

Section 3

Le niveau constitutionnel*

§ 1. Le *soft law* intraconstitutionnel

Charles-Hubert BORN

Professeur à l'Université catholique de Louvain

Avocat

Marc VERDUSSEN

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution

Introduction

Dans la catégorie du « *soft law* intralégislatif », Isabelle Hachez propose de ranger toutes « les normes qui, en dépit de l'instrument contraignant qui les porte (*hard law*), présentent une force normative affaiblie en raison de l'indétermination de leur contenu »¹. « *Hard* dans leur forme, elles sont *soft* dans leur contenu, en raison de l'imprécision qui caractérise leur libellé »². Le préfixe « intra » indique bien que « la souplesse du droit se loge dans son contenu, non dans son contenant, dans le *negotium*, non dans l'*instrumentum* »³. Comme l'auteur le souligne, « on peut évidemment discuter de la pertinence de qualifier une norme formellement valide (*hard law* de ce point de vue) de *soft law*, en raison de l'imprécision de son contenu. Ce qu'il importe en réalité de percevoir est que, parmi les instruments juridi-

* La notion de Constitution fait l'objet d'une contribution à part entière dans le quatrième volume de cet ouvrage.

¹ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 52.

² *Ibid.*, p. 52.

³ *Ibid.*, p. 52.

quement contraignants, certains présentent, au départ, une force normative affaiblie en raison du libellé de leur énoncé, et pâissent corrélativement d'un manque d'effectivité. Le reste (la qualification de *soft law* ou de *hard law*) est fonction du point de vue privilégié (le contenant ou le contenu), et est, en définitive, largement affaire de conventions»⁴.

Malgré cette précaution oratoire, que nous partageons, il nous paraît que la définition ainsi retenue mérite d'être quelque peu nuancée. En effet, si l'on part de l'idée que la force normative est la capacité d'une norme à « fournir une référence pour l'organisation des rapports sociaux »⁵, c'est-à-dire « à modeler les comportements, à réguler l'action, à guider l'interprétation des juges, à orienter la création du droit par le législateur, voire à inspirer la pensée de la doctrine et, plus largement encore, les représentations sociales du droit »⁶, ne doit-on pas admettre que l'affaiblissement de cette force normative ne tient pas forcément à une indétermination du contenu de la norme et, partant, n'est pas nécessairement imputable à l'auteur même de celle-ci ?

À l'inverse, des dispositions formellement contraignantes qui, de la volonté même de leur auteur, n'ont pas été rédigées en termes « durs » peuvent, par l'application qui en est faite par le juge ou d'autres organes chargés de leur mise en œuvre, acquérir progressivement une juridicité incontestable. L'auteur précité le reconnaît elle-même, lorsqu'elle affirme que « rien n'empêche qu'une norme de *soft law* intralégislatif bascule progressivement dans le *hard law* à la faveur de sa reconnaissance par le juge, voire par un tiers [...], venu en préciser la portée. La garantie normative dont bénéficie une norme est de nature à venir clarifier la formulation de son énoncé et augmenter, en retour, le degré de valeur normative qu'elle présente, tout comme sa portée normative. On ne rappellera jamais assez, à cet égard, le caractère graduel et dynamique de la juridicité, dont rend parfaitement compte la notion de force normative »⁷.

Ces précisions revêtent une pertinence particulière lorsqu'on tente de cerner les contours d'un « *soft law* intraconstitutionnel ». Un examen approfondi des normes constitutionnelles belges – au sens formel – nous a conduits à suggérer une typologie des normes qui, à notre estime, relèvent de cette

⁴ *Ibid.*, p. 53.

⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁶ THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009, p. 818.

⁷ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 53-54.

catégorie de *soft law*. Cette typologie est fondée sur le critère de la source d'affaiblissement de la force normative. La capacité d'une norme contenue dans la Constitution belge à procurer un modèle de conduite peut, en effet, être réduite par le Constituant, auteur même de la norme (I), par les destinataires de celle-ci (II) ou par les contraintes du droit international (III).

I. Une force normative affaiblie par l'auteur de la norme constitutionnelle

L'affaiblissement de la force normative d'une norme constitutionnelle par le Constituant se présente dans au moins trois cas de figure. Le premier tient à la formulation de la norme constitutionnelle elle-même (A). Le deuxième concerne la situation de la norme dans l'ensemble du texte constitutionnel (B). Le troisième se rapporte à la soumission de la norme aux contrôles constitutionnels (C).

A. *La faible densité de la norme constitutionnelle*

Toutes les normes constitutionnelles n'emportent pas l'obligation, pour l'État ou les citoyens, de se conformer à un comportement déterminé ou de s'en écarter. On distingue, à cet égard, quatre types de normes constitutionnelles à faible densité normative : les normes essentiellement symboliques (1), les normes fixant des obligations positives faiblement contraignantes (2), les normes qui, tout en étant formulées à l'impératif, recourent à des standards juridiques (3) et les normes constitutionnelles obscures (4).

1. Les normes constitutionnelles essentiellement symboliques

Chaque État a besoin de symboles, tant les femmes et les hommes qui y vivent aspirent à se reconnaître à travers quelques signes distinctifs. Ceux-ci leur renvoient l'image d'un groupe qui, en dépit de ses clivages et de ses particularismes, a une identité et une conscience qui lui sont propres. Comme telle, la Constitution est un de ces symboles, étant la représentation d'un État souverain et indépendant⁸. Mais, en elle-même, la Consti-

⁸ VERDUSSEN (M.), « Introduction », in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, VERDUSSEN (M.) dir., Le Cri, Bruxelles, 2004, p. 16.

tution renferme quelques normes porteuses de symboles. On pense tout spécialement à l'article 193 de la Constitution, libellé en ces termes : « La Nation belge adopte les couleurs rouge, jaune et noire, et pour armes du Royaume le Lion Belgique avec la légende : "L'Union fait la force" ».

Pour autant que de besoin, on précisera qu'une norme symbolique n'est pas nécessairement dépourvue de portée juridique. Ainsi, le drapeau, les armes et la devise de la Belgique sont autant de « signes tangibles de la reconnaissance de la personnalité juridique à notre pays »⁹. De même, la dégradation du drapeau national peut entraîner des sanctions pénales¹⁰. Ainsi encore, le choix de la ville de Bruxelles comme « capitale de la Belgique » et « siège du gouvernement fédéral », en vertu de l'article 194 de la Constitution, n'est pas seulement une manière pour le Constituant d'exprimer sa reconnaissance à l'égard d'une commune qui a joué un rôle décisif lors des journées historiques de 1830¹¹. La ville de Bruxelles est, en droit, la capitale de l'État¹², ce qui justifie, par exemple, l'assujettissement de la Région bruxelloise à une haute tutelle de la collectivité fédérale dans l'exercice de certaines de ses compétences en matière d'aménagement du territoire, d'urbanisme, de travaux publics et de transports¹³. Pour autant, ni l'article 193 ni l'article 194 de la Constitution n'ont un contenu normatif élevé. Leur teneur est avant tout symbolique.

2. Les normes constitutionnelles imposant des obligations positives faiblement contraignantes

Certaines dispositions de la Constitution imposent des obligations positives dans le chef des pouvoirs publics tout en leur laissant une large marge d'appréciation pour les mettre en œuvre, qu'il s'agisse de garantir certains droits fondamentaux (a) ou de poursuivre certains objectifs de politique générale (b).

⁹ BORN (R.), « Article 193 », in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, VERDUSSEN (M.) dir., Le Cri, Bruxelles, 2004, p. 440.

