

La constitutionnalité des mesures de lutte contre la pandémie de COVID-19 en questions

Cecilia Rizcallah

Professeure invitée à l'USL-B et à l'ULB, chargée de recherches au F.R.S.-FNRS

Sebastien Van Drooghenboreck

Professeur ordinaire à l'USL-B et assesseur au Conseil d'Etat



AVERTISSEMENT

- Il s'agit plus de poser les « questions » que d'y apporter une réponse définitive
- Work in progress
 - loi « pandémie » annoncée ...
 - Contentieux abondant, tant devant les juridictions judiciaires, que devant la Section du contentieux administratif du Conseil d'État (voir. p.ex. dernier numéro de la JLMB)
- Devoir de réserve
- Choix de traiter de questions transversales

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

De Standaard

Meest recent Binnenland Coronacrisis Amerikaanse verkiezingen Buitenland Meer ▼



Opinie | Haal het parlement uit quarantaine en maak een coronawet

02/11/2020 om 10:08 door red.



Foto: Photo News

De Raad van State aanvaardt dat één minister maatregelen neemt

LEES MEER MENINGEN UIT DE KRANT

COMMENTAAR



⊕ Ideeën niet verbieden, maar overwinnen

LIEVEN SIOEN

1

Meer commentaarstukken

OPINIES



⊕ Nare tijden voor liberale militanten

SVEN DE SPIEGELEER



De Vlaamse minister-president

LE SOIR

conomie Sports Culture Opinions

1°

Accueil > Opinions > Cartes blanches

Carte blanche: «Sortez le parlement de la quarantaine!»

Le Conseil d'Etat a considéré que le ministre de l'Intérieur peut adopter, sur la base de la législation actuellement en vigueur, des mesures qui restreignent nos libertés et nos droits constitutionnels. Vingt-cinq spécialistes du droit constitutionnel tirent la sonnette d'alarme.



La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Pour aller plus loin...

- S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, “Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés”, in L. Detroux, M. El Berhoumi and B. Lombaert (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie en péril*, Brussels, Larcier, 2019, pp. 19 – 63.
- S. Van Drooghenbroeck, X. Delgrange, J. Van Nieuwenhove, L. Vancrayebeck, C. Jenart, L. Detroux, *Les délégations de pouvoir réglementaires "internes" à un pouvoir exécutif -Retour naïf sur quelques enseignements classiques*, E. Vandénbossche (ed.), *Regeren anno 2020* (Bibliotheek Grondwettelijk Recht), La Chartre, Bruges, 2020, p. 75-112.
- P. Popelier, J. Van Nieuwenhove, T. Moonen, « Themanummer: Regelgeving in tijden van corona », *TvW*, 2020.
- G. Ninane, « La pandémie de Covid-19 et le pouvoir de police administrative de l'état d'urgence du ministre de l'Intérieur », *J.L.M.B.* , 2021, pp. 17-25
- F. Bouhon, A. Jousten, X. Miny et E. Slautsly, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier du Crisp*, 2020.
- S. Parsa et M. Uyttendaele (dir.), *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Anthémis, 2020

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Introduction – plan de la présentation

I. Qui ? : Les contraintes constitutionnelles pesant sur l'identité des auteurs de mesures de lutte contre la pandémie

- Questions de répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions dans la lutte contre la pandémie
- Questions de répartition des pouvoirs au sein de la collectivité compétente : le rôle respectif de la loi (ou du décret ou de l'ordonnance), du Roi (ou du gouvernement/collège) et de chacun des Ministres

II. Quoi ? Les contraintes constitutionnelles pesant sur le « contenu » des mesures susceptibles d'être prises

- L'admissibilité de principe de certaines formes radicales de limitation des droits et libertés : peut-on aller jusqu'à suspendre un droit ou une liberté dans la lutte contre la pandémie ?
- Les conditions de licéité des mesures *a priori* admissibles : légitimité du but poursuivi, proportionnalité

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Question, jusqu'à présent, peu « plaidée »
- Enjeux considérables
 - P. Minsier et Q. Peiffer, « Réflexions sur les règles de répartition des compétences lors de la crise du coronavirus COVID-19 », *La pandémie de Covid-19 face au droit*, Anthémis, 2020, p. 117 : « il est permis de douter de la compétence de l'autorité fédérale pour adopter **toutes les dispositions** de cet arrêté. De nombreuses mesures décidées relèvent a priori des compétences des entités fédérées en matière d'emploi, de commerce, d'enseignement ou encore de culture ».
 - K. Reybrouck « Hoe het Coronavirus onze bevoegdheidsverdeling op de proef stelt » (<https://www.leuvenpubliclaw.com/hoe-het-coronavirus-onze-bevoegdheidsverdeling-op-de-proef-stelt/>)

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

La lutte contre la pandémie n'est pas une « **matière en soi** », attribuée à la compétence d'une et d'une seule collectivité

CE, avis n°53.018/VR du 13 mai 2013 (consultable sur www.raadvst-consetat.be) Voir aussi avis 66.387/I du 29 août 2019

« Ce n'est pas parce que des mesures portent sur la lutte contre une crise touchant à la santé publique que l'autorité fédérale peut être réputée compétente. Au contraire, **chaque autorité est responsable de la lutte contre une crise touchant à la santé publique dans les limites de ses propres compétences matérielles**, ce qui n'exclut pas toutefois qu'un accord de coopération puisse être conclu à ce propos »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Compétences fédérales pertinentes :
 - « Sécurité civile », « protection civile »;
 - Préservation de l'ordre public;
 - Aspects de la matière de la santé n'ayant pas fait l'objet d'attribution aux Communautés par l'article 5, § 1er, I, de la loi spéciale du 8 août 1980 :
 - Matières expressément « réservées » : les « mesures prophylactiques nationales » (vaccination obligatoire), législation organique sur les hôpitaux, ...
 - Matières non expressément attribuées (compétences résiduelles) : , réglementation de l'art de guérir, des professions de santé, des médicaments et des dispositifs médicaux,, aide médicale urgente, ...

