

Le principe de légalité de l'article 23 de la Constitution, en matière de droits économiques, sociaux et culturels

Martin VRANCKEN¹

Référendaire à la Cour constitutionnelle

Assistant à l'Université de Liège

L'article 23 de la Constitution charge les législateurs compétents de garantir les droits économiques, sociaux et culturels. La question est de savoir si ces législateurs peuvent déléguer largement cette mission au pouvoir exécutif (c'est-à-dire au gouvernement), ou s'ils doivent eux-mêmes en régler les aspects les plus essentiels. La Cour constitutionnelle a adopté une position médiane. Selon elle, l'article 23 de la Constitution contient bien un principe de légalité, imposant l'intervention d'une assemblée délibérante démocratiquement élue, mais celui-ci a une portée (très) limitée. Il semble que cette jurisprudence s'explique par l'absence de volonté claire du constituant, en 1994, d'instaurer un principe de légalité strict dans ces matières, ainsi que par la circonstance que les matières concernées sont habituellement réglées dans une large mesure par le pouvoir exécutif, en raison de leur caractère technique et évolutif. Cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle est battue en brèche par la doctrine ainsi que par la section de législation du Conseil d'État, quoique de manière plus voilée. Ces critiques invitent à se demander si un revirement de jurisprudence de la Cour sur ce point est opportun et/ou souhaitable.

I - INTRODUCTION

1. Les droits économiques, sociaux et culturels occupent une place à part dans le titre II de la Constitution². Leur consécration, sous l'étendard du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, en 1994, est tardive. Elle est faite par le constituant du bout des lèvres: l'article 23 de la Constitution délègue aux législateurs compétents le soin de garantir ces droits et de déterminer les conditions de leur exercice. Le constituant prend soin de préciser –car c'est dans l'air du temps– que ces nouveaux droits s'accompagnent de devoirs. Le Congrès national, en 1831, n'avait pas autant de préventions contre les libertés publiques.

La concrétisation des droits économiques, sociaux et culturels incombe donc aux législateurs, soit. Mais ces derniers doivent-ils s'acquitter eux-mêmes de cette mission ? Peuvent-ils la confier au pouvoir exécutif (c'est-à-dire au gouvernement) ? La réponse à ces questions n'est

¹ L'auteur s'exprime à titre strictement personnel.

² Voy. M. VRANCKEN, « Constitution, dignité humaine et pauvreté », in: M.-F. RIGAUX et F. DAOÛT (coord.), *Le droit face aux pauvres. Actes du colloque organisé par la Cour constitutionnelle en hommage au juge honoraire Jean-Paul Snappe*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 179-200.

pas purement technique. En règle générale, le constituant confie le soin de régler les matières qu'il tient pour les plus essentielles à une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Ainsi, les ingérences des pouvoirs publics dans bon nombre de droits garantis par la Constitution ne sont admissibles que si et dans la mesure où elles sont prévues par le législateur. « *Nul ne peut être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit* » (article 12, alinéa 2, Const.). « *Le domicile est inviolable; aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu que dans les cas prévus par la loi et dans la forme qu'elle prescrit* » (article 15, Const.). « *Aucun impôt au profit de l'État ne peut être établi que par une loi* » (article 170, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, Const.). Aux yeux du constituant, l'intervention du législateur est gage de légitimité, de stabilité et de transparence. Qu'en est-il alors des droits économiques, sociaux et culturels ? Sont-ils aussi sur ce plan soumis à un régime différent de celui qui s'applique aux autres droits fondamentaux consacrés dans la Constitution ?

Dans la présente contribution, nous examinerons si les droits économiques, sociaux et culturels doivent être réglés par les législateurs eux-mêmes et, le cas échéant, dans quelle mesure ceux-ci peuvent déléguer la réglementation de ces matières au pouvoir exécutif. Un bref examen de la manière dont les pouvoirs sont répartis entre le législateur et le pouvoir exécutif en droit constitutionnel belge s'impose préalablement.

II - LA RÉPARTITION DES POUVOIRS ENTRE LE LÉGISLATEUR ET LE POUVOIR EXÉCUTIF

2. Dans un régime politique, il est important de déterminer les prérogatives respectives du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Cela donne une bonne idée de l'importance que le constituant confère à chacun de ces deux pouvoirs. Dans le système qu'instaure la Constitution belge, dès l'origine, le législateur dispose de la plénitude de compétence. Il peut donc régler toute matière généralement quelconque, même sans attribution expresse de compétence par la Constitution, pourvu qu'elle ne soit pas attribuée à une autre autorité. Dans l'organisation des pouvoirs constitutionnels, le pouvoir législatif a donc la prééminence. Les prérogatives de l'exécutif sont limitées à l'exécution de la loi (article 108 Const.) et aux matières qui lui sont expressément attribuées par le constituant ou le législateur (article 105 Const.). Certaines matières, jugées particulièrement importantes par le constituant, doivent être réglées par le législateur lui-même. Ces matières sont dites « réservées » (sous-entendu « à la loi » ou « au législateur »), par opposition aux matières dites « résiduelles ». Les matières réservées au législateur concernent à l'origine les limitations apportées aux droits fondamentaux, l'établissement des impôts, ou encore l'organisation des juridictions et de l'armée.

