

Les pouvoirs du gouvernement fédéral en période de crise : le gouvernement Wilmès face à l'épidémie de Covid-19

Introduction

Le 13 mars 2020, la phase fédérale de coordination et de gestion de la crise provoquée par le Covid-19 est enclenchée par arrêté ministériel¹, tandis qu'un autre arrêté ministériel contient une première série de mesures visant à interdire ou restreindre certaines activités en vue de limiter la propagation du virus². Le gouvernement est alors toujours en affaires courantes. Le 16 mars 2020, Sabine Laruelle et Patrick Dewael, chargés d'une mission royale depuis le 19 février, remettent leur rapport final au Roi. Dans la foulée, Sophie Wilmès est nommée formatrice. La veille, un consensus s'est dessiné entre la plupart des partis politiques pour faire face à la pandémie : la confiance devrait être accordée au gouvernement Wilmès, qui deviendrait un cabinet de plein exercice, et il devrait recevoir des pouvoirs spéciaux³. Le 17 mars, le Roi nomme par arrêté royal un gouvernement de plein exercice dirigé par Mme Wilmès, composé de la même équipe que celle chargée, jusque-là, d'expédier les affaires courantes⁴. Après avoir prêté serment avec ses ministres devant le monarque, la première ministre demande la confiance à une Chambre des représentants dépeuplée, lors de sa déclaration gouvernementale⁵. Le 18 mars, le gouvernement adopte une seconde série de mesures, qui s'approchent d'un confinement total, par le biais d'un nouvel arrêté ministériel⁶. Le 19 mars, la Chambre octroie la confiance au nouveau cabinet avec une majorité confortable de quatre-vingt-deux députés⁷, après discussion de la déclaration gouvernementale⁸. Le 21 mars, une proposition de loi « habilitant le Roi à prendre des mesures contre la propagation du Coronavirus Covid-19 »⁹ est déposée à la Chambre. Après avis du Conseil d'État¹⁰, la proposition débouche sur deux lois de pouvoirs spéciaux du 27 mars, adoptées à une très large majorité de cent quatre députés¹¹. La succession de ces événements constitue un échantillon d'analyse passionnant pour le juriste. La crise sanitaire engendre en effet une importante parenthèse dans le fonctionnement normal de notre régime parlementaire : le Pouvoir exécutif fédéral se voit attribuer d'importantes compétences par le biais de mécanismes constitutionnels rarement utilisés. Les développements qui suivent visent à revenir sur ces mécanismes, à en rappeler les principales caractéristiques, mais également à réaliser une première évaluation de leur mise en œuvre dans le cadre de l'épidémie de Covid-19. Plusieurs « compétences de crise » peuvent être exercées par un gouvernement fédéral : tout d'abord, en période d'affaires courantes, il peut expédier les *affaires urgentes* (1) ; en dehors de l'hypothèse des affaires courantes *sensu stricto*, il peut recevoir du Parlement l'exercice de *pouvoirs*

spéciaux (2) ; enfin, il est permis de se demander s'il pourrait déroger à certaines libertés fondamentales (3).

1 Les affaires urgentes

Au début de la crise, le gouvernement Wilmès est en affaires courantes, ce qui limite sa marge de manœuvre. La question de la fin des dites affaires est délicate : elles sont souvent présentées comme se terminant le jour de la prestation de serment du nouveau gouvernement devant le Roi¹². Dans cette perspective, les arrêtés ministériels du 13 mars devaient se limiter aux affaires courantes, au contraire de celui du 18 mars, adopté après la prestation de serment mais avant le vote de confiance des députés. Une telle position va toutefois à rebours de la finalité de la théorie des affaires courantes, qui vise à assurer la protection du Parlement face aux actions ministérielles, tout en préservant la continuité du service public¹³. Elle mène au paradoxe selon lequel un gouvernement détiendrait la plénitude de ses attributions le jour de la prestation de serment, qui met fin aux affaires courantes, mais qu'il perd ensuite l'exercice entier de ses compétences si la Chambre ne lui accorde pas sa confiance, quelques jours plus tard¹⁴. Cela signifierait, hypothèse d'école, que le Roi pourrait nommer un gouvernement qui n'obtiendrait de toute façon pas la confiance, faute d'accord entre les partis politiques, mais qui pourrait, durant le délai séparant sa prestation de serment et le vote des députés sur la confiance, adopter n'importe quelle mesure tout en n'étant pas limité aux affaires courantes. Nous sommes d'avis que ladite période se termine le jour où les députés accordent leur confiance à l'équipe gouvernementale, et ce même si le gouvernement est valablement constitué au jour de la prestation de serment, puisque la motion de confiance n'est pas un vote d'investiture¹⁵. Appliquée aux actes adoptés par le gouvernement Wilmès, cette position signifie que les arrêtés ministériels du 13 mars, rédigés avant la nomination du nouveau cabinet, mais également celui du 18 mars, rédigé avant le vote de confiance, devaient se limiter aux affaires courantes, dans le sens que l'on va préciser ci-après.

