

II.4. Le législateur et la Cour constitutionnelle

II.4.1. Les principes

- 86.** Instaurée par la Constitution (article 142), la Cour constitutionnelle peut annuler des lois ayant force de loi sur recours en annulation, les suspendre sur recours en suspension ou les déclarer inconstitutionnelles à la suite d'une question préjudicielle.

Elle sanctionne ces lois notamment lorsque le législateur a méconnu les articles 8 à 32 de la Constitution (les droits et libertés des Belges), 170 et 172 (la légalité et l'égalité devant les impôts) et 191 (la protection des étrangers).^{2/91}

Comme la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle reconnaît que le droit européen a la priorité sur le droit national.

Puisque la jurisprudence de la Cour EDH et du pouvoir judiciaire de l'UE relative aux droits et libertés, accordés par la Convention EDH ou par les Traités de l'UE, fait partie des dispositions appliquées, la Cour constitutionnelle s'associe ainsi, sans autre précaution ou vérification, à leurs jurisprudences.^{2/92}

Pour les raisons exposées ^{2/93}, il est plus cohérent de conclure à la primauté de la Constitution, les traités étant conclus en vertu et en conformité de la Constitution. Ils doivent être exécutés en conformité avec elle.

Les arbitrages que les législateurs effectuent quand ils réalisent et limitent l'exercice des droits et libertés, ne font pas que des heureux.

La restriction, qu'ils imposent à l'exercice d'un droit ou d'une liberté, peut déplaire au titulaire du droit limité ou à d'autres personnes qui estiment que la loi ne va pas suffisamment loin, portant ainsi atteinte à l'exercice de leurs droits et libertés.

L'intervention du législateur conduit en outre à des catégories de personnes qui sont traitées différemment. Il existera en effet une catégorie de personnes qui entre dans le champ d'application de la loi et une ou plusieurs autres catégories qui en sont exclues. Estimant qu'elles se trouvent dans la "mauvaise" catégorie, ces personnes en déduiront que leur traitement différencié méconnaît les principes d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 Constitution).

^{2/91} Article 1^{er}, 2^e de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle.

^{2/92} Voy notamment en ce qui concerne la Cour EDH : Cc 28 septembre 2017, n° 105/2017 ; Cc 27 avril 2017, n° 48/2017 ; Cc 9 février 2017, n° 12/2017 ; Cc 14 décembre 2016, n°160/2016 et en ce qui concerne la Cour en justice : Cc 23 février 2017, n°27/2017 ; Cc 19 janvier 2017, n° 5/2017 ; Cc 20 octobre 2016, n°136/2016 ; Cc 22 septembre 2016, n° 128/2016.

^{2/93} Voy supra n° 55.

Par son objet et son effet contraignant, la loi impérative ou prohibitive interfère donc dans l'exercice des droits et libertés, ainsi que dans l'application des principes d'égalité et de non-discrimination. Quoi qu'il fasse, le législateur se heurtera toujours à des personnes qui auront à redire. Se référant à leurs droits et libertés, ainsi qu'aux principes précités, elles contesteront l'arbitrage du législateur.

- 87.** Saisie d'un recours en annulation, en suspension ou d'une question préjudicielle, la répartition des pouvoirs politiques, consacrée par la Constitution, est le point de départ de la Cour constitutionnelle.

Elle souligne qu'il appartient au législateur de décider dans quelle mesure il est opportun, notamment dans le cadre de sa politique socio-économique, environnementale ou fiscale... de prendre les mesures qui lui permettent de réaliser sa politique. ^{2/94}

Elle ajoute que nul ne peut prétendre à l'immutabilité d'une politique ou à l'absence permanente d'une réglementation et souligne qu'à peine de rendre impossible toute modification législative ou toute réglementation entièrement nouvelle, il ne peut être soutenu qu'une disposition nouvelle serait contraire au principe de sécurité juridique par cela seul qu'elle modifie les conditions d'application de la législation ancienne ou qu'elle instaure une interdiction entièrement nouvelle et pour le seul motif qu'elle remettrait en question certains choix antérieurs d'une personne. ^{2/95}

La Cour annonce ainsi qu'elle refuse de se prononcer sur l'opportunité de l'(in)action législative. Ce ne sont pas le fait de l'initiative législative ou de son absence qui est examinée, mais bien son contenu, son sens et/ou sa portée, à la lumière des dispositions constitutionnelles qui sont invoquées, à condition qu'elles entrent dans les compétences de la Cour.

Quand le recours ou la question préjudicielle porte sur la restriction d'un droit ou d'une liberté, la Cour déduit de la répartition des pouvoirs politiques que les droits et libertés ne sont, en principe, pas absolus.

L'ingérence dans leur exercice par une autorité publique compétente ne prête pas à contestation lorsque la restriction est raisonnable. ^{2/96}

Afin de se prononcer sur le caractère raisonnable de l'ingérence, la Cour se réfère, souvent, à quatre paramètres. L'ingérence doit (i) être prévue par une

^{2/94} Voy Cc 28 septembre 2017, n°107/2017, B.5 (flexi-jobs dans le secteur du horeca) ; Cc 22 décembre 2016, n° 165/2016, B.8.1 ; Cc 14 janvier 2016, n° 1/2016, B.20.3 ; Cc 1^{er} octobre 2015, n° 132/2015, B.12.1.

