

## Et si la juge des référés s'était trompée sur l'apparence d'absence de base légale des arrêtés « confinement » ?

Aussi commentée que manifestement peu décortiquée jusqu'au bout, l'ordonnance du 31 mars 2021 rendue par une juge du tribunal de première instance francophone de Bruxelles a décidé que les arrêtés de la ministre de l'Intérieur du 18 et du 28 octobre 2020 (ce dernier étant celui toujours d'application avec son cortège de modifications ultérieures) n'ont pas de fondement légal suffisant. À première vue (le juge des référés décide seulement de façon provisoire), même combinés, les trop méconnus et bien mal connus articles 182 de la loi du 15 mai 2007 sur la sécurité civile et 11 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police ne permettraient pas la prise du plus gros du paquet de mesures de confinement. Groupes.

### **Estimer que les arrêtés « confinement » ont bien une base légale n'est pas les louer**

Il y aurait tellement à dire, je me concentre toutefois sur la seule question de leur base juridique. Tout d'abord, qu'il soit permis d'avancer dans ce débat sociétal passionnel que dire qu'une mesure a un fondement légal n'est pas encore le gage qu'elle soit 100% conforme au droit. Il lui faudra également reposer sur un motif d'utilité publique valable, être proportionnée aussi bien dans sa rédaction générale que lors de chacune de ses mises en œuvre concrètes. Il lui faut également avoir suivi les procédures obligatoires de concertation et de consultation et plus essentiellement se conformer à la hiérarchie des normes (un arrêté ministériel doit respecter la loi, la Constitution, le droit international et européen des droits humains, ...). Bref, le fondement, s'il est indispensable, ne fait pas toute la légalité.

Néanmoins, que les arrêtés aient bien le fondement requis, je suis hérétiquement désolé de le penser avec l'assemblée générale de la section du contentieux du Conseil d'Etat, ses chambres à juge unique ou à trois conseillers qui ont autant décidé de la sorte. Alors l'on entend que les suspensions par ces juges administratifs ne furent guère légion, qu'il y aurait eu trop de sévérité quant à l'intérêt à agir, sur l'absence de démonstration de l'urgence, ... peut-être d'ailleurs. Mais le Conseil d'Etat a tout de même ordonné quelques suspensions de morceaux des arrêtés de confinement quant aux modalités de célébration du culte ou sur l'ouverture des campings. « Cache-misère ! » entendra-t-on en retour, même si l'on dit peu que d'autres juges judiciaires, la cour d'appel de Mons par exemple, ont également conclu à la présence de ces fameux fondements légaux.

### **Des méthodes d'interprétation discutables**

La juge des référés a fustigé le « *double discours apparemment tenu* » par l'Etat dont l'avocat plaidait l'existence du fondement légal alors que la ministre de l'Intérieur affirma dans *La Libre Belgique* du 25 février que « *Mais il est vrai, j'en suis consciente, que cette loi n'a pas été créée précisément pour gérer une situation comme nous la connaissons, une pandémie d'un an* ». Néanmoins, les propos mal assurés tenus par un ministre dans une interview ne sont pas encore de nature, dans l'Etat de droit, à fixer le sens exact à donner à un fondement légal aussi querellé soit-il.

De même, une erreur psychologique d'ampleur comme la prolongation de mesures jusqu'au 1<sup>er</sup> avril dernier par l'arrêté du 6 février (le Comité de concertation, dont soit dit en passant la « compétence » ne se substitue pas à celle de la ministre, du 5 février n'en toucha mot dans sa présentation orale mais son communiqué le fit) doit-elle invalider un texte régulièrement publié au Moniteur le 7 février fût-ce un dimanche ?

Troisième problème, la juge a cru bon d'avoir recours à la technique du « langage courant » mais en l'appliquant non pas à ce que l'on appelle le dispositif de la loi de 2007 (seul le texte de ses articles a une portée normative) mais à un de ses titres. Il se borne à nommer l'évacuation des personnes en cas de danger pour la sécurité civile et l'éventualité de réquisitions pour la faciliter ; la disposition vraiment applicable autorise de surcroît l'assignation à résidence de tout ou partie de la population et elle a permis déjà le confinement quasi généralisé de nos vies au printemps 2020.

