

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 46.238/2
DU 14 AVRIL 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Président du Parlement wallon, le 17 mars 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur une proposition de décret "instaurant la consultation populaire régionale" (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n/ 944/1), a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique sur une proposition, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, la proposition appelle les observations ci-après.

Dans son avis 37.804/AG, donné le 23 novembre 2004 ¹, l'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État s'est prononcée comme suit sur l'instauration d'une procédure de consultation populaire tant au niveau fédéral qu'au niveau régional :

"1. Dans son avis 15.853/AG -15.854/AG et 15.969/AG à 15.971/AG donné le 15 mai 1985 ², l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État s'est prononcée sur une série de propositions de loi instaurant un référendum et une consultation populaire tant dans les matières fédérales, communautaires et régionales que dans les matières provinciales et communales. Elle a considéré que l'instauration de toute procédure de consultation populaire au niveau fédéral - qu'elle soit permanente ou qu'elle porte sur un sujet déterminé - nécessite la révision préalable de la Constitution.

[...]

3. Dans son avis 33.789/AV et 33.791/AV, donné le 3 octobre 2002, sur une proposition de décret "houdende de inrichting van een Vlaamse volksraadpleging" et sur une proposition de décret "houdende instelling van een

(¹) Avis n/ 37.804/AG, du 23 novembre 2004 sur une proposition de loi "portant organisation d'une consultation populaire sur le traité établissant une constitution pour l'Europe" (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n/ 51-0281/4).

(²) *Doc. parl.*, Chambre, 1985-1986, n/ 783/2.

deelstatelijke volksraadpleging kaderend in de procedure van onderzoek", l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a confirmé son avis 15.853/AG -15.854/AG et 15.969/AG à 15.971/AG précité, en réaffirmant les principes suivants :

1. Le système représentatif - Article 33, alinéa 2, de la Constitution

L'article 33 de la Constitution s'énonce comme suit :

"Tous les pouvoirs émanent de la Nation.
Ils sont exercés de la manière établie par la Constitution".

Il ressort de cette disposition ainsi que des autres dispositions de la Constitution relatives à l'exercice des pouvoirs que la Constitution n'a pas instauré un système fondé sur la souveraineté populaire mais bien un mécanisme basé sur la souveraineté nationale dans lequel la Nation est représentée par les corps constitués et plus particulièrement, en ce qui concerne le pouvoir législatif, par les représentants du peuple au sein des chambres fédérales, d'une part, (article 42 de la Constitution) et des assemblées parlementaires des Communautés et des Régions, d'autre part (article 115 de la Constitution). Le système représentatif ainsi instauré par la Constitution implique que les représentants de la nation prennent eux-mêmes les décisions dans les matières relevant de leur compétence et que, dans l'exercice de leur mandat, ils ne peuvent être liés, ni en droit, ni en fait.

Dans le régime constitutionnel actuel, la participation de la population à l'élaboration des lois, décrets et ordonnances est limitée: le corps électoral désigne, conformément aux dispositions de la législation électorale, ses représentants aux assemblées parlementaires. Les citoyens ont en outre le droit d'adresser des pétitions aux autorités publiques (article 28 de la Constitution) et d'user d'un certain nombre de libertés et de droits fondamentaux, comme la liberté d'expression, la liberté de la presse, la liberté de s'assembler et la liberté de s'associer, en vue de développer une activité politique.

Il en résulte que le système représentatif actuel exclut des procédés de démocratie directe à l'échelon de l'État fédéral, des Communautés et des Régions. Il en est sans aucun doute ainsi pour le référendum qui attribue à la population³ le droit de prendre des décisions obligatoires dans des matières qui ont été confiées aux différents pouvoirs par la Constitution ou en vertu de celle-ci. L'introduction du référendum requiert dès lors une révision de la Constitution. Il en va de même pour la consultation populaire. Bien que celle-ci, contrairement au référendum, n'attribue pas de pouvoir décisionnel à la population mais revête uniquement un caractère "consultatif" et vise à "consulter" la population, le Conseil d'État estime que, dans l'état actuel de la Constitution, la consultation populaire dans des matières fédérales, communautaires et régionales est également inconstitutionnelle, pour deux raisons.

(3) Par "population", cet avis vise la partie de la population ayant le droit de vote. Voir l'article 2 de la première proposition et l'article 6 de la deuxième proposition.

La consultation populaire implique, en premier lieu, un changement si important dans la manière dont les pouvoirs sont exercés que la Constitution doit elle-même le prévoir. C'est ce qui ressort de l'article 33, alinéa 2, de la Constitution. Même si l'on invoque le caractère purement consultatif de la consultation populaire, il est clair que l'avis émanant de la population même ne peut être comparé à d'autres avis parfois recueillis, soit en vertu d'une obligation légale, soit volontairement. Dans le système représentatif actuel, instauré par la Constitution, le pouvoir législatif est exercé au niveau fédéral par les chambres fédérales et le Roi, et au niveau des entités fédérées, par les Conseils de communauté et de région et leur gouvernement. Après l'instauration de la consultation populaire, on ne pourra plus dire que les pouvoirs sont exercés "de la manière établie par la Constitution".