Le principe est bien connu : dans l'exercice du pouvoir exécutif, les affaires courantes sont les affaires de gestion journalière, les affaires en cours ainsi que les affaires urgentes¹⁶. En période de crise, ce sont les dernières qui revêtent une importance capitale. L'urgence permet au

(1) Arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant le déclenchement de la phase fédérale concernant la coordination et la gestion de la crise coronavirus Covid-19, *M.B.*, 13 mars 2020, 2^e éd.

(2) Arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 13 mars 2020, 2^e éd., *err.* 14 mars 2020.

(3) Pour un aperçu détaillé des événements politiques, voy. F. BOUHON, A. JOUSTEN, X. MINY et E. SLAUTSKY, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *C.H. CRISP*, 2020, n° 2446, pp. 15-18.

(4) Voy. les arrêtés royaux du 17 mars 2020, *M.B.*, 18 mars 2020, 2^e éd.

(5) Déclaration du gouvernement, *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 17 mars 2020, n° 29.

(6) Arrêté ministériel du 18 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19, *M.B.*, 18 mars 2020, 3^e éd.

(7) *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 19 mars 2020, n° 31. La motion est adoptée à 82 votes pour, 44 votes contre, et aucune abstention. La *N-VA*, le *Vlaams Belang*, le *PTB* et le député indépendant Jean-Marie Dedecker ont voté contre.

(8) *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 19 mars 2020, n° 30.

(9) Proposition de loi habilitant le Roi à prendre des mesures contre la propagation du Coronavirus Covid-19, *Doc. parl.*, Chambre, 2019-2020, n° 1104/001.

(10) Avis du 25 mars 2020 de la section de législation du Conseil d'État, n° 67.142/AG, sur une proposition de loi « habilitant le Roi à prendre

des mesures contre la propagation du Coronavirus Covid-19 ».

(11) Loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I) et loi du 27 mars 2020 habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (II), *M.B.*, 30 mars 2020, 2^e éd., ci-après « loi du 27 mars 2020 précitée n° I » et « loi du 27 mars précitée n° II » ; *C.R.I.V.*, Chambre, 2019-2020, séance du 26 mars 2020, n° 33. Le député indépendant Emir Kir a voté en faveur de la loi tout comme les députés *N-VA*, ceux du *PTB* et Jean-Marie Dedecker contre, et ceux du *Vlaams Belang* se sont abstenus.

(12) Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge - Fondements et institutions*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2017, p. 682.

(13) F. DELPÉRE, « Les affaires courantes en Belgique », *Service public et libertés : mélanges offerts au professeur Robert-Edouard Charlier*, Paris, Éditions de l'université et de l'enseignement moderne, 1981, pp. 54-60.

(14) L'article 46, alinéa 2, de la Constitution établit en effet que « Les motions de confiance et de méfiance ne peuvent être votées qu'après un délai de quarante-huit heures suivant le dépôt de la motion ». Voy. également l'article 140, § 6, du règlement de la Chambre des représentants.

(15) Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 682.

(16) C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de Droit constitutionnel belge*, Bruxelles, la Charte, 2019, p. 331.

gouvernement de s'occuper des dossiers « dont le règlement ne souffre aucun retard sous peine de mettre en danger des intérêts fondamentaux ou de leur porter préjudice »¹⁷, même si ceux-ci constituent des « affaires de gouvernement », qui impliquent des choix politiques importants et ne pourraient normalement être réglés que par un gouvernement qui dispose d'un appui parlementaire¹⁸. Les arrêtés des 13 et 18 mars sont sans aucun doute des affaires de gouvernement, au vu des mesures qu'ils contiennent, justifiées par la nécessité de réagir promptement à la pandémie. En outre, le caractère urgent de ce genre d'affaire courante entraîne une importante conséquence : en cas d'urgence spécialement motivée, l'article 3, § 1^{er}, premier alinéa, des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État dispense le Pouvoir exécutif de l'obligation de soumettre son projet d'arrêté réglementaire à l'avis de la section de législation du Conseil d'État. Les arrêtés ministériels précités indiquent qu'il en a été fait usage¹⁹.