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Compétences « communautaires » pertinentes en matière de santé
 - Article 5, § 1^{er}, I, 8° de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 : « l'éducation sanitaire ainsi que les **activités et services de médecine préventive**, ainsi que **toute initiative** en matière de médecine préventive »
 - Transfert à la Région wallonne et à la COCOF sur base de l'article 138 de la Constitution
 - A Bruxelles, COCOM pour ce qui concerne les institutions « bicommunautaires » et les obligations directement imposées aux particuliers

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Définition large des compétences « communautaires » en matière de médecine préventive :

C.E., Avis 66.387/3, 29 août 2019 :

« Aux yeux du législateur spécial, les activités et services de médecine préventive concernent une série de matières énumérées dans les travaux préparatoires de la loi spéciale du 8 août 1980 , parmi lesquelles **'le dépistage et la lutte contre les maladies contagieuses'**. Cette compétence communautaire permet également de prévoir une obligation de déclaration pour certaines maladies contagieuses, ainsi que certaines **mesures pour prévenir la propagation de ces maladies, y compris des mesures de désinfection et de quarantaine et l'obligation de traiter les personnes contaminées** »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Définition large des compétences « communautaires » en matière de médecine préventive :
- Avis 67.425/3, 67.426/3 et 67.427/3 donnés le 26 mai 2020 (consultable sur www.raadvst-consetat.be), et nombreuses références citées :

« l'entrée en contact avec les personnes (potentiellement ou présumées) infectées, ainsi que les personnes et les collectivités avec lesquelles elles ont été en contact, la formulation de recommandations à ces personnes en vue de prévenir d'autres infections et l'imposition de mesures de confinement à ces mêmes personnes »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Compétences matérielles « ordinaires » des Communautés :
 - Enseignement
 - Sport
 - Culture, musées, bibliothèques, ...
- Compétences matérielles « ordinaires » des Régions :
 - Transports
 -

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Les « métaprinipes » de répartition et de mise en œuvre des compétences
 - La *summa divisio* entre compétences attribuées et compétences résiduelles : **il ne peut y avoir de lacunes** dans la répartition des compétences, et de matières qui ne relève de la compétence de « personne »
 - L'exclusivité : pour toute matière, **une et une seule** collectivité est compétente
 - Les qualifications dépendent du **contenu** des mesures prises, et **non des objectifs** poursuivis
 - **L'indisponibilité**

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

C.C., 165/2020, 17 décembre 2020

B.11.1. La répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les régions repose sur un système de compétences exclusives **qui implique que toute situation juridique soit en principe réglée par un seul législateur**. Lorsqu'une réglementation a, comme en l'espèce, des liens avec plusieurs attributions de compétences, la Cour doit rechercher où se trouve l'élément **prépondérant de** la relation juridique réglée.

B.11.2. Les compétences qui ont été attribuées aux communautés et aux régions sont en principe définies en termes de matières et non en termes d'objectifs. **L'objectif qui est poursuivi par l'adoption d'une norme ne peut ainsi en principe pas déterminer par lui-même si la norme** entre dans la sphère de compétence du législateur décentral dont elle émane.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- CE, avis 67.717/VR donné le 15 juillet 2020 (consultable sur www.raadvst-consetat.be)

« **les règles répartitrices** de compétences sont des règles de droit contraignantes d'ordre public qui ne se prêtent pas à des mécanismes, tels que la renonciation ou la représentation par accord mutuel entre autorités »

Arrêté ministériel du 28 octobre 2020, art. 19

Les transports publics sont maintenus.

Toute personne, à l'exception des enfants jusqu'à l'âge de 12 ans accomplis, est obligée de se couvrir la bouche et le nez avec un masque ou toute autre alternative en tissu dès l'entrée dans l'aéroport, la gare, sur le quai ou un point d'arrêt, dans le bus, le (pré)métro, le tram, le train ou tout autre moyen de transport organisé par une autorité publique. Lorsque le port d'un masque ou d'une alternative en tissu n'est pas possible pour des raisons médicales, un écran facial peut être utilisé.

Par dérogation à l'alinéa 2, le personnel roulant des sociétés de transport en commun n'est pas obligé de se couvrir la bouche et le nez, pour autant d'une part que le conducteur soit bien isolé dans une cabine et d'autre part qu'une affiche et/ou un autocollant indique aux usagers la raison pour laquelle le conducteur ne porte pas de masque.

Arrêté de ps n°65 du Gouvernement wallon du 10 décembre 2020

A l'exception des enfants jusqu'à l'âge de 12 ans accomplis ou à l'exception de personnes qui sont dans l'impossibilité de porter un masque, une alternative en tissu ou un écran facial, en raison d'une situation de handicap attestée au moyen d'un certificat médical, toute personne se couvre la bouche et le nez avec un masque ou toute autre alternative en tissu dès l'entrée dans la gare de bus, sur le quai ou un point d'arrêt, dans le bus, le (pré)métro, le tram, ou tout autre moyen de transport organisé par la Région wallonne. Lorsque le port d'un masque ou d'une alternative en tissu n'est pas possible pour des raisons médicales, un écran facial peut être utilisé.

Par dérogation à l'alinéa 2, le personnel roulant des sociétés de transport en commun peut ne pas se couvrir la bouche et le nez, pour autant que le personnel roulant soit bien isolé de la zone du véhicule accessible aux voyageurs.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui? La répartition des compétences entre l'État, les Communautés et les Régions

- Les enjeux
 - Opportunité et possibilité d'une application cumulée ?
 - *L'infra vires* : qui est responsable – politiquement et civilement – en cas de carence ?
- Quid ?
 - Le « double aspect » ?
 - Les compétences implicites, dans le chef des Communautés et Régions et dans le chef de l'autorité fédérale (avis n°58316/VR du 1^{er} décembre 2015)
- La nécessité de repenser la question....

