

§ 2. La prise en compte de la pratique dans l'appréciation du *standstill* : une indéniable source de complexité

Xavier DELGRANGE

*Premier auditeur chef de section au Conseil d'État
Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis
Maître de conférences à l'Université libre de Bruxelles*

Isabelle HACHEZ

Professeur aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

1. Telle qu'elle est généralement définie par la jurisprudence belge, l'obligation de *standstill* «s'oppose à ce que l'autorité compétente réduise sensiblement le degré de protection offert par la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général»¹.

Concrètement, l'obligation de *standstill* impose de composer avec trois termes que, par convention, nous qualifierons de la manière suivante : la norme de référence, la norme de base et la norme litigieuse². La «norme de référence» renvoie à la norme internationale ou constitutionnelle consacrant un droit fondamental et appelant des obligations positives, dont est déduite une obligation de *standstill*³. L'obligation de *standstill* est en effet

¹ Voy., au lieu de l'une de ses dernières occurrences : C.E., 23 septembre 2011, *Cléon Angelo et al.*, n° 215.309, (à propos de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 23, alinéa 3, 2°, de la Constitution).

² Ou «norme en projet» si l'on se place dans le chef de l'autorité publique conduite à apprécier le respect de l'obligation de *standstill* au moment de l'adoption d'une nouvelle norme.

³ L'obligation de *standstill* est contenue en germe dans les droits économiques, sociaux et culturels qui, en assignant à l'État un programme à réaliser progressivement, lui interdisent implicitement, et sauf motifs d'intérêt général, d'agir à rebours de l'objectif fixé. Sur l'extension du champ d'application matériel de l'obligation de *standstill* à toute obligation positive assortissant un droit fondamental, par contraste avec les seuls droits économiques, sociaux et culturels, cf. HACHEZ (I.), *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruylant-Sakkoulas-Nomos Verlagsgesellschaft, Bruxelles-Athènes- Baden-Baden, 2008, spéc. n° 204 et s. Sur la nature juridique

dépourvue d'une normativité autonome : son invocation doit nécessairement être couplée à celle du droit fondamental dont le niveau de protection a été abaissé en l'absence de motifs d'intérêt général. La « norme de base » et la « norme litigieuse » correspondent en principe toutes deux à des normes législatives ou exécutives internes qui, en raison de la primauté du droit international et de la suprématie de la Constitution, sont tenues de respecter l'obligation de *standstill* déduite de la norme de référence considérée. La « norme litigieuse » est celle dont il convient d'apprécier la conformité à l'obligation de *standstill* qui assortit la norme de référence. Cette appréciation s'effectue en comparant la « norme litigieuse » avec « la norme de base ». Cette dernière établit le niveau de protection à prendre en considération pour apprécier l'éventuel recul opéré par la norme litigieuse. À supposer le recul avéré, il conviendra alors de vérifier la présence de motifs d'intérêt général, de nature à laver, au terme d'un contrôle de proportionnalité, tout vice d'inconventionnalité ou d'inconstitutionnalité sous l'angle de l'obligation de *standstill*⁴.

En réalité, la particularité du mécanisme de *standstill* par rapport au contrôle de conformité classique réside dans l'intervention d'un élément tiers – la norme de base – venant préciser le libellé programmatique de la norme de référence et à l'aune duquel la compatibilité de la norme litigieuse doit être vérifiée. On peut y voir une manifestation du phénomène des « boucles étranges », qui, dans la théorie des systèmes juridiques, désigne « une interaction entre des normes ou des autorités supérieures et des normes ou des autorités inférieures, interaction qui comprend une inversion de la logique hiérarchique : le processus de production du droit ne se réduit pas à la détermination de la norme inférieure par la norme supérieure, parce qu'il lui arrive d'inclure un moment inverse où c'est le niveau inférieur qui détermine le niveau supérieur »⁵.

de l'obligation de *standstill*, qui appartient selon nous à la catégorie des principes généraux du droit, cf. HACHEZ (I.), *ibid.*, n° 476 et s.

⁴ Il convient, en effet, de distinguer deux étapes dans la vérification du respect de l'obligation de *standstill* : celle de l'établissement d'une atteinte à cette obligation en raison du recul opéré par la norme litigieuse par rapport à la norme de base, d'une part, et celle du constat d'une violation de cette obligation qui ne pourra, le cas échéant, être établie qu'à l'issue d'un contrôle de proportionnalité, d'autre part.

⁵ DUMONT (H.), « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2007, p. 483. Voy. également à ce sujet : OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruylant, Bruxelles, 1989, p. 139 et 140. En l'espèce, la détermination du niveau supérieur par le niveau inférieur est, par essence, toujours provisoire, dans la mesure où le caractère téléologique des droits de l'homme appelle sans cesse de plus amples concrétisations de la part de l'autorité publique compétente.

2. Pour être correctement appliquée, l'obligation de *standstill* suppose qu'aient au préalable été rencontrées un certain nombre de questions de principe relatives à son régime juridique : l'obligation de *standstill* obéit-elle à la thèse du point fixe⁶ ou du point mobile⁷ ? Pour constater une atteinte à l'obligation de *standstill*, le recul constaté doit-il ou non être significatif?... Cette étude n'a toutefois pas pour objet de reprendre l'ensemble de ces questions à frais nouveaux. Aussi tiendra-t-elle notamment pour acquis que la norme de base est celle qui incarne le plus haut niveau de protection conféré au droit fondamental en question (thèse du point mobile)⁸. Elle entend, par contre, revisiter une question en particulier, en raison du nouvel éclairage que lui confère la recherche collective sur les sources du droit au sein de laquelle elle s'inscrit : une pratique peut-elle, à elle seule, tenir lieu de norme de base ou, à tout le moins, influencer sur la détermination du niveau de protection à prendre en considération ?

À cet égard, une précision s'impose d'emblée afin, notamment, de situer notre contribution par rapport à celle de Pascale Deumier qui la précède dans le présent ouvrage⁹. Telle que nous la comprenons, une pratique est d'abord et avant tout une situation de fait. Elle ne doit pas nécessairement être ressentie comme obligatoire¹⁰ et ne requiert pas que la jurisprudence en constitue le lieu d'émergence¹¹. En revanche, seule pourrait prétendre constituer un niveau de protection digne de considération la pratique qui, par sa constance, aurait créé une sécurité juridique à laquelle le débiteur de l'obligation de *standstill* et le justiciable peuvent légitimement se fier. À l'instar de l'usage, la pratique doit « résult(er) de la répétition de certaines

⁶ En vertu de la thèse du point fixe, la norme de base correspond toujours et nécessairement à celle applicable au moment de l'entrée en vigueur de la norme de référence dont découle une obligation de *standstill*.

⁷ Conformément à la thèse du point mobile, la norme de base épouse les évolutions normatives favorables à l'effectivité de la norme de référence considérée. Il s'agira, selon les cas, de la norme applicable au moment de l'entrée en vigueur de la norme de référence ou d'une norme adoptée postérieurement à celle-ci.

⁸ Voy. à cet égard : HACHEZ (I.), *Le principe de standstill...*, op. cit., n° 329 et s.; HACHEZ (I.) et JADOT (B.), « Environnement, développement durable et *standstill* : vrais ou faux amis ? », *Amén.*, 2009, p. 13 et 14.

⁹ DEUMIER (P.), « La pratique et les sources du droit », p. 111 de cet ouvrage.

¹⁰ Il peut s'agir d'un simple usage, c'est-à-dire d'une pratique répétée, mais non tenue pour obligatoire (comp., dans le présent ouvrage collectif, sur la notion d'usage : DEUMIER (P.), op. cit., p. 121).

¹¹ Rien n'empêche au demeurant que la pratique ait fait l'objet d'une certaine codification ; que l'on songe par exemple aux codes de bonne conduite ou aux règles, parfois très détaillées, des instances sportives (HENRY (P.), « Les codes de bonnes pratiques », *Amén.*, 1997, numéro spécial : *Phénomènes consensuels dans le droit de l'urbanisme et de l'environnement*, p. 19. Sur les codes de conduite, voy. par ailleurs les contributions de B. Frydman et G. Lewkowicz, d'une part, et de M. Berlingin, G. de Pierpont et Ph. Stroobant, d'autre part, dans le présent ouvrage collectif).

façons d'agir», et ce « pendant un laps de temps suffisamment long »¹². Si, dans sa contribution au présent ouvrage collectif, Pascale Deumier considère également que l'effectivité est inhérente à la pratique, elle retient par contre une signification plus restreinte de cette notion, dans la mesure où elle exclut la pratique des pouvoirs institués¹³.

3. L'exemple qui suit permettra de saisir d'emblée la teneur de nos réflexions. Le décret de la Communauté française « missions de l'enseignement » du 24 juillet 1997, dont l'objectif essentiel est de renforcer l'égalité des élèves, se devait de consacrer la gratuité de l'enseignement. Il comporte donc un chapitre XI intitulé « de la gratuité de l'accès à l'enseignement » qui, paradoxalement, dresse une liste des frais pouvant être réclamés aux parents (il s'agit de la norme litigieuse). La section de législation du Conseil d'État a constaté que, ce faisant, le décret s'inscrivait en recul par rapport à la loi du Pacte scolaire de 1959 (la norme de base) qui, elle, imposait la gratuité de l'enseignement primaire et secondaire aux établissements officiels et subventionnés. Il dénonçait donc une violation de l'obligation de *standstill* déduite de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) et de l'article 28 de la Convention relative aux droits de l'enfant (qui tiennent tous deux lieu de normes de référence). En effet, ces dispositions imposent de tendre vers la gratuité dans l'enseignement obligatoire¹⁴. La réponse du gouvernement de la Communauté française de l'époque se fit cinglante, renvoyant le Conseil d'État dans le donjon de sa tour d'ivoire : « tous ceux qui avaient des enfants dans les années soixante, septante, quatre-vingt ou qui en ont dans les années nonante fréquentant l'enseignement secondaire savent d'expérience qu'ils ont dû payer ». Dès lors, au regard de la réalité de la situation sur le terrain, « par cette liste restrictive, le gouvernement fait un pas supplémentaire vers l'instauration progressive de la gratuité »¹⁵.

¹² GODEFROID (M.), « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les coutumes et usages en droit privé », *R.G.D.C.*, 1990, p. 19.

¹³ À savoir les « [...] pratique constitutionnelle de nos gouvernants, [...] pratique internationale des États, [...] pratique de ceux qui détiennent un pouvoir officiel d'interprétation et d'application, à savoir la jurisprudence, la pratique administrative ou encore la pratique notariale », dont la « force » ne serait pas seulement tributaire de leur degré d'effectivité, mais s'expliquerait également par la position institutionnelle de leur auteur (voy., dans le présent ouvrage, DEUMIER (P.), *op. cit.*, p. 112-113). Tout en incluant, pour notre part, à ce stade, la pratique jurisprudentielle, on précisera ultérieurement la spécificité de celle-ci par rapport aux autres pratiques (*cf.*, *infra*, n° 10).

¹⁴ Avis de la section de législation du Conseil d'État n° 26.579/2 du 24 juin 1997, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1996-1997, n° 152/71.

¹⁵ « Note déposée par le gouvernement suite à l'avis rendu par le Conseil d'État sur l'amendement déposé par le gouvernement à l'article 98 du projet de décret », annexe 4 au *Rapport de la Commission de l'Éducation du Parlement de la Communauté française*, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1996-1997, n° 152/62, p. 265-267. Lors des débats en commission, la Ministre-Présidente du gouvernement de la Communauté française de

Qui du Conseil d'État, se focalisant sur les textes en vigueur, ou du politique, invoquant la pratique, a raison en droit ? La réponse à cette question, tout comme, plus généralement, à celle de savoir si l'obligation de *standstill* se prête à la prise en compte de la pratique, est loin d'être évidente, et nous ne prétendons du reste pas la trancher de manière définitive. Au mieux espérons-nous apporter quelques éléments de réflexion qui, pour être correctement perçus, imposent de partir de la situation à la fois la plus courante et la plus évidente – celle où la norme de base s'identifie à une norme législative ou exécutive (I) –, avant de sérier les différentes hypothèses dans lesquelles la pratique est susceptible d'intervenir à un titre ou à un autre (II)¹⁶.

I. Le principe de légalité et l'exigence démocratique qui le sous-tend¹⁷

4. En droit belge, en tout cas, on enseigne classiquement que la norme de base correspond à une norme législative ou exécutive interne. La jurisprudence de nos cours suprêmes est d'ailleurs établie en ce sens : c'est bien au « degré de protection offert par la *législation* applicable » qu'elles font allusion dans la définition de l'obligation de *standstill*¹⁸. Ainsi, dans les trois affaires qui ont conduit à la sanction de la norme litigieuse en raison de sa contrariété à l'obligation de *standstill*, la norme de base prise en considération par le juge était tantôt une loi, tantôt un arrêté¹⁹.

l'époque, Laurette Onkelinx, rappelait « que la gratuité était déjà prévue dans la loi du 29 mai 1959 mais qu'aucune sanction n'était alors prévue pour les établissements qui ne respectaient pas le contenu de la loi. Quelques exemples qui ont été rapportés récemment montrent à quel point certains établissements ne respectaient en aucune manière la notion de gratuité tant pour l'enseignement secondaire que pour l'enseignement fondamental et il importait que cesse cette hypocrisie. Il convenait donc de rappeler le principe de la gratuité de l'enseignement dans le présent décret » (*Rapport, op. cit.*, p. 202).

¹⁶ Les développements qui suivent conduisent à nuancer, voire infléchir, les propos figurant aux n° 356-378 de l'étude précitée d'I. Hachez, *op. cit.*

¹⁷ De manière générale, voy., à cet égard, la contribution de P. Popelier (« La loi aujourd'hui (le principe de légalité) ») dans le présent ouvrage collectif.

¹⁸ Cf., *supra*, n° 1 ; souligné par nous.

¹⁹ Il s'agissait de l'article 34 du CWATUP (Code wallon de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme et du patrimoine), avant sa modification par l'article 55 du décret-programme de la Région wallonne du 3 février 2005 de relance économique et de simplification administrative, dans l'arrêt n° 137/2006 de la Cour constitutionnelle. Il était question de l'arrêt du gouvernement flamand du 1^{er} juin 1995 portant des dispositions générales et sectorielles en matière d'hygiène du milieu dans l'arrêt *Jacobs* n° 80.018, prononcé par le Conseil d'État le 29 avril 1999, et de l'arrêt du Collège de la Commission communautaire française du 25 février 2000 concernant l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées dans le récent arrêt *Cléon Angelo* n° 215.309, également rendu par le Conseil d'État le 23 septembre 2011.

5. Cet enseignement se comprend aisément, en tout cas au sein d'un ordre juridique interne.

L'exécution des obligations positives est, en effet, une mission qui incombe prioritairement au législateur. Plusieurs raisons motivent cette assertion²⁰, la première d'entre elles – et c'est la principale – tenant au respect de la séparation des pouvoirs. La question de savoir si et dans quel sens il s'agit d'intervenir pour réaliser ou protéger un droit fondamental est une question qui mobilise un pouvoir d'appréciation, lequel excède, dans de nombreuses hypothèses, la mission normale des pouvoirs exécutif et judiciaire, pour ne citer qu'eux. Ainsi n'admet-on généralement pas que les droits économiques et sociaux, en raison de l'indétermination *a priori* de leur contenu, puissent être directement exigibles de l'autorité publique sans concrétisation législative préalable. De la même manière, les obligations positives assortissant les droits civils et politiques requièrent traditionnellement l'intervention du législateur pour être invocables par le particulier. Un choix de haute politique semble ici se profiler, et il est préférable – pour dire le moins – qu'il soit posé par un législateur démocratiquement élu²¹. On rappelle à cet égard que plusieurs dispositions constitutionnelles réservent expressément au législateur compétent le soin de garantir l'effectivité des droits fondamentaux qu'elles consacrent; tel est notamment le cas de l'article 23 de la Constitution, qui, en droit belge, constitue le berceau de l'obligation de *standstill*²². Dans ce cas, la norme de référence tient également lieu de règle de reconnaissance, au sens où Hart l'entend: elle fixe les conditions de validité des normes appelées à la concrétiser – ou à la limiter – en réservant cette compétence au législateur compétent. Les organes de contrôle semblent par ailleurs étendre le principe de «la réserve à la loi formelle» à tous les droits garantis par le titre II de la Constitution, même en l'absence de mention explicite de celle-ci sur ce point. C'est alors la pratique concordante de ces organes qui contribue à façonner la règle de reconnaissance et à déterminer les conditions de validité des règles inférieures²³.