3. Les matières réservées sont donc régies par un principe de légalité³. L'idée est qu'il s'agit de matières à ce point importantes qu'elles doivent être réglées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue, et non par le gouvernement, dont le constituant se méfie. L'intervention du législateur est censée apporter légitimité, transparence et stabilité: la norme législative est adoptée au terme d'un débat public au Parlement, à l'occasion duquel la majorité et l'opposition peuvent, par la délibération, confronter leurs points de vue respectifs; les projets,

³ Le principe de légalité dont nous parlons est formel. Il implique qu'une matière déterminée doit être réglée par le législateur, à l'exclusion de toute autre autorité, indépendamment de la qualité ou du contenu de la norme. Il se distingue du principe de légalité au sens matériel du terme, qui suppose qu'une norme limitant l'exercice d'un droit fondamental soit accessible et suffisamment claire et prévisible, quel que soit l'auteur de la norme. La présente contribution porte exclusivement sur la première acception, formelle donc, du principe de légalité.

propositions, amendements et échanges sont reproduits dans les documents parlementaires, accessibles à tous; enfin, en règle générale, il est plus difficile de modifier une loi qu'un arrêté royal, d'où une certaine permanence. Autant de garanties dont une réglementation par le pouvoir exécutif, c'est-à-dire le gouvernement, est dépourvue.

La Cour constitutionnelle identifiera plus tard ce type de réserve de compétence au profit du législateur non pas comme une simple règle d'organisation institutionnelle, mais comme une garantie pour le citoyen. Certains auteurs évoquent à raison un « droit au législateur »⁴.

4. Si toute délégation au pouvoir exécutif n'est pas interdite dans les matières réservées, encore faut-il qu'une telle délégation respecte plusieurs conditions et qu'elle se limite à des éléments accessoires. Le législateur doit définir précisément l'habilitation et régler lui-même les éléments essentiels de la mesure qu'il habilite le pouvoir exécutif à prendre^{5/6}. Les matières résiduelles peuvent quant à elles faire l'objet de délégations étendues.

5. Dans le cadre de la fédéralisation de l'État belge, un régime analogue de répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif a été dupliqué au niveau des entités fédérées (articles 20 et 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

III - L'ADOPTION DE L'ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION ET L'INSCRIPTION DES DROITS ÉCONOMIQUES, SOCIAUX ET CULTURELS DANS LA CONSTITUTION

6. Les droits économiques, sociaux et culturels ont été inscrits dans la Constitution assez tard. Ce n'est qu'en 1994, après plusieurs échecs et de longues palabres, que le constituant a inséré dans la Constitution un nouvel article 24*bis* (devenu l'article 23 lors de la coordination de la Constitution, la même année)⁷. Le texte de la nouvelle disposition a été minutieusement rédigé par les parlementaires. Tel qu'il a été modifié lors de la sixième réforme de l'État en 2014, avec l'ajout de la mention du droit aux prestations familiales, l'article 23 dispose:

« Chacun a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine.

A 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.

Ces droits comprennent notamment:

1° le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle dans le cadre d'une politique générale de l'emploi, visant entre autres à assurer un niveau d'emploi aussi stable et élevé que possible, le droit à des conditions de travail et à une rémunération équitables, ainsi

⁴ J. VELAERS, « Het 'recht op de wetgever': beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden », in X., *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 1631-1641.

⁵ C. const., arrêt n° 49/2019 du 4 avril 2019, B.44.1.

⁶ La Cour constitutionnelle manie un standard de protection plus ou moins strict en fonction du droit concerné. Voy. à ce sujet H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van de toetsing », *T.B.P.*, 2011, pp. 334-364.

⁷ Révision constitutionnelle du 31 janvier 1994, *Moniteur belge*, 12 février.

que le droit d'information, de consultation et de négociation collective;

2° le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique;

3° le droit à un logement décent;

4° le droit à la protection d'un environnement sain;

5° le droit à l'épanouissement culturel et social;

6° le droit aux prestations familiales ».

7. La raison principale de la formulation prudente du deuxième alinéa de l'article 23 de la Constitution est connue. Elle traduit la volonté du constituant d'éviter de doter les droits économiques, sociaux et culturels de tout effet direct, c'est-à-dire d'éviter de créer des droits subjectifs dont les individus pourraient se prévaloir directement devant les tribunaux, à charge des pouvoirs publics. Dans les milieux politiques, les craintes étaient vives que l'inscription de ces nouveaux droits dans la Constitution engendre des dépenses incontrôlables et inconciliables avec l'impératif d'un budget en équilibre. L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution est donc une avancée faite sur la pointe des pieds.