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Qui?

- I. L'exigence d'une intervention du législateur vs. l'intervention du Pouvoir exécutif
- II. L'intervention du Roi vs. l'intervention du Ministre

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

I. L'exigence d'une intervention du législateur vs. l'intervention du pouvoir d'exécutif

- Le principe de légalité en droit constitutionnel belge : l'exigence de l'intervention d'une loi au sens formel (loi, décret ou ordonnance)
- Les données du droit de la Convention européenne des droits de l'homme : exigences « qualitatives » d'accessibilité et de prévisibilité
- L'orthodoxie: le cumul. Mais...
- L'admission des délégations

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ Le principe de légalité en droit constitutionnel belge

C.E., Avis 39.942/AG du 18 avril 2006 :

« Dans l'ordre juridique belge, les **éléments essentiels** d'une réglementation doivent figurer dans une norme adoptée par le pouvoir législatif. Cette exigence est renforcée lorsque cette réglementation tend à limiter un **droit fondamental** »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ Le principe de légalité en droit constitutionnel belge

- Articles 8, 11, 11bis, 30, 14, 12, 15, 22, 24 et 32 de la Constitution
- Le principe de légalité des restrictions aux droits et libertés : un principe général de droit
 - C.E., Avis 39.942/AG du 18 avril 2006
 - C.E. Avis 64.133/AG du 5 octobre octobre 2018
 - C.E., Avis 64.117/I du 11 octobre octobre 2018

*La mise en œuvre des droits fondamentaux « relève de la **compétence naturelle** du législateur »*

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ Le principe de légalité en droit constitutionnel belge

- Le principe de légalité des incriminations et des peines (*lex specialis*)

Art. 12

La liberté individuelle est garantie. Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit

Art. 14

Nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **Le principe de légalité en droit constitutionnel belge**
- Les bénéfices escomptés de l'exigence de légalité
 - La légitimité démocratique
 - La prévisibilité des limitations
 - La réflexion garantie par la délibération parlementaire

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **Le principe de légalité en droit constitutionnel belge**
- L'exigence de l'intervention d'une « assemblée délibérante »

C.C., arrêt n°109/2016, 14 juillet 2016 :

« B.II.I. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante

B.II.I. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **Le principe de légalité en droit constitutionnel belge**
- L'exigence de l'intervention d'une « assemblée délibérante »

C.E., Avis 37.765/I/2/3/4 , 4 novembre 2004

« Par ailleurs, si la technique de la loi-programme offre, en ce qui concerne la discussion au Parlement, certains avantages, il n'en demeure pas moins qu'elle implique également des effets fâcheux. (...) Certaines dispositions de l'avant-projet touchent aux droits et libertés fondamentaux, dont la Constitution confie particulièrement la garantie au législateur, ou contiennent des innovations parfois fondamentales. Les unes comme les autres mériteraient un examen approfondi tant par les assemblées législatives que par la section de législation et ne devraient dès lors pas trouver leur place dans une. La vitesse à laquelle il est procédé entraîne une perte substantielle de la qualité de la législation, ce qui nécessite d'ailleurs souvent le recours a posteriori à une législation correctrice »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- Les données du droit de la Convention européenne des droits de l'homme

Cour E.D.H., 14 septembre 2010, *Sanoma Uitgevers B.V. c. Pays-Bas*

« En ce qui concerne l'expression 'prévue par la loi' qui figure aux articles 8 à 11 de la Convention, la Cour rappelle avoir toujours entendu le terme 'loi' dans son acception 'matérielle' et non 'formelle' ; elle y a inclus à la fois le 'droit écrit', comprenant aussi bien des textes de rang infralégislatif que des actes réglementaires pris par un ordre professionnel, par délégation du législateur, dans le cadre de son pouvoir normatif autonome, et le 'droit non écrit'. La 'loi' doit se comprendre comme englobant le texte écrit et le 'droit élaboré' par les juges. En résumé, la ' loi' est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **L'orthodoxie: le cumul. Mais...**

Art. 53 C.E.D.H. : “Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l’homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie”.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'orthodoxie: le cumul. Mais...

- Jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative **au droit au respect de la vie privée** et familiale (voy. not. les arrêts n° 202/2004 du 21 décembre 2004, B.5.4.; n° 131/2005 du 19 juillet 2005, B.5.2.; n° 151/2006 du 18 octobre 2006, B.5.6)

« B.5.2. Bien que, en utilisant le terme « loi », l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une « loi », au sens formel du terme, le même mot « loi » utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une **disposition législative**. Cette exigence constitutionnelle s'impose au législateur belge, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'orthodoxie: le cumul. Mais...

- Mais : jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la liberté d'expression convictionnelle (art. 19 de la Constitution interprété à la lumière de l'article 9 CEDH) (arrêt 81/2020, 4 juin 2020)

«B.23.1. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que le terme « loi » utilisé dans l'article 9, paragraphe 2, de la Convention européenne des droits de l'homme est une notion autonome. L'exigence selon laquelle une ingérence dans un droit fondamental doit être prévue par la loi emporte que l'ingérence doit trouver un fondement juridique suffisant en droit interne. **Le terme « loi » s'entend dans son acception matérielle et ne concerne donc pas exclusivement des normes législatives au sens formel** (CEDH, grande chambre, 10 novembre 2005, *Leyla Şahin c. Turquie*, § 88; 4 décembre 2008, *Dogru c. France*, § 52) »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

(I) Le principe de légalité des restrictions aux droits et libertés

- **L'orthodoxie: le cumul. Mais...**

- **Jurisprudence de la Cour de cassation**

Cass., 21 avril 1998

« De in art. 8.2 E.V.R.M. bedoelde wet is in de Belgische rechtssfeer een wet in de formele zin die toegankelijk en precies is ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **L'orthodoxie: le cumul. Mais...**
- **Jurisprudence de la Cour de cassation**

Cass., 26 février 2010, D.08.0010.F

« Au sens de l'article 10, § 2, de la Convention, « le terme loi désigne **toute norme de droit interne**, écrite ou non, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, pour autant que cette norme soit énoncée de façon précise et soit accessible aux personnes concernées ».