^{2/95} Voy notamment : Cc 16 mars 2017, n° 39/2017, B.7.1 ; Cc 8 décembre 2016, n°156/2016, B.7.1.

^{2/96} Par ex. Cc 15 mars 2018, n° 29/2018, B.12 à B.14.4.

loi suffisamment accessible et précise, (ii) être nécessaire dans une société démocratique, (iii) répondre à un besoin social impérieux et (iv) être pertinente et proportionnelle aux buts légitimes poursuivis par le législateur.

De la même façon, elle décide que les principes d'égalité et de non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie par le législateur entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée, ce qui s'apprécie en tenant compte du but et des effets de la mesure législative, ainsi que de la nature des principes qui sont en cause.

La Cour utilise le même critère quand elle détermine si le même traitement peut être appliqué à des catégories de personnes qui, au regard de la mesure législative, se trouvent dans des situations différentes.^{2/97}

II.4.2. L'ingérence raisonnable

- 88.** Dans la jurisprudence de la Cour, la "raison" n'est pas une notion vague ou ouverte.^{2/98}

Elle a développé un critère d'appréciation, composé idéalement de quatre paramètres, qui détermine le caractère raisonnable d'une ingérence législative dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

Ces paramètres présentent un lien étroit avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, à tout le moins en théorie.

Lors des débats devant la Cour, les intérêts privés concernés par le recours ou par la question préjudicielle, ne sont pas l'enjeu final de la procédure, mais bien la compatibilité de l'ingérence législative dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Inspirée par la Cour EDH, la Cour admet que l'ingérence est raisonnable lorsqu'elle résulte d'une loi qui est suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social

^{2/97} Notamment : Cc 31 mai 2018, n°61/2018, B.10.2 et B.17.2 ; Cc 26 avril 2018, n° 50/2018, B.8 et B.9 ; Cc 22 mars 2018, n°36/2018, B.4.2 ; Cc 15 mars 2018, n°23/2018, B.12 à B.15.

^{2/98} Ce qu'elle est en droit privé, laissée à l'appréciation du magistrat qui fait appel à ce qui est raisonnable et/ou équitable sous réserve de la décision, également "souveraine", de la Cour de cassation, si elle intervient dans une procédure à la suite d'un recours en cassation et d'un moyen en cassation qui lui permet de se prononcer à ce sujet ("le contrôle de la légalité") (voy infra n° 136).

impérieux et s'avère pertinente et proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis par le législateur.^{2/99}

La technique de contrôle et la terminologie de la Cour ne sont toutefois pas toujours uniformes. Quand l'ingérence concerne, par exemple, l'exercice du droit de propriété, la Cour aborde exclusivement la proportionnalité entre l'intervention du législateur et le but qu'il poursuit, parfois complétée par la précision que ce but doit être légitime.^{2/100}

Dans d'autres matières, elle considère que l'ingérence (n') est (pas) raisonnable si elle (n') est (pas) pertinente ou proportionnelle ^{2/101} ou si elle (n') est (pas) prévisible et proportionnelle par rapport au but légitime poursuivi ^{2/102} ou encore si elle (ne) poursuit (pas) au moins un but légitime, nécessaire dans une société démocratique.^{2/103}

Il est possible que la Cour se réfère dans ces causes à la proportionnalité, à la légitimité du but poursuivi, à la pertinence ou à la prévisibilité parce qu'elle estime que les autres paramètres se trouvent réunis ou, au contraire, ne présentent en l'espèce plus aucun intérêt.

Une haute juridiction qui exige des lois qu'elles soient suffisamment accessibles et précises, ne devrait-elle pas, dans la mesure du possible, éviter des imprécisions ou des ambiguïtés de ce type ? Une terminologie uniforme n'est pas un détail ou un luxe superflu.

II.4.2.1. Une loi suffisamment accessible et précise

- 89.** Nul ne peut être inculpé d'un délit ou subir une peine en l'absence d'une loi (ayant force de loi) qui prévoit le délit et/ou instaure la peine, ainsi le veut le principe de la légalité (articles 12 et 14 Constitution). Le même principe est appliqué, mutatis mutandis, en droit fiscal (article 170).

Le principe de la légalité interdit aux pouvoirs exécutifs et judiciaires d'ériger des actes ou des omissions en délit, d'infliger des peines ou d'imposer des

^{2/99} Voy. notamment : Cc 15 mars 2018, n° 29/2018, B.12 à B.14.4 ; Cc 12 octobre 2017, n° 116/2017, B.3.2 à B.13.2 ; Cc 19 janvier 2017, n° 5/2017, B.10.1 ; Cc 25 mai 2016 n°72/2016, B.18.1 et B.18.2 ; Cc 28 janvier 2015, n° 9/2015, B.24 ; Cc 6 décembre 2012, n° 145/2012, B.13 à B.14.

^{2/100} Cc 28 septembre 2017, n° 105/2017, B.18.3 : "Toute ingérence dans le droit de propriété doit réaliser un juste équilibre entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la protection du droit au respect des biens. Il faut qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi" ; Cc 10 novembre 2016, n° 140/2016, B.12.4 ; Cc 5 février 2017, n° 15/2017, B.18 ; Cc 16 mai 2019, n° 66/2019, B.4.2 à B.4.5.

^{2/101} Cc 19 octobre 2017, n°124/2017, B.7.1.

^{2/102} Cc 6 juillet 2017, n° 85/2017, B.6.2.

