

LES DROITS FONDAMENTAUX ET LA REFORME CONSTITUTIONNELLE DE 1993

par

Marc VERDUSSEN

Chargé d'enseignement à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain
Avocat au Barreau de Bruxelles

et

Annick NOËL

Assistante à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain
Collaboratrice parlementaire

Toute collectivité soucieuse de l'épanouissement de la personne humaine suppose l'existence d'un «consensus éthique fondamental», selon l'expression de Klaus Kinkel¹. Dans l'ordre de la société étatique, ce consensus trouve sa traduction la plus immédiate dans le catalogue des droits fondamentaux reconnus par la Constitution. En effet, si l'on adhère à cette idée que le dénominateur commun de toute culture politique libérale réside dans un «patriotisme constitutionnel (*Verfassungspatriotismus*)»², il faut admettre que les droits fondamentaux ont vocation à représenter le substrat minimal de toute collectivité qui, au-delà de ses clivages et de ses particularismes, aspire à se perpétuer en tant que communauté viable³.

La révision constitutionnelle intervenue en 1993 renforce incontestablement cette idée. A l'amplification du démembrement fédéral de l'Etat correspond, en effet, un très perceptible élargissement de la surface de ce consensus éthique fondamental. A l'inverse, cette révision – et les modifications législatives qui l'ont prolongée – suscitent l'une ou l'autre inquiétude nouvelle. Surtout, elles laissent subsister des insuffisances et des lacunes regrettables, que seul un remaniement global du titre II de la Constitution pourrait combler, en grande partie tout au moins.

L'incidence de la récente réforme de l'Etat sur les droits fondamentaux reconnus par la Constitution est étudiée ici à partir des diverses positions («*status*») de la personnalité, telles que les a dégagées

Georg Jellinek⁴. Elles reflètent trois configurations distinctes des rapports que l'Etat et les individus entretiennent en termes de droits subjectifs⁵. Le *status negativus* procède d'une vision classique des droits fondamentaux, selon laquelle ceux-ci protègent l'individu contre les interventions étatiques. Rangés parmi les droits dits «de la première génération», ces droits correspondent à la catégorie classique des «libertés publiques», c'est-à-dire ces «libertés traditionnelles – matérielles et spirituelles – dans lesquelles on voyait, à la fin du XVIIIe siècle et au cours du XIXe siècle, la somme des garanties individuelles dans un régime démocratique, sans se soucier, à l'époque, si les forces économiques en présence permettraient l'exercice effectif de ces droits»⁶. Les droits fondamentaux du *status positivus* permettent à l'individu d'exiger de l'Etat, non plus simplement un devoir d'abstention, mais une véritable obligation d'action. Ce sont les droits «de la deuxième génération», qui sont notamment d'ordre économique, social et culturel, voire les droits «de la troisième génération», qui sont des droits de solidarité (droit au développement, droit à la paix, droit à un environnement protégé, droit à la mort, droit à la procréation, etc.). Un dédoublement est ainsi opéré au sein des droits fondamentaux : «les pouvoirs d'exiger, qui confèrent à leur titulaire une créance sur l'Etat, se juxtaposent aux pouvoirs d'agir

⁴ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 3e éd., Herman Gentner Verlag, 1960, pp. 419-424.

⁵ Certes, comme nous aurons l'occasion de le voir, le cloisonnement entre ces diverses catégories n'est pas étanche, dans la mesure où la plupart des droits fondamentaux sont rattachables, d'une manière ou d'une autre, à plusieurs catégories à la fois. En réalité, chacune de celles-ci reflète une interprétation prépondérante de la relation qui se noue ainsi entre l'Etat et l'individu. Autrement dit, si l'on entend éviter les conceptualisations dogmatiques du lien individu-Etat sous-jacent à tout droit fondamental, il faut être conscient que toute classification en ce domaine n'est que l'expression de conformations dominantes.

⁶ W.J. Ganshof van der Meersch, «Les droits de l'homme et la Constitution belge», in *Mélanges offerts à Polys Modinos – Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, Pedone, 1968, p. 154.

¹ K. Kinkel, «Pour la dignité de l'homme», *Le Monde*, 27 novembre 1992, p. 2.

² J. Habermas, «Citoyenneté et identité nationale. Réflexions sur l'avenir de l'Europe», in *L'Europe au soir du siècle – Identité et démocratie* (dir. J. Lenoble et N. Dewandre), Paris, Editions Esprit, 1992, p. 29.

³ Dans cet ordre d'idées, G. Craenen a montré récemment que les droits fondamentaux sont, en quelque sorte, le «sel» de la Constitution («Un peu de poivre, un peu de sel...», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 25 à 29). Par leur rattachement à l'ordre constitutionnel, les droits fondamentaux transcendent ainsi tout à la fois l'Etat fédéral et les entités fédérées.

que constituent les libertés traditionnelles»⁷. Quant au *status activus*, il comprend les droits fondamentaux liés à une citoyenneté active, en tant que celle-ci «suppose le souci de la chose publique»⁸. Tout en étant protégés au titre de véritables droits subjectifs, ces droits — qui sont également des droits «de la première génération» — sont exercés par le citoyen pas tant dans son propre intérêt que dans l'intérêt de l'Etat ou, plus exactement, «dans la conception qu'il est à même de se faire du meilleur intérêt de l'Etat»⁹. Enfin, au-delà de cette triple structuration des droits fondamentaux, l'étude de la réforme de 1993 doit être complétée par un examen des garanties procurées pour la protection de ces différents droits. Georg Jellinek lui-même considérerait que le droit de saisir le juge est l'attribut le plus essentiel de la personnalité («das wesentlichste Merkmal der Persönlichkeit») ¹⁰.

I. LES DROITS FONDAMENTAUX DU «STATUS NEGATIVUS»

1. Le droit au respect de la liberté individuelle

En énonçant que «la liberté individuelle est garantie», l'article 12, alinéa 1er, de la Constitution consacre une liberté «d'aller et venir»¹¹, un *habeas corpus*, dont la Cour d'arbitrage a souligné qu'il est, en toute circonstance, un aspect — mais seulement un aspect — essentiel de la liberté de l'individu¹². Si cette disposition peut difficilement se prêter à une interprétation aussi large que celle reçue par l'article 66, alinéa 2, de la Constitution française, il est néanmoins permis de penser qu'implicitement, le droit d'aller et venir englobe tout de même le droit au respect de l'intégrité physique, donc de la vie humaine.

De ceci, il résulte qu'une reconnaissance expresse, dans le texte constitutionnel, d'un «droit à la vie» serait parfaitement redondante. Tel était pourtant l'objet d'une proposition de M. de Seny du 5 mars 1992, visant à l'insertion dans la Constitution d'un article 7bis¹³. Cette proposition, qui n'a pas été adoptée, précisait que c'est «dès la conception» que

«le droit à la vie est reconnu à l'être humain»; et d'ajouter que «la loi assure une protection juridique de l'être humain avant comme après la naissance». Il suffit ici d'observer que, dans tous les Etats européens qui reconnaissent un droit constitutionnel à la vie, les juges constitutionnels font généralement preuve de la plus grande circonspection : tout en affirmant, le plus souvent, que la protection constitutionnelle doit être étendue à la vie en cours de développement, c'est-à-dire à l'être humain non encore né, ils refusent d'admettre que l'enfant conçu puisse être, en tant que personne humaine, titulaire d'un «droit» à la vie¹⁴. Même la Cour constitutionnelle fédérale allemande, dans sa célèbre décision du 25 février 1975, s'est bien gardée de franchir un tel pas¹⁵.

La garantie constitutionnelle de la liberté individuelle a été indirectement impliquée dans la révision de la Constitution de 1993, à travers deux de ses corollaires, le principe de la légalité des incriminations et des peines et celui de la non-rétroactivité des lois pénales. Depuis 1831, l'article 134 de la Constitution — conçu à l'origine comme une disposition transitoire — permettait à la Cour de cassation de condamner un ministre, d'une part, en dehors du cadre défini par la loi pénale et, d'autre part, pour un acte qui, au moment où il a été commis, n'était pas érigé en infraction pénale. Une doctrine unanime s'est accordée pour dénoncer la non-conformité de cet article par rapport à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶.

¹⁴ Ainsi, selon le Tribunal constitutionnel portugais, si l'inviolabilité de la vie humaine, consacrée par l'art. 24, § 1er, de la Constitution, s'étend à la vie intra-utérine de l'enfant à naître, celle-ci est, du point de vue juridique, une valeur non subjective : voy. déc. n° 25/84, du 19 mars 1984, et n° 85/85, du 29 mai 1985, citées par J. Miranda, «Table ronde sur l'interruption volontaire de grossesse. Portugal», in *A.I.J.C.* (1986/vol. II), Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1988, pp. 185-200. Ainsi encore, le Tribunal constitutionnel espagnol considère que, si la vie de l'embryon constitue un bien juridique protégé par l'art. 15 de la Constitution, l'embryon n'est pas pour autant titulaire d'un droit à la vie : voy. sent. n° 53/1985, du 11 avril 1985, *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, 1985, p. 515. Quant à la Cour constitutionnelle italienne, elle évoque, s'agissant de la conception, l'existence d'un «intérêt constitutionnellement protégé» : voy. sent. n° 27, du 18 février 1975, *Giurisprudenza costituzionale*, 1975, p. 117. *Addé L. Favoreu*, «Les juges constitutionnels et la vie», *Droits*, 1991/13, pp. 75 à 85.

¹⁵ *Neue Juristische Wochenschrift*, 1975, p. 573. Voy. F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1990, p. 176, n° 118, et p. 178, n° 120.

¹⁶ Voy. not. M. Delange, *Considérations sur la responsabilité pénale et la responsabilité civile des ministres et des secrétaires d'Etat* (discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1er septembre 1976), Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 9-11, n° 9 ; R. Henrion, «Réflexions sur la responsabilité ministérielle», *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, t. LXXIV, 1988-5, pp. 200-201 ; J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme* (extrait du *R.P.D.B.*, Complément, t. VII), Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 514, n° 628. Sur cette question, voy. M. Ver-

⁷ J. Rivero, *Les libertés publiques*, t. 1er, *Les droits de l'homme*, 6e éd., Paris, P.U.F., 1991, p. 117.

⁸ A. Touraine, *Critique de la modernité*, Paris, Seuil, 1992, p. 384. Le terme de «citoyenneté» est utilisé ici dans son acception traditionnelle («politique»), ce qui ne préjuge pas de la question d'une citoyenneté «libérale» : voy. la contribution de J.-L. De Brouwer (*supra*).

⁹ F. Delpérée, *Droit constitutionnel*, t. 1er, *Les données constitutionnelles*, 2e éd., Bruxelles, Larcier, 1987, p. 159, n° 88.

¹⁰ G. Jellinek, *op. cit.*, p. 420.

¹¹ L. Dupont, «Ordehandhaving en bescherming van het recht op persoonlijke vrijheid», in *Maintien de l'ordre et droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 203-204, n° 16-17.

¹² C.A., arrêt n° 5/92, du 5 février 1992, B.2.

¹³ *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-4/1°.

De surcroît, cette disposition constituait une dérogation exorbitante au principe constitutionnel de la liberté individuelle. Le pouvoir constituant a entendu profiter de la récente révision constitutionnelle pour mieux adapter le régime aux principes cités ci-dessus¹⁷. Désormais, la condamnation d'un ministre fédéral ne peut intervenir que «dans les cas et moyennant application des peines prévues par les lois pénales». Le même principe s'applique aux secrétaires d'Etat fédéraux, ainsi qu'aux membres des gouvernements de communauté et de région. Là où le bât blesse, c'est que le Constituant de 1993 s'est fondé sur une conception restrictive de la légalité pénale, négligeant sa dimension procédurale. Or, le principe de la légalité de la procédure pénale est étroitement lié au principe de la légalité des incriminations et des peines, l'un contribuant étroitement à la réalisation concrète de l'autre¹⁸.