²⁰ Les développements qui suivent sont inspirés ou repris d'un article rédigé par HACHEZ (I.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) (« Les limites à la privatisation déduites des droits fondamentaux », in *Les partenariats public-privé (P.P.P.). Un défi pour le droit des services publics*, LOMBAERT (B.) dir., La Charte, Bruxelles, 2005, p. 112 et s., n° 32).

²¹ C'est d'ailleurs précisément en raison de la marge d'appréciation qu'elle laisse généralement au législateur que le juge ne peut, bien souvent, pas appliquer directement – sans la médiation d'une norme interne d'exécution – la norme internationale ou constitutionnelle imposant des obligations positives.

²² L'article 23, alinéa 2, de la Constitution est en effet libellé de la manière suivante: « À cette fin, la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent, en tenant compte des obligations correspondantes, les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice » (souligné par nous).

²³ Voy. notamment S. Van Drooghenbroeck, obs. sous Cass., 20 janvier 1989, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, DE SCHUTTER (O.) et VAN DROOGHENBROECK (S.), Larcier, Bruxelles, 1999, p. 92, note 8. On se doit toutefois de mentionner la jurisprudence de la Cour de cassation qui inter-

En raison du lien de filiation qui l'unit aux obligations positives, l'obligation de *standstill* voit son régime juridique calqué sur celui desdites obligations. Le principe de légalité paraît dès lors devoir s'imposer autant à celles-ci qu'à celle-là. Compte tenu du lien qu'on vient de rappeler, il se concevrait en effet difficilement que l'obligation de *standstill* puisse protéger davantage, dans le cadre du contrôle de conformité qu'elle appelle, que ce que la norme de référence autorise. Or cette dernière requiert en principe que la mise en œuvre des droits fondamentaux passe par l'intervention du législateur, à telle enseigne qu'à l'instar de la norme litigieuse, la norme de base est appelée à revêtir l'habit légal.

La compétence de principe du législateur ne s'oppose toutefois pas à ce que ce dernier délègue certaines missions au pouvoir exécutif, à condition qu'elles soient enserrées dans des limites précises. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à l'article 23 de la Constitution est établie en ce sens : si l'article 23 de la Constitution impose au législateur de garantir les droits économiques et sociaux, « cet article ne prohibe pas que des délégations soient données à un gouvernement. Toutefois, à travers elles, un gouvernement ne saurait combler l'imprécision des principes arrêtés par le législateur compétent lui-même ou affiner des options insuffisamment détaillées »²⁴. Le pouvoir exécutif est alors tenu d'observer l'obligation de *standstill*, de la même manière que son respect s'impose à lui lorsqu'il agit dans les limites de ses compétences²⁵.

Enfin, le principe de légalité requiert – c'est une évidence – que le niveau de protection conféré à un droit fondamental résulte de l'intervention d'une autorité compétente, sous peine d'être entaché d'illégalité. Une norme illégale ne pourrait, en conséquence, pas prétendre configurer le niveau de protection à prendre en considération²⁶.

prête le terme « loi » contenu à l'article 10, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme comme « désign[ant] toute norme de droit interne, écrite ou non, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, pour autant que cette norme soit énoncée de façon précise et soit accessible aux personnes concernées » (Cass., 29 juin 2000, R.G. n° C.98.0530.F; Cass., 2 juin 2006, R.G. n° C.03.0211.F; Cass., 26 février 2010, D.08.0010.F.). Ce faisant, la Cour de cassation ignore la clause de subsidiarité de l'article 53 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui devrait la conduire à privilégier la loi au sens formel, prônée par la Constitution belge, en raison du surcroît de protection qu'elle offre en termes de légitimité démocratique (voy., notamment, en ce sens : C.C., 21 décembre 2004, n° 202/2004, B.5.4; C.C., 19 juillet 2005, n° 131/2005, B.5.2; C.C., 18 octobre 2006, n° 151/2006, B.5.6).

²⁴ C.C., 28 septembre 2005, n° 147/2005, B.11.2. Voy. cependant C.C., 18 février 1998, n° 18/98 et le commentaire de P. Popelier, selon lequel, aux yeux de la Cour constitutionnelle, l'article 23 de la Constitution consacre « un principe de légalité atténué » (voy. vol. 2 de cet ouvrage, p. 40, n° 45).

²⁵ Voy., à cet égard, HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 264 et s.

²⁶ Ainsi, l'autorité publique compétente ne pourrait-elle être liée par le niveau de protection résultant de l'intervention d'une autre autorité publique légiférant en dehors de son domaine de compétence, fût-ce pour combler l'inertie de la première. *Contra*: ROMAINVILLE (C.), *Le droit à la culture, une réalité*

6. La question se pose *a priori* différemment dans l'enceinte internationale, dans la mesure où peu importe, dans ce cadre, l'autorité compétente en droit interne pour exécuter l'engagement souscrit par l'État au niveau international. Seul compte, du point de vue de l'ordre juridique international, le respect de l'engagement contracté par les États parties²⁷.

Aussi n'est-il pas étonnant que les organes des Nations unies prennent en compte la pratique, tant dans la rédaction des traités que dans l'évaluation du respect des obligations consacrées par ceux-ci.

Concernant la rédaction des traités, l'article 2 du PIDESC précise, en effet, que «Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir [...] au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte *par tous les moyens appropriés*, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives» (souligné par nous). Dans son Observation générale n° 3 sur «La nature des obligations des États parties», adoptée le 14 décembre 1990, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels précise que «Ces mesures doivent avoir un caractère délibéré, concret et viser aussi clairement que possible à la réalisation des obligations reconnues dans le Pacte. [...] [II] estime que, dans de nombreux cas, le recours à la législation est hautement souhaitable et que, dans certains cas, il peut même être indispensable», mais il insiste cependant sur le fait que «l'adoption de mesures législatives, qui est expressément prévue par le Pacte, n'épuise nullement les obligations des États parties. Au contraire, il faut donner à l'expression “par tous les moyens appropriés” tout le sens qu'elle a naturellement». Et d'ajouter que, «parmi les mesures qui pourraient être considérées comme appropriées figurent, outre les mesures législatives» et l'organisation de recours juridictionnels, «les mesures administratives, financières, éducatives et sociales»²⁸.

Une pratique pourrait donc être à l'origine de la non-observation par un État de ses engagements internationaux, qu'il en soit l'auteur ou ait laissé des personnes ou institutions relevant de sa juridiction la développer. En ce sens, la Commission internationale de juristes insiste sur le fait que, pour que la justiciabilité des droits économiques, sociaux et culturels soit garantie le

juridique, thèse présentée en vue de l'obtention du titre de docteur en sciences juridiques de l'Université catholique de Louvain, le 21 mars 2011, non publiée, p. 609 et s., n° 212 et s., et, en particulier, p. 611, n° 215.

²⁷ Voy., à cet égard, HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 228, et les nuances apportées à cette assertion.

²⁸ Dans la dernière Observation générale n° 18, adoptée par le Comité des droits économiques, sociaux et culturels le 24 novembre 2005 et qui porte sur «Le droit au travail», on peut encore lire que «l'État se soustrait à l'obligation de respecter le droit au travail quand des lois, *des politiques ou bien des actions* sont contraires aux normes énoncées à l'article 6 du Pacte» (souligné par nous). Les Observations générales du Comité des droits économiques, sociaux et culturels peuvent être consultées sur le site www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/comments.htm.

plus complètement, il faut conjuguer « la tradition européenne de contrôle juridictionnel “abstrait” (c’est-à-dire la comparaison entre des règles nationales et des normes internationales) et des actions collectives nationales (la comparaison entre, d’une part, la pratique généralisée et la situation factuelle et, d’autre part, les normes internationales) »²⁹.

II. L'intervention de la pratique par le biais de l'interprétation ou dans le cadre du contrôle de proportionnalité

7. Compte tenu du principe de légalité et de l'exigence démocratique qui le sous-tend en droit belge, l'obligation de *standstill* suppose en principe, pour jouer, deux interventions du législateur. Dans ce contexte, quelle place réserver à la pratique ? Sous quelle(s) forme(s) et à quel(s) titre(s) est-elle en mesure de s'imposer au législateur, premier débiteur de l'obligation de *standstill* ?

En vue de rencontrer cette question et d'esquisser les principes juridiques qui devraient guider sa prise en compte, il convient de préciser les différentes formes que la pratique peut revêtir.

Telle que nous l'entendons, la pratique peut résulter de l'application de la loi et venir la compléter (pratique *secundum legem* ; A), entrer en contradiction avec la loi (pratique *contra legem* ; B) ou encore se développer en l'absence de toute loi régissant la matière considérée (pratique *praeter legem* ; C). Nous n'aurons par contre pas égard, dans cette étude, à l'hypothèse dans laquelle la loi contiendrait un renvoi exprès à la pratique (pratique *intra legem*), la réception de la pratique par une source formelle du droit ôtant en principe toute difficulté quant à sa prise en compte³⁰.

A. La pratique *secundum legem*

8. C'est un lieu commun : une fois le texte normatif adopté, ce dernier voit sa portée configurée par la réception que lui réservent ses destina-

²⁹ COMMISSION INTERNATIONALE DE JURISTES, « Les tribunaux et l'application des droits économiques, sociaux et culturels, étude comparative d'expériences en matière de justiciabilité », série *Droits de l'homme et État de droit*, n° 2, Genève, 2008, p. 108, et les références citées, www.icj.org. Pour des exemples de ce second contrôle par les organes de contrôle internationaux, cf., *infra*, n° 19. Voy. cependant, à propos de la Cour européenne des droits de l'homme, *infra*, n° 27.

³⁰ Cf. à cet égard : HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de “source du droit”, “force normative” et “soft law” », *R.I.E.J.*, 2010, p. 57, n° 59.

taires et les acteurs chargés de l'appliquer. Ainsi, une circulaire interprétative peut induire une pratique, tout comme celle-ci peut naître d'une application constante par les administrations concernées ou prendre source dans une interprétation jurisprudentielle. Parmi ces hypothèses, on ne retiendra à ce stade que celles où la pratique vient compléter la norme de base, sans la contredire. D'où la qualification de pratique *secundum legem*, que nous suggérons de retenir³¹.

9. Encore convient-il de préciser que la pratique *secundum legem* peut se situer en deçà ou au-delà de la lettre du texte.

Une loi peut en effet bénéficier d'une compréhension large et favorable de la part des autorités chargées de son application et, en ce sens, venir renforcer la protection des droits fondamentaux. On parlera de pratique *supra legem*³² pour désigner l'hypothèse où l'effectivité dépasse la légalité.

La Cour constitutionnelle a été confrontée à cette hypothèse dans son arrêt n° 169/2002 du 27 novembre 2002. L'article 57, § 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 prévoyait, à l'époque, que l'aide sociale pouvait être « matérielle, sociale, médicale, médico-sociale ou psychologique ». En pratique, l'aide sociale matérielle était le plus souvent délivrée *en espèces*. L'article 71 de la loi du 2 janvier 2001 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses modifia, par la suite, la disposition précitée à l'égard des catégories d'étrangers qu'elle vise, en prévoyant qu'ils devront désormais s'inscrire dans un centre aux fins de recevoir une aide sociale *en nature*. Fallait-il comparer l'article 71 de la loi du 2 janvier 2001 à l'article 57, § 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976 tel qu'il était rédigé ou tel qu'il était appliqué en pratique ? Lorsqu'elle se prononça sur

³¹ Dans le présent ouvrage collectif, M. van de Kerchove qualifie de *secundum legem* la règle jurisprudentielle qui consacre une « interprétation respectueuse de la volonté du législateur » (« La jurisprudence revisitée : un retour aux sources », vol. 2, p. 667. Comp., dans le présent ouvrage collectif et au sujet de la coutume *secundum legem*, avec COIPEL (M.), « La coutume », vol. 2, p. 559, n° 9, *in fine*). À supposer, par ailleurs, que la pratique *secundum legem* relève du *soft law*, on serait tenté de le qualifier de *soft law* périlégislatif, dans la mesure où la pratique se déploie dans l'environnement (« péri ») du droit positif en vigueur (voy. HACHEZ (I.), *ibid.*, p. 46, n° 45). Il reste que la pratique considérée ne rentre dans aucune des sous-catégories de *soft law* périlégislatif répertoriées dans l'étude précitée (droit recommandé, droit proposé, *hard law* en puissance), qui, toutes, regroupent des réalités se produisant en amont de l'entrée en vigueur de la loi. Aussi peut-on se demander s'il ne conviendrait pas de compléter la typologie esquissée dans cette étude pour rendre compte de la pratique se développant en aval de l'adoption de la loi et la complétant. Voy. à cet égard, dans le présent ouvrage collectif, la contribution de P.-O. de Broux et I. Mathy, qui, à la suite de L. Senden, évoquent à ce propos la fonction postlégislative du *soft law* (« Les actes non contraignants dans le droit européen de communications électroniques. Les frontières du *soft law* européen à l'épreuve », vol. 1, p. 315, et la référence de la note 41).

³² M. van de Kerchove qualifie pour sa part de « trans-*legem* » la règle jurisprudentielle qui mobilise une « interprétation évolutive de la loi » (« La jurisprudence revisitée : un retour aux sources », vol. 2 du présent ouvrage collectif, p. 701).

le respect de l'obligation de *standstill* par la disposition entreprise, la Cour constitutionnelle n'eut pas égard à l'application conférée à cette disposition pour déterminer le niveau de protection antérieurement garanti en matière d'aide sociale. À tout le moins n'en dit-elle mot, se limitant à observer que «l'article 71 maintient l'octroi d'une aide et que son exécution en nature est une des formes de l'aide sociale autorisées par la loi du 8 juillet 1976, l'article 57, § 1^{er}, de cette loi prévoyant que l'aide sociale peut être "matérielle, sociale, médicale, médico-sociale ou psychologique"». Et la Cour de conclure que «l'octroi en nature [étant] une des formes d'aide sociale prévues par la loi du 8 juillet 1976, la disposition attaquée ne porte pas atteinte au droit à l'aide sociale»³³.

Si, en l'espèce, la Cour constitutionnelle a pris en compte la situation légalement consacrée sans avoir égard à son application pratique, on n'oserait pour autant en tirer un enseignement de principe. Il n'est pas certain, en effet, que la Cour ait perçu à sa juste mesure que la prise en compte de l'effectivité conférée à la norme aurait pu la conduire à une conclusion différente. Peut-être a-t-elle considéré que la preuve de l'existence d'une pratique plus favorable que le seul texte de la norme n'était pas suffisamment établie ou clairement rapportée par la partie requérante.

10. Inversement, l'application d'une loi peut se révéler moins généreuse que ce que prévoyait son prescrit. Dans cette hypothèse, où l'effectivité est en deçà de la légalité, on parlera de pratique *infra legem*.

Notre propos trouve à nouveau une illustration en matière d'aide sociale. Tel qu'il était modifié par la loi du 30 décembre 1992, l'article 57 de la loi organique des centres publics d'aide sociale prévoyait que le centre devait uniquement accorder l'aide médicale urgente et l'aide strictement nécessaire pour quitter le pays, notamment, «à l'étranger qui s'est déclaré réfugié, a demandé à être reconnu en cette qualité, n'est pas autorisé à séjourner dans le Royaume en cette qualité et auquel a été notifié un ordre de quitter le territoire devenu définitif». La Cour de cassation conféra une interprétation restrictive à cette disposition, interprétation selon laquelle l'ordre de quitter le territoire est définitif lorsqu'il «ne peut plus faire l'objet d'un quelconque recours ayant un effet suspensif devant une autorité administrative ou devant le Conseil d'État»³⁴. Conséquence : l'aide sociale était refusée aux candidats réfugiés illégaux, quand bien même un recours était

³³ C.C., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.7.2 et B.7.3.

³⁴ Cass., 4 septembre 1995, J.L.M.B., 1996, p. 4, obs. FUNCK (J.-F.); Cass., 7 novembre 1996, *Journ. proc.*, 1996, n° 315, p. 30, obs. WYNDAU (S.).

introduit devant le Conseil d'État à l'encontre de l'ordre de quitter le territoire, ce recours n'étant, par nature, pas suspensif. En 1996, le législateur entérina cette interprétation restrictive, en substituant au qualificatif « définitif » figurant à l'article 57 de la loi précitée celui d'« exécutoire ».