^{2/103} Cc 1er décembre 2016, n°152/2016, B.6.2.

charges fiscales. Ce pouvoir n'appartient qu'aux législateurs dans le cadre de leurs compétences.

Le principe de la légalité procède, ainsi décide la Cour, de l'idée que la loi pénale doit être formulée en des termes qui permettent à chacun de savoir au moment où il adopte un comportement, si celui-ci est ou non punissable.

Elle en déduit pour le législateur une obligation d'indiquer, en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique, quels faits sont sanctionnés, afin que celui qui adopte un comportement puisse évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelle sera la conséquence pénale de ce comportement et que ne soit pas laissé au juge un trop grand pouvoir d'appréciation.

La loi est libellée en des termes suffisamment précis, clairs et offrant la sécurité juridique lorsque le justiciable est en mesure de savoir, à partir du texte de la disposition pertinente et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les juridictions, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale.

La Cour précise que ce n'est qu'en examinant une disposition pénale spécifique qu'il est possible de déterminer, en tenant compte des éléments propres aux infractions qu'elle entend réprimer, si les termes généraux utilisés par le législateur sont à ce point vagues qu'ils méconnaîtraient le principe de la légalité en matière pénale.^{2/104}

90. Appuyée par la doctrine ^{2/105}, la Cour semble réserver cette jurisprudence aux lois pénales.

Elle ne la reprend même pas en matière fiscale, pourtant également soumise au principe de la légalité.

Une loi (pénale ou fiscale) qui n'est pas suffisamment accessible et précise donne aux pouvoirs exécutifs et judiciaires la possibilité de décider du contenu, du sens et de la portée du délit, de la peine ou de l'impôt, ce qui heurte manifestement la Constitution.

Le principe de la légalité protège les administrés et les justiciables contre le bon vouloir, l'arbitraire des pouvoirs exécutifs ou judiciaires quand ils appliquent une loi qui instaure un délit, une peine ou un impôt dont les termes ne sont pas suffisamment accessibles et précis.

Pour quelle(s) raison(s) l'atteinte portée à l'exercice d'un droit ou d'une liberté par une loi pénale ou fiscale serait-elle plus sérieuse ou grave que l'atteinte par

^{2/104} Voy. notamment : Cc 25 mai 2016, n° 72/2016, B.5.1 à B.5.2 ; Cc 14 janvier 2016, n° 1/2016, B.5.3 ; Cc 17 décembre 2015, n° 178/2015, B.4.1.

^{2/105} Voy. notamment : F. Peeraer, loc.cit., TPR 2019, 671-672 et les références citées.

une loi civile, économique, administrative, sociale... ? Tous les droits et libertés ne se valent-ils pas ?

Reprenant sa terminologie, il semble assez incompréhensible que la Cour accepte que le juge (ou l'exécutif) dispose en toute autre matière du "trop grand pouvoir d'appréciation", qu'elle fustige et condamne en matière pénale.

Le titulaire d'un droit ou d'une liberté ne doit-il pas toujours et en toutes circonstances pouvoir évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelles seront les conséquences en droit de ses actes et comportements ?

En réservant le premier paramètre aux lois pénales qui portent atteintes à des droits et libertés, la Cour constitutionnelle introduit une différence de traitement qui ne semble pas raisonnable.

Les titulaires dont les droits et libertés sont limités par une loi civile, économique, administrative, sociale... méritent la même protection. Leur exclusion ne repose sur aucun critère objectif, légitime et pertinent, qui présente un rapport raisonnable de proportionnalité avec le but poursuivi par le législateur.

A tort, et contrairement à la Cour EDH 2/¹⁰⁶, la Cour prive ces titulaires d'une protection qu'elle concède aux titulaires, dont le droit ou la liberté est restreint par une loi pénale.

- 91.** A condition d'être appliqué à chaque loi le premier paramètre trouve son fondement dans la règle de droit (the rule of law) et l'Etat de droit.

La règle de droit 2/¹⁰⁷ est caractérisée par sa généralité, son abstraction, sa durée – en principe – indéterminée et par le fait qu'elle émane d'une autorité publique compétente.

L'Etat de droit repose non seulement sur des règles de droit qui organisent le vivre ensemble, mais aussi sur des pouvoirs publics qui se soumettent aux règles de droit.2/¹⁰⁸

La combinaison de la règle de droit et de l'Etat de droit donne à ses ressortissants la garantie que leurs actes et comportements ne seront pas sanctionnés s'ils respectent les règles de droit.2/¹⁰⁹

A la différence d'autres régimes politiques, la démocratie associe les règles de droit et l'Etat de droit à l'exercice par les titulaires de leurs droits et libertés, accordés et exercés sans discrimination.

2/¹⁰⁶ Voy infra nos 116-117.

2/¹⁰⁷ Qu'il s'agisse de lois (au sens matériel) ou de règles jurisprudentielles déduites par le pouvoir judiciaire des lois dans le respect de la volonté du législateur.

2/¹⁰⁸ Sous réserve d'une éventuelle modification, en bonne et due forme, par l'autorité compétente.

2/¹⁰⁹ Qui réalisent et limitent l'exercice de leurs droits et libertés.

Les règles de droit déterminent le champ d'action et d'application des droits et des libertés. Leurs titulaires savent qu'ils se trouvent à l'abri de critiques aussi longtemps qu'ils agissent en conformité avec les règles de droit.

