

II.4.2.4. La pertinence et la proportionnalité de l'ingérence

- 100.** Circonscrite par une règle de droit suffisamment accessible et précise, l'ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté doit non seulement être nécessaire dans une société démocratique et répondre à un besoin social impérieux, elle doit aussi être pertinente et proportionnelle.

Il est, en théorie, possible de considérer qu'une ingérence, qui n'est pas nécessaire dans une société démocratique, n'est pas pertinente et que celle qui ne répond pas à un besoin social impérieux, n'est pas proportionnelle. Dans cette interprétation, le quatrième paramètre fait double emploi avec ces paramètres.

La Cour assigne toutefois une signification au quatrième paramètre, qui lui est propre. Quand elle examine la pertinence et la proportionnalité d'une ingérence, elle contrôle l'adéquation, qui existe entre l'objectif légitime que le législateur poursuit et la mesure restrictive qu'il impose afin de l'atteindre.

Avec minutie, la Cour détermine l'objectif (légitime) du législateur. Elle analyse à cet effet la disposition légale qui fait l'objet d'un recours ou d'une question préjudicielle, les travaux préparatoires et les circonstances qui ont donné lieu à l'initiative législative.

La Cour n'indique pas quand l'objectif est légitime, mais, à défaut de précision, il semble certain que sa légitimité est acquise quand l'objectif est nécessaire dans une société démocratique (deuxième paramètre) et répond au besoin social impérieux (troisième paramètre).

L'ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté est pertinente au vu de l'objectif légitime poursuivi, lorsqu'elle contribue à la réalisation dudit objectif. Si la Cour estime que l'ingérence (la mesure restrictive) est étrangère à la réalisation de l'objectif, elle rejette la pertinence de l'ingérence.

Même pertinente, l'ingérence peut s'avérer disproportionnelle. Cette conclusion s'impose quand l'objectif poursuivi peut être atteint sans mesure restrictive ou avec des mesures moins restrictives.

- 101.** En théorie et seulement en théorie, l'appréciation de la pertinence et de la proportionnalité d'une ingérence coule de source.

La jurisprudence de la Cour démontre en effet que le quatrième paramètre a besoin d'un encadrement strict afin de garantir que son appréciation s'effectue dans les limites des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, ce que les arrêts suivants démontrent.

Par décret, un législateur a obligé les institutions d'enseignement supérieur de refuser l'inscription de l'étudiant, qui pendant une période de cinq années précédant sa demande d'inscription, a été exclu par une autre institution du même type au motif d'une fraude commise lors de son inscription ou lors d'évaluations. L'ingérence dans l'exercice du droit à l'enseignement a été soumise à la Cour.

Par un arrêt du 6 juillet 2017 ^{2/154}, elle a estimé que la restriction était proportionnelle, compte tenu de l'objectif poursuivi et des précautions procédurales dont le législateur a entouré le refus d'inscription. ^{2/155}

La Cour s'est référée aux garanties procédurales, qui s'appliquent non seulement lors de l'exclusion de l'étudiant, mais aussi lors du refus d'inscription. Elles protègent les droits de défense de l'étudiant et font obstacle à des abus et/ou des erreurs. La Cour était également sensible aux mesures, prévues par le législateur, qui préservent la vie privée de l'étudiant et qui donnent à la sanction un caractère temporaire. ^{2/156}

Un arrêt du 21 janvier 2016 ^{2/157} concerne la loi fiscale qui rejette comme frais déductibles tout paiement fait, directement ou indirectement, à une personne établie dans un paradis fiscal ^{2/158} et qui n'a pas été déclaré par le contribuable comme frais professionnel. ^{2/159}

La loi fiscale ne faisant aucune distinction, la question préjudicielle suivante était soumise à la Cour : le "solvens" ne doit-il pas avoir la possibilité d'établir que son paiement concernait une transaction réelle et sincère avec un paradis fiscal et ne s'inscrivait donc pas dans une fraude fiscale ? ^{2/160}

La Cour a conclu à la légitimité de l'objectif au motif que le législateur entend combattre la fraude fiscale et préserver les intérêts du Trésor. La justice fiscale et la réalisation au mieux des tâches d'intérêt général, dont le législateur est investi, justifient ses interventions en matière fiscale.

Elle a décidé que l'ingérence dans le droit à la propriété était pertinente en l'espèce au motif que l'obligation légale (de déclarer les paiements à destination d'un paradis fiscal), améliore l'efficacité du contrôle fiscal et permet aux services de contrôle de se concentrer sur leur examen plutôt que sur leur découverte. ^{2/161}

La proportionnalité a été retenue en ces termes : "Admettre que les paiements en cause ne pourraient pas être rejetés à titre de frais professionnels lorsque le contribuable n'a pas respecté l'obligation de déclaration mais qu'il s'avère

^{2/154} Cc 6 juillet 2017, n°85/2017 ; voy. déjà supra n°95.