Dès lors, l'article 456 du Code judiciaire, « et l'interprétation qui en a été donnée par les instances disciplinaires et judiciaires, est suffisamment précise et accessible pour permettre à tout avocat, s'entourant au besoin de conseils éclairés, de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences juridiques de ses actes ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **L'orthodoxie: le cumul. Mais...**
- **Jurisprudence du Conseil d'Etat**

C.E., arrêt n° 210.000 du 21 décembre 2010

« L'intervention (des pouvoirs publics) peut certes constituer une ingérence dans l'exercice de la liberté garantie par l'article 9, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. À cet égard, il y a lieu de préciser que le terme "loi" utilisé par l'article 9, § 2, de la Convention est un concept autonome qui ne renvoie donc pas au droit interne. Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ce terme doit être compris dans son acception matérielle et non formelle, et inclut des **textes de rang infra-législatif** et le droit non écrit, y compris la jurisprudence, non seulement dans les pays de Common Law (arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979, § 47) mais aussi les pays continentaux (arrêt *Kruslin* du 24 avril 1990) »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

C.E., Avis 62.592/3, 3 janvier 2018

« La limitation des libertés et droits les plus fondamentaux est soumise dans presque tous les cas à un principe de légalité et nécessite dès lors toujours une intervention spécifique du législateur. Même s'il peut être admis que ces limitations de droits fondamentaux, eu égard à leur nature, ne doivent pas être fixées de manière très précise par le législateur lui-même, **elles doivent pouvoir reposer sur une délégation du législateur au Roi définie de manière suffisamment précise et suffisamment encadrée.** Une simple délégation générale n'est donc pas suffisante; des délégations expresses et spécifiques sont nécessaires »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

C.C. n°108/2017, 5 octobre 2017

« B.6.4. En réservant au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée, l'article 22 de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments **essentiels** sont fixés préalablement par le législateur.

Outre l'exigence de légalité formelle, l'article 22 de la Constitution impose également que l'ingérence dans l'exercice du droit au respect de la vie privée soit définie en des termes clairs et suffisamment précis qui permettent d'appréhender de manière prévisible les hypothèses dans lesquelles le législateur autorise une pareille ingérence. »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- **L'admission des délégations. En ce compris en matière pénale (art. 12 et 14 C° et 7 CEDH)**

C.C., 14 janvier 2016, n°1/2016, B.5.3.

« [e]n prévoyant que le pouvoir législatif est compétent pour déterminer dans quels cas des poursuites pénales sont possibles, l'article 12, alinéa 2, de la Constitution garantit à tout citoyen qu'aucun comportement ne sera punissable qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue »

C.C., 10 novembre 2011, n°166/2011, B.41.2

« Le principe de légalité en matière pénale ne va pas jusqu'à obliger le législateur à régler lui-même chaque aspect de l'incrimination. Une délégation au Roi n'est pas contraire à ce principe, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les **éléments essentiels** sont fixés préalablement par le législateur ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

Mais pas de manière illimitée... C.E. n°68.188/4 du 27 octobre 2020 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon portant exécution de l'article 47/15^{bis} du Code wallon de l'action sociale et de la santé

« Le dispositif en projet a ceci de spécifique que, pour déterminer le champ d'application des infractions pénales qu'il met en place, il renvoie *in fine*, d'une part, à des « recommandations et décisions des instances fédérales et interfédérales » (voir notamment l'article 1^{er}, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté en projet), et, d'autre part, à des actes de portée réglementaire dont il confie l'adoption à l'Inspecteur régional d'hygiène » (article 1^{er}, § 2, alinéa 1^{er}, 1^o, de l'arrêté en projet).

Le préambule de l'arrêté en projet confirme au demeurant que, s'agissant de la définition de toute une série de notions-clefs de celui-ci (« séjour sur un territoire à très haut risque d'infection par la COVID-19 », « personnes supposées infectées », « contacts étroits ou à hauts risques »), il sera renvoyé purement et simplement aux « décisions et recommandations des instances fédérales et interfédérales ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

Mais pas de manière illimitée... C.E. n°68.188/4 du 27 octobre 2020 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon portant exécution de l'article 47/15*bis* du Code wallon de l'action sociale et de la santé

« Invitée à énumérer les « instances fédérales et interfédérales » qui sont ainsi visées, et à identifier par-là-même les « recommandations et décisions » dont il est question, la déléguée de la Ministre a répondu que « sont notamment visée[s] les instances suivantes : Conseil national de sécurité, Comité de concertation, Risk Management Group, Conférence interministérielle Santé, Sciensano ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

Mais pas de manière illimitée... C.E. n°68.188/4 du 27 octobre 2020 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon portant exécution de l'article 47/15*bis* du Code wallon de l'action sociale et de la santé

« 3. Pareillement caractérisé, le dispositif en projet ne peut être jugé compatible avec le principe de la légalité en matière pénale, dont la portée est résumée ci-avant. En effet, non seulement ce dispositif comporte des délégations qui portent sur d'importants éléments réglementaires constitutifs des incriminations en cause et sont accordées à des autorités qui ne sont pas politiquement responsables, mais il emporte de surcroît des éléments d'insécurité juridique qui ne sont pas compatibles avec la qualité attendue de la loi pénale, telle que mise en avant par les jurisprudences précitées de la Cour constitutionnelle et de la Cour européenne des droits de l'Homme. ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

Mais pas de manière illimitée... C.E. n°68.188/4 du 27 octobre 2020 sur un projet d'arrêt du Gouvernement wallon portant exécution de l'article 47/15bis du Code wallon de l'action sociale et de la santé

