

§ 4. Les essais constitutionnels non transformés valent-ils des points ?

Réflexions sur la portée juridique interprétative des déclarations de révision non suivies d'une révision

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

*Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis
Assesseur à la section de législation du Conseil d'État*

Luc DETROUX

*Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis
Conseiller d'État*

Nicolas BONBLED

*Professeur invité à l'Université catholique de Louvain
Avocat*

«Le rugby est issu du football et à l'origine seul importait de pouvoir marquer des buts en bottant le ballon entre les poteaux. Porter le ballon dans l'en-but adverse permettait "d'essayer" de marquer ce but et ainsi de transformer l'essai. À partir de 1887, des points sont accordés pour les essais marqués. D'abord à 1 point, la valeur en a été peu à peu augmentée pour atteindre 5 points depuis 1992».

Wikipédia

Introduction

1. La question des effets juridiques attachés aux déclarations de révision de la Constitution est classiquement traitée à la seule aune des contraintes qu'elles font peser sur l'opération de révision elle-même, dans le cadre de la procédure en trois étapes que met en place l'article 195 de la Constitution. La révision de cette procédure, occasionnée par la mise en œuvre de la sixième réforme de l'État belge, fait émerger une question nouvelle, jusqu'à présent demeurée dans l'ombre des bons manuels de droit public (I) : les déclarations susdites n'ont-elles pas, en marge de l'opération de révision proprement dite et indépendamment de l'issue de cette dernière, une valeur d'interprétation du droit constitutionnel existant ? Mise à l'épreuve de la pratique des prétoires (II), la question posée reçoit une réponse indubitablement positive, mais résolument modeste : s'il est permis d'apercevoir, dans ces déclarations de révision, une source de droit « périconstitutionnelle », encore faut-il immédiatement ajouter qu'il ne s'agit là, tout au plus, que de *very soft law* (III).

I. Mise en contexte : « Ceci n'est pas une pipe »

2. On a coutume de décrire la procédure de révision de la Constitution comme une « valse à trois temps »¹. Demeuré inchangé depuis 1831, l'article 195 de la Constitution n'autorise la modification d'une disposition constitutionnelle (troisième temps), selon les quorums qu'il indique, qu'à la condition que ladite disposition ait été préalablement reprise, dans un premier temps, dans la déclaration de révision. Ces deux moments appartiennent nécessairement à des législatures distinctes. La publication de la déclaration de révision, émanant des trois branches du pouvoir législatif, provoque en effet la dissolution automatique des Chambres et la convocation du corps électoral, censé s'exprimer sur le sens qu'il souhaiterait voir imprimer aux dispositions ouvertes à révision : ici se situe le deuxième temps de la valse.

¹ Voy. DUMONT (H.) et DELGRANGE (X.), « Le rythme des révisions constitutionnelles et l'hypothèse de l'accélération du temps juridique », in *L'accélération du temps juridique*, GÉRARD (P.), OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.) dir., F.U.S.L., Bruxelles, 2000, p. 455-456.

3. La procédure ainsi décrite² était source de difficulté pour la réalisation juridique de l'accord institutionnel de la sixième réforme de l'État (octobre 2011). Cette réalisation requérait en effet la révision d'un certain nombre de dispositions ne figurant pas dans la déclaration de révision du 7 mai 2010³.

Deux voies pouvaient être envisagées pour contourner la difficulté. La première, inscrite dans les prévisions classiques de l'article 195 et obéissant à la séquence chronologique triphasée qui le caractérise, eût été celle du report partiel à une législature ultérieure, inaugurée elle-même par l'adoption d'une déclaration de révision mieux ajustée⁴. L'inscription de l'article 195 de la Constitution lui-même dans la déclaration du 7 mai 2010⁵ ouvrait cependant une autre voie, jusqu'ores totalement inédite : la réduction de la séquence chronologique triphasée à un schéma en deux étapes susceptibles de survenir au cours d'une seule et même législature.

La seconde voie ainsi théoriquement envisageable⁶ est celle qui sera finalement retenue, quoiqu'à titre non définitif. Elle prend la forme de l'adjonction, au « vieux » 195, d'un dispositif transitoire rendant possible, pour un temps nettement défini, à des fins strictement déterminées et moyennant l'observance des quorums classiques, la révision de dispositions constitutionnelles situées hors du cadre tracé par la déclaration du 7 mai 2010⁷.

Ainsi sera-t-il, par exemple, possible, suite à l'adoption du dispositif transitoire décrit ci-dessous, de réviser, sous la législature 2010–2014, « les

² Sur cette procédure et les critiques qui lui ont été adressées depuis de nombreuses années, voy. *ibid.*, p. 210 et s. *Adde* : les contributions reprises in DELPÉRÉE (Fr.) dir., *La procédure de révision de la Constitution*, Bruylant, Bruxelles, 2003. Plus récemment, voy. VAN NIEUWENHOVE (J.), « De Grondwetsherziening: naar een omzeiling of naar een herziening », *T.B.P.*, 2011, p. 531 et s.; VANDENBOSSCHE (M.), « De herziening van Artikel 195 van de Grondwet. Een noodzaak tot demystificatie », in *Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht. Het beginsel van constitutieve autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet*, DE BECKER (A.) et VANDENBOSSCHE (M.) dir., Die Keure, Brugge, 2011, p. 59 et s.; BLÉRO (B.), « L'article 195 de la Constitution, une pierre angulaire à retailler ? », in *Scharnier- of sleutelementen in het grondwettelijk recht. Het beginsel van constitutieve autonomie, de artikelen 35 en 195 van de Grondwet*, DE BECKER (A.) et VANDENBOSSCHE (M.) dir., Die Keure, Brugge, 2011, p. 1 et s.

³ *M.B.*, 7 mai 2010.

⁴ Sur le précédent qu'avait constitué, à cet égard, la traduction constitutionnelle du Pacte d'Egmont, voy. VAN NIEUWENHOVE (J.), « De Grondwetsherziening: naar een omzeiling of naar een herziening », *op. cit.*, p. 535.

⁵ *M.B.*, 7 mai 2010. L'article 195 de la Constitution fut précédemment ouvert à révision par la déclaration du 10 avril 2003, *M.B.*, 10 avril 2003, et par celle du 2 mai 2007, *M.B.*, 2 mai 2007.

⁶ Voy. VAN NIEUWENHOVE (J.), « De Grondwetsherziening: naar een omzeiling of naar een herziening », *op. cit.*, p. 539 et s.

⁷ Révision de l'article 195 de la Constitution, *M.B.*, 6 avril 2012. L'article unique s'énonce comme suit : « L'article 195 de la Constitution est complété par une disposition transitoire rédigée comme suit :
Disposition transitoire

articles 5, alinéa 2, 11bis, 41, alinéa 5, 159 et 190, en vue d'assurer l'exercice complet de l'autonomie des Régions à l'égard des provinces sans préjudice des

Toutefois, les Chambres, constituées à la suite du renouvellement intégral des Chambres du 13 juin 2010 peuvent, de commun accord avec le Roi, statuer sur la révision des dispositions, articles et groupements d'articles suivants, exclusivement dans le sens indiqué ci-dessous :

1° les articles 5, alinéa 2, 11bis, 41, alinéa 5, 159 et 190, en vue d'assurer l'exercice complet de l'autonomie des Régions à l'égard des provinces sans préjudice des dispositions spécifiques visées actuellement par la loi de pacification communautaire du 9 août 1988 et relatives à la fonction des gouverneurs, et de limiter la signification du terme « province » utilisé dans la Constitution à sa seule dimension territoriale, en dehors de toute dimension institutionnelle;

2° l'article 23, en vue de garantir le droit aux allocations familiales;

3° les articles 43, § 1^{er}, 44, alinéa 2, 46, alinéa 5, 69, 71, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 82, 83, 168 en vue d'exécuter la réforme du bicaméralisme et de confier à la Chambre des représentants les compétences législatives résiduelles;

4° les articles 46 et 117, en vue de prévoir que les élections législatives fédérales auront lieu le même jour que les élections du Parlement européen et qu'en cas de dissolution anticipée, la durée de la nouvelle législature fédérale ne pourra excéder le jour des élections du Parlement européen qui suivent cette dissolution ainsi que de permettre à la loi spéciale de confier aux Communautés et aux Régions la compétence de régler, par décret spécial ou ordonnance spéciale, la durée de la législature ainsi que la date de l'élection de leur assemblée et de prévoir qu'une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, règle la date d'entrée en vigueur des nouvelles règles reprises dans le présent point concernant les élections;

5° le titre III, en vue d'insérer une disposition pour interdire de modifier la législation électorale à moins d'un an de la date prévue pour les élections;

6° l'article 63, § 4, en vue d'ajouter un alinéa disposant que pour les élections de la Chambre des représentants, la loi prévoit des modalités spéciales aux fins de garantir les intérêts légitimes des néerlandophones et des francophones dans l'ancienne province du Brabant, et que une (*sic*) modification aux règles fixant ces modalités spéciales ne peut être apportée que par une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa;

7° le titre III, chapitre IV, section 2, sous-section 3, en vue d'y insérer un article permettant à une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, d'attribuer, pour la Région bilingue de Bruxelles-Capitale, à la Région de Bruxelles-Capitale, des compétences non dévolues aux Communautés dans les matières visées à l'article 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1°, et, pour ce qui concerne les matières visées au 1°, le 3°;

8° le titre III, chapitre IV, section 2, sous-section 3, en vue de permettre à la loi spéciale de simplifier les procédures de coopération entre les entités;

9° l'article 143, en vue d'insérer un paragraphe qui exclut la procédure de conflit d'intérêts à l'encontre d'une loi ou d'une décision de l'État fédéral qui modifie la base imposable, le taux d'imposition, les exonérations ou tout autre élément intervenant dans le calcul de l'impôt des personnes physiques;

10° l'article 144, en vue de prévoir que le Conseil d'État et, le cas échéant, des tribunaux administratifs fédéraux, peuvent se prononcer sur les effets en droit privé d'une décision;

11° l'article 151, § 1^{er}, en vue de prévoir que les Communautés et les Régions disposent d'un droit d'injonction positive s'agissant des matières qui relèvent de leur compétence, via le ministre fédéral de la Justice qui en assure l'exécution immédiate, et pour habiliter le législateur statuant à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa, à prévoir la participation des Communautés et des Régions, dans les matières qui relèvent de leurs compétences, à propos de la politique de poursuite du ministère public, des directives en matière de politique criminelle, de la représentation dans le Collège des procureurs généraux, ainsi que de la note-cadre Sécurité intégrale et du plan national de sécurité;

12° le titre III, chapitre VI, en vue d'insérer une disposition prévoyant qu'une modification aux éléments essentiels de la réforme concernant l'emploi des langues en matière judiciaire au sein de l'arrondissement judiciaire de Bruxelles, ainsi qu'aux aspects y afférents relatifs au parquet, au siège et au ressort ne pourra être apportée que par une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa;

dispositions spécifiques visées actuellement par la loi de pacification communautaire du 9 août 1988 et relatives à la fonction des gouverneurs, et de limiter la signification du terme “province” utilisé dans la Constitution à sa seule dimension territoriale, en dehors de toute dimension institutionnelle».

Le procédé ainsi retenu a, d’emblée, suscité le scepticisme⁸, voire la critique acerbe⁹, de certains constitutionnalistes ; nous ne nous attarderons cependant pas sur la question¹⁰.

4. L’un des aspects les plus singuliers du mécanisme tient sans conteste à l’utilisation du texte constitutionnel lui-même aux fins d’autoriser le Constituant à procéder à l’une ou l’autre révision. La déclaration de révision et sa « cible » se trouvent contenues dans la Constitution elle-même.

Dans les développements de la proposition modificative de l’article 195, les auteurs de celle-ci s’emploient très soigneusement à préciser la portée juridique de cette « déclaration constitutionnelle de révision de la Constitution » et, par là même, à encadrer *ratione materiae* et *ratione temporis* l’usage de la procédure spécifique qu’ils se proposent d’instaurer. Entre autres considérations, lesdits auteurs énoncent que :

« En ouvrant certaines dispositions, certains articles et groupements d’articles à révision, le Constituant ne se prononce en aucune façon sur l’interprétation des dispositions constitutionnelles existantes »¹¹.

13° l’article 160, en vue d’ajouter un alinéa disposant qu’une modification aux nouvelles compétences et modalités de délibération de l’assemblée générale du Conseil d’État ne pourra être apportée que par une loi adoptée à la majorité prévue à l’article 4, dernier alinéa ;

14° l’article 180, en vue de prévoir que les assemblées qui légifèrent par voie de décret ou de règle visée à l’article 134 pourront confier des missions à la Cour des comptes, le cas échéant, moyennant rémunération ;

15° le titre IV, en vue d’insérer un article disposant que pour les élections du Parlement européen, la loi prévoit des modalités spéciales aux fins de garantir les intérêts légitimes des néerlandophones et des francophones dans l’ancienne province du Brabant, et qu’une modification aux règles fixant ces modalités spéciales ne peut être apportée que par une loi adoptée à la majorité prévue à l’article 4, dernier alinéa.