11. Dans un cas comme dans l'autre (pratiques *supra legem* et *infra legem*), se pose, au sujet de la mise en œuvre de l'obligation de *standstill*, la question de savoir s'il faut tenir compte du seul libellé de la norme de base ou également avoir égard à la manière dont celle-ci est appliquée (autrement dit, à la pratique *secundum legem*).

Cette question appelle une réponse nuancée, dont on propose de rendre compte en six étapes.

(1) En l'état actuel du droit, c'est par le biais de l'interprétation de la norme de base que la pratique peut, selon nous, trouver droit de cité en matière de *standstill*.

Ce disant, on rejoint un enseignement classique en matière de *soft law* : c'est toujours par le biais d'une disposition contraignante (en l'espèce, la législation tenant lieu de norme de base) « que l'instrument de *soft law* conquiert quelque pertinence dans le raisonnement du juge, à titre d'adjuvant interprétatif »³⁵. Notre propos confirme également celui de Pascale Deumier, selon lequel « la pratique ne fait pas figure de source alternative, mais plutôt de donnée prise en considération pour le choix d'une interprétation »³⁶, singulièrement en présence de normes ouvertes³⁷. En ce sens, l'interprétation constitue par excellence une médiation entre le fait et le droit³⁸.

(2) L'interprétation peut être le fait du juge, interprétant la norme de base qu'il est appelé à prendre en considération dans le cadre du contrôle de l'obligation de *standstill* qu'il réalise. Si c'est à cet acteur institutionnel qu'on songe spontanément en matière d'interprétation, celle-ci peut cependant également émaner d'autres acteurs, contribuant, chacun à leur niveau, à préciser le sens à conférer à une disposition normative déterminée³⁹ et, *in casu*, à la norme de base. On songe par exemple aux organes d'application de la loi, comme

³⁵ TULKENS (Fr.), VAN DROOGHENBROECK (S.) et KRENC (Fr.), « Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme. Questions de légitimité et de méthode », vol. 1 du présent ouvrage collectif, p. 401.

³⁶ DEUMIER (P.), *op. cit.*, p. 136, ajoute qu'« à cet égard, la qualité de pratique *hard* ou *soft* ne modifie guère l'effet normatif produit » (*ibid.*, p. 136).

³⁷ *Ibid.*, p. 119.

³⁸ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 396.

³⁹ Voy., à cet égard, DUMONT (H.), *op. cit.*, p. 483, et la référence à un article de D. Rousseau reprise à la note 24 de l'étude précitée. *Adde* p. 495.

les centres publics d'action sociale⁴⁰. L'interprétation de la loi privilégiée par ces acteurs débouchera, le cas échéant, sur une pratique, étant entendu que, dans un second temps, cette pratique pourra, elle-même, être prise en compte par le législateur ou entérinée par la jurisprudence.

Commentant une décision rendue par le Conseil constitutionnel français le 30 juillet 2010⁴¹, Pascale Deumier et Pascal Puig soulignent, à cet égard⁴², que le contrôle exercé par ce dernier « n'est plus purement objectif et détaché des faits mais porte au contraire sur les faits ; non les faits d'espèce à l'origine de l'instance en cours, mais les faits sociaux témoignant de l'application généreuse du texte litigieux »⁴³. Et les auteurs de poursuivre : « une fois promulguée, la loi s'enrichit de l'interprétation et de l'application qu'en font les autorités chargées de la mettre en œuvre, si bien que sa constitutionnalité ne saurait être envisagée *a posteriori* sans tenir compte de cet apport substantiel [...] la distinction entre création et application du droit s'évanouit dans un processus circulaire [...] la pratique se fait normative et s'incorpore à la disposition appliquée [...] »⁴⁴.

⁴⁰ Cf., *supra*, n° 9, l'exemple tiré de l'arrêt n° 169/2002. On peut encore songer à la doctrine, aux groupes de pression, aux pouvoirs constituant, législatif et exécutif, etc.

⁴¹ C.C. fr., déc. 2010-14/22 Q.P.C., 30 juillet 2010. En l'espèce, le Conseil constitutionnel français, se fondant sur « certaines modifications des règles de la procédure pénale *ainsi que des changements dans les conditions de sa mise en œuvre* [ayant] conduit à un recours de plus en plus fréquent à la garde à vue et modifié l'équilibre des pouvoirs et des droits fixés par le code de procédure pénale », déclare recevable la question prioritaire de constitutionnalité relative au régime de droit commun de la garde à vue, et ce, en dépit du fait qu'elle le conduise à réexaminer la constitutionnalité de dispositions qu'il avait déjà validées dans le passé (cons. 15 ; souligné par nous. Voy. également les cons. 16 – référence y est faite à « la pratique du traitement dit "en temps réel" des procédures pénales », qui a contribué à cette évolution – et 18). En elles-mêmes, ces modifications de circonstances de droit et de fait ne méconnaissent aucune exigence constitutionnelle, souligne le Conseil constitutionnel (cons. 25). En revanche, elles appellent des garanties appropriées à l'utilisation qui est faite de la garde à vue afin d'assurer, dans ce contexte, la protection des droits de la défense (cons. 5 et 29). C'est précisément l'absence de ces garanties, rendues nécessaires par la manière dont les dispositions légales sont aujourd'hui appliquées, qui rompt l'équilibre entre la prévention des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, d'une part, et l'exercice des libertés constitutionnelles, d'autre part, et qui conduit le Conseil constitutionnel à invalider les dispositions litigieuses (cons. 29) : telle qu'elle est appliquée, la loi est contraire à la Constitution ; c'est l'évolution des pratiques en matière de garde à vue qui explique la contrariété de la loi à la Constitution.

⁴² Quoique dans le cadre d'un « simple » contrôle de conformité, et non à propos du contrôle de l'obligation de *standstill* (sur la différence entre l'un et l'autre, cf., *supra*, n° 1 *in fine*).

⁴³ DEUMIER (P.) et PUIG (P.), « Sources du droit en droit interne », *R.T.D.C.*, 2010, p. 516.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 517. De son côté, la Cour constitutionnelle belge a récemment pris en compte, pour apprécier la conformité de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État aux articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec le principe général de droit de l'impartialité objective des juridictions, « une pratique constante au sein du Conseil d'État » consistant, pour ce dernier, à interpréter « les articles 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et 70 des lois coordonnées sur le Conseil d'État en ce sens qu'un certain nombre de conseillers d'État ne peuvent prendre part à l'assemblée générale en cas de délibération ou de vote sur la présentation de candidats à une fonction vacante de conseiller d'État et que, lorsqu'un recours est introduit contre l'arrêté de nomination d'un conseiller d'État qui fait suite à cette présen-

(3) En matière de *standstill* – et on se situe ici dans un registre résolument prescriptif –, l'interprète devrait privilégier une directive d'interprétation téléologique. Pour rappel, la méthode téléologique (ou évolutive) procède de l'idée que « toute norme juridique constitue un moyen destiné à réaliser un objectif social et que la prise en considération de ce dernier peut contribuer à son interprétation »⁴⁵. Elle conduit à privilégier la signification « qui assure le meilleur développement à la norme et son utilité pratique la plus grande »⁴⁶.

Rien ne semble s'opposer à un tel plaidoyer. L'analyse de la jurisprudence des cours suprêmes révèle en effet qu'aucune directive de préférence ne régit l'usage des différentes méthodes d'interprétation classiquement mobilisées⁴⁷. Par ailleurs, si l'on transpose à notre sujet d'étude les enseignements du droit pénal, dominé – à l'instar du régime des obligations positives et, par extension, de celui de l'obligation de *standstill* – par le principe de légalité, seule l'interprétation par analogie semble devoir être exclue, dans la mesure où elle ne s'appuie pas « sur la volonté réelle ou prétendue du législateur »⁴⁸ ; le droit pénal ne présenterait pas d'autre particularité en matière d'interprétation⁴⁹.

On ajoutera que, parmi les méthodes traditionnelles d'interprétation, les méthodes littérale et historique apparaissent, par essence, rétives à toute prise en compte de la pratique, puisqu'elles conduisent à rechercher la volonté de l'auteur de la norme en se fondant sur la formulation du texte ou sur ses travaux préparatoires⁵⁰. En revanche, tant l'interprétation systématique⁵¹ que la méthode téléologique procèdent d'une conception objective de l'interpré-

tation, seuls les conseillers d'État qui n'ont pas pris part à l'assemblée générale peuvent connaître de ce recours » (C.C., 7 juillet 2011, n° 123/2011, B.6.4 et B.6.5). Il reste qu'en l'espèce, l'interprétation du Conseil d'État semble difficilement conciliable avec l'article 99 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, à telle enseigne que davantage qu'à une pratique *secundum legem*, on aurait en réalité affaire à une pratique *contra legem* (cf., *infra*, n° 15).

⁴⁵ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre la lettre...*, *op. cit.*, p. 166.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 280.

⁴⁷ DUMONT (H.) et HOREVOETS (Ch.), « L'interprétation des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 147 et p. 166-168, et les références citées. « Autrement dit, toutes les méthodes se révèlent *a priori* mobilisables sans exclusive ni hiérarchie » (p. 189). Pour des exemples étayant ce propos, cf. p. 174-189.

⁴⁸ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre la lettre...*, *op. cit.*, p. 164.

⁴⁹ Cf. l'étude approfondie que lui a réservée Michel van de Kerchove (*ibid.*, p. 149 et s.).

⁵⁰ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 413. Dans le sens de la primauté du texte prétendu clair, le Conseil d'État a jugé, le 5 mai 1976, « que des interdictions ainsi formulées sont claires par elles-mêmes et ne sont pas susceptibles d'interprétation [...] que ni l'usage invoqué par la partie adverse, ni la circulaire ministérielle de 1970 ne peuvent servir de fondement à une telle dérogation à des dispositions ayant force réglementaire » (*Rec.*, p. 452, cité par OST (Fr.) et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre...*, *op. cit.*, p. 96 et 97).

⁵¹ La méthode systématique se départit « de la tutelle de l'intention du législateur historique » pour « restituer un sens autonome à la loi », en fonction de son « contexte ambiant » (OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 413 et 414).

tation : pour être recevable, la signification retenue ne doit pas nécessairement reposer sur la volonté exprimée des auteurs de la norme, à telle enseigne que ces méthodes ne paraissent pas s'opposer, en soi, à la prise en compte de la pratique pour interpréter, dans un sens acceptable⁵², une disposition normative.

Last but not least: considérés sous leur versant positif, les droits fondamentaux incarnent des objectifs à atteindre et, à ce titre, « appellent [...], par nature, une interprétation téléologique »⁵³, en raison, précisément, du caractère téléologique des droits de l'homme qui requiert de l'État de leur assurer une effectivité sans cesse grandissante. En ce sens, l'interprétation téléologique participe du souci de protéger des droits concrets et effectifs, et non pas théoriques et illusoire⁵⁴. Il n'en va pas différemment pour la norme de base, qui confère un niveau de protection déterminé au droit fondamental considéré. Aussi convient-il de l'interpréter à l'aune de l'objectif qu'elle sert en vue de lui assurer la plus grande effectivité possible⁵⁵. Si « la méthode téléologique est celle qui éloigne le plus le juge des textes qu'il a pour office d'appliquer en le faisant glisser d'une jurisprudence "nomo-

⁵² Ce qui exclut, par définition, la pratique illégale ou *contra legem*, appelée à s'effacer devant la loi impérative (cf. à cet égard : DEUMIER (P.), *op. cit.*, p. 125, et *infra*, n° 13 et s.).

⁵³ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre la lettre ..., op. cit.*, p. 275. Ce constat est posé par François Ost à propos des conventions internationales et en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme, « entièrement fondé(e)s sur la notion d'objectifs à atteindre » (*ibid.*, p. 275). L'auteur précité s'inspirait lui-même du point de vue exprimé par le juge Pescatore au sujet des traités de Rome et de Paris (PESCATORE (P.), « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice. Contribution à la doctrine de l'interprétation téléologique des traités internationaux », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles-Paris, 1972, t. II, p. 327, cité par OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre la lettre ..., op. cit.*, p. 275). On relèvera à cet égard que, « désireuse d'assurer à l'obligation de *standstill* de l'article 12 (du traité C.E.E.) une efficacité maximum, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que par 'droits appliqués', il faut entendre les droits effectivement appliqués et non ceux légalement applicables lors de l'entrée en vigueur du traité C.E.E. ». (CONSTANTINESCO (V.) et al., *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1992, p. 103, se référant à C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, *Rec.*, 1963, 1). Pour rappel, l'article 12 du traité C.E.E. prévoyait que « les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane à l'importation et à l'exportation ou taxes d'effet équivalent, et d'augmenter ceux qu'ils appliquent dans leurs relations commerciales mutuelles ».

⁵⁴ Selon la célèbre formule de la Cour européenne des droits de l'homme, consacrée notamment dans son arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, § 26. Voy. également : COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, *Commission internationale de juristes c. Portugal*, plainte n° 1/1998, 10 septembre 1999, www.humanrights.coe.int/cseweb/FR/F3/F33c.htm, cons. 32.

⁵⁵ On remarquera du reste qu'en ce qui concerne les droits de la première génération, l'existence même de l'obligation de *standstill* procède d'une interprétation téléologique, la théorie des obligations positives qui la contiennent en germe ayant été construite sur cette base. En revanche, dans le cadre de l'article 23 de la Constitution, c'est une interprétation historique qui a conduit la Cour constitutionnelle à reconnaître l'existence d'une obligation de *standstill*, notamment à propos du droit à l'aide sociale qu'il consacre en son alinéa 3, 2° (voy. à cet égard : C.C., 27 novembre 2002, n° 169/2002, B.6.4).

centrique” à une jurisprudence “sociocentrique”⁵⁶, « le large consensus dont bénéficient », en tout cas sur le plan des principes⁵⁷, les droits économiques, sociaux et culturels et, plus généralement, les droits fondamentaux, « rend les audaces de l’interprétation téléologique acceptables »⁵⁸.

(4) Le plaidoyer en faveur d’une interprétation téléologique emporte une conséquence pour la question qui nous retient : seule une pratique favorable à l’effectivité des droits fondamentaux et à leur caractère téléologique (pratique *supra legem*) peut prétendre influencer la détermination du niveau de protection à prendre en considération. Dans cette perspective, la pratique de nature à préciser le sens de la norme de base tire sa légitimité de la norme de référence et, plus précisément, du caractère téléologique des droits de l’homme⁵⁹.

A contrario, la directive d’interprétation téléologique exclut de prendre en compte l’application d’une loi lorsqu’elle se révèle moins généreuse que son prescrit normatif (pratique *infra legem*). Il faut alors considérer que le niveau de protection auquel il convient d’avoir égard est celui établi par la loi, et non le niveau de protection inférieur que lui ont, *in casu*, conféré les autorités chargées de l’appliquer.

(5) Le législateur, premier débiteur de l’obligation de *standstill*, est-il *tenu*, en légiférant, de tenir compte du niveau de protection résultant d’une interprétation téléologique conférée à la norme de base ?

La réponse à cette question dépend à notre sens de l’auteur de l’interprétation. Lorsqu’elle émane d’un juge⁶⁰, la question posée commande au préalable de se demander si la jurisprudence, comprise au sens de « l’ensemble des règles de

⁵⁶ DUMONT (H.) et HOREVOETS (Ch.), *op. cit.*, p. 187. De manière plus radicale encore, la méthode fonctionnaliste ou sociologique « accorde [...] une importance prépondérante aux réalités [...], admet [...] uniquement dans la pensée ce qui est enseigné par les faits » (VANDER EYCKEN (P.), *Méthode positive de l’interprétation juridique*, Bruxelles, 1906, p. 8, cité par OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *Entre la lettre..., op. cit.*, p. 104). On relèvera cependant avec Fr. Ost et M. van de Kerchove que cette méthode « s’affranchit à ce point de la référence au texte qu’on peut se demander s’il s’agit bien encore d’une doctrine de l’interprétation » (*De la pyramide au réseau ? ...*, *op. cit.*, p. 414).