Concrètement, les arrêtés ministériels de mars 2020 imposent la fermeture des magasins non alimentaires, suspendent de nombreuses activités récréatives ainsi que les cours de l'enseignement maternel, primaire et secondaire, tout en généralisant l'enseignement à distance pour l'enseignement supérieur, et interdisent les voyages non essentiels à l'étranger²⁰. Il s'agit là d'importantes restrictions aux libertés d'entreprendre, de réunion et d'enseignement²¹. Comme le soulignent les préambules des arrêtés ministériels²², ces mesures peuvent être prises par le ministre de l'Intérieur en vertu de ses de très larges pouvoirs pour assurer la protection civile sur l'ensemble du territoire²³. La protection civile est définie comme « l'ensemble des mesures et des moyens destinés à assurer la protection et la survie de la population, ainsi que la sauvegarde du patrimoine national en cas de conflit armé [...], de secourir les personnes et de protéger les biens en tout temps lors d'événements calamiteux, de catastrophes et de sinistres »²⁴. Dans ce cadre, le ministre de l'Intérieur peut exercer à titre subsidiaire les compétences des bourgmestres en matière d'ordre public, lorsque les troubles à ce dernier s'étendent au territoire de plusieurs communes²⁵, mais aussi, en cas de danger, obliger la population à s'éloigner des endroits exposés ou menacés, assigner un lieu de séjour provisoire aux personnes, ou encore interdire tout déplacement ou mouvement de la population²⁶. Par ailleurs, les arrêtés ministériels précités sont conformes aux règles répartitrices de compétences entre l'État, les communautés et les régions : comme l'a souligné la section de législation du Conseil d'État, « le législateur spécial a clairement exprimé la volonté de maintenir la matière de la protection civile (au sens large) dans la sphère du pouvoir fédéral » lors de la cinquième réforme de l'État, de sorte que cette compétence « est demeurée de la compétence de l'autorité fédérale au titre de sa compétence résiduelle »²⁷.

2 Les pouvoirs spéciaux

Le 19 mars 2020, le gouvernement Wilmès reçoit la confiance des députés et devient un cabinet de plein exercice. Ses compétences ne sont plus limitées aux affaires courantes, mais la crise sanitaire requiert davantage : très vite émerge l'idée de lui octroyer des pouvoirs spéciaux. D'emblée, précisons qu'il n'est pas requis juridiquement qu'un gouvernement soit de plein exercice pour qu'une loi de pouvoirs spéciaux soit adoptée : l'on considère aujourd'hui que la théorie des affaires courantes ne s'applique pas chaque fois que le cabinet agit avec le concours du Parlement²⁸. Il n'en demeure pas moins que d'un point de vue démocratique il est heureux que l'équipe ministérielle ait obtenu la confiance des députés avant de recevoir les pouvoirs spéciaux. Le 21 mars 2020, une proposition de loi « habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 » est déposée à la Chambre. Un avis est demandé au Conseil d'État²⁹, qui remarque que la proposition doit être scindée en deux, puisqu'elle relève pour une part de la procédure monocratérale, et pour une part de la procédure bicamérale optionnelle³⁰. Les députés suivent l'avis de la section de législation sur ce point, et deux lois de pouvoirs spéciaux sont finalement votées : l'une pour les matières visées à l'article 74 de la Constitution, l'autre pour les matières visées à l'article 78, laquelle n'est pas amendée par le Sénat³¹. Un premier arrêté de pouvoirs spéciaux est adopté le 6 avril 2020, avec une note infrapaginale n° 32 rédigée comme suit : « Arrêté royal n° 1 du 6 avril 2020 portant sur la lutte contre le non-respect des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus Covid-19 par la mise en place de sanctions administratives communales, *M.B.*, 7 avril 2020 »

La technique des pouvoirs spéciaux autorise le Roi à dépasser la simple exécution des lois et le cas échéant abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales existantes par arrêté royal. Cette habilitation s'opère à travers une loi de pouvoirs spéciaux³². Pour la section de législation du Conseil d'État, une telle délégation de pouvoirs n'est autorisée que pourvu qu'« il y ait des circonstances exceptionnelles, que l'attribution au Roi de tels pouvoirs soit limitée dans le temps et que les pouvoirs conférés au Roi soient précisément définis, tant en ce qui concerne les finalités et les objectifs qu'en ce qui concerne les matières dans lesquelles des mesures peuvent être prises, et que soit indiquée la portée précise des mesures que le Roi est habilité à prendre ». En outre, lorsque la loi autorise le Roi « à régler des matières que la Constitution réserve expressément au législateur », « cette délégation de compétence n'est admissible que lorsque le législateur se trouve dans l'impossibilité d'établir lui-même tous les éléments essentiels de la réglementation parce que le respect de la procédure parlementaire ne lui permettrait pas d'agir avec la promptitude voulue pour réaliser un objectif d'intérêt général et à condition que les mesures prises par le Roi soient examinées par le pouvoir législatif dans un délai relativement court, fixé dans la loi d'habilitation, et qu'en l'absence de confirmation, les arrêtés adoptés soient réputés n'avoir jamais produit leurs effets »³³. Enfin, aux termes de

(17) Voy. notamment C.E., 31 août 2011, *Syndicat des avocats pour la démocratie*, n° 214.911.