L'efficacité de cette protection 2/110 dépend de l'accessibilité et de la précision des règles de droit, qui réduisent les risques d'erreur 2/111 et les marges d'interprétation des pouvoirs publics, chargés de leur surveillance et application.

Quand les règles de droit sont inaccessibles 2/112 ou imprécises, le titulaire, qui exerce un droit ou une liberté, n'est pas en mesure d'évaluer préalablement, de manière satisfaisante, quelles seront les conséquences en droit de son acte ou comportement.

L'accessibilité et la précision des règles de droit sont dès lors inséparables de la règle de droit (rule of law) et de l'Etat de droit. 2/113

92. L'accessibilité et la précision devraient non seulement s'imposer aux lois, mais aussi aux règles jurisprudentielles, qui sont déduites des lois par le pouvoir judiciaire : il n'y a pas lieu de s'arrêter à mi-chemin.

La Cour constitutionnelle fait allusion aux règles jurisprudentielles lorsqu'elle énonce que l'accessibilité et la précision des lois dépendent du libellé de leurs dispositions et qu'elles peuvent aussi être obtenues "au besoin, à l'aide de (leur) interprétation par les juridictions". 2/114

Une zone d'ombre assombrit le raisonnement de la Cour. Comment un bon père de famille (h/f/x) parvient-il à trouver dans la jurisprudence, produite sur presque deux siècles, la ou les règle(s) jurisprudentielle(s) pertinente(s) ? Comment peut-il acquérir la certitude que sa compréhension de ces règles est la bonne ?

Les règles jurisprudentielles n'améliorent l'accessibilité et la précision des lois qu'à condition d'être elles-mêmes accessibles et précises. Une règle jurisprudentielle n'est pas, par définition ou par nature, plus accessible ou plus précise que la loi.

2/110 Souvent désignée comme "la sécurité juridique", qui – pourtant – reste un bien inaccessible pour les raisons exposées infra, voy le n° 104.

2/111 Dans le chef des titulaires.

2/112 Ou difficilement accessibles.

2/113 Dans "Utopia", THOMAS MOORE plaide déjà au 16^{ème} siècle pour des lois "précises" ; voy . L. DE GRUYSE, *A man for all seasons, in "Human rights with a human touch. Liber amicorum PAUL LEMMENS* (éd. K. LEMMENS, S. PARMENTIER et L. REYNTJENS), Anvers, Intersentia, 2020, 63-102.

2/114 Notamment : Cc 21 juin 2018, n°77/2018 ; Cc 21 juin 2018, n°76/2018 ; Cc 31 mai 2018, n°61/2018, B.18.2.

Lorsque la Cour se prononce sur l'accessibilité et la précision d'une loi, son appréciation devrait dès lors aussi concerner les règles jurisprudentielles, déduites de la loi.

La Cour semble consciente du problème. Elle observe que l'ingérence dans un droit ou une liberté doit résulter d'une loi suffisamment accessible et précise pour permettre aux titulaires concernées – en s'entourant, au besoin, de conseils éclairés 2/115 - de prévoir à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences qui peuvent résulter d'un comportement ou d'un acte déterminé.2/116

En faisant dépendre l'accessibilité et la précision d'une loi et des règles jurisprudentielles "de conseils éclairés", qui sont payants dans la majorité des cas, la Cour admet que les règles juridiques souffrent, souvent, d'un manque d'accessibilité et de précision.

Mais opte-t-elle pour la bonne solution ? Pourquoi fait-elle dépendre l'accessibilité et la précision suffisante d'une règle juridique de "conseils éclairés" ? Les législateurs et le pouvoir judiciaire seraient-ils incapables de faire ce que les conseils éclairés réussissent à faire par hypothèse ? 2/117

N'est-il pas plus cohérent de donner aux législateurs et au pouvoir judiciaire les moyens matériels et techniques qui conduisent à des règles juridiques suffisamment accessibles et précises, ce qui permet en outre à leurs ressortissants de faire l'économie des "conseils éclairés" ?

- 93.** Une partie de la doctrine 2/118 sollicite des législateurs et du pouvoir judiciaire qu'ils recourent à des notions (juridiques ?) vagues et ouvertes. Elle prétend que les notions vagues et ouvertes aboutissent à une justice plus flexible, efficace, proche des conditions de vie de chacun et mieux adaptée aux circonstances et aux besoins sociaux du moment.

Dans leur vision, une règle juridique accessible et précise ne serait pas un atout, mais plutôt un frein qui perturbe le bon développement du droit. Ils espèrent dès lors que la Cour constitutionnelle continue à réserver le premier paramètre aux seules lois pénales.

L'argument est dénué de fondement. Les notions vagues et ouvertes, que les législateurs et le pouvoir judiciaire glissent dans les règles juridiques, ne mènent pas, par définition, à une justice flexible, efficace, proche des conditions de vie de chacun, mieux adaptée aux circonstances et aux besoins sociaux du moment. Cet objectif et ce résultat sont, par définition, hors d'atteinte des notions vagues et ouvertes.

2/115 Souligné par l'auteur.

2/116 Cc 31 mai 2018, n° 61/2018, B.18.2.

2/117 Alors qu'ils sont les auteurs des règles juridiques et qu'ils sont dès lors les mieux placés à préciser leur volonté ou leur interprétation !

2/118 Voy Peeraer, loc. cit. TPR 2019, 686-690 et les sources citées.