« Il appartient au Gouvernement de veiller à ce que les comportements qu'il entend imposer à de simple citoyens soient clairement identifiables par ceux-ci, **ce qui ne peut être le cas si ces comportements sont recensés dans des « décisions » et « recommandations », non autrement précisées et au demeurant non juridiquement contraignantes (...), qui émanent d'instances dont l'énumération n'est fournie que de manière exemplative**, et non exhaustive. Il ne pourrait par ailleurs se concevoir que la publicité des comportements qui seraient ainsi rendus punissables pénalement, soit assurée sans le respect des formes requises par l'article 84 de la loi spéciale du 8 aout 1980 'de réformes institutionnelles' ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

■ L'admission des délégations

A propos de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 adopté sur la base de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile et la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile qui prévoit des sanctions pénales

Tribunal correctionnel du Brabant wallon du 26 juin 2020, *J.L.M.B.*, 2020, pp. 1755 à 1764

« La notion de « circonstances dangereuses » est certes large mais apparaît suffisamment claire et précise en l'espèce au regard de l'objectif précis du législateur, la multitude de situations de danger susceptibles de survenir ne pouvant, par la force des choses, être énumérée de manière exhaustive. Il en est de même du type de mesures pouvant être imposées à la population, à savoir « s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, et assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes visées par cette mesure ; (et) pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement », ces mesures visant sans doute possible des mesures d'évacuation et d'isolation de la population afin de se tenir à l'écart du danger et déterminent les éléments essentiels des mesures pouvant être prises par le ministre de l'Intérieur dont l'exécution concrète ne peut qu'être fonction de la situation de danger effectivement rencontrée et de l'évolution de celle-ci. **Il n'apparaît dès lors pas que le législateur ait ainsi entièrement abandonné au ministre de l'Intérieur le soin de préciser les comportements qui peuvent constituer des infractions aux dispositions de ladite loi, ni par ailleurs la sanction pénale susceptible d'être encourue.** »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

(I) Le principe de légalité des restrictions des droits et libertés

■ L'admission des délégations

A propos de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 adopté sur la base de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile et la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile qui prévoit des sanctions pénales

Tribunal de Police du Hainaut, Division Charleroi, 21 septembre 2020, *JLMB*, 2020, pp. 1692 à 1706

« Il s'agit manifestement ici d'un pouvoir de restreindre certaines libertés pour permettre la mise en œuvre de mesures essentiellement matérielles de protection de la population en qualité d'autorité coordinatrice des services de la sécurité civile. (...) Il ne s'agit en aucun cas d'un pouvoir permettant d'interdire tout déplacement ou mouvement de la population, ou certains d'entre eux, en cas de circonstances dangereuses dans l'absolu. La Constitution n'autorise pas d'attribuer un tel pouvoir exorbitant »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

(I) Le principe de légalité des restrictions des droits et libertés

■ L'admission des délégations

A propos de l'arrêté ministériel du 23 mars 2020 adopté sur la base de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile et la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile qui prévoit des sanctions pénales

CE, n°248.819, arrêt du 30 octobre 2020

« Alvast voorlopig wordt uit het voorgaande besloten dat de wetgever wat de strafbaarstelling betreft van de inbreuken op de bepalingen van het bestreden artikel 14 – bepalingen die in het kader van de beteugeling van de coronacatastrofe in een tijdelijke avondklok van één maand voorzien, om de besmettingsgraad en de overdracht van het coronavirus te beperken – is tegemoetgekomen aan het wettigheidsbeginsel vervat in artikel 14 van de Grondwet. De wetgever heeft op het eerste gezicht zelf genoeg het doel van de machtiging, de grenzen waarbinnen ze is verleend, en de strafbaar geachte gedraging gepreciseerd. ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

(I) Le principe de légalité des restrictions des droits et libertés

■ L'admission des délégations

Article 135, § 2, NLC

« De même, les communes ont pour mission de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police, notamment de la propreté, de la salubrité, de la sûreté et de la tranquillité dans les rues, lieux et édifices publics ».

Article 128 Loi provinciale

« Le gouverneur veille dans la province au maintien de l'ordre public, à savoir la tranquillité, la sûreté et la salubrité publiques ».

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

L'intervention du Roi vs. l'intervention du Ministre

Art. 182 de la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile

« Le **ministre ou son délégué** peut, en cas de circonstances dangereuses, en vue d'assurer la protection de la population, obliger celle-ci à s'éloigner des lieux ou régions particulièrement exposés, menacés ou sinistrés, et assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes visées par cette mesure; il peut, pour le même motif, interdire tout déplacement ou mouvement de la population.

Le même pouvoir est reconnu au bourgmestre »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

L'intervention du Roi vs. l'intervention du Ministre

- Art. 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police

« Sans préjudice des compétences qui leur sont attribuées par ou en vertu de la loi, **le ministre de l'Intérieur** et le gouverneur exercent à titre subsidiaire les attributions du bourgmestre ou des institutions communales lorsqu'ils manquent, volontairement ou non, à leurs responsabilités, lorsque les troubles à l'ordre public s'étendent au territoire de plusieurs communes, ou lorsque, bien que l'événement ou la situation soit localisée dans une seule commune, l'intérêt général exige leur intervention.