2. Le droit au respect de la vie privée et familiale

L'article 24quater de la Constitution, adopté le 31 janvier 1994 et devenu l'article 22, reconnaît le droit de chacun «au respect de sa vie privée et familiale». Il serait abusif d'affirmer qu'auparavant ce droit fondamental était absent de l'arsenal juridique belge. Tout d'abord, il faut rappeler que, dès 1831, le Constituant a entendu garantir l'inviolabilité du domicile (article 10, devenu article 15) et le secret de la correspondance (article 22, devenu article 29), qui sont deux configurations particulières du respect de la vie privée. Ensuite, le législateur a pris l'initiative d'adopter, le 8 décembre 1992, une loi sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁹. Enfin, le droit au respect de la vie privée et familiale est consacré par plusieurs conventions internationales, notamment par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Il est d'ailleurs manifeste que l'intention du Constituant de 1993 a été, en adoptant l'article 22, de s'inspirer de l'article 8 de la Convention²⁰. Par conséquent, l'interprétation de cette nouvelle disposition constitutionnelle donnera probablement lieu aux mêmes questions que celles posées dans le cadre de la Convention. La vie privée et familiale est-elle protégée à l'égard des particuliers²¹? Les personnes morales peuvent-elles se réclamer de cette protection? De quelles restrictions le droit au respect de la vie privée et familiale peut-il légitimement être affecté²²? Comment le concilier avec les autres droits fondamentaux, comme la liberté d'expression par exemple²³? Préalablement à ces questions, se posera le problème du champ d'application de ce droit. A cet égard, il faut être conscient que la réglementation de nombreux pans de la vie en société devrait être évaluée à l'aune du respect de la vie privée et familiale, tels que la procréation (médicalement assistée ou non), l'adoption, l'identité sexuelle (donc le transsexualisme), les activités sexuelles (hétérosexuelles et homosexuelles), l'avortement, les examens médicaux, les enterrements, les relations de travail, les conversations téléphoniques, ou encore l'immigration. Chacun de ces domaines peut donner lieu à des ingérences illégitimes de l'Etat.

Un problème a été expressément rencontré par le Constituant, celui de savoir quelle autorité est habilitée à poser des limites aux ingérences dans la vie privée et familiale. La Constitution permet au législateur fédéral d'autoriser de telles ingérences, c'est-à-dire d'en fixer les cas et les conditions. Cependant, à l'instar de toute matière réservée, cette compétence fédérale n'est pas exclusive d'une intervention des législateurs communautaires et régionaux, même au titre de leurs pouvoirs implicites.

dussen, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, thèse présentée en vue de l'obtention du doctorat légal en droit, dactyl., 1993, pp. 383-384.

¹⁷ Suite au toilettage du texte constitutionnel, l'art. 134 a été rangé, au titre d'une «disposition transitoire», sous l'art. 103. Voy. égal. la disposition transitoire sous l'art. 125 (membres des gouvernements communautaires et régionaux).

¹⁸ Cour constitutionnelle italienne, sent. n° 88, du 15 février 1991, *Giurisprudenza costituzionale*, 1991, p. 586.

¹⁹ *Mon. b.*, 18 mars 1993. Voy. Centrum voor Internationaal Strafrecht (V.U.B.), «De Belgische Privacy-wetgeving, een eerste analyse», *R.W.*, 1992-1993, pp. 1145 à 1159; M.-H. Boulanger, C. De Terwangne et T. Léonard, «La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel», *J.T.*, 1993, pp. 369 à 388; F. Rigaux, «La protection de la vie privée à l'égard des données à caractère personnel», *Ann. dr.*, 1993, pp. 369 à 388. Un projet de loi est à l'examen qui concerne la protection de la vie privée contre les écoutes téléphoniques, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications privées (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 843/1).

²⁰ *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 997/1. Dans la proposition initiale, seule la vie privée était envisagée. L'adjonction du droit au respect de la vie familiale trouve son origine dans un amendement et se justifie précisément par la volonté d'harmoniser l'art. 22 avec l'art. 8 de la Convention (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 997/3).

²¹ Sur «le prétendu effet horizontal des normes constitutionnelles», voy. F. Rigaux, *La protection de la vie privée...*, *op. cit.*, pp. 674-683, n°s 601-608; «Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel», obs. sous Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire*, du 29 novembre 1991, *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 215-217, n°s 1-4; *La vie privée, une liberté parmi les autres?* (Chaire Francqui 1992, Faculté de droit de Namur), Bruxelles, Larcier, 1992, pp. 129-130, n° 128.

²² Les restrictions autorisées par l'art. 22 de la Constitution ne peuvent aller au-delà de ce que permet l'art. 8 de la Convention (*Doc. parl.*, Sénat, sess. extr. 1991-1992, n° 100-4/5°, p. 2).

²³ On doit également envisager l'hypothèse de conflits entre le droit au respect de la vie privée et le droit au respect de la vie familiale : voy. M.-T. Meulders-Klein, «Vie privée, vie familiale et droits de l'homme», *R.I.D.C.*, 1992, pp. 767 à 794.

tes ²⁴, à la condition que cette intervention s'inscrive dans le cadre de leurs attributions matérielles ²⁵.

En complément de cette approche négative, le Constituant a entendu imposer une approche positive, en confiant à la loi, au décret et à l'ordonnance le soin, non plus de limiter, mais de garantir la protection du droit au respect de la vie privée et familiale, étant entendu que chacun n'intervient que pour ce qui le concerne. Cette dernière mesure, qui n'était pas dans le projet original, a été justifiée par la nécessité de procurer une effectivité au droit protégé et, à cette fin, d'imposer aux autorités publiques des obligations positives, conformément à la jurisprudence des organes de Strasbourg ²⁶. Cette préoccupation du Constituant est louable. Ceci étant, s'imposait-il de la traduire dans le texte même de l'article 22 ? En effet, un tel souci du détail pourrait laisser accroire qu'en l'absence d'interventions législatives, cet article ne peut avoir aucun effet immédiat ²⁷. Quoi qu'il en soit, l'obligation pour les différents législateurs de prendre des mesures concrétisant positivement le droit au respect de la vie privée et familiale a pour effet de rattacher celui-ci non seulement aux droits fondamentaux du «*status negativus*», mais aussi à ceux du «*status positivus*».

La consécration constitutionnelle du droit au respect de la vie privée et familiale est réjouissante. Il y va là d'un enjeu essentiel dans une société où la circulation des informations est de plus en plus massive et disséminée, donc de moins en moins maîtrisable, dans une société où les progrès technologiques permettent une emprise de plus en plus serrée sur les différents éléments de la personnalité, dans une société où, au nom de l'intérêt commun, l'Etat est de plus en plus tenté de compenser son impuissance sur le terrain socio-économique par une toute-puissance — une «omnipotence de l'indiscrétion» écrivait Claude Serge Aronstein ²⁸ — dans des

domaines qui, comme l'éthique, sont aux confins de l'intimité (personnelle et familiale) de chacun, dans une société, enfin, où le pluralisme n'aurait aucun sens s'il ne s'accompagnait de la liberté de faire seul les choix existentiels les plus vitaux.

II. LES DROITS FONDAMENTAUX DU «STATUS POSITIVUS»

1. Les droits économiques, sociaux et culturels

«*Sociale rechten in de Grondwet : eindelijk!*», écrivait le professeur Blanpain dans le quotidien *De Standaard* du 19 janvier 1994. Il convient de rappeler, en effet, que de nombreuses propositions de déclaration et de révision constitutionnelles se sont succédées, depuis plusieurs années, en vue de la constitutionnalisation des droits économiques et sociaux, voire des droits culturels. Doit-on s'en étonner ? Le titre II de la Constitution n'est-il pas resté fortement empreint de la philosophie libérale qui prévalait en 1831 ? Or, la conception des droits fondamentaux a fortement évolué. Aujourd'hui, les droits économiques, sociaux et culturels sont considérés comme indivisibles des libertés publiques classiques, en tant que prolongements nécessaires à leur effectivité ²⁹. Comme l'écrit Jacques Fierens, ces droits «sont avant tout destinés à donner à chacun les moyens de la liberté» ³⁰. La Constitution ne pouvait donc plus continuer à les ignorer ³¹. En ce sens, on peut dire que la constitutionnalisation de l'Etat-providence «constitue l'aboutissement du procès de transformation du droit libéral, qui cesse de pouvoir être défini par sa neutralité» ³².

Toutefois, si les droits de la deuxième génération participent du même fondement, à savoir le respect de la dignité humaine, ils n'en sont pas moins d'une nature considérablement différente de celle des droits de la première génération ; c'est d'ailleurs ce qui explique que, jusqu'à présent, le Constituant a toujours repoussé le moment de leur inscription dans la Constitution. Alors que les libertés publiques traditionnelles sont mises en oeuvre directe-

²⁴ L'art. 19 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 a été modifié en ce sens par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

²⁵ Sur la possibilité pour les communautés et les régions d'apporter des restrictions au respect de la vie privée et familiale, voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 1278/2, pp. 4-5. On pense, par exemple, à la compétence des communautés dans le domaine de la politique familiale ou à celle des régions en matière de logement. Dans un autre ordre d'idées, les communautés et les régions peuvent désormais «fixer les cas pouvant donner lieu à une perquisition» (art. 11, al. 3, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat).

²⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Marckx*, du 13 juin 1979. Voy. F. Rigaux, «La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme», *J.T.*, 1979, pp. 513 à 524.

²⁷ Une telle lecture de l'art. 22 a été formellement écartée au cours des travaux préparatoires : voy. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-4/5°, p. 6.

²⁸ C.S. Aronstein, «Essai pour contribuer à la survie de notre civilisation», *J.T.*, 1971, p. 460, n° 55.

²⁹ A. Candado Trindade, «La protection internationale des droits économiques, sociaux et culturels», *Rev. gén. dr. intern.*, 1990, pp. 920-921 ; R. Pelloux, «Vrais et faux droits de l'homme. Problèmes de définition et de classification», *R.D.P.*, 1981, p. 54.

³⁰ J. Fierens, *Droit et pauvreté — Droits de l'homme, sécurité sociale, aide sociale*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 73.

³¹ La question de l'opportunité d'inscrire les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution a pourtant été soulevée au cours des débats, principalement au regard des conventions internationales liant la Belgique et consacrant déjà largement ces droits dans notre ordre juridique interne (*Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/4°, p. 40). Voy. F. Delpérec, «Exposé relatif à l'insertion des droits économiques et sociaux fondamentaux dans la Constitution belge», *A.P.T.*, 1993, p. 111.

³² X. Arbos, «Notes sur la crise de la régulation étatique», *R.I.E.J.*, 1991, pp. 127-128.

ment et exclusivement par leur titulaire et n'imposent à l'Etat qu'une obligation d'abstention, les droits économiques, sociaux et culturels requièrent de la part de celui-ci des prestations positives³³. La nécessité d'une action publique pour leur réalisation effective les rend doublement contingents : ils dépendent à la fois de la politique que choisit l'Etat pour leur mise en oeuvre et des moyens dont il dispose effectivement pour mener à bien cette politique³⁴. Il faut donc y insister : tant que des mesures législatives n'ont pas défini précisément le contenu juridique des droits économiques, sociaux et culturels, ceux-ci restent, en principe, sans effet réel immédiat, en ce qu'ils ne donnent pas à l'individu le droit d'en revendiquer la réalisation *concrète* devant les cours et tribunaux.

Eu égard à cette particularité, le Constituant a été animé par deux soucis majeurs en adoptant, le 31 janvier 1994, l'article 24bis, devenu l'article 23. Premièrement, il fallait s'assurer que, par sa rédaction-même, celui-ci ne produise aucun effet immédiat en l'absence de mesures législatives concrétisant les droits qu'il consacre³⁵. Deuxièmement, le Constituant a entendu préserver la neutralité de l'article sur le plan de la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, chaque législateur (fédéral, communautaire et régional) devant pouvoir garantir, pour ce qui le concerne, les droits économiques, sociaux et culturels qui se rattachent à sa sphère de compétences³⁶.

Pour ce faire, l'article 23 de la Constitution s'articule autour de trois alinéas. Le premier proclame

le droit de chacun «de mener une vie conforme à la dignité humaine», reprenant ainsi, dans la Constitution même, le noyau essentiel de tous les droits fondamentaux et, au-delà, un concept propre à la législation relative à l'aide sociale. De la sorte, le Constituant fait du droit à la dignité humaine, l'objectif à atteindre à travers la réalisation des droits économiques, sociaux et culturels³⁷. Le deuxième alinéa s'inscrit directement dans cette perspective, en disposant expressément que «la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice»³⁸. Le troisième alinéa établit une énumération non limitative³⁹ des principaux droits économiques, sociaux et culturels à garantir. Il s'agit du droit au travail et au libre choix professionnel, dans le cadre d'une politique axée sur un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, du droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, du droit d'information, de consultation et de négociation collective, du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, du droit à un logement décent, du droit à la protection d'un environnement sain et du droit à l'épanouissement culturel et social.