⁵⁷ Aucun parti démocratique ne songerait sérieusement à contester la légitimité de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels. En revanche, leur mise en œuvre présuppose des débats politiques qui, pour le dire très simplement et de façon nécessairement caricaturale, ne peuvent manquer de raviver le clivage gauche-droite quant à l’ampleur des prestations à accorder et aux modalités à privilégier. Pour une approche tout en nuances de ce clivage, conduisant à le complexifier, voy. DUMONT (D.), *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, La Charte, Bruxelles, 2012.

⁵⁸ DUMONT (H.) et HOREVOETS (Ch.), *op. cit.*, p. 187. Les auteurs émettent pour leur part ce propos au sujet des « nobles objectifs énoncés dans le préambule de la Convention [européenne des droits de l’homme] ».

⁵⁹ Comp. avec le propos de DEUMIER (P.), *op. cit.*, p. 116 et 117 : « il n’y a pas d’autre légitimité pour la pratique que celle de l’expérience [...] la pratique qui va s’ancrer sera souvent celle du plus fort ou la plus efficace économiquement, sans autre grand souci de légitimité ».

⁶⁰ Peu importe, à cet égard, que l’interprétation conférée à la loi par le juge s’adosse ou non à une pratique développée par d’autres acteurs.

droit qui se dégagent implicitement ou explicitement (des décisions rendues par les juridictions) »⁶¹, constitue une source de droit ou, autrement dit, est juridiquement obligatoire⁶² pour l'auteur de l'interprétation considérée et les autres juges⁶³.

Cette question a déjà été largement débattue par Michel van de Kerchove qui, dans le cadre du présent ouvrage collectif, a revisité la jurisprudence comme source du droit. Comme l'a démontré l'auteur à propos du pouvoir judiciaire⁶⁴, il n'existe pas de règle de reconnaissance habilitant explicitement le juge à élaborer des normes jurisprudentielles au sens précité, mais l'attitude du pouvoir judiciaire invite à penser qu'elles font l'objet d'une reconnaissance implicite les érigeant en véritables règles de droit⁶⁵. « [L]orsqu'elle atteint le stade d'un enseignement fermement acquis, [la jurisprudence] fait littéralement corps avec le texte de la loi au point de ne plus pouvoir en être dissocié[e] »⁶⁶; « la norme [...] qui fait l'objet d'une interprétation acquise, n'a point un sens quelconque mais bien et exclusivement le sens

⁶¹ VAN DE KERCHOVE (M.), « Jurisprudence et rationalité juridique », *Arch. phil. dr.*, 1985, p. 207. Voy. également : VAN DE KERCHOVE (M.), « La jurisprudence revisitée... », dans cet ouvrage, p. 670 et 671.

⁶² VAN DE KERCHOVE (M.), « Jurisprudence et rationalité juridique », *op. cit.*, p. 212.

⁶³ À l'égard du juge, la question se confond avec celle de savoir s'il est, à l'instar du législateur, débiteur de l'obligation de *standstill*.

⁶⁴ Rien n'interdit cependant d'étendre le raisonnement à la Cour constitutionnelle et à la section du contentieux administratif du Conseil d'État, qui sont les juridictions les plus concernées par le contrôle de l'obligation de *standstill*.

⁶⁵ VAN DE KERCHOVE (M.), « La jurisprudence revisitée... », *op. cit.*, p. 683-699. L'auteur précise cependant que la force obligatoire de la règle jurisprudentielle est relative, puisqu'« une telle force obligatoire ne lui est acquise que dans la mesure où elle bénéficie également de l'« accord » ou de l'« adhésion » des autres juridictions, se traduisant par l'acceptation ou la résignation, par l'absence, en tout cas, d'opposition » (*ibid.*, p. 703). Et l'auteur d'ajouter que ce « droit de résistance » des juridictions inférieures connaît deux limites : d'une part, elles doivent s'incliner dans l'hypothèse d'un renvoi après deuxième cassation; d'autre part, elles doivent « avoir de bons « motifs » de s'écarter de la jurisprudence consacrée ou une « raison nouvelle qui obligerait à s'en écarter » » (*ibid.*, p. 704). Tel pourrait notamment être le cas, dans le cadre de la problématique qui nous retient, si la Cour de cassation conférait une interprétation restrictive au niveau de protection légalement consacré et aboutissait de la sorte à réduire l'effectivité du droit fondamental considéré. La norme de référence dont est déduite une obligation de *standstill* conduit en effet à conditionner la validité de la règle jurisprudentielle à l'observation d'une donnée matérielle supplémentaire, par rapport aux éléments axiologiques imprégnant le phénomène jurisprudentiel (égalité, justice, etc.) (cf., à cet égard, VAN DE KERCHOVE (M.), « Jurisprudence et rationalité juridique », *op. cit.*, p. 241), à savoir la prise en compte de l'idée de progrès ou, pour le dire autrement, de la dimension téléologique des droits de l'homme.

⁶⁶ VAN COMPERNOLLE (J.) et VERDUSSEN (M.), « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? À propos de l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, p. 301, et l'analogie réalisée par les auteurs avec le droit international privé.

que la jurisprudence lui a procuré⁶⁷ : c'est ce qu'on vise sous l'expression d'« autorité de chose interprétée »⁶⁸.

De là à considérer qu'en plus d'obliger le juge, la jurisprudence lierait le législateur, qui serait en conséquence tenu d'observer le niveau de protection *supra legem* qu'elle consacre, il y a un pas qu'on n'oserait franchir sans autres précisions. Comme telle, en effet, la jurisprudence ne lie jamais directement le législateur qui peut en principe, à tout moment, la contredire par l'adoption d'une loi. Dans le cadre de la problématique qui nous retient, ce n'est donc qu'indirectement, par le biais de l'obligation de *standstill* découlant d'une norme hiérarchiquement supérieure à la loi, que le législateur pourrait se trouver lié par une jurisprudence mobilisant une interprétation téléologique.

Pour s'imposer, quoiqu'indirectement, au législateur, encore faut-il que ce dernier ait pu avoir connaissance de la règle jurisprudentielle considérée⁶⁹. Une exigence de publicité doit dès lors être rencontrée. Celle-ci pourrait, le cas échéant, poser difficulté pour les décisions des cours et tribunaux judiciaires, qui ne font pas l'objet d'une publication systématique, loin de là⁷⁰. Par contre, si cette publication est assurée (ce qui est notamment le cas de tous les arrêts du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle), sa connaissance par les autres acteurs juridiques devrait être présumée⁷¹.

Reste alors à savoir si, aux fins de couper les ailes à une règle jurisprudentielle qu'il estimerait trop généreuse du point de vue de l'effectivité des droits fondamentaux, le législateur pourrait adopter une loi interprétative⁷², sans

⁶⁷ *Ibid.*, p. 302.

⁶⁸ VAN DE KERCHOVE (M.), « La jurisprudence revisitée... », *op. cit.*, p. 698 et 702. Plus la jurisprudence présente comme standard d'effectivité supérieur à la norme elle-même sera abondante et plus sa force normative sera importante. Ce qui est vrai quantitativement l'est aussi qualitativement. L'autorité des décisions de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État est à cet égard incontestable, et, au sein du pouvoir judiciaire, il est légitime qu'une hiérarchisation s'opère entre la jurisprudence de la Cour de cassation, celle des instances d'appel et celle des juges de premier ressort.

⁶⁹ Il en va de même pour le juge qui n'est pas l'auteur de l'interprétation considérée.

⁷⁰ M. van de Kerchove écrit à cet égard « qu'à défaut de publication, non seulement il est peu probable qu'une décision judiciaire aboutisse à la création d'une règle jurisprudentielle, mais encore qu'il sera impossible, le cas échéant, de "vérifier, avec toutes les précisions nécessaires, l'existence d'un précédent" » (*ibid.*, p. 670).

⁷¹ La règle jurisprudentielle restera cependant affectée d'une part d'incertitude ou d'indétermination en raison de sa formulation, potentiellement implicite, et de la texture ouverte du langage juridique qui l'affecte, compte tenu de sa nature même (voy., à cet égard, VAN DE KERCHOVE (M.), *ibid.*, p. 672 et 673).

⁷² Les articles 84 et 133 de la Constitution réservent en effet aux législateurs concernés la compétence d'interpréter de manière authentique les lois qu'ils ont adoptées. Ces lois interprétatives présentent par nature une portée rétroactive, dans la mesure où elles sont supposées révéler « le sens et la portée que la loi interprétée est censée avoir eu depuis sa promulgation ». « Ce qu[e] [le législateur] entend désavouer, c'est la règle de droit précise que [la] source [jurisprudentielle] a produite et dont il désavoue le contenu » (VAN DE KERCHOVE (M.), « Jurisprudence et rationalité juridique », *op. cit.*, p. 222).

pour autant manquer de respect à l'obligation de *standstill* qui s'impose à lui. En raison de la rétroactivité qui lui est consubstantielle, la notion de loi interprétative fait l'objet d'une définition très restrictive de la part de la Cour constitutionnelle. Jugé à cet égard que, « Sous réserve des règles applicables en droit pénal et du respect des décisions de justice passées en force de chose jugée, l'effet rétroactif qui s'attache à une disposition législative interprétative est justifié lorsque la disposition interprétée ne pouvait, dès l'origine, être raisonnablement comprise autrement que de la manière indiquée dans la disposition interprétative »⁷³. Pas question donc, par ce biais, de prétendre mettre un terme à une interprétation téléologique de la norme de base que son prescrit autorisait : le législateur peut uniquement expliciter son intention initiale, présente dès l'origine ; en aucun cas il ne peut conférer à la loi interprétée un sens qui ne pouvait raisonnablement être considéré comme étant le sien à l'origine.

Enfin, dans l'hypothèse où le juge interpréterait de manière restrictive une loi protectrice des droits fondamentaux, le législateur ne pourrait entériner le niveau de protection résultant de cette interprétation, sans porter atteinte à l'obligation de *standstill*. En revanche, le fait que la jurisprudence confère une interprétation restrictive à la loi pourrait éventuellement avoir une incidence dans le cadre du contrôle de proportionnalité, pour autant qu'il existe par ailleurs de bonnes raisons de justifier le recul opéré par le législateur.

(6) Compte tenu de l'autorité de chose interprétée qui lui est attachée, une jurisprudence fermement acquise jouit indéniablement d'un statut enviable par rapport aux autres pratiques – administratives ou sociétales – dont on voit mal comment elles pourraient, quant à elles, s'imposer au législateur.

Ce dernier gagnerait toutefois à les prendre en considération, ne fût-ce qu'en raison de la menace d'une sanction de sa législation par un juge qui, lui, aurait égard à la pratique considérée dans le cadre du contrôle de l'obligation de *standstill*.

Encore faudrait-il, pour ce faire, que le législateur soit dûment averti de la pratique considérée. Le recours à une étude sociologique semble ici s'imposer pour identifier précisément la pratique en question. On peut par ailleurs penser que la qualité de son auteur tout comme la réception de la pratique par ses destinataires⁷⁴ influenceront sa prise en compte par le juge et le législateur.

⁷³ C.C., 1^{er} février 2006, n° 20/2006, B.7.3.

⁷⁴ Sans pour autant la tenir pour obligatoire, les destinataires de la pratique considérée devraient en tout cas lui manifester une certaine forme d'adhésion. Cette condition fait écho au deuxième pôle de la force normative – la portée normative –, qui incarne la force perçue par les destinataires de la norme,

À l'instar du constat posé pour la règle jurisprudentielle, l'existence d'une pratique régressive, à la supposer dûment attestée, pourrait, le cas échéant, faciliter l'identification et l'explicitation, par le législateur, des motifs justifiant une diminution du niveau de protection légalement consacré.

12. En résumé, parmi les pratiques *secundum legem*, seule une interprétation jurisprudentielle téléologique de la norme de base, favorable à l'effectivité du droit fondamental considéré et qualifiée pour cette raison de *supra legem*, est de nature à s'imposer au législateur, désireux de modifier le niveau de protection conféré audit droit. Dans cette hypothèse, l'interaction entre sources formelles est encore intensifiée par rapport au fonctionnement schématique initial de l'obligation de *standstill* : il ne s'agit plus seulement pour la norme de base (source légale) de venir préciser la norme de référence (source constitutionnelle ou convention internationale)⁷⁵ ; la norme de base est elle-même complétée par la règle jurisprudentielle (troisième source formelle).

B. La pratique contra legem

13. Toujours en vue de déterminer si une pratique peut intervenir dans le cadre du contrôle de l'obligation de *standstill*, il convient à présent d'avoir égard à une autre hypothèse : celle où, à l'instar du premier cas de figure envisagé, la pratique naît postérieurement à l'intervention du législateur, mais où, loin de la compléter, contredit cette fois la loi. On est alors en présence d'une pratique *contra legem*⁷⁶.

14. Comme dans la précédente hypothèse, une pratique *contra legem* peut conduire à amoindrir le niveau de protection consacré par la norme de base (pratique *infra legem*), en raison, par exemple, d'une application partielle de celle-ci. C'est le moment de revenir sur l'exemple figurant dans l'introduction de cet article : le développement d'une pratique *contra* et *infra legem*, à savoir l'imposition de contributions à des parents pour permettre à leurs enfants de bénéficier d'un enseignement que la loi réputait pourtant gratuit, pratique

« et plus largement par les acteurs sociaux et les acteurs du droit, qu'ils soient auteurs de doctrine ou praticiens » (THIBIERGE (C.), « Conclusion. Le concept de "force normative" ». *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant-L.G.D.J., Bruxelles-Paris, 2009, p. 827).

⁷⁵ Cf. *supra*, n° 1 *in fine*.

⁷⁶ Sous ce label, on vise aussi l'hypothèse où une pratique se développerait en l'absence d'intervention légale et serait, de ce fait, contraire à une norme hiérarchiquement supérieure (autre que la norme de référence dont est déduite une obligation de *standstill*) imposant précisément l'intervention du législateur. Pour une illustration de cette hypothèse, cf., *infra*, n° 17.

qui a débouché sur le décret « missions » de 1997 autorisant la perception de certains frais⁷⁷.

15. On peut cependant également envisager l'hypothèse où une pratique *contra legem* irait au-delà des exigences légales pour apporter un surcroît de protection aux droits de l'homme (pratique *supra legem*), tout en excédant manifestement les limites de ce que l'interprétation autorise. Il en irait notamment ainsi d'une pratique de non-application d'une loi liberticide.

Un autre exemple de pratique *contra* et *supra legem* peut être tiré de la lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° 123/2011, rendu le 7 juillet 2011. Le Conseil d'État était saisi d'un recours en annulation... de la nomination d'une conseillère d'État. Embarras pour la Haute juridiction qui avait elle-même présenté la candidate lors de l'épreuve de sélection et qui s'interrogeait donc sur son aptitude à connaître de ce recours dans le respect de l'apparence d'impartialité. La Cour constitutionnelle l'a rassurée en faisant état d'une « pratique constante au sein du Conseil d'État, en vertu de laquelle, dans le cadre de la délibération et du vote en assemblée générale sur la présentation d'une liste de trois candidats pour une fonction vacante de conseiller d'État, il est constitué une chambre *ad hoc*, composée de conseillers d'État qui ne prennent pas part à la procédure de présentation, en vue d'examiner les recours éventuels introduits contre les nominations qui suivent les présentations »⁷⁸. Cette pratique peut être qualifiée de *contra legem* dans la mesure où, en vertu de l'article 99 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, l'assemblée générale se compose de tous les conseillers⁷⁹. Elle est également *supra legem*, puisque, sans elle, le Conseil d'État serait dans l'incapacité de trancher ce litige.

⁷⁷ Cf., *supra*, n° 3. Dans le même ordre d'idées, le constituant a opéré un recul dans la protection du droit à l'enseignement consacré, notamment, par l'article 13 du PIDESC, en se limitant, en 1988, à garantir dans l'article 24, § 3, de la Constitution la gratuité de l'accès à l'enseignement jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, alors que la législation de l'époque proclamait la gratuité de l'enseignement obligatoire. Il assumait du reste ce recul en reconnaissant implicitement l'ineffectivité de la législation en vigueur (cf. la réponse du secrétaire d'État néerlandophone à l'Éducation nationale, Rapport de la Commission de la révision de la Constitution du Sénat, *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1988, n° 100-1/2°, p. 35). En conséquence de quoi les amendements tendant à passer de la garantie d'une gratuité de l'accès à l'exigence constitutionnelle d'un enseignement obligatoire gratuit ont été rejetés, au motif que donner suite à cet amendement « ouvrirait la voie à des dépenses insensées » (Rapport de la Commission de la révision de la Constitution du Sénat, *op. cit.*, p. 83 et 84). Le constituant n'évoqua jamais les engagements internationaux pris par l'État belge lorsque celui-ci adhéra au PIDESC ; l'obligation de *standstill*, par exemple, ne fut jamais mentionnée. Or la prise en compte de la pratique *contra legem* qu'entendait faire le constituant au nom de la raison budgétaire aurait dû être écartée au vu des engagements internationaux pris par l'État belge.

