

LES NOUVELLES FRONTIÈRES DU CONSTITUTIONNALISME

Marc VERDUSSEN

Professeur à l’Université de Louvain (UCLouvain)
Co-directeur du Centre de recherche sur l’État et la Constitution (CRECO)

Sommaire

- I. Quelques précisions terminologiques en guise d’introduction
- II. Le constitutionnalisme et les incertitudes de l’époque contemporaine
- III. Le constitutionnalisme et les ruptures de l’époque contemporaine
- IV. Le constitutionnalisme et les périls de l’époque contemporaine
- V. Quelques perspectives utopiques en guise de conclusion

*

I. QUELQUES PRÉCISIONS TERMINOLOGIQUES EN GUISE D’INTRODUCTION

Le thème des nouvelles frontières du constitutionnalisme appelle, selon nous, des tentatives de clarifications conceptuelles.

Constitutionnalisme. Un ouvrage récent le souligne : « *The study of constitutionalism suffers from an embarrassment of riches* »¹. Il n’est dès lors guère surprenant que le terme « constitutionnalisme » accuse un manque d’univocité. Pour notre part, nous l’entendons comme reposant sur deux éléments constitutifs (a et b) et un élément explicatif (c).

- a. Parmi les règles (de droit) limitant la formation et l’action des institutions politiques (légitimes) d’un État (souverain), certaines d’entre elles, considérées comme particulièrement fondamentales, doivent échapper à l’emprise des majorités ordinaires – « *the today’s majorities* »² – et, partant, doivent figurer dans ce corpus de règles supérieures et pérennes qu’est la Constitution ou, tout au moins, doivent jouir d’une force constitutionnelle.
- b. Le respect de ces règles est garanti juridiquement par une justice constitutionnelle, c’est-à-dire par des juges habilités à exercer un contrôle de constitutionnalité, y compris à l’égard du législateur³.

¹ D.S. LAW, « Introduction : Pedagogy and Conceptualization of the Field », in D.S. LAW (ed.), *Constitutionalism in Context*, Oxford University Press, 2022, p. 3.

² L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 3^e éd., vol. 1, New York, Foundation Press, 2000, p. 18.

³ Sur la notion de constitutionnalisme, la littérature scientifique est foisonnante. Voy. not. O. BEAUD, « Constitution et constitutionnalisme », in P. RAYNAUD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, P.U.F., 1996, pp. 117-126 ; D. GRIMM, *Constitutionalism – Past, Present, and Future*, Oxford University Press, 2016, spéc. pp. 4-37 (« The Origins and Transformation of the Concept of the Constitution ») et pp. 41-64 (« Conditions for the Emergence and Effectiveness of Modern Constitutionalism ») ; P. RAYNAUD, « Constitutionnalisme », in P. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, pp. 266-271.

- c. La constitutionnalisation dont les règles constitutionnelles sont le produit est la mise en œuvre de la libre volonté humaine de pérenniser les éléments normatifs les plus fondamentaux de l'ordre juridique et, en cela, elle renvoie à l'esprit des Lumières, dont la première marque « consiste à privilégier ce qu'on choisit et décide soi-même, au détriment de ce qui nous est imposé par une autorité extérieure »⁴.

La fonction limitative des règles constitutionnelles a évolué. Si, à l'origine, la limitation du pouvoir des gouvernants procédait essentiellement d'une préoccupation de protection contre l'arbitraire, désormais elle emprunte également d'autres voies plus positives : il s'agit alors d'encadrer, non plus l'activité (potentiellement arbitraire), mais la passivité (potentiellement oppressante), des organes politiques et spécialement du législateur. On attend des règles constitutionnelles qu'elles garantissent l'égalité et la liberté de chacune et chacun, mais aussi le bien-être général (*general welfare*). Par la force des choses, les règles constitutionnelles ont ainsi vocation à stimuler et à orienter la mission d'édification qui revient à l'ordre juridique, ce dernier dessinant « un projet de société dont les lignes de force sont tracées dans la Constitution, acte juridique fondamental de l'État national »⁵.

En ce qui concerne le contenu précis de ces règles constitutionnelles, la prudence requiert d'admettre qu'une Constitution n'a pas un contenu naturellement constitutionnel. La constitutionnalisation d'un principe ou d'une norme relève du jugement de valeur, de l'ordre du contingent, et non de l'ordre du nécessaire : « s'il est nécessaire qu'il y ait du droit constitutionnel, rien n'est nécessairement du droit constitutionnel »⁶. En cela, la Constitution est bien « une réalisation culturelle », c'est-à-dire « l'expression d'un état de développement culturel, le moyen d'une autoreprésentation culturelle du peuple, le miroir d'un héritage culturel et le fondement de ses espérances »⁷. Ainsi, parmi les règles constitutionnelles, celles relatives aux droits fondamentaux et aux libertés publiques occupent une place cardinale (quoique pas exclusive), mais l'objet et le contenu de ces droits sont définis par les États, chacun pour ce qui le concerne.

La question reste ouverte de la pertinence d'autres définitions du terme « constitutionnalisme ». La définition retenue ici est consubstantiellement liée aux démocraties libérales occidentales et aux valeurs véhiculées par celles-ci, le terme ayant été forgé en lien avec l'apparition et la consolidation de ces valeurs. Dans ce cadre, la définition a un indéniable caractère opératoire. Concédonsons néanmoins que ce constat est sans préjudice d'une vision plus analytique du constitutionnalisme, « permettant d'appréhender, sous un jour nouveau, les différentes expériences constitutionnelles à travers le monde »⁸. Au risque de dévoyer le terme de son acception originelle ? Le débat est ouvert.

Une seconde question reste ouverte, celle de la nature du constitutionnalisme qui, dans la littérature juridique, est présenté tout à la fois comme une théorie, une idéologie, une philosophie, une technique, un impératif politique, un régime politique, ou encore un mouvement historique. Nous faisons nôtre le choix des deux directeurs scientifiques de la Table ronde de l'ILF – Ariane Vidal-Naquet et Xavier Magnon – de considérer le constitutionnalisme comme une idéologie. Une acception large du mot « idéologie » conduit en effet à le définir comme « un discours lié à l'action politique »⁹, ce qui est vaste et prégnant et en même temps suffisamment évocateur.

⁴ T. TODOROV, *L'esprit des Lumières*, Paris, Robert Laffont, 2006, p. 10.

⁵ F. RIGAU, *Introduction à la science du droit*, Bruxelles, Vie Ouvrière, 1974, p. 39.

⁶ J.-M. DENQUIN, « Approches philosophiques du droit constitutionnel », *Droits*, 2000, vol. 32, p. 46.

⁷ P. HÄBERLE, *L'État constitutionnel*, trad., Paris, Economica, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2004, p. 169 ; *Id.*, « Una prima lezione di 'diritto costituzionale' », *Quad. cost.*, 2012, p. 169.

⁸ A. BACHERT-PERETTI, « Analyser la démocratie illibérale grâce au concept de constitutionnalisme : essai de reconceptualisation du constitutionnalisme », in V. BARBÉ, B.-L. COMBRADE et C.-E. SÉNAC (coord.), *La démocratie illibérale en droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2023, p. 62.

⁹ J. BAECHLER, *Qu'est-ce que l'idéologie ?*, Paris, Gallimard, 1976, p. 22.

Frontières. Le terme « frontière » évoque deux réalités, au demeurant complémentaires : les frontières sont des limites et, par là même, elles contribuent à mesurer – à délimiter – une étendue.