(18) M. UYTENDAELE, *Trente leçons de droit constitutionnel*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 471 ; C.E., 17 mai 2016, *de Crombrughe de Picquendaale*, n° 234.747 ; C.E., 24 février 2005, *Meulemeester*, n° 141.188 ; C.E., 31 mai 1994, *Ory*, n° 47.691.

(19) Les préambules des arrêtés ministériels du 13 mars 2020 précités et du 18 mars précité mentionnent tous l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

(20) Voy. plus précisément l'arrêté ministériel précité du 18 mars 2020, articles 1-8.

(21) Il ne s'agit pas d'une suspension des libertés d'entreprendre et d'enseignement, mais d'importantes restrictions : elles demeurent possibles, mais sont aménagées. Quant à la liberté de réunion, elle obéit à un régime distinct des autres droits fon-

damentaux, dès lors qu'elle peut être soumise à des autorisations préalables (article 26 Const.).

(22) Les préambules font références à l'article 4 de la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile ; aux articles 11 et 42 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ; et aux articles 181, 182 et 187 de la loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile. Notons que la première version de l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 portant des mesures d'urgence pour lutter la propagation du coronavirus Covid-19 invoque, dans un de ses considérants, l'article 11, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui autorise des restrictions à la liberté de réunion et d'association (*M.B.* du 13 mars). Ce considérant disparaît de l'*erratum* publié au *Moniteur belge* du lendemain (*M.B.* du 14 mars).

(23) Loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile, *M.B.*, 16 janvier 1964, article 4, alinéa 1^{er}.

(24) Loi précitée du 31 décembre 1963, article 1^{er}.

(25) Loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, *M.B.*, 22 décembre 1992, article 11, alinéa 1^{er}. Le gouverneur de province dispose également de ce pouvoir de substitution.

(26) Loi du 15 mai 2007 relative à la sécurité civile, *M.B.*, 31 juillet 2007, article 182.

(27) Avis du 17 janvier 2007 de la section de législation du Conseil d'État, n° 41.963/2, sur un avant-projet de loi « relative à la sécurité civile », pp. 10-11. La sixième réforme de l'État n'a pas modifié les règles répartitrices de compétence sur ce point. Pour une analyse détaillée de la répartition des compétences en matière de crise sanitaire, voy. F. BOUHON *et al.*, *op. cit.*, pp. 9-14.

(28) Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 685-686. Voy. cependant H. DUMONT, « Les leçons constitutionnelles d'une crise politique inédite en Belgique dans cinq de ses collectivités politiques fé-

dérées », *R.B.D.C.*, 2018, pp. 185-187.

(29) Ce qui n'était pas obligatoire dès lors qu'il s'agit d'une proposition de loi.

(30) Avis précité du 25 mars 2020 de la section de législation du Conseil d'État, p. 29.

(31) Projet de loi habilitant le Roi à prendre des mesures de lutte contre la propagation du coronavirus Covid-19 (I), *Doc. parl.*, Sénat, 2019-2020, n° 152/2.

(32) Voy. M. LEROY, « Les pouvoirs spéciaux en Belgique », *A.P.T.*, 2014, pp. 483 et s.

(33) En ce sens, voir déjà l'avis du 18 août 2009 de la section de législation du Conseil d'État, n° 47.061/1, sur un avant-projet de loi « accordant des pouvoirs au Roi en cas d'épidémie ou de pandémie de grippe », pp. 2 et 5.