Les compétences visées à l'alinéa premier concernent les mesures de police administrative au sens de l'article 3, 1°, à l'exclusion de celles qui font l'objet de l'article 42 de la loi du 7 décembre 1998 organisant un service de police intégré, structuré à deux niveaux. »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

L'intervention du Roi vs. l'intervention du ministre

- Les principes orthodoxes

- Les délégations de pouvoir réglementaire au Ministre ne peuvent porter que sur des questions « **accessoire et de détail** » : pas sur l'essentiel du pouvoir réglementaire qui appartient, en principe, au Roi;
- Les délégations ne peuvent être faites que par le Roi lui-même, et **non directement par la loi**, « au dessus de la tête du Roi »
- Mais La Section de législation du Conseil d'État a, de temps à autres, admis une exception fondée sur « **l'urgence** »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Avis 59.277/I donné le 10 mai 2016 (consultable sur www.raadvst-consetat.be)

4. En vertu des principes constitutionnels relatifs à l'exercice des pouvoirs, le pouvoir réglementaire est dévolu au Roi. Certes, il n'est pas incompatible avec ces principes de conférer à un ministre une **délégation de pouvoirs d'ordre accessoire ou secondaire, mais il n'en demeure pas moins qu'il appartient alors en principe au Roi et non au législateur** d'octroyer pareille délégation. En effet, l'octroi par le législateur d'une délégation directe de pouvoirs de l'espèce à un ministre signifierait en principe que le législateur empiéterait sur une prérogative qui revient au Roi en tant que chef du pouvoir exécutif fédéral et s'immiscerait dans l'organisation interne du pouvoir exécutif.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Avis 39.272/3 donné le 29 novembre 2005 (consultable sur www.raadvst-consetat.be) Voir aussi 54380/1

Certes, il est généralement admis qu'un ministre peut être habilité à prendre certaines mesures, mais uniquement lorsqu'il s'agit de mesures d'ordre accessoire ou secondaire et, **sauf si une intervention urgente peut être requise**, il ne peut être habilité que par le Roi et non par le législateur ². En l'espèce, il ne s'agit pas de mesures d'ordre accessoire ou secondaire et, en outre, le projet concerne une délégation de pouvoir à un ministre par le législateur et non par le Roi, de sorte que l'article 7*bis* en projet n'est pas conforme sur ce point à la Constitution.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

CE, Arrêt 248.819 du 30 octobre 2020

30. In zoverre verzoekers de rechtstreekse toewijzing van bevoegdheid door de wetgever aan de minister bekritisieren, zetten zij de Raad van State ertoe aan de wet van 15 juli 2007 te toetsen aan bepalingen van de Grondwet. De Raad van State is daar echter niet toe bevoegd.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

CE, Arrêt 248.818 du 30 octobre 2020

zijn voldaan. In zoverre de verzoekende partij in die bevoegdheidstoewijzing een schending meent te kunnen ontwaren van de artikelen 33, 105 *iuncto* 108 van de Grondwet, lijkt het een kritiek op de wet te betreffen. Aldus zet de verzoekende partij de Raad van State ertoe aan de wet van 5 augustus 1992 te toetsen aan de bepalingen van de Grondwet. De Raad van State is daar echter niet toe bevoegd.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Code de droit économique

Art. XVIII.I. § 1er. Lorsque des circonstances ou des événements exceptionnels mettent ou sont susceptibles de mettre en péril tout ou partie du bon fonctionnement de l'économie, le ministre peut interdire, réglementer ou contrôler l'offre et la prestation de services, l'importation, la production, la fabrication, la préparation, la détention, la transformation, l'emploi, la répartition, l'achat, la vente, l'exposition, la présentation, l'offre en vente, la livraison et le transport des produits qu'il désigne.

Il peut réserver l'exercice de ces activités à des personnes ou entreprises qu'il désigne ou fermer les établissements dont l'activité leur apparaît superflue ou nuisible.

Il peut réduire ou suspendre l'approvisionnement de toutes personnes ou entreprises se livrant à une activité réglementée ou contrôlée en vertu de l'alinéa 1er lorsqu'elles refusent d'exécuter les instructions qui leur sont adressées ou que, par leur opposition, leur négligence ou pour tout autre motif, elles mettent en péril tout ou partie du bon fonctionnement de l'économie.

Les mesures, visées dans les alinéas précédents se limitent à ce qui est strictement nécessaire pour résoudre ou éviter les difficultés économiques qui sont ou peuvent être provoquées par les circonstances ou événements exceptionnels. Elles sont limitées dans le temps et ne peuvent durer plus longtemps que ce que les circonstances ou événements précités exigent.

§ 2. **L'arrêté ministériel pris sur base du paragraphe précédent, est confirmé le plus vite possible par un arrêté royal, délibéré en Conseil des ministres.**

Si cet arrêté n'est pas confirmé par le Roi, il est censé ne jamais avoir produit ses effets

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Quoi ?

- Jusqu'où? L'interdiction de la « suspension » des droits fondamentaux
- A quelles conditions? L'exigence de proportionnalité et ses prolongements procéduraux

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

I. Restriction et suspension

- Cadre théorique : distinction entre “restriction” et “suspension” des droits fondamentaux
- Restriction ; “traitement diminutif” du droit ou de la liberté. Postule l’existence d’un “résidu”
- Suspension/dérogation : mise entre parenthèses complète
- Illustration : le “système” de la Convention européenne des droits de l’homme

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

ARTICLE 9

Liberté de pensée, de conscience et de religion

1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.
2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

ARTICLE 15

Dérogation en cas d'état d'urgence

1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.
2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (paragraphe 1) et 7.
3. Toute Haute Partie contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

La Constitution belge interdit expressément la suspension des droits et libertés (en tous cas hors des circonstances où l'indépendance de la Belgique pourrait être menacée)

« Art. 187 La Constitution ne peut être suspendue en tout ni en partie »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- Principe de la clause la plus favorable (53 CEDH) : la Belgique ne peut pas prendre prétexte de la « permissivité » de la Convention pour faire ce que sa Constitution, plus protectrice, lui interdit.
- Expressément confirmé par CE, n°249314, 22 décembre 2020

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

CE, n°249.314, 22 décembre 2020

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

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

qui est davantage protectrice des droits et libertés dès lors qu'elle n'autorise à aucun moment leur suspension.