Alors que son ordonnance prend certes la peine de reproduire un passage des travaux préparatoires de la loi, plus interpellante encore en est la lecture qu'en fait la juge. Car il en ressort que le législateur de 2007 a clairement opté pour une approche large de la sécurité civile en général, dont le sauvetage et l'assistance aux personnes dans des circonstances dangereuses. Comme parmi les exemples cités figure l'enlèvement des nids de guêpes, l'on peut raisonnablement penser que certaines préoccupations de santé publique d'ordre épidémiologique sont admissibles. À l'instar de la juge, bien des consœurs et collègues ont avancé que la loi de 2007 naquit dans la foulée de la catastrophe de Ghislenghien, ce qui est contextuellement avéré, et ne devrait servir qu'à gérer des crises passagères, une interprétation nettement plus resserrée des prérogatives malgré tout offertes par la notion d'assignation à résidence ou de la possibilité d'y recourir sur une certaine durée. Si une inondation, une tempête, un incendie n'ont qu'un temps, la loi de 2007 sert aussi à affronter les hypothèses d'un séisme, d'un nuage toxique ou de l'explosion d'un réacteur nucléaire avec toutes les conséquences de longue durée que cela supposerait. La ministre de l'Intérieur aurait bien fait de mieux assumer cette loi.

Par ailleurs, tant qu'à invoquer des travaux préparatoires pour éclairer des textes pas toujours explicites jusqu'au dernier carat, sachons que ceux de la loi de 1992 sur la fonction de police comprennent la lutte contre les épidémies parmi les tâches dites de police administrative. Et pour cause, cela s'inspire des droits et devoirs que les communes tirent du droit public sans discontinuer depuis 1789 (pas moins) en matière de « salubrité publique ». Comme elles restent les collectivités démocratiques de base en charge de la police administrative générale, le pouvoir du ministre de l'Intérieur a beau être subsidiaire, il est pour tout le territoire national, uniquement le temps que dure la crise, matériellement du même ordre que celui des communes.

### **Qui pouvait le plus avant, ne pourrait plus vouloir le moins maintenant**

Mais surtout l'ordonnance affirme que « *La première phase de la séquence d'arrêtés ministériels successifs qui ont régi la gestion de la crise sanitaire s'inscrivait dans le cadre de pouvoirs spéciaux et ce jusqu'à l'arrêté ministériel du 18 octobre 2020 abrogé par l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020* ». Voilà qui est complètement faux.

Aucun des six arrêtés de (dé-)confinement (13, 18 et 25 mars, 30 juin, 18 et 28 octobre 2020) n'a modifié quelque disposition législative que ce soit là où réside l'utilité principale des pouvoirs spéciaux. Aucun n'a jamais prétendu se fonder sur autre chose que les lois préexistantes de 1992 et 2007, sans compter que les lois de pouvoirs spéciaux du 27 mars 2020, postérieures aux premiers arrêtés, ne visaient pas à régler les mesures de confinement.

Distinguer un avant et un après octobre 2020 n'y change rien. C'est même un réel souci ! En effet, cela sous-tend que, même si le premier gouvernement en charge était en affaires courantes et solidement minoritaire, il pouvait à la rigueur utiliser des textes aujourd'hui estimés pas trop clairs alors que l'actuel gouvernement de plein exercice et majoritaire ne le pourrait plus. A-t-on conscience de ce que cela revient à trouver légal (ou non illégal) le premier cadre du confinement au nom d'un certain état de nécessité qui ne dit justement pas son nom (là, un vrai monstre juridique) ? En supposant que la juge des référés bruxelloise aurait raison, le manque de fondement légal concerne alors aussi tous les arrêtés adoptés du 13 mars jusqu'au 18 octobre 2020, ce qui peut influencer à leur tour les motivations des kyrielles de juges qui doivent encore se prononcer sur la contestation des sanctions infligées pour méconnaissance de telle règle en vigueur aussi bien avant qu'après.

En outre, c'est tout le paradoxe qui se faisait jour il y a un an déjà, fut beaucoup moins malaisée et contestée la mise en œuvre d'un vrai confinement généralisé, à savoir l'obligation de rester chez soi, jour et nuit, à de rares exceptions près selon l'article 8 des arrêtés du 18 mars et du 23 mars 2020 qui restreignaient bien plus encore les activités économiques, les déplacements, ... D'où effectivement l'importance de la portée admissible à conférer à l'assignation à résidence (selon la loi de 2007) et à la restriction des activités se tenant dans des lieux privés qui peuvent avoir des conséquences dans l'espace public où la maladie se nourrit d'autres vecteurs (selon la loi de 1992).