En outre, dans ses avis antérieurs, le Conseil d'État a déjà exprimé ses doutes quant au caractère purement consultatif de la consultation populaire. Non seulement "la manière dont les pouvoirs" sont exercés est modifiée, mais ces pouvoirs subissent eux-mêmes, dans un système prévoyant une consultation populaire, un glissement important de la représentation populaire vers le peuple lui-même. Même si les résultats d'une consultation populaire peuvent ne pas être juridiquement obligatoires, l'autorité et la pression de fait qui s'en dégagent sont de nature telle qu'elles risquent de porter atteinte à l'essence du système représentatif instauré par la Constitution par le fait que les représentants du peuple ne décideront plus eux-mêmes mais se sentiront liés en fait par l'avis que leur donne la population.

Bien entendu, le Conseil d'État est conscient de ce que les résultats de certaines consultations populaires, par exemple en raison de la faible participation de la population ou du résultat partagé de cette consultation, n'affectent en fait guère le pouvoir de décision de la représentation nationale. Il ne faut toutefois pas y voir un argument antithétique, dès lors qu'un système général de consultations populaires, tel que l'instaurent les deux propositions de décret, ne se limite évidemment pas et ne peut non plus se limiter à des consultations populaires telles que celles décrites ci-dessus. Le système proposé n'exclut pas que la consultation populaire donne des résultats dont l'initiateur sait ou doit savoir qu'ils réduisent fortement son pouvoir de décision, sinon juridiquement du moins dans les faits ⁴. Les arguments précités valent non seulement pour les consultations populaires relatives à des projets concrets de loi, de décret et d'ordonnance, mais aussi pour celles soumettant à la population des orientations politiques générales ou particulières. Dans le système représentatif, c'est à la représentation parlementaire elle-même qu'il revient de déterminer les orientations politiques et son rôle ne peut se limiter à transposer, dans des lois, décrets ou ordonnances, les orientations décidées (référendum) ou conseillées (consultation populaire) par la population.

⁽⁴⁾ Dans les développements de la proposition de décret 1131/1 (p. 2), il est d'ailleurs fait référence à l'accord de gouvernement flamand qui précise que : "De Regering verbindt er zich alvast toe de uitslag van deze referenda te respecteren."

Même si le système représentatif peut s'accompagner d'éléments de la démocratie directe, ainsi que le montre le droit comparé, il est clair que le régime constitutionnel belge actuel ne le prévoit pas.

Force est dès lors de conclure que le système des consultations populaires, prévu par les deux propositions de décret, implique un développement et une mutation à ce point cruciaux du système représentatif, et modifie à un point tel "la manière dont les pouvoirs sont exercés", qu'il doit être réglé par la Constitution même et ne peut être instauré par décret.

2. La Proposition, approuvée par la Chambre des Représentants, visant à introduire un article 39bis dans la Constitution

La conclusion selon laquelle une modification de la Constitution est requise, s'avère avoir également été celle des chambres constituantes au cours de la législature précédente. Le 15 juillet 1998, la Chambre des Représentants a en effet adopté une proposition visant à insérer un article 39bis dans la Constitution, énoncé comme suit :

"Art. 39bis. Au niveau de la région, il peut être organisé une consultation populaire limitée aux compétences de la région.

Le décret ou la règle visée à l'article 134 détermine les conditions d'application de cette consultation" ⁵.

Il ressort des développements de la proposition que les auteurs de celle-ci se sont ralliés à la conception exprimée par l'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, dans son avis du 15 mai 1985 :

"Le Conseil d'État s'est prononcé sur le caractère anticonstitutionnel de la consultation populaire au regard de notre Constitution. En effet, tout en faisant la distinction entre le référendum (obligatoire) et la consultation populaire (sans effet obligatoire), il a retenu l'objection d'anticonstitutionnalité car dans les pays où la consultation populaire existe, c'est souvent la Constitution qui la prévoit. En outre, le caractère non obligatoire de la consultation populaire n'est pas réellement établi, vu que dans les faits, la réponse à une question déterminée a un effet contraignant pour le pouvoir politique qui a posé cette question. Aussi proposons-nous l'insertion d'un article 39ter dans la Constitution." ⁶

⁽⁵⁾ Voir le projet de texte, transmis au Sénat par la Chambre des représentants (Doc. parl., Sénat, 1997-98, n/ 1-1069/1).