En tant qu'idéologie, le constitutionnalisme s'accommode malaisément de **limites** auxquelles il serait impérativement soumis. Le fait que le constitutionnalisme prône la limitation du pouvoir par le droit et, plus particulièrement, par la Constitution ne signifie pas que le constitutionnalisme lui-même serait limité. Ce n'est pas tant le constitutionnalisme que les pouvoirs l'incarnant qui sont limités. Par exemple, le pouvoir constituant – à tout le moins le pouvoir constituant dérivé – est soumis à des limites formelles, liées à la procédure de révision de la Constitution, et, dans certains États, à des limites matérielles – appelées souvent « *eternity clauses* » ou « *entrenchment clauses* » –, c'est-à-dire à des règles soustrayant certaines dispositions constitutionnelles à toute forme de révision, les unes et les autres étant forcément conjoncturelles.

En revanche, le constitutionnalisme se prête à un examen de son **étendue**, ce qui conduit au terme « objet ».

Objets. L'étendue du constitutionnalisme est certes configurée par des limites, mais il ne s'agit plus ici de limites contraignantes et non franchissables. En effet, si une limite peut être une ligne qui sépare, qui exclut ou qui interdit tout franchissement, elle peut aussi renvoyer à l'idée de grandeur. Ainsi comprise, l'étendue d'une idéologie peut être déterminée par ce qui la constitue ou, plus exactement, par les objets que cette idéologie appréhende. Dans une approche strictement descriptive, ces objets peuvent être recensés, étudiés et expliqués. Dans une approche plus prescriptive, ils peuvent aussi être évalués et, partant, problématisés. Pour ce qui nous concerne, il s'agit alors de questionner les objets saisis actuellement par le constitutionnalisme et de les soumettre à une double interrogation. Leur appropriation par le constitutionnalisme se justifie-t-elle encore ? Ce dernier ne devrait-il pas se saisir d'autres objets ?

Défis. Ces dernières questions permettent d'envisager les objets du constitutionnalisme à l'aune des défis auxquels celui-ci est confronté. Le terme « défi » renvoie ici à l'idée que le constitutionnalisme contemporain est face à un certain nombre d'évolutions, d'involutions et de révolutions – « en apparence désordonnées »¹⁰ – qu'il ne peut plus ignorer. Le rapport général de Massimo Luciani¹¹ reprend l'expression de « polycrise » utilisée par Edgar Morin dans son stimulant essai *Terre-Patrie*¹². À la lumière de cet ouvrage¹³, il peut être envisagé de décliner les crises constitutives de cette polycrise en trois catégories : les **incertitudes**, les **ruptures** et les **périls**. Nous illustrerons chacune de ces catégories par des exemples topiques. Dans tous les cas, il est question d'inscrire le constitutionnalisme dans la modernité, terme qui « désigne implicitement la conception qu'une société se fait de son avenir, de ce qu'elle y imagine, de ce qu'elle en souhaite, de ce qu'elle y refuse », de telle sorte que « penser l'avenir de la modernité, c'est donc penser l'idée qu'on se fera, à l'avenir, de l'avenir »¹⁴.

II. LE CONSTITUTIONNALISME ET LES INCERTITUDES DE L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

¹⁰ J. ATTALI, *Lignes d'horizon*, Paris, Fayard, 1990, p. 7.

¹¹ M. LUCIANI, Rapport introductif, p. 11.

¹² E. MORIN, *Terre-Patrie*, Paris, Seuil, 1993, p. 109 (à la différence de M. Luciani, nous nous référons à la première édition de l'ouvrage).

¹³ Spéc. p. 108.

¹⁴ J. ATTALI, *Histoire de la modernité – Comment l'humanité pense son avenir*, Paris, Robert Laffont, 2013, p. 7.

Le droit répugne à l'insécurité, c'est-à-dire à toute situation marquée par l'instabilité et la précarité. Si cette vérité est un truisme, elle n'en suscite pas moins des questions fondamentales. Doit-on attendre d'une Constitution qu'elle dissipe toute incertitude ? Le constitutionnalisme ne doit-il pas se résoudre à admettre que si, dans le fonctionnement de l'État, certaines indéterminations exigent un réinvestissement constitutionnel, d'autres indéterminations ne peuvent être réglées abstraitement par la voie normative tant elles relèvent du discernement de celles et ceux qui y sont concrètement confrontés ? À titre exemplatif, et partant du droit constitutionnel belge, on envisage ici deux situations marquées par l'incertitude, qui ont en commun d'être liées au fonctionnement du régime parlementaire belge, mais qui n'ont pas la même amplitude et surtout ne sont pas, selon nous, à égale distance des frontières du constitutionnalisme. La première situation concerne un objet se trouvant au cœur même du constitutionnalisme, tandis que la seconde nous paraît se loger en marge de celui-ci.

1. Les incertitudes issues de l'évanescence de la représentation parlementaire

À l'instar de plusieurs de ses voisins, la Belgique vit une crise de la représentation politique qui ébranle et fragilise les assemblées parlementaires, dont le rôle effectif s'est passablement érodé. La question se pose désormais d'un repositionnement – d'un recentrage – des parlements dans l'ordonnement des pouvoirs et d'une revalorisation de leur potentiel délibératif¹⁵. Cette crise concerne étroitement le constitutionnalisme. Toute la difficulté gît en ceci que le constitutionnalisme « ne peut réussir sans la démocratie » alors que cette dernière « doit être repensée, reparamétrée et redéployée », le pluralisme supposant de réserver « certaines décisions affectant la communauté politique à la délibération républicaine et aux majorités démocratiques »¹⁶. La situation actuelle est le produit d'un certain nombre de facteurs qui, réunis, favorisent une dépossession du Parlement et, partant, interrogent sur la nécessité de rectifier les frontières du constitutionnalisme. La dimension multifactorielle de ce chantier constitutionnel conjuguée à la centralité de celui-ci nous ont incité à lui consacrer une place éminente dans ce rapport. Les facteurs cités ici sont tirés des réalités constitutionnelles et politiques de la Belgique, mais sont sans doute largement extrapolables.

La prévalence des exécutifs. Dans la définition et la mise en œuvre des politiques publiques, la prépondérance des exécutifs et, au-delà, la dichotomie sclérosante entre la majorité et l'opposition entraînent plusieurs conséquences. Nous en retenons une, liée à la temporalité de l'action politique : le décalage est manifeste entre le temps parlementaire et le temps gouvernemental. Les ministres succombent par trop à la tentation de la précipitation, ne prenant plus toujours le temps d'élaborer des réponses adaptées à des problèmes qui, pour diverses raisons (pluralisme des valeurs, surproduction des normes, européanisation du droit...), sont de plus en plus complexes. Sont très révélatrices de cette dérive, la manière avec laquelle trop de ministres traitent la section de législation du Conseil d'État, en lui imposant des délais qui ne permettent pas un examen approfondi des textes, mais aussi la manière avec laquelle l'exécutif met le Parlement sous pression, au nom d'une temporalité politique qu'il subordonne aux contingences sociales les plus immédiates. Ainsi, les discussions préalables à l'adoption de certaines lois sont parfois à ce point pauvres que le débat démocratique s'en trouve déplacé en aval, sous la forme d'un débat constitutionnel, devant la Cour constitutionnelle (lorsque celle-ci est saisie). La subordination des parlements aux exécutifs est telle que les élus semblent plus que jamais se raccrocher aux attributions qui leur appartiennent en propre, comme le pouvoir de créer des commissions d'enquête ou celui de mettre en œuvre leur autonomie organique.

¹⁵ J. CLARENNE, *Délibérer au Parlement – Le droit parlementaire, instrument du renouveau de la démocratie représentative ?*, Bruxelles, Larcier, 2024.