Elles délèguent au(x) magistrat(s), saisi(s) d'un litige ou d'une procédure, le pouvoir de trancher en s'appuyant sur ses (leurs) opinions personnelles, sous le couvert des notions vagues et ouvertes, qui sont de service.

Il s'agit de magistrats qui siègent en première instance 2/119, en appel 2/120, en cassation ou au sein de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat, de la Cour EDH ou du pouvoir judiciaire ou l'UE.2/121

Chaque magistrat a son caractère personnel, son tempérament, son expérience, ses convictions, ses qualités et ses défauts.

Nul besoin dès lors d'une disense de bonne fortune pour savoir que ces magistrats, sans doute bien intentionnés, ne parviendront pas à une justice uniforme et cohérente, flexible, efficace, proche des conditions de vie de chacun et (mieux) adaptée aux circonstances de vie de chacun et (mieux) adaptée aux circonstances et aux besoins sociaux du moment. L'hétérogénéité triomphera au contraire.

Nul besoin, par ailleurs, d'en faire la démonstration : il suffit de prendre connaissance de la jurisprudence et de constater qu'elle se développe dans "toutes directions", ce qui explique par ailleurs l'existence des voies de recours. A défaut d'un organe qui réunirait tous les magistrats d'un Etat et qui délibérerait sur toutes les applications de chaque règle de droit, l'idée même d'une justice flexible, efficace, proche des conditions de vie de chacun et (mieux) adaptée aux circonstances et besoins sociaux du moment, qui résulterait des notions vagues et ouvertes, n'est que mirage.

L'enthousiasme que ces notions suscitent, semble due à la voie royale qu'elles ouvrent à une forme de juristocratie 2/122, qui remplacerait la démocratie.

Les juristes et les magistrats seraient à la manœuvre. En se servant des notions vagues et ouvertes 2/123 qu'ils trouvent dans les règles de droit, ils peuvent leur donner le contenu, le sens et la portée, qui leur convient dans les conditions d'espèce.

Cette façon de faire est irrespectueuse de la Constitution et de la Convention EDH qui visent au contraire l'homogénéité du vivre ensemble, garantie par des droits et libertés identiques, par des conditions de vie à tout le moins comparables, par le respect des principes d'égalité et de non-discrimination.

2/119 Seul ou en collège ; il(s) tranche(nt) définitivement le litige en l'absence d'une voie de recours ordinaire (opposition ; appel).

2/120 Seul ou en collège ; il(s) tranche(nt) définitivement le litige en l'absence d'une voie de recours extraordinaire, le plus souvent un pourvoi en cassation.

2/121 A condition d'être saisie de l'affaire.

2/122 R. HIRSCHL, Towards juristocracy, 211-223.

2/123 Par ex. Cc 19 janvier 2017, n°5/2017, B.10.1; Cc 17 décembre 2015, n° 178/2015.

Les notions vagues et ouvertes sont le contraire des lois (règles de droit) suffisamment accessibles et précises ; elles se moquent de la règle de droit et de l'Etat de droit.

II.4.2.2. Nécessaire dans une société démocratique

- 94.** Imposée par une loi suffisamment accessible et précise, la restriction doit être nécessaire dans une société démocratique. Ce paramètre est emprunté à la Convention EDH.

La Cour constitutionnelle n'a toutefois pas développé de théorie générale des nécessités en démocratie et n'a pas établi leur inventaire.

Elle ne prend même pas toujours la peine de relever que la restriction litigieuse est ou doit être nécessaire dans une société démocratique et ne distingue pas toujours la nécessité de la restriction dans une société démocratique du besoin social impérieux (le troisième paramètre).^{2/124} La même apathie se manifeste de temps à autre du côté de la Cour EDH.

Cette situation ne peut qu'étonner. Le deuxième paramètre exprime l'ADN démocratique.^{2/125} Ce qui est nécessaire dans une société démocratique résulte, en outre, clairement de la Constitution et de la Convention EDH. Il s'agit, sans aucune contestation possible, du respect et de la réalisation des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Leur élaboration, lorsque la Cour constitutionnelle se penche sur une ingérence par une loi ou par une règle jurisprudentielle dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, n'est ni un luxe, ni un caprice. Cet effort est essentiel pour le maintien et la robustesse du régime politique démocratique.

La tâche peut être délicate et/ou périlleuse lorsque les nécessités d'une société démocratique empiètent sur des intérêts privés, poursuivis par l'exercice d'un droit ou d'une liberté à connotation économique, particulièrement prisé par "les plus forts".

La société démocratique a donc besoin d'une Cour constitutionnelle ^{2/126} qui, par ses connaissances et son expertise, protège effectivement les nécessités démocratiques quand ce type de situations se produit. Elle doit préciser leur contenu, leur sens et leur portée par des règles accessibles et précises.

^{2/124} Par ex. Cc 19 janvier 2017, n° 5/2017, B.10.1

^{2/125} Voy supra nos 31-41; voy aussi Cc 20 novembre 2019, n°185/2019, B.14.1 – B.16 ; Cc 16 mai 2019, n°67/ 2019, B.2.1 – B.15.2 (arrêts qui confirment que le juge pénal peut (doit ?) invoquer d'office, en appel, un moyen d'ordre public relatif à la culpabilité).

^{2/126} Et d'une Cour EDH.

La connaissance détaillée et partagée des nécessités dans une société démocratique est indispensable afin d'apprécier correctement les effets et les risques à court, moyen et long terme qui sont inhérents à l'exercice des droits et libertés. Une connaissance parcellaire ou superficielle desdites nécessités fragilise inévitablement la démocratie.