Dans ce cas, les Chambres ne pourront délibérer si deux tiers au moins des membres qui composent chacune d’elles ne sont présents et nul changement ne sera adopté s’il ne réunit au moins les deux tiers des suffrages.

Cette disposition transitoire ne constitue pas une déclaration au sens de l’article 195, alinéa 2 ».

⁸ Voy. VERDUSSEN (M.), « Réviser la Constitution à n’importe quel prix ? », *La Libre Belgique*, 11 février 2012.

⁹ Voy. VUYE (H.), « De grondwetsfraude van de regering-Di Rupo », *De Morgen*, 14 février 2012 ; REYN-TJENS (F.), « Zappen met een vodie papier », *De Standaard*, 10 janvier 2012.

¹⁰ La Commission pour la démocratie par le droit, dite « Commission de Venise », n’a toutefois pas élevé d’objection à l’encontre de ce procédé : voy. l’avis relatif à la révision de la Constitution de la Belgique (15-16 juin 2012), consultable sur www.venice.cor.int.

¹¹ Proposition de révision de l’article 195 de la Constitution déposée le 15 février 2012 par M. GIET et crts, *Doc. parl.*, Chambre, n° 53-2064/1, p. 2.

5. *Prima facie*, l'affirmation a de quoi déconcerter et n'est pas loin d'évoquer le surréalisme d'une célèbre œuvre de Magritte. Par définition en effet, sur le plan cognitif, la déclaration de révision ne peut être motivée que par le constat préalable – quoiqu'implicite – que la disposition sur laquelle elle porte ne permettrait pas, *de constitutione lata*, la réalisation *de lege ferenda* de la « cible » mentionnée dans la déclaration elle-même. Affirmer que le « Constituant ne se prononce en aucune façon sur l'interprétation des dispositions constitutionnelles existantes » en déclarant ouvertes à révision certaines d'entre elles, semble relever de la contradiction performative pure et simple.

À y regarder de plus près cependant, le *caveat* des auteurs de la proposition cesse d'être absurde si l'on renonce à y voir la description d'un processus cognitif et que l'on accepte de lui assigner une portée exclusivement juridique. Que la « déclaration constitutionnelle de révision » procède intellectuellement d'un positionnement sur l'interprétation des dispositions qui en sont l'objet, n'est évidemment pas contestable ni contesté sur le plan logique. Simplement tient-on à priver ce positionnement d'une quelconque efficacité juridique, en déniaient préventivement à celui-ci et à la déclaration qui en résulte toute valeur d'interprétation authentique implicite du texte constitutionnel.

Ainsi compris, le *caveat* perd son caractère d'absurdité logique. Est-il cependant utile ? Cette nouvelle question suppose l'examen des effets juridiques interprétatifs que la pratique assigne d'ordinaire aux déclarations de révision de la Constitution : se voient-elles effectivement reconnaître, en droit, un quelconque effet d'interprétation authentique des règles constitutionnelles qui en forment l'objet ? Dans l'affirmative, le *caveat* visé ci-dessus présenterait une utilité certaine, étant de torpiller, anticipativement, cet effet interprétatif non désiré. Dans la négative, il ferait figure de précaution somptuaire, car s'employant à conjurer une issue qui, même en son absence, ne serait de toute façon pas advenue. Une œuvre ayant pour sujet une tondeuse à gazon n'a pas vraiment besoin de signaler expressément qu'elle ne représente pas une pipe.

6. L'investigation menée dans les lignes qui suivent emprunte des sentiers peu explorés du droit constitutionnel belge. Il existe certes une très abondante littérature sur les effets juridiques que les déclarations de révision de la Constitution déploient à l'égard du Constituant dérivé lui-même¹². La

¹² Pour une synthèse récente, voy. VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Overzicht Publiek Recht*, La Chartre, Bruges, 2010, p. 84-88 ; VAN DER HULST (M.), *Le Parlement fédéral. Organisation et fonctionnement*, U.G.A., Kortrijk, 2011, p. 190 et les références citées. Voy. également *infra*, n° 38.

question de la valeur interprétative potentiellement associée par la pratique à ces mêmes déclarations de révision est en revanche plus inédite. Pour nourrir la réflexion théorique sur ce point (III), l'on procédera, dans un premier temps, sur un mode résolument indiciaire, à une « enquête de terrain » au sein de la jurisprudence des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et de la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'État (II).

II. Échantillon de précédents

7. Il est quatre problématiques dans lesquelles fut posée, de manière explicite, la question de la pertinence et de la légitimité du recours à une déclaration de révision de la Constitution aux fins d'interprétation de la Constitution elle-même : la concrétisation de la notion de « presse » au sens de l'article 25 de la Constitution (A), le débat sur la constitutionnalité de la consultation populaire régionale, communautaire ou fédérale (B), les contours de la théorie des matières réservées à la loi (C) et la licéité des dispositifs imposant la mixité des listes électorales (D).

A. La notion constitutionnelle de « presse »

8. « Depuis la création de la radio et de la télévision, une question hante l'esprit des juristes belges des médias : les protections constitutionnelles de la presse s'étendent-elles à l'audiovisuel ? ». Le propos, daté de 2005, est issu de la plume de Koen Lemmens¹³. *Anno 2012*, il n'a rien perdu de son actualité. Que du contraire : la controverse ainsi évoquée a gagné en vivacité lorsqu'elle fut étendue à la question de la qualification, au regard des articles 25 et 150, des contenus de la Toile¹⁴.

¹³ LEMMENS (K.), *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde!*, Larcier, Bruxelles, 2004, p. 312.

¹⁴ Voy., pour une synthèse récente relative à la question, VAN ENIS (Q.), « Le « délit de presse » sur l'internet : seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le « chien de garde » qui aurait crié au loup... », obs. sous Bruxelles, 17 mars 2010, *J.T.*, p. 506 et s. La Cour de cassation, dans deux arrêts du 6 mars 2012, a rallié l'opinion doctrinale majoritaire affirmant l'applicabilité de la notion constitutionnelle de « Presse » aux propos tenus sur internet. Dans le premier arrêt, elle a jugé que « la propagation ou la diffusion d'une opinion punissable sur l'internet peuvent constituer un délit de presse ». Dans le second arrêt, il est rappelé que le délit de presse exige l'expression délictueuse d'une opinion dans un texte reproduit aux manières de la presse « ou d'un procédé similaire » et que la distribution numérique constitue précisément un tel « procédé similaire » (Cass., 6 mars 2012 (deux arrêts), *A&M*, 2012/2-3, p. 253 et obs. VOORHOOF, « De notie drukpersmisdrijf van de 19de naar de 21ste eeuw : internet media, weblogs en websites zijn ook drukpers! », *J.T.*, 2012, p. 505 et VAN ENIS (Q.), « La Cour de cassation admet que l'on puisse se rendre coupable d'un délit de presse sur l'internet le temps du

9. L'on s'abstiendra de brosser ici, une nouvelle fois, un inventaire des positions doctrinales en présence¹⁵. Quant aux positionnements jurisprudentiels adoptés sur la question litigieuse, ils sont suffisamment connus pour qu'on puisse les rappeler de manière particulièrement succincte. Dans un arrêt du 9 décembre 1981¹⁶, la Cour de cassation énonce que «l'article 18 [devenu 25] de la Constitution est étranger aux émissions de télévision ou de télédistribution, celles-ci n'étant pas des modes d'expression de la pensée par des écrits imprimés». Cette position fut maintenue et confirmée par ladite Cour vingt-cinq années plus tard¹⁷, dans la célèbre affaire *Au nom de la loi*¹⁸. Suivant sur ce point les conclusions par ailleurs contraires de l'Avocat général de Koster, l'arrêt du 2 juin 2006¹⁹ estime que la première branche du premier moyen de cassation, qui soutenait que l'article 25 de la Constitution trouve à s'appliquer à des émissions de télévision, manque en droit. En effet, selon la Cour de cassation, «les émissions de télévision ne sont pas des modes d'expression par des écrits imprimés».

Bien que constante, cette interprétation restrictive de la Cour de cassation quant à la notion de «presse» n'a jamais fait l'unanimité au sein des juridictions de fond. Songeons, par exemple, à cet arrêt du 17 mars 2010²⁰ dans lequel la Cour d'appel de Bruxelles a estimé – vraisemblablement à l'encontre des prolongements logiques et nécessaires de la jurisprudence

'délit de presse : 0.2' est-il (enfin) arrivé ? »). Les conclusions de l'avocat général De Swaef précédant ces deux arrêts fournissent quelques indications sur le raisonnement qui a pu être celui de la Cour. L'on n'y aperçoit pas de remise en cause explicite de la jurisprudence classique, réaffirmée par l'arrêt du 2 juin 2006 (voy. *infra*, n^{os} 9, 11 et 14), qui exclut la Radio et la Télévision du champ d'application de la notion constitutionnelle de Presse. À dire vrai cependant, et à la lecture de ces conclusions, on n'aperçoit pas ce qui explique qu'un article écrit sur un blog puisse être éligible à la protection de l'article 25, alors qu'un journal télévisé ou une émission radiophonique consultables et téléchargeables au départ de la toile, ne bénéficieraient, quant à eux, pas de cette protection.

¹⁵ Voy. la synthèse réalisée récemment par JONGEN (Fr.) et DONY (C.), « La liberté de presse », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 846 et s.; *adde*: ENGLEBERT (J.), « Le statut de la presse: du « droit de la presse » au « droit de l'information » », *Rev. dr. U.L.B.*, 2007/1, p. 266 et s.

¹⁶ Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 482.

¹⁷ Voy. aussi Cass., 28 juin 2004, R.G. n^o C.020412.F: « Attendu que l'article 25 de la Constitution, qui est le corollaire de l'article 19, garantit la liberté de manifester ses opinions, en disposant notamment que lorsqu'un auteur est connu et domicilié en Belgique, l'éditeur, l'imprimeur ou le distributeur ne peut être poursuivi; attendu que cet article s'applique aux délits et aux quasi-délits de presse, qui exigent comme élément nécessaire à leur réalisation qu'une opinion ait été exprimée dans un écrit imprimé [...] ».

¹⁸ Laquelle se solda *in fine* par une condamnation strasbourgeoise (Cour eur. D.H., 29 mars 2011, *R.T.B.F. c. Belgique*, J.L.M.B., 2011, p. 1257 et s., obs. VAN ENIS (Q.)). Les motifs de cette condamnation sont toutefois étrangers à la problématique formant le thème de la présente contribution.

¹⁹ Cass., 2 juin 2006, J.L.M.B., 2006, p. 1402, obs. JONGEN (Fr.).

²⁰ Bruxelles, 17 mars 2010, J.T., 2010, p. 506.

précitée de la Cour de cassation²¹ – que l’expression d’une opinion délictueuse via internet pouvait bel et bien être qualifiée de « délit de presse » au sens de l’article 150 de la Constitution et relever ainsi de la compétence de principe du jury d’assises. Plus frontalement encore, un jugement du tribunal de première instance de Bruxelles daté du 15 octobre 2009²² estime qu’une vidéo postée sur *YouTube* peut être le véhicule d’un « délit de presse » au sens constitutionnel du terme.

10. Jusqu’ores, nulle modification constitutionnelle de fond n’est venue arbitrer, de manière explicite et univoque, la controverse ainsi résumée. Tout au plus a-t-on vu s’échapper, de la plume (pré)constituante, quelques « indices » – des « messages », oserait-on écrire –, dont l’interprétation suscita elle-même de vifs débats.

11. Le premier « indice » est le plus connu : il s’agit de la traduction néerlandaise officielle de la Constitution, opérée en 1967²³. À un moment où radio et télévision étaient largement répandues, le terme français « presse » fut traduit par le terme néerlandais *drukpers*, lequel n’évoque que la presse d’imprimerie.

D’aucuns²⁴ ont voulu apercevoir, dans ce choix terminologique, une manière d’interprétation « officielle »²⁵ du texte constitutionnel, laquelle conforterait au demeurant la jurisprudence restrictive de la Cour de cassation ci-avant évoquée. Ce point de vue n’a cependant jamais fait l’unanimité, tant en doctrine²⁶ qu’en jurisprudence. Dans un jugement du 4 juin 2003, le Tribunal de première instance de Bruxelles énonce en ce sens que la « priorité doit être donnée au sens de l’article 25 de la Constitution plutôt qu’à une analyse purement exégétique reposant principalement sur une traduction ultérieure de la charte fondamentale. La volonté affirmée avec force de protéger la liberté de « presse » prime sur l’utilisation (postérieure) d’une locution renvoyant à la seule presse écrite. Le choix du

²¹ Voy. toutefois la note infrapaginale n° 14.

²² Civ. Bruxelles, 15 octobre 2009, *J.T.*, 2010, p. 254.