¹⁶ M. ROSENFELD, « Repenser l'ordonnement constitutionnel à l'ère du pluralisme juridique et du pluralisme idéologique », in H. RUIZ FABRI et M. ROSENFELD (dir.), *Repenser le constitutionnalisme à l'âge de la mondialisation et de la privatisation*, Paris, Société de législation comparée, 2011, p. 142.

La montée en puissance des juges. Les juges font de la politique, en ce sens qu'ils « contribuent à l'établissement et au maintien d'un ordre politique, c'est-à-dire d'un ensemble structuré de valeurs, de principes et d'intérêts par lesquels s'exerce la domination politique »¹⁷. Entre autres déclinaisons, cette idée repose sur le constat qu'à travers les litiges juridiques dont ils sont saisis, les juges tranchent des conflits de valeurs. Cette dimension axiologique de l'acte de juger est une marque de la fonction de juger en général. Il appartient, en effet, aux juges « de suppléer la carence des gouvernants, en opérant à l'échelon individuel les arbitrages que ceux-ci n'ont pas pu ou voulu faire au niveau général »¹⁸. À n'en point douter, des décisions qui relevaient traditionnellement de la responsabilité des institutions politiques représentatives sont aujourd'hui laissées à l'appréciation des juges. Il y a plus. À la faveur de l'émergence d'un nouveau mode de production du droit – illustré par le paradigme du réseau –, les conflits de valeurs sont tranchés par les juges, non pas de manière catégorique ou dogmatique, mais par une pondération des intérêts en présence et une répartition des droits en jeu. Plongés au cœur d'un droit « flou »¹⁹, « mou »²⁰ et « doux »²¹, confrontés à un corpus normatif véhiculant des concepts à contenu variable, les juges sont soumis à l'obligation de réaliser des ajustements subtils et des conciliations raffinées. En cela, ils sont aussi, en quelque sorte, des « réparateurs sociologiques »²² et assument une « responsabilité sociale »²³. Par ailleurs, si tous les juges font de l'arbitrage politique – au sens où nous l'entendons ici –, les juridictions constitutionnelles occupent dans l'espace politique une place sensiblement différente des autres juridictions, qui tient à la fois à leurs origines, à leurs attributions et à la méthodologie de leurs jugements, même si les ressorts du pouvoir politique de ces juridictions sont étroitement liés aux singularités du système institutionnel dans lequel elles prennent place.

La propagation du droit international et européen. Des aspects de plus en plus nombreux de la vie sociale font l'objet de règles adoptées conventionnellement entre États ou unilatéralement par des institutions supranationales. Dans l'exercice de la fonction législative, les parlements doivent respecter et mettre en œuvre ces règles, mais aussi pour certaines d'elles les transposer. La marge de manœuvre des élus s'en trouve nécessairement réduite. Elle l'est d'autant plus que la Cour constitutionnelle, dans les limites de ses compétences, est particulièrement attentive à veiller au respect par les législateurs du droit international et européen. Y compris sur le plan procédural. Ainsi, lorsque, recourant à la méthode combinatoire ou à la méthode conciliatoire, elle intègre, à travers un droit fondamental reconnu par la Constitution, une norme tirée du droit de l'Union européenne, primaire ou dérivé, et qu'elle constate que cette norme européenne impose aux États, et notamment aux législateurs, des exigences formelles, elle accepte d'invalider la norme législative nationale dès le moment où le législateur a méconnu ces exigences formelles²⁴. C'est donc ici le droit international et européen qui se fraye un chemin vers le prétoire de la Cour constitutionnelle pour l'amener à s'immiscer dans un contrôle procédural du travail législatif.

Une dynamique de démocratie directe et participative. Comme d'autres, la Belgique a fait le choix d'un système représentatif, dans lequel « les délibérations collectives, c'est-à-dire celles qui concernent la collectivité dans son ensemble, sont confiées non pas directement à ceux qui en font

¹⁷ L. DUMOULIN, « Les juges sont-ils des décideurs politiques ? Libres propos sur ce qui apparaît comme un oxymore, mais n'en est peut-être pas un... », in G. GRANDJEAN et J. WILDEMEERSCH (dir.), *Les juges : décideurs politiques ? – Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 79.

¹⁸ A. BAILLEUX, « La radicalisation de la lutte pour le droit », in A. BAILLEUX et M. MESSIAEN (dir.), *À qui profite le droit ? – Le droit, marchandise et bien commun*, Limal, Anthemis, 2020, p. 23.

¹⁹ M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, Paris, P.U.F., Quadrige, 2004, p. 13.

²⁰ J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 2^e éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 123.

²¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Turin, Einaudi, 1992, p. 11.

²² P. MARTENS, « La sociologie juridique existe-t-elle ? », *Rev. dr. pén. crim.*, 1998, p. 835.

²³ M. VERDUSSEN, « La responsabilité politique et sociale des magistrats », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, Bruxelles, Bruylant, Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, 2007, spéc. pp. 181-183.

²⁴ Voy. C.C., arrêt n° 70/2017, 15 juin 2017 ; arrêt n° 34/2020, 5 mars 2020 ; arrêts n° 26/2023 et n° 92/2023, 16 février et 15 juin 2023.

partie, mais à des personnes élues à cet effet »²⁵. Or, aujourd'hui, la démocratie représentative s'essouffle. Soucieuses d'enrayer un processus de désenchantement démocratique, des voix de plus en plus nombreuses s'élèvent pour clamer que le pouvoir d'un peuple ne peut se limiter aux seules échéances électorales, car une démocratie qui s'accomplit par intermittence n'est pas un lieu d'épanouissement pour les citoyens. De fortes aspirations se manifestent ainsi vers un dialogue démocratique plus permanent et plus vivant entre ces derniers et les pouvoirs publics. Une « démocratie continue »²⁶ ou « d'interaction »²⁷. D'où l'émergence progressive et éparses de procédés privilégiant la délibération citoyenne : panel de citoyens, conférence de consensus, sondage délibératif, budget participatif... Cependant, les autorités politiques n'ont pas encore mené une réflexion globale et profonde, qui déboucherait sur un ensemble cohérent d'initiatives impliquant plus activement le citoyen dans la vie politique et qui garantirait une juste conciliation avec le système représentatif, afin « de faire vivre en commun, et même de faire coopérer le système parlementaire et le système de l'opinion publique »²⁸. Il ne suffit pas de faire coexister des espaces de citoyenneté. Il faut les accorder les uns aux autres.

Le rôle des partis politiques. Le poids des partis dans le fonctionnement des institutions est plus que jamais exorbitant, et ce dans tous les pouvoirs et à tous les niveaux de pouvoir. Le Parlement n'y échappe pas, lui qui n'est plus tant composé d'élus individuels que de groupes parlementaires largement inféodés aux instances du parti dont ils se réclament. Qu'il s'agisse de voter sur un projet ou une proposition de loi ou de participer à un débat autour de l'interpellation d'un ministre ou du gouvernement, la marge de manœuvre des élus est réduite à l'espace concédé par leurs partis, qui, au demeurant, peuvent s'appuyer sur l'expertise pointue de leur centre d'études. La Chambre des représentants est ainsi devenue une chambre d'entérinement de décisions prises en d'autres lieux. Le constat est identique s'agissant, par exemple, de la présentation des juges à une nomination à la Cour constitutionnelle²⁹.