⁽⁶⁾ Développements de la proposition de révision du titre III de la Constitution par l'insertion d'un article 39ter (Doc. parl., Chambre, 1996-97, n/ 1176/1, p.2.)

Ces développements n'ont pas été contestés au cours des travaux préparatoires. Il ressort au contraire de l'examen de la proposition en Commission de révision de la Constitution et de la réforme des institutions ⁷ et en séance plénière de la Chambre ⁸ que la Chambre a elle-même considéré qu'une révision de la Constitution était requise pour lever les oppositions à l'instauration d'une consultation populaire au niveau régional.

Certes, faute d'avoir été approuvée par le Sénat, la proposition visée n'a pas donné lieu à une révision effective de la Constitution. Il n'en demeure pas moins que son approbation par la Chambre constitue, pour les motifs évoqués ci-dessus, une indication importante en ce qui concerne l'interprétation qui doit être donnée à cet égard aux principes constitutionnels.

3. La consultation populaire au niveau communal et provincial et l'article 41, alinéa 5, de la Constitution

Sans procéder à une révision de la Constitution, le législateur avait permis les consultations populaires communales et provinciales sur l'initiative des conseils communaux et provinciaux, respectivement par les lois des 10 avril 1995 ⁹ et 25 juin 1997 ¹⁰. Il ne saurait cependant pas en être tiré argument en faveur des propositions à l'examen qui visent à instaurer par décret une consultation populaire dans les entités fédérées. En effet, dans ses avis antérieurs, le Conseil d'État a indiqué les motifs pour lesquels il a estimé qu'une révision de la Constitution n'était pas nécessaire pour organiser une consultation populaire sur l'initiative des conseils communaux et provinciaux. Ces motifs étaient liés aux nombreux précédents connus en la matière, et aux déclarations faites à ce sujet dans le passé par différents ministres compétents ¹¹. Ils ne trouvent pas à s'appliquer aux consultations populaires organisées à l'échelon fédéral, communautaire ou régional, et ne prévalent pas sur les arguments de principe rappelés ci-avant et relatifs à l'article 33, alinéa 2, de la Constitution de même qu'au système représentatif instauré par la Constitution.

(7) Doc. parl., Chambre, 1996-97, n/ 1176/4, pp. 2-3.

(8) Voir les déclarations de M. Versnick et M. Tobback, Ministre de l'Intérieur (Ann. parl., Chambre, 15 juillet 1998, n/ 264, pp. 9296 et 9309-9310).

(9) Loi du 10 avril 1995 complétant la nouvelle loi communale par des dispositions relatives à la consultation populaire communale.

(10) Loi du 25 juin 1997 modifiant la loi provinciale, la loi du 1^{er} juillet 1860 apportant des modifications à la loi provinciale et à la loi communale en ce qui concerne le serment et la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales.

(11) Voir l'avis 15.853-15.854/AG et 15.969/AG à 15.971/AG inclus, du 15 mai 1985 (Doc. parl., Chambre, 1985-86, n/ 783/2, pp. 20-22).

Le 12 mars 1999, le constituant a d'ailleurs ajouté à l'article 41 de la Constitution un alinéa 5, disposant :

"Les matières d'intérêt communal ou provincial peuvent faire l'objet d'une consultation populaire dans la commune ou la province concernée. La loi règle les modalités et l'organisation de la consultation populaire."

Bien que cette révision de la Constitution n'était, strictement parlant, nécessaire que pour permettre les consultations populaires communales et provinciales sur l'initiative de la population, force est de constater que l'article 41, alinéa 5, a une portée générale. Il en résulte que le constituant a estimé opportun de créer un fondement constitutionnel pour chaque consultation populaire. Manifestement, il a été considéré qu'il était indiqué d'inscrire les caractéristiques principales de l'organisation de l'État dans la Constitution même, afin qu'elle contienne les règles de base du fonctionnement de la démocratie ¹². Cette considération s'applique naturellement à fortiori aux consultations populaires organisées à l'échelon fédéral, communautaire ou régional ¹³.

4. Le droit d'enquête parlementaire - Article 40 de la loi spéciale de réformes institutionnelles (et article 56 de la Constitution)

À l'article 1^{er} de la proposition de décret "houdende instelling van een deelstatelijke volksraadpleging kaderend in de procedure van onderzoek", il est explicitement précisé que la consultation populaire est organisée dans le cadre du droit d'enquête parlementaire. Bien que l'article 40 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ainsi que l'article 56 de la Constitution ¹⁴, relatifs à l'enquête parlementaire, ne posent pas de limite expresse au droit des Conseils de communautés et de régions ou des chambres législatives fédérales d'ouvrir une enquête ¹⁵, il est clair que le droit d'enquête parlementaire doit s'exercer dans le respect des dispositions de la Constitution et des lois spéciales relatives à l'exercice des pouvoirs.