On ne peut que constater la prudence dont a fait preuve le Constituant lorsqu'il s'est agi de consacrer des droits économiques et sociaux gravement mis en péril par la crise actuelle. Le tout conduit à une liste inégale, où se mêlent des droits véritablement essentiels, mais difficilement concrétisables sur un plan normatif (tels que le droit au travail et le droit à un logement «décent») – ils traduisent, pour l'Etat, une obligation de moyen davantage que de résultat⁴⁰ –, avec d'autres droits fondamentaux déjà

³³ Voy. ci-dessus. Cette distinction doit bien sûr être nuancée. Certains droits économiques, sociaux et culturels sont en réalité très proches, dans leur nature, des libertés publiques classiques (par exemple, le droit de grève, la liberté syndicale, ou encore la liberté de commerce et d'industrie), ce qui a pour effet de les rattacher partiellement aux droits fondamentaux du «*status negativus*». En tout état de cause, ils ne sont pas hiérarchiquement inférieurs à ces libertés classiques. La nécessité d'une reconnaissance indivisible des uns et des autres et leur interdépendance les place, au contraire, sur un pied d'égalité. Il s'en suit que les éventuels conflits entre eux devront faire l'objet d'une mise en balance au cas par cas.

³⁴ F.G. Jacobs et C. Remy, «Rapport général», in *La reconnaissance et la mise en oeuvre des droits économiques et sociaux*, Actes du Colloque international de droit comparé (Bruxelles, 14-17 septembre 1967), Bruxelles, C.I.D.C., 1972, p. 40.

³⁵ Le Constituant ne voulait pas prétendre être en mesure, aujourd'hui, de garantir à chacun un travail et un logement, quand bien même ceux-ci sont indiscutablement des droits élémentaires pour pouvoir mener une vie conforme à la dignité humaine. De surcroît, il entendait laisser aux autorités publiques toute la latitude quant au choix des moyens qu'elles estiment adéquats pour tendre vers la réalisation la plus complète des droits économiques, sociaux et culturels.

³⁶ Des matières telles que l'aide sociale, le logement, l'emploi ou la formation culturelle relèvent, en tout ou en partie, du champ d'action exclusif des communautés et des régions et, dans cette mesure, ne peuvent s'accommoder d'aucune intervention de l'autorité fédérale, même au titre de la garantie à procurer aux droits économiques, sociaux et culturels. Voy. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/4°, spéc. pp. 42-45.

³⁷ C'est au Sénat qu'il a été décidé d'ajouter, à côté des droits économiques et sociaux, les droits culturels, considérés comme étroitement liés aux premiers. Le problème était que la déclaration de révision de la Constitution ne faisait pas mention de ces droits culturels. Ceci n'a pas été considéré comme un obstacle, sur l'avis concordant des juristes consultés (*Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/4°, p. 79).

³⁸ On remarquera la référence à un devoir de solidarité active de la part de chacun, qui a pour effet de rattacher l'art. 23, en partie tout au moins, aux droits de la troisième génération. Cette référence procède de la crainte d'un Etat-providence dont les largesses engourdiraient des citoyens apathiques dans leur devoir de solidarité envers les autres. Voy. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/4°, pp. 10-11.

³⁹ La volonté du Constituant est de ne pas bloquer l'évolution constante des idées en ce domaine, spécialement en matière d'aide sociale, par une liste rigide et forcément incomplète (*C.R.A.*, Sén., sess. ord. 1993-1994, séance du 7 décembre 1993, p. 181).

⁴⁰ Le caractère partiellement «programmatif» – selon l'expression utilisée à plusieurs reprises au cours des travaux préparatoires – de tels droits n'est cependant pas une raison suffisante pour refuser leur inscription dans la Constitution : une obligation de moyen conserve par définition un caractère contraignant. Au demeurant, cette inscription a aussi d'autres objets essentiels à rem-

largement consacrés par la législation (tels que les droits à la sécurité sociale, à l'aide sociale, médicale et juridique) ⁴¹ et, enfin, des «droits» au contenu juridique particulièrement flou, dont certains ressortissent aux droits de la troisième génération (droit à la protection de l'environnement). La disparité de cette liste déforce, à regret, une disposition bien difficile à rédiger ⁴². Surtout, elle ouvre la voie à une oeuvre jurisprudentielle substantielle, quant à l'interprétation des concepts utilisés, mais aussi quant à la détermination des effets de cette disposition. Ce travail jurisprudentiel devra se conjuguer avec les garanties que les différents législateurs de l'Etat fédéral sont tenus d'organiser, dans leurs domaines respectifs de compétences.

2. Le droit à la transparence administrative

La transparence administrative est une notion complexe, aux multiples facettes ; c'est aussi une notion mouvante ⁴³. Elle trouve son fondement dans un droit fondamental de portée beaucoup plus large, à savoir le droit à l'information, qui s'inscrit comme le prolongement actif des libertés d'expression et de presse ⁴⁴. Si le droit à l'information est consacré expressément dans diverses déclarations et conven-

tions internationales signées et ratifiées par la Belgique, il semble difficile d'en inférer, à l'heure actuelle, un droit direct à la transparence ⁴⁵. La Belgique ne l'ignore pas pour autant. Diverses facettes sont déjà reconnues, l'étape la plus récente étant assurément l'adoption de la loi du 22 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, qui met fin à la tradition du silence de l'administration face au citoyen ⁴⁶.

L'article 24ter de la Constitution, adopté le 18 juin 1993 et devenu l'article 32, consacre, quant à lui, un autre aspect de la transparence administrative : le droit d'accès aux documents administratifs ⁴⁷. Il reconnaît à chacun «le droit de consulter chaque document administratif et de s'en faire remettre copie, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134». Ainsi, la publicité de l'administration s'articule autour de deux prérogatives : la consultation, qui consiste dans le droit de prendre connaissance du document sur place, et l'obtention d'une copie de ce document ⁴⁸.

Le projet de loi relatif à la publicité de l'administration dans les administrations fédérales ajoute le droit d'obtenir des explications au sujet du document consulté ⁴⁹. Ce projet établit, en outre, une

plir. F. Delpérée observe ainsi que «le civisme fédéral, c'est aussi l'acceptation de préoccupations communes, comme celles que le titre II de la Constitution pourrait exprimer avec l'inscription de dispositions sur les droits économiques, sociaux et culturels» («La Belgique est un Etat fédéral», *J.T.*, 1993, p. 646).

⁴¹ La constatation qu'un grand nombre de droits économiques, sociaux et culturels fondamentaux sont déjà concrètement mis en oeuvre dans la législation pose le problème de la théorie du *stand still*, développée par la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, selon laquelle les droits fondamentaux ont à tout le moins pour effet de cliquer les garanties législatives existantes : voy. not. J. Fierens, «Droit et pauvreté», *Ann. dr.*, 1992, p. 195. On peut néanmoins douter que cette théorie soit purement transposable à des droits fondamentaux dont la réalisation ne dépend pas simplement de la volonté des autorités, mais aussi largement de la conjonction et des moyens disponibles. Empêcher tout retour en arrière ou toute adaptation à la situation à affronter serait irréaliste et même dangereux. Voy. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-2/4°, pp. 86-87 ; *Doc. parl.*, Ch., sess. extr. 1991-1992, n° 218/3, p. 10.

⁴² Au surplus, on peut, avec K. Rimanque, s'interroger : «à partir du moment où pratiquement tous les droits subjectifs deviennent formellement des droits fondamentaux, aucun droit n'est plus fondamental» («Exposé», in *L'inscription des droits économiques et sociaux dans la Constitution*, Chambre des représentants, 25 avril 1989, p. 19).

⁴³ G. Braibant, «Réflexions sur la transparence administrative», *A.P.T.*, 1993, pp. 58 à 61. Ce courant pour une plus grande transparence administrative s'inscrit en réalité dans un mouvement beaucoup plus vaste de transparence, touchant tous les niveaux et toutes les matières : voy. C. Benedek et P. de Bruycker, «La transparence de l'administration. Quelques observations à propos de l'accès aux documents administratifs en droit belge», in *Présence du droit public et des droits de l'homme - Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 782 ; C. Benedek, «La transparence administrative en Belgique. L'accès aux documents administratifs», *A.P.T.*, 1993, pp. 159-161.

⁴⁴ Voy. R. Ergéc, «La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites», *A.P.T.*, 1993, pp. 87 à 95.

⁴⁵ Voy. not. art. 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ; art. 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Au sujet de la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'accès aux dossiers administratifs, voy. P. Lambert, note sous Cour eur. D.H., arrêt *Gaskin*, du 7 juillet 1989, *Rev. trim. D.H.*, 1990, pp. 361 à 366. *Adde Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 839/1, pp. 2-4.

⁴⁶ *Mon. b.*, 12 septembre 1991. Voy. not. D. Lagasse, «La loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs», *J.T.*, 1991, pp. 737-738 ; P. Van Orshoven, «De uitdrukkelijke motivering van administratieve rechtshandelingen», *R.W.*, 1991-1992, pp. 488 à 492 ; A. Van Mensel, «De formele motiveringsplicht. De wet van 29 juli 1991», *T.B.P.*, 1992, pp. 384 à 393 ; T. de la Croix-Davio, «La motivation formelle des actes administratifs, un pas vers la transparence administrative», *D.C.C.R.*, 1992, pp. 30 à 40 ; R. Andersen et P. Lewalle, «La motivation formelle des actes administratifs», *A.P.T.*, 1993, pp. 62 à 86 ; A. Van Mensel, «Formele motiveringsplicht van administratieve rechtshandelingen : bedenkingen bij de toepassing van de wet», *T.B.P.*, 1994/1, pp. 3 à 12. *Adde* Centre de droit régional de la Faculté de droit de Namur, *La motivation formelle des actes administratifs*, Actes de la journée d'études du 8 mai 1992, Bruges, La Charte, 1992.

⁴⁷ D'autres textes consacrent déjà pour partie un tel droit : voy. décret de la Région wallonne du 13 juillet 1991 concernant la liberté d'accès des citoyens à l'information à l'environnement (*Mon. b.*, 11 octobre 1991) ; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 août 1991 sur l'accès à l'information en matière d'environnement (*Mon. b.*, 1er octobre 1991) ; décret flamand du 23 octobre 1991 relatif à la publicité des documents administratifs dans les services et établissements de l'Exécutif flamand (*Mon. b.*, 27 novembre 1991).

⁴⁸ Le rapport de la commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions du Sénat précise que le prix fixé pour les copies ne pourra être supérieur au prix coûtant, afin de ne pas vider le droit constitutionnel de son contenu (*Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-49/2°, p. 10).

⁴⁹ Art. 5 du projet de loi. Voy. à ce sujet l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 8 juillet 1993 (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1112/1, pp. 29 et 32).

distinction entre le droit à l'information active et passive ⁵⁰. Le droit à l'information active est le droit qu'a toute personne de recevoir des informations de la part de l'administration, sans qu'elle n'ait à prendre d'initiatives en ce sens. Le droit à l'information passive est le droit de demander à consulter un document administratif. En réalité, seule cette seconde branche est visée, en tant que droit fondamental, par l'article 32 de la Constitution ⁵¹.

Selon l'article 32 lui-même, il appartient, selon le cas, à la loi, au décret ou à l'ordonnance, de régler les cas et les conditions auxquels l'exercice de ce nouveau droit fondamental peut être subordonné. La règle de répartition de compétence est double ⁵². Tout d'abord, le législateur fédéral et les législateurs communautaires et régionaux sont seuls compétents pour modaliser l'exercice du droit d'accès, chacun pour ce qui concerne les documents détenus par ses propres autorités et services administratifs. Ensuite, ces législateurs sont exclusivement compétents pour fixer des exceptions au droit d'accès, dans les matières qui leur reviennent en propre, étant entendu que ces exceptions valent alors pour l'ensemble des documents touchant aux intérêts ainsi protégés, quelle que soit l'administration qui les détient. Il n'est pas besoin d'être grand clerc pour pressentir que l'application de ces principes se heurtera à des difficultés épineuses... ⁵³

⁵⁰ Chap. 2 et 3 du projet de loi. Voy. L.-P. Suetens, «Openbaarheid overheidsdocumenten: willen maar niet kunnen of komen maar niet willen?», in *Liber Amicorum Robert Senelle - Vraagpunten van publiekrecht*, Bruges, Die Keure, 1986, pp. 116-117.