^{2/155} Ib B.8 et B.9.1.

^{2/156} Ib B.9.3 à B.9.6.

^{2/157} Cc 21 janvier 2016, n° 11/2016.

^{2/158} Au sens de l'article 307 § 1^{er}, troisième alinéa du CIR 1992.

^{2/159} Comme organisé par ledit article 307.

^{2/160} Voy. au sujet de l'évasion ou de l'optimisation fiscale, infra nos 369-371.

^{2/161} Cc 21 janvier 2016, n° 11/2016, B.5.1.

toutefois que ces paiements s'inscrivent dans le cadre d'opérations réelles et sincères ou n'impliquent pas une fraude fiscale en Belgique, ôterait à la sanction du rejet de la déduction à titre de frais professionnels son efficacité et l'effet dissuasif visé par le législateur. En effet, le contribuable ne sera pas incité, dans ces circonstances, à collaborer avec le fisc. Il est en outre particulièrement difficile, sinon presque impossible, de vérifier si le contribuable négligent a agi de bonne foi".^{2/162}

Lorsque la limitation de l'exercice d'un droit ou d'une liberté s'inscrit dans la lutte contre la fraude ^{2/163} ou vise la protection des moyens financiers qui sont nécessaires au fonctionnement des pouvoirs publics et leurs services publics ^{2/164}, la Cour est encline à admettre sa légitimité, sa pertinence et sa proportionnalité.

Dans les arrêts précités, la Cour a conclu à l'existence d'une ingérence raisonnablement pertinente et proportionnelle parce qu'elle était accompagnée de garanties procédurales, qu'elle était limitée dans le temps et/ou qu'elle donnait au titulaire du droit ou de la liberté la possibilité de se soustraire à l'ingérence. ^{2/165}

Dans d'autres arrêts la Cour sanctionne l'ingérence qu'elle n'estime pas proportionnelle au motif que le législateur n'a pas tenu compte des constatations d'un organe public compétent ^{2/166}, qu'il n'a pas prévu la possibilité d'une preuve contraire ^{2/167} ou l'intervention d'un juge impartial et indépendant ^{2/168} ou encore qu'il a méconnu le principe qu'un suspect ou un inculpe n'a pas à s'incriminer.^{2/169}

Dans ces causes, la Cour a considéré que le législateur pouvait atteindre l'objectif (légitime), sans restriction ou avec une ingérence moins restrictive moyennant certaines précautions, souvent de nature procédurale, qu'elle détermine, fût-ce implicitement.

^{2/162} Ib B.5.2.

^{2/163} Voy notamment : Cc 14 juillet 2016, n° 108/2016, B.73 et seq ; Cc 25 mai 2016, n° 72/2016, B.23.4 et B.24.

^{2/164} Voy. notamment : Cc 9 mars 2017, n° 32/2017, B.16.2 ; Cc 19 janvier 2017, n° 5/2017, B.10.4 et B.11 à B.14 ; Cc 21 janvier 2016, n°11/2016, B.5.1.

^{2/165} En l'occurrence l'acte frauduleux ou la déclaration des frais professionnels au fisc.

^{2/166} Cc 18 mai 2017, n° 61/2017, B.12.4.

^{2/167} Cc 9 février 2017, n°16/2017, B.11.2.

^{2/168} Cc 20 octobre 2016, n° 131/2016, B.11.1

^{2/169} Cc 22 septembre 2016, n° 122/2016, B.7.2.

102. De ces arrêts se dégagent des lignes directrices qui guident l'appréciation de la pertinence et/ou de la proportionnalité d'une ingérence. Ces décisions démontrent que la Cour s'accorde une marge d'appréciation importante quand elle se penche sur la pertinence et/ou la proportionnalité d'une restriction.

Elle le reconnaît par ailleurs volontiers quand elle précise que la proportionnalité entre l'objectif légitime et la mesure restrictive, mise en œuvre pour l'atteindre, requiert un "équilibre équitable" entre les intérêts opposés du titulaire (h/f/x) dont le droit ou la liberté est limité et ceux de la communauté (l'intérêt général), qui sont protégés par l'ingérence.^{2/170}

Cette "précision" est toutefois ambiguë.

Il n'y a pas péril dans la demeure aussi longtemps que la pertinence et la proportionnalité s'apprécient à la lumière d'une ingérence dont la Cour a déjà admis qu'elle résulte d'une règle de droit suffisamment accessible et précise, qu'elle est nécessaire dans une société démocratique et qu'elle répond à un besoin social impérieux. Dans ces conditions, le quatrième paramètre est réellement ce qu'il annonce être : un contrôle additionnel qui porte sur l'exercice du pouvoir législatif.