(12) Voir dans le même sens, Doc. parl., Sénat, 1998-99, n/ 1-1068/3, p. 9.

(13) Le professeur Alen écrit dans son avis au Sénat, à l'occasion de la révision de la Constitution : "Étant donné que la raison pour laquelle la révision de l'article 41 de la Constitution est jugée nécessaire (...) n'apparaît pas dans le texte révisé lui-même, son adoption implique qu'il faudra aussi réviser préalablement la Constitution pour pouvoir organiser des consultations populaires au niveau fédéral ou au niveau des entités fédérées et, à fortiori, des référendums à quelque niveau que ce soit. On rejoindrait ainsi l'avis de base de la section de législation du Conseil d'État (...) et on assurerait, pour autant que de besoin, la sécurité juridique en la matière" (Doc. parl., Sénat, 1998-99, n/ 1-1068/3, p. 22).

(14) En vertu de l'article 44 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, cet article est applicable au Conseil de la Communauté germanophone.

(15) Voir F. Meerschaut, "Het parlementair onderzoeksrecht van de federale wetgevende Kamers na de wet van 30 juni 1996" in Parlementair Recht. Commentaar en Teksten, Gand, Mys et Breesch, feuilles mobiles, pp. 7 et 20.

Il ne peut pas résulter du droit d'enquête des assemblées parlementaires que le pouvoir de légiférer par loi, décret et ordonnance ne serait plus exercé de la manière prescrite par la Constitution et les lois spéciales. Dans la mesure où, ainsi qu'il a été démontré ci-dessus, la consultation populaire porte atteinte au système représentatif instauré par le constituant, dès lors qu'elle associe la population au processus de décision, non pas indirectement, par la voie électorale, mais directement, par une consultation, les pouvoirs ne sont plus exercés "de la manière établie par la Constitution" et cette consultation populaire ne peut évidemment pas non plus être instituée, sur la base de l'article 40 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 56 de la Constitution, tant dans des matières communautaires et régionales que dans des matières fédérales.

En outre, le Conseil d'État estime qu'il n'y a aucune commune mesure entre l'obtention d'informations recueillies dans le cadre d'une enquête parlementaire et le recours à la consultation populaire. L'enquête parlementaire a pour objet, notamment par l'audition de représentants de l'autorité, de fonctionnaires, d'experts ou d'autres personnes, de fournir au parlement les informations pertinentes qui lui permettent d'exercer, lui-même, ses compétences en connaissance de cause. La consultation de l'ensemble de la population, par la représentation nationale, poursuit un autre objectif. La consultation populaire ne vise pas à déterminer ce que la population "sait", mais à établir ce qu'elle "souhaite", ou, en d'autres termes, à savoir dans quel sens elle estime que la représentation nationale doit se prononcer. Ainsi qu'il a déjà été précisé ci-dessus, une telle consultation populaire va à l'encontre du système représentatif, tel que l'organise actuellement la Constitution. Son instauration ne peut donc être justifiée sur la base de l'article 40 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles¹⁶, mais requiert une révision de la Constitution".

4. Il résulte de ce qui précède que la consultation populaire prévue par la proposition à l'examen nécessite préalablement une modification de la Constitution¹⁷."

(16) Ou de l'article 56 de la Constitution.

(17) À ce sujet, le Conseil d'État relève que la dernière déclaration de révision de la Constitution n'envisage la révision du Titre III de la Constitution "qu'en vue d'y insérer un article nouveau permettant aux régions d'instituer et d'organiser une consultation populaire dans les matières qui relèvent de leurs compétences" (Moniteur belge du 10 avril 2003, 2^e édition, p. 18.319).

L'Assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État a réitéré ces observations dans l'avis n^{os} 43.707/AG à 43.717/AG, donné le 22 octobre 2007 ¹⁸.

À défaut d'éléments juridiques nouveaux, la même conclusion s'impose à l'égard de la proposition de décret examinée.

⁽¹⁸⁾ Avis 43.707/AG à 43.717/AG, donnés le 22 octobre 2007, sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-037/1) et sur les amendements n^{os} 2 à 62 (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-037/3) (43.707/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-039/1 et sur l'amendement n/ 1 (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-039/2) (43.708/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-027/1) (43.709/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-028/1) (43.710/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-031/1) (43.711/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-032/1) (43.712/AG); sur une proposition de loi "modifiant la législation électorale, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-033/1) (43.713/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-038/1) (43.714/AG); sur une proposition de loi "modifiant les lois électorales, en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-0133/1) (43.715/AG) et sur une proposition de loi "modifiant le Code électoral ainsi que son annexe" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-0153/1) (43.716/AG); sur une proposition de loi "modifiant le Code électoral ainsi que son annexe" (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 52-0158/1) (43.717/AG).

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. X. DELGRANGE, premier auditeur.

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Ph. HANSE