⁵¹ Traitant des nouveaux droits constitutionnels fondamentaux, nous nous limitons donc à l'étude du droit à l'information passive.

⁵² *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-49/2°, p. 3.

⁵³ En effet, la question des compétences est loin d'être aussi simple en cette matière. Le fait que chaque autorité législative règle elle-même le droit d'accès aux documents administratifs détenus par les services administratifs correspondants semble découler de l'idée même d'autonomie dans un Etat fédéral. Cela ne pose donc pas de problème. Mais qu'une loi, un décret ou une ordonnance puisse régler le droit d'accès par matière relevant de sa compétence exclusive, et ce faisant l'assortir d'exceptions à l'égard de toute administration (fédérale ou fédérée), est beaucoup moins évident. Il n'en est pas moins vrai que les documents administratifs relatifs à une matière relevant de la compétence exclusive d'une entité seront en principe détenus par l'administration de cette même entité. Reste l'hypothèse des exceptions fixées par la loi fédérale dans des matières telles que la sûreté de l'Etat ou la protection de la vie privée, dont la portée s'étendra inévitablement à l'ensemble des administrations, tant fédérale que fédérées. Des interrogations subsistent néanmoins sur le fondement d'une attribution de compétence aussi large. Se situe-t-il à l'art. 32 lui-même ou se rattache-t-il à une éventuelle compétence réservée du législateur fédéral dans le domaine des droits fondamentaux (sur ce dernier point, voy. C.A., arrêt n° 14/91, du 28 mai 1991)? Sur le problème de la répartition des compétences dans le domaine de la transparence administrative, voy. C. Benedek et P. De Bruycker, *op. cit.*, pp. 801-808; M. Uytendaele, «Fédéralisme et libertés fondamentales: la transparence administrative au regard de la réforme de l'Etat», *A.P.T.*, 1993, pp. 96 à 105.

Chacun a un droit d'accès aux documents administratifs. En outre, l'article 32 ne prévoit pas que le titulaire du droit d'accès ait à justifier d'un intérêt quelconque pour se prévaloir de son exercice ⁵⁴. Ainsi, la loi, le décret ou l'ordonnance ne pourront requérir, de manière générale, aucun intérêt personnel dans le chef de celui qui demande à consulter un document administratif, à peine de vider la disposition constitutionnelle d'une part de son contenu. En revanche, ils pourraient exiger un tel intérêt dans des cas particuliers, pour des motifs exceptionnels. Le projet de loi relatif à la publicité de l'administration, par exemple, a suivi cette voie, pour ce qui concerne la consultation des documents nominatifs ⁵⁵. Il existe donc une présomption globale d'existence d'un intérêt général dans le chef de chaque citoyen à consulter les documents administratifs.

La notion de document administratif «couvre toute information, sous quelque forme que ce soit, dont les autorités administratives disposent» ⁵⁶, que ce soit en amont ou en aval de la décision administrative proprement dite. Elle est donc bien plus large que celle d'acte administratif, définie par la jurisprudence du Conseil d'Etat relative à l'article 14 des lois coordonnées. En fait, la véritable délimitation de cette notion est opérée par la personne qui en a la maîtrise: seule l'information détenue par une autorité administrative, mais toute cette information, est, en principe, accessible sur base de l'article 32 de la Constitution. Ceci montre toute l'importance de la définition de la notion d'autorité administrative. A notre sens, l'interprétation devra nécessairement être la plus large possible, s'agissant d'une condition mise à l'exercice d'un droit fondamental ⁵⁷. Pour le surplus, il ressort clairement des discussions du Constituant que la notion d'autorité administrative doit être interprétée à la lumière de la jurisprudence développée par le Conseil d'Etat autour de l'article 14 des lois coordonnées ⁵⁸.

⁵⁴ *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-49/2°, p. 10.

⁵⁵ Art. 1er et 4, § 1er, du projet de loi. La distinction entre les documents nominatifs et les autres documents administratifs est fondamentale selon L.-P. Suetens (*op. cit.*, p. 117). Voy. égal. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-49/2°, p. 10.

⁵⁶ Sont visées «toutes les informations disponibles quel que soit le support: documents écrits, enregistrements sonores et visuels y compris les données reprises dans le traitement automatisé de l'information. Les rapports, les études, même de commissions consultatives non officielles, certains comptes rendus et procès verbaux, les statistiques, les directives administratives, les circulaires, les contrats et les licences, les registres d'enquête publique, les cahiers d'examen, les films, les photos, etc. dont dispose une autorité sont en règle générale publics, sauf lorsqu'un des motifs d'exception doit être appliqué» (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 839/1, p. 5).

⁵⁷ Voy. not. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 839/1, p. 5.

⁵⁸ Soulignons qu'une fois de plus, le législateur légifère par référence. Le procédé est certes facile, et même souvent utile,

Lorsqu'ils assortiront le droit d'accès aux documents administratifs d'un certain nombre d'exceptions, les différents législateurs devront se limiter aux restrictions qui, entrant dans les limites de leurs compétences, sont justifiées par la mise en balance des intérêts et valeurs en jeu⁵⁹. Il apparaît, en effet, que le droit d'accès aux documents administratifs risque d'entrer en contradiction avec d'autres intérêts ou droits fondamentaux, comme le droit au respect de la vie privée⁶⁰.

Il reste à préciser que l'article 32 n'entrera en vigueur qu'au 1er janvier 1995⁶¹. Ce délai a été considéré comme raisonnable pour laisser aux différents législateurs le temps de prendre les mesures nécessaires à l'organisation de l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs. Cependant, le Constituant a refusé de lier directement l'entrée en vigueur de l'article 32 à l'adoption de ces législations, de telle sorte qu'en toute hypothèse, les citoyens pourront, dès le 1er janvier 1995, se prévaloir de cette disposition⁶².

L'article 32 de la Constitution, ainsi que l'ensemble des mesures prises en vue de renforcer la transparence de l'administration en Belgique, constituent un progrès indéniable pour la démocratie. En effet, «par la garantie de la transparence, l'on dé-

afin de maintenir une certaine unité dans l'interprétation des concepts employés. Néanmoins, il faut rester conscient du fait que la notion définie par référence inclut automatiquement l'évolution ultérieure de la disposition à laquelle il est renvoyé, ainsi que de la jurisprudence qui l'interprète (comp. R. Andersen, «Les méfaits de la législation par référence», obs. sous Cass., 10 octobre 1991, *Revue de droit communal*, 1992, pp. 198 à 201). En ce qui concerne la notion d'autorité administrative visée à l'art. 14 des lois coordonnées, elle a déjà fait l'objet d'évolutions substantielles, qui ne sont fort probablement pas les dernières. Est-il souhaitable de conditionner ainsi l'étendue d'un droit fondamental reconnu par la Constitution?

⁵⁹ «Le législateur devra à chaque fois apprécier et mettre en balance l'intérêt de la publication de documents administratifs avec des considérations tout aussi légitimes de protection d'un certain nombre de droits et d'intérêts du citoyen» (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 839/4, p. 7). Ainsi l'art. 6 du projet de loi relatif à la publicité de l'administration fixe une liste d'exceptions, tantôt obligatoires pour l'autorité administrative, tantôt laissées à son appréciation; ces exceptions valent, soit pour l'ensemble des autorités administratives, soit uniquement pour les autorités administratives fédérales.

⁶⁰ «Face à l'évolution de nos sociétés pluralistes sans cesse plus complexes (...), les hypothèses de conflits mettant en jeu des droits ou des valeurs fondamentales deviennent de plus en plus fréquents. Le conflit est d'autant plus aigu qu'il peut opposer des normes d'importance égale, pareillement consacrées – souvent en termes généraux – par les dispositions constitutionnelles ou internationales» (J. Van Compernelle, «Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des intérêts», in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 505, n° 15).

⁶¹ Disposition transitoire II de la Constitution. Voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 839/4, p. 3.

⁶² Des amendements avaient été déposés pour reporter l'entrée en vigueur de l'art. 32 jusqu'à l'adoption des législations d'application. Ils ont été rejetés. Voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 839/4, p. 10.

mocratise la connaissance, attribuant au citoyen un pouvoir permanent de contrôle sur l'activité de l'Etat»⁶³. Toutefois, il serait regrettable que cette fièvre de la transparence administrative masque l'opacité croissante qui sévit au sein du pouvoir législatif, voire du pouvoir constituant. Le droit d'accès aux documents administratifs ne devrait-il pas, dès lors, être étendu à l'accès effectif aux textes constitutionnels et législatifs⁶⁴? Ceux-ci sont, aujourd'hui, à ce point diversifiés, dans leur provenance et leur nature, et complexes, dans les lectures auxquelles ils se prêtent, qu'il n'est personne pour encore prétendre que «nul n'est censé ignorer la loi».

3. Le droit à l'assistance non confessionnelle

Depuis 1831, l'article 117 de la Constitution (devenu l'article 181) dispose que «les traitements et pensions des ministres des cultes sont à la charge de l'Etat». Sont visés les cultes reconnus, à savoir les cultes catholique, protestant, israélite, islamique et orthodoxe. L'article 181 comprend désormais un paragraphe 2, inséré le 5 mai 1993, qui établit une équivalence de situation entre les ministres du culte et les «conseillers laïques», mettant ainsi un terme à une très ancienne différence de traitement⁶⁵. Cette mesure n'a pas donné lieu à des débats fournis. Elle fut d'ailleurs adoptée à la quasi-unanimité. Ainsi, à l'instar des traitements et pensions des ministres du culte, «les traitements et pensions des délégués des organisations reconnues par la loi qui offrent une assistance morale selon une conception philosophique non confessionnelle sont à la charge de l'Etat»⁶⁶. Cette équivalence procède de la volonté de favoriser la coexistence, dans le tissu social, de philosophies confessionnelles et de philosophies non confessionnelles⁶⁷, contribuant ainsi à une protection plus équilibrée des courants idéologiques. Prochainement, le nouvel article 181 de la Constitution devrait d'ailleurs trouver une application dans l'instauration d'un «impôt d'Eglise»; comparable au système existant en Allemagne.

⁶³ A.M.B. Laborinho Lucio, «Pour une Europe des valeurs», in *Procès pénal et droits de l'homme – Vers une conscience européenne* (dir. M. Delmas-Marty), Paris, P.U.F., 1992, p. 274.

⁶⁴ «A quand la transparence constitutionnelle qui permettrait à chaque citoyen d'avoir intellectuellement accès aux mécanismes de l'Etat à la vie duquel il est censé participer?», s'interroge F. Delpérée («La Belgique est un Etat fédéral», *op. cit.*, p. 646). La proposition du gouvernement fédéral portant application de l'art. 132 de la Constitution s'inscrit d'ailleurs dans cette perspective. Voy. la contribution de F. Tulkens (*infra*). Sur la transparence législative, voy. M. Penninckx et Y. Timmermans, «Qui est encore censé connaître la loi? Une proposition pour un meilleur accès à la législation belge», *J.T.*, 1993, pp. 253 à 263.

⁶⁵ *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-3/1°, p. 1.

⁶⁶ Sur la notion d'organisation philosophique non confessionnelle, voy. not. *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-3/2°, p. 3-11.

⁶⁷ *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1991-1992, n° 100-3/1°, p. 2.

4. Le droit à l'objection de conscience

Le 2 juillet 1993, une proposition de révision du titre II de la Constitution a été déposée par des représentants de six partis politiques différents, en vue d'y insérer un article 6ter qui garantisse l'objection de conscience et confie au législateur le soin d'en régler l'exercice⁶⁸. Si cette proposition avait été adoptée, elle aurait introduit dans la Constitution, pour la première fois, un authentique droit de solidarité, plus communément appelé «droit de la troisième génération», c'est-à-dire un droit qui, tout en imposant des prestations de l'Etat, ne peut être réalisé «que par l'action solidaire de tous les acteurs du jeu social»⁶⁹.