¹⁰ Voy. l'article 526 du Code pénal, qui punit « d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de vingt-six [euros] à cinq cents [euros], quiconque aura détruit, abattu, mutilé ou dégradé : [...] Des monuments, statues ou autres objets destinés à l'utilité ou à la décoration publique et élevés par l'autorité compétente ou avec son autorisation ; [...] », ce qui inclut le drapeau national (Cass., 15 avril 1929, *Pas.*, 1929, I, p. 158, cité in BREMS (E.) et VAN NIEUWENHOVE (J.) (dir.), *Grondwet en E.V.R.M. – Wetgeving Staatshervorming*, Die Keure, Brugge, 2011, p. 358).

¹¹ BOMBOIS (Th.), « Article 194 », in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, VERDUSSEN (M.) dir., Le Cri, Bruxelles, 2004, p. 441.

¹² VAN DER HULST (M.), « Brussel als hoofdstad van de federale staat en van de Vlaamse Gemeenschap », in *Het statuut van Brussel*, Larcier, Bruxelles, 1999, p. 629-650.

¹³ Article 45 de la loi spéciale du 12 janvier 1989 relative aux institutions bruxelloises.

Ces dispositions emportent cependant des obligations négatives qui, elles, s'avèrent plus fermes et sont susceptibles d'un contrôle.

a) Les normes constitutionnelles consacrant des droits économiques, sociaux et culturels

Adopté en 1994, l'article 23 de la Constitution consacre, en son alinéa 1^{er}, le droit de chacun « de mener une vie conforme à la dignité humaine » et, à cette fin, charge, en son alinéa 2, le législateur de garantir le respect des droits économiques, sociaux et culturels. Par ailleurs, il en donne, à l'alinéa 3, une liste non exhaustive. Il s'agit du droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle – « dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible » –, du droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, du droit d'information, de consultation et de négociation collective, du droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, du droit à un logement décent, du droit à la protection d'un environnement sain et du droit à l'épanouissement culturel et social¹⁴.

L'insertion de cette disposition dans le titre II de la Constitution marque une rupture par rapport à la philosophie libérale qui y prévalait largement jusqu'alors. Les droits fondamentaux rangés dans la Constitution de 1831 sont, à quelques exceptions près, des droits civils et politiques « classiques », appelés encore « droits de la première génération ». Historiquement, ils procèdent de la volonté de préserver une sphère individuelle de liberté en érigeant une série de remparts contre les ingérences arbitraires de l'autorité publique. La théorie classique des droits fondamentaux les définit par l'obligation négative de « ne pas faire » qu'ils imposent à l'État, ce dernier devant ainsi s'abstenir de prendre des mesures ou de poser des actes portant atteinte aux libertés garanties. Selon la théorie classique, les droits économiques, sociaux et culturels, encore appelés « droits de la deuxième génération », seraient d'une nature différente : leur inscription dans le texte constitutionnel emporterait pour l'État une obligation positive « de faire ». À la différence des droits de la première génération, ils permettraient à l'individu d'exiger de l'État, non pas un devoir d'abstention, mais une obliga-

¹⁴ Sur ces différents droits et leur portée, voy. les contributions qui leur sont consacrées in VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2011.

tion d'agir, une « directive d'action »¹⁵, un « programme à respecter »¹⁶. Les droits économiques, sociaux et culturels auraient de la sorte un caractère programmatoire, lié à l'indétermination de leur contenu. Qui plus est, les législateurs compétents disposent, pour réaliser leurs obligations positives, d'une large marge d'appréciation¹⁷, en l'absence de délai à respecter et de sanction spécifique en cas de carence. L'effectivité des droits économiques, sociaux et culturels se voit ainsi affaiblie par le fait que ces droits sont, à ce jour, le plus souvent considérés comme dépourvus d'effet direct « subjectif »¹⁸. L'obligation est, selon une jurisprudence toujours majoritaire, de moyen et non de résultat¹⁹.

Est-ce à dire que les droits économiques, sociaux et culturels sont dépourvus de toute force normative? En dépit du caractère programmatoire voulu par leurs concepteurs, les droits économiques, sociaux et culturels sont parvenus à se frayer un chemin vers les prétoires des juridictions, dont l'imagination a permis d'intensifier la force normative de ces droits.

Par exemple, dans le cadre de sa recherche doctorale sur le droit à la culture, Céline Romainville a bien montré que la justiciabilité d'un droit fondamental passe par la reconnaissance pour ce droit de plusieurs effets²⁰.

Tout droit fondamental produit, avant tout, un effet d'orientation. On attend de la reconnaissance constitutionnelle d'un tel droit qu'elle guide les administrations et les juridictions dans l'accomplissement de leurs missions, spécialement lorsqu'elles sont confrontées à un problème dont la solution

¹⁵ OST (Fr.), « Un environnement de qualité: droit individuel ou responsabilité collective? », in *L'actualité du droit de l'environnement*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 37.

¹⁶ HACHEZ (I.), « L'effet de *standstill*: le pari des droits économiques, sociaux et culturels », *A.P.T.*, 2000, p. 54.

¹⁷ C.E. (ch. fl.), 12 janvier 2009, *Tyvaert*, n° 189.407 (à propos du droit à la protection d'un environnement sain).

¹⁸ Ainsi, en matière de droit à la protection d'un environnement sain, par exemple, si certaines juridictions judiciaires ont pu déceler, dans l'article 23, la consécration d'un droit subjectif, aucune juridiction suprême n'a, à ce jour, reconnu la possibilité pour un particulier d'invoquer directement la violation d'obligations positives par les pouvoirs publics. Le Conseil d'État a, au contraire, jugé que « l'article 23 de la Constitution n'a pas d'effet direct et que le moyen tiré de sa violation n'est pas d'ordre public de sorte qu'il aurait pu, et donc dû, être invoqué dans la requête » (C.E., 29 février 2000, *A.S.B.L. L.R.B.P.O.*, n° 85.699).

¹⁹ Voy. les quelques références jurisprudentielles citées par N. Bernard, déduisant de l'article 23 une obligation de relogement par les pouvoirs publics en cas d'expulsion (BERNARD (N.), « Le droit à un logement décent », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1390-1391).

²⁰ ROMAINVILLE (C.), *Le droit à la culture, une réalité juridique*, thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques de l'Université catholique de Louvain le 21 mars 2011, dactyl., p. 18-21 et p. 475-489.

ne ressort pas clairement des normes adoptées par le législateur et, plus généralement, du droit positif applicable en la matière. Cet effet est particulièrement important pour les droits économiques, sociaux et culturels. En clair, le rang constitutionnel attribué à ces droits, loin de ne concerner que les autorités chargées de définir une politique législative, a pour effet de lier les autorités compétentes pour mettre en œuvre cette politique, en leur assignant une directive d'interprétation : lorsqu'un texte conduit à plusieurs interprétations, il s'impose de retenir celle qui se concilie le mieux avec le droit protégé²¹. Cette directive d'interprétation – ce « standard » interprétatif²² – puise sa légitimité dans la jurisprudence *Waleffe* de la Cour de cassation qui, depuis 1950, affirme clairement que, si une norme se prête à plusieurs interprétations, il convient de privilégier celle qui s'avère conforme à la Constitution²³. S'agissant des droits économiques, sociaux et culturels de l'article 23 de la Constitution, l'effet d'orientation a été reconnu et développé par la doctrine, à propos, par exemple, du droit au travail²⁴, du droit à un logement décent²⁵, du droit à la protection d'un environnement sain²⁶ ou encore du droit à l'épanouissement culturel²⁷. Comme l'écrit Paul Martens, « même dépourvu de portée immédiate, un

²¹ VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.), « Les droits culturels et sociaux dans la Constitution belge », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, VERDUSSEN (M.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 72.