Dans ce cas, "l'équilibre équitable", que la Cour surveille, corrige les restrictions, qui sont imposées à tort ^{2/171} à l'exercice d'un droit ou d'une liberté, l'ingérence étant – par hypothèse – étrangère à l'objectif légitime du législateur ^{2/172} ou pouvant être remplacée par une restriction moins rigoureuse.

"L'équilibre équitable" entre les intérêts opposés du titulaire dont le droit ou la liberté est limité et ceux de la communauté qui sont protégés par l'ingérence, peut toutefois conduire à une deuxième interprétation, qui, cette fois, s'écarte des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques.

Si la pertinence et la proportionnalité d'une ingérence sont réduites à "l'équilibre équitable" qui doit exister entre les intérêts opposés du titulaire et ceux de la communauté, le quatrième paramètre change en effet de nature.

Dans cette interprétation, la Cour détermine, de façon autonome et sans véritablement se soucier des autres paramètres, la restriction qui réalise l'équilibre équitable dont elle estime qu'il doit exister entre les intérêts opposés du titulaire du droit ou de la liberté limité(e) et ceux de la communauté que l'ingérence protège.

^{2/170} Voy. notamment : Cc 16 mai 2019, n°66/2019, B.4.2 à 4.5 ; Cc 19 janvier 2017, n° 5/2017, B.10.3; Cc 14 juillet 2016, n° 108/2016, B.12.1 et B.77.2; Cc 1er octobre 2015, n°132/2015, B.16.3; Cc 26 septembre 2013, n°127/2013, B.32 et B.33.

^{2/171} Par erreur, par abus....

^{2/172} Ce qui implique que la restriction est nécessaire dans une société démocratique et répond à un besoin social impérieux.

Dans cette lecture, il devient surabondant de relever l'existence d'une règle de droit suffisamment accessible et précise, d'une nécessité dans une société démocratique et d'un besoin social impérieux.

Engloutis par "l'équilibre équitable", ces paramètres perdent leur utilité.

La Cour remplace ces garanties par l'équilibre équitable, construit à l'aune de ses opinions personnelles.

Il lui suffit de conclure "en fait" à l'(in)existence d'un équilibre équitable entre les intérêts opposés du titulaire dont le droit ou la liberté est limité(e) et ceux de la communauté qui sont protégés par l'ingérence.^{2/173}

Dans cette deuxième interprétation, elle s'éloigne subrepticement du principe de base ^{2/174} qu'il appartient au législateur d'apprécier dans quelle mesure il convient, notamment en matières socio-économiques, environnementales ou fiscales..., de prendre les mesures qui lui permettent de réaliser sa politique.

"L'équilibre équitable" risque donc de transformer la Cour en "législateur ultime", ce qui n'est pas respectueux du cadre constitutionnel.

La généralité et l'abstraction de ce "critère" ont, en outre, pour effet qu'il est impossible de vérifier, avec un degré suffisant de certitude, que son application concrète est compatible avec les principes d'égalité et de non-discrimination.

II.4.3. La différence de traitement raisonnable.

- 103.** Le législateur peut traiter de façon différente deux ou plusieurs catégories de personnes, qui se trouvent dans les mêmes circonstances, à condition qu'il fonde la différence de traitement sur un critère objectif et que le choix de ce critère est raisonnablement justifié. ^{2/175}

Il doit également disposer d'un critère objectif dont le choix est raisonnablement justifié, quand il traite de la même façon des personnes qui se trouvent dans des situations différentes.

A défaut d'un critère objectif dont le choix est raisonnablement justifié, le législateur doit traiter de la même façon les catégories de personnes qui se trouvent dans les mêmes circonstances ou les traiter différemment lorsqu'elles se trouvent dans des situations différentes.

Énoncés par les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour contrôle le respect de ces principes en examinant les objectifs poursuivis par le législateur, les

^{2/173} Voy par exemple Cc 28 avril 2016, n° 62/2016 ; Cc 1er décembre 2016, n° 152/2016.

^{2/174} Voy supra nos 82-83.

^{2/175} Voy notamment : Cc 4 mars 2021, n° 37/2021, B.18.1 et B.23 ; Cc 28 janvier 2021, n° 12/2021, B.18.1 ; Cc 21 janvier 2021, n°7/2021, B.5.

moyens mis en œuvre et le critère qu'il utilise afin de distinguer ou, au contraire, de traiter de la même façon deux ou plusieurs catégories de personnes.