III. LES DROITS FONDAMENTAUX DU «STATUS ACTIVUS»

Dans un ouvrage publié en 1992, Olivier Le Cour Grandmaison a montré qu'à l'époque de la Révolution française, la citoyenneté était profondément inégalitaire : tandis que la vie démocratique mettait un point d'honneur à garantir l'égalité des droits civils, les libertés politiques échappaient à ce mouvement d'égalisation⁷⁰. En étendant graduellement le champ de la citoyenneté, les réformes qui se sont succédées au XIXe siècle et surtout au XXe siècle ont contribué au rétablissement progressif d'une citoyenneté plus «universelle» et, partant, à la réhabilitation du citoyen — et de la citoyenne ! —, figures capitales de tout régime démocratique. C'est à l'aune de cette évolution qu'il convient d'apprécier les modifications intervenues en 1993, à propos des deux configurations les plus essentielles de la citoyenneté, à savoir l'électorat et l'éligibilité⁷¹. L'un

et l'autre ont vocation à représenter des indices de la vitalité d'une démocratie. Le droit de vote n'est-il pas, selon la Cour d'arbitrage, «le droit politique fondamental de la démocratie représentative»⁷² ? Dans le même ordre d'idées, la Cour a rappelé que l'éligibilité est, elle aussi, «un droit fondamental dans une société démocratique», de telle sorte qu'«elle ne peut faire l'objet que de limitations particulières, lesquelles, mêmes indirectes, doivent se justifier notamment par des exigences spécifiques, indispensables à l'exercice d'une fonction déterminée»⁷³.

Cependant, il faut raison garder. Il ne suffit pas de préserver ce qui fait l'essence de la démocratie, comme mode d'attribution du pouvoir, à savoir qu'elle est «un régime institutionnel dans lequel la désignation des gouvernements est résolue pacifiquement au terme d'élections régulièrement disputées, et ne vaut que pour un temps limité»⁷⁴. Encore convient-il d'aménager les conditions permettant à la démocratie d'atteindre les objectifs qui y sont liés, à savoir une prise en compte réelle des différences, de l'altérité, qui seule permet d'élever la démocratie à une forme d'«intérieurisation de l'autre en soi», selon l'expression de Roger Lallemand. Par là, il s'agit de veiller également à l'efficacité de la démocratie. En d'autres termes, l'impossibilité d'une démocratie absolue ne peut être un prétexte pour se contenter d'une démocratie «gouvernante», mais doit, au contraire, être une incitation à imaginer et à édifier une démocratie «délibérante», dans le sens où celle-ci implique une participation effective et continue des citoyens (des «gouvernés») à l'exercice du pouvoir⁷⁵. Pierre Mertens n'a-t-il pas rappelé, à l'oc-

⁶⁸ Proposition de MM. Dallons, Van Dienderen, Grimberghs, Harmegnies, Vande Lanotte et Bruyne (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1102/1).

⁶⁹ J. Robert (avec la collab. de J. Duffar), *Libertés publiques et droits de l'homme*, 4e éd., Paris, Montchrestien, 1988, p. 57.

⁷⁰ O. Le Cour Grandmaison, *Les citoyennetés en Révolution (1789-1794)*, Paris, P.U.F., coll. Recherches politiques, 1992. En effet, «que tous puissent se réunir pour débattre et agir en commun dans l'espace public sont des droits qu'ils rejettent en voyant dans cette possibilité non un bien mais un mal qu'il faut combattre et auquel il faut résister. Tous sont hantés par le spectre d'une dissolution du corps politique qui serait le résultat de l'universalisation du suffrage et de l'expression libre des conflits. Ils sont incapables de concevoir la spécificité et l'originalité du lien politique comme étant ce lien paradoxal qui unit et en même temps divise et où les citoyens, en faisant l'expérience de leur citoyenneté, de leurs divergences et de leurs oppositions font aussi l'expérience de l'appartenance à une même communauté» (pp. 12-13).

⁷¹ D'autres modifications sont actuellement envisagées. Certaines méritent assurément de retenir l'attention (voy. par ex. les nombreuses initiatives en vue d'assurer la représentation équilibrée des hommes et des femmes sur les listes électorales, et notamment le projet de loi du 9 février 1994 : *Doc. parl.*, Ch.,

sess. ord. 1993-1994, n° 1316/1). En revanche, il en est qui se distinguent par leur caractère éminemment fantaisiste (voy. par ex. la proposition de loi déposée le 8 février 1994 par MM. Dewinter et Van Overmeire «généralisant le droit de vote» et qui vise notamment à permettre aux parents de voter en lieu et place de leurs enfants âgés de moins de 18 ans : *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1993-1994, n° 1314/1). Il convient également de préciser que des modifications législatives sont intervenues en 1993 qui, sans toucher directement à l'électorat et à l'éligibilité, n'en ont pas moins une réelle incidence sur l'existence d'une citoyenneté égalitaire. On peut citer la loi du 18 juin 1993 modifiant la loi du 4 juillet 1989 relative à la limitation et au contrôle des dépenses électorales ainsi qu'au financement et à la comptabilité ouverte des partis politiques (*Mon. b.*, 7 août 1993). On peut citer également les modifications apportées au régime des incompatibilités (voy. T. Stievenart, «Les droits du citoyen», in *La Belgique fédérale*, dir. F. Delpérée, Bruxelles, Bruylant, 1994).

⁷² C.A., arrêt n° 18/90, du 23 mai 1990, B.4.5.; arrêt n° 26/90, du 14 juillet 1990, 4.B.1.

⁷³ C.A., arrêt n° 74/92, du 18 novembre 1992, B.3.5.

⁷⁴ P. Lauvaux, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, P.U.F., coll. Droit fondamental, 1990, p. 9.

⁷⁵ Voy. O. Duhamel, *Les démocraties — Régimes, histoire, exigences*, Paris, Seuil, coll. Science politique, 1993, pp. 313-345. Dans cet ordre d'idées, R. Dworkin a bien montré qu'une démocratie «communautaire» (par opposition à une démocratie «statistique») suppose, en vertu de principes qu'il qualifie «de participation» et «d'autonomie», qu'une place structurelle soit accor-

casion des accords de la Saint-Michel, que la démocratie est, avant toute chose, «un dialogue vivant entre les composantes d'une société»⁷⁶? Or, «le suffrage universel lui-même se révèle, à l'usage, un langage trop pauvre et trop rare pour satisfaire à toutes les exigences du dialogue gouvernants-gouvernés»⁷⁷. Et la classe politique se révèle trop souvent «incapable d'organiser une délibération qui tienne compte de la pluralité des opinions et intérêts divergents»⁷⁸. Bref, si l'on entend obvier au risque d'une démocratie anesthésiante, d'une «citoyenneté sans implication civique»⁷⁹, il est vital d'imaginer des modes complémentaires d'interaction entre le citoyen et les «gouvernants», bref de jeter des ponts. A cet égard, n'est-il pas quelque peu commode, voire simpliste, de reprocher au citoyen de s'éloigner des rivages de la politique⁸⁰?

Cela étant dit, les modifications ayant eu des incidences sur la jouissance des droits de vote et d'éligibilité concernent les élections des assemblées fédérales et des assemblées fédérées, mais également les élections locales⁸¹.

1. L'élection des assemblées fédérales

Hormis le fait qu'ils ne concerneront plus directement que 150 représentants et 40 sénateurs – ceux qui seront élus directement par la population⁸² –, les droits de vote et d'éligibilité ont été peu touchés par la réforme des assemblées fédérales. Il faut cependant relever qu'en vertu du nouvel article 69 de la Constitution (qui entrera en vigueur dès le prochain renouvellement intégral de la Chambre des représentants), il suffira, pour être élu sénateur, d'être âgé de 21 ans accomplis, au lieu

dée aux garanties constitutionnelles de liberté de parole, d'association ou de religion, toutes ces libertés qui sont nécessaires pour permettre et encourager les individus à prendre leurs responsabilités au nom de leurs convictions personnelles» («Deux conceptions de la démocratie», in *L'Europe au soir du siècle...*, op. cit., p. 134). Voy. égal. E. Morin et A.B. Kern, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 1993, p. 133.

⁷⁶ P. Mertens, «Saint-Michel, où est ta victoire?», *La Libre Belgique*, 9-10 janvier 1993.

⁷⁷ J. Julliard, «Les amateurs font la loi», *Le Nouvel Observateur*, 31 janvier-6 février 1986.

⁷⁸ E. Pisier, «La prudence et les sages», in *Une prudence moderne?* (dir P. Raynaud et S. Rials), Paris, P.U.F., coll. Politique d'aujourd'hui, 1992, p. 129. Plus loin, l'auteur précise que, si la prudence requiert un surcroît de délibération, c'est «non pour faire droit à la pluralité des opinions mais pour les éclairer» (p. 132).

⁷⁹ P. Thibaud, «Citoyenneté et engagement moral», *Pouvoirs*, 1993/65, p. 26.

⁸⁰ J. Milquet, «L'accord de la Saint-Michel: la politique, trop loin du citoyen... ou le citoyen trop loin du politique?», *Journ. proc.*, 1992/225, pp. 12 à 15.

⁸¹ Pour une vue générale des incidences de la réforme de 1993 sur les élections, voy. C. Legast, «Ce qui va changer en matière électorale», *Socialisme*, numéro spécial sur «La Belgique fédérale», n° 239, sept.-oct. 1993, pp. 63 à 78.

⁸² Art. 67, § 1er, 1° et 2°, de la Constitution.

de 40 ans comme c'était le cas jusqu'ici. Cette modification entend mettre sur un pied d'égalité tous les parlementaires fédéraux élus directement⁸³, mais également les «sénateurs communautaires»⁸⁴. En effet, ces derniers sont désignés parmi les membres du Conseil flamand, du Conseil de la Communauté française et du Conseil de la Communauté germanophone⁸⁵ et la condition d'âge pour être élu (directement ou indirectement) au sein de ces assemblées est également fixée à 21 ans⁸⁶. Il n'est pas inutile d'observer qu'à l'occasion des discussions parlementaires qui avaient précédé l'adoption de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, le gouvernement avait souligné que «l'âge de 21 ans s'inspire des règles qui doivent ultérieurement se généraliser pour ce type d'institutions»⁸⁷.

2. L'élection des assemblées fédérées

Avant 1993, deux assemblées fédérées étaient déjà élues directement par la population, à savoir le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale⁸⁸ et le Conseil de la Communauté germanophone⁸⁹. En vertu du nouvel article 116, § 2, de la Constitution, tous les Conseils communautaires et régionaux seront composés de membres élus directement⁹⁰, le caractère direct de leur élection ayant une assise constitutionnelle. Il faut néanmoins préciser que les membres du Conseil de la Communauté française ne seront élus directement qu'en qualité de membre du Conseil de la Région wallonne ou du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale, étant ainsi soumis à la règle du dédoublement fonctionnel; il en est de même des six membres du Conseil flamand élus en qualité de membre du Conseil de la Région de Bruxel-

⁸³ Comp. art. 64 de la Constitution (conditions d'éligibilité à la Chambre des représentants).

⁸⁴ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 100-23/1°, p. 2; Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 904/4, p. 15.

⁸⁵ Art. 67, § 1er, 3° à 5°, de la Constitution.

⁸⁶ Voy. art. 24bis, § 1er, al. 1er, 3°, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, inséré par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat; art. 12, § 1er, al. 1er, 3°, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises; art. 5, § 1er, 2°, de la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Conseil de la Communauté germanophone.

⁸⁷ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1988-1989, n° 514/2, p. 80.

⁸⁸ Art. 10 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises. Un problème terminologique se pose ici: alors que l'art. 3 de la Constitution se réfère, depuis le toilettage du texte constitutionnel, à la «Région bruxelloise», et non plus à la «Région de Bruxelles-Capitale», d'autres dispositions constitutionnelles continuent à utiliser l'ancienne appellation, notamment en ce qui concerne le Conseil. Si, comme on se plaît à le penser, il ne s'agit là que d'une simple négligence, on peut souhaiter qu'un éclaircissement soit apporté par le Constituant le plus rapidement possible.

⁸⁹ Art. 8, § 2, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone.

⁹⁰ Art. 116, § 2, de la Constitution.

les-Capitale⁹¹. Par conséquent, en sus du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale et du Conseil de la Communauté germanophone, seuls seront élus directement par la population le Conseil de la Région wallonne et 118 membres du Conseil flamand.