l'article 3bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les arrêtés royaux de pouvoirs spéciaux doivent faire l'objet d'un avis de la section de législation, sans que le Roi ne puisse exciper de l'urgence³⁴. Les deux lois de pouvoirs spéciaux de mars 2020 reprennent la plupart des principes qui viennent d'être énoncés. Elles autorisent le Roi à adopter des arrêtés pouvant abroger, compléter, modifier ou remplacer les dispositions légales en vigueur, même dans les matières réservées au législateur³⁵, et ce en raison de la crise provoquée par l'épidémie ou pandémie de Covid-19³⁶. Les pouvoirs royaux ne peuvent excéder trois mois³⁷, et sont clairement définis. La première loi confère au Roi le pouvoir d'adapter la réglementation relative aux juridictions administratives, pour assurer leur bon fonctionnement et la continuité de leurs missions³⁸. La seconde loi Lui octroie divers pouvoirs en vue de combattre la propagation du virus, tant en matière de maintien de l'ordre que de santé publique, de garantir la capacité des hôpitaux, de faire face à ses conséquences économiques, d'adapter la législation relative aux juridictions judiciaires et de se conformer aux décisions de l'Union européenne³⁹; mais les arrêtés pris en exécution de cette loi ne peuvent ni porter atteinte au pouvoir d'achat, ni à la protection sociale, et ne peuvent concerner ni les cotisations sociales, ni le droit fiscal⁴⁰. Tant la première que la seconde loi autorisent le Roi à déterminer des sanctions administratives, civiles et pénales aux infractions prévues par les arrêtés de pouvoirs spéciaux, sous la réserve que « les sanctions pénales ne peuvent comporter de peines supérieures à celles que la législation modifiée ou remplacée attache aux infractions en cause »⁴¹. Enfin, tous les arrêtés, même ceux qui ne concernent pas une matière réservée au Pouvoir législatif, doivent être confirmés dans un délai d'un an par la loi, sans quoi ils sont réputés ne jamais avoir produit d'effet⁴².

Deux remarques doivent être formulées. Tout d'abord, les lois précitées prévoient que les arrêtés peuvent revêtir un effet rétroactif qui ne peut toutefois être antérieur au 1^{er} mars 2020⁴³. Comme l'a souligné la section de législation dans son avis, la rétroactivité ne pourra être tolérée « que lorsqu'elle est indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général ». En outre, si elle a pour but d'influencer les procès en cours, « des circonstances exceptionnelles ou des motifs impérieux d'intérêt général » seront requis⁴⁴. Il y a lieu d'opérer ces vérifications

au cas par cas, pour chaque arrêté de pouvoir spéciaux, surtout en cas de sanctions pénales rétroactives. Une seconde remarque peut ensuite être formulée, à l'encontre de la première loi de pouvoirs spéciaux. Elle autorise le Roi à déroger à l'obligation de consultation de la section de législation en cas d'urgence, uniquement pour les arrêtés de pouvoirs spéciaux visant à combattre la propagation du virus, tant en matière de maintien de l'ordre que de santé publique⁴⁵. Il s'agit d'une véritable modification des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et plus précisément à leur article 3bis. Certes, le législateur peut déroger, par une disposition particulière, à une loi à portée plus générale en vertu de l'adage *lex specialis derogat generali*. Mais sur le plan des principes, on peut regretter que l'article 3bis soit neutralisé au moment où il a précisément vocation à s'appliquer, d'autant que l'exception concerne de larges pouvoirs conférés au Roi⁴⁶. Il s'agit là d'un inquiétant précédent pour les lois de pouvoirs spéciaux à venir. À notre sens, il eût été souhaitable que le législateur privilégie l'adage *patere legem quam ipse fecisti* et applique ce « droit de crise », sans y déroger au moment où la crise survient. Les auteurs de la proposition de loi ont en tous cas privilégié une dérogation, de manière moins manifeste (et moins audacieuse) que le Parlement wallon, toutefois. En effet, le décret du 17 mars 2020 confère des pouvoirs spéciaux extrêmement larges au gouvernement wallon⁴⁷ et précise que l'avis du Conseil d'État pourra ne pas être demandé au sujet des arrêtés pris en exécution du décret⁴⁸. Il s'agit là d'une modification d'une loi fédérale par un décret régional. Les travaux préparatoires du décret invoquent la théorie des pouvoirs implicites comme fondement à cette dérogation⁴⁹. Toutefois, l'on peut très sérieusement douter de la conformité du décret du 17 mars 2020 aux conditions de recours à la technique des pouvoirs implicites⁵⁰. L'obligation de consultation de la section de législation ne nous semble pas se prêter à un traitement différencié entre les composantes de l'État fédéral, sans quoi l'article 3bis perd tout effet utile; et l'impact sur les compétences de l'autorité fédérale n'est absolument pas marginal, dès lors que le défaut de mise en œuvre de cette modalité entraîne l'illégalité de l'arrêté de pouvoirs spéciaux⁵¹. En réalité, il s'agit ni plus ni moins que d'une violation frontale d'une loi fédérale relevant de la procédure bicamérale optionnelle, qui n'est pas nécessaire à la mise en œuvre d'une compétence régionale wallonne⁵².

