

L'ARTICLE 187 DE LA CONSTITUTION

PAR

SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK*

L'article 187 de la Constitution dispose que :

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

Dans l'esprit du Constituant de 1831, cette disposition visait à écarter toute application, en Belgique, de ces «états d'exceptions» où le prescrit constitutionnel est mis entre parenthèses au nom du salut de la nation (1). Il n'est que de citer sur ce point Van Snick (2), à l'occasion des travaux du Congrès : «Les pouvoirs constitutionnels n'existant que par la Constitution, ils ne peuvent, dans aucun cas, ni sous aucun prétexte, en suspendre l'action (...). (...) tous les pouvoirs qui se sont succédés en France, ont tour à tour violé et suspendu les constitutions qui devaient régir ce pays, et ce, en invoquant à chaque fois la grande loi : *salus populi suprema lex esto*. Comme si le salut du peuple n'était pas toujours attaché à l'inflexible exécution des lois et surtout de la loi fondamentale». Via l'article 187, le Constituant «n'a d'autre objet que de prévenir ces infractions, ces suspensions et ces coups d'état».

Pour reprendre les mots qu'inspire à Buttgenbach (3) l'article 187, la Constitution belge est «une Constitution de temps de paix».

Excessivement idéaliste et optimiste, «la Constitution belge n'a pas résisté à l'épreuve des faits» (4). L'encre constitutionnelle n'était pas encore tout à fait sèche que, tel un retour du refoulé, se profilaient déjà les circonstances exceptionnelles qui invitaient les pouvoirs constitués à mettre entre parenthèse la Constitution. En 1831, la Belgique fraîchement indé-

* Sébastien VAN DROOGHENBROECK est professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis.

(1) Voy. C. HUBERLANT, «État de siège et légalité d'exception en Belgique», *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs. Contribution à l'étude juridique du règlement des conflits de valeurs en droit pénal, public et international*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 401.

(2) Cité lui-même par E. VAN HOOYDONCK, «Het Artikel 130 van de Grondwet als algemene grondslag van het bestendigheidsbeginsel in het administratief recht», *T.B.P.*, 1992, p. 81.

(3) A. BUTTGENBACH, «L'extension des pouvoirs de l'exécutif en temps de guerre et la révision de la Constitution belge», *B.J.*, 1935, pp. 398 et s.

(4) R. ERGEC, «L'État de nécessité en droit constitutionnel belge», *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 145.

pendante est envahie par les hollandais. Léopold Ier demande et obtient, sans autorisation du Parlement, l'intervention de l'armée française : l'article 185 de la Constitution est de ce fait méconnu (5).

Au vingtième siècle, les deux guerres mondiales apportèrent également leur lot de justifications à la dérogation constitutionnelle.

Déroptions au niveau de l'exercice des pouvoirs, tout d'abord : les arrêtés-lois de guerre méconnaissent celles des dispositions de la Constitution qui, à l'époque, régissent l'exercice du pouvoir législatif. Les arrêtés de pouvoir extraordinaires, voire même les arrêtés de pouvoir spéciaux, s'inscriraient également, selon certains auteurs (6), à la marge du prescrit constitutionnel, faute pour l'article 105 de la Constitution de fournir une base suffisante, si ce n'est au procédé lui-même, du moins à l'étendue et à la fréquence de son utilisation.

Déroptions au niveau de la jouissance des droits et libertés, ensuite. L'arrêté loi du 11 octobre 1916 «relatif à l'état de guerre et à l'état de siège», toujours en vigueur à l'heure actuelle, et l'arrêté-loi du 12 octobre 1918 qui autorise le Ministre de la justice à ordonner l'internement des personnes suspectes d'entretenir des relations avec l'ennemi, emportent, de manière tout à fait manifeste, des dérogations pures et simples aux droits et libertés garantis par le titre II de la Constitution : censures, atteintes au secret de la correspondance, ... (7).

La question de la compatibilité de la mise en place de tels régimes d'exception avec l'article 187 a, à l'époque, alimenté un intense débat doctrinal et suscité diverses prises de position jurisprudentielles, singulièrement de la part de la Cour de cassation.

Il a été soutenu que l'article 187 se bornait à ne prohiber que la décision «volontaire» par laquelle un pouvoir constitué suspendait tout ou partie de la Constitution (8), et ne concernait par contre pas l'hypothèse de la «force majeure», où, pour des raisons purement objectives, il est matériellement impossible de respecter le prescrit constitutionnel (9). Cette interprétation de l'article 187 n'est toutefois que d'un faible secours pour asseoir *de plano* la constitutionnalité des régimes d'exceptions mis en place en Belgique.

(5) Sur cet épisode, voy. C. HUBERLANT, «État de siège...», *op. cit.*, pp. 402-403.

(6) Voy. R. ERGEC, «L'état de nécessité...», pp. 154 et s. Voy. aussi, H. DUMONT, «Des contrôles de constitutionnalité et de légalité en droit public aux contrôles du pouvoir en droit privé : pour une théorie critique des contrôles de la validité des actes unilatéraux en droit public ou privé», *Droit et pouvoir*, t. I, *La Validité*, Centre interuniversitaire de philosophie du droit, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 226 et s.

