choix d'être inscrit comme électeur».

2. En ce qui concerne le droit d'éligibilité

Une modification législative est introduite par la loi du 18 décembre 1998 réglant les élections simultanées ou rapprochées pour les Chambres législatives fédérales, le Parlement européen et les Parlements de région et de communauté, d'où il résulte que désormais seules les formations politiques représentées dans l'une ou l'autre Chambre législative fédérale par au moins deux parlementaires peuvent déposer une demande de protection du sigle qu'elles envisagent de mentionner dans l'acte de présentation des candidatures, alors que, dans sa version antérieure, la législation pouvait être interprétée comme autorisant toute formation politique représentée dans l'une ou l'autre Chambre à introduire pareille demande, même si sa représenta-

(79) B. RENAULD, «Les critères de l'électorat : nationalité, résidence, ... ? Citoyenneté!», in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 1302.

(80) C.C., arrêt n° 100/2000, du 4 octobre 2000, B.6.

(81) *Ibid.*, B.17.

(82) *Ibid.*, B.18 et B.19.

(83) Voy. F. DELPÉRÉE, «Actualités électorales», *op. cit.*, pp. 181-182.

tion se limitait à un seul membre. Cette modification législative procède du double souci d'éviter la protection de listes fantaisistes et de protéger les listes bénéficiant d'un minimum de représentativité. Saisie d'un recours en annulation introduit notamment par le Front national, la Cour constitutionnelle constate que «les personnes et les formations politiques ne sont en aucune manière privées par les dispositions attaquées du droit de se présenter au suffrage des électeurs» (84). Certes, l'absence de protection d'un sigle est de nature à générer des inconvénients, mais elle n'empêche aucunement une formation politique de voir son sigle protégé une fois la présentation de candidats déposée, de telle sorte que «ces inconvénients ne sont pas tels qu'ils porteraient atteinte à la substance même du droit d'être élu» (85).

Le 26 juin 2000, une loi entend réduire de moitié l'effet dévolutif des votes exprimés en case de tête pour l'élection des conseils provinciaux et communaux et du Parlement européen (86). Interrogée sur le caractère discriminatoire ou pas de l'effet dévolutif des votes de listes pour les candidats – la chance d'être élu ne dépendant pas uniquement du nombre de votes de préférence exprimés directement en leur faveur mais aussi éventuellement de leur place sur la liste –, la Cour constitutionnelle juge la mesure non disproportionnée puisque l'électeur «a, en tout état de cause, la possibilité de s'exprimer par des votes nominatifs» (87).

Partant du constat que l'incompatibilité entre le mandat de conseiller provincial et celui de parlementaire augmente le risque de candidatures virtuelles aux élections des conseils provinciaux, au risque de réduire l'effet utile du vote de l'électeur, le législateur wallon modifie, le 8 décembre 2005, le Code de la démocratie locale et de la décentralisation, en frappant d'inéligibilité aux élections provinciales les membres en exercice de la Chambre des représentants, du Sénat, du Parlement européen, d'un Parlement communautaire ou régional. Saisie de recours en annulation dirigés contre cette modification, la Cour constitutionnelle la juge non disproportionnée. En effet, «la restriction au droit d'éligibilité ne constitue pas un empêchement absolu de se porter candidat aux élections provinciales» puisque «la personne concernée peut y remédier en démissionnant des mandats politiques visés par la disposition attaquée» (88).

Dans le même ordre d'idées – celui de l'effet utile du vote de l'électeur –, la Cour constitutionnelle a été saisie d'un recours en annulation dirigé contre une disposition de la loi du 13 décembre 2002 portant diverses modifications

(84) C.C., arrêt n° 43/2000, du 6 avril 2000, B.3.7.

(85) *Ibid.*, B.3.8.

(86) B. CADRANEL et F. DELCOR, «La réforme de l'effet dévolutif de la case de tête», in *Les élections dans tous leurs états – Bilan, enjeux et perspectives du droit électoral*, op. cit., pp. 121-144.

(87) C.C., arrêt n° 25/2002, du 30 janvier 2002, B.8.

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

en matière de législation électorale, en ce qu'elle permettait, aux élections législatives fédérales, de poser sa candidature simultanément à la Chambre des représentants et au Sénat (89). Selon la Cour, un candidat élu à la fois dans les deux assemblées «ne pourrait cependant exercer qu'un seul mandat», de telle sorte que «la mesure attaquée est de nature à tromper l'électeur puisqu'il ne peut pas apprécier l'effet utile de son vote» et qu'au surplus, «elle avantage sans justification raisonnable les candidats qui peuvent bénéficier de la double candidature» (90).