(34) Durant le mois de mars 2020, la presse a entretenu une grande confusion entre les notions d'arrêtés de pouvoirs spéciaux et les arrêtés-lois de guerre ou de pouvoirs extraordinaires (notons que la littérature juridique n'est elle-même pas très claire sur la distinction). Or, les notions — quoique semblables — ne se recoupent pas : les arrêtés-lois de guerre sont des actes auxquels la Cour de cassation a octroyé une valeur législative, adoptés par le Roi et son gouvernement ou le seul Conseil des ministres, parce que les autres branches du Pouvoir législatif n'étaient plus en l'état de se réunir, conflits mondiaux obligent (Y. LEJEUNE, *op. cit.*, pp. 117-118; pour la liste exhaustive des arrêtés-lois de guerre, voy. C. BEHRENDT, « Excursion à l'orée de la chasse gardée du juge constitutionnel », *Rev. dr. ULg*, 2007, pp. 537-542). Les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires, quant à eux, sont des normes à valeur réglementaire qui peuvent abroger, modifier, compléter, remplacer les dispositions légales en vigueur, adoptés en vertu d'une loi de pouvoirs extraordinaires. La technique des pouvoirs extraordinaire diffère de celle des pouvoirs spéciaux à double titre : il n'existe que deux lois de pouvoirs extraordinaires (voy. la loi du 7 septembre 1939 donnant au Roi des pouvoirs extraordinaires, *M.B.*, 8 septembre 1939, complétée par la loi du 14 décembre 1944, *M.B.*, 16 décembre 1944; et la loi du 20 mars 1945 donnant au Roi, pour une durée limitée, des pouvoirs extraordinaires, *M.B.*, 16 décembre

1945), toutes deux adoptées en raison de circonstances *particulièrement exceptionnelles*, soit pendant la guerre aux fins de relancer l'économie; et par ailleurs, aucune de ces lois n'a imposé de confirmation ultérieure par le législateur, quand bien même les matières réglées par les arrêtés-lois de pouvoirs extraordinaires étaient-elles réservées au Pouvoir législatif (F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. II, *Le système constitutionnel*, v. 2, *Les fonctions*, Bruxelles, Larcier, 1988, pp. 325-327 et les lois de pouvoirs extraordinaires précitées).

(35) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 3, § 2, alinéa 1^{er}; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, § 2, alinéa 1^{er}.

(36) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 2, alinéa 1^{er}; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 2, alinéa 1^{er}.

(37) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 5, alinéa 1^{er}; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 7, alinéa 1^{er}.

(38) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 3, § 1^{er}.

(39) Loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, § 1^{er}, 1^o-8^o.

(40) Loi du 27 mars 2020 précitée n° II, articles 3 et 4.

(41) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 3, § 2, alinéas 2 et 3; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, § 2, alinéas 2 et 3.

(42) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 5, alinéas 2 et 3; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 7, alinéas 2 et 3. La technique des pouvoirs spéciaux ne donne toutefois pas

un blanc-seing au gouvernement : durant cette période, un contrôle parlementaire doit pouvoir continuer à être exercé sur l'équipe gouvernementale. Sur cette question, voy. E. SLAUTSKY, « Pouvoirs spéciaux : quel contrôle parlementaire ? », *Carrefour de crise du Centre de droit public de l'ULB*, 30 mars 2020; J. CLARENNE, « Quelle garantie de contrôle parlementaire des pouvoirs spéciaux en période de confinement ? », *Le Soir*, 27 mars 2020.

(43) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 2, alinéa 2; loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 2, alinéa 2.

(44) Avis précité du 25 mars 2020 de la section de législation du Conseil d'État, p. 30.

(45) Loi du 27 mars 2020 précitée n° I, article 4, alinéa 2, lequel renvoie à l'article 5, § 1^{er}, 1^o, de l'autre loi de pouvoirs spéciaux (n° II). Les autres arrêtés de pouvoirs spéciaux, visés par la première et la seconde loi, doivent quant à eux faire l'objet d'un avis de la section de législation.

(46) Le Roi peut en effet prendre toute mesure pour « combattre la propagation ultérieure du coronavirus Covid-19 au sein de la population, y compris le maintien de la santé publique et de l'ordre public » (loi du 27 mars 2020 précitée n° II, article 5, § 1^{er}, 1^o).

(47) Décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement wallon dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 18 mars 2020, 3^e éd., article 1^{er}.

(48) Décret précité du 17 mars 2020, article 3, § 1^{er}, alinéas 1 et 2.

(49) Proposition de décret octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement wallon dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, développement, *Doc.*, Parl. w., 2019-2020, p. 3.