(7) Voy. R. ERGEC, «L'état de nécessité...», pp. 160 et s.

(8) Voy. J. VELAERS, *De Grondwet en de afdeling wetgeving van de Raad van state*, Anvers, Maklu, 1999. Voy. aussi, F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. II, *Le système constitutionnel. Les procédures de crise*, Bruxelles, Larcier, 1989, p. 460, n° 107 ; L. WODON, «Sur le rôle du Roi comme chef de l'État dans les cas de défaillances constitutionnelles», *Bulletin de la Classe des lettres et des sciences politiques et sociales*, 1941, pp. 217-218.

(9) Voy. O. ORBAN, *Droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 1906, I, pp. 334-335.

Certes peut-on dire que les arrêtés-lois de guerre ont été suscités par l'impossibilité matérielle dans laquelle se trouvait le pouvoir législatif pour exercer ses fonctions (10). La contradiction avec l'article 187 peut alors être levée; elle subsiste en revanche, de manière objective, vis-à-vis des dispositions constitutionnelles relatives à la composition du pouvoir législatif et à l'exercice de sa fonction. S'agissant des dérogations aux droits et libertés, la méconnaissance de l'article 187 (et des dispositions pertinentes du titre II) est par contre totale : qu'il ne soit pas souhaitable ou opportun de respecter intégralement tous les droits et toutes les libertés est sans doute réaliste, mais on ne peut en déduire qu'il soit matériellement impossible de le faire.

Face aux objections de constitutionnalité persistantes auxquelles s'exposaient les régimes d'exceptions, doctrine (11) et jurisprudence se sont alors tournées vers des principes généraux d'ordre constitutionnel qui, supplantant la Constitution formelle elle-même, étaient néanmoins en mesure de procurer un fondement juridique aux régimes d'exceptions susdits. La théorie de l'état de nécessité, le cas échéant conjuguée à la «supra-constitutionnalité» (controversée) du décret préconstituant proclamant l'indépendance de la Belgique (12), fut avancée (13).

Le raisonnement est-il satisfaisant sur le fond (14)? Sans doute par commodité, il n'est en tout cas plus contesté à l'heure actuelle. Pour autant, il n'en aboutit pas moins à créer un décalage entre le droit constitutionnel écrit — qui prohibe les états d'exceptions — et un droit constitutionnel «vivant» — qui, pour sa part, les admet.

Par conséquent, il est permis de s'interroger sur l'opportunité d'une éventuelle «mise à jour» du droit constitutionnel des états d'exceptions par une consécration explicite de ceux-ci (15) — dans les strictes limites de ce

(10) Cass. 11 février 1919, *Pas.*, 1919, I, 9 avec concl. Proc.-gen. TERLINDEN; *B.J.*, 1919, 314 et note; voy. aussi Cass. 28 avril 1915, *Pas.*, 1915-16, I, 132; Cass. 13 novembre 1916, *Pas.*, 1917, I, 15; Cass. 4 juin 1919, *Pas.*, 1919, I, 97; Cass. 18 février 1920, *Pas.*, 1920, I, 62; Cass. 27 août 1920, *Pas.*, 1920, I, 124, Cass. 19 juillet 1921, (deux arrêts), *Pas.*, 1921, I, 455 en 456; Cass., 29 juin 1939, *P.P.*, 1939, nr. 116.

(11) Pour une synthèse des arguments qui ont été avancés, voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Note relative à l'insertion d'une clause transversale relative aux dérogations aux droits et libertés», *Les clauses transversales en matière de droits et libertés*, Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par M^{me} H. CLAES et M. J.-J. VISEUR, *Doc. parl.*, Chambre, Doc 51-2304/001, pp. 68 et s.

(12) Voy. R. HAYOIT DE TERMICOURT, concl. avant Cass., 4 mars 1940, *Pas.*, 1946, I, pp. 496-497. Voy. aussi C.E., avis du 9 juin 1952 sur un avant-projet de loi relatif à l'attribution au Roi de pouvoirs extraordinaires en temps de guerre, *Doc. parl.*, Chambre, 1952-1953, p. 172.

(13) Voy. R. ERGEC, «Les États d'exception...», *op. cit.*; F. DUMON, «Over enkele grondwettelijke problemen, gerezen tijdens de tweede wereldoorlog», *Mededelingen van de koninklijke Academie*, 1983, p. 47.

(14) Pour les critiques dont il a, ou est susceptible de faire l'objet, voy. J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, «Note relative à l'insertion d'une clause transversale relative aux dérogations aux droits et libertés», *op. cit.*, pp. 72 et s.

(15) Voy. en ce sens, R. ERGEC, «Les États d'exception...», pp. 170-171.

que permet le droit international des droits de l'Homme —, soit dans l'article 187 lui-même, soit dans une autre disposition constitutionnelle, moyennant modification parallèle de l'article 187.