Selon l'article 118, § 2, de la Constitution, c'est au législateur spécial qu'il revient de régler les élections visées à l'article 116, § 2. C'est ainsi que la loi spéciale du 16 juillet 1993 a inséré dans la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 un article 24bis, dont le § 1er définit les conditions pour être élu directement en qualité de membre d'une de ces deux assemblées et pour le rester⁹². Ces conditions d'éligibilité s'inspirent de celles prévues pour le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale⁹³ et pour le Conseil de la Communauté germanophone⁹⁴. Outre le fait qu'on ne peut se trouver dans l'un des cas d'exclusion ou de suspension visés aux articles 6 à 9bis du Code électoral, il convient d'être Belge, de jouir des droits civils et politiques, d'être âgé de 21 ans accomplis et, enfin, d'avoir son domicile dans une commune faisant partie, selon le cas, de la Région wallonne ou de la Région flamande, ce qui suppose l'inscription au registre de la population de cette commune⁹⁵. Les conditions de nationalité, de capacité juridique et électorale et d'âge doivent être réunies le jour de l'élection, tandis qu'il doit être satisfait à la condition de domicile six mois avant les élections.

S'agissant de la condition relative au domicile, deux remarques s'imposent. Tout d'abord, le lien établi par le législateur spécial entre la domiciliation et l'inscription au registre de la population – l'une étant la conséquence de l'autre – autorise à affirmer que cette inscription fait foi de la domiciliation effective du candidat sur le territoire de la

commune où est effectuée cette inscription, mais qu'il ne s'agit là que d'une présomption *juris tantum*. Celle-ci peut dès lors être renversée, en démontrant par exemple que la résidence que le candidat a déclaré être son domicile principal ne constitue en réalité qu'un pied-à-terre, où il ne séjourne qu'en vue d'activités occasionnelles, notamment pour les besoins de son mandat politique⁹⁶. Ensuite, il faut savoir que la période de six mois imposée pour la condition de domicile procède de la volonté d'éviter, autant que possible, les «parachutages» politiques, c'est-à-dire les domiciliations à la dernière minute de candidats peu représentatifs de la population régionale concernée⁹⁷.

Toujours dans le prolongement de l'article 118, § 2, de la Constitution, la loi spéciale du 16 juillet 1993 a prescrit les conditions pour participer à l'élection du Conseil de la Région wallonne et des 118 élus directs du Conseil flamand⁹⁸. Ici encore, le législateur spécial s'est manifestement inspiré des règles prévues pour le Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale⁹⁹ et pour le Conseil de la Communauté germanophone¹⁰⁰. Trois conditions positives sont imposées : posséder la nationalité belge, être âgé de 18 ans accomplis et, enfin, être inscrit au registre de la population d'une commune du territoire de la Région wallonne ou de la Région flamande, selon le cas. De surcroît, il convient de ne pas avoir été privé du droit de vote, en vertu d'une des mesures d'exclusion ou de suspension visées aux articles 6 à 9bis du Code électoral. Les conditions de nationalité et de domicile doivent être réunies à la date d'établissement de la liste des électeurs, c'est-à-dire en principe «le premier jour du deuxième mois qui précède celui de la date de l'élection ordinaire»¹⁰¹, tandis qu'il doit être satisfait aux autres conditions le jour de l'élection.

Ces diverses modifications révèlent une louable volonté de nivellement, visant à rendre uniformes les conditions d'éligibilité et d'électorat requises pour les élections directes des assemblées fédérales et fédérées. Si le fédéralisme renferme en lui-même d'inévitables différences de traitement, il n'en répugne

⁹¹ Art. 24, § 1er, al. 1er, 2°, et § 3, al. 1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, modifié par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

⁹² Selon l'art. 118, § 2, de la Constitution, le législateur spécial est habilité à confier la réglementation de ces élections aux Conseils concernés, chacun pour ce qui le concerne, étant entendu, s'il échet, que ces réglementations doivent nécessairement faire l'objet de décrets «adoptés à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, à condition que la majorité des membres du Conseil compétent soit présente». Toutefois, le législateur n'a pas, dans la loi spéciale du 16 juillet 1993, fait usage de cette possibilité, préférant laisser cette matière en dehors de l'autonomie constitutive.

⁹³ Art. 12, § 1er, de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

⁹⁴ Art. 5 de la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Conseil de la Communauté germanophone.

⁹⁵ Cette condition a pour conséquence qu'un francophone d'une commune périphérique ne pourra plus siéger au Conseil de la Communauté française, sauf à être associé, sans voix délibérative, aux travaux du Conseil, en qualité de sénateur élu directement par le collège électoral français (art. 37bis, § 1er, al. 2, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, inséré par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat).

⁹⁶ Voy. M. Verdussen, «L'élection régionale et ses préliminaires», in *La Région de Bruxelles-Capitale*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 109-111, n° 131.

⁹⁷ Voy. *ibid.*, p. 111, n° 132.

⁹⁸ Art. 25, § 1er, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, remplacé par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

⁹⁹ Art. 13 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises, complété par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

¹⁰⁰ Art. 3, §§ 1er et 2, de la loi du 6 juillet 1990 réglant les modalités de l'élection du Conseil de la Communauté germanophone.

¹⁰¹ Art. 2, al. 1er, de la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

pas moins aux différenciations injustifiées entre citoyens ¹⁰².

3. Les élections locales

On retrouve cette volonté d'homogénéisation au niveau des collectivités locales (provinciales et communales).

C'est ainsi que l'article 23 de la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales, qui définit les conditions pour être élu et rester conseiller provincial, a été remplacé par la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat. Le but du législateur est d'aligner ces conditions sur celles prévues pour l'élection des conseils communaux, modifiées par ailleurs elles aussi ¹⁰³. Dorénavant, l'élection au conseil provincial ou au conseil communal est subordonnée à une triple condition : posséder la nationalité belge, avoir atteint l'âge de 18 ans accomplis – au lieu de 21 ans comme c'était le cas jusqu'ici – et être inscrit au registre de la population d'une commune de la province concernée ou de la commune concernée, selon le cas. Les seules différences subsistant, sur ce point, entre les deux élections concernent les cas d'exclusion et de suspension, ainsi que la date à laquelle ces différentes conditions doivent être remplies.

Une démarche similaire a été suivie pour les conditions relatives à l'électorat, le législateur ne laissant même subsister aucune différence entre les deux scrutins ¹⁰⁴. Concrètement, les conditions sont – *mutatis mutandis* – identiques à celles pour l'élection des assemblées fédérées.

On le voit, s'agissant du droit de vote, l'uniformisation est même totale, des conditions similaires étant imposées pour tous les scrutins directs – assemblée européenne ¹⁰⁵, assemblées fédérales ¹⁰⁶, assemblées fédérées ¹⁰⁷ et assemblées locales –, de telle sorte que l'électorat bénéficie aujourd'hui d'une conception unique dans l'ensemble de la législa-

tion électorale. La révision de l'article 8, alinéa 2, de la Constitution – qui, jusqu'ici, a réservé aux seuls Belges l'exercice des droits politiques, en ce compris le droit de participer, comme électeur ou comme éligible, aux élections communales – devrait néanmoins ouvrir la voie à l'introduction de nouvelles différences entre scrutins. Le respect du Traité sur l'Union européenne est à ce prix ¹⁰⁸.

IV. LES MODES DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

Une distinction doit être opérée entre les garanties juridictionnelles et non juridictionnelles de protection des droits fondamentaux.

1. Les garanties juridictionnelles

L'effectivité des droits fondamentaux suppose que soient aménagées, au sein même de l'Etat, des procédures juridictionnelles destinées à assurer leur respect ¹⁰⁹. En tant que garanties au profit du justiciable, ces procédures constituent d'ailleurs elles-mêmes des droits fondamentaux. Il y a plus. C'est à la Constitution, et à elle seule, qu'il revient de consacrer l'existence de telles procédures et d'en planter les jalons. Le constitutionnalisme, dans son acception contemporaine, ne repose-t-il pas précisément sur l'idée d'une limitation des pouvoirs qui ne soit plus simplement platonique, mais réelle et tangible ?

En 1831, le Constituant s'est attaché à créer un pouvoir judiciaire ¹¹⁰, en abandonnant au législateur le soin de confier à des juridictions non judiciaires – donc administratives – les contestations ayant pour objet des droits politiques ¹¹¹. Ce faisant, le Constituant ouvrait une brèche dans le principe de l'unité de juridiction ¹¹², selon lequel le pouvoir judiciaire dispose d'une compétence de principe pour régler les conflits nés des agissements de

¹⁰² X. Delgrange, «Le principe d'égalité et de non-discrimination face au fédéralisme en Belgique», in *Québec – Communauté française de Belgique : autonomie et spécificité dans le cadre d'un système fédéral* (dir. P. Patenaude), Actes du colloque tenu le 22 mai 1991 à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Montréal, Wilson & Lafleur Itée, 1991, p. 171.

¹⁰³ Art. 65 de la loi électorale communale du 4 août 1932, remplacé par la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

¹⁰⁴ Art. 1er, §§ 1er et 2, de la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales et art. 1er, §§ 1er et 2, de la loi électorale communale du 4 août 1932, remplacés par la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

¹⁰⁵ Art. 1er, § 1er, de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen. Voy. cependant art. 1er, § 2, de la loi précitée du 23 mars 1989.

¹⁰⁶ Art. 1er, §§ 1er et 2, du Code électoral, remplacés par la loi du 30 juillet 1991.

¹⁰⁷ Voy. ci-dessus.

¹⁰⁸ Voy. F. Delpérée, «Belgique», in *Les Constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe* (dir. J.-C. Masclet et D. Maus), Paris, La Documentation française, 1993, pp. 27-34. Sur l'art. 8 B, § 1er, du Traité de Maastricht, voy. R. Kovar et D. Simon, «La citoyenneté européenne», *C.D.E.*, 1993, pp. 302-306.

¹⁰⁹ Le plus souvent – il en est ainsi en Belgique comme en France –, ces procédures et les sanctions qui y sont attachées «sont communes à la violation de toutes les règles du système juridique considéré, quel que soit l'objet de la règle violée», de telle sorte qu'il n'existe pas «une véritable spécificité de la sanction en matière de libertés» (J. Rivero, *op. cit.*, p. 238).

¹¹⁰ Voy. not. art. 40 de la Constitution.

¹¹¹ Art. 145 de la Constitution. L'art. 146 ajoute que «nul tribunal, nulle juridiction contentieuse ne peut être établi qu'en vertu d'une loi», ce qui autorise le législateur à confier à des juridictions administratives des conflits ne portant pas sur des droits.

¹¹² Voy. J.-C. Escarras, *Les expériences belge et italienne d'unité de juridiction*, Paris, L.G.D.J., 1972, p. 238.

l'administration¹¹³. Toutefois, il a fallu attendre 1993 pour voir consacrée *expressis verbis*, dans la Constitution, l'existence des juridictions administratives, après que le Constituant eût procédé en 1980 à la création d'une juridiction constitutionnelle, la Cour d'arbitrage. La consécration de ces juridictions spécialisées procède de préoccupations comparables, celles d'un judicieux équilibre des pouvoirs. L'institution du juge constitutionnel se justifie par la volonté de situer le contentieux constitutionnel en dehors – au-dessus? – des autres ordres normatifs et des pouvoirs qui les composent : il est rattaché à l'ordre constituant, à l'image de la norme dont il est censé garantir le respect¹¹⁴. Quant au juge administratif, il répond notamment au souci, dicté par une stricte application de la séparation des pouvoirs, mais aussi par une exigence de spécialisation, de préserver autant que possible le gouvernement et l'administration des interventions du juge judiciaire dans des fonctions qui ne lui reviennent pas naturellement, notamment parce qu'elles procèdent d'un contentieux objectif¹¹⁵.

Aujourd'hui, toute violation d'un droit fondamental peut être sanctionnée par un des trois juges – judiciaire, administratif ou constitutionnel – reconnus par la Constitution, le choix de la saisine s'opérant selon l'auteur de la violation, la nature de la règle violée et l'enjeu de la sanction réclamée. Dans la perspective d'une protection maximale des droits fondamentaux, on se limite à deux observations critiques, l'une relative au juge constitutionnel, l'autre au juge administratif.

a. Le juge constitutionnel

Depuis la révision de l'article 107ter, § 2, de la Constitution (devenu l'article 142), le 15 juillet 1988, le législateur est habilité à adopter, à la majorité spéciale, une loi qui étend les compétences de la Cour d'arbitrage à l'ensemble des dispositions constitutionnelles¹¹⁶. On le sait, cette extension est vivement souhaitée par la doctrine¹¹⁷. Des suggestions ont été formulées en ce sens, notamment au cours

des discussions précédant l'adoption de la loi spéciale visant à achever la structure fédérale de l'Etat¹¹⁸. Elles ont été écartées. Trois justifications sont traditionnellement avancées : l'existence d'un compromis équilibré à l'origine des compétences actuelles de la Cour d'arbitrage, la nécessité d'une révision préalable du titre II de la Constitution et l'intérêt d'apprécier l'éventualité d'une extension des compétences de la Cour à la lumière de l'expérience que ses compétences actuelles lui permettront d'acquérir¹¹⁹. On ne se lassera pas de répéter qu'aucun prétexte ne résiste à l'impératif absolu d'un contrôle global de constitutionnalité par la Cour d'arbitrage, sans lequel le système de protection des droits fondamentaux demeurera incomplet.

b. Le juge administratif

Dans de nombreux Etats européens, la justice administrative bénéficie d'un statut constitutionnel, la Constitution mentionnant expressément l'existence d'une ou de plusieurs juridictions administratives¹²⁰. Jusqu'en 1993, la Belgique faisait, à cet égard, figure d'exception, ce que la doctrine n'a pas manqué de déplorer¹²¹.