Un critère est objectif quand ses applications ne dépendent pas de la bonne volonté du législateur ou d'autres pouvoirs publics.^{2/176}

Le choix du critère est raisonnablement justifié quand il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre l'objectif poursuivi par le législateur et les moyens mis en œuvre, qui conduisent à une (absence de) différence de traitement. Quand la Cour considère que le législateur peut atteindre l'objectif poursuivi sans (l'absence de) traitement différent de catégories de personnes qui se trouvent dans les mêmes (ou, au contraire, différentes) situations de fait, elle conclut à l'absence d'un rapport raisonnable de proportionnalité.^{2/177}

Les principes semblent solides, mais la terminologie de la Cour l'est beaucoup moins.

Régulièrement elle remplace le "critère objectif qui doit avoir une justification raisonnable" par le terme "légitime"^{2/178} ou "pertinent".^{2/179}

La justification raisonnable du critère distinctif est parfois appréciée sans que la Cour se réfère à la proportionnalité.^{2/180}

Il arrive aussi qu'elle examine le caractère raisonnable du critère, avant de s'intéresser à la proportionnalité du critère^{2/181}, alors que la proportionnalité fait partie du caractère raisonnable du critère objectif dans d'autres arrêts.

Dans d'autres arrêts encore, la Cour conclut directement à une méconnaissance des articles 10-11 de la Constitution sans qu'elle examine le caractère (dé)raisonnable du critère distinctif.^{2/182}

La Cour sanctionne parfois une différence de traitement au motif qu'elle restreint de façon déraisonnable des droits d'une catégorie de personnes.^{2/183}

^{2/176} Par exemple : Cc 9 novembre 2017, n°129/2017, B.8.1 ; Cc 13 juillet 2017, n° 44/2017, B.11 ; Cc 27 avril 2017, n°45/2017, B.15 ; Cc 16 février 2017, n°19/2017, B.9.1.

^{2/177} Par exemple : Cc 16 janvier 2020, n°7/2020, B.8.1. ; Cc 15 juin 2017, n° 77/2017, B.8 ; Cc 1^{er} juin 2017, n°65/2017, B.7 ; Cc 16 mars 2017, n°39/2017, B.7.3 et B.7.4 ; Cc 16 mars 2017, n° 36/2017, B.5.1.

^{2/178} Cc 16 février 2017, n° 19/2017, B.9.1 ; Cc 22 septembre 2016, n°213/2016, B.10.

^{2/179} Cc 9 novembre 2017, n° 129/2017, B.8.1 ; Cc 30 mars 2017, n° 42/2017, B.6 ; Cc 16 février 2017, n°19/2017, B.9.1.

^{2/180} Cc 6 juillet 2017, n°88/2017, B.5 ; Cc 1^{er} décembre 2016, n°151/2016, B.18 et B.19.4 ; Cc 2 juin 2016 n° 85/2016, B.9.

^{2/181} Cc 10 novembre 2016, n° 140/2016, B.13.2.

^{2/182} Cc 28 mai 2019, n°83/2019, B.7 (la Cour se réfère uniquement à l'objectif du législateur) ; Cc 6 juillet 2017, n° 87/2017 ; Cc 15 juin 2017, n°77/2017 ; Cc 1^{er} juin 2017, n°66/2017 ; Cc 30 mars 2017, n° 42/2017.

^{2/183} Cc 19 juillet 2017, n° 98/2017, B.5.1 ; Cc 19 janvier 2017, n°5/2017, B.7 ; Cc 10 novembre 2016, n° 140/2016, B.15.

Son appréciation glisse dans ce cas de la différence de traitement vers l'ingérence (dé)raisonnable dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté. 2/184

Cette terminologie changeante ou chancelante semble indiquer que la différence de traitement n'est pas nécessairement raisonnable, dès qu'elle repose sur un critère objectif, dont le choix est raisonnablement justifié.

La jurisprudence de la Cour évoque plutôt que la différence de traitement (ou son absence) est raisonnable lorsqu'elle résulte d'un critère qui est, à la fois, objectif, légitime, pertinent et proportionnel. La réunion de ces caractéristiques détermine le caractère raisonnable d'une différence de traitement ou de l'absence de traitement différent.

L'objectivité, la pertinence et la proportionnalité du critère distinctif (ou d'une ingérence) ont déjà été exposées.2/185

Le critère est légitime quand la différence de traitement (ou son absence) est nécessaire dans une société démocratique et répond à un besoin social impérieux.2/186

- 104.** Les applications faites par la Cour des principes d'égalité et de non-discrimination, notamment dans le cadre de la lutte contre la fraude fiscale ou sociale 2/187, s'expliquent plus facilement avec un critère distinctif, qui est à la fois objectif, légitime, pertinent et proportionnel.

Quand le législateur adopte des mesures qui s'inscrivent dans la lutte contre la fraude, il restreint non seulement l'exercice de certains droits et libertés dont l'auteur de la fraude est le titulaire, mais il distingue aussi des catégories de personnes, à savoir celle concernée par la mesure et celles qui échappent à son application.