Une suggestion a été émise en ce sens au cours de la législature qui s'achève, dans le cadre des travaux d'un Groupe de travail de la Chambre chargé de réfléchir sur la «modernisation» du titre II de la Constitution. Le moins que l'on puisse dire est que cette suggestion n'a pas reçu un accueil particulièrement enthousiaste de la part de l'ensemble des formations politiques ayant pris part au débat (16).

Il est vrai que, *a priori*, la suggestion pourrait faire sourire : ne relève-t-elle pas d'un débat empoussiéré qui, au vu des circonstances, n'a pas lieu de retarder l'adoption d'autres réformes constitutionnelles traitant de problématiques plus actuelles ?

La suggestion pourrait même indigner : la constitutionalisation des états d'exceptions n'aura-t-elle pas pour effet de «banaliser» ceux-ci et d'encourager à leur mise en place (17) ? Ne s'inscrit-elle pas dans une stratégie profondément liberticide ?

Il y a lieu de relativiser, voire de contredire purement et simplement ces objections.

L'on notera tout d'abord que la consécration formelle des états d'exceptions n'est pas, loin s'en faut, le propre de régimes totalitaires. On la retrouve dans les grands instruments internationaux relatifs aux droits de l'Homme — que l'on ne saurait taxer de manuels de totalitarisme — et dans la Constitution de nombreux États — non moins démocratiques que la Belgique. Cette consécration n'induit pas la «banalisation» redoutée du phénomène : elle permet tout au contraire de l'encadrer. Ainsi la constitutionalisation formelle des états d'exceptions permettrait de fixer certaines bornes, qui, en l'état actuel du «droit constitutionnel vivant», ne sont pas fournies par les principes généraux configurant la théorie de l'état de nécessité : désignation des autorités compétentes pour décréter l'état d'exception, et des procédures à suivre pour ce faire (garanties formelles) ; identification de droits et libertés réputés indérogeables. La constitutionalisation des états d'exceptions au travers de l'article 187 permettrait également de trancher la controverse (18) relative à l'identification des circonstances dans lesquelles il est admis, dans le droit constitutionnel belge «vivant», que l'on puisse recourir à semblables régimes dérogatoires. Vise-t-on uniquement «la guerre» ou également les «autres dangers publics menaçant la vie de la nation», pour reprendre la terminologie de l'article 15 de

(16) *Doc. parl.*, Chambre, Doc. 51-2304/001, pp. 95, 179, 182, 187, 191-192.

(17) Cet argument était déjà avancé par P. WIGNY (voy. C. HUBERLANT, *op. cit.*, p. 421).

(18) Sur cette controverse, voy. C. HUBERLANT, *op. cit.*, pp. 426-429 ; R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 166-169.

la Convention européenne des droits de l'Homme? L'arrêté-loi du 11 octobre 1916 ne vise que la première hypothèse. D'aucuns soutiennent cependant que les principes généraux relatifs à l'état de nécessité ont une application plus large (19). Au nombre des circonstances exceptionnelles «non-guerrières» susceptibles de justifier le recours à un état d'exception, l'on pourrait par exemple songer au terrorisme, ou encore aux catastrophes naturelles ou écologiques.

Reste alors l'objection tirée de l'absence d'actualité du débat. En Belgique, les guerres s'éloignent des mémoires et des horizons. Au sortir de celles-ci, il paraissait peut-être urgent de s'interroger sur la constitutionalisation des états d'exceptions; des débats sur ce thème ont du reste eu lieu jusqu'au milieu des années 60 (20). Au début du XXI^{ème} siècle, de tels débats ne sont-ils pas totalement anachroniques?

L'on peut répondre à cette question de deux manières tout à fait opposées.

Soit en constatant que «l'après 11 septembre» a redonné toute leur vigueur, si ce n'est en Belgique, du moins à l'étranger, aux débats relatifs à la licéité et aux limites des états dérogatoires aux libertés publiques (21).

Soit en soulignant qu'il est sans doute bon que le traitement constitutionnel de questions aussi délicates que la dérogation aux droits et libertés, ait précisément lieu à «contre-temps», et autrement que sous la pression des circonstances.

(19) Voy. R. ERGEC, *op. cit.*, p. 169.

(20) De manière détaillée, voy. C. HUBERLANT, *op. cit.*, pp. 414 et s.

(21) Signalons par exemple qu'en date du 18 décembre 2001, le Royaume-Uni, conformément à l'article 15, §3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, a notifié au Secrétaire général du Conseil de l'Europe sa décision de déroger à l'article 5, §1^{er} de la Convention afin de permettre la détention de personnes de nationalité étrangère considérées comme constituant un risque pour la sécurité nationale, mais dont l'éloignement est impossible et qui ne peuvent pas faire l'objet d'une accusation pénale. Voy. sur ceci, O. DE SCHUTTER, «La Convention européenne des droits de l'Homme à l'épreuve de la lutte contre le terrorisme», *Lutte contre le terrorisme et droits fondamentaux*, sous la dir. de E. BRIBOSIA et A. WEYEMBERGH, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 126 et s.