Il reviendra à chaque législateur, dans l'exercice de ses compétences, de concrétiser progressivement les droits économiques, sociaux et culturels. En effet, en ce qu'il vise la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution (c'est-à-dire les normes de valeur législative ou équivalente adoptées par les régions), l'article 23 n'entend pas déroger à la répartition des compétences entre l'autorité fédérale, les communautés et les régions⁸.

Il ressort des travaux préparatoires que l'absence de consécration par le constituant lui-même des droits économiques, sociaux et culturels est néanmoins tempérée par une obligation de *standstill* (ou effet cliquet) qui s'impose aux législateurs compétents⁹. L'article 23 de la Constitution implique un effet de stabilisation ou de non-régression, dans l'optique d'une consolidation des droits et des acquis, notamment sociaux. Pour le dire simplement, le législateur ne peut en principe pas reprendre ce qu'il a déjà donné. La jurisprudence confirmera l'existence de cette obligation de *standstill* assez vite et en définira les contours. Cette obligation de *standstill* interdit au législateur compétent de réduire significativement le degré de protection offert par la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général, selon une jurisprudence constante de la Cour constitutionnelle¹⁰.

8. Dans le contexte de la répartition des compétences entre le législateur et le gouvernement, la question est donc de savoir si l'article 23 de la Constitution réserve la réglementation des droits économiques, sociaux et culturels aux législateurs et, le cas échéant, dans quelle mesure des délégations au pouvoir exécutif sont encore possibles. Lorsque le constituant écrit que « la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent [...] les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice », entend-il réserver aux seuls législateurs la réglementation des droits économiques, sociaux et culturels – ce que les termes choisis par le constituant semblent assez clairement indiquer –, ou

⁸ R. ERGEC, « Introduction générale », in: R. ERGEC (dir.), *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution – Actes du colloque tenu à l'Université libre de Bruxelles les 21 et 22 décembre 1994*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 10-11.

⁹ *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 100-2/4°, p. 5.

¹⁰ Voy. par exemple C. const., arrêt n° 127/2021 du 30 septembre 2021, B.4.

non et, le cas échéant, dans quelle mesure ? À lire les travaux préparatoires, les auteurs de la révision constitutionnelle de 1994 ne se sont guère préoccupés de cette question. Nous tenterons de faire le point dans les pages qui suivent sur les réponses divergentes qu'y apportent la Cour constitutionnelle, la section de législation du Conseil d'État et la doctrine.

IV - L’AFFIRMATION D’UN PRINCIPE DE LÉGALITÉ ATTÉNUÉ PAR LA COUR CONSTITUTIONNELLE

9. La Cour constitutionnelle est compétente pour contrôler la constitutionnalité des normes législatives. Dans l'exercice de ce contrôle, elle est susceptible de vérifier la constitutionnalité des délégations que le législateur opère au profit du pouvoir exécutif. Par une telle délégation, le législateur se défausse-t-il sur le pouvoir exécutif d'une mission qui lui a été confiée par le constituant ? D'une manière générale, la Cour considère qu'une habilitation législative en faveur du pouvoir exécutif concernant une matière que la Constitution ne réserve pas au législateur n'est pas inconstitutionnelle. Selon la Cour, dans un tel cas, le législateur fait usage de la liberté que lui laisse le constituant de disposer dans une telle matière¹¹. La Cour pourrait en revanche censurer une délégation portant sur une matière que la Constitution réserve expressément au législateur. L'exercice de ce contrôle suppose que la Cour détermine au préalable si une matière déterminée est ou non réservée au législateur.

10. Après un faux départ –la Cour a affirmé catégoriquement que la sécurité sociale n'est pas une matière que la Constitution a réservée au législateur¹²–, la Cour constitutionnelle a assez rapidement reconnu l'existence d'un principe de légalité dans l'article 23 de la Constitution¹³. Plusieurs auteurs épinglent un certain flottement pendant plusieurs années quant à la portée exacte de cette exigence. La Cour a employé plusieurs formules différentes au gré de ses arrêts¹⁴. Dans certains d'entre eux, la Cour se contente d'exiger que le législateur détermine l'objet des mesures à prendre par le pouvoir exécutif. Dans un autre, elle est plus sévère et précise qu'« *un gouvernement ne saurait combler l'imprécision des principes arrêtés par le législateur compétent lui-même ou affiner des options insuffisamment détaillées* »¹⁵. Elle considère aussi que l'article 23 ne s'oppose pas à ce que le législateur charge le pouvoir exécutif

¹¹ Voy. C. const., arrêt n° 128/2018 du 4 octobre 2018, B.9.4; arrêt n° 107/2013 du 18 juillet 2013, B.10.2. Dans l'arrêt n° 31/2004 du 3 mars 2004, la Cour a retenu une approche différente (B.5.4). Cet arrêt est resté sans lendemain.