Un article 107quinquies a été introduit dans la Constitution le 18 juin 1993. Dans le cadre du toilettage du texte constitutionnel, il a été scindé en deux articles : les articles 160 et 161¹²². L'article 160 dispose, en son alinéa 1er, – sur le modèle de l'article 95 relatif à la Cour de cassation – qu'«il y a pour toute la Belgique un Conseil d'Etat, dont la composition, la compétence et le fonctionnement sont déterminés par la loi», celle-ci pouvant néan-

¹¹⁸ Voy. not. les amendements nos 240 et 241 de MM. Reyniers et Simonet (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1063/2, p. 85). Voy. égal. la proposition de déclaration de révision de l'art. 107ter, § 2, de la Constitution, déposée par M. Dewael le 19 mai 1993, qui, entre autres choses, évoque la nécessité de doter la Cour d'arbitrage d'une compétence d'avis pour tous les projets ou propositions de révision de la Constitution (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1016/1).

¹¹⁹ R. Leysen et J. Smets, *Toetsing van de wet aan de Grondwet in België*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1991, pp. 57-58, n° 78.

¹²⁰ Voy. M. Fromont, «La justice administrative en Europe. Convergences», in *Mélanges René Chapus – Droit administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 198-201. En France, dans le silence de la Constitution, le Conseil constitutionnel considère que l'existence d'une juridiction administrative, à côté de la juridiction judiciaire, a valeur constitutionnelle dans la mesure où elle fait l'objet d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République : voy. L. Favoreu, «Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel?», in *Etudes offertes à Jean-Marie Aubry*, Paris, Dalloz, 1992, pp. 111 à 128, spéc. pp. 112-113.

¹²¹ Voy. not. F. Delpérée, «Le Conseil d'Etat à quarante ans», *A.P.T.*, 1987, pp. 124-125 ; B. Haubert, «Le juge administratif et la Constitution», *Juger*, 1992/3, pp. 16-17 ; F.-M. Remion, *Le Conseil d'Etat – Ses compétences, son avenir*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 251-258.

¹²² Pour plus de détails, voy. la contribution de P. Lewalle (*infra*).

¹¹³ F. Delpérée, «Le droit administratif en Belgique. Rue de la Science et rue de la Loi», *E.D.C.E.*, 1992/44, p. 350.

¹¹⁴ Sur la légitimité du juge constitutionnel, voy. J. Delva, «Légitimité du juge constitutionnel belge, rouage clé d'une démocratie en quête d'une nouvelle identité», in *Présence du droit public...*, *op. cit.*, t. 1er, spéc. pp. 132-133.

¹¹⁵ Sur la crise actuelle de légitimité du juge administratif, voy. D. Lochak, «Quelle légitimité pour le juge administratif?», in Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie, *Droit et politique*, Paris, P.U.F., 1993, pp. 141 à 151.

¹¹⁶ Voy. art. 142, al. 2, 3°, de la Constitution.

¹¹⁷ Voy. not. F. Delpérée et A. Rasson-Roland, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage 1980-1990*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 166, n° 123 ; H. Simonart, *La Cour d'arbitrage – Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988, p. 280.

moins «attribuer au Roi le pouvoir de régler la procédure conformément aux principes qu'elle fixe»¹²³. L'alinéa 2 précise que le Conseil d'Etat statue notamment en qualité de juridiction administrative. L'article 161 donne également au législateur la possibilité de créer d'autres juridictions administratives.

Cette constitutionnalisation de la justice administrative est heureuse. Elle est cependant insuffisante. Il faut rappeler que la Constitution renferme quelques dispositions, souvent très anciennes, qui contribuent à un fonctionnement équitable du service public de la justice. Or, les garanties qu'elles procurent sont expressément limitées au seul juge judiciaire. Certes, certaines d'entre elles, comme l'obligation de motivation des décisions de justice (article 149), peuvent être considérées comme dérivant d'un principe général de droit applicable à toute juridiction contentieuse¹²⁴. Mais les autres garanties, qui ne bénéficient pas d'une telle filiation, comme la publicité des audiences (article 148), ont un champ d'application restreint, déterminé par la disposition même où elles ont leur siège¹²⁵. Elles ne sont donc pas applicables au juge administratif. Cette carence est d'autant plus regrettable qu'elle se situe en retrait par rapport aux garanties de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pourquoi, dès lors, le Constituant de 1993 s'est-il arrêté à une consécration purement institutionnelle du juge administratif? L'occasion était pourtant très belle.

2. Les garanties non juridictionnelles

A l'instar des garanties juridictionnelles examinées ci-dessus, les procédures non juridictionnelles de protection des droits fondamentaux ne sont pas spécialement et exclusivement destinées à cette protection, celle-ci représentant un des terrains où elles peuvent recevoir application¹²⁶. Il y a plus. Ces procédures ne se limitent pas toutes à un contrôle exclusivement juridique.

Il ne s'agit pas ici de présenter un éventail exhaustif de tous les modes non juridictionnels envi-

sageables¹²⁷, mais de nous limiter aux seules procédures visées par les réformes de 1993.

a. Les garanties à l'égard des administrés

Dans la Suède du XVIII^e siècle, est apparu l'ombudsman, terme qui désigne «celui qui plaide pour autrui»¹²⁸. Progressivement, l'institution de l'ombudsman a connu un rayonnement considérable. Elle vise, aujourd'hui, toute autorité indépendante assumant une mission d'intermédiaire entre, d'une part, les particuliers et, d'autre part, les pouvoirs publics¹²⁹. Parmi ceux-ci, c'est l'administration qui est plus spécialement concernée.

Si l'institution s'est solidement implantée à travers la planète¹³⁰, elle s'est également diversifiée. La variété des dénominations est d'ailleurs à la mesure de la diversité des missions imparties aux ombudsmen : le Médiateur de la République en France ou au Sénégal, le Protecteur du citoyen au Québec, le Défenseur du peuple en Espagne (*Defensor del pueblo*), le Pourvoyeur de justice au Portugal (*Provedor de justiça*), le Commissaire parlementaire pour l'administration en Grande-Bretagne (*Parliamentary Commissioner for Administration*), etc. Il n'est pas jusqu'au Traité de Maastricht à avoir cédé à cette mode, en instituant un médiateur européen¹³¹.

Au-delà de cette diversité, le rôle essentiel de tout ombudsman est, dans un souci d'équité davantage que de légalité, d'apporter une aide aux «administrés» — c'est faute de mieux que nous retenons ce terme — en difficulté, ce qui le conduit à contribuer à assurer la défense des droits fondamentaux de la personne humaine¹³². Trois critères généraux ont été dégagés par Donald C. Rowat¹³³. L'ombuds-

¹²⁷ Ainsi, certains plaident en faveur de l'introduction en Belgique des «autorités administratives indépendantes», institution d'origine française qui joue un rôle régulateur dans des secteurs particulièrement liés aux droits fondamentaux. Voy. par ex., dans le domaine de l'audiovisuel, F. Jongen, *La police de l'audiovisuel — Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1994, spéc. pp. 516-517.

¹²⁸ Voy. A. Legrand, *L'ombudsman scandinave — Etudes comparées sur le contrôle de l'administration*, Paris, L.G.D.J., 1970, spéc. pp. 21-34.

¹²⁹ J.-M. Le Clainche, «Ombudsman», in *Dictionnaire constitutionnel* (dir. O. Duhamel et Y. Meny), Paris, P.U.F., 1992, p. 675.

¹³⁰ Voy. H.B. Jacobini, *An Introduction to Comparative Administrative Law*, Oceana Publications, 1991, pp. 201-223.

¹³¹ Art. G 41, H 6 et I 2 du Traité sur l'Union européenne du 7 février 1992.

¹³² M. Le Clainche, «L'ombudsman, cet inconnu», *Rev. fr. adm. publ.*, 1992/64, p. 563. Voy. G.E. Caiden, N. Macdermot et A. Sandler, «The Institution of Ombudsman», in *International Handbook of the Ombudsman — Evolution and Present Function* (ed. G.E. Caiden), Greenwood Press, 1983, p. 5.

¹³³ D.C. Rowat, *The Ombudsman Plan — The Worldwide Spread of an Idea*, 2^e éd., University Press of America, 1985, pp. 183-184.

¹²³ Le pouvoir du Roi de compléter et de préciser les principes législatifs sur la procédure devant le Conseil d'Etat, qui n'est qu'une confirmation du système existant depuis 1946, a suscité de vifs débats au cours des discussions parlementaires, certains considérant qu'en tant que garantie au profit des justiciables, la procédure ne peut être régie par ceux-là mêmes dont le Conseil d'Etat est appelé à censurer les actes : voy. not. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 831/3, pp. 3-5 et 7.

¹²⁴ Voy. Cass., 9 octobre 1959, *Pas.*, 1960, I, p. 170, concl. proc. gén. Hayoit de Termicourt ; *R.C.J.B.*, 1960, note P. De Vischer («De la portée des dispositions constitutionnelles concernant les jugements à l'égard des décisions contentieuses administratives»).

¹²⁵ Voy. not. Cass., 5 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 289.

¹²⁶ J. Rivero, *op. cit.*, p. 272.

man est une autorité indépendante et impartiale chargée, par la Constitution ou par la loi, de superviser l'administration, ce qui suppose qu'il soit nommé par un organe parlementaire et non par le pouvoir exécutif¹³⁴. Il reçoit les plaintes que les particuliers introduisent contre les injustices ou les dysfonctionnements de l'administration. Il a le pouvoir d'investiguer, de critiquer l'action administrative et d'en informer le public, mais pas celui de la renverser.

C'est dans cette perspective que s'inscrit le récent avant-projet de loi instaurant un médiateur¹³⁵. On y retrouve les trois critères définis ci-dessus. Tout d'abord, selon les articles 1 et 3 de l'avant-projet, deux médiateurs (ou médiatrices) – l'un francophone, l'autre néerlandophone – sont nommés, pour une période de six ans, par la Chambre des représentants. L'article 4, alinéa 1er, précise d'ailleurs, pour autant que de besoin, que les médiateurs ne reçoivent d'instruction d'aucune autorité. Il y va donc bien d'un ombudsman parlementaire. Ensuite, selon ce même article 1er, les médiateurs ont pour mission notamment d'examiner les réclamations relatives au fonctionnement des autorités administratives fédérales visées à l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, à l'exclusion des autorités dotées de leur propre médiateur par une réglementation légale particulière¹³⁶. Une telle réclamation peut, en vertu de l'article 5, être introduite par «toute personne concernée», cette condition devant, selon l'exposé des motifs, être interprétée lar-

gement : un intérêt n'est pas requis. Enfin, les médiateurs sont habilités, après d'éventuelles investigations (article 7), à adresser à l'autorité administrative toute recommandation qu'ils estiment utile (article 9, alinéa 3). Bien évidemment, les médiateurs doivent s'efforcer de concilier les points de vue du réclamant et de l'autorité administrative (article 9, alinéa 2), cette entremise active en vue de dénouer une situation conflictuelle étant le propre de toute médiation¹³⁷. Mais, en tout état de cause, il ne leur revient pas d'adresser des injonctions à l'administration. Au demeurant, la question n'a pas été envisagée de la possibilité pour les médiateurs d'agir dans le cadre du contentieux de l'excès de pouvoir, par la saisine de la section d'administration du Conseil d'Etat, à l'image du Défenseur du peuple espagnol, habilité à déclencher notamment le recours d'*amparo* (entre autres à l'encontre des actes administratifs), dans l'intérêt de la légalité¹³⁸.