²³ La traduction allemande de la Constitution, datée de 1991, utilise, pour sa part, un terme neutre susceptible de s’appliquer équivalement à la presse écrite et à la presse audiovisuelle. Ainsi, la notion de « presse », à laquelle se réfère l’article 25, a été traduite par *Die Presse*.

²⁴ Voy., entre autres, DELPÉRÉE (Fr.), *Droit constitutionnel*, t. 1, *Les données constitutionnelles*, 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 1987, p. 226-277, n° 128.

²⁵ Voy. LEMMENS (K.), *La presse et la protection juridique de l’individu. Attention aux chiens de garde!*, *op. cit.*, p. 314.

²⁶ Voy., en effet, VELAERS (J.), *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, vol. II, Maklu, Anvers, 1991, p. 519-520; VAN ENIS (Q.), « Le “délit de presse” sur l’internet : seul le jury populaire est compétent pour sanctionner pénalement le “chien de garde” qui aurait crié au loup... », *op. cit.*, p. 507 et les références citées note 10.

terme *drukpers* plutôt que *pers* lors de l'adoption du texte officiel néerlandais (*M.B.*, 3 mai 1967), inspiré d'un projet remontant à 1925, ne résulte pas non plus d'une volonté manifestée de réduire le champ d'application de cette disposition»²⁷.

La Cour de cassation, dans ses arrêts précités des 9 décembre 1981 et 2 juin 2006, ne fait nulle mention explicite de l'argument terminologique ci-avant exposé aux fins d'appuyer ses propres positions. Il est permis de penser que, à supposer qu'il ait jamais eu quelque influence sur ses délibérés, ledit argument ne fait plus vraiment recette au premier étage de la Place Poelaert. À cet égard, il est significatif de constater que l'Avocat général de Koster, dans ses conclusions précitées²⁸, affirma expressément qu'il n'entendait pas appuyer son plaidoyer en faveur de l'interprétation restrictive de l'article 25 de la Constitution sur quelque indice tiré de la traduction néerlandaise de cette disposition. Faisant sienne l'opinion émise par MM. Hoebeke et Mouffe²⁹, l'éminent magistrat estima que l'argument terminologique devait être tout bonnement «rejeté».

12. Le second «indice/message» est, quant à lui, imputable au préconstituant. Depuis 1978³⁰, toutes les déclarations de révision de la Constitution qui se sont succédé ont entendu permettre que, via une modification des articles 25, 148, al. 2, et/ou 150 de la Constitution, il soit procédé à l'élargissement des «garanties de la presse» aux «autres moyens d'information»³¹. Aucune de ces déclarations ne fut cependant suivie d'une révision proprement dite.

13. Une fois encore doit-on constater que le «message» ainsi délivré par le préconstituant a reçu, en doctrine, des interprétations diamétralement

²⁷ Civ. Bruxelles, 4 juin 2003, *J.L.M.B.*, 2004, p. 790.

²⁸ Lesdites conclusions sont publiées sur www.cass.be.

²⁹ HOEBEKE (S.) et MOUFFE (B.), *Le droit de la presse*, 2^e éd., Bruylant, 2005, n^{os} 182-190, p. 84-86.

³⁰ La déclaration de révision de la Constitution des 9 et 14 novembre 1978 (*M.B.*, 15 novembre 1978) ouvrait à révision l'article 150 (ex. 98) de la Constitution en vue d'y ajouter «un alinéa étendant la garantie du jury aux autres moyens d'information». Curieusement, elle n'ouvrait pas la possibilité d'opérer une modification symétrique à l'article 25 (ex. 18) de la Constitution.

³¹ La déclaration de révision du 7 mai 2010 (*M.B.*, 7 mai 2010) ouvre à révision l'article 25 de la Constitution, «en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information». Elle ouvre également à révision les articles 148, al. 2, et 150, mais sans assigner une «cible explicite» à cette ouverture. Il en va de même s'agissant de la déclaration de 2007 (*M.B.*, 2 mai 2007), de 2003 (*M.B.*, 10 avril 2003), de 1999 (*M.B.*, 5 mai 1999) et de 1995 (*M.B.*, 12 avril 1995). La déclaration de révision de la Constitution du 17 octobre 1991 (*M.B.*, 18 octobre 1991) assignait une cible explicite à la révision de l'article 25 («en vue d'y ajouter un alinéa permettant d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information») et à la révision de l'article 150 («en vue d'y ajouter un alinéa élargissant la garantie du jury aux autres moyens d'information»). Il en était de même s'agissant de la déclaration de révision du 8 novembre 1987 (*M.B.*, 9 novembre 1987).

opposées³². Certains y virent une confirmation *a contrario* de la validité, *de constitutione lata*, de l'interprétation restrictive de la notion constitutionnelle de « presse ». D'autres y perçurent, tout au contraire, un motif pour se distancier, *de constitutione lata*, d'une telle interprétation.

En 1991, au terme d'un plaidoyer méthodique en faveur de l'admissibilité d'une interprétation large de la notion constitutionnelle de « presse », Jan Velaers écrivait ce qui suit (traduction libre) :

« L'interprétation aboutissant à subsumer également les émissions de radio et télévision sous la sphère de protection des articles 18 [25] et 98 [150] de la Constitution, paraît raisonnable. Les préconstituants semblent d'ores et déjà convaincus que les garanties constitutionnelles de la presse devraient aussi valoir pour la radio et la télévision. Cela ressort des plus récentes déclarations de révision de l'article 98 [150], où il est suggéré « d'y ajouter un alinéa élargissant la garantie du jury aux autres moyens d'information » [...]. *À notre estime, il n'y a pas lieu d'en déduire a contrario que le préconstituant fait sien le point de vue selon lequel l'article 98 [150], en sa version actuelle, ne peut faire l'objet d'une interprétation large. Le préconstituant semble plutôt partir du constat que la jurisprudence dominante refuse d'interpréter l'article 98 [150] de la manière large, en sorte qu'une révision constitutionnelle devient nécessaire* »³³ (notre accent).

Partisan de la validité de l'interprétation restrictive jusqu'ores retenue par la Cour de cassation, Koen Lemmens faisait quant à lui, en 2004, une tout

³² Il en fut de même, semble-t-il, dans les très rares décisions de justice qui y ont fugacement fait allusion. Voy., en effet, Civ. Bruxelles, 30 juin 1997, *J.T.*, 1997, p. 710 et s. : « Attendu que si la révision de [l'article 25 de la Constitution] fut effectivement proposée lors de la dernière révision de la Constitution (déclaration gouvernementale du 12 avril 1995, *M.B.*, 12 avril 1995) en vue d'élargir les garanties de la presse aux autres moyens d'information, cette modification n'a pas été effectuée à ce jour ; qu'il résulte *a fortiori* de cette déclaration d'intention que la protection de l'article 25 n'est pas à ce jour acquise à l'audiovisuel [...] ». Comp. Civ. Bruxelles, 4 juin 2003, *op. cit.* : « Il est exact que le législateur ne paraît pas avoir envisagé depuis 1981 de modifier le texte de la Constitution et de préciser que la notion de presse recouvre en réalité d'autres modes d'expression que la seule presse écrite (voir toutefois la déclaration de révision de la Constitution du 12 avril 1995, *M.B.*, 12 avril 1995) mais cette seule abstention ne saurait suffire, à elle seule, à ériger un régime particulier pour la presse non écrite. »

³³ VELAERS (J.), *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting*, *op. cit.*, p. 521 : « het [is] een redelijke interpretatie om ook radio- en televisie-uitzendingen binnen de beschermingsfeer van de artikelen 18 [25] en 98 [150] van de Grondwet te brengen. De *preconstituantes* lijken er alvast van overtuigd dat de grondwettelijke waarborgen voor de persvrijheid ook zouden dienen te gelden voor radio en televisie. Dit blijkt uit de meest recente verklaringen tot herziening van artikel 98 [150] van de Grondwet waarin werd voorgesteld "om er een lid aan toe te voegen dat de waarborg van de jury uitbreidt tot de andere informatiemiddelen" [...]. *We menen niet dat men hieruit a contrario dient af te leiden dat de preconstituante de stelling bijtreedt dat het huidige artikel 98 [150] van de Grondwet niet ruim mag worden geïnterpreteerd. De Preconstituante lijkt veeleer uit te gaan van de vaststelling dat de heersende rechtspraak weigert het artikel 98 ruim te interpreteren, zodat een grondwetswijziging noodzakelijk wordt* » (notre accent).

autre lecture de la suite « d'essais constitutionnels non transformés » observée depuis 1978. Ainsi constate-t-il que :

« depuis 1831, la Constitution a été révisée plusieurs fois sans que les constituants aient cru nécessaire de modifier lesdits articles auxquels, par conséquent, fait défaut toute référence aux médias audiovisuels [...]. Et ce, malgré les déclarations de révision de la part des préconstituants dans lesquelles ils exprimaient clairement le souhait de modifier l'article 25 afin d'y ajouter un paragraphe concernant la protection d'autres moyens d'information [...]

À cet effet, on peut estimer qu'il ne s'agit pas d'une négligence ni d'une simple omission. Nous ne croyons pas qu'au cours des années le pouvoir constituant ait considéré que l'introduction de l'audiovisuel dans la Constitution aurait été redondante puisque ces médias tombaient déjà sous le coup de la "presse". Un tel raisonnement irait à l'encontre des convictions des plus hauts responsables juridiques [...]. Le fait que le pouvoir constituant, bien qu'au fait de la confusion existant autour de l'interprétation exacte de la notion de "presse", n'ait pas encore modifié l'article 25 équivaut à une valorisation du *statu quo*. Dans l'état actuel de la jurisprudence, une telle attitude nous paraît plutôt favorable à la thèse restrictive [...] »³⁴.

14. L'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2006 ne mentionne pas explicitement les déclarations de révision ci-avant visées en soutien de l'interprétation – en l'occurrence, restrictive – qu'il retient de l'article 25 de la Constitution. À notre estime, cet arrêt ne peut cependant être lu sans l'éclairage des conclusions de l'avocat général qui l'ont précédé, conclusions où, précisément, le « message/indice » du préconstituant reçoit une interprétation bien déterminée et un poids argumentatif non négligeable :

« L'interprétation de votre Cour selon laquelle l'article 25 ne concerne que la presse écrite me paraît pouvoir être confortée par les multiples déclarations de révision de la Constitution qui ont énoncé la nécessité de réviser l'article 25 en vue d'en étendre l'application à d'autres moyens de communication.

La lecture des travaux parlementaires démontre le souci du Parlement et du gouvernement de modifier notamment l'article 25 de la Constitution afin de garantir la liberté d'expression via les médias audio-visuels [...], pour prendre en compte l'évolution de la société contemporaine et moderniser la Constitution [...]. À chaque fois, ces projets ou propositions de déclaration de la Constitution visent à étendre les garanties relatives à la presse écrite aux autres moyens d'information existant ou à venir [...] ».

³⁴ Voy. LEMMENS (K.), *La presse et la protection juridique de l'individu. Attention aux chiens de garde!*, op. cit., p. 315.

Et ce même avocat général d'affirmer, en conclusion de l'examen du moyen pris de la violation de l'article 25 de la Constitution :

«La difficulté d'embrasser tous les développements technologiques en matière de presse, l'absence actuelle de définition claire de la notion de presse audiovisuelle, les multiples propositions de révision de la Constitution en vue d'une modernisation des textes fondamentaux justifient la prudence adoptée par votre Cour qui a eu recours à une interprétation plus systémique que téléologique pour considérer que l'article 25 de la Constitution ne s'applique qu'à la presse écrite».

B. *L'admissibilité, de constitutione lata, d'une consultation populaire fédérale, communautaire ou régionale*

15. Peut-on concevoir que, sans ancrage constitutionnel préalable du procédé, la loi, le décret ou l'ordonnance autorise la tenue de consultations populaires dans les matières fédérales, communautaires ou régionales?

À cette question, la section de législation du Conseil d'État a invariablement répondu par la négative³⁵.

16. Inaugurée par un célèbre avis du 15 mai 1985³⁶, sa jurisprudence a, dans un premier temps, exclusivement reposé sur des objections «fondamentales» tenant au caractère représentatif de la démocratie belge et à l'artificialité *de facto* de la distinction existant, *de jure*, entre la consultation populaire et le référendum. Ces objections ont été résumées comme suit dans l'avis n° 37.804/AG, du 23 novembre 2004, sur une proposition de loi «portant organisation d'une consultation populaire sur le traité établissant une Constitution pour l'Europe»³⁷:

«Il ressort de [l'article 33, al. 2, de la Constitution] ainsi que des autres dispositions de la Constitution relatives à l'exercice des pouvoirs que la Constitution n'a pas instauré un système fondé sur la souveraineté populaire mais bien un mécanisme basé sur la souveraineté nationale dans lequel la Nation est repré-

³⁵ Sur cette jurisprudence, voy., en doctrine, entre autres VELAERS (J.) et POPELIER (P.), « Le référendum constitutionnel en Belgique », in *Rapports belges au Congrès de l'Académie internationale de droit comparé à Utrecht*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 605 et s.