Le développement des technologies numériques. Le numérique a contraint les partis politiques et les élus de ces partis à décentrer l'expression de leurs idées des hémicycles parlementaires vers les réseaux sociaux, renforçant l'illusion d'un espace numérique démocratique, alors que la volonté générale ne peut pas se construire à partir d'une myriade d'opinions émises de manière désordonnée et conflictuelle. Plus globalement, l'utilisation débridée et anarchique d'internet renforce le phénomène d'émiettement de la base sociale et concourt à l'affaiblissement et au dessèchement de celle-ci, en compromettant le développement d'identités individuelles et collectives, phénomène qu'a diagnostiqué Massimo Luciani³⁰.

Un réinvestissement du constitutionnalisme sur le rôle des parlements permettrait de consolider l'« aspiration au gouvernement démocratique des rapports sociaux »³¹ et, par-là, de rencontrer certaines désillusions du néo-constitutionnalisme, en tant que ce dernier procède d'une « critique radicale de la normation démocratique » et d'une « exaltation de la fonction juridictionnelle »³². Ce n'est le lieu ici d'imaginer des solutions concrètes. Limitons-nous à exprimer la conviction qu'il est possible de contribuer à une meilleure rationalité délibérative au sein des parlements et, si l'on inscrit la question dans un horizon élargi, à abonder dans le sens de Massimo

²⁵ N. BOBBIO, *Le futur de la démocratie*, trad., Paris, Seuil, 2007, p. 137.

²⁶ Voy. not. D. ROUSSEAU, *Radicaliser la démocratie – Propositions pour une refondation*, Paris, Seuil, 2015.

²⁷ P. ROSANVALLON, *La légitimité démocratique – Impartialité, réflexivité, proximité*, Paris, Seuil, 2008, p. 319.

²⁸ J. JULLIARD, *La Reine du monde – Essai sur la démocratie d'opinion*, Paris, Flammarion, 2008, pp. 116-117.

²⁹ M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge : heurs et malheurs d'un mode de composition discutable », in C. DENIZEAU-LAHAYE (dir.), *La composition des juridictions constitutionnelles – Défis démocratiques, enjeux juridiques et politiques. Perspectives comparées*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2024.

³⁰ M. LUCIANI, Rapport introductif, p. 34.

³¹ M. LUCIANI, Rapport introductif, p. 9.

³² *Ibid.*, p. 8.

Luciani lorsqu'il écrit que « la tâche du constitutionnalisme des prochaines années devrait être celle de la lente et laborieuse reconstruction du tissu conjonctif des rapports entre société civile et société politique, action pour laquelle aucune recette de réalisation simple et rapide n'est disponible »³³. Car la méfiance distanciatrice des représentés à l'égard des représentants nourrit et se nourrit tout à la fois de la crise de la représentation politique.

2. Les incertitudes provoquées par la non-régulation des crises politiques

À maints égards, la formation des gouvernements dans les régimes (semi)parlementaires est marquée du sceau de l'indétermination. Le droit constitutionnel belge offre ici un exemple intéressant d'un objet qui n'est pas réglé par la Constitution et qui, à notre sens, ne mérite pas de l'être.

La Chambre des représentants étant élue selon le système de la représentation proportionnelle, aucun parti politique n'est dans les faits capable de « décrocher » une majorité de sièges (76 sur les 150). C'est le règne du multipartisme, qui s'est accentué progressivement sous l'effet de différents facteurs, dont le fédéralisme. Le Gouvernement fédéral est donc, par la force des choses, un gouvernement de coalition, au caractère composite. Des négociations pour la formation d'un nouveau Gouvernement fédéral s'imposent chaque fois que le Gouvernement fédéral en place est « démissionnaire ». On entend par là un Gouvernement qui a remis sa démission au Roi, une démission que celui-ci n'a acceptée que par la voie d'un communiqué – et non par la voie d'un arrêté royal –, tout en chargeant le Gouvernement de l'expédition des affaires courantes. La démission du Gouvernement peut intervenir en cours de législature ou le lendemain des élections. Elle ouvre une période de « crise politique », donc de négociations.

Les négociations se déroulent selon un « rituel »³⁴ qui n'est pas prévu par la Constitution ni par la loi, mais qui relève des usages politiques. Le Roi est « à la manœuvre ». Après avoir établi un diagnostic sur la situation générale du pays et sur le rapport des forces politiques, il sollicite le concours de personnalités politiques, souvent expérimentées, pour mener des missions, selon les cas (la pratique révèle, à cet égard, une grande imagination sémantique), d'information », de « médiation », de « négociation », de « conciliation », d'exploration », de « clarification », de « préformation »... et *in fine* de « formation » (du Gouvernement).

Le vide juridique qui entoure la procédure de formation du Gouvernement fédéral – la situation est comparable s'agissant des gouvernements fédérés – nous rappelle que le droit ne règle pas tout et qu'il n'est pas souhaitable qu'il règle tout. Certes, il y a place pour un droit constitutionnel de la crise. Mais ce droit « ne peut prétendre dicter à l'autorité publique, moins encore aux forces politiques non institutionnalisées, les comportements qu'elles devraient adopter à chacun des rebondissements de la crise »³⁵. Le droit se préoccupe des causes de déclenchement des crises politiques (démissions, dissolutions, renvois, révocations). Le droit se préoccupe également d'assurer la continuité de l'État pendant la crise. Le droit se préoccupe enfin de dicter les conditions juridiques de la sortie de crise : la composition de tout gouvernement doit obéir à des règles bien précises, qui ne sont pas nécessairement les mêmes au niveau fédéral et au niveau fédéré. Mais le droit ne règle pas le déroulement proprement dit de la crise. À l'intérieur du cadre juridique tracé notamment par la Constitution, les acteurs politiques doivent pouvoir mener un dialogue libre de toute contrainte juridique. Il y va d'un impératif démocratique essentiel pour la légitimité de la solution qui marquera l'issue de la crise.

³³ *Ibid.*, p. 36.

³⁴ A. MOLITOR, *La fonction royale en Belgique*, Bruxelles, CRISP, 1979, p. 31.

³⁵ F. DELPÉRÉE, « Le droit constitutionnel et les crises ministérielles », *Bulletin de la classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. LXXIV, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 1988, p. 163.

La très récente déclaration de révision constitutionnelle, publiée au *Moniteur belge* du 27 mai 2024, soumet à révision les articles 46 et 96 afin d'« apporter une solution lorsque les formations de gouvernement s'éternisent ». En réalité, un débat a déjà été organisé sur ce problème, en 2022, au sein de la Commission de la Constitution et du Renouveau institutionnel de la Chambre des représentants et a donné lieu à l'audition de plusieurs experts³⁶. Il a permis de constater que les formules imaginées se heurtaient parfois à de sérieux écueils et, de manière générale, étaient peu convaincantes, tant les crises politiques sont tributaires de variables que le droit ne pourra jamais régler.

III. LE CONSTITUTIONNALISME ET LES RUPTURES DE L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

Une rupture marque le passage d'une action ou d'un état à un autre. Nombreuses sont les ruptures qui aujourd'hui interpellent le droit. Elles sont démographiques, économiques, scientifiques ou encore identitaires (identité culturelle, identité familiale, identité sexuelle...). L'on se limite ici à deux de ces ruptures, à titre illustratif. Il ne fait aucun doute que ces deux ruptures entrent dans le champ du constitutionnalisme. Mais la question est de savoir comment elles doivent être appréhendées. Les règles constitutionnelles actuelles suffisent-elles ? L'adoption de règles nouvelles se justifie-t-elle ? Si ces questions sont abordées sous l'angle du droit constitutionnel belge, elles sont traversées par un enjeu qui le dépasse : quelle est la capacité d'une Constitution à répondre, par la voix des juges constitutionnels, aux questions que génère une rupture sociétale et à partir de quand une révision du texte constitutionnel s'impose-t-elle ? Lorsque la rupture à laquelle est confrontée une société pose des questions vitales ne trouvant pas de réponse dans la Constitution ou lorsque les réponses offertes par celle-ci sont morcelées, ne faut-il pas admettre qu'on est face à des objets nouveaux qui méritent d'être appréhendés comme tels – et non de manière transversale ou segmentée – par le constitutionnalisme ?