²² ERGEC (R.), « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, ERGEC (R.) dir., Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 17.

²³ Cass., 20 avril 1950, *Pas.*, 1950, I, p. 560, concl. Proc. gén. CORNIL. Voy. DUMONT (H.) et HOREVOETS (C.), « L'interprétation des droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. I^{er}, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 147-148 et les références citées à la note 2.

²⁴ DE BRUYN (D.), « Le droit constitutionnel au travail », *Ann. Dr.*, 1996, p. 209-210; JOASSART (P.), « Le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables et le droit d'information, de consultation et de négociation collective », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1295 et s.

²⁵ BERNARD (N.), « L'effectivité du droit constitutionnel au logement », *R.B.D.C.*, 2001, p. 160; *Idem*, « Le droit à un logement décent », *op. cit.*, p. 1383 et s.

²⁶ VERDUSSEN (M.), « Le droit à un environnement sain dans les Constitutions des États européens », in *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 347; BORN (Ch.-H.) et HAUMONT (Fr.), « Le droit à la protection d'un environnement sain », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1442.

²⁷ ROMAINVILLE (C.), *Le droit à la culture, une réalité juridique*, *op. cit.*, p. 475-476; *Idem*, « Contenu et effectivité du droit à l'épanouissement culturel en Belgique », in *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, VERDUSSEN (M.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 207-208.

texte constitutionnel nourrit nécessairement la culture des juges et, par là, leur travail interprétatif»²⁸.

L'effet d'orientation est insuffisant pour procurer aux droits fondamentaux et, spécialement, aux droits économiques, sociaux et culturels une réelle effectivité, tant que leur violation ne pourra pas être systématiquement invoquée au contentieux subjectif. C'est surtout par les obligations négatives que ces droits s'imposent aux pouvoirs publics – reflet «en creux» de leurs obligations positives – et c'est par la possibilité, bien admise par la jurisprudence, d'invoquer leur violation directement au contentieux objectif qu'ils déploient une certaine intensité normative. Cet effet direct au sens large ou effet direct «d'opposabilité» permet en effet au juge compétent d'utiliser le droit fondamental en cause pour invalider, de manière autonome, une norme inférieure incompatible avec ce droit²⁹.

Cette portée des droits économiques, sociaux et culturels s'exprime tout particulièrement dans la reconnaissance du principe de *standstill* par la Cour constitutionnelle et par le Conseil d'État. La première a, en 2002, pour la première fois, évoqué l'obligation de *standstill* en matière sociale³⁰. Dans un arrêt du 14 septembre 2006³¹ en matière d'urbanisme, la même juridiction a jugé que «l'article 23 de la Constitution implique, en ce qui concerne la protection de l'environnement, une obligation de *standstill* qui s'oppose à ce que le législateur compétent réduise sensiblement le niveau de protection offert par la législation applicable, sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général»³².

Incontestablement, cette consécration a modifié la pratique normative des autorités compétentes. Celles-ci veillent de façon plus systématique à justifier toute régression sensible dans la protection accordée aux droits visés à l'article 23³³. Grâce à ce principe, «les droits économiques, sociaux

²⁸ MARTENS (P), « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995, p. 19.

²⁹ ROMAINVILLE (C.), *Le droit à la culture, une réalité juridique*, *op. cit.*, p. 478.

³⁰ C.A., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.6.4 à B.6.6. Dans le même sens, toujours à propos de l'aide sociale, voy. C.A., 14 janvier 2004, n° 5/2004, B.14.6 et B.25.3.

³¹ C.A., 14 septembre 2006, n° 135/2006 et n° 137/2006, obs. HACHEZ (I), « Lorsque Cour d'arbitrage et *standstill* se rencontrent... », *J.T.*, 2007, p. 149-154.

³² Pour plus de détails sur ce principe, voy. HACHEZ (I.), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*, Bruylant – Sakkoulas – Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles – Athènes – Baden-Baden, 2008.

³³ Pour un exemple en droit de l'urbanisme, voy. les considérations sur le *standstill* reprises dans l'exposé des motifs du projet de décret devenu le décret du 20 septembre 2007 modifiant les articles 4, 25, 33, 34, 42, 43, 44, 46, 49, 51, 52, 58, 61, 127, 175 et 181 du Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine et y insérant les articles 42bis et 174bis et modifiant les articles 1^{er}, 4 et 10 du décret du 11 mars 2004 relatif aux infrastructures d'accueil des activités économiques et y insérant

et culturels, considérés en tant que normes de référence du contrôle de compatibilité, peuvent tirer une précision plus grande de la norme servant de base à la comparaison»³⁴.

Par conséquent, si les obligations positives découlant de l'article 23 pèchent encore par leur caractère intrinsèquement peu contraignant, il n'en est plus de même des obligations négatives, dont la violation est aujourd'hui sanctionnée par le juge constitutionnel et par le juge administratif.

b) Les normes constitutionnelles définissant des objectifs de politique générale

Par la révision constitutionnelle du 25 avril 2007³⁵, le Constituant a inséré un nouveau « Titre I^{er}bis » dans notre texte fondamental, aux fins d'y fixer les « objectifs de politique générale de la Belgique fédérale, des Communautés et des Régions ». Ces objectifs correspondent à des « finalités d'intérêt général assignées explicitement par le Constituant aux collectivités politiques de la Belgique fédérale dans l'exercice de leurs compétences respectives »³⁶.

Seule disposition figurant à ce jour sous ce nouveau titre, l'article 7bis prévoit que « dans l'exercice de leurs compétences respectives, l'État fédéral, les Communautés et les Régions poursuivent les objectifs d'un développement durable, dans ses dimensions sociale, économique et environnementale, en tenant compte de la solidarité entre les générations »³⁷. Le développement durable se voit ainsi propulsé au rang d'objectif de politique générale à valeur constitutionnelle. D'autres objectifs pourraient être consacrés à l'avenir, comme, par exemple, la protection de la santé ou celle des consommateurs.

les articles 1^{er}bis, 1^{er}ter, 2bis et 9bis (Exposé des motifs, *Doc.*, Parl. w., sess. ord. 2006-2007, n° 610/1, p. 3 et s.).

³⁴ ROMAINVILLE (C.), *Le droit à la culture, une réalité juridique*, *op. cit.*, p. 21.

³⁵ M.B., 26 avril 2007.

³⁶ BORN (Ch.-H.), « Le développement durable: un "objectif de politique générale" à valeur constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2007, p. 202.

³⁷ Sur l'article 7bis de la Constitution, voy. DELPÉRÉE (Fr.), « À propos du développement durable. Dix questions de méthodologie constitutionnelle », in *L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité? – Liber amicorum Paul Martens*, Larcier, Bruxelles, 2007, p. 223-233; BORN (Ch.-H.), JANS (D.) et THIEBAUT (Ch.), « Le développement durable entre dans la Constitution », in *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 2007, p. 209-230; BORN (Ch.-H.), « Le développement durable: un "objectif de politique générale" à valeur constitutionnelle », *op. cit.*; DE SMEDT (P.) et SCHOUKENS (H.), « Greening the Constitution: "Duurzame ontwikkeling" als beleidsdoelstelling verankerd in de Grondwet », *T.B.P.*, 2009, p. 387-398.