³⁶ Avis de la section de législation du Conseil d'État n°s 15.853/AG-15.854/AG et 15.969/AG à 15.971/AG du 15 mai 1985, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1985-1986, n° 783/2.

³⁷ Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 37.804/AG du 23 novembre 2004, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2004-2005, n° 51-0281/4. L'avis reprend sur ce point la synthèse qui avait d'ores et déjà été réalisée par les avis n°s 33.789/AV et 33.791/AV, donnés le 3 octobre 2002, sur une proposition de décret « houdende de inrichting van een Vlaamse volksraadpleging » et sur une proposition de décret « houdende instelling van een deelstatelijke volksraadpleging kaderend in de procedure van onderzoek », *St., Vl. Parl.*, sess. ord. 2001-2002, n° 1131/3.

sentée par les corps constitués et plus particulièrement, en ce qui concerne le pouvoir législatif, par les représentants du peuple au sein des chambres fédérales, d'une part, (article 42 de la Constitution) et des assemblées parlementaires des Communautés et des Régions, d'autre part (article 115 de la Constitution). Le système représentatif ainsi instauré par la Constitution implique que les représentants de la nation prennent eux-mêmes les décisions dans les matières relevant de leur compétence et que, dans l'exercice de leur mandat, ils ne peuvent être liés, ni en droit, ni en fait. Dans le régime constitutionnel actuel, la participation de la population à l'élaboration des lois, décrets et ordonnances est limitée : le corps électoral désigne, conformément aux dispositions de la législation électorale, ses représentants aux assemblées parlementaires.

[...]

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

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

En outre, dans ses avis antérieurs, le Conseil d'État a déjà exprimé ses doutes quant au caractère purement consultatif de la consultation populaire. Non seulement "la manière dont les pouvoirs" sont exercés est modifiée, mais ces pouvoirs subissent eux-mêmes, dans un système prévoyant une consultation populaire, un glissement important de la représentation populaire vers le peuple lui-même. Même si les résultats d'une consultation populaire peuvent ne pas être juridiquement obligatoires, l'autorité et la pression de fait qui s'en dégagent

sont de nature telle qu'elles risquent de porter atteinte à l'essence du système représentatif instauré par la Constitution par le fait que les représentants du peuple ne décideront plus eux-mêmes mais se sentiront liés en fait par l'avis que leur donne la population.

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

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

Le même avis rappelle par ailleurs que le droit d'enquête parlementaire dont disposent la Chambre, le Sénat et les Parlements de Communauté et de Région ne saurait constituer, *de constitutione lata*, le véhicule juridiquement suffisant pour la tenue, par ceux-ci, de véritables consultations populaires³⁸.

³⁸ L'avis énonce notamment: « il n'y a aucune commune mesure entre l'obtention d'informations recueillies dans le cadre d'une enquête parlementaire et le recours à la consultation populaire. L'enquête parlementaire a pour objet, notamment par l'audition de représentants de l'autorité, de fonctionnaires, d'experts ou d'autres personnes, de fournir au Parlement les informations pertinentes qui lui permettent d'exercer, lui-même, ses compétences en connaissance de cause.

La consultation de l'ensemble de la population, par la représentation nationale, poursuit un autre objectif. La consultation populaire ne vise pas à déterminer ce que la population "sait", mais à établir ce qu'elle "souhaite", ou, en d'autres termes, à savoir dans quel sens elle estime que la représentation nationale doit se prononcer.

[...] une telle consultation populaire va à l'encontre du système représentatif, tel que l'organise actuellement la Constitution ».

17. Dans ses avis les plus récents, le Conseil d'État entendit mobiliser, à titre confortatif de l'argumentaire ainsi livré, divers « indices/messages » échappés de la plume du (pré)constituant.

18. Le premier indice s'identifie à un « essai constitutionnel transformé », étant l'ancrage constitutionnel, via une révision du 12 mars 1999, de la consultation populaire communale et provinciale (article 41, al. 5). De ce geste constitutionnel partiel, le Haut Conseil tire un argument *a contrario* :

« Bien que cette révision de la Constitution n'était, strictement parlant, nécessaire que pour permettre les consultations populaires communales et provinciales sur l'initiative de la population, force est de constater que l'article 41, alinéa 5, a une portée générale. Il en résulte que le constituant a estimé opportun de créer un fondement constitutionnel pour chaque consultation populaire. Manifestement, il a été considéré qu'il était indiqué d'inscrire les caractéristiques principales de l'organisation de l'État dans la Constitution même, afin qu'elle contienne les règles de base du fonctionnement de la démocratie [...]. Cette considération s'applique naturellement *a fortiori* aux consultations populaires organisées à l'échelon fédéral, communautaire ou régional »³⁹.

19. Les seconds indices conservent, par contre, le statut d'« essais constitutionnels non transformés ». La déclaration du 17 octobre 1991⁴⁰ ouvrait le titre III de la Constitution à révision, « en vue d'y insérer des dispositions nouvelles relatives aux référendums ». Il en fut de même s'agissant de la déclaration de révision des 7 et 12 avril 1995⁴¹. La déclaration de 1999 s'abstint, pour sa part, de prévoir une quelconque ouverture à révision du titre III aux fins d'y ancrer l'un ou l'autre procédé de démocratie directe. L'idée ressurgit par contre quatre ans plus tard, quoique de manière moins ambitieuse que ce qui avait été envisagé en 1991 et en 1995. La déclaration de révision d'avril 2003⁴² ouvrit, en effet, le titre III à révision, « en vue d'y insérer un article nouveau permettant aux Régions d'instituer et d'organiser une consultation populaire dans les matières qui relèvent de leurs compétences ». Les déclarations de 2007⁴³ et de 2010⁴⁴ suivirent ce modèle.

³⁹ Voy., par exemple, l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 46.238/2 du 14 avril 2009 sur une proposition de décret « instaurant la consultation populaire régionale », *Doc., Parl w.*, sess. ord. 2008-2009, n° 944/2.

⁴⁰ M.B., 18 octobre 1991.

⁴¹ M.B., 12 avril 1995.

⁴² M.B., 10 avril 2003.

⁴³ M.B., 2 mai 2007.

⁴⁴ M.B., 7 mai 2010.

Aucune des ouvertures ci-avant recensées ne fut *in fine* concrétisée en une révision proprement dite. Dans ses avis n^{os} 43.707/AG à 43.717/AG du 22 octobre 2007, la section de législation aperçut néanmoins, dans cette suite de déclarations, un motif pour conforter ses objections classiques de constitutionnalité⁴⁵. Ces objections, écrit le Conseil, «ont été partagées par le préconstituant, qui a ouvert le titre III de la Constitution à révision “en vue d’y insérer un article nouveau permettant aux Régions d’instituer et d’organiser une consultation populaire dans les matières qui relèvent de leur compétence” [...], ce qui confirme la nécessité d’une révision préalable de la Constitution pour recourir aux procédés de démocratie directe»⁴⁶.

La question de la légitimité et du «poids» de ce dernier argument a fait l’objet, dans le cadre d’une audition d’experts organisée le 3 mai 2010 par le Parlement wallon⁴⁷, d’un très intéressant échange entre le Député Marcel Cheron et le constitutionnaliste Hugues Dumont; nous aurons l’occasion d’y revenir ultérieurement (*infra*, n^o 28).

⁴⁵ Dans l’avis n^o 37.804/AG du 23 novembre 2004, précité, la section de législation, reprenant sur ce point ses avis antérieurs n^{os} 33.789/AV et 33.791/AV du 3 octobre 2002, avait entendu conforter ses positions classiques en prenant argument de l’approbation par la Chambre (mais non par le Sénat) d’une proposition «visant à introduire un article 39bis dans la Constitution»: «La conclusion selon laquelle une modification de la Constitution est requise, s’avère avoir également été celle des Chambres constituantes au cours de la législature précédente. Le 15 juillet 1998, la Chambre des représentants a en effet adopté une proposition visant à insérer un article 39bis dans la Constitution, énoncé comme suit: “Art. 39bis. Au niveau de la Région, il peut être organisé une consultation populaire limitée aux compétences de la Région.

Le décret ou la règle visée à l’article 134 détermine les conditions d’application de cette consultation”. Il ressort des développements de la proposition que les auteurs de celle-ci se sont ralliés à la conception exprimée par l’assemblée générale de la section de législation du Conseil d’État, dans son avis du 15 mai 1985 [...].

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

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

⁴⁶ Avis de la section de législation du Conseil d’État n^{os} 43.707/AG à 43.717/AG du 22 octobre 2007, *Doc. parl.*, Chambre, n^o 52-37/5, p. 10.

⁴⁷ C.R.I.C., Parl. w., sess. ord. 2009-2010, n^o 113.

C. Les contours de la théorie des matières réservées à la loi

20. L'article 162, al. 1^{er}, de la Constitution réserve à la «loi» la matière de l'organisation des institutions provinciales et communales. Fallait-il réviser cette disposition aux fins d'opérer une régionalisation de tout ou partie de la matière concernée et d'ainsi confier à «la règle visée à l'article 134» le soin d'en opérer le règlement? L'histoire – oserait-on dire la «saga» – est suffisamment connue pour qu'on puisse la retracer de manière elliptique⁴⁸.

21. Dans son avis n° 31.226/VR du 20 février 2001⁴⁹, la section de législation du Conseil d'État répondit à cette question de manière affirmative, faisant ainsi pièce à l'argumentaire du gouvernement selon lequel une simple modification de la loi spéciale – sans modification constitutionnelle préalable – suffisait à réaliser la régionalisation litigieuse.

L'avis a ceci de remarquable qu'il se refuse à élaborer une doctrine exhaustive sur la portée – répartitrice de compétences ou non? – du vocable «loi» inscrit dans nombre de dispositions constitutionnelles. «En effet», affirme le Haut Conseil, «il suffit de constater que l'argumentation développée par le gouvernement dans l'exposé des motifs, en vue de justifier la thèse selon laquelle une loi spéciale suffit pour régionaliser les lois organiques relatives aux pouvoirs locaux, n'est pas conciliable avec la position qu'a adoptée ces dernières années le constituant, spécialement à propos de la révision de l'article 162 de la Constitution»⁵⁰.

Et l'avis de développer⁵¹, en prenant force appui sur des «essais constitutionnels non transformés»:

«à trois reprises [...], le constituant ou le *préconstituant* s'est exprimé très clairement.

a) Le Constituant s'est exprimé une première fois en 1993, lors des réformes visant à concrétiser les accords dits de la Saint-Michel [...]. Ceux-ci, à propos de la législation organique relative aux administrations locales, prévoyaient:

“Lors de la prochaine mise à révision, l'article 108 de la Constitution sera ouvert à révision. À cet effet, un groupe de travail sera créé qui

⁴⁸ Voy., parmi beaucoup d'autres, C.I.R.C., «La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe: un brevet de constitutionnalité mal motivé», *J.T.*, 2003, spéc. p. 525-528 et les références citées; A.P.T., numéro spécial, *Saint-Polycarpe, Lombard et St-Boniface: une réforme à plusieurs visages*, 2002, vol. 2-3-4, spéc. les contributions de M. Uyttendaele et J.-Cl. Scholsem.

⁴⁹ Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 31.226/VR du 20 février 2001, *Doc. parl., Sén.*, n° 2-709/1, p. 45 et s.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 50-51.

⁵¹ *Ibid.*, p. 51 (notre accent).

sera chargé d'examiner une régionalisation de la législation organique relative aux communes et aux provinces, à l'exception de ce qui est réglé dans la loi de pacification (la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les Chambres législatives et les conseils provinciaux), moyennant le maintien de l'unité de la politique de police et d'incendie et du caractère communal des services de police et d'incendie.

Les décrets modifiant la législation organique des provinces et des communes devront être adoptés à la majorité des deux tiers."

La déclaration de révision de la Constitution du 17 octobre 1991 n'avait ouvert à révision que l'alinéa 1^{er}, 6^o, et les alinéas 3 et 4 de l'article 108 (162 actuel) de la Constitution. Les partenaires de l'accord de la Saint-Michel ont cependant estimé que cela ne suffisait pas pour régionaliser la législation organique des pouvoirs locaux [...].

La première phrase de l'article 108 (162 actuel), alinéa 4, de la Constitution a toutefois été remplacée, le 5 mai 1993, par la disposition suivante :

"En exécution d'une loi adoptée à la majorité déterminée à l'article 1^{er} (4 actuel), dernier alinéa, le décret ou la règle visée à l'article 26*bis* (134 actuel) règle les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer."

Ce faisant, le Constituant a introduit sans équivoque une nouvelle règle de répartition des compétences dans la matière des pouvoirs subordonnés, en déterminant, parmi les règles relatives aux institutions provinciales et communales devant être réglées par la loi en vertu de l'article 162, alinéa 1^{er}, celles dont le législateur spécial peut décider qu'elles relèveront de la compétence des Régions.