⁷⁸ Considérant B.6.4 de l'arrêt.

⁷⁹ Voy. SALMON (J.), JAUMOTTE (J.) et THIBAUT (E.), *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruylant, Bruxelles, 2012, p. 128.

16. Revenons-en à la question qui nous occupe : une pratique *contra legem* peut-elle en droit, et plus particulièrement en matière de *standstill*, prétendre établir le niveau de protection conféré à un droit fondamental considéré ?

Il n'est plus question ici de prendre en compte la pratique par le biais de l'interprétation d'un texte légal (en l'occurrence la norme de base), dans la mesure où la pratique ne vient plus compléter la loi, mais la contredire. La question est de savoir si la pratique peut tenir lieu de norme de base – et à ce titre constituer une source formelle du droit –, en lieu et place de la loi. En définitive, elle revient à se demander dans quelle mesure l'abrogation par désuétude est admise.

Qu'il s'agisse d'une abrogation totale ou d'une simple modulation de la loi par la pratique, une telle méthode de modification légale n'est pas admissible en droit belge et plus généralement dans un État de droit. En présence d'une loi réalisant un droit fondamental considéré et d'une pratique qui lui serait contraire, le principe de légalité gouvernant le régime des obligations positives et de l'obligation de *standstill* commande d'écarter la pratique en question au profit du niveau de protection établi par un législateur démocratiquement élu ; « en droit interne, le juge se voit ordonner par la norme de reconnaissance l'application de la loi impérative face à une pratique contraire »⁸⁰. Il en va d'autant plus ainsi qu'en vertu de l'article 33 de la Constitution belge, seul l'auteur d'une norme est en principe compétent pour l'abroger. Dans la rigueur des principes et en l'état actuel du droit, l'ineffectivité de la règle ne peut donc avoir pour conséquence de mettre un terme à ses effets⁸¹. La doctrine et la jurisprudence sont généralement établies en ce sens. Ainsi, la Cour d'appel de Bruxelles a déclaré à propos de l'article 66, alinéa 4, du Code pénal, qui incrimine en tant que coauteurs ceux qui incitent à commettre un crime ou un délit, « soit par des discours tenus dans des réunions ou dans des lieux publics, soit par des écrits » : « admettant même que cette disposition n'ait plus été appliquée depuis sa promulgation, elle n'est pas abrogée pour autant ; qu'il n'y a pas, en droit pénal, d'abrogation par désuétude (Cass., 19 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, 72) ; Que la cour ne peut que prendre acte des indignations de

⁸⁰ DEUMIER (P.), *op. cit.*, p. 123. Et l'auteur d'ajouter que, « dès lors, peu importe que la pratique soit *hard* ou *soft*, soit officiellement admise par les sources du droit ou un simple modèle de comportement : peu importe, donc, puisque toutes les formes succomberont à la loi impérative », tout en précisant qu'« il était pourtant possible, du moins en théorie, d'imaginer d'autres combinaisons pour les seules pratiques *hard*, en plaçant les différentes normes sur un même rang et en recourant aux principes de conflits de normes » (*ibid.*, p. 123).

⁸¹ On peut, à cet égard, se demander comment concilier la thèse selon laquelle, en plus d'être légale, une norme doit, pour voir sa validité confirmée, bénéficier d'une certaine dose de légitimité et surtout, au regard de la question qui nous intéresse, d'effectivité (*cf.* la théorie des trois cercles de la validité développée, entre autres, par Fr. Ost et M. van de Kerchove) avec l'article 33 de la Constitution belge, qui s'oppose à l'abrogation par désuétude (HACHEZ (I.), « Balises... », *op. cit.*, p. 36).

la défense des prévenus quant au maintien de cette disposition dans le code pénal alors qu'elle est tenue d'appliquer cette disposition légale faisant partie de notre droit positif; qu'il n'est pas prévu que ce mode de participation criminelle ne pourrait être retenu à propos de discours tenus dans le contexte d'un conflit social»⁸².

On rappellera par ailleurs que l'article 108 de la Constitution fait interdiction au Roi de suspendre les lois ou de dispenser de leur exécution⁸³. Même confronté à une loi inique, le Roi n'a d'autre issue, en tant que pouvoir

⁸² Bruxelles, 2 mai 2002, J.L.M.B., 2003/2, p. 71. Voy., à cet égard, KUTY (F.), *Principes généraux du droit pénal belge*, t. 1, *La loi pénale*, 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 2009, p. 258-260. Cet enseignement de principe connaît cependant des exceptions. Ainsi, en matière de procédure pénale, le principe de l'opportunité des poursuites s'est-il substitué, en pratique, au principe de légalité. Jugé à cet égard, dans une décision du 27 février 1976, que « le procureur du Roi a le droit de laisser la plainte, la dénonciation ou le procès-verbal sans suite, ce qui démontre bien que les articles 47, 53 et 64 du Code d'instruction criminelle sont tombés en désuétude » (Corr. Nivelles, 27 février 1976, J.T., 1976, p. 368. En doctrine, voy. BOSLY (H. D.), VANDERMEERSCH (D.) et BERNAERT (M.-A.), *Droit de la procédure pénale*, 6^e éd., La Chartre, Bruges, 2010, p. 75 [« contrairement aux lois pénales, les lois de procédure pénale peuvent être abrogées par désuétude »], et les références doctrinales citées à l'appui de cette affirmation). On renseigne par ailleurs, presque pour mémoire, un arrêt de la Cour de cassation rendu en 1833 qui semble admettre la désuétude dans l'hypothèse où les faits contraires à la règle de droit auraient été rapportés par celui qui s'en prévaut, *quod non* en l'espèce: « Considérant qu'un règlement municipal (de police), pas plus qu'une loi, ne tombe en désuétude par le seul effet de sa non-application pendant un temps, quelque long qu'il soit, si, pendant ce temps, il ne s'est présenté des cas notoires auxquels il était applicable et n'a pas été appliqué; Considérant que les demandeurs n'ont offert de prouver, ni même articulé l'existence d'aucun fait quelconque contraire audit article 21, mais se sont bornés à alléguer vaguement une désuétude qui a été formellement contredite par le ministère public » (Cass., 23 août 1833, *Pas.*, 1833-1836, I, p. 143). De son côté, le Conseil du contentieux des étrangers semble s'être tout récemment contenté d'une pratique *contra legem* pour conclure à ce que l'on serait tenté de qualifier d'une abrogation par désuétude. Ce Conseil a ainsi refusé de reconnaître la qualité de réfugié à un Guinéen qui invoquait les risques qu'il courrait à retourner dans son pays en raison de son homosexualité (C.C.C., arrêt n° 48.411 du 22 septembre 2010, *Rev. dr. étr.*, n° 159, 2010/3, p. 159, www.rvv-ccc.be). Au terme d'une analyse des données factuelles communiquées par les parties, le Conseil conclut en effet: « il existe en Guinée des dispositions pénales incriminant l'homosexualité, mais [...] il n'y a pas de poursuite au niveau judiciaire pour le simple fait d'être homosexuel; le Conseil constate encore, au vu des informations disponibles qu'un "homosexuel, victime de violence homophobe, ne pourra sans doute pas compter sur la protection de ses autorités" et que les homosexuels "sont parfois victimes de crimes haineux graves". Ces différentes constatations doivent conduire à une grande prudence dans l'examen des demandes de protection internationale basées sur l'homosexualité affirmée du demandeur. Toutefois, il ne ressort ni des arguments développés par la partie requérante, ni des éléments versés au dossier administratif et au dossier de la procédure, qu'à l'heure actuelle, tout homosexuel puisse se prévaloir de raisons de craindre d'être persécuté du seul fait de son orientation sexuelle » (cons. 4.17). Faut-il déduire de cette jurisprudence que le Code pénal ne fait pas peser une menace suffisamment immédiate sur les résidents d'un État et que celui-ci n'a plus l'obligation de protéger les personnes placées sous son autorité en cas de violation des droits de l'homme perpétrée par des personnes privées? Il semble qu'il faut avoir égard au contexte particulier d'un contentieux où une avancée jurisprudentielle généreuse risque de provoquer de grands appels d'air.

⁸³ Voy. à ce propos, dans le présent ouvrage collectif, la contribution de X. Delgrange et L. Detroux. En matière pénale, la combinaison des articles 33, 108 et 151 de la Constitution, cette dernière disposition donnant le pouvoir d'injonction positive au ministre de la Justice, impose au ministère public de veiller à l'application de la loi.

exécutif, que de l'appliquer et de veiller à son respect. En revanche, en tant que branche du pouvoir législatif, il a évidemment le pouvoir, sinon le devoir, d'entreprendre de la modifier afin de la rendre conforme aux exigences de la Constitution et du droit international des droits de l'homme. Ces principes constitutionnels ne sont jamais que l'application du principe démocratique en vertu duquel la loi est l'œuvre d'une assemblée délibérante élue, qui seule peut la modifier ou l'abroger⁸⁴.

17. Pour en revenir à l'exemple de l'introduction, c'est donc à bon droit qu'afin d'apprécier le respect de l'obligation de *standstill* par le texte soumis à son examen, la section de législation du Conseil d'État a eu égard au seul niveau de protection légalement consacré (la gratuité de l'enseignement), sans se soucier de la pratique *contra legem* qui s'était développée (l'imposition de contributions aux parents).

Dans ses arrêts n° 28/2007 du 21 février 2007 et n° 56/2008 du 19 mars 2008, la Cour constitutionnelle a pourtant validé l'absolution accordée par le législateur à une pratique *contra legem* (celle qui consistait pour les Hautes Écoles directement organisées par la Communauté française à percevoir des droits complémentaires au minerval établi par le décret)⁸⁵, au motif que « l'autorité à laquelle s'imposait l'obligation [de *standstill*] », à savoir la Communauté française et plus précisément les Hautes Écoles qu'elle organise, ont « pu se méprendre » sur la portée de la législation applicable et, en particulier, la disposition qui interdit la perception de droits à l'égard des étudiants boursiers, y lisant une habilitation à percevoir de tels droits à l'égard des autres étudiants⁸⁶. Peut-on en déduire qu'une pratique *contra legem* pourrait être excusée si elle a été menée de bonne foi, notamment au motif d'une mauvaise

⁸⁴ En ce sens, et comme le relève M. Coipel dans sa contribution au présent ouvrage collectif (*op. cit.*, p. 556, note 36), Fr. Gény oppose « la force inconsciente et inorganisée de la coutume » *contra legem* à « la puissance réfléchie et régulière de la loi ». On ajoutera que, compte tenu de la thèse du point mobile à laquelle on a d'emblée annoncé adhérer (*cf. supra*, n° 2), l'hypothèse de la prise en compte d'une pratique *contra legem* défavorable à l'effectivité du droit fondamental considéré ne devrait pas se poser lorsque la pratique naît postérieurement à l'intervention du législateur et contredit celle-ci.

⁸⁵ En effet, conformément au principe de légalité consacré par l'article 24, § 5, de la Constitution, ces établissements n'auraient pu percevoir de tels frais que s'ils y avaient été habilités par décret, ce qui n'était pas le cas avant l'adoption du décret du 20 juillet 2005 relatif aux droits complémentaires perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire.

⁸⁶ C.C., n° 28/2005, B.4.12. La Cour se montre ainsi magnanime à l'égard des autorités communautaires qui ignoraient sa propre jurisprudence, puisqu'elle avait déjà indiqué, bien avant et par deux fois, que cette législation n'avait « pas pour objet d'habiliter le gouvernement ou les Hautes Écoles à prélever des droits complémentaires » (C.C., 18 février 1998, n° 17/98, B.3.3, et C.C., 22 avril 1998, n° 44/98, B.4). En comparaison, la Cour de cassation considère que la méconnaissance de sa propre jurisprudence par le juge du fond constitue une erreur de droit – et non de fait – inexcusable (*voy.*, dans le présent ouvrage, VAN DE KERCHOVE (M.), « La jurisprudence revisitée : un retour aux sources », p. 22 et 23).

compréhension de la législation applicable? Quoi qu'il en soit, il paraît difficilement concevable que l'autorité puisse exciper d'une mauvaise compréhension de sa propre législation pour se dispenser de la respecter⁸⁷.

18. Le législateur, premier débiteur de l'obligation de *standstill*, ne pourrait donc pas, sans porter atteinte à l'obligation de *standstill*, tirer parti de l'ineffectivité du niveau de protection qu'il a consacré aux fins de le diminuer, voire de le supprimer. Il importe peu, à cet égard, que l'ineffectivité de la loi résulte du développement d'une pratique *contra legem* ou d'une défaillance des autorités publiques dans l'exécution du niveau de protection garanti par la loi. Songeons, par exemple, aux très nombreux décrets en matière de droit à la culture qui demeurent inexécutés ou très partiellement exécutés, faute de moyens budgétaires. Le législateur ne pourrait, dans cette hypothèse, tirer argument d'une défaillance des autorités publiques dans l'exécution de normes qu'il a adoptées pour s'exonérer de toute responsabilité sous l'angle de l'obligation de *standstill*. Ainsi, dans un avis rendu sur un avant-projet de décret «modifiant le décret réglant pour la Communauté française les allocations et les prêts d'études, coordonné le 7 novembre 1983», la section de législation du Conseil d'État accepta de vérifier le respect de l'obligation de *standstill*, en dépit du fait que la norme de base n'avait jamais été appliquée⁸⁸. En l'espèce, le décret du 7 novembre 1983 relatif aux prêts d'études avait été exécuté partiellement par un arrêté du 12 mai 1999, dont l'entrée en vigueur avait cependant été sans cesse reportée pour des raisons d'ordre budgétaire. Dans son avis, la section de législation n'en souleva pas moins la question de la conformité à l'obligation de *standstill* de l'avant-projet de décret par rapport au niveau de protection établi par le décret du 7 novembre 1983. Plus précisément, elle invita les auteurs de l'avant-projet de décret à démontrer, dans l'exposé des motifs, que les suppressions envisagées ne devaient pas être considérées comme une régression au regard de l'article 13.2.e) du PIDESC⁸⁹.

⁸⁷ Voy. par ailleurs, au sujet de la prise en compte d'une pratique *contra legem* par la Cour constitutionnelle, l'arrêt n° 123/2011 précité à la note 44 et au n° 15.

⁸⁸ Avis du Conseil d'État n° 34.696/2, rendu le 19 février 2003, sur un avant-projet de décret modifiant le décret réglant pour la Communauté française les allocations et les prêts d'études, coordonné le 7 novembre 1983, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2002-2003, n° 393.

⁸⁹ Voy. également l'avis du Conseil d'État n° 36.148/2, rendu le 1^{er} décembre 2003, sur un avant-projet de loi spéciale portant diverses modifications en matière de législation électorale (*Doc. parl.*, Chambre, 2003-2004, n° 584). Bien qu'il ne soit pas question, dans cet avis, du principe de *standstill*, l'enseignement qui s'en dégage est intéressant pour la question qui nous retient. À l'estime du Conseil d'État, en effet, «l'exposé des motifs de l'avant-projet de loi à l'examen n'explique pas pourquoi le législateur devrait revenir sur une réforme législative qui avait pour but d'améliorer l'effet utile du vote du citoyen et qui n'a jamais été appliquée. Il convient que l'exposé des motifs justifie le rétablissement

19. Les organes de contrôles internationaux vont plus loin encore⁹⁰. Ils ne se limitent pas à interdire au législateur de tirer parti de l'ineffectivité de la norme de base qu'il a adoptée. Ils vont jusqu'à considérer qu'il ne suffit pas à l'État d'adopter une législation idoine pour satisfaire à ses engagements; encore doit-il s'assurer qu'elle soit effectivement observée, sous peine de ne pas respecter l'engagement qu'il a souscrit. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a-t-elle condamné les autorités espagnoles pour n'avoir pas veillé au respect de leur propre réglementation en matière de pollution acoustique, ce qui compromettait le droit à la tranquillité du domicile, composante du droit au respect de la vie privée consacré par l'article 8 de la Convention. La Cour observe en effet que «l'administration municipale de Valence a certes adopté dans l'exercice de ses compétences dans la matière, des mesures, en principe adéquates, visant au respect des droits garantis, telles que l'arrêt relatif aux bruits et vibrations. Mais, pendant la période concernée, l'administration mise en cause a toléré l'inobservation réitérée de la réglementation qu'elle-même avait établie et y a aussi contribué. Une réglementation pour protéger des droits garantis serait une mesure illusoire si elle n'est pas observée de façon constante et la Cour doit rappeler que la Convention vise à protéger des droits effectifs et non illusoires ou théoriques»⁹¹.