¹² C.A., arrêt n° 14/99 du 10 février 1999, B.6.2: « [...] La matière sur laquelle porte la disposition attaquée [à savoir la sécurité sociale des travailleurs indépendants] n'est pas de celles que la Constitution a réservées au législateur. Sans doute l'article 23 de la Constitution dispose-t-il que « 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 » et que ces droits comprennent « le droit à la sécurité sociale ». Mais il ne saurait être déduit de ces dispositions que le législateur ne peut attribuer certains pouvoirs au Roi en vue de modifier le régime des cotisations des travailleurs qui exercent une activité d'indépendant ». Voy. aussi C.A., arrêt n° 18/98 du 18 février 1998, B.6.

¹³ C.A., arrêt n° 103/99 du 6 octobre 1999, B.3.2; arrêt n° 104/1999 du 6 octobre 1999, B.4.2.

¹⁴ Voy. en particulier l'analyse chronologique détaillée dans 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 (dirs.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 192-200. Voy. aussi H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van de toetsing », *T.B.P.*, 2011, pp. 355-363; D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, pp. 126-128.

¹⁵ C.A., arrêt n° 147/2005 du 28 septembre 2005, B.11.2.

de la mise en œuvre concrète du droit qu'il garantit à certaines catégories de bénéficiaires¹⁶.

Quoi qu'il en soit, depuis 2017, la jurisprudence de la Cour semble s'être fixée. La Cour privilégie désormais une seule et unique motivation, qui consiste à dire que l'article 23 de la Constitution n'interdit pas au législateur compétent d'accorder des délégations au pouvoir exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur a déterminé l'objet, et que ce même article 23 n'impose pas au législateur de régler tous les éléments essentiels du droit et ne lui interdit pas d'habiliter le pouvoir exécutif à régler ceux-ci¹⁷.

11. Le contraste est assez net par rapport aux autres matières réservées, à l'égard desquelles la Cour exige que le législateur définisse lui-même précisément l'habilitation et qu'il règle tous les éléments essentiels de la mesure qu'il habilite le pouvoir exécutif à prendre. Tout en reconnaissant que l'article 23 de la Constitution contient un principe de légalité¹⁸, la Cour lui assigne donc une portée relativement limitée. Plusieurs arrêts récents de la Cour l'illustrent.

12. Par son arrêt n° 93/2018 du 19 juillet 2018, sur l'accès des étrangers au travail, la Cour juge que « *le principe de l'interdiction, pour un étranger, de travailler, sans y avoir été autorisé étant établi par la loi, l'habilitation accordée au Roi Lui permet certes de déterminer les conditions de refus et de retrait des autorisations d'occupation et des permis de travail, mais elle ne L'autorise pas à restreindre davantage le droit des étrangers à travailler en Belgique. L'habilitation en cause ne porte dès lors pas sur des mesures autres que celles dont la loi a déterminé l'objet, de sorte qu'elle n'est pas incompatible avec l'article 23 de la Constitution* ».

Par son arrêt n° 118/2020 du 24 septembre 2020, en matière d'aide juridique de deuxième ligne, la Cour juge qu'« *en habilitant le Roi à déterminer, d'une part, ' les critères d'attribution, de non-attribution ou de diminution des points, le mode de calcul de la valeur du point, les conditions d'introduction de la demande d'indemnité, les modalités et conditions de paiement de l'indemnité ' et, d'autre part, les modalités relatives à la liste des points correspondant à des prestations horaires effectuées par les avocats pratiquant l'aide juridique de deuxième ligne, le législateur a déterminé l'objet des mesures à prendre par le Roi* ».

Par son arrêt n° 111/2021 du 15 juillet 2021, sur l'exemption de l'obligation de connaissance du néerlandais pour le locataire social disposant d'aptitudes cognitives limitées, la Cour admet la compétence du gouvernement flamand pour déterminer les « aptitudes cognitives limitées » et pour déterminer à quel moment l'exigence s'applique. La Cour renvoie à l'économie de la loi et aux travaux préparatoires pour délimiter l'objet de la délégation. Selon la Cour, la disposition en cause détermine de manière suffisante l'objet de la délégation^{19/20}.

¹⁶ C.A., arrêt n° 43/2006 du 15 mars 2006, B.21.

¹⁷ C. const., arrêt n° 71/2017 du 15 juin 2017, B.9. Jurisprudence constante depuis lors.

¹⁸ Voy. par exemple C. const., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, B.7.2; arrêt n° 42/2016 du 17 mars 2016, B.9; arrêt n° 111/2021 du 15 juillet 2021, B.4.

¹⁹ Ou plutôt de la mesure (voy. *infra*, point VII).