(b) En 1995, la déclaration de révision de la Constitution, datée du 7 avril, a conformément aux accords de la Saint-Michel ouvert à révision l'article 162 de la Constitution. Il a été précisé que c'était "en vue de, en application de l'article 39 de la Constitution, régionaliser la législation organique relative aux provinces et aux communes, à l'exception de ce qui est réglé par la loi du 9 août 1988 portant modification de la loi communale, de la loi électorale communale, de la loi organique des centres publics d'aide sociale, de la loi provinciale, du Code électoral, de la loi organique des élections provinciales et de la loi organisant l'élection simultanée pour les chambres législatives et les conseils provinciaux (la 'loi de pacification') et dans le respect de l'unité de la politique en matière de services de police et d'incendie, ainsi que du caractère communal des services de police et d'incendie".

Le Premier ministre de l'époque précisa que c'était "afin de permettre" la régionalisation de la législation organique relative aux provinces et aux communes que l'article 162 était ouvert à révision [...].

(c) Enfin, en 1997, la révision de l'article 41 de la Constitution allait encore doublement confirmer que le Constituant estimait que la révision préalable de l'article 162 de la Constitution était nécessaire.

D'une part, si les détails techniques de l'organisation des organes territoriaux intracommunaux étaient insérés à l'article 41 de la Constitution et non à l'article 162, qui figure dans le chapitre VIII du titre III, consacré aux institutions provinciales et communales, c'était parce que, selon le Premier ministre de l'époque, les auteurs du projet "ont tout d'abord voulu distinguer cette problématique de celle de la régionalisation de la loi communale et de la loi provinciale en ne touchant pas à l'article 162 de la Constitution. On a en effet voulu éviter que cette modification empêche la régionalisation de ces deux lois" [...]. D'autre part, l'article 41, alinéa 3, de la Constitution dispose désormais :

"Ces organes territoriaux intracommunaux sont créés dans les communes de plus de 100 000 habitants à l'initiative de leur conseil communal. Leurs membres sont élus directement. En exécution d'une loi adoptée à la majorité définie à l'article 4, dernier alinéa, le décret ou la règle visée à l'article 134 règle les autres conditions et le mode suivant lesquels de tels organes territoriaux intracommunaux peuvent être créés".

Un extrait des travaux préparatoires explique pourquoi il a fallu insérer dans l'article 41 une règle de répartition des compétences :

"Un intervenant demande pourquoi une distinction est faite entre l'alinéa 1^{er} où c'est une loi fédérale qui définit les compétences, les règles de fonctionnement et le mode d'élection et l'alinéa 2 qui délègue au décret ou à l'ordonnance, la décision de déterminer les conditions et le mode de création des organes territoriaux intracommunaux. N'est-il pas plus simple de faire adopter une seule loi spéciale qui délègue aux Régions, en fonction des spécificités de chacune, l'ensemble de la problématique (compétence, fonctionnement, conditions et mode de création) ?

Le premier ministre attire l'attention sur le fait que cette matière relève de la loi en vertu de l'article 162. En outre, c'est la loi spéciale qui opère le transfert des compétences aux Régions. En conséquence, le projet est conforme au cadre actuellement défini par la Constitution [...]".

(d) Ce n'est qu'en 1999, lorsqu'il n'y avait pas de majorité parlementaire pour déclarer que l'article 162 de la Constitution pouvait être soumis à révision, que des voix se sont élevées au Parlement pour affirmer que la modification de cet article n'était pas nécessaire pour régionaliser l'organisation des pouvoirs locaux [...].

Toutefois, il ne peut être déduit des discussions parlementaires que leurs arguments auraient obtenu l'appui de la majorité des membres des Chambres [...].

Il n'est donc pas possible de déduire de la déclaration de révision de mai 1999 que le préconstituant aurait changé d'avis.

5. En conclusion, la thèse selon laquelle il existerait une possibilité de régionaliser la législation organique relative aux provinces et aux communes par une loi spéciale, sans révision préalable de la Constitution, a été clairement contredite, à trois reprises, par le constituant [...].

22. Le gouvernement fédéral, ralliant sur ce point une partie de la doctrine, mit en doute la pertinence de l'argument fondé sur la déclaration de révision de la Constitution d'avril 1995⁵²; nous aurons l'occasion d'y revenir ultérieurement (*infra*, n° 45).

23. D'une manière plus générale, la démonstration livrée par le Conseil d'État n'a pas été suivie par la Cour constitutionnelle. Faisant sienne l'idée – somme toute assez paradoxale – que le Constituant lui-même pouvait se

⁵² L'on fit valoir en effet qu'une simple modification de loi spéciale avait suffi à rendre compétentes les Communautés et Régions pour prévoir des cas d'expropriation (article 79 de la loi spéciale du 8 août 1980) et de perquisition (article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980), matières que la Constitution (articles 15 et 16) réserve pourtant à la « loi ». La circonstance que la Constitution avait été ouverte à révision pour qu'il soit « constitutionnellement » procédé à cette attribution de compétence n'avait été brandie par personne – pas même par le Conseil d'État – pour s'opposer à un transfert par « simple loi spéciale », sans révision constitutionnelle préalable (voy. PAS (W.), « De door de Grondwet aan de "wet" voorbehouden aangelegenheden. Vroeger en nu », in *De vijfde staatshervorming van 2001*, ALEN (A.) dir., La Chartre, Bruges, 2002, p. 37 et 51). Selon la déclaration du 17 octobre 1991 en effet, il y avait lieu de réviser l'article 11 de la Constitution « en vue d'ajouter un alinéa concernant le pouvoir d'expropriation des Communautés et des Régions », tandis qu'il était nécessaire de réviser la Constitution « en vue d'ajouter un deuxième alinéa attribuant aux Communautés et aux Régions la compétence de prévoir les cas dans lesquels une visite domiciliaire peut avoir lieu ». La déclaration de révision des 7 et 12 avril 1995 statuait dans un sens rigoureusement identique. À l'estime de W. Pas, ces précédents « essais constitutionnels non transformés » déforçaient le poids de l'argument mis en avant par le Conseil d'État. Mieux, ils inclinaient dans le sens d'une conclusion rigoureusement inverse à celle atteinte par l'avis du 20 février 2001: « Dat de grondslag voor de voorbehouden bevoegdheden in de bijzondere wet ligt, wordt door de bijzondere wetgever bevestigd door in 1993 in artikel 11 B.W.H.I. de bevoegheid van de gemeenschappen en de gewesten op te nemen om de gevallen van huiszoeking te bepalen. De Constituante en de Preconstituante erkennen deze werking door geen gebruik te maken van de mogelijkheden tot wijziging van de Artikelen 15 en 16 G.W. door de herzieningsverklaringen van 17 oktober 1991 [...] en van 12 April 1995 [...], en door de Artikelen niet meer te nemen in de herzieningsverklaring van 4 mei 1999 [...] » (*ibid.*, p. 37). Plus loin, l'auteur écrit encore, à propos des « essais constitutionnels non transformés » qu'ont constitués les ouvertures à révision des articles 15 et 16 en 1991 et 1995: « De Preconstituante opende de grondwettelijke weg, de Grondwetgever erkende (en verkoos) de weg van de bijzondere wet. De Grondwettigheid van artikel 11 B.W.H.I. is niet betwist ».

tromper et persévérer dans l'erreur lorsqu'il interprète sa propre Constitution⁵³, l'arrêt n° 35/2003⁵⁴ se contenta d'affirmer ce qui suit :

« B.12.6. Le contenu de l'article 162, alinéa 1^{er}, de la Constitution (l'ancien article 108, alinéa 1^{er}, de la Constitution) est demeuré inchangé depuis 1831, bien que la rédaction de cet article ait été adaptée lors de la modification constitutionnelle du 20 juillet 1970. L'utilisation des termes "par la loi" (dans la rédaction originale "par des lois") dans cette disposition ne permet pas de déduire que le Constituant ait voulu ainsi réserver une matière au législateur fédéral puisque ce n'est que par la modification constitutionnelle du 24 décembre 1970 qu'il a procédé à la création des Communautés et des Régions, qu'il a, à cette date, attribué aux Communautés une compétence de nature législative et a, ultérieurement – lors de la modification constitutionnelle du 17 juillet 1980 apportée à l'article 134 (l'ancien article 26*bis*) –, créé la possibilité explicite pour les Régions d'exercer une telle compétence.

En utilisant les termes "par la loi", le Constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif, de sorte que le législateur spécial peut confier aux Régions la compétence de régler cette matière, à condition que cette attribution soit expresse et précise.

Une modification de la portée de l'article 162, alinéa 1^{er}, ne peut être déduite de ce que l'alinéa 3, inséré ultérieurement, permet que la réglementation de l'organisation et de l'exercice de la tutelle administrative soit confiée, en exécution d'une loi adoptée à la majorité spéciale, aux Conseils de Communauté ou de Région et de ce que l'alinéa 4 permet de manière identique de régler, par décret ou par la règle visée à l'article 134 de la Constitution, les conditions et le mode suivant lequels plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer ».

24. On trouvera, dans la jurisprudence ultérieure de la section de législation du Conseil d'État, d'autres références à l'« intention du préconstituant » pour dessiner les contours de la théorie des matières réservées. L'arrêt de la Cour constitutionnelle visé ci-dessus avait en effet laissé sans réponse explicite la question de savoir si la loi spéciale du 13 juillet 2001 avait pu valablement transférer aux Régions la « matière » de la consultation popu-

⁵³ Dans son avis précité, le Conseil d'État avait en effet conclu que « Pour affirmer qu'une loi spéciale suffit pour régionaliser la législation organique relative aux pouvoirs locaux, il ne suffit donc pas de dire que l'intervention du constituant n'était pas nécessaire pour permettre les régionalisations partielles de 1980, 1993 et 1997. Il faudrait encore considérer que le constituant s'est trompé et a persévéré dans son erreur » (*ibid.*, p. 53). Voy. également SCHOLSEM (J.-Cl.), « Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat », A.P.T., numéro spécial, *Saint-Polycarpe, Lombard et St-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, 2002, vol. 2-3-4, p. 169 et s.

⁵⁴ Sur cet arrêt, voy., entre autres, C.I.R.C., « La Cour d'arbitrage et Saint-Polycarpe : un brevet de constitutionnalité mal motivé », *op. cit.*

laire communale et provinciale, visée par l'article 41 de la Constitution. La difficulté était double⁵⁵. Tout d'abord, le « transfert » litigieux n'avait été évoqué que dans l'exposé des motifs du projet de loi spéciale⁵⁶, en sorte que l'on pouvait *prima facie* contester qu'il s'était agi d'une « attribution expresse et précise » au sens de l'arrêt n° 35/2003 précité. Ensuite et surtout, on constatait que la réserve à la « loi » de la matière litigieuse, contenue de la version de l'époque de l'article 41, al. 5, de la Constitution, était le fruit d'une révision constitutionnelle datée de 1999. On ne pouvait donc, à son propos, raisonner comme l'avait fait la Cour constitutionnelle au sujet de l'article 162, al. 1^{er}, de la Constitution.

Le Conseil d'État affronta la difficulté ainsi résumée dans l'avis n° 35.831/2/VR du 18 septembre 2003⁵⁷. En l'occurrence, l'avis s'abstint de trancher de manière péremptoire le débat et s'employa plutôt à aligner les thèses *pro* et *contra* auxquelles celui-ci pouvait donner lieu. Au chapitre *contra* – en l'occurrence, en défaveur de la compétence régionale en matière de consultation populaire provinciale –, la section de législation prend appui sur ce qui, à l'époque, était encore un « essai constitutionnel non transformé ». En effet, elle relève que la déclaration du 10 avril 2003 avait ouvert l'article 41, al. 5, de la Constitution à révision et que le but de cette ouverture, révélé par les travaux préparatoires de la déclaration, était « de permettre aux Régions de régler les modalités d'organisation de la consultation populaire dans les matières d'intérêt communal ou provincial »⁵⁸.

Visiblement, le Conseil d'État aperçoit quelque doute, dans le chef du préconstituant lui-même, sinon quant à la réalité proprement dite, du moins quant à la pleine validité constitutionnelle du transfert de compétences qui aurait été opéré, sur le terrain des consultations populaires locales, par la loi spéciale du 13 juillet 2001. La suite de l'histoire montrera le bien-fondé de ces supputations, le doute en question ayant été rallié par le Constituant lui-même. L'« essai constitutionnel » fut en effet « transformé » par une révision constitutionnelle du 26 mars 2005. Au terme « loi » jusqu'alors contenu dans l'article 41, al. 5, fut substitué le renvoi à « la règle visée à l'article 134 ».

⁵⁵ Voy. BOMBOIS (Th.), « Faut-il réviser les articles 41 et 162 de la Constitution ? », *R.B.D.C.*, 2004, p. 15-16. Voy. également DÉOM (D.) et LOMBAERT (B.), « L'autonomie et le financement des provinces et des communes », *A.P.T.*, numéro spécial, *Saint-Polycarpe, Lombard et St-Boniface : une réforme à plusieurs visages*, 2002, vol. 2-3-4, p. 175.