De son côté, le Comité européen des droits sociaux, organe de surveillance de la Charte sociale européenne, a, par une décision du 10 septembre 1999, condamné l'État portugais pour avoir laissé se développer une pratique contraire aux dispositions légales et aux mesures qu'il avait pourtant adoptées pour se conformer au prescrit de l'article 7 de la Charte, interdisant le travail des enfants de moins de 15 ans⁹². En l'espèce, la Commission internationale de juristes avait introduit, devant le Comité, une plainte fondée sur le fait qu'en dépit des dispositions légales et autres mesures adoptées par le Portugal, «un grand nombre d'enfants de moins de 15 ans continuent à travailler illégalement dans de nombreux secteurs de l'économie, notamment dans le nord du pays»; elle s'appuyait notamment sur un rapport d'une organisation non gouvernementale. Reprenant à son compte l'enseignement de la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité «rappelle [notamment] que l'objet

de la distinction entre candidats titulaires et candidats suppléants, notamment au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ». Comp. avec la position adoptée par la Cour d'appel de Liège dans un arrêt rendu au contentieux des bruits d'avion: « une régression ne peut être retenue que s'il s'agit d'une régression concrète, à savoir pas d'une régression théorique ou d'une régression par rapport à des mesures espérées qui n'ont jamais été appliquées » (Liège, 29 juin 2004, R.G. n° 2001/447, inédit).

⁹⁰ Cf., *supra*, n° 6.

⁹¹ Cour eur. D.H., *Moreno Gomez c. Espagne*, 16 novembre 2004, § 37.

⁹² COMITÉ EUROPÉEN DES DROITS SOCIAUX, *Commission internationale de juristes c. Portugal*, plainte n° 1/1998, 10 septembre 1999, www.humanrights.coe.int/cseweb/FR/F3/F33c.htm.

et le but de la Charte, instrument de protection des Droits de l'Homme, consistent à protéger des droits non pas théoriques mais effectifs. À cet égard, il considère que l'application satisfaisante de l'article 7 ne peut être atteinte par le seul effet de la législation si l'application de celle-ci n'est pas effective et rigoureusement contrôlée »⁹³.

Enfin, dans son Observation générale n° 18 sur « Le droit au travail », adoptée le 24 novembre 2005, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels – organe de contrôle du Pacte international sur les droits économiques, sociaux et culturels – pointe comme mesure rétrograde, contraire à l'article 6 du Pacte, notamment, « la suspension de la législation nécessaire à l'exercice du droit au travail »⁹⁴. Constitue donc un manquement punissable « le fait de ne pas adopter ou de ne pas mettre en œuvre une politique nationale de l'emploi destinée à garantir à chacun la réalisation de ce droit [...] »⁹⁵.

20. Il résulte de ce qui précède qu'une pratique *contra legem* ne peut évincer, dans le cadre de l'obligation de *standstill*, le niveau de protection légalement consacré et prétendre s'y substituer. L'inapplication ou l'application partielle de la norme de base n'autorise pas, en soi, le législateur à diminuer le niveau de protection autrefois garanti, tout comme son abrogation porterait atteinte à l'obligation de *standstill*. Une justification est à tout le moins requise à cette fin, ce qui implique de réaliser un contrôle de proportionnalité de la régression opérée. Dans la discussion de la proportionnalité de la mesure régressive, une pratique *contra legem* pourrait, le cas échéant, intervenir, mais, une fois encore, cela suppose que le législateur se donne les moyens de correctement l'identifier, en réalisant préalablement une analyse aussi objective et précise que possible de la pratique et des raisons propres à la justifier. Or, lorsque la Communauté française a régressé en matière de gratuité de l'enseignement obligatoire, elle n'a avancé aucune étude, se contentant d'invoquer la mémoire de parents⁹⁶. Reconnaisant pour sa part, dans une circulaire du 10 mai 2006, que « la confusion en matière de frais scolaires est encore grande, tant dans le chef de certaines familles que dans celui de certains établissements scolaires »⁹⁷, la Ministre Arena, alors Ministre-Présidente du gouvernement de la Communauté française,

⁹³ Considérant 32 de la décision. Voy., par ailleurs, en particulier les considérants 39 à 43 de la décision.

⁹⁴ Point 34.

⁹⁵ Point 36.

⁹⁶ Voy., ci-avant, n° 3, 14 et 17.

⁹⁷ Circulaire n° 1461 du 10 mai 2006, « Gratuité de l'enseignement obligatoire et égalité des chances : coût de la scolarité à charge des familles », www.enseignement.be, p. 4.

a, quant à elle, chargé la Ligue des Familles d'effectuer une étude relative au coût de l'enseignement obligatoire.

21. En somme, si, au sein de l'ordre juridique belge, un choix s'impose entre le pôle de la légalité et celui de l'effectivité, le premier l'emporte sur le second (incarné en l'espèce par la pratique *contra legem*), mais la légalité elle-même ne peut totalement se passer de l'effectivité : une pratique *contra legem* devrait attirer l'attention du législateur, voire l'amener à revoir sa copie ; bien plus, le législateur doit veiller à l'application effective de la norme dont il est l'auteur, sous peine d'engager sa responsabilité internationale.

C. La pratique *praeter legem*

22. En vue d'apprécier si l'obligation de *standstill* autorise la prise en compte de la pratique, on peut enfin envisager l'hypothèse où celle-ci interviendrait en l'absence de toute intervention légale réalisant le droit fondamental considéré⁹⁸, en tout cas concernant le point sur lequel elle porte⁹⁹. On qualifiera cette pratique de *praeter legem* (littéralement, « à côté de, en marge de la loi »)¹⁰⁰.

23. Dans cette hypothèse, la question à rencontrer est identique à celle posée à propos de la pratique *contra legem* : une pratique *praeter legem* peut-elle tenir lieu de norme de base ? Autrement dit, le niveau de protection conféré à un droit fondamental doit-il nécessairement être consacré par une législation pour être pris en compte, ou peut-il également résulter d'une pratique *praeter legem* ? À supposer la réponse affirmative, il conviendrait de s'assurer que, lorsque le législateur intervient pour la première fois en matière de droits fondamentaux, son initiative permette de progresser sur le chemin de l'accomplissement de l'obligation positive assignée par la norme de référence considérée.

⁹⁸ Ce qui conduit à la distinguer des deux hypothèses envisagées précédemment : la pratique *secundum legem* et la pratique *contra legem*.

⁹⁹ En présence d'une pratique « *soft* », on pourrait qualifier la pratique *praeter legem* – tout comme, du reste, la pratique *contra legem* – de « paralégislative » (voy. sur cette notion : HACHEZ (I.), « Balises... », *op. cit.*, p. 45 et 46, n° 43 et 44). Une pratique *praeter legem* pourrait cependant tout aussi bien relever du *hard law* si, en plus d'être répétée dans le temps, elle était tenue pour obligatoire (comp. : DEUMIER (P.), *op. cit.*, pour qui le basculement de la pratique du *soft law* au *hard law* semble uniquement relever de la reconnaissance de cette pratique par le juge, en dehors de toute présence d'un élément subjectif (*opinio iuris*)).

¹⁰⁰ On pourrait également retenir la qualification de « pratique *sine legem* ».

24. La Cour constitutionnelle fut confrontée à une pratique *praeter legem* dans l'arrêt n° 40/94, qu'elle rendit le 19 mai 1994. Dans cette affaire, la Cour était amenée à apprécier la conformité d'un décret de la Communauté française instituant un droit d'inscription dans les établissements artistiques à horaire réduit (appellation poétique venant heureusement se substituer aux barbares « académies ») à l'obligation de *standstill* assortissant l'article 13 du PIDESC, qui impose aux États de réaliser progressivement la gratuité de l'enseignement¹⁰¹. La Cour compare, à cette fin, « la situation en matière de droits d'inscription résultant du décret entrepris (la norme litigieuse) avec celle existant le 6 juillet 1983, date à laquelle le Pacte a acquis valeur obligatoire à l'égard de la Belgique »¹⁰². À propos de la situation existant le 6 juillet 1983, la Cour constitutionnelle formule deux observations. Elle constate, d'une part, que « la gratuité de l'enseignement à horaire réduit n'était consacrée par aucun texte légal le 6 juillet 1983 »¹⁰³; il n'y avait donc pas, selon elle, de gratuité en droit. La Cour relève, par ailleurs, que « lors des débats qui ont précédé l'adoption du décret entrepris, il fut fait état, à plusieurs reprises, de la pratique selon laquelle certaines académies réclamaient un droit d'inscription sous la forme de cotisations »¹⁰⁴; il n'y avait donc pas non plus, selon elle, de gratuité généralisée en fait. Et la Cour constitutionnelle d'en déduire: « L'instauration de droits d'inscription par le décret attaqué

¹⁰¹ Et ce, après avoir décidé que la notion d'enseignement visée par l'article 13 du PIDESC « doit s'entendre largement », si bien « que l'enseignement artistique ne peut être considéré comme étant exclu des différentes formes d'enseignement protégées par le Pacte » (cons. B.2.5). La Cour constitutionnelle rejoignait en cela la section de législation du Conseil d'État, qui considérait simplement que l'instauration d'un minerval dans les académies était contraire à l'article 13 du PIDESC (C.E., 17 novembre 1992, n° 21.947/2, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1992-1993, n° 73/1, p. 21).

¹⁰² Considérant B.2.4. On précise que l'objet de la norme litigieuse n'était pas d'autoriser les académies subventionnées à percevoir un minerval. Dans la mesure où la Communauté française n'organise elle-même aucune académie, se contentant de subventionner celles organisées par des communes ou des personnes privées (voy. l'avis de la section de législation du Conseil d'État n° 26.937/2 du 3 décembre 1997 sur un avant-projet devenu le décret du 2 juin 1998 organisant l'enseignement secondaire artistique à horaire réduit subventionné par la Communauté française, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1997-1998, n° 214/1, observation générale II), point n'était en effet besoin de décret pour permettre aux académies, faisant usage de leur liberté ou de leur autonomie communale selon le cas, d'imposer un minerval. En l'espèce, la norme litigieuse avait pour objet d'imposer la perception d'un minerval au profit de la Communauté française afin de faire face « à la situation difficile de [ses] finances » (point A.5.5 de l'arrêt), ce qui explique que les académies ne bénéficieront pas d'une augmentation de leurs subventions malgré l'introduction de ce minerval (Déclaration du ministre de l'Enseignement, Rapport de la Commission des Finances, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 1992-1993, n° 73/2, p. 16).

¹⁰³ À l'estime de la Cour, en effet, la gratuité de l'enseignement gardien, primaire et secondaire, consacrée par l'article 12, alinéa 1^{er}, de la loi dite du Pacte scolaire, tel qu'il était en vigueur le 6 juillet 1983, ne s'étendait pas « à l'enseignement artistique à horaire réduit, qui ne fait pas partie des branches qui sont inscrites dans les programmes de l'enseignement général, primaire et secondaire » (cons. B.2.6).

¹⁰⁴ Considérant B.2.6 de l'arrêt et les références aux travaux préparatoires cités par la Cour dans ce considérant, sur lesquelles nous reviendrons dans un instant.

ne va donc pas à l'encontre de l'obligation de "standstill" qui résulte de la combinaison de l'article 24 de la Constitution (ancien article 17) avec l'article 13 du Pacte, dans la mesure où, en raison de leur montant, tel qu'il est fixé par le décret entrepris, ces droits d'inscription ne peuvent être considérés comme constituant un obstacle grave et majeur à l'accès à l'enseignement en cause. Le décret attaqué ne constitue pas une régression par rapport à la situation existant en 1983 en tant qu'il établit les niveaux minima et maxima des droits d'inscription et charge le gouvernement de la Communauté française de définir les critères d'exception au paiement de ce droit¹⁰⁵.

La Cour semble donc se fonder sur l'absence de gratuité, résultant du fait que les académies percevaient déjà d'initiative des cotisations, pour considérer qu'il n'y a pas eu de régression avec l'adoption du décret. On pourrait suivre la Cour et conclure à l'absence de régression dans l'hypothèse où le décret aurait pour objet de contenir une pratique *praeter legem*, voire de la faire reculer, notamment au profit de certaines catégories de personnes, ce que semble indiquer la Cour lorsqu'elle renvoie à la fixation de maxima et aux possibilités d'exceptions. Encore faudrait-il, d'une part, établir que la pratique de la perception était généralisée et en déterminer le montant, avant de définir celui du minerval communautaire. D'autre part, et surtout, il faudrait que le minerval communautaire se substitue aux cotisations perçues par les académies. La Cour se réfère à deux passages des travaux préparatoires qui permettent de répondre à ces questions, mais pas dans le sens attendu¹⁰⁶. La Cour évoque tout d'abord les débats en Commission des Finances. Interrogé sur l'existence actuelle de cotisations réclamées par les A.S.B.L., le ministre de l'Enseignement supérieur répondit «qu'il ne dispose pas de pouvoir inquisitorial vis-à-vis des communes, pour solliciter de chacune des A.S.B.L., la manière dont elles demandent une cotisation»¹⁰⁷. La Cour mentionne ensuite un extrait des débats en séance plénière où un député dénonce, sans être contredit, le fait que le minerval ne se substituera pas aux cotisations, mais s'y superposera, ajoutant que les académies ne pourraient survivre sans ces cotisations¹⁰⁸. De plus, le décret impose la perception d'un minerval. Dans ces conditions, l'on n'aperçoit pas comment la Cour peut prétendre qu'il n'y a pas de régression en matière de gratuité. En outre, devant la Cour, le gouvernement de la Communauté française arguait que l'obligation de *standstill* n'est pas absolue et que l'on peut y déroger, notamment pour des raisons budgè-

¹⁰⁵ Considérant B.2.7.

¹⁰⁶ Considérant B.2.6.

¹⁰⁷ Rapport de la Commission des Finances, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰⁸ C.R.I., 1992-1993, n° 3, p. 84.

taires¹⁰⁹. Assumer le recul – *quod non*, en l'espèce – eût permis d'en mesurer la proportionnalité. À cet égard, lors des débats parlementaires, il fut fait état à plusieurs reprises de l'expérience menée en Communauté flamande où l'instauration d'un minerval dans les académies aurait provoqué une baisse significative de leur fréquentation, surtout dans les communes les plus populaires¹¹⁰.

On peut tirer deux enseignements de l'arrêt n° 40/94 pour la problématique qui nous retient, à savoir la place réservée à la pratique en matière de *standstill*. Premièrement, la Cour constitutionnelle paraît accepter qu'une pratique *praeter legem* tienne lieu de norme de base¹¹¹. En revanche, la Cour conclut à l'absence d'atteinte à l'obligation de *standstill*, en raison d'une appréciation erronée de la pratique *praeter legem* à l'aune de laquelle elle apprécie le niveau de protection accordé par la norme litigieuse. Ce second enseignement conforte une intuition qu'on a déjà formulée précédemment: sans étude ou enquête sociologique destinée à correctement identifier la pratique considérée, l'application ou le contrôle de l'obligation de *standstill* – selon que l'on se place dans le chef du législateur ou du juge – ne peut être qu'aléatoire, comme en atteste le dénouement de l'affaire précitée.

25. Toujours à propos de la pratique *praeter legem*, il apparaît plus délicat de tirer un enseignement de l'arrêt n° 50/2003 de la Cour constitutionnelle, intervenu le 30 avril 2003, dans la mesure où il semble pouvoir se prêter à deux lectures¹¹².

¹⁰⁹ Point A.5.5.

¹¹⁰ Rapport de la Commission des Finances, *op. cit.*, p. 15; C.R.I., *op. cit.*, p. 85.