²⁰ Voy. aussi C. const., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, où la Cour, après avoir réaffirmé sa position de principe concernant l'article 23 de la Constitution (B.5.4), estime que le législateur a déterminé l'objet de la délégation conférée au Roi (en l'occurrence, la compétence de déterminer « l'insuffisance des revenus d'existence » donnant droit à l'aide juridique de deuxième ligne et à l'assistance judiciaire), mais prend soin de préciser ensuite qu'« *il peut être admis, compte tenu de la technicité de la matière et de la diversité des situations, ainsi que de la nécessité de pouvoir adapter les seuils en dessous desquels une personne doit être considérée comme ne disposant pas des*

Enfin, par son arrêt n° 22/2022 du 10 février 2022, qui concerne le contrôle par la Caisse auxiliaire d'assurance maladie-invalidité (CAAMI) de l'octroi de l'aide médicale urgente, la Cour juge que la disposition attaquée détermine clairement l'objet des mesures qui doivent être mises en œuvre par le Roi, en ce qui concerne les sanctions applicables en cas de non-respect des conditions d'octroi de cette aide et les modalités relatives aux missions précitées de la CAAMI, ainsi que le statut administratif, fonctionnel et pécuniaire du médecin-contrôle.

13. L'approche de la Cour constitutionnelle n'est pas partagée par le Conseil d'État, section de législation²¹. La doctrine est quant à elle divisée. Récemment, plusieurs auteurs se sont montrés particulièrement critiques envers la jurisprudence de la Cour²². Ces auteurs considèrent que la manière dont l'article 23 de la Constitution est rédigé ne laisse guère de place au doute: les droits économiques, sociaux et culturels doivent être réglés par les législateurs et les habilitations au pouvoir exécutif doivent être soigneusement balisées, à l'instar de ce qui vaut pour les autres matières réservées. Ils estiment que l'exigence de légalité atténuée que la Cour applique à ces droits ne repose sur aucun fondement sérieux. Ils déplorent que, du fait de cette jurisprudence de la Cour, les choix politiques essentiels soient posés par le seul gouvernement dans des matières pourtant tellement importantes dans la société contemporaine, et qu'ils échappent dans une large mesure au débat démocratique au Parlement. Ces auteurs se demandent par ailleurs en quoi les droits économiques, sociaux et culturels se distinguent désormais des matières résiduelles, non réservées au législateur, qui peuvent faire l'objet d'amples délégations. La Cour aurait-elle complètement neutralisé l'exigence de légalité ? Avant de répondre à cette question, tâchons d'identifier les raisons de cette approche.

V - POURQUOI UN PRINCIPE DE LÉGALITÉ ATTÉNUÉ ? TENTATIVE D'EXPLICATION

14. À vrai dire, la Cour constitutionnelle n'a jamais expliqué pourquoi l'exigence de légalité contenue dans l'article 23 de la Constitution devait être comprise autrement que pour les autres matières réservées. Il existe plusieurs explications possibles à cette jurisprudence.

15. Selon plusieurs auteurs, l'approche mesurée de la Cour constitutionnelle découlerait du fait qu'une grande part de la réglementation sociale figure dans des arrêtés réglementaires²³.

moyens d'existence suffisants pour supporter elle-même les frais occasionnés par une procédure judiciaire, qu'il ne s'imposait pas au législateur de préciser lui-même la nature et l'ampleur des moyens d'existence à prendre en considération » (B.7.1), ce que certains auteurs jugent peu cohérent avec le considérant de principe qui précède (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 », *op. cit.*, p. 203). Dans les arrêts ultérieurs, la Cour se contente de vérifier que le législateur détermine bien l'objet des mesures dont il confie la mise en œuvre au pouvoir exécutif, sans plus faire référence à la technicité de la matière, à la diversité des situations, ou encore à la nécessité de procéder à des adaptations (voy. par exemple, en matière d'aide juridique de deuxième ligne: C. const, arrêt n° 118/2020 du 24 septembre 2020, B.10). Voy. aussi C. const., arrêt n° 38/2018 du 29 mars 2018, où le lien entre le considérant de principe et l'application au cas d'espèce n'apparaît toutefois pas clairement.

²¹ Voy. *infra*, point VI.

²² D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, pp. 114-146; 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 », *op. cit.*, pp. 179-232. Voy. déjà, en doctrine néerlandophone, B. STEEN, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », in W. RAUWS et M. STROOBANT (éds.), *Les droits économiques et sociaux - Article 23 Const.: état des lieux après deux décennies*, Anvers, Oxford et Louvain-la-Neuve, Intersentia et Anthemis, 2010, pp. 113-138.

²³ A. ALEN et K. MUYLLE, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Malines, Kluwer, 2011, p. 71.

La nature technique et le caractère évolutif des matières économiques, sociales et culturelles justifieraient que le pouvoir exécutif dispose d'une marge de manœuvre plus étendue dans ces matières que dans d'autres matières²⁴. La réglementation pourrait ainsi être adaptée plus soupagement, en tenant compte des besoins changeants de la société. Il serait nettement moins commode pour une assemblée législative d'opérer de tels ajustements²⁵.

L'explication a l'avantage de la simplicité, mais elle paraît insuffisante pour expliquer à elle seule l'approche de la Cour. Dans plusieurs arrêts, c'est à titre accessoire que la Cour relève – quand elle le relève, parce que ce constat n'est guère systématique²⁶ – le caractère technique et complexe de la matière dans laquelle une habilitation est faite, son caractère évolutif, ou encore de la diversité des situations²⁷. D'autre part, l'explication est-elle pertinente pour toute réglementation dans toutes les matières concernées ? Est-elle suffisante pour justifier un tel abaissement général de l'exigence de légalité dans ces matières ? Le doute est permis.