1. Les ruptures liées à la révolution numérique

Les ruptures scientifiques sont le résultat de révolutions scientifiques qui elles-mêmes sont légitimées – par les scientifiques eux-mêmes avant tout – par l'idée de progrès, mais ces ruptures provoquent d'autres ruptures, au regard de la protection des droits fondamentaux et des libertés publiques et, au-delà, au regard de la conception que nos sociétés doivent se faire de la vie moderne. Parmi les révolutions scientifiques, la révolution numérique fait sans conteste partie de celles qui ont impliqué les plus forts changements de paradigmes ces dernières années.

En Belgique comme ailleurs, la Constitution et ses gardiens juridictionnels ont pu largement absorber les chocs provoqués par cette numérisation de la société et, notamment, réguler les ingérences que celle-ci a causées à l'égard de plusieurs droits fondamentaux généraux. Par exemple, si la dématérialisation des services publics a un impact considérable sur l'accès à des droits qui conditionnent la survie de nombre de personnes, générant le risque d'un mouvement significatif de non-recours aux droits sociaux pour des catégories hautement vulnérables de la population, la mobilisation de droits constitutionnels existants, comme le droit à l'égalité et à la non-discrimination, suffit largement à exercer un contrôle de constitutionnalité.

Mais il y a plus. Le numérique – et plus spécialement internet – a dédoublé nos existences entre une réalité physique et une réalité virtuelle. Cette fragmentation, passablement anxiogène, explique que nos sociétés sont aujourd'hui face à un choix crucial pour leur avenir : si le numérique

³⁶ H. DUMONT et J. RENAUX, « Les mécanismes de formation du gouvernement fédéral. Évaluation du système belge et pistes d'amélioration à la lumière d'expériences étrangères », *Rev. b. dr. const.*, 2023, pp. 131-169.

offre d'incontestables atouts et si la numérisation de la société va dans le sens de l'histoire, il doit pouvoir continuer à relever de l'autodétermination personnelle des membres du corps social. La question est donc bien aujourd'hui celle de savoir si un individu a le droit de refuser la voie numérique pour accéder à ses droits. Prenant acte des conséquences sociétales majeures de la numérisation des services publics et de la nécessité de politiser la question du numérique dans les services publics, une étude récente appelle de ses vœux un débat démocratique dédié à « la consécration d'une nouvelle liberté fondamentale, la liberté d'utiliser internet », incluant « le droit d'accéder à internet, mais aussi le droit de ne pas utiliser internet, c'est-à-dire, le droit à une interaction humaine »³⁷. Le constitutionnalisme ne peut pas faire l'économie d'un tel débat.

2. Les ruptures liées à l'identité de genre et à l'orientation sexuelle

Les ruptures identitaires affectent les identités collectives (identités culturelle, linguistique, religieuse...) et les identités individuelles (identités familiale, sexuelle...). Nous nous limitons ici aux questions posées par l'identité de genre et par l'orientation sexuelle. Ces questions interpellent aujourd'hui les sciences sociales en général. En Belgique, elles interpellent d'autant plus la science constitutionnelle que la Constitution belge a été adoptée en 1831 et n'a jamais été révisée sur ce point.

La jurisprudence a démontré que des règles constitutionnelles, même anciennes, pouvaient s'adapter naturellement. On y verra la confirmation qu'une Constitution revêt un caractère de généralité et d'indétermination qui la rend largement adaptable à l'incommensurable diversité des circonstances de la vie. Dans le contexte de sociétés pluralistes, une Constitution doit être rédigée de manière à permettre aux juges, autant que faire se peut, de trancher, au cas par cas, les conflits de valeurs et les divergences de conception entre individus et entre groupes. Certes, le contenu normatif de la Constitution est porteur d'une dimension axiologique, qui repose sur des choix opérés par son auteur et renvoie à « un imaginaire historique partagé »³⁸, mais le texte constitutionnel ne peut pour autant appréhender toutes les virtualités des valeurs qui lui sont sous-jacentes. Seules les réalités sociales et humaines mettent ces valeurs en situation et en concurrence. Ainsi, pour ce qui concerne notre propos, le principe d'égalité et de non-discrimination a permis à la Cour constitutionnelle de légitimer constitutionnellement, ou d'invalidier partiellement, certaines lois. Citons plus particulièrement un arrêt annulant plusieurs dispositions de la loi du 25 juin 2017 « réformant des régimes relatifs aux personnes transgenres en ce qui concerne la mention d'une modification de l'enregistrement du sexe dans les actes de l'état civil et ses effets », sur la base du principe d'égalité et de non-discrimination et du droit au respect de la vie privée³⁹.

Les évolutions sociétales relatives à l'orientation sexuelle se heurtent, en revanche, à des écueils constitutionnels plus sérieux. Tout d'abord, en dépit d'avancées juridiques, les personnes LGBTI+ sont encore victimes de préjugés, d'insultes et de propos haineux, notamment sur internet. Or, en vertu de l'article 150 de la Constitution, seuls les délits de presse racistes et xénophobes peuvent être poursuivis devant le tribunal correctionnel, alors que les délits de presse homophobes, par exemple, doivent être jugés par un jury d'assises, ce qui en pratique entraîne une impunité de fait pour leurs auteurs. Ensuite, et de manière plus générale, les agressions dont sont victimes les personnes LGBTI+ sont à l'intersection de plusieurs droits fondamentaux, ce qu'illustre bien la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (droit à l'égalité et à la non-discrimination, droit à la vie privée, interdiction des traitements inhumains et dégradants, libertés de réunion et d'association...). Cette transversalité plaide pour une approche holistique par la Constitution, la question se posant

³⁷ E. DEGRAVE, « Justice sociale et services publics numériques. Pour le droit fondamental d'utiliser – ou non – internet », *Rev. b. dr. const.*, 2023, pp. 211-244.

³⁸ F. OST, *Raconter la loi – Aux sources de l'imaginaire juridique*, Paris, Odile Jacob, 2004, p. 23.

³⁹ C.C., arrêt n° 99/2019, 19 juin 2019.

sérieusement de la reconnaissance formelle d'un droit fondamental à l'orientation sexuelle qui contribuerait sans doute à une protection plus effective des droits des personnes LGBTI+.

Par ailleurs – et l'observation vaut aussi pour le numérique –, ne doit-on pas admettre que toute Constitution revêt une fonction intégrative⁴⁰. Reconnaître à la Constitution une portée symbolique ne revient pas à nier sa force juridique. C'est bien à travers les règles qui la composent qu'une Constitution véhicule des symboles. Mais, plus la charge symbolique de la Constitution est importante, plus grandes sont les chances d'une « appropriation collective »⁴¹ de celle-ci.

IV. LE CONSTITUTIONNALISME ET LES PÉRILS DE L'ÉPOQUE CONTEMPORAINE

Les êtres humains sont régulièrement soumis à des périls, mais il en est qui contraignent l'humanité à se (re)questionner. Citant Martin Buber, l'écrivain Ernesto Sabato écrit que « la problématique de l'homme doit être repensée à chaque fois que le pacte originel entre le monde et l'être humain paraît se rompre lors d'époques où il paraît à l'être humain qu'il n'est dans le monde qu'un étranger solitaire et abandonné »⁴².