¹¹¹ Comp. avec TULKENS (Fr.), « Le décret "missions" ou la gratuité... à frais nouveaux! », *Le décret du 24 juillet 1997 définissant les missions prioritaires de l'enseignement*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1999, p. 382. L'auteur estime que c'est en raison de l'absence d'une gratuité légalement consacrée (en l'absence d'une gratuité en droit) que la Cour constitutionnelle rejette le moyen pris de la violation de l'obligation de *standstill*.

¹¹² Il en va de même pour l'arrêt *Diwam*, prononcé le 16 juillet 2008 par le Conseil d'État, et dans lequel ce dernier considère que la partie requérante, qui était une radio communautaire, « ne pouva[i]t se prévaloir », dans le cadre du contrôle du respect de l'obligation de *standstill*, « de la situation antérieure, qui s'était constituée en dehors de la légalité » (C.E., 16 juillet 2008, *Diwam FM Belgique A.S.B.L.*, n° 185.415, p. 18). En l'espèce, à défaut pour la Communauté française et le Conseil supérieur de l'audio-visuel (C.S.A.) d'être parvenus, pendant une très longue période, à élaborer un plan de fréquence, une partie importante des activités radiophoniques indépendantes s'était développée, par le fait des choses et en bénéficiant d'une certaine tolérance de la part des autorités publiques, en dehors de la légalité. Sans entrer dans le débat relatif à l'application de l'obligation de *standstill* aux actes administratifs à portée individuelle (voy., sur ce point, HACHEZ (I.), *Le principe de standstill...*, *op. cit.*, n° 269 et s.), tel que l'octroi de certaines fréquences à un éditeur de service radio, on relèvera qu'il est difficile de déterminer *in casu* si on est en présence d'une pratique *contra legem* ou *praeter legem* et, partant, de déduire un enseignement de cet arrêt.

Dans cette affaire relative à l'heure d'ouverture des aéroports et donc aux nuisances sonores accompagnant le décollage des avions, des riverains de l'aéroport de Liège requéraient l'annulation d'un décret modifiant le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne. Ils reprochaient à l'article 1^{er}*bis* nouveau d'autoriser l'exploitation de l'aéroport de Liège-Bierset 24 heures sur 24, alors que celle de l'aéroport de Charleroi ne peut fonctionner que de 7 à 22 heures. Tant les requérants que la Région wallonne s'accordaient sur le fait qu'aucune norme ne fixait auparavant les heures d'ouverture des aéroports, mais que ceux-ci fonctionnaient déjà respectivement dans les faits selon les horaires que le décret n'a donc que confirmés¹¹³. Cela n'empêche pas la Cour d'écarter le moyen en affirmant que, « contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, le décret entrepris ne marque pas un recul par rapport à la situation antérieure, le décret du 23 juin 1994 ne contenant pas, avant sa modification, de disposition relative aux heures d'ouverture des aéroports de la Région wallonne et n'interdisant donc pas les vols de nuit »¹¹⁴. C'est précisément ce considérant qui nous paraît autoriser une double lecture. Soit on considère que la référence faite par la Cour constitutionnelle, dans ce considérant, au décret du 23 juin 1994 explicite « la situation antérieure » à laquelle la Cour fait également allusion, étant entendu que, dans cette hypothèse, la Cour aurait alors égard à la seule situation *juridique* antérieure (l'absence d'interdiction des vols de nuit par le décret du 23 juin 1994) ; cette interprétation conduirait *a contrario* à conclure que le juge constitutionnel refuse de prendre en compte une situation de fait et, en l'espèce, une pratique *praeter legem*. Soit, et cette seconde lecture a pour elle de ne pas contredire l'enseignement de l'arrêt n° 40/94, la référence au décret du 23 juin 1994 est un argument complémentaire à la prise en compte de la situation antérieure, qui renverrait, quant à elle, à la situation *factuelle* antérieure et ne serait, compte tenu de l'absence de toute interdiction des vols de nuit dans le décret du 23 juin 1994, pas *contra legem* ; on pourrait alors en déduire qu'aux yeux de la Cour, une législation qui ne fait que confirmer une situation de fait *praeter legem* n'est pas contraire aux exigences du *standstill*.

Il reste que la Cour ne répond pas à l'argument des parties requérantes selon lequel des textes plus généraux, tels que l'article 561 du Code pénal qui sanctionne le tapage nocturne ou l'article 544 du Code civil qui fonde la théorie des troubles de voisinage, prohibaient déjà les nuisances sonores excessives, si bien que le décret entrepris provoque bien une régression dans le droit à

¹¹³ Points A.5.2, A.6.2, A.6.3, A.8.3 et B.12.3 de l'arrêt.

¹¹⁴ Considérant B.19.

un environnement sain, consacré par l'article 23 de la Constitution¹¹⁵. La Cour constitutionnelle interprète donc erronément l'argument des parties requérantes, qui ne contestaient pas l'absence de législation spécifique relative aux vols de nuit, mais qui soutenaient au contraire que, compte tenu des articles 561 du Code pénal et 544 du Code civil, le fait d'infliger des nuisances sonores sans y être spécifiquement autorisé par le législateur constituait une pratique *contra legem*. En l'espèce, il semble à nouveau que la Cour ait mal appréhendé le contexte factuel et juridique de la norme litigieuse, contexte dont la compréhension est pourtant un préalable nécessaire à une correcte application du principe de *standstill*.

26. Enfin, on ne peut malheureusement tirer aucun enseignement de l'arrêt n° 28/2007 quant à la prise en compte d'une pratique *praeter legem*, par la Cour constitutionnelle, dans le cadre du contrôle de l'obligation de *standstill*. En effet, dans cette affaire où étaient en cause les droits complémentaires perçus par les Hautes Écoles à charge des étudiants, en plus du minerval, la Cour n'identifie pas correctement la norme de base¹¹⁶. Tout au plus fait-elle succinctement état, à la suite des parties requérantes¹¹⁷, de la situation applicable en 1983, date à partir de laquelle l'État belge est lié par l'obligation de *standstill* découlant de l'article 13.2.c) du PIDESC et à laquelle «un minerval était perçu pour l'accès à l'enseignement supérieur de type court et de type long. Il était fixé, depuis 1958, à 250 francs pour l'enseignement supérieur de type court, et à 5 000 francs, depuis 1978, pour l'enseignement supérieur de type long»¹¹⁸. Pour le surplus, la Cour constitutionnelle présuppose l'existence d'un recul pour se concentrer sur l'identification de motifs d'intérêt général lui permettant de conclure à l'absence de violation de l'obligation de *standstill* par le décret entrepris, à savoir le décret du 20 juillet 2005 relatif aux droits complémentaires perçus dans l'enseignement supérieur non universitaire.

Si, dans cette affaire, les parties requérantes se limitent à faire état du montant du minerval perçu, à l'exclusion de toute référence à la perception de droits complémentaires, c'est en raison du caractère prétendument illégal de ces derniers : selon elles, «le gouvernement n'établit pas qu'en 1983, les droits d'inscription complémentaires étaient et pouvaient régulièrement

¹¹⁵ Point A.9.3 de l'arrêt.

¹¹⁶ C.C., 21 février 2007, n° 28/2007. On a déjà évoqué cet arrêt (*supra*, n° 17) à propos des pratiques *contra legem*. On s'était alors uniquement intéressé à la perception de droits complémentaires d'inscription par les Hautes Écoles directement organisées par la Communauté française, à l'exclusion, donc, des Hautes Écoles subventionnées.

¹¹⁷ Point A.4.1 de l'arrêt.

¹¹⁸ Considérant B.4.11 de l'arrêt.

être perçus : s'agissant d'une pratique illégale, leur perception ne peut être prise en compte pour établir le degré de la gratuité en cause. Régulariser une pratique antérieure illicite ne peut constituer une progression dans l'instauration progressive de l'égalité d'accès et de la gratuité¹¹⁹. Toujours dans l'esprit des parties requérantes, l'illégalité de la pratique considérée, consistant à prélever des droits complémentaires au minerval, puise son fondement dans l'article 24, § 5, de la Constitution. Elles se basent à cette fin sur un jugement du Tribunal de première instance de Namur prononcé le 10 février 2005¹²⁰.

Or le raisonnement des parties requérantes, implicitement suivi par la Cour constitutionnelle, est erroné. D'une part, les montants mentionnés par celles-ci concernent uniquement l'enseignement directement organisé par la Communauté française, les écoles subventionnées ne s'étant vu imposer la perception d'un minerval qu'en 1978, pour le type long¹²¹, et en 1990, pour le type court¹²². D'autre part, en l'absence de législation le leur interdisant, les Hautes Écoles subventionnées pouvaient prélever des droits complémentaires d'inscription à charge de leurs étudiants¹²³. La relation qui se noue entre une Haute École libre et ses étudiants est de nature contractuelle. La fixation de la contribution des étudiants est donc un élément du contrat, qui peut être librement déterminé par les parties, pour autant que soit respectée la réglementation qui s'impose à celles-ci¹²⁴, *quod est* en l'espèce¹²⁵. Point n'est donc besoin d'habilitation légale. Dans l'enseignement officiel subventionné, le lien entre la Haute École et l'étudiant est de nature réglementaire, mais le principe de l'autonomie des pouvoirs locaux permet au pouvoir organisateur, généralement le conseil communal ou provincial, d'imposer le paie-

¹¹⁹ Point A.4.5 de l'arrêt.

¹²⁰ Civ. Namur (2^e ch. bis), 10 février 2005, *Journ. proc.*, n° 498, mars 2005, p. 26 à 31 ; J.L.M.B., 2006/13, p. 549 à 564, obs. BROCAL (C.), « Droits complémentaires et frais administratifs à la lumière de la liberté d'enseignement ».

¹²¹ Cf. l'article 19 de la loi du 5 août 1978 de réformes économiques et budgétaires, qui modifie l'article 12 de la loi du Pacte scolaire.

¹²² Cf. l'article 1^{er} du décret du 12 juillet 1990 modifiant certaines dispositions de l'enseignement.

¹²³ Et ce, à la différence des Hautes Écoles directement organisées par la Communauté française (cf., *supra*, n° 17).

¹²⁴ Voy. DELGRANGE (X.), « Les droits d'inscription complémentaires sont condamnés », *Journ. jur.*, n° 40, mars 2005, p. 13 ; du même auteur, « S.O.S. Bonheur », *R.C.J.B.*, 2005, p. 201 à 278.

¹²⁵ L'article 58 du décret du 9 septembre 1996 relatif au financement des Hautes Écoles organisées ou subventionnées par la Communauté française interdit en effet uniquement le prélèvement de droits complémentaires au minerval pour les étudiants boursiers. Cette disposition, qui vise à contrer une pratique attentatoire à la gratuité, n'était évidemment pas contraire à l'obligation de *standstill*. Elle fut néanmoins entreprise devant la Cour constitutionnelle par la Fédération des étudiants francophones, qui y lisait une habilitation faite aux Hautes Écoles de percevoir des droits complémentaires à l'égard des étudiants non boursiers. La Cour a rassuré les étudiants sur ce point : tel n'était pas l'objet de cette disposition (C.C., 22 avril 1998, n° 44/98).

ment d'une redevance, en l'espèce un droit complémentaire, à l'étudiant qui entend fréquenter son établissement¹²⁶. Cette affaire fournissait donc, dans le chef des Hautes Écoles subventionnées, un très bel exemple de pratique *praeter legem*¹²⁷; la Cour constitutionnelle est cependant passée à côté.

La pratique *praeter legem* en cause présentait au demeurant la particularité d'être connue du législateur. L'article 27, alinéas 3, 9°, et 4, du décret du 5 août 1995 prévoit, en effet, que le règlement des études de chaque Haute École doit notamment fixer, outre le minerval, l'éventuel «montant des droits d'inscription requis ainsi que la liste des frais engendrés par le programme d'études». Le premier alinéa de cette disposition impose, pour sa part, la communication de ce règlement au gouvernement, via la Commission communautaire pédagogique. *In casu*, la Communauté française était donc au courant des montants des droits complémentaires perçus, à telle enseigne qu'elle pouvait couper court ou encadrer cette pratique par le biais d'une intervention législative, ce qu'elle fit en 2005 en adoptant le décret litigieux.

On précise encore que le décret du 20 juillet 2005 préserve les Hautes Écoles d'un remboursement des droits perçus, pour autant que ceux-ci n'excèdent pas de plus de sept fois le montant du minerval. Il prévoit ensuite une diminution progressive du montant des droits exigibles. Dans son avis, la section de législation du Conseil d'État a notamment relevé que «le plafond ainsi fixé peut apparaître *a priori* comme étant très élevé», concluant: «afin de garantir le respect du principe de proportionnalité [...], il appartient à l'auteur du projet de démontrer sur la base d'éléments concrets, que le plafond fixé est tel qu'il permet à la fois d'atteindre l'objectif impérieux d'intérêt général poursuivi tout en ne privant pas les étudiants du droit d'accès à la justice pour réclamer le remboursement de droits d'inscription complémentaires qui apparaîtraient manifestement excessifs»¹²⁸. Le gouvernement répondit à cette observation, dans l'exposé des motifs du projet de décret, faisant état d'une étude des droits alors perçus par les

¹²⁶ Voy., à cet égard, notamment, WILLEMART (E.), *Les limites constitutionnelles du pouvoir fiscal*, Bruylant, Bruxelles, 1999, p. 146; LOMBAERT (B.) et DE BROUX (P.-O.), « Le droit des finances publiques et la fiscalité à l'épreuve des partenariats public-privé (P.P.P.) », in *Les partenariats public-privé (P.P.P.): un défi pour le droit des services publics*, LOMBAERT (B.) dir., La Chartre, Bruxelles, 2005, p. 359 et 360; SEPULCHRE (V.), « Fiscalité et parafiscalité: impôts, taxes, rétributions, amendes pénales et amendes administratives », *Rev. dr. commun.*, 2006, p. 35 et 36.

¹²⁷ Pour les Hautes Écoles directement organisées par la Communauté française, il s'agissait par contre d'une pratique *contra legem* (cf., *supra*, n° 17).

¹²⁸ C.E., 5 juillet 2005, n° 38.656/2, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2004-05, n° 143/1, p. 23.

Hautes Écoles qui faisait apparaître que «le montant des compléments qui peuvent être actuellement perçus sous le vocable “droits d’inscription complémentaires” varie de 0 à 620 euros tandis que [le montant de] ceux perçus sous le vocable “frais administratifs” varie de 0 à 1 150 euros. L’addition de ces deux montants donne un plafond total en sus du minerval qui pourrait théoriquement atteindre 1 770 euros en plus du minerval. Un plafond fixé à sept fois le minerval de type court équivaut à 1 120 euros, ce qui est inférieur au montant théorique ainsi calculé. La mesure est donc raisonnable»¹²⁹. En l’espèce, l’étude invoquée devant la section de législation du Conseil d’État aurait pu aider le législateur à identifier la teneur de la pratique développée par les Hautes Écoles et à apprécier, au moment de l’adoption du décret du 20 juillet 2005, le respect par ce dernier de l’obligation de *standstill* déduite du droit à la gratuité progressive de l’enseignement supérieur (art. 13.2.c) du PIDESC). L’étude invoquée n’est toutefois pas publiée dans les travaux préparatoires et, lors des débats en commission, la ministre de l’Enseignement supérieur a reconnu que le plafond fixé résultait «d’une estimation»¹³⁰.

27. Qu’en penser? La Cour constitutionnelle est-elle fondée, comme dans l’arrêt n° 40/94¹³¹, à prendre en compte une pratique *praeter legem* pour apprécier le respect de l’obligation de *standstill*?

Le principe de légalité et l’exigence démocratique qui le sous-tend devraient en principe interdire de considérer que le législateur est tenu, lorsqu’il légifère, d’avoir égard au niveau de protection établi par une pratique *praeter legem*.

L’on notera au demeurant qu’une jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l’homme refuse de prendre en compte une pratique administrative pour apprécier le respect, par un État, de ses obligations conventionnelles¹³². Certes, la Cour semble être revenue sur cette jurisprudence par son arrêt de Grande Chambre *Gorou* n° 2¹³³. Ce revirement a cependant été décrié tant par des membres du siège dans leurs opinions dissidentes que par la doctrine, justement pour la raison qu’il constitue une régression en termes de protection des droits de l’homme¹³⁴.

¹²⁹ Réponse à l’avis du Conseil d’État, exposé des motifs, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2004-05, n° 143/1, p. 7.

¹³⁰ Rapport de la Commission de l’Enseignement supérieur, *Doc.*, Parl. Comm. fr., 2004-05, n° 143/3, p. 6.