Ce qui est nécessaire dans une société démocratique (deuxième paramètre) résulte de l'ADN démocratique ; ce qui répond à un besoin social impérieux (troisième paramètre) se réfère à l'ADN du vivre ensemble. 2/127

Puisque l'ADN démocratique se greffe sur l'ADN du vivre ensemble, une confusion entre ces deux paramètres peut se produire par mégarde ou par facilité.

L'ADN du vivre ensemble est commun à tous les régimes politiques. Ils se trouvent tous confrontés à des besoins sociaux impérieux, auxquels ils répondent différemment, chacun à sa manière.

L'ADN démocratique est réservé au vivre ensemble qui s'attaque aux besoins sociaux impérieux à l'aide et au moyen des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Ayant un objet différent, ces deux paramètres méritent donc d'être distingués au lieu d'être confondus.

- 95.** Comme la Cour EDH, la Cour constitutionnelle apprécie au cas par cas, en fonction des circonstances, la nécessité dans une société démocratique de l'ingérence législative dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, qui lui est soumise.

Elle procède malheureusement plus par affirmation que par démonstration, comme le démontrent les exemples suivants.

Dans un arrêt du 6 juillet 2017 2/128, la Cour a décidé qu'étaient raisonnables les lourdes sanctions infligées par un législateur à des étudiants coupables d'une fraude à l'occasion de leur inscription ou d'examens. Elle a souligné que la fraude suppose "que soient posés des actes destinés, par leur caractère trompeur, à porter une atteinte particulière à l'intérêt général que représente la crédibilité du système d'enseignement". 2/129

Elle a conclu que la restriction au droit à l'enseignement était raisonnable eu égard à l'atteinte grave qui est portée par la fraude à l'intégrité de l'enseignement. 2/130

2/127 Voy supra nos 21-30.

2/128 Cc 6 juillet 2017, n° 85/2017.

2/129 Ib, B.15.

2/130 Ib, B. 9.1.

Dans un arrêt du 27 avril 2017 2/131, la Cour s'est penchée sur la révocation d'un inspecteur de religion par le chef d'un culte, décision qu'un législateur refusait d'approuver. La Cour a considéré : "l'inspecteur de religion qui a perdu la confiance du chef du culte dont il relève, doit être privé de sa fonction par son employeur (...), mais uniquement lorsque les motifs de cette perte de confiance sont de nature à indiquer raisonnablement que l'intéressé a porté atteinte au devoir de loyauté dû à la communauté religieuse dont il relève et que ces motifs peuvent être admis dans une société démocratique".2/132

Les deux arrêts donnent l'impression que la Cour considère que l'enseignement (son intégrité) et la liberté de religion sont nécessaires dans une société démocratique.

Dans cette lecture, elles concernent plutôt le troisième paramètre : l'enseignement et la liberté de religion ont été désignés, dans ces causes, comme des besoins sociaux impérieux dans une société démocratique.

La nécessité de la restriction dans une société démocratique résulte, au contraire, dans ces arrêts de l'atteinte qui est portée par la fraude (arrêt du 6 juillet 2017) et par l'abus de pouvoir (arrêt du 27 avril 2017) aux droits et libertés d'autrui. Des actes ou des comportements entachés de fraude ou d'abus de pouvoir sont en effet incompatibles avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques eu égard à l'atteinte aux droits et libertés d'autrui qu'ils impliquent. Les législateurs se doivent de réagir et d'intervenir, car l'ingérence dans l'exercice frauduleux ou abusif d'un droit ou d'une liberté répond à une nécessité dans une société démocratique.2/133

- 96.** Deux autres exemples démontrent que l'état d'imprécision, dans lequel se trouvent les nécessités d'une société démocratique, peut parfois "faciliter" la tâche de la Cour, mais coûte cher à la société démocratique.

Une loi du 28 avril 2015 a soumis l'évolution du coût salarial pendant les années 2015-2016 à une marge maximale. Invoquant une restriction déraisonnable de la liberté d'association et du droit de la négociation collective, l'annulation de la loi était poursuivie devant la Cour.

Par un arrêt du 1^{er} décembre 2016 2/134, elle releva que le législateur a imposé une marge maximale pour résorber un handicap salarial vis-à-vis des pays

2/131 Cc. 27 avril 2017, n° 45/2017, en particulier B.10 et B.14.1 à B.20.4.

2/132 Ib, B.20.2.

2/133 Ce que la Cour aurait pu exprimer beaucoup plus clairement ("accessible et précis") dans les deux arrêts.

2/134 Cc 1^{er} décembre 2016, n° 152/2016.

voisins et qu'il souhaitait, à l'instar du gouvernement, miser sur la création et le maintien d'emplois, estimant qu'un coût salarial trop élevé coûte des emplois.^{2/135}

Brûlant les étapes, la Cour a d'abord exposé que la marge maximale était pertinente et proportionnelle pour atteindre l'objectif poursuivi.^{2/136}

Elle a ensuite déduit de la pertinence et de la proportionnalité des mesures contestées, qu'il "peut être considéré qu'(elles) étaient nécessaires dans une société démocratique pour atteindre les objectifs poursuivis".^{2/137}

Le raisonnement tourne en rond : avant de déterminer si les mesures litigieuses étaient pertinentes et proportionnelles, la Cour avait à se prononcer sur la nécessité dans une société démocratique des objectifs poursuivis par le législateur.