Bien que l'article 23 de la Constitution comporte implicitement un contenu programmatique (*supra*)³⁸, le Constituant a souhaité faire des objectifs de politique générale une « nouvelle catégorie de dispositions constitutionnelles »³⁹, située à dessein en dehors du titre II, sans pour autant expliciter l'articulation entre les droits économiques, sociaux et culturels, et l'article 7*bis*.

Ainsi rédigée se pose la question du degré de normativité de cette dernière disposition. Au premier abord, on pourrait être tenté d'y voir, sinon un énoncé de nature symbolique⁴⁰, à tout le moins une simple directive à valeur constitutionnelle, comme le suggèrent les auteurs de la proposition devenue l'article 7*bis*⁴¹. Tant les travaux préparatoires de cette disposition que la doctrine s'accordent, en tout cas, pour considérer qu'elle ne confère au citoyen aucun droit subjectif à un développement durable⁴².

Incontestablement, la faible densité normative de l'article 7*bis* tient d'abord dans l'absence d'une définition précise, dans le corps de la disposition, des objectifs « d'un développement durable ». Le Constituant, soucieux de laisser évoluer les textes, a préféré renvoyer au droit international pour l'interprétation de ces termes⁴³. Le contenu des objectifs ainsi fixés – au même titre que celui des « standards » dont il est question au point suivant – est

³⁸ La mention, à l'article 162, al. 2, 3°, de la Constitution, d'un « principe » de « décentralisation des attributions vers les provinces et les communes » pourrait également s'apparenter à un objectif politique d'autonomie accrue des collectivités décentralisées, plutôt qu'à un véritable principe de subsidiarité au sens juridique du terme.

³⁹ Rapport, Exposé de la Secrétaire d'État M^{me} VAN WEERT, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 51-2647/4, p. 3.

⁴⁰ C'était une critique soulevée par certains parlementaires sceptiques quant à la portée de l'article en projet (voy., par exemple, Rapport, Intervention de M. LAEREMANS, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2006-2007, n° 51-2647/4, p. 8).

⁴¹ Les développements de la proposition adoptée indiquent qu'« il s'agit d'un article dont la portée est celle d'une ligne de conduite qui s'impose aux pouvoirs publics, sans être la source d'un droit subjectif » (*Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1778/1, p. 5; voy. également Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1778/2, p. 12).

⁴² Dans le cadre des discussions relatives à la proposition adoptée, voy., outre la référence citée dans la note précédente: « M^{me} Van de Castele a également précisé que le choix en faveur de l'insertion, dans la Constitution, d'un titre 1^{er}*bis* vise à imposer une ligne de conduite aux autorités, sans créer pour autant des droits subjectifs » (Rapport, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1778/2, p. 12). *Contra*: voy. le propos de M^{me} Van Weert: « Cela aura aussi pour conséquence indirecte de faire naître un droit à des décisions stratégiques qui s'inscrivent dans le long terme et qui tiennent compte des équilibres économiques, sociaux et écologiques » (*ibid.*, p. 16). En doctrine, voy. DELPÉRIÉ (Fr.), « À propos du développement durable. Dix questions de méthodologie constitutionnelle », *op. cit.*, p. 228 et 231; BORN (Ch.-H.), JANS (D.) et THIEBAUT (Ch.), « Le développement durable entre dans la Constitution », *op. cit.*, p. 223; BORN (Ch.-H.), « Le développement durable: un "objectif de politique générale" à valeur constitutionnelle », *op. cit.*, p. 219; DE SMEDT (P.) et SCHOUKENS (H.), « Greening the Constitution: "Duurzame ontwikkeling" als beleidsdoelstelling verankerd in de Grondwet », *op. cit.*, p. 391.

⁴³ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2005-2006, n° 3-1778/2, p. 10.

donc largement indéterminé dans la Constitution. Les premières décisions de jurisprudence qui ont été rendues sur l'article 7bis l'ont confirmé récemment.

La Cour constitutionnelle a ainsi jugé, dans un arrêt du 18 mai 2011, que « la prise en compte de l'article 7bis de la Constitution ne conduit pas à une autre conclusion [quant à la question du respect du principe de *standstill*]. Les objectifs d'un développement durable mentionnés dans [l'article 7bis] ne peuvent, *uniquement sur la base de cette disposition*, être déterminés avec la précision requise en vue d'un contrôle juridictionnel, en ce qui concerne la politique de l'aménagement du territoire. En effet, dès lors que *cette disposition* n'indique pas comment les dimensions "sociale, économique et environnementale" qui y sont liées doivent être mises en balance, l'autorité compétente dispose en la matière d'un pouvoir d'appréciation étendu »⁴⁴ (nous soulignons). Comme le laissent penser les termes soulignés, la Cour ne semble cependant pas exclure que ces mêmes objectifs, lus à la lumière des textes de droit international pertinents (non invoqués en l'espèce, comme, par exemple, la Déclaration de Rio ou l'Agenda 21, ou encore la Convention d'Aarhus), puissent être « pris en considération » pour exercer un contrôle sur les législateurs.

Soit dit en passant, la Cour constitutionnelle semble confirmer ici la difficulté d'invoquer un effet de *standstill* sur la base du seul article 7bis⁴⁵, lu en combinaison avec l'article 23, à défaut pour le Constituant d'avoir précisé la façon dont il convient de déterminer « l'équilibre » à assurer entre les différentes dimensions du développement durable.

La faible normativité des objectifs du développement durable a également été reconnue par le Conseil d'État au contentieux administratif. Dans ses arrêts *Total Petrochemicals Feluy*, il a même jugé, de façon quelque peu péremptoire, selon nous⁴⁶ (*infra*), que « ces textes [parmi lesquels l'article 7bis] mentionnent, en des termes très généraux, un objectif que les autorités publiques doivent avoir en vue ; qu'ils ne contiennent pas à proprement parler de règle de droit »⁴⁷. Une autre décision, prise en matière d'aména-

⁴⁴ C.C., 18 mai 2011, n° 75/2011, B.6.

⁴⁵ Une partie de la doctrine s'était déjà montrée très réservée sur un tel effet : voy. not. HACHEZ (I.) et JADOT (B.), « Environnement, développement durable et *standstill* : vrais ou faux amis ? », *Amén.*, 2009, p. 21 et s. Selon ces auteurs, « l'obligation de *standstill* n'a pas lieu d'être invoquée à propos de l'article 7bis de la Constitution ; il s'agit d'un faux ami » (p. 22).

⁴⁶ Sur le caractère de règle de droit de l'article 7bis, voy. not. BORN (Ch.-H.), « Le développement durable : un "objectif de politique générale" à valeur constitutionnelle », *op. cit.*, p. 216 et s.

⁴⁷ C.E., 20 septembre 2011, n° 215.227 et C.E., 7 décembre 2011, S.A. *Total Petrochemicals Feluy*, n°s 216.715 à 216.717.

gement du territoire, ne semble pas écarter aussi radicalement toute force normative de l'article 7bis, mais reconnaît également l'indétermination du contenu de cette disposition⁴⁸ (*infra*).

Cette impression de faiblesse normative que laisse l'article 7bis est accentuée par le fait que cette disposition n'entre, en principe, pas dans le champ du contrôle des actes législatifs par la Cour constitutionnelle (*infra*, C). Cette dernière a cependant eu l'occasion de nuancer cette affirmation, en jugeant, certes, qu'elle « n'est pas compétente pour statuer directement sur la compatibilité des dispositions en cause avec [l'article 7bis] », mais que « rien [ne l']empêche toutefois [...] de prendre en compte des dispositions constitutionnelles autres que celles au regard desquelles elle exerce son contrôle en vertu de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle »⁴⁹. La violation de cette disposition lue en combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination n'est ainsi nullement à l'abri d'une sanction par la Cour. Ajoutons que les contrôles de constitutionnalité des actes non législatifs sont également susceptibles de donner une application concrète à l'article 7bis, comme l'illustre la jurisprudence naissante du Conseil d'État (*infra*).