¹³¹ *Cf.*, *supra*, n° 24.

¹³² Voy. notamment la jurisprudence citée par VAN DROOGHENBROECK (S.), *La Convention européenne des droits de l’homme, trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme, 2002-2004*, Les dossiers du J.T., n° 57, Larcier, Bruxelles, 2006, p. 81 et 82, n° 127.

¹³³ Cour eur. D.H., arrêt du 20 mars 2009, n° 12686/3.

¹³⁴ Voy. CHIRDARIS (V.), « The limits of interpretation of the Strasbourg court and the principle of non-regression », *La Convention européenne des droits de l’homme, un instrument vivant, Mélanges en l’honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 92 à 94.

28. Si l'on s'accroche au principe de légalité, on est amené à considérer que l'obligation de *standstill* requiert nécessairement, pour s'appliquer, deux interventions législatives. En présence d'une pratique *praeter legem*, le juge n'aurait alors d'autre solution que de déclarer le moyen pris de la violation de l'obligation de *standstill* non fondé, faute pour celle-ci de pouvoir s'appliquer.

On peut toutefois se demander s'il ne convient pas de réserver un cas particulier : celui où le législateur a manifestement connaissance de la pratique en question et délibérément choisi de ne pas intervenir pour y mettre fin. Ainsi, en matière de droits complémentaires d'inscription, la Communauté française, débitrice de l'obligation de *standstill*, pouvait en principe prendre connaissance des montants prélevés à ce titre par les Hautes Écoles. Pour rappel, en effet, l'article 27, alinéas 3, 9°, et 4, du décret du 5 août 1995 impose aux Hautes Écoles de préciser, dans leur règlement des études, outre le minerval, l'éventuel « montant des droits d'inscription requis ainsi que la liste des frais engendrés par le programme d'études », étant entendu qu'en vertu de l'alinéa 1^{er} de cette disposition, ce règlement doit être communiqué au gouvernement, via la Commission communautaire pédagogique¹³⁵.

Dans ce cas, l'esprit qui anime le principe de légalité en matière de droits fondamentaux est sauf : implicitement et indirectement, le législateur a consenti au niveau de protection issu de la pratique, avant de finalement intervenir en la matière. Aussi, dans ces circonstances, ne pourrait-on pas considérer que le juge est fondé à sanctionner une loi régressive par rapport à une pratique *praeter legem*, pour autant, bien entendu, qu'aucun motif d'intérêt général ne puisse justifier cette régression ?

Il devrait *a priori* en aller de même lorsque la pratique *praeter legem* était établie au moment de la ratification d'un traité ou de l'entrée en vigueur d'une disposition constitutionnelle : dans ce cas, en effet, l'État avait connaissance ou, en tout cas, aurait dû avoir connaissance du niveau de protection conféré au droit fondamental considéré au moment où il s'engageait à le garantir.

29. Juridiquement, on pourrait tenter de justifier la prise en compte de telles pratiques par le biais de l'interprétation, non plus du niveau de protection légalement consacré (qui, par hypothèse, n'existe pas), mais de la norme de référence. À proprement parler, et pour autant que l'on accepte la prémisse selon laquelle l'obligation de *standstill* suppose nécessairement, pour jouer, deux interventions législatives, on ne serait plus dans le cadre d'un contrôle

¹³⁵ Cf., *supra*, n° 26.

de l'obligation de *standstill*, mais d'un simple contrôle de conformité. Il s'agirait de vérifier la conformité d'une loi à la norme de référence consacrant un droit fondamental, telle qu'interprétée à la lumière de la pratique *praeter legem* considérée. Ici encore, cette solution pourrait se revendiquer de l'enseignement selon lequel l'objet et le but des conventions internationales en matière de droits de l'homme – et plus généralement des droits de l'homme, quelle que soit leur source formelle – consistent à protéger des droits concrets et effectifs¹³⁶.

On reconnaît cependant le caractère quelque peu artificiel de cette proposition, qui suppose de dissocier l'interprétation de la norme de référence destinée à délimiter son champ d'application matériel¹³⁷ de celle, nécessairement distincte, conduisant à identifier le niveau de protection qu'une pratique *praeter legem* lui conférerait à un moment donné et à l'aune duquel apprécier l'existence d'une éventuelle régression. Il apparaît toutefois tout autant, si pas plus, artificiel de faire comme si cette pratique n'existait pas...

30. En tout état de cause, le législateur gagnerait à être averti de la pratique *praeter legem* en cause pour l'encadrer, la restreindre ou l'éradiquer en vue de remplir ses engagements internationaux, lui imposant de progresser sur le chemin de l'accomplissement de l'obligation positive assigné par la norme de référence. À ce titre, le législateur peut être amené à prendre en compte la pratique, s'il entend intervenir sur un terrain vierge de toute loi. Nul besoin n'est sans doute de réinsister, à ce stade, sur la nécessité pour le législateur de disposer d'une connaissance précise de la pratique en cause, en recourant, le cas échéant, à l'expertise de professionnels à même de lui fournir les informations requises.

La Communauté française l'a appris à ses dépens lorsqu'elle s'est aventurée à limiter la libre circulation des étudiants ne résidant pas en Belgique sans être à même d'en justifier rigoureusement, chiffres à l'appui, la nécessité. Confrontée à un afflux massif d'étudiants français venant se réfugier dans ses universités et Hautes Écoles pour contourner les *numerus clausus* et examens d'entrée qui leur barraient l'accès aux établissements de la République, la Communauté française a en effet invoqué la charge excessive pour ses finances publiques, la diminution de la qualité de la formation ainsi que, pour certaines filières, la viabilité du système de santé publique pour imposer

¹³⁶ Cf., *supra*, n° 11.

¹³⁷ Comme on l'a écrit dans une étude antérieure, le caractère téléologique des droits fondamentaux implique, à notre estime, que l'interprétation conférée aux droits fondamentaux ne puisse être qu'évolutive, et non involutive (cf. HACHEZ (I.), *op. cit.*, n° 175 et 205).

un quota d'étudiants étrangers dans certains enseignements¹³⁸. Saisie d'un recours, la Cour constitutionnelle s'en est remise à la Cour de justice de l'Union européenne pour apprécier la validité de la limitation au regard du droit européen. Celle-ci a permis au juge belge de justifier la mesure pour autant qu'elle se fonde sur l'objectif visant à maintenir un service médical de qualité, équilibré et accessible à tous. Pour ce faire, la Cour constitutionnelle était priée d'apprécier, sur la base de données « sérieuses, convergentes et de nature probante » fournies par la Communauté française, l'existence d'un risque pour la protection de la santé publique ainsi que le caractère adéquat et proportionné des mesures entreprises¹³⁹. La Communauté française n'est que partiellement parvenue à apporter la démonstration requise, puisque, si les chiffres pour les filières kinésithérapie et vétérinaire ont été avalisés par la Cour constitutionnelle (plus de 74 % d'étudiants français), elle n'a pas été en mesure de fournir des données précises en ce qui concerne les autres filières (sage-femme, ergothérapie, logopédie, podologie, éducateur, etc.). La Cour constitutionnelle a donc logiquement annulé le décret « non-résident » en ce qu'il s'appliquait à ces filières¹⁴⁰. Peut-être la Communauté française eût-elle dû s'essayer à l'exercice avant de légiférer...

Conclusion

31. L'objet de cette étude peut utilement être éclairé par les enseignements de Hart relatifs aux règles de reconnaissance¹⁴¹. Tout d'abord, l'existence même de l'obligation de *standstill* procède d'une reconnaissance concordante de la part des juridictions et de la section de législation du

¹³⁸ Décret du 16 juin 2006 régulant le nombre d'étudiants dans certains cursus de premier cycle de l'enseignement supérieur. Voy. DELGRANGE (X.) et DETROUX (L.), « Les menaces sur le service public de l'enseignement », in *Le service public: entre menaces et renouveau*, DUMONT (H.) et al. dir., actes du colloque du 27 novembre 2008 aux Facultés universitaires Saint-Louis, La Chartre, Bruges, 2009, p. 231-296; DELGRANGE (X.) et EL BERHOUMI (M.), « Les droits en matière d'enseignement », *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1258 à 1262.

¹³⁹ C.J.U.E. (Gr. Ch.), 13 avril 2010, *Bressol*, C-73/08. Sur cet arrêt, voy. notamment DELGRANGE (X.), « L'arrêt "Bressol" relatif à la libre circulation des étudiants: la Cour de justice entre mutisme et soliloque », *J.D.E.*, 2010, p. 214 et 215; GARBEN (S.), « Case Law », *Comm. M.L.R.*, 47/2010, p. 1493 à 1510; DEFOSSEZ (A.), « Bressol et Chaverot: la "non-décision" de la Cour de justice de l'UE », *J.L.M.B.*, 2010/42, p. 1996-2005.

¹⁴⁰ C.C., 31 mai 2011, n° 89/2011, A.P., 2011/3, p. 276 à 289 et la note de GOURDIN (E.), « Un défi relevé et une occasion manquée pour la Communauté française ».

¹⁴¹ Voy. notamment, à cet égard, GÉRARD (Ph.), « L'idée de règle de reconnaissance: valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, p. 65 et s.

Conseil d'État (tout comme, d'ailleurs, d'une doctrine presque unanime) : il s'agit, selon nous, d'un principe général de droit déduit des obligations positives postulées, de manière expresse ou implicite, par la norme de référence consacrant un droit fondamental. On peut également considérer que la norme de base est tantôt explicitement désignée par la norme de référence, qui tient alors lieu de règle de reconnaissance en identifiant comme source du droit valide la loi au sens formel, tantôt dégagée par la pratique des organes de contrôle qui tend à conférer au principe de réserve à la loi formelle et à l'exigence démocratique qui le sous-tend, la valeur d'un principe général de droit, en tout cas dans le cadre du titre II de la Constitution. La désignation d'une source classique du droit, comme norme de base, n'exclut cependant pas la prise en compte d'une pratique *secundum legem* pour en préciser le sens : Hart lui-même souligne du reste la texture ouverte des règles juridiques, offrant une marge de manœuvre à l'interprète¹⁴². Dans cette perspective, c'est, selon nous, une directive d'interprétation téléologique qui devrait être mobilisée pour révéler la signification de la norme de base à l'aune de l'objectif programmatique fixé par la norme de référence. Seule une règle jurisprudentielle fermement acquise, au point d'elle-même constituer une source formelle du droit, pourrait toutefois conduire à imposer au législateur, par le biais de l'obligation de *standstill*, la prise en compte du niveau de protection résultant d'une telle interprétation. Force est cependant de reconnaître qu'en l'état actuel du droit, la jurisprudence n'est pas établie en ce sens, à telle enseigne que les solutions esquissées dans cette étude, à propos de la prise en compte d'une pratique *secundum legem*, s'inscrivent dans une perspective résolument prescriptive. Elles ont, d'après nous, pour elles de ménager un juste équilibre entre la dynamique des droits de l'homme et l'attention accordée à la *ratio legis* de leur consécration internationale ou constitutionnelle, d'une part, et leur mise en œuvre par le pouvoir législatif, d'autre part. Pour autant, nous ne nous illusionnons pas sur les chances de succès du raisonnement que nous suggérons de suivre. Il suffit de prendre connaissance de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle en matière de *standstill* pour s'apercevoir qu'en règle générale, elle n'est pas animée de la volonté de conférer une effectivité grandis-

¹⁴² HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2005, spéc. p. 142 et 145. Voy., par ailleurs, à ce sujet la contribution de Y. Cartuyvels dans le présent ouvrage collectif (« Légalité pénale, délégation au juge et habilitation de l'exécutif : le jeu pluriel des sources en droit pénal », vol. 2, p. 84).

sante aux droits fondamentaux par le prisme de cette obligation¹⁴³. On est encore loin du *credo* de la Cour européenne des droits de l'homme qui, selon la célèbre formule de l'arrêt *Airey*, entend «protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs»¹⁴⁴.

Sans qu'elle puisse encore se revendiquer d'un large enseignement jurisprudentiel (on a relevé un seul arrêt en ce sens¹⁴⁵), le juge constitutionnel semble davantage enclin à considérer, dans le cadre du contrôle de l'obligation de *standstill*, l'existence d'une pratique *praeter legem*, développée en l'absence de tout encadrement légal. La justification de cette prise en compte apparaît toutefois plus délicate au regard de l'exigence démocratique, même si, ici encore, il semble que ce soit par l'interprétation de la norme de référence, cette fois, qu'elle puisse intervenir.

A fortiori, une pratique *contra legem*, contredisant de manière frontale le choix posé par le législateur en matière de droits fondamentaux, ne pourrait-elle tenir lieu de norme de base, en lieu et place du niveau de protection légalement consacré.

Mais même contraire à la norme de base, une pratique *infra legem* – dont on peut difficilement nier l'existence – est de nature à intervenir dans le cadre du contrôle de proportionnalité, à l'appui d'une diminution du niveau de protection légale entérinée par le législateur. En plus de présenter une force interprétative, la pratique jouirait également, dans ce cadre, d'une force que l'on pourrait qualifier d'argumentative.

Il reste que, pour que sa prise en compte soit légitime, encore faut-il que la pratique soit correctement identifiée. Or on a vu que le législateur comme le juge se contentent le plus souvent d'évocations très approximatives de faits pour conclure à l'existence d'une pratique. L'attention à porter à la pratique dans le cadre de l'obligation de *standstill* suppose en conséquence, préalablement ou parallèlement, de développer des instruments de mesure et de recourir aux techniques de l'enquête sociologique pour établir son existence et l'évaluer avec précision ; le recours à de telles méthodes devrait même être une condition nécessaire à la prise en compte de la pratique, que ce soit aux fins d'interprétation ou dans le cadre d'un contrôle de

¹⁴³ L'arrêt *Cléon Angelo*, précité (*supra*, note 1), rendu par le Conseil d'État le 23 septembre 2011 et annulant l'arrêté litigieux en raison de sa contrariété à l'obligation de *standstill* déduite de l'article 23 de la Constitution, est cependant porteur d'un certain espoir.

¹⁴⁴ Cf. la référence *supra*, note 54.

¹⁴⁵ Cf., *supra*, n° 24.

proportionnalité¹⁴⁶. De ce point de vue, l'enquête sociologique (ou tout autre instrument de mesure) participerait elle-même à la création du droit, en révélant au grand jour l'existence d'une pratique. Gageons qu'au-delà de ses différentes déclinaisons, la force normative de la pratique sera en définitive fonction de la précision avec laquelle elle aura pu être identifiée.

En l'état actuel du droit, et comme les développements qui précèdent l'ont montré, la prise en compte de la pratique dans l'appréciation du *standstill* constitue une indéniable source de complexité. Mais, au statut de source formelle du droit, la pratique ne peut, à ce jour, prétendre dans ce cadre, sauf à se confondre avec une règle jurisprudentielle.

¹⁴⁶ À ce jour, aucune obligation ne pèse sur le législateur d'effectuer des études préalablement à l'adoption d'une réglementation et la Cour constitutionnelle s'estime incompétente pour apprécier si l'adoption d'une norme aurait dû être précédée de pareille étude (C.C., 30 avril 2003, n° 50/2003, B.13; voy. BORN (Ch.-H.) et HAUMONT (Fr.), « Le droit à la protection d'un environnement sain », *Les droits constitutionnels en Belgique*, VERDUSSEN (M.) et BONBLED (N.) dir., vol. 2, Bruylant, Bruxelles, 2011, p. 1434 et 1435). Pour des cas dans lesquels une ébauche d'instrument avait été mise en place, cf. *supra*, l'exemple des droits complémentaires d'inscription (n° 26), ainsi qu'en matière de gratuité, le recours à la Ligue des familles (n° 20). Le système des rapports devant les organes de l'ONU devrait également contribuer à identifier les pratiques qui ont cours au sein des États parties (cf., *supra*, n° 19). On signale à cet égard que, dans son Observation générale n° 13 sur « Le droit à l'éducation », pour ne citer qu'elle, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels précise qu'« Au minimum, [les États] sont tenus d'adopter et de mettre en œuvre une stratégie nationale d'éducation englobant l'enseignement secondaire et supérieur et l'éducation de base, conformément au Pacte. Cette stratégie devrait prévoir des mécanismes, par exemple des indicateurs et des critères, à partir desquels il serait possible de suivre de près les progrès en la matière » (point 52).