Les périls interpellant le constitutionnalisme se manifestent sous différentes facettes, qui parfois s'entrecroisent : les périls des temps mouvementés (période de crise) et les périls des temps apaisés (absence de crise) ; les périls naturels et les périls artificiels ; les périls pesant sur l'organisation constitutionnelle de l'État et les périls menaçant les droits constitutionnels ; etc. Dans tous les cas, ces périls peuvent saper jusqu'aux fondements mêmes du constitutionnalisme, lorsqu'ils provoquent un renoncement à des valeurs intimement liées à son histoire.

Nos États sont aujourd'hui en proie à des périls divers. Trois d'entre eux nous paraissent singulièrement préoccupants en 2024 : la recrudescence des conflits armés ; le dérèglement climatique ; l'amplification des inégalités sociales et donc de la pauvreté, sous l'effet notamment des flux migratoires. La table ronde internationale de l'ILF de 2023 a examiné le premier⁴³. Nous retenons ici les deux derniers.

Les évolutions récentes du droit constitutionnel belge montrent que l'appréhension de ces deux périls par le constitutionnalisme se heurte à des écueils qui concernent tant les organes politiques que les organes juridictionnels. Les organes politiques manifestent une sensible réticence à confier aux organes juridictionnels une trop grande responsabilité dans la lutte contre ces périls et les organes juridictionnels – on se limite ici aux juges constitutionnels – semblent vouloir concéder aux organes politiques une marge d'appréciation très étendue dans certains domaines, soucieux sans doute de ne pas voir leur légitimité mise en cause. On le voit, il s'agit d'un enjeu qui dépasse les limites de la Belgique. L'équilibre entre l'auteur de la loi et le contrôleur de la loi reste, plus que jamais, un défi majeur du constitutionnalisme, spécialement lorsque celui-ci est face à des menaces qui le questionnent sur ses objets, présents ou à venir.

1. Le péril climatique

⁴⁰ M. VERDUSSEN, « Les fonctions et finalités de la Constitution en période de transition démocratique », in P. COPPENS, M. DE NANTEUIL, I. FERRERAS et M. VERDUSSEN (dir.), *La démocratie à l'épreuve – Entre transitions constitutionnelles et défi écologique*, Lormont, Éd. Le Bord de l'eau, 2023, pp. 26-31.

⁴¹ J. CHEVALLIER, « Pour une sociologie du droit constitutionnel », in *L'architecture du droit – Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, p. 297.

⁴² E. SABATO, *Hommes et engrenages – Réflexions sur l'argent, la raison et l'effondrement de notre temps*, trad., La Murette, R&N, 2019, p. 37.

⁴³ A.I.J.C., vol. XXXIX, 2024.

Le 6 février 2019, une proposition de loi spéciale « coordonnant la politique de l'autorité fédérale, des communautés et des régions en matière de changements climatiques et fixant des objectifs généraux à long terme » est déposée sur le bureau de la Chambre des représentants⁴⁴. Se fondant notamment sur les travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC), la proposition entendait fixer les objectifs généraux de la politique climatique de la Belgique et coordonner les initiatives à prendre par les différents niveaux de pouvoir en ce domaine, passablement éclaté dans l'État fédéral belge⁴⁵. Cette proposition de loi spéciale a donné lieu à un avis très critique de la section de législation du Conseil d'État, en date du 4 mars 2019⁴⁶. Dans son avis, le Conseil d'État, réuni en assemblée générale, conteste au législateur spécial le pouvoir de régler des dispositions importantes prévues dans la proposition de loi spéciale, parmi lesquelles les dispositions qui définissent les principes et objectifs de la politique climatique. Toutefois, dans un esprit constructif, le Conseil d'État suggère quelques pistes dont – c'est la première évoquée – la voie constitutionnelle, qui consiste à réviser l'article 7bis de la Constitution. Ce dernier a été inséré dans la Constitution en 2007 dans un nouveau Titre *ibis* intitulé « Des objectifs de politique générale de la Belgique fédérale, des communautés et des régions ». L'article 7bis élève le développement durable au rang d'un objectif de politique générale à valeur constitutionnelle.

Le 26 mars 2019, la Commission de la révision de la Constitution et de la réforme des institutions de la Chambre des représentants a adopté une proposition de révision de l'article 7bis de la Constitution⁴⁷, ayant pour objet l'insertion d'un alinéa 2 qui impose à la collectivité fédérale et aux collectivités fédérées de coopérer « à une politique climatique efficace, conformément aux objectifs, principes et modalités établis par une loi adoptée à la majorité prévue à l'article 4, dernier alinéa » (loi spéciale). La localisation de cette disposition à l'article 7bis a été justifiée par les auteurs de la proposition de loi notamment par le « lien très étroit entre les objectifs transversaux de développement durable et la politique climatique »⁴⁸. Réunie en séance plénière, la Chambre a rejeté la proposition, qui pour être adoptée devait réunir deux tiers des suffrages exprimés, en vertu de l'article 195, alinéa 5, de la Constitution. Ce rejet a suscité des réactions aussi vives que négatives dans une partie importante de l'opinion publique. On aurait pu croire que le débat était simplement reporté à la législature née des élections du 26 mai 2019, puisque la déclaration de révision de la Constitution publiée au *Moniteur belge* du 23 mai 2019 reprenait l'article 7bis parmi les dispositions révisables au cours de cette nouvelle législature. Rien n'y a fait. L'article 7bis a bien été révisé, le 15 mai 2024, mais pour y insérer un alinéa relatif à un objectif de protection et de bien-être des animaux⁴⁹. La déclaration de révision constitutionnelle du 27 mai 2024, citée ci-avant, reprend l'article 7bis dans la liste des dispositions révisables lors de la législature 2024-2029.

Les discussions parlementaires ayant précédé le rejet de la proposition de révision de l'article 7bis sont particulièrement révélatrices de la crainte éprouvée par une partie de la classe politique que les juridictions s'emparent de la nouvelle disposition pour imposer au pouvoir politique des contraintes climatiques non débattues dans un hémicycle parlementaire. À cet égard, est très symptomatique ce passage des travaux préparatoires citant le professeur Deketelaere qui, lors de son audition, soulignait que c'était là « une source d'insécurité juridique et d'incertitude » qui aboutirait à

⁴⁴ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3517/1. Voy. égal. la proposition de loi spéciale du 6 février 2019 « portant coordination de la politique de l'autorité fédérale, des communautés et des régions à l'égard du changement climatique et fixant ses objectifs globaux à long terme », *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 3520/1.

⁴⁵ M. EL BERHOUMI et C. NENNEN, « Le changement climatique à l'épreuve du fédéralisme », *Aménagement-Environnement*, 2018, pp. 61-76 ; F. VANRYKEL, « La politique belge en matière de climat, entre autonomie et coopération. Quelle place pour une vision commune à l'échelle nationale ? », *Rev. b. dr. const.*, 2017, pp. 223-245.

⁴⁶ Avis n° 65.404/AG et 65.405/AG.

⁴⁷ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3642/3.

⁴⁸ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3642/3, p. 4.

⁴⁹ *Moniteur belge*, 24 mai 2024.

« une loi sur le climat permettant aux juges activistes de s'en emparer »⁵⁰. Un autre expert a surenchéri en « demandant si l'intention était vraiment que les juges statuent sur les mesures à prendre »⁵¹. Et un élu d'ajouter : « La voie qui est empruntée fera en sorte que ce n'est pas le Parlement qui prendra les mesures, mais que ce sont les juges qui trancheront, par activisme ou non »⁵². Cette méfiance à l'égard des juges, spécialement ceux de la Cour constitutionnelle, était déjà très perceptible en 2007. À l'époque, le Constituant a érigé le développement durable en un objectif de politique générale (article 7bis : voy. *supra*), refusant ainsi d'en faire un droit fondamental, ce qui l'aurait immédiatement inclus dans les compétences de la Cour. Cependant, si ce faisant il a voulu éviter que cette disposition nouvelle fasse partie du bloc de constitutionnalité, cela n'a pas empêché les juges constitutionnels de l'y intégrer par d'autres voies⁵³.