Une personne peut ensuite estimer qu'elle fait partie à tort d'une de ces catégories ou que d'autres personnes échappent à tort à leur champ d'application. Elle contestera donc le critère distinctif ou son application.

La fraude est un critère objectif : son existence et sa preuve ne dépendent pas de la volonté du législateur ou d'autres pouvoirs publics.

Dès qu'une personne, de façon directe ou indirecte, cause intentionnellement un dommage à autrui, son acte ou comportement est frauduleux. La fraude est un fait juridique : les faits et leur preuve déterminent son existence.2/188

2/184 Voy. supra nos 87 – 102.

2/185 Voy. ci-avant et supra nos 100-102.

2/186 Voy supra nos 94 – 99.

2/187 Par exemple, Cc 6 juillet 2017, n°88/2017 ; Cc 18 mai 2017, n°61/2017.

2/188 Voy A.K. LENAERTS, *Fraus omnia corrumpit*, 322.

Le critère est aussi légitime. La lutte contre la fraude est nécessaire dans une société démocratique. Elle protège les principes démocratiques, en particulier l'exercice des droits et libertés des personnes, susceptibles d'être les victimes de la fraude.

La protection de la vie, de l'intégrité physique et psychique, de la vie privée, des opinions et sentiments, de la propriété... des victimes potentielles répond en outre à un besoin social impérieux. La libre disposition du fraudeur 2/¹⁸⁹ ne pèse pas lourd dans la balance et la pondération des valeurs essentielles, concernées par la différence de traitement.

La fraude frappe non seulement les victimes potentielles, mais aussi le vivre ensemble, qui se disloque par ses manifestations. Des mesures, même très sévères, sont dès lors pertinentes et proportionnelles dans la lutte contre la fraude. Seules des mesures qui mordent réellement et qui laissent des traces ont une chance de décourager ou de déstabiliser les fraudeurs.

Il faut que leur sanction pèse plus lourd que les "avantages" que la fraude est susceptible de produire pour que se réalise l'objectif poursuivi par le législateur.

Des mesures, adoptées dans le cadre de la lutte contre la fraude, sont parfois critiquées au motif qu'elles portent atteinte à la sécurité juridique.2/¹⁹⁰

Ce grief est dénué de fondement.

La fraude est sanctionnée par des règles de droit, dont les conditions d'application et les sanctions sont suffisamment accessibles et précises. Elles donnent à chaque personne la garantie que le caractère éventuellement frauduleux de ses actes ou comportements est apprécié à la lumière de ces règles et ne dépend donc pas du bon vouloir des pouvoirs publics. La sécurité juridique ne requiert rien d'autre : elle repose sur la règle de droit et sur l'Etat de droit. 2/¹⁹¹

La pertinence ou la proportionnalité des mesures, adoptées dans le cadre de la lutte contre la fraude, pourra toutefois être contestée lorsqu'elles ne réalisent pas l'objectif légitime poursuivi par le législateur ou peuvent être remplacées par des mesures dissuasives, qui sont moins restrictives ou intrusives.

2/¹⁸⁹ La personne qui cause intentionnellement un dommage à autrui.

2/¹⁹⁰ Notamment : Cc 19 juillet 2017, n° 98/2017, B.5.3.; Cc 9 février 2017, n°15/2017, B.9.2 ; Cc 22 décembre 2016, n°170/2016, B.11.1 ; Cc 2 juin 2016, n° 85/2016, B.10 ; Cc 2 juin 2016, n° 83/2016, B.8.2.

2/¹⁹¹ Voy supra n°91.

II.4.4. L'interconnexion entre l'ingérence et la différence de traitement

- 105.** Le droit à l'égalité et à la non-discrimination, consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, fait partie des droits et libertés des Belges. La Cour constitutionnelle décide à juste titre que la violation par une loi du droit à l'égalité et/ou à la non-discrimination justifie son intervention, comme le fait l'ingérence dans tout autre droit ou liberté constitutionnel. Elle examine dans les deux cas si la restriction est raisonnable.

Dans la Convention EDH l'article 14 dispose que la jouissance des droits et libertés reconnus (...) doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.

La Cour EDH en a déduit que les principes d'égalité et de non-discrimination ne donnent pas lieu à des droits autonomes. La méconnaissance de l'article 14 est, en général, une circonstance aggravante en cas de violation d'un droit ou d'une liberté, reconnu(e) par la Convention.^{2/192}

Dans l'approche de la Cour EDH, la méconnaissance des principes d'égalité et de non-discrimination est inhérente à l'ingérence dans un droit ou une liberté, accordé(e) par la Convention. Si elle adopte une des formes visées par l'article 14 elle aggrave l'ingérence, par hypothèse contraire à la Convention.