16. Une autre explication consiste à dire que l'exigence atténuée de légalité applicable en matière de droits économiques, sociaux et culturels résulterait de la volonté de la Cour de ne pas remettre en cause des pans entiers de la réglementation en matière sociale, qui fait l'objet

²⁴ M. BOSSUYT, « Artikel 23 van de Grondwet in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof », in W. RAUWS et M. STROOBANT (éds.), *Les droits économiques et sociaux - Article 23 Const.: état des lieux après deux décennies*, Anvers, Oxford et Louvain-la-Neuve, Intersentia et Anthemis, 2010, pp. 59-67; P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, p. 132; J.-F. NEVEN, E. DERMINE, S. PALATE et S. GILSON, « Les droits à la sécurité sociale et à l'aide sociale, médicale et juridique », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dirs.), *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1349.

²⁵ Dans un commentaire fait peu après l'adoption de l'article 23, Jean Jacquain relève qu'en ayant chargé les divers législateurs de mettre en œuvre les droits proclamés par l'article 23, le constituant « paraît avoir négligé que certaines matières envisagées par [cet article] ne relèvent pas de la compétence législative, ni même des pouvoirs définis par la Constitution ». Il fait référence, au regard du droit à une rémunération équitable, à la compétence du pouvoir exécutif pour fixer les barèmes de ses agents, ainsi qu'à l'importance que revêt dans le secteur privé la production du droit positif par voie de négociation collective. Il estime qu'« il aurait été prudent de tenir compte des modes spécifiques de production des normes positives qui sont censées garantir l'exercice des droits proclamés » (J. JACQMAIN, « Droit au travail, droit du travail », Colloque sur « Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », 20/21 décembre 1994, Université libre de Bruxelles, pp. 10-14).

²⁶ Par exemple, dans l'arrêt n° 24/2015 du 5 mars 2015, la Cour constitutionnelle se contente de relever qu'en ce qu'elle « permet au Gouvernement flamand de déterminer des conditions et des règles complémentaires pour la location et l'aliénation de logements modestes par des sociétés de logement social » et « aux communes de déterminer, dans le règlement communal [...] 'Logement modeste' [...], les règles d'attribution locales pour la location et l'aliénation de logements modestes par des sociétés de logement social », « la disposition attaquée indique de manière suffisante l'objet des délégations conférées au Gouvernement flamand et des missions attribuées aux communes ». Plus concise dans son arrêt n° 110/2013 du 31 juillet 2013, la Cour se limite à constater que « le législateur décretaal a délégué au Gouvernement wallon le pouvoir de définir davantage la notion de 'noyau d'habitat'. Par conséquent, il a déterminé l'objet de la délégation ».

²⁷ Dans l'arrêt n° 47/2015 du 30 avril 2015, la Cour constitutionnelle juge qu'« en prévoyant que le contrôle de la qualité du logement en Région flamande doit porter sur les 'normes élémentaires de sécurité, de salubrité et de qualité d'habitat', le législateur décretaal a suffisamment défini, dans le nouvel article 5 du Code flamand du logement, l'objet des mesures concernant le droit à un logement décent qui doivent être mises en œuvre ». Elle précise que « pour le surplus, il peut être admis qu'en ce qui concerne les normes de sécurité, de salubrité et de qualité des habitations et chambres, il s'agit souvent de normes techniques qui évoluent constamment avec les nouvelles technologies et les nouveaux matériaux de construction, et qu'il ne s'indiquait donc pas de spécifier ces normes dans le texte même du décret ». Voy. aussi C. const., arrêt n° 64/2008 du 17 avril 2008, B.32.2; C.A., arrêt n° 43/2006 du 15 mars 2006, B.21. Depuis 2017, à une exception près (C. const., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, précité), la Cour se contente de vérifier que le législateur détermine l'objet des mesures dont il habilite le pouvoir exécutif à mettre en œuvre sans plus faire référence à ce type d'éléments.

d'innombrables arrêtés antérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 23 de la Constitution²⁸.

Nous ne sommes pas vraiment convaincus par cette thèse selon laquelle, du simple fait de l'entrée en vigueur de l'article 23 –en partant du principe que celui-ci contient une exigence de légalité–, toutes les réglementations adoptées antérieurement par le pouvoir exécutif deviendraient caduques. En ce qu'elle modifie la répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif et en l'absence d'une indication contraire du constituant (soit dans une disposition transitoire, soit dans les travaux préparatoires), l'entrée en vigueur de l'article 23 aurait selon nous pour conséquence que seules les interventions ou modifications ultérieures doivent être désormais prises par le nouveau titulaire de la compétence, en l'occurrence le législateur, et que le pouvoir exécutif ne pourrait plus, à partir de l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition constitutionnelle, mettre en œuvre une habilitation qui serait inadmissible au regard de cette nouvelle disposition. En revanche, tout ce qui a été adopté par l'autorité compétente avant la redistribution des compétences ne serait pas affecté²⁹.