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

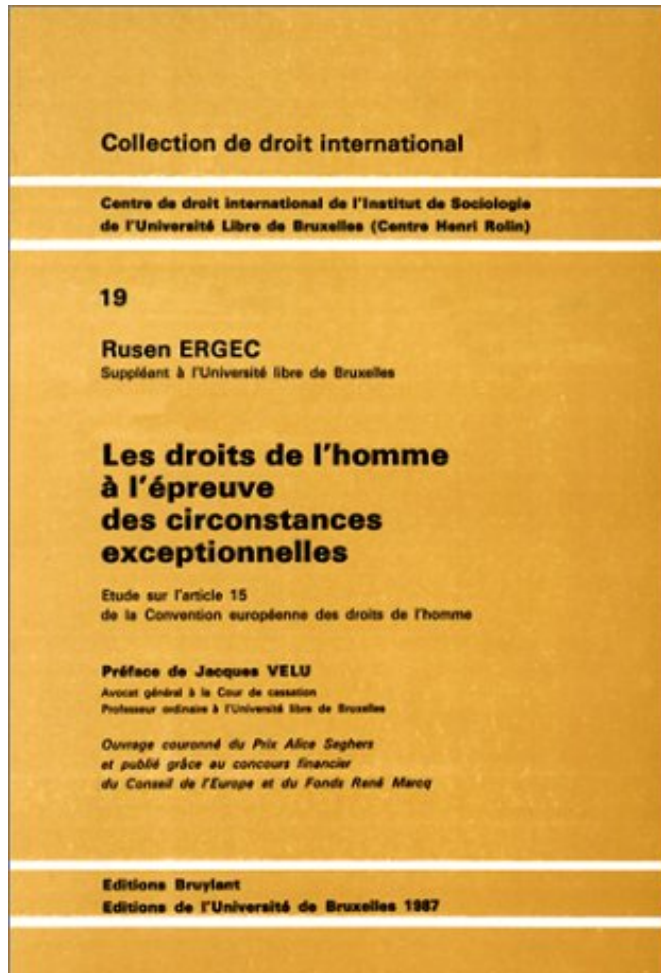
« Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante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

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

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

- « Restriction » et « suspension » : y a-t-il vraiment une différence ? Raisons de se montrer sceptique
 - Lors de la « première vague », certains États membres du Conseil de l'Europe (10) ont « activé » l'article 15. D'autres non... bien qu'ayant décidé exactement des mêmes mesures (interdiction de rassemblements....)
 - Certains des États « dérogeant » ont retiré leur dérogation à l'issue de la première vague, et réactivent aujourd'hui les mêmes mesuressans plus notifier de dérogation....
- Proposition théorique : l'utilité de la « dérogation » consisterait en la possibilité de porter atteinte à la « substance » de la liberté ou de droit concerné, ce que ne permettrait par contre pas la simple « restriction » aux droits concernés.

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions



«Le critère principal pour distinguer les restrictions de la dérogation réside dans l'étendue des ingérences autorisées aux droits garantis. **Les restrictions sont impuissantes à porter atteinte à la substance des droits garantis.** (...) La notion de dérogation comporte, en revanche, la possibilité d'une ingérence en principe libre de tout obstacle matériel. Déroger à une norme, c'est s'en écarter. La dérogation peut emporter paralysie complète de la norme » (R. Ergec)

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

German Law Journal

Search

Article

Metrics

Volume 20, Special Issue 6 (Interrogating the Essence of EU Fundamental Rights)

September 2019 , pp. 904-923

✓ Access  Open access

The ECHR and the Essence of Fundamental Rights: Searching for Sugar in Hot Milk?

Sébastien Van Drooghenbroeck and Cecilia Rizcallah

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

« Je pense que la prière n'a pas forcément besoin de lieu de rassemblement, où on ferait courir un risque à l'ensemble de sa communauté religieuse »

(C. Castaner)

« Croire, c'est croire ensemble »

(P. Ricoeur)

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

- L'exigence de légalité (cf. supra)
- L'exigence de légitimité
- L'exigence de proportionnalité
 - D'un point de vue substantiel
 - D'un point de vue procédural

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

- L'exigence de légitimité (CE, arrêt n°248819, 30 octobre 2020)

« Overigens bedenkt de Raad van State daarbij nog wat volgt. Artikel 23 van de Grondwet waarborgt een aantal economische, sociale en culturele rechten, waaronder – in het derde lid, 2° – het recht op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand. Die bepaling legt de overheid een verplichting tot handelen op en verleent zelfs aan burgers het recht om van de overheid een onmiddellijk optreden te vereisen wanneer het grondrecht op gezondheid van eenieder wordt bedreigd door de kracht van een imminente en zeer moeilijk te beheersen gezondheids crisis die het bestaande gezondheidssysteem dreigt te doen instorten. »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

L'exigence de proportionnalité d'un point de vue substantiel

- C.E., arrêt n° 83.940 *sprl Ramses contre ville de Vilvorde* du 7 décembre 1999

« qu'il doit ensuite examiner si les éléments qui lui sont soumis justifient la conclusion (1) que la mesure peut s'inscrire dans la catégorie des mesures utiles pour lutter contre le trouble redouté, (2) que, considérant les différentes possibilités dont dispose la commune pour maintenir l'ordre public, elle est nécessaire ou indispensable - c'est-à-dire la moins radicale - et (3) que, dans le souci de ne pas restreindre la liberté plus qu'il ne le faut, elle n'impose pas inutilement aux personnes qui doivent en subir l'inconvénient une limitation qui n'est pas en rapport avec la gravité du trouble de l'ordre que l'administration souhaite voir combattu »

- C.E., avis 65.507/2 du 25 mars 2019

« Il est généralement admis que cette notion se décompose en une triple exigence : la mesure restrictive doit contribuer à la réalisation de l'objectif légitime, elle doit être la voie la moins dommageable eu égard à la liberté en cause et le rapport entre le bénéfice escompté et le préjudice causé ne doit pas être disproportionné »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

L'exigence de proportionnalité d'un point de vue procédural

- Audition de groupes d'intérêts (C.E.D.H., Parrillo c/ Italie, 27 août 2015):

“185. Il ressort en effet d'un rapport de la XIIe Commission permanente présenté au Parlement le 26 mars 2002 que le **débat a été enrichi par les contributions** de médecins, spécialistes et associations engagées dans le domaine de la procréation médicalement assistée et que les discussions les plus vives ont porté en général sur la sphère des libertés individuelles, opposant les partisans d'une conception laïque de l'Etat aux tenants d'une approche confessionnelle de celui-ci.”