2. Le péril social

2.150.000 de Belges, soit 18,6 % de la population, courent un risque de pauvreté ou d'exclusion sociale. C'est ce qui ressort des nouveaux chiffres de la pauvreté pour l'année 2023 que Statbel, l'office belge de statistique, a publié sur la base de l'enquête sur les revenus et les conditions de vie (EU-SILC)⁵⁴. Pour les personnes concernées, il est parfois nécessaire de saisir les juridictions ordinaires afin d'obtenir une aide que le législateur leur accorde, les recours organisés à cette fin se heurtant à de nombreux obstacles qui compromettent l'accès effectif à ces aides. Lorsque c'est le législateur qui manque à ses obligations, la Constitution doit être mobilisée et la Cour constitutionnelle peut en être saisie. Or, la jurisprudence constitutionnelle sur les droits économiques, sociaux et culturels, reconnus à l'article 23 de la Constitution, traduit une certaine pusillanimité des juges.

Certes, la Cour constitutionnelle a récemment assoupli sa jurisprudence relative à la règle du *standstill* contenue à l'article 23. Elle considère désormais que cette règle ne permet au législateur de réduire significativement le degré de protection offert par la législation applicable que s'il existe une « justification raisonnable »⁵⁵. Cela revient à dire que « si la norme nouvelle opère un recul significatif par rapport au niveau de protection autrefois garanti, il convient, dans un second temps, de vérifier que ce recul est raisonnablement justifié, et cela au terme d'un contrôle de proportionnalité »⁵⁶. Cet infléchissement est loin d'être anodin.

En revanche, la Cour constitutionnelle considère que l'article 23, à la différence des autres droits fondamentaux, n'impose pas au législateur de régler tous les éléments essentiels du droit invoqué et ne lui interdit donc pas de déléguer au pouvoir exécutif le soin régler ceux-ci⁵⁷. Or, rien ne justifie que le principe de légalité, avec ses différentes implications, reçoive un traitement différencié lorsque sont en jeu les droits reconnus à l'article 23 de la Constitution⁵⁸. Tout d'abord, la réserve à la loi formelle y est expressément inscrite. Ensuite, une interprétation à deux niveaux des droits reconnus par le Titre II de la Constitution – l'un pour les droits listés à l'article 23 et l'autre pour les autres droits – conduirait à introduire dans ce même Titre II une hiérarchisation des droits fondamentaux que n'a jamais voulue le Constituant, qu'il soit originaire ou dérivé (et soit dit en passant incompatible avec le principe d'indivisibilité des droits humains affirmé à plusieurs reprises par le droit international). Enfin, les droits

⁵⁰ *Doc. parl.*, Ch. repr., 2018-2019, n° 54-3642/2, p. 8.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Ibid.*, p. 10.

⁵³ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2024 (à paraître en septembre 2024).

⁵⁴ <https://statbel.fgov.be/fr/themes/menages/pauvrete-et-conditions-de-vie/risque-de-pauvrete-ou-dexclusion-sociale>

⁵⁵ C.C., arrêt n° 69/2023, 27 avril 2023, B.6.2.

⁵⁶ D. DUMONT et I. HACHEZ, « Le principe de *standstill* redéfini par la Cour constitutionnelle : la confirmation logique et bienvenue de l'exigence d'un test de proportionnalité », *J.T.*, 2024, p. 4.

⁵⁷ Not. C.C., arrêt n° 77/2018, 21 juin 2018, B.5.4.

⁵⁸ I. HACHEZ et L. TRIAILLE, « Le principe de légalité en matière de droits économiques, sociaux et culturels : la Cour constitutionnelle à la croisée des chemins », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI, et B. LOMBAERT, (dir.), *La légalité – Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 216-219.

économiques, sociaux et culturels de l'article 23 de la Constitution produisent eux aussi, à l'instar des droits dits « de la première génération », des obligations négatives d'abstention, de telle sorte qu'« essentialiser la distinction entre obligations positives et négatives pour l'assortir d'un régime juridique différencié » serait « faire fi de la réalité »⁵⁹.

À cela s'ajoute que, de manière générale, la Cour constitutionnelle semble considérer que la marge d'appréciation du législateur fluctue selon les domaines où elle s'applique, la plus ou moins grande intensité du contrôle de la Cour étant fonction de la position où elle place son curseur⁶⁰. On lit ainsi dans la jurisprudence que le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation « large » ou « étendu » dans certaines matières, par exemple en matière socio-économique⁶¹ et en matière fiscale⁶². Par ailleurs, on observe que la Cour se montre très soucieuse de respecter la marge d'appréciation du législateur sur le terrain de la répression pénale⁶³. La jurisprudence à géométrie variable de la Cour constitutionnelle sur la marge d'appréciation laissée au législateur est une manifestation, parmi d'autres, d'un souci d'autolimitation (« *judicial self-restraint* »). Il reste que, dans un État de droit, lorsque les juges constitutionnels estiment devoir montrer une déférence particulière à l'égard du législateur, il est indispensable qu'ils la justifient de manière convaincante, en se fondant sur des éléments juridiques, tirés spécialement du droit européen et international, mais aussi, prioritairement, de la Constitution et des principes qu'elle consacre ou qui la sous-tendent. La soumission de telle matière au principe de légalité ou le caractère régalien de telle autre matière peuvent ainsi justifier une plus grande latitude accordée au législateur, mais la Cour doit s'y référer et l'argumenter. À défaut, les choix des juges constitutionnels exposent ceux-ci au reproche de privilégier péremptoirement une vision politique particulière de la société (néolibérale, répressive...) et de favoriser arbitrairement la protection des intérêts de catégories déterminées de membres du corps social.

Le constat fait ici ne pèche pas par un excès d'angélisme. Nous sommes conscients que, si le recours au juge pour faire respecter les droits sociaux, que ce soit par l'administration ou par le législateur, peut s'avérer très utile, il serait désillusionnant d'y voir le seul remède possible, ni surtout une voie miraculeuse. Ainsi, « il n'y a pas de magie du juge constitutionnel qui permettrait que soudain soient levées les difficultés politiques auxquelles sont confrontées les sociétés »⁶⁴. La construction et la préservation de l'État de droit social – selon les termes de l'article 28-1 de la Loi fondamentale allemande – est une responsabilité partagée qui doit être assumée par tous les pouvoirs.

V. QUELQUES PERSPECTIVES UTOPIQUES EN GUISE DE CONCLUSION

Le constitutionnalisme s'accommode-t-il d'autres Constitutions que les Constitutions étatiques⁶⁵ ? Disons-le sans ambages : quelles que soient les réponses à cette question, elles supposent nécessairement un renoncement à l'acception libérale de la notion de constitutionnalisme que nous avons retenue dès l'entame de ce rapport.

Une Constitution mondiale ? La globalisation est révélatrice d'un décalage problématique entre la mondialisation de problèmes qui jusqu'ici se posaient à une échelle essentiellement nationale

⁵⁹ *Ibid.*, p. 219.

⁶⁰ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*

⁶¹ Not. C.C., arrêt n° 32/2024, 21 mars 2024, B.17 ; arrêt n° 44/2024, 11 avril 2024, B.13.2.. , arrêt n° 59/2024, 30 mai 2024, B.17.1.