C'est du reste cette approche qui a été retenue par la Cour constitutionnelle à la suite du renforcement de l'exigence de légalité en matière d'enseignement en 1988³⁰. Le fait que la nouvelle répartition des compétences entre le législateur et le pouvoir exécutif et l'exigence de légalité qui en découle soient liées aux droits fondamentaux (contrairement par exemple à l'hypothèse d'une redistribution des compétences entre l'autorité fédérale et les entités fédérées, à propos de laquelle il est prévu que les règles adoptées par l'autorité antérieurement compétente demeurent applicables aussi longtemps que le nouveau titulaire de la compétence ne les modifie ou ne les abroge pas³¹) ne nous paraît pas suffisant –en tout cas en l'absence d'une indication contraire du constituant dans ce sens– pour justifier une conclusion différente.

17. La réponse est peut-être *aussi* à chercher dans le contexte de l'élaboration de l'article 23 de la Constitution. Il s'agirait en quelque sorte de sonder l'intention du constituant³².

L'idée est que l'intention du constituant n'aurait pas été de réserver la réglementation des droits économiques, sociaux et culturels aux législateurs compétents –en tout cas pas de la même manière que pour les autres matières réservées–, ni d'empêcher des délégations plus ou moins importantes dans ces matières. Lorsqu'on parcourt les travaux préparatoires de la révision

²⁸ C'est semble-t-il la position de Paul Martens, président émérite de la Cour constitutionnelle (P. MARTENS, « Les droits sociaux sont-ils constitutionnalisables ? », in P. GOSSERIES et M. MORSA (coord.), *Le droit du travail au XXI^e siècle. Liber amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 269).

²⁹ En ce sens, voy. G. MAES, *De afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 419; D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, p. 138. *Contra*: 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 », *op. cit.*, pp. 227-230; voy. aussi sur ce sujet D. BIJNENS, « Een beperkte temporele werking van de grondwettelijke garantie op wetgevend optredend? », *R.W.*, 2017-18, pp. 540-543.

³⁰ C.A., arrêt n° 45/94 du 1er juin 1994, B.6; X. DELGRANGE et C. NIKIS, « L'exigence de légalité en matière d'enseignement: la jurisprudence de la Cour d'arbitrage et du Conseil d'État relative à l'article 24, § 5, de la Constitution », *A.P.T.*, 2000, pp. 209-210; B. STEEN, « Het legaliteitsbeginsel in onderwijsaangelegenheden (art. 24, § 5 G.W.): een stand van zaken », *T.O.R.B.*, 2000-2001, pp. 366-367.

³¹ Article 94, § 1er, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

³² Il est intéressant à cet égard de relever, en passant, que l'un des deux rapporteurs de la commission du Sénat qui a travaillé sur la révision constitutionnelle ayant abouti à l'insertion de l'article 23 dans la Constitution, Alex Arts, a été juge à la Cour constitutionnelle dès la fin de l'année 1994 et qu'il en a été président (néerlandophone) de 2001 à 2007. La Cour a donc compté dans ses rangs un membre directement impliqué dans l'élaboration de l'article 23, et était en mesure d'avoir un témoignage de première main à cet égard.

constitutionnelle, on remarque que nulle part il n'est fait clairement mention de la nécessité que les matières concernées soient réglées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue. Cela n'est somme toute pas anodin dans des documents parlementaires plutôt bavards³³. Certes, il est régulièrement fait mention des législateurs, de la loi, du décret ou de la règle visée à l'article 26bis (aujourd'hui 134), mais il est aussi régulièrement fait mention du pouvoir exécutif, de l'autorité ou des pouvoirs publics³⁴. Certains passages des travaux préparatoires semblent même aller dans une direction opposée³⁵.

D'autre part, comme il a été dit plus haut, la formulation du deuxième alinéa de l'article 23 résulte de deux préoccupations. La première est la volonté d'éviter de conférer une applicabilité immédiate aux nouveaux droits. En affirmant que « *la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent [...] les droits économiques, sociaux et culturels, et déterminent les conditions de leur exercice* », le constituant insisterait surtout sur le fait que ce n'est pas la Constitution ni le constituant qui garantissent ces droits. La seconde préoccupation est de souligner le caractère neutre de la nouvelle disposition constitutionnelle en ce qui concerne la répartition des compétences entre autorité fédérale et entités fédérées, d'où la mention des trois types de normes: la loi, le décret et la règle visée à l'article 134. Ainsi, malgré son libellé pourtant clair, l'article 23 de la Constitution ne s'opposerait donc pas à ce que le législateur charge dans une large mesure le pouvoir exécutif de la mise en œuvre concrète d'un droit économique, social ou culturel. Cette disposition s'analyserait plus comme une délégation de compétence du constituant au législateur que comme une réserve de compétence au profit du législateur³⁶. En d'autres termes, les législateurs auraient la responsabilité (ou la mission) de réaliser les droits économiques, sociaux et culturels, mais cette responsabilité (ou cette mission) n'irait pas jusqu'à impliquer qu'ils doivent régler eux-mêmes l'essentiel des matières concernées.