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

L'exigence de proportionnalité d'un point de vue procédural

- Respect des principes de bonne administration et protection juridictionnelle (C.E.D.H, arrêt Kocabas et Osmanoglu c. Suisse du 12 janvier 2017):

“104. la Cour rappelle que l'article 9 peut impliquer la mise en place **d'une procédure effective et accessible** en vue de protéger les droits garantis par cette disposition, et notamment la création **d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire** et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques appropriées.”

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

L'exigence de proportionnalité d'un point de vue procédural

- Recours à l'expertise/evidence-based decisions (CEDH, arrêt Hatton et autres c. Royaume-Uni du 8 juillet 2003) :

“128. Quant aux aspects procéduraux de l'affaire, la Cour relève que lorsqu'il s'agit pour un Etat de traiter, comme c'était le cas en l'espèce, des questions complexes de politique environnementale et économique, **le processus décisionnel doit nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées**, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu. Il **n'en résulte pas** pour autant que des décisions ne peuvent être prises qu'en présence de **données exhaustives** et vérifiables sur tous les aspects de la question à trancher.”

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

L'exigence de proportionnalité d'un point de vue procédural

■ C.E. arrêt du 22 décembre 2020, n°249.314

“Finalement, comme l'indique la partie adverse, l'acte attaqué a été adopté après une concertation, le 9 décembre dernier, **avec les représentants des cultes reconnus et des morale et philosophie non confessionnelles**, ce qui permet d'en déduire que ces derniers – à l'exception d'un représentant qui a proposé de fixer le plafond à 20 personnes – n'ont pas considéré cette limitation comme étant disproportionnée Il suffit pour s'en rendre compte de consulter notamment le communiqué des évêques de Belgique du 10 décembre 2020, la circulaire du 11 décembre 2020 du Métropolitain Athénagoras de Belgique à propos de nouvelles mesures et le communiqué de presse de l'Exécutif des musulmans de Belgique du 12 décembre 2020.

La première branche du moyen n'est pas jugée sérieuse . ”

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

II. Les conditions transversales des restrictions

L'exigence de proportionnalité d'un point de vue procédural

■ C.E. Arrêt 248.78I, 28 octobre 2020

“Ainsi qu’il ressort du préambule de l’arrêté attaqué et du dossier administratif, la partie adverse, depuis le début de la crise et avant de prendre l’arrêté attaqué, **s’est informée auprès d’organes consultatifs tels que le CELEVAL, s’est entourée de spécialistes qui ont apporté l’expertise requise** et a délibéré au sein du Comité de concertation et du Conseil des ministres. Le dossier administratif contient entre autres une note concernant le rôle de l’horeca dans la propagation de la COVID dans la société, note qui a été commentée lors du Comité de concertation du 16 octobre 2020 et qui fait notamment référence à **des études** et à des cas constatés de transmission de la COVID-19 dans le contexte des restaurants et cafés, ainsi qu’une version plus approfondie de cette note qui a été soumise au Comité de concertation du 18 octobre 2020.

La partie adverse peut ainsi se fier aux avis récents des experts qui indiquent de manière documentée les tendances et peut se fonder sur ceux-ci pour mener à bien sa politique, **quand bien même ces experts reconnaissent-ils que des incertitudes subsistent**, c’est cependant la seule façon d’appréhender la complexité de la situation »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

Conclusion :

- *De lege ferenda*, pour les grands architectes du droit public belge : la nécessité de revoir la copie
- *De lege lata*, pour les juges : quel peut-être l'impact légitime, sur le tranchant des principes, d'une interprétation « constitutionnellement conciliante » ?

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

CE, avis n°248819, 30 octobre 2020

« Overigens bedenkt de Raad van State daarbij nog wat volgt. Artikel 23 van de Grondwet waarborgt een aantal economische, sociale en culturele rechten, waaronder – in het derde lid, 2° – het recht op bescherming van de gezondheid en op geneeskundige bijstand. Die bepaling **legt de overheid een verplichting tot handelen op** en verleent zelfs aan burgers het recht om van de overheid een onmiddellijk optreden te vereisen wanneer het grondrecht op gezondheid van eenieder wordt bedreigd door de kracht van een imminente en zeer moeilijk te beheersen gezondheidscrisis die het bestaande gezondheidssysteem dreigt te doen instorten. »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

CC, n°202/2004, 21 décembre 2004

« B.12.2. Si le secret des lettres a pu être conçu comme absolu, lors de l'adoption de la Constitution, il ne peut être fait abstraction aujourd'hui, pour en déterminer la portée, **d'autres dispositions constitutionnelles** ainsi que de conventions internationales.

(...)

Si l'article 29 de la Constitution ne prévoit, explicitement, aucune restriction au droit fondamental qu'il consacre, une telle restriction peut néanmoins se justifier si elle est nécessaire **pour assurer le respect d'autres droits fondamentaux** »

La constitutionnalité des mesures de lutte contre le COVID19 en questions

CC, n°27/2005, 2 février 2005

B.8. Il s'ensuit que la disposition en cause pourrait ne pas satisfaire aux exigences constitutionnelles rappelées en B.3 et B.4.

B.9. Il convient toutefois d'examiner si cette constatation doit, en l'espèce, amener la Cour à répondre affirmativement aux questions préjudicielles.

Une telle réponse, non seulement tiendrait en échec les nombreuses poursuites intentées, mais elle rendrait aussi impossible, pendant un délai indéterminé, toute poursuite effectuée en application des dispositions en cause, au mépris de l'objectif de « réduire de 33 % le nombre de tués sur les routes à l'horizon 2006, et de 50 % à l'horizon 2010 comme le préconise la Commission européenne » (*Doc. parl.*, Chambre, 2001-2002, DOC 50-1915/001, p. 6).