⁵⁶ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-790/1, p. 8-9.

⁵⁷ Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 35.831/2/VR du 18 septembre 2003 sur un projet de décret organisant les provinces wallonnes, *Doc.*, Parl w., sess. ord. 2003-2004, n° 613/1, p. 43-44.

⁵⁸ *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2002-2003, n° 2-1549/1.

Ce n'est pas sans une certaine gêne que les auteurs de la proposition ayant conduit à la révision concernée entendaient justifier l'utilité de celle-ci⁵⁹ :

« l'article 41, alinéa 5, deuxième phrase, de la Constitution dispose : « La loi règle les modalités et l'organisation de la consultation populaire. » Cette disposition est [...] postérieure à l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, puisqu'elle a été insérée lors de la révision constitutionnelle du 12 mars 1999, si bien que le mot "loi" doit s'entendre comme "loi fédérale". L'exposé des motifs du projet de loi spéciale qui allait devenir la loi du 13 juillet 2001 portant transfert de diverses compétences aux Régions et Communautés, mentionne pourtant la consultation populaire communale dans l'énumération non exhaustive des matières qui relèvent de la "législation organique relative aux provinces et aux communes" dont la compétence a été transférée aux Régions. Il convient donc de remplacer également dans cette disposition les mots « la loi » par les mots "la règle visée à l'article 134" ».

D. *La mixité des listes électorales*

25. Le premier dispositif visant à imposer, en Belgique, une forme de mixité des listes électorales est issu de la loi dite « Tobback-Smet », du 24 mai 1994⁶⁰. Selon un avis du 8 mars 1993⁶¹, la mixité obligatoire (un tiers/deux tiers au minimum) imposée par cette loi méconnaissait les articles 10 et 11 de la Constitution, en raison des sanctions stipulées à l'endroit des listes ne satisfaisant pas à cette obligation. En conséquence, cette fois-ci à l'occasion d'un avis du 17 novembre 1993⁶², la section de législation du Conseil d'État avait recommandé, à titre curatif, soit l'aménagement des sanctions prévues afin d'en assurer la proportionnalité par rapport au but poursuivi, soit une révision de la Constitution aux fins d'y inscrire expressément le principe d'une représentation équilibrée des hommes et des femmes sur les listes électorales⁶³.

⁵⁹ *Doc. parl.*, Chambre, n° 51-468/1, p. 4.

⁶⁰ Sur cette loi et les critiques dont elle a fait l'objet, voy. notamment SOHIER (J.) et UYTENDAELE (M.), « Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité », *J.T.*, 1995, p. 249 et s.; SOHIER (J.), « Les quotas féminins », in *Les élections dans tous leurs états*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 144 et s.; VERDUSSEN (M.), « La parité sexuelle sur les listes de candidat(e)s », *Rev. b. dr. const.*, numéro spécial, *Quelle révision de la Constitution?*, 1999, p. 33 et s.

⁶¹ Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 22.066/2 du 8 mars 1993, inéd.

⁶² Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 22.885/2 du 17 novembre 1993, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 1993-1994, n° 1316/1.

⁶³ Pour un commentaire de cet avis, voy. SOHIER (J.) et UYTENDAELE (M.), « Les quotas féminins en droit électoral ou les paradoxes de l'égalité », *op. cit.*, p. 252 et 255; VERDUSSEN (M.), « La participation des femmes aux élections en Belgique », *Rev. fr. dr. const.*, 1998, p. 806.

Saisie d'un avant-projet de loi ayant notamment pour objet de « durcir » l'obligation de mixité originellement mise en place, la section de législation, dans un avis n° 29.910/2 du 3 avril 2000, conforta son objection de constitutionnalité en prenant acte de ce que la déclaration du 4 mai 1999⁶⁴ ouvrait précisément à révision le titre II de la Constitution, « en vue d'y insérer un article nouveau relatif au droit des femmes et des hommes à l'égalité ». Selon le Haut Conseil⁶⁵ :

« En admettant que cette déclaration permette d'introduire dans la Constitution une disposition qui, à l'instar de l'article 3, alinéa 5, de la Constitution française, viserait à favoriser l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux [...], la révision de la Constitution en ce sens s'impose préalablement à l'adoption de la disposition examinée ».

Le gouvernement se rallia à l'avis⁶⁶ et admit de postposer le durcissement législatif souhaité jusqu'à ce que l'« essai constitutionnel » ait été transformé. Ce fut chose faite par une révision constitutionnelle intervenue en février 2002. Fruit de cette révision, l'article 11*bis*, al. 1^{er}, de la Constitution dispose désormais que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent aux femmes et aux hommes l'égal exercice de leurs droits et libertés, et favorisent notamment leur égal accès aux mandats électifs et publics ».

II. La valorisation juridique de l'« essai constitutionnel non transformé » : éléments d'analyse

26. Aux origines, le rugby moderne pouvait apparaître comme une variante du football⁶⁷. Il en était à tout le moins ainsi s'agissant du calcul des points. Seul le coup de pied capable d'expédier le ballon ovale entre les poteaux était rémunéré. L'« essai » – c'est-à-dire « l'action qui consiste à apla-

⁶⁴ M.B., 5 mai 1999.

⁶⁵ Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 29.910/2 du 3 avril 2000 sur un avant-projet de loi « visant à réduire de moitié l'effet dévolutif des votes exprimés en case de tête et à supprimer la distinction entre candidats titulaires et candidats suppléants pour l'élection des Chambres législatives fédérales, du Parlement européen, du Conseil de la Communauté germanophone et des conseils provinciaux et communaux », *Doc. parl.*, Chambre, n° 50-667/1, p. 29 et s.

⁶⁶ Projet de loi visant à réduire de moitié l'effet dévolutif des votes exprimés en case de tête et à supprimer la distinction entre candidats titulaires et candidats suppléants pour l'élection des Chambres législatives fédérales, du Parlement européen, du Conseil de la Communauté germanophone et des conseils provinciaux et communaux, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, n° 50-667/1, p. 6-7.

⁶⁷ Sur l'histoire du rugby, voy. GARCIA (H.), *La fabuleuse histoire du rugby*, Nathan, Paris, 1991, spéc. p. 91 et s.; LACOUTURE (J.), *Voyous et gentlemen. Une histoire du rugby*, Gallimard, 1993.

tir le ballon dans l'en-but⁶⁸ adverse à l'aide de la main, du bras, ou de toute partie du corps au-dessus de la taille⁶⁹ – n'était, comme tel, pas valorisé. Tout juste donnait-il droit à la possibilité du coup de pied, qui, quant à lui, pouvait conduire au «but», aux points et peut-être même à la victoire. En un mot, seul l'«essai transformé» rapportait des points. L'essai, isolément, ne rapportait rien.

Cette situation fut cependant progressivement modifiée. Fin des années 1870, les «essais» se virent attribuer une valeur subsidiaire : leur nombre servait à départager les équipes en cas d'égalité de «buts». À la fin des années 1880, l'«essai» fut, comme tel, et indépendamment de toute transformation ultérieure en un «but», attributif de points. En 1886, les règles du *Cheltenham College* furent adoptées, qui attribuaient à l'essai un point et au «but», trois points. En 1888, la fédération anglaise attribua deux points au but et un point à l'essai, mais l'*International Rugby Board* préféra accorder deux points pour un essai et cinq points pour un but faisant suite à l'essai. L'évolution qui s'ensuivit alla toujours dans le sens d'un renforcement de la valorisation de l'«essai», jusqu'à conférer à celui-ci une part prépondérante dans la rémunération du «but». Depuis 1992 en effet, l'«essai» vaut cinq points, tandis que le but en vaut sept. Fondamentalement, en ce qui concerne la structure du «but», l'essai en est arrivé à valoir plus que le coup de pied entre les poteaux dont il ouvre la possibilité.

27. La déclaration de révision de la Constitution rend possible la révision. Elle est à la révision ce que l'«essai» est au «but» : la condition de possibilité d'un «coup de pied constitutionnel», réussi ou raté.

La première partie de la présente contribution s'est attachée, dans un registre purement descriptif, à débusquer les hypothèses où la pratique des prétoires aboutit, en parallèle avec l'évolution des règles du rugby, à valoriser juridiquement l'«essai constitutionnel» en tant que tel, et ce, en dépit de l'absence – provisoire ou définitive – d'un coup de pied constitutionnel réussi.

Cette pratique doit à présent être évaluée.

28. Nous l'avons annoncé d'emblée : la réflexion emprunte ici des voies peu balisées et débouche, au-delà d'un certain seuil, sur de pures spéculations, voire même de simples intuitions et impressions.

⁶⁸ « Zone située entre la ligne de but et la ligne de ballon mort et entre les lignes de touche de but. Il comprend la ligne de but (et les poteaux) mais exclut les autres lignes » (www.francrugby.fr/regles/lexique.html).

⁶⁹ Définition reprise de www.francrugby.fr/regles/lexique.html.

Le débat ayant mis aux prises Marcel Cheron et Hugues Dumont au sujet de la consultation populaire régionale est, à cet égard, assez significatif (*supra*, n° 19)⁷⁰. Le premier se montrait sceptique quant à la recevabilité de l'argument mis en avant par le Conseil d'État, à savoir que l'existence même de déclarations de révision de la Constitution ayant en ligne de mire l'insertion, dans le titre III, d'un ancrage constitutionnel pour les procédés de démocratie directe régionale impliquait *a contrario* l'inconstitutionnalité, *de lege lata*, du recours à pareil procédés (*supra*, n°s 18-19). Marcel Cheron soulignait en effet que «le Constituant n'est pas lié par le préconstituant»⁷¹, en sorte qu'il était «étonnant»⁷² de voir la section de législation se servir des intentions exprimées *de constitutione ferenda* par le préconstituant, pour interpréter *de constitutione lata* la Constitution elle-même. Hugues Dumont convenait que «la déclaration des Chambres préconstituantes ne lie pas les Chambres constituantes quant au sens dans lequel la révision doit avoir lieu», mais ajoutait en bout de course qu'«ici, ce n'est pas tout à fait la même chose»⁷³.

Ce «pas tout à fait la même chose» est, à y regarder de très près, particulièrement difficile à saisir, c'est-à-dire à réinscrire dans les cadres communément admis du raisonnement juridique. Tentons d'y voir plus clair par le développement successif de deux propositions. Incontestablement, au regard de l'échantillonnage ci-avant livré, on observe que les «essais constitutionnels non transformés» se voient reconnaître une valeur juridique, mais on doit immédiatement ajouter que la valeur juridique dont il est question est relativement faible (A). Cette faiblesse est, quant à elle, imputable à la fragilité du fondement juridique de pareille reconnaissance et aux difficultés d'interprétation que soulèvent, plus souvent qu'à leur tour, les énoncés normatifs véhiculés par ces «essais constitutionnels non transformés» (B).

⁷⁰ C.R.I.C., Parl. w., sess. ord. 2009-2010, n° 113.

⁷¹ *Ibid.*, p. 15.

⁷² *Ibid.*, p. 15.

⁷³ *Ibid.*, p. 16: « Ici, ce sont les Chambres qui s'apprentent à voter un article 39bis dans la conviction qu'il faut un fondement constitutionnel pour vous permettre d'organiser une consultation populaire au niveau régional. Cela, c'est quand même un argument qui ne peut être négligé ».

A. *L'«essai constitutionnel non transformé» vaut des points, mais pas beaucoup*

29. La «valeur juridique» d'un énoncé normatif tient, au moins en première approximation, à la capacité qui lui est reconnue de pouvoir valablement influencer la résolution d'une question juridique. Si l'on s'en tient à pareille définition, force est de constater, à la lecture des précédents examinés ci-dessus, que les «essais constitutionnels non transformés» se voient reconnaître une «valeur juridique», mais que l'intensité de celle-ci – leur «force normative»⁷⁴, dira-t-on – est relativement faible. Cette faiblesse peut être diagnostiquée à trois niveaux : l'identité de l'auteur de la reconnaissance, la finalité de celle-ci et sa portée.

1. L'auteur de la reconnaissance : des «magistrats influents», mais non des «juges» à proprement parler

30. On a coutume de considérer que l'attestation la plus parfaite de la valeur juridique d'un énoncé normatif résulte de sa convocation à l'appui de la motivation d'une décision de justice. Comme le signale H. Dumont ailleurs dans le présent ouvrage, «le juge étant *a priori* l'organe chargé de dire le droit par application des règles de reconnaissance en vigueur, il est le plus approprié des révélateurs de la juridicité des normes»⁷⁵.