La même loi du 13 décembre 2002 instaure un seuil électoral de cinq pour cent : sont seules admises à la répartition des sièges les listes qui ont obtenu au moins cinq pour cent du total général des votes valablement exprimés. Dans le cadre du recours en annulation visé au paragraphe précédent, la Cour constitutionnelle admet qu'un seuil électoral rend l'obtention d'un siège plus difficile pour les petits partis politiques, les grands partis pouvant de ce fait obtenir un plus grand nombre de sièges que s'il n'existait pas de seuil électoral. L'objectif poursuivi est, en effet, d'éviter une trop grande fragmentation du paysage politique. Cet objectif se comprend d'autant mieux qu'en étendant les circonscriptions électorales pour l'élection de la Chambre des représentants de manière à les faire coïncider – en principe – avec les provinces, le législateur a pris une mesure qui facilite l'obtention d'un siège par les partis plus petits. La Cour en conclut qu'«eu égard au but qu'elle poursuit et compte tenu aussi bien de l'agrandissement des circonscriptions électorales que de la faible hauteur du seuil électoral, la mesure attaquée ne peut être considérée comme une limitation disproportionnée du régime de la représentation proportionnelle» (91).

C. – Les restrictions justifiées par la survie de la démocratie

Selon la Cour européenne des droits de l'homme (92), «afin d'assurer la stabilité et l'effectivité d'un régime démocratique, l'Etat peut être amené à prendre des mesures concrètes pour se protéger». Le problème est de trouver «une juste conciliation entre les impératifs de la défense de la société

(89) Sur cette disposition, voy. F. DELPÉRÉE, «Actualités électorales», *op. cit.*, pp. 182-183.

(90) C.C., arrêt n° 73/2003, du 26 mai 2003, B.16.3. Comp. avec l'arrêt n° 30/2003 (C.C., arrêt n° 30/2003, du 26 février 2003), dans lequel la Cour, de manière tout à fait incompréhensible, rejette la demande de suspension dirigée contre la même disposition pour le motif que le moyen n'est pas sérieux (B.18.5) : en trois mois, un moyen non sérieux devient à ce point sérieux qu'il est tenu pour fondé. Voy. G. ROSOUX, «Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le 'renouveau' électoral – La Cour d'arbitrage et la suspension», *R.B.D.C.*, 2003, pp. 13-68.

(91) C.C., arrêt n° 73/2003, précité, B.19.8. Voy. cependant les considérants B.20.1 et B.20.2, dont il est question *supra* (note 69). Sur la constitutionnalité des seuils électoraux, voy. égal. C.C., arrêt n° 78/2005, du 27 avril 2005, B.9-B.13.6.

(92) Cour eur. D.H., Grande Chambre, arrêt *Zdanoka c. Lettonie*, du 16 mars 2006.

démocratique d'un côté, et ceux de la sauvegarde des droits individuels de l'autre». Par conséquent, «chaque fois que l'Etat entend se prévaloir du principe d'une 'démocratie apte à se défendre' afin de justifier une ingérence dans les droits individuels, il doit évaluer avec soin la portée et les conséquences de la mesure envisagée, pour que l'équilibre susvisé soit respecté».

Un arrêt de la Cour constitutionnelle mérite ici le détour.

Le 12 février 1999, au prix de multiples louvoiements, le législateur fédéral insère dans la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales engagées pour les élections des Chambres fédérales, ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques, un article 15^{ter}, aux termes duquel «lorsqu'un parti politique par son propre fait ou par celui de ses composantes, de ses listes, de ses candidats, ou de ses mandataires élus, montre de manière manifeste et à travers plusieurs indices concordants son hostilité envers les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et par les protocoles additionnels à cette Convention», la dotation publique à laquelle il a droit «doit, si une chambre bilingue du Conseil d'Etat le décide, être supprimée dans les quinze jours par la Commission de contrôle à concurrence du montant décidé par le Conseil d'Etat». A notre sens, la procédure de suppression de la dotation a été organisée selon des modalités qui ne sont pas à l'abri de tout reproche, mais qui visent à rencontrer l'exigence de proportionnalité liée au principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Avant toute chose, les actes passibles de la sanction légale sont appréhendés à travers une formule qui – par les termes utilisés («de manière manifeste», «à travers plusieurs indices», «concordants», «son hostilité») – constitue un compromis entre, d'une part, une énumération détaillée et exhaustive d'actes répréhensibles, ce qui aurait hypothéqué l'efficacité du système, et, d'autre part, une définition suffisamment vague et imprécise pour englober n'importe quel comportement et ouvrir la voie à l'arbitraire. Ensuite, la sanction est adaptée à la gravité de l'acte; elle est même modulable, à tout le moins lorsque la suppression de la dotation est envisagée pour une période déterminée. De surcroît, elle est prononcée par une autorité juridictionnelle, et non par une autorité politique, telle la Commission de contrôle. Enfin, et surtout, la solution retenue par le législateur belge est très éloignée des mesures rigides et parfois cinglantes appliquées chez certains de nos voisins, telle la dissolution des partis politiques organisée par la Loi fondamentale allemande. On peut difficilement nier que ces données, combinées, sont de nature à conjurer le risque qu'un parti soit sanctionné arbitrairement. Pourtant, saisie d'un recours en annulation dirigé contre l'article 15^{ter}, la Cour constitutionnelle a eu quelque scrupule à l'admettre