Malgré cela, l'article 7bis est-il condamné à faire office, si l'on ose dire, de pot de fleurs constitutionnel? Il nous semble que non. D'aucuns ont souligné la rédaction prescriptive de la disposition rédigée et, partant, admis sa nature de règle de droit⁵⁰, contestée aujourd'hui, on l'a dit, par une chambre du Conseil d'État dans les arrêts *Total Petrochemicals Feluy*, précités. Le texte prévoit, en effet, que les autorités « poursuivent » les objectifs d'un développement durable sans possibilité de se soustraire à leur devoir, leur imposant ainsi à tout le moins une obligation de moyen⁵¹, quand bien même les objectifs à atteindre resteraient peu déterminés dans leur contenu. Comme le suggère l'évolution des conceptions sur le développement durable en droit international, cette exigence de *due diligence* devrait se traduire par des obligations positives, notamment de nature procédurale, qu'il reviendra au

⁴⁸ C.E., 30 décembre 2010, S.P.R.L. *Carrière Les Petons*, n° 210.179.

⁴⁹ C.C., 18 mai 2011, n° 75/2011, B.3.2. On notera que la Cour constitutionnelle s'autorise à « prendre en compte » l'article 7bis en combinaison avec l'article 23 sans même faire référence au principe d'égalité et de non-discrimination, cheval de Troie habituellement invoqué par la Cour pour contrôler le respect de dispositions qui n'entrent formellement pas dans sa sphère de compétences, voy. VERDUSSEN (M.), *Justice Constitutionnelle*, Larcier, Bruxelles, 2012, p. 101.

⁵⁰ BORN (Ch.-H.), « Le développement durable: un « objectif de politique générale » à valeur constitutionnelle », *op. cit.*, p. 216 et s.; NEURAY (J.-Fr.) et PALLEWAERTS (M.), « L'environnement dans la Constitution belge », *Amén.*, double numéro spécial, 2008, p. 139.

⁵¹ En ce sens, DE SMEDT (P.) et SCHOUKENS (H.), « Greening the Constitution: "Duurzame ontwikkeling" als beleidsdoelstelling verankerd in de Grondwet », *op. cit.*, p. 390.

juge d'identifier. L'accès à l'information relative au développement durable, la participation du public au processus décisionnel ou encore l'accès à la justice pour contester des décisions « non durables » pourraient ainsi se voir reconnaître un fondement constitutionnel à l'article 7bis.

De même, il n'est pas exclu qu'une juridiction, au contentieux objectif, décèle dans cette disposition certaines potentialités normatives plus substantielles. On pense, par exemple, à l'éventuelle reconnaissance jurisprudentielle de certains principes du développement durable non explicitement consacrés par la Constitution. À cet égard, le refus du Conseil d'État de déduire un principe d'intégration de l'article 7bis dans ses arrêts *Total Petrochemicals Feluy*, précités, s'avère assez décevant⁵², même si rien ne l'empêche, selon nous, de revenir sur sa jurisprudence, compte tenu des multiples interprétations possibles de la disposition. En revanche, dans un arrêt rendu par une autre chambre du Conseil d'État, on pourrait déceler une reconnaissance implicite d'un « principe de conciliation »⁵³ dans l'article 7bis. Dans cette affaire, relative au projet d'ouverture de la carrière de Mâle Plume (Andenne-Gesves), à laquelle s'opposait le gouvernement wallon, l'exploitant contestait la régularité de la révision du plan de secteur de Namur qui visait à remplacer la zone d'extraction qu'il entendait mettre en œuvre par une zone forestière et une zone d'espaces verts, où toute extraction aurait été exclue. À cette occasion, le Conseil d'État a accepté de prendre en considération un moyen pris de la violation de l'article 7bis⁵⁴, confirmant ainsi sa justiciabilité au contentieux objectif. Il a jugé que « si l'article 7bis de la Constitution ne règle pas explicitement de hiérarchie entre les composantes du développement durable qu'il cite, il ne s'oppose pas à ce que l'autorité compétente procède à des arbitrages en privilégiant, selon le cas, l'une de celles-ci »⁵⁵. Autrement dit, la conciliation des différentes dimensions du développement durable à l'échelle globale n'exclut pas qu'au niveau local, l'une ou l'autre dimension soit privilégiée par l'auto-

⁵² Selon le Conseil d'État, « le "principe d'intégration" invoqué par le moyen n'est pas une règle de droit positif » découlant, entre autres, de l'article 7bis.

⁵³ Sur ce principe, tel qu'il est dégagé par la jurisprudence administrative française concernant l'article 6 de la Charte de l'environnement française (dont la rédaction est assez similaire à notre article 7bis), voy. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER (O.), « L'article 6 de la Charte de l'environnement devant le juge administratif », *Droit de l'environnement*, mars 2011, n° 188, p. 83 et s.

⁵⁴ La requérante critiquait, dans les motifs de la décision, l'affirmation du gouvernement qui jugeait les bénéfices sociaux et économiques de la carrière insuffisants pour la Région au regard des impératifs de conservation de la nature, jugeant cette affirmation « péremptoire et inexacte, et inadaptée aux exigences du développement durable contenues à l'article 7bis de la Constitution qui ne donne pas de prééminence à l'un des éléments dudit développement durable ».

⁵⁵ C.E., 30 décembre 2010, S.P.R.L. *Carrière Les Petons*, n° 210.179.

rité compétente. Ne s'agit-il pas d'une application concrète, par le Conseil d'État, de l'article 7bis au contentieux objectif?

On ne peut exclure non plus la reconnaissance d'un principe de substitution, déclinaison du principe de proportionnalité – et, plus particulièrement, du test de nécessité – appliquée à la prise de décision dans le domaine du développement, en vertu duquel une autorité, appelée à prendre une décision relevant d'une dimension du développement durable, doit évaluer et choisir, parmi les alternatives qui s'offrent à elle, celle qui affecte le moins les autres dimensions du développement durable⁵⁶. L'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 75/2011, cité ci-avant, ne ferme pas la porte à des interprétations en ce sens.

À défaut de précisions dans le libellé de l'article 7bis, la marge d'appréciation laissée aux législateurs pour remplir ces obligations et respecter ces principes n'en reste pas moins très étendue et ne pourra jamais faire l'objet que d'un contrôle marginal. Le rattachement de l'article 7bis au *soft law* intraconstitutionnel se justifie donc.

3. Les normes constitutionnelles recourant à des standards juridiques

Certaines normes constitutionnelles, rédigées en termes pourtant impératifs – ne laissant aucun doute sur leur caractère obligatoire –, voient leur densité normative affaiblie par le recours à des « standards ».

Un standard juridique est défini comme « un terme ou une locution insérés dans une règle de droit, en référence à un état de fait ou une qualité dont l'identification requiert une évaluation ou une appréciation »⁵⁷. Comme le résume Nicolas de Sadeleer, « en d'autres mots, il s'agit là d'une notion à contenu variable qui est délibérément utilisée pour formuler une règle de droit », qui permet « de préciser, au cas par cas, le contenu d'une norme demeurée volontairement indéterminée en vue de répondre aux exigences d'une dynamique sociale. Le standard ne constitue donc pas une règle de droit mais seulement un de ses éléments formels. [...] Aussi, *« la règle de droit formulée à l'aide d'un standard est-elle une règle comme une autre, même si le pouvoir qui l'édicte confère par son entremise une marge d'appréciation certaine à*

⁵⁶ En ce sens, voy. BORN (Ch.-H.), « La prise en compte des solutions alternatives en droit de l'urbanisme. Vers l'émergence d'un principe de substitution en droit du cadre de vie ? », in *Mélanges en l'honneur de Robert Andersen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 23-65.