31. L'échantillon ci-avant livré révèle d'emblée, sur ce point précis, une difficulté : la référence aux «essais constitutionnels non transformés» y est le fait, non pas de décisions de justice rendues par des juges – nous n'en avons pas trouvé qui soient explicitement motivées sur ce point⁷⁶ –, mais bien d'«avis», qui, quoiqu'issus de magistrats indépendants et impartiaux, n'en sont pas moins dépourvus d'une caractéristique essentielle de la fonction de juger : le «dire du droit» par le biais de décisions obligatoires, pourvues d'une autorité de chose jugée. Un avis de la section de législation n'a pas l'autorité d'un arrêt de la section du contentieux administratif, ni celle

⁷⁴ Le concept de «force normative», auquel d'autres contributions du présent ouvrage font allusion, est ici utilisé pour décrire, dans l'ordre quantitatif, le «poids» relatif que revêt, dans le raisonnement, tel ou tel énoncé normatif auquel une «valeur juridique» a préalablement été reconnue.

⁷⁵ Voy. DUMONT (H.), «Les coutumes constitutionnelles, une source de droit et de controverses», contribution publiée dans le présent ouvrage collectif. Hugues Dumont ajoute cependant immédiatement que le juge n'est pas le «seul» révélateur, «en raison des limites qui affectent sa compétence». Adde : sur le rôle privilégié du juge comme «révélateur» de la valeur juridique d'un énoncé normatif, voy. HACHEZ (I.), «Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law"», *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 62 et les références citées.

⁷⁶ Voy. toutefois *supra*, note infrapaginale 32.

d'un arrêt de la Cour constitutionnelle. Les conclusions de l'Avocat général de Koster précédant l'arrêt de la Cour de cassation du 2 juin 2006 (*supra*, n° 18) ne s'identifient pas à l'arrêt lui-même⁷⁷ et ne partagent donc pas son autorité.

32. Est-ce à dire que la valeur juridique des « essais constitutionnels non transformés » n'aurait d'autre reconnaissance que la reconnaissance « doctrinale » ? La conclusion serait excessive, en tant qu'elle assimilerait purement et simplement l'autorité des avis de la section de législation et des conclusions du Parquet de cassation au caractère persuasif d'un article de doctrine (fût-il excellent). Or pareille assimilation n'est pas soutenable.

33. S'agissant de la « magistrature d'influence »⁷⁸ de la section de législation et de la distinction qui doit être établie entre ses avis et le simple résultat de cogitations collectives d'auteurs de doctrine, l'on se permettra de renvoyer à la contribution rédigée par L. Vancrayebeeck pour le présent ouvrage. Quant à l'autorité qu'il convient de reconnaître aux conclusions du Parquet de cassation, il n'est pas inintéressant de se mettre à l'écoute de la Cour de cassation elle-même⁷⁹. Celle-ci reconnaît en l'occurrence que, bien que ses arrêts se caractérisent « par un examen juridique approfondi »⁸⁰, leur motivation n'en demeure pas moins « assez sobre »⁸¹. Pareille chicheté de motifs est toutefois compensée, selon la principale intéressée, par le rôle « pédagogique » de son parquet. L'examen juridique approfondi est en effet « fréquemment révélé par les conclusions du ministère public »⁸²; lesdites conclusions « dans la plupart des cas [...] fourniront toutes les explications nécessaires à la teneur des arrêts »⁸³. Ici encore, il ne semble pas exagéré de parler de « magistrats influents » dont les prises de position ont une auto-

⁷⁷ Voy. PARMENTIER (C.), « Comprendre la technique de cassation », *J.L.M.B. opus*, 8, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 186, qui, de manière générale, parle « d'impérieuse nécessité [...] de ne pas confondre l'avis du ministère public et l'arrêt ».

⁷⁸ Le terme est d'ANDERSEN (R.) et VAN DAMME (M.), « La section de législation du Conseil d'État », in *Conseil d'État – Liber Memorialis 1948-1998*, Mys & Breesch, Gand, 1999, p. 88. Voy. également JAUMOTTE (J.), THIBAUT (E.) et SALMON (J.), *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 285 et s.

⁷⁹ Voy. BOULARBAH (H.) et LINSMEAU (J.), « La Cour de cassation, entre le pourvoi en cassation et les conclusions du ministère public », in *Amicus curiae, Quo vadis? Le ministère public en matière civile, commerciale, administrative et sociale*, STORME (M.) dir., Kluwer, Anvers, 2002, p. 181-184; VAN DROOGHENBROECK (J.-Fr.), BALOT (F.) et WILLEMS (G.), *Leçons de méthodologie juridique*, Larcier, Bruxelles, 2009, p. 129 et s.

⁸⁰ Rapport public de la Cour de cassation, 1998, cité par BOULARBAH (H.) et LINSMEAU (J.), « La Cour de cassation, entre le pourvoi en cassation et les conclusions du ministère public », *op. cit.*, p. 183.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

rité qui oscille dans l'entre-deux de la décision de justice et du (très bon) commentaire doctrinal.

2. La finalité de la reconnaissance : purement interprétative

34. En chacun des précédents ci-avant examinés, les « magistrats influents » n'ont point entendu tirer des « essais constitutionnels non transformés » une quelconque règle nouvelle venant s'ajouter au *corpus juris constitutionnel*. Ceux-ci ne furent mobilisés qu'aux fins d'interprétation de dispositions constitutionnelles existantes. Les déclarations de révision non suivies de révision ne se voient donc pas traitées comme des sources formelles de droit autonomes véhiculant des énoncés normatifs constitutifs de droit nouveau, mais bien plus modestement, comme des sources formelles « auxiliaires »⁸⁴ dont les énoncés normatifs viseraient exclusivement à l'élucidation du droit existant.

3. La portée de la reconnaissance : purement confortative

35. Comme le soulignait H. Dumont au cours de l'échange tenu en mai 2010 au Parlement wallon (*supra*, n° 28), la jurisprudence du Conseil d'État dédiée à la consultation populaire ne réserve qu'un statut « confortatif » à l'argument fondé sur les déclarations de révision successives du titre III de la Constitution. Il ne s'agit que « d'un argument parmi d'autres », venant en renfort d'une démonstration parallèlement nourrie par d'autres motifs – voire même d'une conclusion d'ores et déjà acquise et consolidée sur d'autres bases. Le constat se vérifie dans les autres précédents ci-avant examinés et relativise du même coup le poids – la force normative – reconnu à cet argument.

B. Tentative d'explication

36. D'où vient que les « juges » s'abstiennent de toute référence explicite aux « essais constitutionnels non transformés » lorsqu'il s'agit de motiver leurs décisions – que ce soit pour reconnaître la pertinence interprétative

⁸⁴ Pour reprendre la terminologie classique que les internationalistes utilisent pour qualifier la « doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations » comme source formelle de droit international public (article 38, § 1^{er}, litt. d), du Statut de la Cour internationale de justice). Voy., entre autres, DAILLER (P.) et PELLET (A.), *Droit international public*, 7^e éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 393.

de ces «essais» ou, tout au contraire, pour la contester? D'où vient que les «magistrats influents» de la Place Poelaert et de la Rue de la Science, lorsqu'ils alimentent leurs raisonnements par une telle référence, n'entendent toutefois lui conférer qu'une portée confortative, et non réellement décisive?

37. Le mutisme des uns et la retenue des autres peuvent, à notre estime, trouver une première explication dans la fragilité des fondements de droit susceptibles de justifier la «valeur juridique» – au sens prédéfini – de ces «essais constitutionnels non transformés».

38. L'article 195 de la Constitution associe certes une valeur obligatoire incontestable à la déclaration de révision de la Constitution: elle est la *condition sine qua non* d'une révision ultérieure. Ces effets de droit tirés de l'article 195 sont cependant limités à un double titre. *Ratione personae*, ils ne se déploient – telle est la logique du système – qu'à l'égard du pouvoir constituant dérivé lui-même et ne concernent d'aucune manière les autres organes d'application du droit. *Ratione materiae*⁸⁵, ce pouvoir constituant n'est en principe lié que par l'autorisation de réviser – elle constitue le cadre impératif de son action –, mais non par la «cible» que le préconstituant entend assigner à la révision proprement dite. Selon la doctrine la plus classique, les indications données par ce dernier quant au sens ou au contenu de la révision à opérer – qu'elles soient explicitement contenues dans la déclaration de révision publiée au *Moniteur* ou qu'elles ressortent des travaux préparatoires de la déclaration de révision ou d'un «accord politique» préalable à l'adoption de ladite déclaration – ne s'imposent pas aux Chambres constituantes. La liberté de révision de ces dernières est toutefois corsetée dans deux hypothèses. Tout d'abord, lorsque la déclaration de révision de la Constitution vise l'insertion de dispositions nouvelles dans la Constitution, il incombe au préconstituant d'indiquer l'objet de ces nouvelles dispositions, étant entendu que cette indication liera le Constituant. Celui-ci ne pourra donner aux dispositions nouvellement insérées un autre «objet» que celui qui avait été indiqué. La marge de manœuvre du Constituant se trouve également limitée lorsque la déclaration de révision vise une disposition existante de la Constitution en vue de l'abroger. Le Constituant conserve certes la liberté de décider s'il procède ou non à cette abrogation. Il ne peut cependant modifier la disposition concernée dans un autre sens que celui de son abrogation.

⁸⁵ Pour une synthèse récente de la matière, voy. VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Handboek Publiekrecht*, La Chartre, Bruges, 2010, p. 85.

39. Ces quelques rappels permettent d'apercevoir pourquoi l'article 195 de la Constitution ne pourrait offrir un fondement valable aux effets juridiques interprétatifs que, dans notre échantillonnage, les « magistrats influents » ont entendu prêter, à titre confortatif, à l'un ou l'autre « essai constitutionnel non transformé ». Ces effets se situent en effet dans un autre registre que ceux ci-avant examinés. *Ratione personae* en effet, lesdits effets se déploient, non pas à l'encontre du pouvoir constituant dérivé lui-même, mais bien à l'égard de l'ensemble des organes d'application de la Constitution. *Ratione materiae*, ces effets intègrent systématiquement l'intention exprimée par le préconstituant. C'est du « sens » même de la révision autorisée *de constitutione ferenda* qu'est tirée, *de constitutione lata*, une indication pertinente pour l'interprétation de dispositions constitutionnelles existantes. La proposition se vérifie, non seulement s'agissant du sens assigné à l'insertion de dispositions nouvelles – par exemple, « un nouvel alinéa étendant les garanties de la presse à d'autres moyens de communication » (*supra*, n° 12) –, mais aussi s'agissant du sens assigné à la révision de dispositions existantes. Sur ce dernier point, on renverra à l'utilisation interprétative faite par le Conseil d'État de l'ouverture à révision de l'article 162 de la Constitution par la déclaration du 7 avril 1995 (avis n° 31.226/VR du 20 février 2001 ; *supra*, n° 21) et de l'ouverture à révision de l'article 41, al. 5, par la déclaration du 10 avril 2003 (avis n° 35.831/2/VR du 18 septembre 2003 ; *supra*, n° 24).

40. Est-il alors permis d'assigner un autre fondement à la valorisation de ces « essais constitutionnels non transformés » ?

La piste la plus naturelle consisterait à rechercher ce fondement dans le mécanisme de l'interprétation authentique. Cette piste se heurte cependant à une impasse : *ejus est legem interpretari, cujus est condere*. À supposer qu'une interprétation authentique de la Constitution soit possible⁸⁶, elle ne pourrait de toute façon être le fait que du pouvoir constituant lui-même, statuant selon les quorums des deux tiers visés par l'article 195, al. 5⁸⁷.

À dire vrai, seule la « déclaration constitutionnelle de révision de la Constitution », évoquée dans l'introduction de la présente étude (*supra*, n°s 1-5), répond à cette spécification : adoptée à la majorité des deux tiers au même

⁸⁶ Certains ont mis cette possibilité en doute, sans cependant s'en expliquer davantage (voy., en effet, VANDE LANOTTE (J.) et GOEDERTIER (G.), *Overzicht Publiek Recht*, op. cit., p. 169). Comp. avec les auteurs qui admettent sans difficulté que la Constitution elle-même peut faire l'objet d'une interprétation authentique : VELU (J.), *Droit public*, t. 1, *Le statut des gouvernants*, Bruylant, Bruxelles, 1986, p. 593-594 ; DELPÉRÉE (Fr.), « La Constitution et son interprétation », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, VAN DE KERCHOVE (M.) dir., F.U.S.L., Bruxelles, 1978, p. 191-193.

⁸⁷ Voy. VELU (J.), *Droit public*, t. 1, *Le statut des gouvernants*, op. cit., p. 593.

titre que le dispositif transitoire dans lequel elle s'inscrit, elle pourrait valablement prétendre constituer une interprétation authentique de dispositions constitutionnelles existantes. Toutefois, comme nous l'avons également souligné (*supra*, n^{os} 4-5), son auteur a expressément dénié à cette « déclaration constitutionnelle » toute portée interprétative.