sans réserve (93). Certes, elle rejette le recours en annulation que plusieurs requérants avaient introduit contre la loi du 12 février 1999, arguant d'une violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Elle affirme que «les dispositions attaquées ne portent pas atteinte aux droits de se porter candidat, d'être élu et de siéger dans une assemblée législative» (94). Toutefois, elle considère que l'application de la loi ne sera pas arbitraire qu'à la condition d'interpréter le terme «hostilité» dans le sens qu'elle indique. Et la Cour de consacrer un paragraphe à apporter des précisions sur le sens que, selon elle, ce terme doit revêtir (95). Ce faisant, la Cour se reconnaît le pouvoir de conférer à la loi une interprétation qu'elle veut contraignante, mais dont la valeur juridique exacte entraînera d'interminables polémiques. C'est là un premier écueil. Il y a plus. Selon la Cour, l'«hostilité» ne peut se comprendre que «comme une incitation à violer une norme juridique en vigueur (notamment une incitation à commettre des violences...)» (96). Est-ce bien cela dont il s'agit dans la loi? On est sérieusement en droit d'en douter. Un parti peut manifester une franche hostilité à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme sans pour autant inciter à la désobéissance civile. Ce sera le cas lorsque, dans un tract, il défendra l'idée que tels ou tels groupes de personnes devraient être exclus du bénéfice de tels ou tels droits fondamentaux en raison de l'appartenance ethnique de leurs membres. Il n'y a là ni instigation à la violence, ni apologie de l'insoumission. En somme, la Cour constitutionnelle tire du texte légal une interprétation éminemment restrictive, qui ne correspond manifestement pas à la volonté du Parlement fédéral. Cette interprétation est à ce point limitative qu'elle pourrait, si elle était suivie, hypothéquer l'effectivité de la loi.

(93) C.C., arrêt n° 10/2001, du 7 février 2001. Voy. M. VERDUSSEN, «Le financement public d'un parti raciste est-il légitime dans un Etat démocratique?», *Rev. trim. dr. h.*, numéro spécial sur «Le droit, face à la montée du racisme et de la xénophobie», 2001, pp. 660-663. Voy. également, du même auteur, «L'argent public et les partis racistes», *La Libre Belgique*, 10 février 2001; «Le financement public des partis politiques en Belgique», *Revue générale de droit d'Ottawa*, 2006, vol. 36, p. 605. Sur ce même arrêt, voy. F. ABU DALU, «Liberté, égalité ou la mort? La Cour d'arbitrage et le Vlaams Blok», *J.L.M.B.*, 2001, pp. 510-511; O. DE SCHUTTER, «Priver de son financement le Vlaams Blok», *R.D.E.*, 2001, pp. 661-684; F. KRENC, «Le financement public des partis hostiles à la Convention européenne des droits de l'homme», in P. LAMBERT (dir.), *Les partis liberticides et la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2005, pp. 91-114; S. SOTTIAUX, «Het Arbitragehof herwaardeert de vrijheid van meningsuiting», *R.W.*, 2001-2002, pp. 185-193; S. VAN DROOGHENBROECK et F. TULKENS, «La Constitution de la Belgique et l'incitation à la haine», in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé de Brisbane*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 815-818.

(94) C.C., arrêt n° 10/2001, précité, B.4.7.4.

(95) *Ibid.*, B.4.7.2.

(96) Voy. égal. C.C., arrêt n° 195/2009, du 3 décembre 2009 : «L'hostilité ne peut se comprendre dans ce contexte que comme une incitation à violer une norme juridique en vigueur. Il n'est pas nécessaire que cette incitation soit sanctionnée pénalement. L'objet de cette hostilité doit être un principe essentiel au caractère démocratique du régime, ce qu'il appartient à l'assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat de vérifier. A cet égard, si les termes de la loi litigieuse devaient être interprétés plus largement, il faudrait conclure que le législateur aurait porté atteinte aux libertés et à la démocratie une atteinte disproportionnée au projet de les défendre, qui seul peut justifier la mesure prise» (B.29).