⁶² Not. C.C., arrêt n° 52/2024, 16 mai 2024, B.11.

⁶³ C.C., arrêt n° 39/2020, 12 mars 2020, B.14.3.

⁶⁴ S. HENNETTE-VAUCHEZ, citée par D. ROMAN, « Droits sociaux et économiques », in P. SAVIDAN, *Dictionnaire des inégalités et de la justice sociale*, Paris, P.U.F., 2018, p. 376.

⁶⁵ M. VERDUSSEN, « Un droit constitutionnel métamorphosé », *Ann. dr. Louvain*, 2016, pp. 311-314 ; *Id.*, *Réenchâter la Constitution*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2019, pp. 39-44.

et le maintien d'un droit constitutionnel qui est d'abord et avant tout étatique. D'où l'idée d'un « constitutionnalisme global » qui résorberait la tension existante entre un droit constitutionnel national et une civilisation qui se globalise. Cette idée est défendue par des courants de pensée parfois très différents, mais qui tous s'accordent pour considérer que l'État-nation n'est plus le centre de gravité exclusif du constitutionnalisme. Le projet du constitutionnalisme global n'est pas pour autant de définir un droit mondial, comme si la pluralité des ordres juridiques laissait progressivement la place à un ordre juridique planétairement unifié. L'objectif est plutôt de dégager un certain nombre de principes et de standards constitutionnels applicables à l'échelle mondiale, qui peuvent « servir de fondement à des règles constitutionnelles nationales »⁶⁶. On pense, ce n'est là qu'un exemple, à l'indépendance des juges.

À ce stade, le constitutionnalisme global est encore une chimère. Il « relève plutôt d'une construction – certains diraient bricolage – *a posteriori* à partir de normes éparses et diverses (au plan de leur statut et de leur nature) et à l'aide d'analogies nationales qui ne sont pas forcément opératoires dans un contexte global marqué par le pluralisme et le polycentrisme »⁶⁷. Comme l'écrit Georges Balandier, « le global, la planète, ne forme pas encore *le* territoire politique de l'espèce humaine »⁶⁸. Certes, le début du troisième millénaire est marqué par une dynamique d'homogénéisation des corpus constitutionnels ou, plus exactement, des valeurs constitutionnelles. Toutefois, ce décloisonnement constitutionnel concerne surtout la protection des droits fondamentaux et même là il n'est que partiel, l'universalité restant en cette matière largement présumée. Quant aux régimes politiques, et hormis quelques mouvements de fond, comme une certaine remise en question du bicaméralisme égalitaire, c'est le règne de la diversité.

S'il est encore une chimère, le constitutionnalisme global n'en est pas pour autant une hérésie. Un jour ou l'autre, les bouleversements technologiques et la marche de la mondialisation mettront les États au pied du mur. Se posera alors la question, non plus d'une « Constitution européenne », mais, à une échelle plus large, d'une Constitution « internationale » ou « mondiale ». Une vertigineuse disparité règne dans la doctrine relative à cette question. Certains auteurs entendent défendre la conception traditionnelle de la notion de Constitution, consubstantiellement liée à celle d'État : « *when a term is well established, it may prove inexpedient or even misleading to adopt a substantially different use of it* »⁶⁹. D'autres s'attachent à étendre la notion au-delà du cadre étatique : « *in the context of usage of the term 'constitution', the claim being made by those extending it beyond the state level is that the essence of the existing term applies with equal effect to the new usage, and this extension of scope is conceptually justified* »⁷⁰.

Pour autant que de besoin, on précisera que le débat sur la mondialisation du constitutionnalisme ne peut être confondu avec la question de l'internationalisation/européanisation du droit constitutionnel. Dès le moment où les États se soumettent à des obligations tirées du droit international/européen, se pose inévitablement la question de l'articulation entre ces obligations et les règles constitutionnelles. Cette question concerne elle aussi les frontières du constitutionnalisme – le droit international/Européen fait bouger les lignes du droit constitutionnel –, mais elle est distincte.

Des constitutions sectorielles ? Le constitutionnalisme est confronté à des dynamiques sociales nouvelles, comme la privatisation de matières constitutionnelles premières. L'espace public, que les constitutions étatiques organisent et dans lequel elles permettent aux citoyens de se mouvoir, n'est-il pas de plus en plus régulé par des acteurs privés qui, par le fait de la globalisation, échappent à

⁶⁶ M. TROPER, « L'avenir du droit constitutionnel », *Rev. b. dr. const.*, 2001, p. 131.

⁶⁷ K. BENYEKHELF, *Une possible histoire de la norme : les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 714.

⁶⁸ G. BALANDIER, *Recherche du politique perdu*, Paris, Fayard, 2015, p. 118.

⁶⁹ R. WAHL, « In Defence of 'Constitution' », in P. DOBNER et M. LOUGHLIN (eds), Oxford University Press, 2010, p. 220.

⁷⁰ *Id.*

l'emprise constitutionnelle (et, ensemble, sont même une menace pour la souveraineté étatique⁷¹) ? On pense notamment aux sociétés financières multinationales, aux entreprises du marché d'Internet – les fameuses GAFAM (Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft) –, ou encore aux organisations sportives internationales. En surplomb des institutions politiques et des constitutions étatiques éclosent des sociétés privées autonomes, sortes de sous-systèmes de la société globale, souvent plus puissants que les États. Ces sociétés partielles sont confrontées à des problèmes pour la solution desquels les constitutions nationales sont aussi largement impuissantes que le serait sans doute une Constitution mondiale.

Émergent alors des constitutions sectorielles, telles une Constitution propre au secteur financier par exemple. Des « fragments constitutionnels », selon l'expression de Gunther Teubner, à qui l'on doit une théorie sociologique du constitutionnalisme sociétal⁷². Reste à définir les modalités d'élaboration et de validation de telles constitutionnalisations, ainsi que les liens entre ce constitutionnalisme sociétal – forme de nouveau contrat social – et le constitutionnalisme étatique. Quelle doit être encore la place de l'État et de sa Constitution ? Reste également, pour chaque espace constitutionnalisé, à imaginer des formes nouvelles de régulation, et d'interaction avec les autres espaces constitutionnalisés, et donc à déterminer quelle liberté promouvoir ? Envisager une Constitution pour l'espace cyberspatial, par exemple, c'est s'interroger sur les valeurs à protéger dans l'espace numérique⁷³. C'est aussi, plus largement, repenser la place et le rôle des individus dans un horizon démocratique décloisonné. Ce n'est pas chose aisée, tant la numérisation révolutionne les rapports entre l'individuel et le collectif. Est-il besoin d'ajouter qu'ici encore se pose la question des contours de la notion de Constitution et donc de la pertinence de l'utilisation de la terminologie constitutionnelle ? On sera d'accord pour admettre que le constitutionnalisme sociétal oblige à se départir d'une conception formaliste de la notion de Constitution pour privilégier une conception fonctionnelle. Mais, au-delà de ce truisme, tout est à écrire.

⁷¹ Voy. M. LUCIANI, Rapport introductif, p. 23.

⁷² G. TEUBNER, *Constitutional Fragments – Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford University Press, 2012. Du même auteur, voy. « L'auto-constitutionnalisation des ETN ? Sur les rapports entre les codes de conduite "privés" et "publics" des entreprises », *R.I.E.J.*, 2015, pp. 1-25 : l'auteur montre que les codes des entreprises transnationales « représentent les prémices de constitutions spécifiques d'entreprises transnationales conçues comme des constitutions au sens strict » (p. 4).

⁷³ L. LESSIG, *Code and Others Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p. 6.