(50) Sur ces conditions, voy. P. LAGASSE et M. RUY, « Le principe de légalité et les pouvoirs implicites », in L. DETROUX, M. EL BEROUMI et B. LOMBAERT (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 326.

(51) M. LEROY, *op. cit.*, p. 489.

(52) Le Parlement wallon a adopté un second décret de pouvoirs spéciaux avec une dérogation semblable aux lois coordonnées sur le Conseil d'État (décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement wallon dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19 pour les matières réglées par l'article 138 de la Constitution, *M.B.*, 18 mars 2020, 3^e éd., article 4, § 1^{er}, alinéa 2). La Communauté française a également prévu dans son décret de pouvoirs spéciaux une exception à la consultation de la section de législation, formulée en des termes différents (décret du 17 mars 2020 octroyant des pouvoirs spéciaux au gouvernement dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 20 mars 2020, 1^{re} éd., article 3, alinéa 3). Le Parlement bruxellois a adopté deux ordonnances de pouvoirs spéciaux, qui ne prévoient pas de dérogation aux lois coordonnées (ordonnance du 19 mars 2020 visant à octroyer des

3 La suspension des droits et libertés

Si la crise venait à prendre des proportions dramatiques, le gouvernement pourrait-il suspendre — et non plus « seulement » restreindre — les libertés fondamentales ? Certes, l'on sait que la Constitution belge n'autorise normalement pas ce mécanisme : son article 187 déclare sans équivoque qu'elle « ne peut être suspendue, en tout ou en partie ». Certes, l'on sait aussi que l'arrêté-loi (de guerre) relatif à l'état de guerre et l'état de siège⁵³ autorise une suspension des libertés « en temps de guerre ». Concrètement, le Roi peut alors exercer tous les pouvoirs de police et déroger aux libertés de réunion, d'expression et de circulation. Si le Roi déclare également l'état de siège, ces pouvoirs exceptionnels sont transférés aux autorités militaires⁵⁴. Cet arrêté-loi, toujours en vigueur, ne pourrait toutefois pas être utilisé dans le cadre d'une crise sanitaire. Il ne s'applique qu'en « temps de guerre », lequel « commence au jour fixé par arrêté royal pour la mobilisation de l'armée » et « prend fin au jour fixé par arrêté royal pour la remise de l'armée sur le pied de paix »⁵⁵. Les vocables employés désignent manifestement l'hypothèse d'un conflit armé. En outre, l'arrêté-loi est dérogatoire à la Constitution elle-même : le seul fondement juridique dégagé par la doctrine est l'état de nécessité, parfois conjugué — mais cela n'est pas exempt de controverses — au décret « supra-constitutionnel » du 18 novembre 1830 proclamant l'indépendance du peuple belge⁵⁶. Dès lors, il nous paraît devoir être d'interprétation restrictive et ne pas pouvoir être étendu à l'hypothèse d'une épidémie.

L'on sait encore que l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme autorise une dérogation aux droits et libertés qu'elle consacre, « en cas de guerre ou en cas d'autre danger menaçant la vie de la nation », cependant « 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 de droit international ». L'article ne s'applique toutefois pas aux droits indérogeables⁵⁷. Les termes « danger menaçant la vie de la nation » ne sont pas définis par la Convention. La Cour européenne des droits de l'homme considère toutefois qu'il convient de se référer au sens habituel et normal de ces derniers, car ils sont suffisamment clairs : « ils désignent, en effet, une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l'ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l'État »⁵⁸. Bien que la jurisprudence de la Cour ne concerne — pour le moment — que les hypothèses de terrorisme ou de situation de violence⁵⁹, l'article 15 semble parfaitement applicable à l'hypothèse d'une pandémie⁶⁰. Toutefois, il semble que le gouvernement belge ne puisse valablement faire usage de cette possibilité. En effet, l'article 53 de la Convention s'oppose à ce que l'État belge invoque une disposition du traité pour amenuiser le niveau de protection

consacré par son droit national, en vertu du principe de la clause la plus favorable. Puisque la suspension des libertés est interdite par la Constitution belge, l'article 187 apparaît plus strict que l'article 15 de la Convention et doit par conséquent prévaloir. Le gouvernement Wilmès ne peut déroger aux droits fondamentaux en invoquant la disposition conventionnelle précitée.