Le but n'est nullement de pointer le chaos que cela peut engendrer pour la mise en œuvre de la responsabilité civile de l'Etat qui viendrait finalement à être déclaré fautif pour avoir mal réglementé. Si les juges compétents au fond devaient décider de la sorte, ainsi soit-il. Toujours est-il que l'affaire demeure binaire. Un acte administratif comme un arrêté ministériel a ou n'a pas de fondement légal (une fois encore, ce n'est pas parce qu'il l'aurait qu'il serait à considérer comme intégralement conforme au droit). Il n'y a aucune raison de ne pointer que ceux d'octobre 2020 et de dédouaner ceux d'avant.

### **Pourquoi il faut tout de même une loi adaptée à la gestion d'une pandémie**

Le vertige se lit dans les arrêtés, il se vit dans les familles et plus encore celles déjà structurellement fragiles sur le plan socio-économique, dans l'horeca, le secteur culturel, les va-et-vient de la fréquentation des établissements d'enseignement, ou il découle de la désignation maladroite d'entreprises qui seraient moins « essentielles ». Ce vertige trouve néanmoins sa source première dans les lois existantes. Le Conseil d'Etat, incompetent pour le décider de son propre chef, a pourtant suggéré entre les lignes que la Cour constitutionnelle soit saisie de questions préjudicielles sur la validité de ces lois elles-mêmes.

Il reste que la méconnaissance, malheureusement répandue, de la puissance latente des pouvoirs de police ne constitue pas en soi un motif pour les écarter. Au contraire, il faut les regarder en face pour bien les juguler. Une nouvelle loi s'impose pour dompter l'animal de la police, non pas parce qu'un juge estime erronément que les mesures n'ont pas de fondement, mais parce que, fort des fondements existants, le pied est déjà soulevé par-dessus la frontière entre droit et non-droit et qu'il va bientôt se poser de l'autre côté (si ce n'est déjà fait par la réitération dans le temps des mesures quand bien-même chaque renouvellement demeure motivé par l'évolution de la pandémie).

Même si une ingérence dans un droit fondamental n'équivaut pas automatiquement à sa violation, le problème réside dans ce que les bases légales, valides n'en déplaise à beaucoup (ce n'est pas pour cela qu'elles me plaisent, il se fait que c'est l'état du droit), brident bien des libertés en permettant des mesures si inhabituelles, si diversifiées, si invasives et si longtemps. Cette amplitude nous amène incontestablement aux confins de l'acceptable, elle fait prendre conscience de ce qu'est le pouvoir de police d'un Etat et elle rend tangible le danger d'une réutilisation dans d'autres mains (encore que la bonne intention ne garantisse pas la bonne règle) dans d'autres circonstances aussi tangentes.

Ce qui est licite doit être adapté pour rester légitime. C'est pourquoi l'intervention parlementaire s'impose puisque le pouvoir législatif peut toujours régler lui-même plus en détail ce qu'il a laissé le soin de faire au pouvoir exécutif, à plus forte raison quand l'inquiétude de débordements juridiques se conjugue à une lassitude répandue. L'amplitude matérielle et temporelle de ce qui est autorisable hier comme aujourd'hui constitue précisément la raison pour laquelle une nouvelle loi doit régler le futur cadre juridique de la gestion « policière » de cette fin de pandémie ou d'une suivante, à partir de son entrée en vigueur (et non régulariser rétroactivement ce qui semble, à première vue, un fondement légal).

Dimitri YERNAULT, professeur à la Faculté de droit de l'ULB, 10 avril 2021

PS – pour mieux cerner les pouvoirs de police, le carnet de crise n°24 publié sur le site du Centre de droit public de l'ULB le 2 mai 2020 : <https://droit-public.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2020/05/Police-sanitaire-et-COVID-arr%C3%AAt%C3%A9s-CONFINEMENT-du-13-mars-au-30-avril-2020-VERSION-LONGUE.pdf>