Au-delà des textes, il est bien évident que l'efficacité de l'intervention d'une telle autorité sera d'autant plus grande que sera forte la conscience démocratique du corps social¹³⁹. Et, avant tout, celle de l'administration elle-même... A défaut, les médiateurs n'auront pas même une valeur symbolique.

b. Les garanties à l'égard des minorités linguistiques

Enjeu politique délicat depuis la naissance de l'Etat belge, la question des minorités linguistiques n'a pourtant suscité, en 1993, que des réformes mineures¹⁴⁰. Apaisement ou fatalisme? Plus prosaïquement, on y verra la nécessité de ne pas ébranler la fragile majorité obtenue autour des accords dits «de la Saint-Michel».

Deux modifications ont été apportées aux lois coordonnées sur l'emploi des langues en matière administrative¹⁴¹. Toutes deux concernent les auto-

¹³⁴ Sur le caractère nécessairement parlementaire de l'ombudsman («un bras du parlement dans sa fonction de contrôle de l'administration»), voy. égal. D.C. Rowat, «Pourquoi un ombudsman parlementaire?», *Rev. fr. adm. publ.*, 1992/64, spéc. p. 569. Pour un cas particulier, voy. D.G. Lavroff, «A propos d'une institution espagnole : le Défenseur du peuple», in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, op. cit., spéc. p. 546.

¹³⁵ Voy. égal. la proposition de loi du 25 mai 1993 instituant des médiateurs au Parlement, déposée par MM. Hiance, Langendries, Van Hecke, Mme de T'Serclaes et M. Goutry (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1026/1). Lors des discussions parlementaires sur le nouvel article 32 de la Constitution (voy. ci-dessus), le ministre de l'Intérieur et de la Fonction publique a indiqué qu'une disposition constitutionnelle relative à la création d'un médiateur pourrait être adoptée au cours de cette législature (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1992-1993, n° 100-49/2°, p. 2). Le cas échéant, la Belgique rejoindrait les quelques rares pays qui, tel le Portugal et l'Espagne, ont opté pour une reconnaissance par la voie constitutionnelle, ce qui présente l'avantage de la cohérence (instrument de protection des droits fondamentaux et corollaire du régime parlementaire) et confère à l'institution la stabilité et l'indépendance qu'elle mérite.

¹³⁶ Voy. par ex. art. 43 à 46 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques. Des médiateurs (ou ombudsmen) ont également été institués au niveau des entités fédérées (voy. par ex. art. 12 du décret flamand précité du 23 octobre 1991; art. 19 de l'ordonnance du 30 mai 1991 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale), voire au niveau des collectivités locales, comme dans la ville d'Anvers (voy. S. Verbouwe, «Ombudsvoorzieningen in België: een status questionis», *D.C.C.R.*, 1991, pp. 844-845).

¹³⁷ F. Delpérée, «Administration et médiation», *A.P.T.*, 1982, p. 218.

¹³⁸ Voy. M. Verdussen, «Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel dans une perspective comparative», in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel* (dir. F. Delpérée), Paris, Economica, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 167-168 et p. 170. Le Pourvoyeur de justice portugais dispose lui aussi d'un tel droit de saisine : voy. *ibid.*, pp. 174-175.

¹³⁹ F. Astarloa Villena, «Una introducción al estudio del Defensor del pueblo», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 1993/2, p. 93.

¹⁴⁰ Les minorités linguistiques doivent être distinguées des minorités institutionnelles et idéologiques, qui sont également touchées par la réforme de 1993 : voy. X. Delgrange, «Fédéralisme et protection des minorités», in *La Constitution fédérale du 5 mai 1993*, op. cit., pp. 67 à 85.

¹⁴¹ Voy. P. Van Orshoven, «Brussel, Brabant en de minderheden», in *Het federale België na de vierde Staatsbervorming* (dir. A. Alen et L.P. Suetens), Bruges, Die Keure, 1993, pp. 260-264, n° 41-45.

rités chargées de surveiller l'application de cette législation. La première vise la Commission permanente de contrôle linguistique. Alors qu'elle n'avait jusqu'ici qu'un simple rôle consultatif, elle dispose désormais d'un certain pouvoir de contrainte – et plus particulièrement de substitution –, et ce dans une hypothèse précise : lorsqu'elle est saisie d'une plainte introduite par un particulier domicilié dans une des communes à régime linguistique spécial ou dans une des communes de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale, la Commission peut joindre à son avis une mise en demeure à l'attention de l'autorité concernée (ce qui confère à l'avis une portée contraignante) et, au cas où celle-ci ne s'y conformerait pas, prendre en lieu et place de l'autorité défaillante toutes les mesures nécessaires afin d'assurer le respect des lois coordonnées¹⁴². La seconde modification résulte de la scission de la province du Brabant¹⁴³. Elle consiste à instituer un gouverneur adjoint de la province du Brabant flamand qui, à l'instar du vice-gouverneur pour l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale, est chargé, lui aussi, de veiller à l'application de la législation sur l'emploi des langues en matière administrative, mais dans les communes périphériques¹⁴⁴. De surcroît, les pouvoirs de l'un et de l'autre de ces commissaires du gouvernement ont été étendus¹⁴⁵. Ils ont, tout d'abord, le pouvoir de suspendre l'exécution des actes par lesquels une autorité communale ou un centre public d'aide sociale d'une commune périphérique ou d'une commune de l'arrondissement de Bruxelles-Capitale viole la législation sur l'emploi des langues en matière administrative. Ils sont chargés, ensuite, d'examiner les plaintes (déposées par toute «personne physique ou morale») relatives au non-respect de cette législation pour des matières localisées ou localisables dans une commune périphérique ou dans une commune de l'arrondissement administratif de Bruxelles-Capitale et, en cas de non-conciliation, de transmettre la plainte à la Commission permanente de contrôle linguistique.

Dans la mesure où elles peuvent assurer une protection plus effective des minorités linguistiques, ces modifications sont heureuses. Elles contribuent d'ailleurs à rendre les minorités protégées – les francophones dans les communes périphériques et les flamands dans les communes bruxelloises – *un peu*

moins minoritaires. Car les minorités ne se définissent pas tant par le nombre de membres qui les composent (critère arithmétique) que par la situation discriminatoire que les rapports de force et de droit induisent à leur égard (critère structurel)¹⁴⁶. Les minorités sont ainsi le produit d'«une structuration sociale déterminée»¹⁴⁷.

Il n'en reste pas moins qu'en marge des droits linguistiques spécifiques, les droits fondamentaux *en général* – et les modes de protection qui y sont liés – peuvent jouer un rôle essentiel pour la protection des minorités linguistiques¹⁴⁸. En effet, l'enjeu de cette protection ne se réduit pas à la liberté d'user de la langue de son choix. Protéger une minorité, c'est préserver son identité. Toute son identité, et pas seulement son identité linguistique. Protéger une minorité, c'est garantir les libertés de ses membres. Toutes leurs libertés : la liberté de création culturelle, la liberté de choisir une école pour leurs enfants, la liberté de faire construire une maison où ils le désirent, la liberté de créer une association, la liberté de trouver un emploi, celle d'ouvrir un commerce, la liberté d'exprimer ses opinions, y compris sur le terrain politique, etc. En somme, la liberté de sauvegarder les attaches concrètes qui les relient à leur destinée commune ou à leur environnement social.

EN GUISE DE CONCLUSION

La déclaration de révision de la Constitution du 17 octobre 1991 énonçait que le titre II est soumis à révision en vue d'y insérer «des dispositions nouvelles permettant d'assurer la protection des droits et libertés garantis par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales». Le vœu était ambitieux. Force est aujourd'hui de constater qu'il était largement chimérique. En effet, hormis les droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que le droit au respect de la vie privée et familiale, aucune initiative sérieuse n'a été prise

¹⁴² Art. 61, §§ 7 et 8, des lois coordonnées, insérés par les lois spéciale et ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

¹⁴³ Art. 5, al. 1er, de la Constitution. Voy. *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 722/13, p. 164.

¹⁴⁴ Art. 65bis des lois coordonnées, inséré par la loi spéciale du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat.

¹⁴⁵ Art. 65 des lois coordonnées, remplacé par la loi ordinaire du 16 juillet 1993 visant à achever la structure fédérale de l'Etat, et art. 65bis précité.

¹⁴⁶ N. Rouland, *Aux confins du droit – Anthropologie juridique de la modernité*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1991, p. 224. Comp. J. De Munck, «Les minorités en Europe», in *L'Europe au soir du siècle...*, op. cit., p. 145.

¹⁴⁷ A. Fenet, «La question des minorités dans l'ordre du droit», in *Les minorités à l'âge de l'Etat-nation*, Paris, Fayard, 1985, p. 37.

¹⁴⁸ Voy. B. De Witte, «Droits fondamentaux et protection de la diversité linguistique», in *Langue et droit*, Actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé (27-29 avril 1988), Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, pp. 85 à 101. Sur la notion de minorités et sa protection au regard des droits de l'homme, voy. not. J.-C. Scholsem, «Faut-il protéger les minorités? Quelques remarques introductives», in *Présence du droit public et des droits de l'homme...*, op. cit., t. II, pp. 1167 à 1178.

afin de mieux combler le souhait exprimé par les trois branches du pouvoir législatif ¹⁴⁹.

Quant à la proposition d'insérer un article 3quater qui, en son alinéa 2, dispose que la Belgique «garantit les valeurs fondamentales de l'Etat de droit et les droits inviolables de l'homme (...) comme idéal commun unissant le peuple belge», et ce dans l'esprit notamment de la Déclaration universelle des droits de l'homme et de la Convention européenne des droits de l'homme ¹⁵⁰, elle est bien trop ambiguë, voire maladroite, pour être prise en considération. Revêt-elle une portée exhortatoire ou bien a-t-elle un caractère réellement impératif? Le cas échéant, doit-on lui attribuer la valeur d'une directive d'interprétation des droits fondamentaux reconnus par le texte constitutionnel, à l'image de l'article 10, § 2, de la Constitution espagnole ¹⁵¹?

¹⁴⁹ Il faut relever cependant qu'a été envisagée l'insertion dans la Constitution d'un article 107bis énonçant que «les cours et tribunaux n'appliqueront les lois, les décrets, les règles visées à l'article 26bis, les arrêtés et les règlements qu'autant qu'ils seront conformes aux normes du droit international et aux normes des institutions de droit international public ayant un effet direct». L'insertion de cette disposition visait à «constitutionnaliser» la jurisprudence de l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation (Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886, concl. proc. gén. W.J. Ganshof van der Meersch).

¹⁵⁰ Proposition de MM. Ducarme et Reynders du 19 mars 1993 (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 957/1), reprise sur ce point par la proposition de M. Simons, Mme Aelvoet et M. Decorte du 18 mai 1993 (*ibid.*, n° 1013/1). Dans le même ordre de préoccupations, voy. la proposition de loi de M. Eerdekens du 12 juillet 1993 visant à subordonner l'octroi de la dotation aux seuls partis politiques ayant inscrit dans leurs statuts l'engagement de respecter, tant dans leurs activités que dans leur programme, les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme (*Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 1992-1993, n° 1113/1).

Le Constituant ne pourra plus longtemps ignorer la protection internationale des droits de l'homme, soit qu'il en intègre les garanties dans la Constitution elle-même, soit qu'il impose une interprétation constitutionnelle conforme à ces garanties. En toute hypothèse, il faut se souvenir que la Convention européenne a vocation à «exprimer des garanties minimales applicables à l'ensemble des Etats qui l'ont ratifiée, et non pour se substituer aux différentes chartes nationales en vigueur» ¹⁵². En somme, elle est l'expression d'un idéal qui ne demande qu'à être proclamé et concrétisé, à leur niveau, par ceux-là mêmes qui sont censés le partager. La superposition de garanties nationales et internationales de protection des droits fondamentaux est d'ailleurs de nature à favoriser un mouvement dialectique des droits de l'homme.

17.2.1994

¹⁵¹ «Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne». Voy. M. Verdussen, «La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel», in *La mise en oeuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Actes de la journée d'études du 20 janvier 1994, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 44-47.

¹⁵² H. Dumont, «Etat, Nation et Constitution. De la théorie du droit public aux conditions de viabilité de l'Etat belge», in *Belgitude et crise de l'Etat belge*, Bruxelles, Publications des F.U.S.L., 1989, p. 115.