⁵⁷ ORIANNE (P.), v° « Standard », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 581.

l'autorité qui l'applique»⁵⁸ (nous soulignons). Et l'auteur de donner l'exemple classique de la notion de «faute» dans l'article 1382 du Code civil et du concept de «meilleures technologies disponibles» en droit de l'environnement. La normativité de ces dispositions n'a jamais été contestée, même si elle est atténuée en raison du caractère indéterminé du contenu des standards auxquels elles recourent.

Il importe donc de bien distinguer le «standard» de la règle qui l'utilise. Celle-ci est rédigée de façon prescriptive (elle impose un comportement ou une abstention), mais son contenu reste indéterminé (en raison de l'utilisation d'un standard) et nécessite, pour son application concrète, une appréciation au cas par cas par l'autorité administrative ou juridictionnelle.

La Constitution recourt à plusieurs reprises à de tels standards dans des dispositions dont la rédaction est incontestablement impérative. Il en est ainsi notamment des notions suivantes, à savoir : le développement durable (article 7*bis*) (*supra*) ; la vie privée et familiale (article 22, al. 1^{er}) ; l'intérêt de l'enfant (article 22*bis*, al. 4) ; la dignité humaine (article 23, al. 1^{er}) ; le logement décent (article 23, al. 3, 3^o) ; l'environnement sain (article 23, al. 3, 4^o) ; l'épanouissement culturel et social (article 23, al. 3, 5^o) ; la loyauté fédérale (article 143, § 1^{er}) ; ce qui est d'intérêt provincial et communal (article 162, al. 1^{er}, 2^o) ; l'égalité et la non-discrimination (articles 10, 11, 24 et 131) ; le danger pour l'ordre ou les mœurs (article 148) ; l'intérêt général (article 162, al. 1^{er}, 6^o) ; l'intérêt et la sûreté de l'État (article 167, § 1) ; les communications convenables (article 167, § 1) ; tout renseignement et toute pièce comptable nécessaire (article 180).

En utilisant cette forme juridique au contenu variable qu'est le standard juridique, le Constituant laisse aux pouvoirs publics chargés d'exécuter ces dispositions une marge d'appréciation importante. Les notions d'intérêt provincial et d'intérêt communal sont ainsi délimitées négativement par la conception que se font les législateurs de l'intérêt général. Le standard permet également au juge, attentif aux évolutions de la société, de délimiter de façon évolutive les contours de concepts aussi mouvants que «les mœurs».

⁵⁸ DE SADELEER (N.), *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution – Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant – A.U.F., Bruxelles, 1999, p. 264-265.

4. Les normes constitutionnelles obscures

L'on souligne, en règle, l'excellente qualité de la rédaction des dispositions de la Constitution en 1831, qui a servi, à ce titre, de modèle pour nombre de constitutions européennes ultérieures. Force est, hélas, de constater qu'au gré des réformes institutionnelles de l'ère fédérale, notre texte fondamental s'est vu complété par des dispositions rédigées de façon moins soignée, au point que certaines d'entre elles, «dispositions-rébus, véritables énigmes pour les Champollion du droit constitutionnel»⁵⁹, sont totalement incompréhensibles pour le citoyen. Jean-Claude Scholsem cite ainsi, à titre d'exemple, l'article 116, § 2, encadrant la composition des assemblées de Communauté et de Région, l'article 135, «qui donne mandat à la loi spéciale de désigner les autorités qui pour la région bilingue de Bruxelles-Capitale exercent les compétences non dévolues aux Communautés en matière personnalisable» et relève «de la haute technologie institutionnelle», ou encore l'article 167, qui ne règle pas de façon limpide le sort à réserver à la conclusion des traités mixtes, celle-ci n'étant définitivement réglée qu'au niveau d'un accord de coopération. Et l'auteur de conclure: «C'est la consistance même de la Constitution, sa force normative qui est ici mise en péril»⁶⁰.

B. La périlleuse inanité de la norme constitutionnelle

La norme constitutionnelle peut également perdre de sa force normative en raison de contradictions avec d'autres dispositions en vigueur, des contradictions qui en affaiblissent l'utilité. La Constitution recèle ainsi quelques antilogies constitutionnelles.

Chaque norme constitutionnelle prend place dans un tout ordonné et structuré. Car une Constitution n'est pas seulement un ensemble de règles juridiques: elle est «une architecture juridique»⁶¹. On attend donc du Constituant qu'il préserve la cohérence globale du corpus constitutionnel. Or le rapprochement de quelques normes constitutionnelles révèle l'une ou l'autre antilogie.

⁵⁹ SCHOLSEM (J.-Cl.), « La Constitution belge: structure, style et valeur de modèle », in *La Constitution hier, aujourd'hui et demain*, Sénat de Belgique, Cahier n° 2, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 86.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ BADINTER (R.), *Une Constitution européenne*, Fayard, Paris, 2002, p. 9.

Francis Delpérée range parmi ces normes contradictoires, qu'il qualifie de « dispositions en trompe-l'œil », l'article 36 de la Constitution, qui « établit la règle de la collégialité pour les trois branches du pouvoir législatif », alors que « l'article 74 prescrit la rédaction des lois monocamérales »⁶². Ce type de contradiction résulte de l'introduction dans le texte constitutionnel d'une disposition nouvelle sans que soient adaptées des dispositions plus anciennes ayant le même objet. L'antilogie est alors directement imputable au Constituant.

L'antilogie peut aussi être indirectement imputable au Constituant. C'est le cas lorsque l'existence d'une contradiction entre des normes constitutionnelles est le résultat d'une évolution jurisprudentielle à laquelle le Constituant ne réagit pas. Une interprétation nouvelle de telle norme constitutionnelle peut mettre celle-ci en porte-à-faux par rapport à une autre norme constitutionnelle. Face à une telle situation, l'inertie du Constituant consolidera une antilogie qui, au départ, est le fait du juge.

Par exemple, en vertu de l'article 191 de la Constitution, tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique bénéficie de « la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ». En raison de cette dernière incise, la disposition constitutionnelle a pu, à une certaine époque, être lue comme faisant de la nationalité un critère de distinction moins suspect que les autres. Prévalait, en effet, la « thèse du pouvoir discrétionnaire, dont il se déduit que l'article 191, en présence d'une distinction de traitement entre Belges et étrangers, fait écran aux articles 10 et 11 de la Constitution », affranchissant ainsi « le législateur de toute limite matérielle aux exceptions posées »⁶³. Cette époque est révolue, de telle sorte qu'on s'interroge aujourd'hui sur l'utilité de l'article 191. En effet, la Cour constitutionnelle considère désormais qu'une différence de traitement entre Belges et étrangers ne peut jamais être discriminatoire, le critère de la nationalité devant être pertinent par rapport à l'objet de la norme différenciatrice et la différence opérée devant être proportionnée à l'importance de l'objectif poursuivi par l'auteur de cette norme⁶⁴.

⁶² DELPÉRÉE (Fr.), « Les dispositions en trompe-l'œil », *R.B.D.C.*, 1999, p. 107.

⁶³ VAN DROOGHENBROECK (S.), « L'article 191 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, p. 304-305.