Se plaçant sur le terrain de la pertinence et de la proportionnalité des mesures (la marge maximale) la Cour a surtout veillé à se mettre à l'abri : après elle n'avait plus à expliquer pour quelles raisons les objectifs poursuivis (et, indirectement, les mesures) étaient nécessaires dans une société démocratique.

La pertinence et la proportionnalité d'une mesure n'ont cependant rien à voir avec sa nécessité dans une société démocratique : elles contrôlent l'adéquation entre la mesure restrictive et l'objectif (par hypothèse) légitime du législateur.^{2/138}

Par un arrêt du 28 avril 2016 ^{2/139}, la Cour s'est prononcée sur la compatibilité du "Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire avec "l'identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit".^{2/140}

La Cour ne s'est pas fatiguée : "rien ne fait apparaître que les dispositions attaquées affectent directement un aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa défense justifierait un intérêt à agir dans le chef de tous les citoyens".^{2/141}

L'arrêt du 28 avril 2016 est tout sauf convaincant. Comment la Cour justifie-t-elle que seules seraient critiquables des ingérences dans l'exercice d'un droit

^{2/135} Ib, B.9.

^{2/136} Ib, B.10 à B.11.6.

^{2/137} Ib, B.11.7.

^{2/138} Voy infra nos 100-102.

^{2/139} Cc 28 avril 2016, n° 62/2016.

^{2/140} En d'autres mots "avec le régime politique démocratique du pays", voy. Cc 28 avril 2016, n° 62/2016, B.8.2 et B.8.7 ; voy. au sujet de ce Traité, M. MAZZUCATO, *l'Etat entrepreneur*, 47-48.

^{2/141} Ib, B.1.3 et B.8.2.

ou d'une liberté qui "affectent directement un aspect de l'Etat de droit démocratique qui est à ce point essentiel que sa défense justifierait un intérêt à agir dans le chef de tous les citoyens"? Pour quelles raisons une ingérence qui affecte indirectement un aspect de l'Etat de droit démocratique (essentiel ou pas) 2/142, ne serait-elle pas à prendre en considération dans l'appréciation de ce qui est nécessaire dans une société démocratique ?

"Dans ces conditions", l'intérêt à agir dans le chef de tous les citoyens" ressemble à une fuite en avant : la solution qui permet à la Cour de se prononcer sans qu'elle examine si les restrictions prévues par le Traité étaient (sont) nécessaires dans une société démocratique.

Il est possible que l'ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté qui améliore la position concurrentielle du pays vis-à-vis de ses voisins dans l'UE et/ou la création et le maintien d'emplois (arrêt du 1^{er} décembre 2016) ou qui aide à atteindre les objectifs concrets visés par le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (arrêt du 28 avril 2016) est nécessaire dans une société démocratique.

Dans cette hypothèse, il appartient à la Cour constitutionnelle d'exposer ces raisons par une motivation accessible et précise. L'absence de motivation est de mauvaise augure : elle fait craindre que la Cour n'a pas voulu aborder le fond du sujet, redoutant peut-être les conclusions qui en résulteraient.

Ces quelques exemples démontrent que l'approfondissement des nécessités dans une société démocratique est urgent et indispensable.

Clé de voûte de l'ADN démocratique, la connaissance et la protection de ce qui est nécessaire dans une société démocratique requièrent une définition accessible et précise du deuxième paramètre, qui concrétise et inventarise les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

II.4.2.3. Répondre à un besoin social impérieux

- 97.** Le troisième paramètre prévoit qu'une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté par une loi suffisamment accessible et précise et qui est nécessaire dans une société démocratique, doit en outre répondre à un besoin social impérieux.

Le "besoin social impérieux" se réfère aux besoins et aux valeurs essentiels qui se trouvent à l'origine du vivre ensemble.^{2/143} Le besoin social impérieux

^{2/142} D'autant plus que la Cour reste en défaut d'établir un critère qui permet de distinguer "les aspects (à ce point) essentiels de l'Etat de droit démocratique" et ceux qui n'ont pas ce caractère. Existe-t-il par ailleurs des principes, une finalité ou des règles de fonctionnement démocratiques qui ne sont pas essentiels dans un Etat de droit démocratique ?

^{2/143} Voy supra nos 21-30.

désigne le besoin essentiel ou la valeur essentielle qui, dans les circonstances qui se présentent, l'emporte sur d'autres considérations sécuritaires, sanitaires, éducatives ou libertaires, susceptibles d'être prises en compte.

L'identification du besoin social que le législateur poursuit, n'est, en général, pas difficile. L'appréciation de son caractère impérieux l'est d'autant plus.

En recourant à la notion du "besoin social impérieux", la Cour indique qu'elle retient et envisage plusieurs besoins sociaux, qui sont en compétition dans les circonstances d'espèce et que le législateur a départagé.

La préférence qu'il a donné à un besoin social plutôt qu'à un autre, s'est traduite par l'ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

Avec le troisième paramètre, la Cour contrôle ce choix du besoin social "impérieux".

- 98.** Dans un arrêt du 19 octobre 2017 2/144, la Cour a ainsi examiné une loi qui subordonnait à des nouvelles conditions l'octroi d'une subvention destinée à des établissements scolaires.

Le droit à la propriété protège le droit à la subvention 2/145 et était dès lors concerné par ces nouvelles conditions.