Une déclaration de révision « de droit commun », issue de la délibération des Chambres législatives statuant à la majorité ordinaire (article 53 de la Constitution), ne pourrait par contre légitimement prétendre au statut d'interprétation authentique du texte constitutionnel⁸⁸. Il n'en va pas différemment d'une « demi-révision constitutionnelle », c'est-à-dire du texte qui, à l'instar de la proposition visant à introduire un article 39*bis* dans la Constitution évoquée par le Conseil d'État dans ses avis récents sur la consultation populaire (*supra*, n^o 19 et note infrapaginale 43), n'aurait été adopté que par une des deux Chambres constituantes.

41. On le voit : les effets juridiques prêtés aux « essais constitutionnels non transformés » ne peuvent s'autoriser d'aucun fondement parfaitement assuré qui les rendraient incontestables. Ceci expliquera, sans doute, la réserve dont les juges et « magistrats influents » font montre à leur égard.

42. À cette première explication s'en ajoute une autre, tenant aux incertitudes que peut susciter l'interprétation exacte des énoncés normatifs véhiculés par ces essais. La controverse « Lemmens-Velaers » (*supra*, n^o 13) relative au sens des déclarations de révision successives des articles 25 et 150 de la Constitution est, à cet égard, paradigmatique. Le premier – suivi sur ce point par l'Avocat général de Koster (*supra*, n^o 14) – voit en ces déclarations la confirmation du bien-fondé de l'interprétation restrictive donnée, *de constitutione lata*, à la notion de « presse ». Pour Jan Velaers par contre, ces déclarations sont autant de désaveux du caractère satisfaisant de la jurisprudence actuelle et donc autant d'invitations à faire évoluer dès à présent ladite jurisprudence⁸⁹. La théorie des matières réservées est, nous

⁸⁸ *Ibid.*, p. 593.

⁸⁹ Il est intéressant de constater que, dans certains cas, la Cour de cassation et son Parquet semblent utiliser l'argument fondé sur des « essais constitutionnels non transformés », non pas pour solidifier une jurisprudence antérieure – comme c'est le cas à propos du délit de presse dans l'arrêt du 2 juin 2006 et les conclusions de l'Avocat général DE KOSTER qui l'ont précédé –, mais bien pour « revirer » par rapport à cette jurisprudence antérieure. Ainsi en est-il à propos du prononcé public des jugements et arrêts, prescrit par l'article 149 de la Constitution. Classiquement, la Cour de cassation a retenu une interprétation stricte et formaliste de cette exigence. Il était en l'occurrence exigé que les motifs et le dispositif des jugements et arrêts fassent l'objet d'une lecture à voix haute, en audience publique. Depuis quelques législatures, l'article 149 de la Constitution est ouvert à révision « en vue d'y ajouter un alinéa en vertu duquel la loi peut prévoir des dérogations à la lecture intégrale obligatoire des juge-

l'avons vu, le terrain de controverses non moins vives sur l'interprétation des « indices » échappés de la plume du (pré)constituant (*supra*, n° 22, note infrapaginale 50).

43. Ces controverses ne peuvent elles-mêmes être dénouées qu'au prix d'un attachement massif et inconditionnel au postulat de la rationalité du préconstituant et du Constituant⁹⁰. Ce postulat commande, tout d'abord, de présumer que le préconstituant et le Constituant ne font rien d'inutile⁹¹. Si le préconstituant envisage l'insertion d'une disposition constitutionnelle nouvelle aux fins de consécration de telle ou telle règle, il faut nécessairement en déduire que la règle en question n'est pas encore consacrée par les dispositions constitutionnelles existantes. De même le préconstituant et le Constituant doivent-ils être présumés agir avec une parfaite cohérence, notamment sur l'axe du temps, et en pleine connaissance du droit constitutionnel « vivant », c'est-à-dire des interprétations constitutionnelles majoritaires ayant cours, *hic et nunc*, dans les prétoires. La réitération de déclarations de révision en sens identique – songeons, par exemple, à celles qui, depuis 1978, concernent les articles 25 et 150 de la Constitution – doit donc être présumée avoir été décidée à l'aune d'une évaluation à chaque fois renouvelée de l'état de ce droit constitutionnel « vivant ».

44. Ainsi décrite en ses prolongements nécessaires, la souscription au postulat de la rationalité du préconstituant et du Constituant est la condi-

ments, par le juge, en audience publique » (voy. p. ex. la déclaration de révision du 7 mai 2010, *M.B.*, 7 mai 2010). Aucune révision n'est cependant intervenue en ce sens. Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de cassation, dans un arrêt du 29 novembre 2011 (*A.C.*, n°650, p. 2444), de revenir sur sa jurisprudence antérieure, en énonçant que « l'obligation de prononcer un jugement en audience publique tend à permettre au public d'avoir accès aux décisions judiciaires. Cet objectif requiert, en principe, la lecture à l'audience publique tant des motifs que du dispositif de la décision judiciaire. Il peut toutefois aussi être atteint par une lecture partielle de la décision judiciaire comportant en tout cas le dispositif, simultanément à ou suivi immédiatement par la publication de la décision judiciaire par la diffusion au moyen d'autres formes de publication tel que l'internet ». L'existence « d'essais constitutionnels non transformés » n'a pas, en l'espèce, inhibé l'évolution jurisprudentielle. Tout au contraire l'a-t-elle vraisemblablement encouragée ; telle est en tout cas l'impression qui se dégage de la lecture des conclusions formulées par l'avocat général TIMPERMAN en l'espèce (publiées in *A.C.*, ici p. 2451) : « Wanneer men de doelstelling van artikel 149 Grondwet voor ogen houdt, is er geen reden waarom andere wijzen van openbaarmaking van het vonnis of arrest dan de integrale voorlezing ervan op de terechtzitting niet mogelijk zou kunnen zijn. Het is dan ook in het licht daarvan date en aantal voorstellen worden geformuleerd om artikel 149 Grondwet te wijzigen » (notre accent). Sur l'ensemble de la problématique, voy. RIGAUX (M.-F.), « Faut-il supprimer l'obligation de prononcer le jugement en audience publique ? *Verba volant, vale internet* », obs. sous Cass., 29 novembre 2011, *J.T.*, 2012, p. 464-467.

⁹⁰ Sur le postulat de la rationalité de l'auteur d'une norme et les directives qui en résultent à l'adresse des autorités chargées d'interpréter cette norme, voy. OST (Fr.), « L'interprétation logique et systématique et le postulat de rationalité du législateur », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, VAN DE KERCHOVE (M.) dir., F.U.S.L., Bruxelles, 1978, p. 159 et s.

⁹¹ *Ibid.*, p. 171-172.

tion même de la reconnaissance d'un certain poids argumentatif aux « essais constitutionnels non transformés ».

Ce postulat est cependant mis à rude épreuve par la pratique⁹².

45. Dans la controverse relative à l'interprétation du terme « loi » figurant dans l'article 162, al. 1^{er}, de la Constitution (*supra*, n^{os} 21-23), certains ont été jusqu'à conclure, de manière quasi explicite, que le préconstituant et le Constituant posaient parfois des actes inutiles ou, à tout le moins, non nécessaires, car ils ne maîtrisaient pas bien les tenants et aboutissants de l'interprétation donnée par la Cour constitutionnelle et une partie de la doctrine... à la Constitution⁹³. Le Constituant lui-même, dans cette même matière, a parfois jeté le doute sur l'utilité réelle de ses interventions. La révision de l'article 41, al. 5, de la Constitution, opérée le 26 mars 2005 (*supra*, n^o 24), n'est pas loin de s'afficher comme une simple « confirmation constitutionnelle », quelque peu somptuaire – « cela va sans dire, mais cela va mieux en le disant » –, d'un transfert de compétence opéré, quatre années auparavant, par la loi spéciale. L'exposé des motifs de la proposition ayant conduit à la révision susdite (*supra*, n^o 24) se garde en tout cas d'affirmer haut et clair que le transfert litigieux était affecté d'une inconstitutionnalité et que l'arrêt n^o 35/2003 de la Cour constitutionnelle, faute d'avoir aperçu l'inconstitutionnalité litigieuse, avait versé dans l'erreur. Ce nouveau précédent ne pourra qu'inciter le Conseil d'État à redoubler de circonspection lorsque, à l'avenir, il sera à nouveau confronté à l'interprétation d'« essais constitutionnels non transformés » survenant dans la théorie des matières réservées...

46. Un certain nombre de révisions constitutionnelles « symboliques » intervenues au niveau du titre II de la Constitution énervent également l'adhésion au postulat de la rationalité du Constituant et la présomption de l'utilité de ses interventions. Peut-on réellement soutenir qu'avant le 23 mars 2000 – date de l'insertion, dans notre charte fondamentale, de la première mouture de l'article 22*bis* de la Constitution –, la Constitution belge ne consacrait d'aucune manière le droit à l'« intégrité morale, physique, psychique et sexuelle » des enfants? Peut-on sérieusement déduire *a contrario* de cette insertion et de son effet utile supposé que le

⁹² Voy. DUMONT (H.) et HOREVOETS (C.), « L'interprétation des droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. I, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 154 et 155.

⁹³ Pour l'analyse critique des positions qui ont été formulées en ce sens, on relira avec délice les pages de SCHOLSEM (J.-Cl.), « Les matières réservées par la Constitution à la loi : éléments pour un débat », *op. cit.*, p. 169 et s.

même droit n'est pas encore constitutionnellement garanti aux adultes ? De telles conclusions n'ont jamais été soutenues par personne – pas même par le Constituant lui-même⁹⁴. Juridiquement parlant, cette révision constitutionnelle n'était pas vraiment utile. Le même jugement – sévère – peut être porté à propos de l'alinéa 3 de l'article 10 de la Constitution⁹⁵, issu, quant à lui, d'une révision constitutionnelle du 21 février 2002⁹⁶. Se multipliant, de telles révisions constitutionnelles ouvertement revendiquées comme symboliques jettent le soupçon sur la possibilité de prêter une signification un tant soit peu univoque aux « essais constitutionnels non transformés » les plus classiques. En ouvrant à révision les articles 25, 148, al. 2, et 150 de la Constitution aux fins d'étendre les garanties de la presse aux autres moyens d'information, le préconstituant affirme-t-il réellement l'inapplicabilité, *de constitutione lata*, des dispositions susdites aux médias concernés ? Ne s'inscrit-il pas, une fois de plus, dans une démarche symbolique visant simplement à confirmer de manière explicite une applicabilité qui, dans son esprit, serait en réalité d'ores et déjà implicitement acquise à droit constitutionnel constant ?

47. *Last but not least*, il est permis d'accueillir de manière dubitative l'assertion selon laquelle la réitération d'un « essai constitutionnel non transformé » procéderait à chaque fois d'une analyse renouvelée et soigneuse du « droit constitutionnel vivant » par le préconstituant. L'observation des travaux préparatoires de certaines déclarations de révision laisse en effet place à un constat nettement plus désenchanté : la réitération ne procède ni plus ni moins, dans certain cas, que de la reprise mécanique, sans plus amples motifs ni réflexions, des « invendus » de la déclaration précédente.

⁹⁴ Voy. VAN DROOGHENBROECK (S.), « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexions au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, psychique, physique et sexuelle », *A.P.T.*, 2001, p. 132 et s.

⁹⁵ « L'égalité des femmes et des hommes est garantie. »

⁹⁶ Voy. RENAULD (B.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, BONBLED (N.) et VERDUSSEN (M.) dir., vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 564-565.

Conclusion

48. Les textes fondateurs⁹⁷ de la présente recherche collective envisagent, à la suite du *Dictionnaire de droit international public* dirigé par J. Salmon⁹⁸, deux causes distinctes de la « mollesse » du *soft law*. L'infirmité juridique peut, tout d'abord, frapper l'*instrumentum* de l'énoncé normatif : celui-ci ne s'inscrit pas dans l'inventaire des sources formelles reconnues par le système juridique comme obligatoires. L'infirmité peut également résulter du *negotium* proprement dit, c'est-à-dire du contenu même de l'énoncé normatif concerné : celui-ci est à ce point vague et indéterminé qu'il faut se résoudre à conclure qu'il ne « contraint » à rien du tout.

Les « essais constitutionnels non transformés », qui forment l'objet de la présente contribution, ont incontestablement un droit de cité dans le raisonnement juridique : des précédents l'attestent. Force est cependant d'observer que ce droit de cité est particulièrement discret et faiblichon, tant en termes quantitatifs que sur un plan qualitatif. Les « essais constitutionnels non transformés » cumulent les deux infirmités juridiques ci-avant décrites. Particulièrement à l'heure où vacille la croyance en la rationalité du préconstituant et du Constituant, leur interprétation se prête à moult controverses, génératrices de flou, qui les menacent d'insignifiance. Le fondement ultime de leur valeur juridique est, quant à lui, à ce point incertain que les seules lettres patentes qu'ils sont en mesure de faire valoir tiennent à leur effectivité : des « magistrats influents » s'y réfèrent, de temps à autre, pour conforter leur raisonnement. Du *very soft law*, en quelque sorte.

⁹⁷ HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *op. cit.*, p. 40 et s.

⁹⁸ SALMON (J.) dir., *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 1039.