⁶⁴ RENAULD (B.), « Article 191 », in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, VERDUSSEN (M.) dir., Le Cri, Bruxelles, 2004, p. 435.

C. *La relative ineffectivité de la norme constitutionnelle*

Une norme est, au sens classique du terme, « un commandement (le droit ordonne, prescrit ou interdit), obligatoire et sanctionné, appartenant à un ordre juridique déterminé », tandis qu'au sens large, « l'accent est mis sur les fonctions de la norme : la norme est un modèle, destiné à fournir une référence pour l'organisation des rapports sociaux »⁶⁵. Si l'on s'en tient à la conception classique de la norme, une norme qui échappe, en partie, aux contrôles institués par ou en vertu de la Constitution est-elle encore une norme ? Oui, dans la mesure où elle reste formellement contraignante. Non, dans la mesure où elle n'est qu'incomplètement contrôlée. Si l'on passe à la conception large de la norme – qui est celle retenue ici, car elle seule permet d'intégrer le *soft law* –, une norme dont le non-respect n'est pas sanctionnable, en tout ou en partie, reste une norme, mais une norme dont la force normative est émoussée.

En Belgique, le contrôle de constitutionnalité des lois est inachevé. L'explication est bien connue. La création de la Cour constitutionnelle a marqué une profonde rupture par rapport à une longue tradition d'invulnérabilité de la loi. À l'époque, certaines formations politiques n'ont d'ailleurs pas manqué d'agiter le spectre du « gouvernement des juges ». Cette anxiété ambiante a généré une certaine pusillanimité, qui s'est traduite par la décision de ne pas permettre, en tout cas pas tout de suite, que le contrôle de constitutionnalité des lois exercé par la Cour soit complet. Aujourd'hui, malgré un élargissement ultérieur du « bloc de constitutionnalité », c'est toujours une partie seulement de la Constitution dont le respect est assuré par la Cour, de telle sorte que celle-ci se déclare incompétente pour connaître d'un moyen d'annulation ou pour examiner une question préjudicielle dénonçant la violation d'une norme constitutionnelle autre que celles qui fondent sa compétence. Quantitativement, les normes constitutionnelles « qui échappent en théorie à la Cour sont plus nombreuses que celles dont elle assure le respect »⁶⁶. Indiscutablement, ces dernières jouissent d'une plus grande force normative que les premières.

Cependant, les normes constitutionnelles qui échappent au contrôle de la Cour constitutionnelle représentent bien des normes de référence pour la

⁶⁵ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "*soft law*" », *op. cit.*, p. 19.

⁶⁶ TULKENS (Fr.), « En route pour une Cour constitutionnelle (à compétence complète) ? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme – Liber amicorum Michel Melchior*, Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2010, p. 217.

section du contentieux administratif du Conseil d'État et les cours et tribunaux dans le contrôle que ces juridictions exercent – à titre incident, voire, pour la première, à titre principal – à l'égard des normes infralégislatives, comme le montre la jurisprudence émergente du Conseil d'État concernant l'article 7bis (*supra*). Ainsi, la force normative que les juges administratifs et judiciaires contribuent à donner à ces normes compense le déficit de normativité résultant de leur exclusion du prétoire du juge constitutionnel. Par ailleurs, on sait que la Cour constitutionnelle elle-même interprète largement ses compétences et n'hésite pas à les étendre dès qu'un requérant invoque la violation du principe d'égalité et de non-discrimination en combinaison avec une disposition qui n'est pas intégrée dans le champ formel de son contrôle. Dans son arrêt n° 75/2011, déjà cité, la Cour accepte même de « prendre en compte des dispositions constitutionnelles autres que celles au regard desquelles elle exerce son contrôle en vertu de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle »⁶⁷, sans que soit invoquée la violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

II. Une force normative affaiblie par les destinataires de la norme constitutionnelle

Par leur fondamentalité, les normes constitutionnelles ne se prêtent pas à une abrogation par désuétude. Comme l'écrit Francis Delpérée, « la désuétude qui procède du non-usage ne saurait abroger la règle constitutionnelle »⁶⁸.

Il reste qu'une norme constitutionnelle peut voir sa force normative affaiblie par ses destinataires qui, selon les cas, n'en usent plus ou ne la respectent plus. La première hypothèse concerne les normes constitutionnelles *permissives* (A). Est considérée comme telle toute norme constitutionnelle qui donne à une ou plusieurs autorités publiques la possibilité de poser un acte déterminé. La seconde hypothèse concerne les normes constitutionnelles *impératives* (B). On entend par là les normes constitutionnelles qui adressent à une ou plusieurs autorités publiques une prohibition ou une injonction d'agir.

⁶⁷ C.C., 18 mai 2011, n° 175/2011, B.3.2.

⁶⁸ DELPÉRÉE (Fr.), *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 2000, p. 52.

A. *Le non-usage de normes constitutionnelles permissives*

Il est des normes constitutionnelles permissives qui ne sont plus utilisées par leurs destinataires.

Ainsi en est-il de l'article 45 de la Constitution, qui permet au Roi d'ajourner la Chambre des représentants et le Sénat, l'ajournement ne pouvant excéder un mois, ni être renouvelé au cours de la même session parlementaire sans l'assentiment des deux assemblées fédérales. Cette mesure – qui «était considérée, au siècle dernier, comme le préalable à une dissolution, puisqu'elle se bornait à suspendre le déroulement d'une session parlementaire»⁶⁹ – n'est plus pratiquée aujourd'hui. Elle ne cadre plus avec les réalités institutionnelles contemporaines.

B. *Le non-respect de normes constitutionnelles impératives*

Il est des normes constitutionnelles impératives qui ne sont plus observées par leurs destinataires.

On en trouve une illustration dans la règle posée par l'article 28, alinéa 2, de la Constitution, qui veut que seules les autorités constituées aient le droit d'adresser des pétitions en nom collectif. Il n'est de secret pour personne que «depuis plusieurs années, le caractère strict de cette interdiction est battu en brèche par les autorités publiques, qui admettent sans réserve les pétitions émanant d'associations privées»⁷⁰.

On en trouve une autre illustration à l'article 71, alinéas 2 et 3, de la Constitution, selon lesquels «les sénateurs ne reçoivent pas de traitement», n'ayant droit qu'«à être indemnisés de leurs débours», à concurrence de «quatre mille francs par an». En réalité, ce dernier montant a fait l'objet à la fois d'une adaptation et d'une indexation, de telle sorte que «le montant réel de l'indemnité ne permet pas seulement de couvrir les frais et débours des sénateurs», mais «représente une véritable rémunération, justifiée par le

⁶⁹ *Ibid.*, p. 916.

⁷⁰ HOREVOETS (C.), « Article 28 », in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, VERDUSSEN (M.) dir., Le Cri, Bruxelles, 2004, p. 114. Voy. égal. HERAUT (A.) et PIJCKE (G.), « Le droit de pétition », in *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. II, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 691.

souci de permettre un égal accès des citoyens à la fonction parlementaire et d'assurer l'indépendance des élus»⁷¹.

III. Une force normative affaiblie par les contraintes du droit international

L'affaiblissement de la force normative d'une norme constitutionnelle tient parfois à l'adoption, dans l'ordre international, d'une norme ou d'une décision avec laquelle elle est *incompatible* (A) ou *inconciliable* (B).

A. Les normes constitutionnelles incompatibles avec le droit international

L'incompatibilité d'une norme constitutionnelle avec le droit international pose un problème juridique majeur, puisqu'elle traduit une méconnaissance par un ordre juridique national d'un ordre juridique supranational. Le cas échéant, il est de la responsabilité du Constituant de restaurer la compatibilité des deux ordres juridiques, au risque sinon de contribuer à atténuer la force normative de la norme constitutionnelle incompatible.