Compte tenu du libellé de la Constitution, l'approche de la Cour constitutionnelle est compréhensible ; celle de la Cour EDH, qui s'appuie sur la Convention, l'est tout autant.

La réalisation et la restriction de l'exercice d'un droit ou d'une liberté par le législateur créent par définition des catégories de personnes, qui sont traitées différemment.

Du fait qu'elles se trouvent dans les conditions d'application de la loi ou qu'elles en sont, au contraire, exclues, les personnes font partie d'une catégorie dont les droits et libertés sont différentes.

Si l'ingérence ne s'avère pas raisonnable, la différence de traitement que la loi réserve aux différentes catégories de personnes qu'elle crée est également déraisonnable.

^{2/192} Voy. notamment : Cour EDH 19 décembre 2018, Molla Sali/Grèce ; Cour EDH 16 mars 2010, Carson and others/Royaume Uni ; Cour EDH 22 janvier 2008, EB/France.

L'ingérence déraisonnable est donc toujours accompagnée d'une différence de traitement déraisonnable.

L'inverse se produit aussi. Le législateur, qui par des lois impératives ou prohibitives, crée des catégories de personnes auxquelles il réserve des traitements différenciés, intervient inévitablement dans l'exercice de leurs droits et libertés. Si la différence de traitement n'est pas raisonnable, elle se présentera aussi comme une ingérence déraisonnable dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté par une des catégories de personnes, que la loi impérative ou prohibitive instaure.

- 106.** L'ingérence déraisonnable et la différence de traitement déraisonnable agissent comme des vases communicantes. Leur sanction est par ailleurs la même.

Ce sont en outre les personnes ou les magistrats qui s'adressent à la Cour qui choisissent l'angle d'attaque ou le fondement de la question préjudicielle : la différence de traitement (dé)raisonnable ou l'ingérence (dé)raisonnable dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

Ils n'ont pas à justifier leur choix et la Cour n'examine pas sa justification.

Le terrain choisi ne semble donc pas important et ne prête pas à conséquence. Dans le cas contraire, la Cour surveillerait de près le choix et le rectifierait le cas échéant.

L'exercice des droits et libertés bénéficie ainsi d'une double protection : (i) par le biais de l'ingérence déraisonnable ou (ii) en faisant valoir que le législateur a introduit une différence de traitement déraisonnable.

Faut-il sceller cette double protection par deux critères d'appréciation distincts ? La différence de traitement (ou son absence) est raisonnable lorsqu'elle se fonde sur un critère objectif, légitime, pertinent et proportionnel.

L'ingérence prête à critique quand elle ne résulte pas d'une loi (règle de droit) suffisamment accessible et précise, n'est pas nécessaire dans une société démocratique, ne répond pas à un besoin social impérieux et n'est pas pertinente et proportionnelle.

Ces critères sont-ils vraiment aussi différents ? Il est permis d'en douter.

- 107.** Une loi ou une règle de droit qui est suffisamment accessible et précise constitue, de ce fait, un critère objectif. Son application ne dépend pas du bon vouloir des pouvoirs publics, guidés par les circonstances ou par l'humeur du jour, mais des conditions d'application générales et abstraites, préétablies par la règle de droit.

L'ingérence doit être nécessaire dans une société démocratique et répondre à un besoin social impérieux. L'objectif du législateur n'est pas légitime quand la restriction ne respecte pas ces deux paramètres.

Le critère qui permet de soumettre des catégories de personnes à des traitements différents, doit également être légitime. Il s'aligne ainsi sur ces exigences qui caractérisent l'ingérence raisonnable.

L'ingérence et le critère distinctif doivent être pertinents et proportionnels. Ils doivent réaliser ou contribuer à la réalisation de l'objectif légitime, poursuivi par le législateur. Ils sont disproportionnels quand ils dépassent la réalisation de cet objectif ou lorsque des mesures ou une distinction de catégories de personnes moins restrictive(s) sont possibles, sans mise en cause de l'objectif légitime poursuivi.

Les deux critères se rejoignent incontestablement.

La Cour pourrait donc se contenter d'un seul critère qui détermine le caractère raisonnable d'une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté et le caractère raisonnable d'une différence de traitement.

A choisir entre les deux critères, celui de l'ingérence raisonnable est manifestement le plus accessible et précis. Il est loin d'être parfait ^{2/193}, mais il est plus instructif et proche des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques que le critère distinctif, déduit des articles 10 et 11 Constitution.

Il échet donc de retenir que la différence de traitement et l'ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté sont raisonnables quand elles résultent d'une règle de droit suffisamment accessible et précise, sont nécessaires dans une société démocratique, répondent à un besoin social impérieux et réalisent, de façon pertinente et proportionnelle, l'objectif légitime que le législateur poursuit par son intervention.