Comme le législateur l'avait fait avant elle, la Cour a procédé à une mise en balance et à une pondération des valeurs essentielles qui s'opposaient en l'espèce. Soulignant que l'enseignement et sa qualité déterminent l'intégration des élèves et des étudiants dans le cadre démocratique que le législateur voulait améliorer par les nouvelles conditions dont dépend l'octroi de la subvention, la Cour a retenu l'enseignement et l'intégration consécutive comme les besoins sociaux impérieux. L'ingérence dans le droit à la propriété a donc été déclarée raisonnable.

Des mesures légales adoptées dans le cadre de la lutte contre (l'éventualité d'une) la fraude sociale faisait l'objet de critiques au motif qu'elles réduisaient de façon générale et abstraite l'accès à une aide sociale, ce qui exposait les personnes, qui perdaient cet accès, à des conditions de vie contraires à la dignité humaine.

La volonté et l'intention de causer un dommage à autrui 2/146 caractérisent la fraude. La répétition et la généralisation d'actes et de comportements frauduleux mettent en danger le vivre ensemble et dès lors l'ensemble des valeurs essentielles.

2/144 Cc 19 octobre 2017, n° 124/2017.

2/145 Voy infra nos 262 – 266.

2/146 Voy A.K. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit*, 318.

Le droit de mener une vie qui est conforme à la dignité humaine (article 23 Constitution) ou le droit de mener une vie qui est digne d'être vécue 2/147 requiert que les autres (en ce compris les pouvoirs publics) permettent au titulaire d'exercer effectivement ses droits et libertés, réalisés et limités par les législateurs compétents. La dignité humaine protège donc toutes les valeurs essentielles, sous-jacentes aux droits et libertés.

Dans un arrêt du 18 mai 2017 2/148, la Cour a décidé que dans sa confrontation avec le risque d'une fraude sociale, la dignité humaine était le besoin social impérieux à préserver.2/149

Dans un arrêt du 14 décembre 2016 2/150 la Cour a retenu que la préservation du financement des services publics était le besoin social impérieux, opposée au droit d'accès à un juge impartial et indépendant par une personne, dont il était avéré qu'elle travaillait en noir.

La liberté d'expression et le traitement égal des hommes et des femmes s'affrontaient dans un arrêt du 25 mai 2016. 2/151

La liberté d'expression relève de la libre disposition, alors que l'égalité entre les hommes et les femmes protège l'ensemble des valeurs essentielles des personnes qui font l'objet d'une discrimination, notamment du fait de leur sexe. Dans cette cause, la Cour a désigné comme besoin social impérieux le traitement égal des sexes, ce qui justifiait, en l'espèce, la restriction, pénalement sanctionnée, de la liberté d'expression, imposée par le législateur à des fins éducatives et préventives.

- 99.** Ces arrêts, et beaucoup d'autres, démontrent que l'appréciation du "besoin social impérieux" place la Cour sur le terrain qui est, en principe, réservé aux législateurs : la mise en balance et la pondération des valeurs essentielles, concrétisées par l'ordre ou l'interdiction qui résulte d'une loi impérative ou prohibitive.2/152

Lorsqu'elle se meut sur ce terrain, la Cour s'évertue à suivre le parcours que le législateur a déjà emprunté. Elle détermine les faits qui se trouvent à l'origine de l'intervention du législateur, les objectifs qu'il poursuit et les critiques qui lui sont adressées.

2/147 Voy. A. BAILLEUX, *Le droit en transition. Les clés juridiques d'une prospérité sans croissance*, Limal, Anthemis, 2020, 5-43.

2/148 Cc 18 mai 2017, n°61/2017.

2/149 Dans d'autres décisions, la Cour a retenu la lutte contre la fraude (fiscale) comme le besoin social impérieux (voy. Cc 9 mars 2017, n°32/2017 ; Cc 19 janvier 2017, n°5/2017).

2/150 Cc 14 décembre 2016, n° 160/2016.

2/151 Cc 25 mai 2016, n° 72/2016.

2/152 La Cour ne précise pas, nécessairement, les valeurs essentielles qui sont sous-jacents aux besoins sociaux qu'elle identifie et retient.

De cette façon elle identifie les besoins sociaux qui s'opposent et contrôle leur mise en balance, ainsi que leur pondération par le législateur, qu'elle approuve ou, au contraire, sanctionne.

Elle souligne que ses décisions sont déterminées par les circonstances qui se présentent. D'autres faits peuvent dès lors conduire à une autre appréciation, hétérogène et ponctuelle, du besoin social impérieux.

L'importance que la Cour confère aux faits dans son appréciation du besoin social impérieux, détourne toutefois l'attention d'un élément plus fondamental : le raisonnement que la Cour doit nécessairement suivre pour arriver à sa conclusion à partir des faits qu'elle retient.

Ces faits et sa conclusion figurent dans ses arrêts, mais la Cour n'énonce pas ou très exceptionnellement le raisonnement qui fait le lien entre les faits et sa conclusion.

Les législateurs et les justiciables sont privés de cette information capitale. Ils doivent se contenter de suppositions, de présomptions de fait, de "conseils éclairés".

Il doit pourtant être possible pour la Cour de mettre des mots sur la mise en balance et sur la pondération des valeurs essentielles à partir des faits qu'elle retient et de justifier ainsi son choix du besoin social impérieux en fonction des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.^{2/153}

^{2/153} Voy supra n° 33 – 41.