On en trouve un exemple dans le Statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998. L'article 27 du Statut prévoit notamment que «la qualité officielle de chef d'État ou de gouvernement, de membre d'un gouvernement ou d'un parlement, de représentant élu ou d'agent d'un État, n'exonère en aucun cas de la responsabilité pénale au regard du présent Statut, pas plus qu'elle ne constitue en tant que telle un motif de réduction de la peine». De nombreuses constitutions ont été révisées afin de mettre l'ordre juridique interne en conformité avec les obligations nouvelles tirées de l'article 27. À l'inverse, la Belgique est restée en défaut de le faire. Pourtant, la section de législation du Conseil d'État, saisie par le ministre des Affaires étrangères d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas un mois, sur un projet de loi portant assentiment au Statut de la Cour pénale internationale, avait donné un avis en ce sens le 21 avril 1999⁷². Le Conseil d'État observait que le Statut de Rome, auquel la loi en projet

⁷¹ WILLEMART (E.), « Article 71 », in *La Constitution belge – Lignes & entrelignes*, VERDUSSEN (M.) dir., Le Cri, Bruxelles, 2004, p. 201-202.

⁷² *Doc. parl., Sén., sess. ord. 1999-2000*, n° 2-329/1.

entendait procurer assentiment, contient un ensemble de dispositions qui ne se concilient pas avec les prescriptions de la Constitution. Parmi ces dispositions figure l'article 88 de la Constitution, sur l'irresponsabilité du Roi. Selon le Conseil d'État, «il ne revient ni aux auteurs du Statut, ni à ceux de la loi d'assentiment de procéder à une révision, fût-elle implicite, de la Constitution et de modifier de la sorte le statut des pouvoirs publics que cette dernière établit. Si la Belgique entend ratifier un tel traité et si le pouvoir législatif entend l'approuver, il convient que des modifications soient apportées, selon la procédure inscrite au titre VIII de la Constitution, à plusieurs dispositions constitutionnelles. Pour éviter un éparpillement de ces modifications, qui pourrait au surplus rendre la lecture de la Constitution difficilement compréhensible, il est suggéré d'insérer, par exemple dans un article 168*bis* nouveau de la Constitution, la disposition suivante: "L'État adhère au Statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998". Pareille disposition couvrirait les adaptations qui en résultent dans l'ordre juridique constitutionnel et autoriserait celles qui devraient, en conséquence, être apportées aux lois et règlements. La technique suggérée permet de concilier la volonté de rendre effectifs les engagements pris par la Belgique au sein de l'Organisation des Nations Unies avec le respect des règles les plus essentielles du droit public et le souci d'une rédaction ordonnée de la Constitution». Il n'a pas été donné suite à cette suggestion de la section de législation du Conseil d'État.

En revanche, s'agissant de l'obligation faite par le traité de Maastricht sur l'Union européenne d'octroyer aux ressortissants européens résidant sur le territoire des États membres le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales, le Constituant a fini par se décider, en 1998, à réviser l'article 8 de la Constitution, disposition relative aux droits politiques, en permettant au législateur fédéral d'étendre les droits électoraux – jusque-là réservés aux seuls Belges – à tous les citoyens de l'Union européenne. Seules les élections communales sont concernées par la révision constitutionnelle. En effet, l'extension opérée par le Constituant est expressément justifiée par la nécessité de se conformer aux obligations internationales et supranationales de la Belgique.

B. *Les normes constitutionnelles inconciliables avec le droit international*

Une norme ou une décision adoptée par un traité international ou prise par une organisation internationale – voire une politique mise en œuvre à un niveau supranational – peut avoir pour effet qu’une norme constitutionnelle, sans pour autant méconnaître le droit international, devienne impraticable.

L’article 112 de la Constitution fournit, à cet égard, un bon exemple. Il dispose que «le Roi a le droit de battre monnaie, en exécution de la loi». Il est bien évident que l’introduction de l’euro comme devise officielle de l’Union européenne et comme monnaie unique commune aux États membres de la zone euro⁷³ a frappé cette norme constitutionnelle d’un profond archaïsme. Sa force normative s’en trouve ainsi fragilisée.

Conclusion

Se basant sur le texte – cité ci-avant – de Catherine Thibierge, publié en conclusion de l’ouvrage sur la force normative, Isabelle Hachez reprend les trois pôles constitutifs de cette force normative : la valeur normative, la portée normative et la garantie normative⁷⁴. Ces trois pôles sont autant de « dimensions du droit »⁷⁵ et d’« étapes dans la vie d’une norme »⁷⁶.

Chaque norme constitutionnelle que nous avons cru pouvoir ranger dans la catégorie du *soft law* intraconstitutionnel contribue à réduire l’un ou l’autre de ces pôles.

La *valeur normative* d’une norme constitutionnelle peut être diminuée par son auteur, soit qu’il lui donne une faible densité normative, soit qu’il la coule dans un libellé obscur, soit encore qu’il néglige de l’articuler de manière cohérente avec les autres normes constitutionnelles⁷⁷. Elle peut aussi être diminuée par les contraintes du droit international⁷⁸.

⁷³ Voy., sur cette évolution, BREMS (E.) et VAN NIEUWENHOVE (J.) (dir.), *Grondwet en E.V.R.M. – Wetgeving Staatshervorming*, op. cit., p. 218.

⁷⁴ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », op. cit., spéc. p. 24-27.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 24.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 26.

⁷⁷ Voy. *supra*, I, A et B.

⁷⁸ Voy. *supra*, III.

La *portée normative* d'une norme constitutionnelle peut être amoindrie par les destinataires de cette norme, soit qu'ils ne l'utilisent plus, soit qu'ils ne s'y conforment plus⁷⁹.

La *garantie normative* d'une norme constitutionnelle peut être limitée, lorsqu'elle est soustraite, en tout ou en partie, aux contrôles institués par ou en vertu de la Constitution⁸⁰.

Cela étant dit, la faiblesse normative d'une norme constitutionnelle – qui justifie, dans cette contribution, son inclusion dans la catégorie du *soft law* intraconstitutionnel – n'est pas synonyme d'absence de toute force normative. Tout est question de degré. Autrement dit, les limites entre le *soft law* et le *hard law* constitutionnel sont assurément floues et, qui plus est, mouvantes.

Ainsi, certaines dispositions, dont la faible densité normative découle du caractère indéterminé de leur contenu, peuvent se voir accorder une portée plus ferme par l'action du juge, soucieux de leur donner un effet utile. Tirant parti du caractère indéterminé du contenu de ces dispositions, les juridictions disposent d'une ample latitude pour déduire des effets juridiques d'un texte constitutionnel pourtant réputé de *soft law*. L'exemple du principe de *standstill* – qui a déjà conduit notre Cour constitutionnelle à annuler, sur la base de l'article 23 de la Constitution, un décret régional – illustre cette opportunité. Il faut donc se garder de remiser trop vite au rang de purs symboles des dispositions dont le potentiel normatif ne demande qu'à être exploité, comme l'article 7*bis* par exemple. Ce serait faire peu de cas de la force créatrice d'une autre source du droit : la jurisprudence⁸¹.

⁷⁹ Voy. *supra*, II.

⁸⁰ Voy. *supra*, I, C.

⁸¹ Voy. VAN DE KERCHOVE (M.), « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources », dans le volume 2 du présent ouvrage.