II.4.5. Première conclusion

- 108.** Par ses principes, sa finalité et ses règles de fonctionnement la démocratie se présente comme un régime politique unique.

Elle ne confie pas le pouvoir politique à une minorité gouvernante et élitaire, mais aux électeurs, qui sont protégés ^{2/194} par les droits et libertés, que leur accorde leur Constitution et ensuite la Convention EDH.

^{2/193} Voy. supra nos 87-102.

^{2/194} Contre les plus forts, en ce compris leurs propres représentants politiques, qui contrôlent les pouvoirs publics.

Ces droits et libertés, reconnus sans discrimination aux personnes qui se trouvent sous l'autorité de législateurs, élus démocratiquement, sont la cause, l'objet et les instruments du régime politique démocratique.

Leur exercice, effectif et sans discrimination, permet aux titulaires de bénéficier des conditions de vie les meilleures possible du point de vue de leur sécurité, santé, enseignement et épanouissement (libre disposition).^{2/195}

Disposant des mêmes droits et libertés, qu'ils peuvent exercer sans discrimination dans les limites qui sont déterminées par les législateurs compétents, les titulaires donnent à leur vie le sens de leur choix, tout en bénéficiant des conditions de vie les meilleures possible, ce qui implique que ces conditions de vie doivent être comparables à celles des autres.

Les législateurs, élus au suffrage universel, unique, obligatoire et périodique sont les représentants politiques de la Nation.

Ils exercent le pouvoir politique au nom, pour le compte et dans l'intérêt de la Nation. Comme la Constitution le prévoit, ils réalisent et, en même temps, limitent l'exercice des droits et libertés. Ils transforment des droits et libertés théoriques en instruments effectifs, concrets et quotidiens.

Les législateurs entreprennent ce parcours exigeant avec des lois impératives et prohibitives, qui s'adressent aux actes et comportements des titulaires, qui exercent leurs droits et libertés, et des autres qui en subissent les effets.

Cet exercice d'équilibriste requiert des objectifs communs, partagés par l'ensemble des personnes qui se trouvent sous leur autorité. Toutes, elles attendent la réalisation des principes, finalité et règles de fonctionnement démocratiques, ni moins, ni plus.

Il n'en reste pas moins que la réalisation et la restriction de l'exercice des droits et libertés par des lois impératives et prohibitives mettent les objectifs communs à rude épreuve.

Les lois confèrent des avantages à certains titulaires et causent des "inconvenients" à d'autres. Il est impossible de contenter tous les titulaires de la même façon et pourtant le vivre ensemble se construit par la conciliation de leurs intérêts.

Les règles de fonctionnement démocratiques demandent aux législateurs de prendre ces décisions, ce qui est leur responsabilité exclusive, garantie par des sanctions et contraintes en cas de violation des lois impératives ou prohibitives.

109. Les législateurs ^{2/196} ont néanmoins eu l'intelligence et la sagesse de soumettre leurs interventions à un contrôle extérieur, confié à la Cour constitutionnelle. A

^{2/195} Les besoins et valeurs essentiels du vivre ensemble.

^{2/196} Qui promulguent des lois au sens matériel qui ont force de la loi.

condition d'être saisie par un recours ou par une question préjudicielle, elle vérifie la conformité constitutionnelle d'une différence de traitement ou d'une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté.

La Cour ne remplace pas les législateurs ; elle n'a pas cette vocation. Elle examine, avec les compétences dont elle dispose, si l'intervention législative respecte les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques et, en particulier, les droits et libertés constitutionnels.

Son contrôle se concentre sur le caractère raisonnable de la différence de traitement ou de l'ingérence législative dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté. La Cour vérifie si la différence de traitement ou l'ingérence résulte d'une loi (règle de droit) qui est suffisamment accessible et précise, est nécessaire dans une société démocratique, répond à un besoin social impérieux et est pertinente et proportionnelle à la lumière de l'objectif légitime que le législateur poursuit avec la mesure restrictive ou la différence de traitement.

A condition d'être appliqués de façon cohérente dans le respect de la Constitution, ces quatre paramètres confirment que le pouvoir politique est du seul ressort des législateurs et que le contrôle de la Cour ne fait que renforcer la priorité des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques, consacrés par la Constitution.

Malheureusement et jusqu'à présent, la Cour ne se manifeste pas comme l'autorité qui donne aux principes, à la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques l'élan qu'ils méritent au vu de la Constitution.

Au mieux, elle défend les acquis et le statu quo dans le vivre ensemble, sans pour autant examiner leur compatibilité, parfois douteuse, avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Dans le même état d'esprit, elle accepte sans plus la priorité du droit de l'Union et de la Convention EDH, interprétés par le pouvoir judiciaire de l'UE et par la Cour EDH. Elle avalise leurs actions et politiques.