Conclusion

En période de crise, la logique sous-jacente au système parlementaire est inversée : le Pouvoir exécutif, dont le Congrès national se méfiait tant⁶¹, devient le pouvoir le plus important. Pour faire face à l'urgence, le recours à l'Exécutif offre de nombreux avantages : l'on évite la longue et transparente procédure parlementaire, ce qui permet une grande flexibilité et ainsi qu'une certaine confidentialité. En outre, le gouvernement apporte une approche nationale unifiée de la position stratégique à adopter pour faire face à la crise. Une telle unité est plus difficile à atteindre au sein des assemblées parlementaires, dont le processus délibératif suppose de longs échanges de vues entre la majorité et l'opposition, souvent contradictoires⁶². Toutefois, et malgré ces indéniables avantages, il convient de veiller, même en période de pandémie, à la préservation de l'État de droit. Les développements qui précèdent tendent à démontrer qu'il existe un *droit public de crise*. Il s'agit d'un garde-fou qui a vocation à protéger les droits fondamentaux et les dispositions constitutionnelles. Plus précisément, nous regrettons le sort réservé à l'article 3bis des lois coordonnées sur le Conseil d'État. Certes, l'adage *lex specialis derogat generali* autorise qu'une disposition législative à portée spécifique déroge à une autre, à portée générale. Il n'empêche que le procédé est inélégant. En outre, il revient à nier tout effet utile à l'article 3bis précité, tout en constituant, au demeurant, un regrettable précédent pour les périodes de crises à venir. Le législateur sera ainsi incité à éviter systématiquement la consultation de la section de législation du Conseil d'État en insérant dans la loi de pouvoirs spéciaux une disposition dérogatoire. Plus encore, l'on doute que la théorie des pouvoirs implicites puisse servir de fondement à une dérogation ponctuelle de la législation fédérale, cette fois de la part des entités fédérées. En temps de crise, le droit est certes bousculé et des entorses à son fonctionnement habituel sont admissibles. Pour autant, il ne faut pas jeter le bébé avec l'eau du bain : il s'agit donc au moins de garder l'intervention de ceux qui sont les vigiles de l'État de droit, même en crise.

Nicolas B. BERNARD

Assistant à l'Université Saint-Louis et à l'UCLouvain

pouvoirs spéciaux au gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 20 mars 2020, 2^e éd., article 2, § 4, alinéa 2, et ordonnance 19 mars 2020 visant à octroyer des pouvoirs spéciaux au Collège réuni de la Commission communautaire commune dans le cadre de la crise sanitaire du Covid-19, *M.B.*, 20 mars 2020, 2^e éd., article 2, § 4, alinéa 2), tout comme la COCOF (décret du 23 mars 2020 accordant des pouvoirs spéciaux au Collège de la Commission communautaire française dans le cadre de la pandémie Covid-19, *M.B.*, 3 avril 2020, 2^e éd., article 2, § 4, alinéa 2). Pour l'heure, le Parlement flamand et le Parlement de la Communauté germanophone n'ont pas adopté de décrets de pou-

voirs spéciaux (pour une analyse détaillée des différents décrets et ordonnances de pouvoirs spéciaux, voy. F. BOUHON *e.a.*, *op. cit.*, pp. 26-33). (53) Arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et l'état de siège, *M.B.*, 15 octobre 1916. (54) R. ERGEC et S. WATTHÉE, « Les dérogations aux droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique : les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, v. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 398-399 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 187 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 294-295. (55) Loi du 15 juin 1899 comprenant le titre I^{er} et II du Code de procédure

pénale militaire, *M.B.*, 30 juin 1899, article 58, aujourd'hui abrogée par la loi du 10 avril 2003, *M.B.*, 7 mai 2003, article 108. (56) S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 295 et les références citées. (57) Droit à la vie, interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, interdiction de l'esclavage et de la servitude, principe de la non-rétroactivité des lois ou des peines pénales, abolition de la peine de mort et droit à ne pas être jugé ou puni deux fois (R. ERGEC et S. WATTHÉE, *op. cit.*, p. 413). (58) C.E.D.H., 1^{er} juillet 1961, arrêt *Lawless c. Irlande* (n° 3), § 28. (59) Voy. le guide sur l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme (dérogations en cas d'urgence), mis à jour au 31 décembre

2019, § 12, et la jurisprudence citée. (60) Des arrêts de la Cour sont sans doute à prévoir en la matière : en mars 2020, plusieurs États ont invoqué l'article 15 pour déroger aux droits fondamentaux dans le contexte de la pandémie de Covid-19 (voy. F. BOUHON *e.a.*, *op. cit.*, pp. 37-38). (61) F. BELLEFLAMME et E. MAES, « Origine et cheminement du principe de légalité en droit public belge : gouvernement par la loi ou État de droit ? », *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril ?*, *op. cit.*, pp. 638 et s. (62) C. MCLACHLAN, *Foreign relations law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 134-136 et 154.