Cet attentisme ne correspond pas au rôle de gardien de la Constitution qu'attend la démocratie de la Cour constitutionnelle : avec les législateurs, elle est dorénavant responsable de la réalisation et du maintien de la véritable démocratie et il y a moyen de faire beaucoup mieux.

- 110.** Dans sa jurisprudence, les quatre paramètres portent les traces de ce manque de courage, disons-le prudemment.

La Cour décide que la loi pénale doit être suffisamment accessible et précise 2/197, mais refuse cette protection, conférée par le premier paramètre, aux titulaires des droits et libertés qui se trouvent confrontés dans d'autres matières à des lois et à des règles jurisprudentielles restrictives.

Cette jurisprudence est non seulement contraire à celle de la Cour EDH, mais se heurte aussi aux notions de la règle de droit et de l'Etat de droit.

Quand elle détermine la nécessité dans une société démocratique d'une différence de traitement ou d'une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté, la Cour s'empresse à justifier son appréciation par les circonstances d'espèce.2/198

Elle récidive quand elle détermine le besoin social impérieux.2/199

Puisque la Cour identifie avec précision les objectifs (légitimes) du législateur lorsqu'il établit une différence de traitement ou qu'il impose une restriction à l'exercice d'un droit ou d'une liberté, elle est forcément en mesure d'expliquer, de façon accessible et précise, pour quelles raisons elle considère que ces objectifs (ne) sont (pas) nécessaires dans une société démocratique et/ou (ne) répondent (pas) à un besoin social impérieux.

Si elle veut se donner cette peine, la Cour peut donner l'élan qu'ils méritent aux nécessités de la société démocratique (ses principes, sa finalité et ses règles de fonctionnement) et aux besoins sociaux impérieux (les liens qui existent entre les valeurs essentielles du vivre ensemble), dont ils ont été privés jusqu'à présent.

La pertinence et la proportionnalité visent l'adéquation entre la mesure ou la restriction qui constitue une ingérence ou une différence de traitement et l'objectif légitime, poursuivi par le législateur.2/200

Le quatrième paramètre a été transformée en cheval de Troie.

S'éloignant de l'objectif légitime 2/201 poursuivi par le législateur, la Cour en a fait un critère "autonome". A tort, "raisonnable" et "proportionnel" deviennent des synonymes dans sa jurisprudence.2/202

La Cour 2/203 substitue son opinion à la décision du législateur quand elle considère que la différence de traitement ou l'ingérence n'aboutit pas à un équilibre équitable entre les intérêts opposés du titulaire et ceux de la collectivité. Dans ce cas, elle ne mesure plus l'adéquation qui existe entre la

2/197 Voy supra n° 89 - 93.

2/198 Voy supra nos 94-96.

2/199 Voy supra nos 97-99.

2/200 Voy supra nos 100-102.

2/201 La légitimité exprime l'idée que l'objectif poursuivi est nécessaire dans une société démocratique et répond à un besoin social impérieux.

2/202 Voy infra nos 127-128.

2/203 A l'instar de la Cour EDH et du pouvoir judiciaire de l'UE.

mesure restrictive et la réalisation de l'objectif légitime, identifié par le législateur.

Elle impose au contraire son point de vue pour ce qui est de l'équilibre équitable, sans exposer pour quelles raisons son appréciation serait plus nécessaire dans une société démocratique ou répondrait mieux à un besoin social impérieux que leur appréciation par le législateur.

Ces hésitations et ces glissements ne sont pas compatibles avec les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques.

Dans plusieurs Etats-membres de l'UE ^{2/204}, le pouvoir politique et les contrôles constitutionnels affaiblissent la démocratie, alors qu'ils devraient la renforcer.

Rien n'empêche les électeurs de reprendre les choses en main, et de rappeler ce qu'ils attendent des législateurs et de la Cour constitutionnelle : le respect et l'application des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques que la Constitution héberge.

Les législateurs peuvent par ailleurs décider qu'il appartient à la Cour d'exiger que toute règle de droit ^{2/205} doit être suffisamment accessible et précise.

Si le législateur le décide, la Cour aura également à exposer les raisons qui déterminent son appréciation de la nécessité dans une société démocratique de la différence de traitement ou de l'ingérence et du caractère impérieux du besoin social que le législateur poursuit.

Il peut aussi limiter l'examen de la pertinence et de la proportionnalité à l'adéquation entre la mesure restrictive ^{2/206} et l'objectif légitime que le législateur poursuit.

^{2/204} Les exemples sont connus, mais pour les raisons exposées ci-après (nos 291-324) le mal se produit partout.

^{2/205} Loi ou règle jurisprudentielle, déduite de la loi.

^{2/206} Une ingérence dans l'exercice d'un droit ou d'une liberté ou une différence de traitement.