18. La formule utilisée par le constituant selon laquelle le législateur « garantit » un droit déterminé (ou la protection de ce droit) n'est pas inédite, ni due au hasard. On la retrouve notamment aux articles 22, alinéa 2 (droit au respect de la vie privée et familiale), 22bis, alinéa 5 (droits de l'enfant)³⁷ et 22ter, alinéa 2 (droits des personnes en situation de handicap) de la Constitution. Elle est généralement utilisée quand le constituant veut exprimer l'idée d'une mise en œuvre positive des droits fondamentaux³⁸. On peut se demander si elle traduit toujours nécessairement le même degré d'exigence en termes de légalité que les autres formulations habituellement utilisées par le constituant³⁹ comme par exemple: « *Nul ne peut*

³³ Comp. en matière d'enseignement: *Doc. parl.*, Sénat, S.E., 1988, n° 100-1/2°, p. 4.

³⁴ Voy. par exemple *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 100-2/3°, pp. 8, 9 et 11.

³⁵ « *Le groupe de travail est parvenu à concilier ces opinions en formulant une déclaration de principes générale (le droit à une existence conforme à la dignité humaine), tandis que la protection proprement dite des droits économiques et sociaux qui en découlent est confiée aux autorités compétentes, par la loi, le décret ou l'ordonnance* » (*Doc. parl.*, Sénat, S.E. 1991-1992, n° 100-2/3°, p. 8). Voy. aussi l'extrait suivant: « *Les auteurs de la présente proposition affirment explicitement que les droits énumérés à l'article 24bis de la Constitution n'ont pas d'effet direct. Les pouvoirs législatifs, décrets ou réglementaires compétents se chargeront de prendre des mesures d'exécution. Celles-ci donneront un contenu concret aux droits sociaux et économiques définis à l'article 24bis de la Constitution* » (*ibid.*, p. 11).

³⁶ H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het legaliteitsbeginsel in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof: een variërende intensiteit van de toetsing », *T.B.P.*, 2011, p. 355; J. VAN NIEUWENHOVE, « Delegatie van regelgevende bevoegdheid in België », *T.v.W.*, 2017, p. 201.

³⁷ Relevons que la Cour constitutionnelle voit une exigence de légalité dans l'article 22bis, alinéa 5, de la Constitution (C. const., arrêt n° 106/2013 du 18 juillet 2013, B.4.7).

³⁸ *Doc. parl.*, Chambre, 1993-1994, 1278/2, pp. 4-5; *Doc. parl.*, Sénat, 1999-2000, n° 2-21/4, pp. 32 et 68; *Doc. parl.*, Sénat, 2019-2020, n° 7-169/2, pp. 9 et 13.

³⁹ Pour une réponse positive, voy. par exemple: D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, p. 125, n° 11; B. STEEN, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van

être poursuivi que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu'elle prescrit » (article 12, alinéa 2); « *Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique, dans les cas et de la manière établis par la loi, et moyennant une juste et préalable indemnité* » (article 16); « *L'organisation, la reconnaissance ou le subventionnement de l'enseignement par la communauté sont réglés par la loi ou le décret* » (article 24, § 5)⁴⁰. En 1994, le constituant a très explicitement écarté une formulation négative pour l'article 23, en ce que cela donnerait à penser que la Constitution consacre les droits économiques, sociaux et culturels et que ceux-ci pourraient être directement invoqués devant les cours et tribunaux⁴¹ – ce que le constituant voulait éviter coûte que coûte, on l'a dit. Certes, l'article 23 précise en outre que la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 déterminent les conditions de l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels. Il est aussi possible de considérer que cette précision sert uniquement à renforcer le passage qui la précède, pour couper court à toute velléité de conférer un effet direct aux droits économiques, sociaux et culturels en l'absence d'une concrétisation par l'autorité compétente⁴². Les auteurs de la révision constitutionnelle de 1994, en employant le verbe « garantir », n'auraient vraisemblablement pas imaginé ni *a fortiori* souhaité consacrer un principe de légalité strict en ce qui concerne les droits économiques, sociaux et culturels⁴³.

de Raad van State », *op. cit.*, p. 135.

⁴⁰ C'est en partie en raison de cette formulation différente que nous pensons que l'analogie faite par Isabelle Hachez et Louis Triaille avec l'article 24, § 5, de la Constitution, qui consacre le principe de légalité en matière d'enseignement mais dans des termes différents de ceux de l'article 23, n'est pas tout à fait convaincante (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 », *op. cit.*, pp. 182-184). Plus important: les travaux préparatoires de cette disposition ne laissent en outre planer aucune ambiguïté sur la portée du principe de légalité dans cette matière: « *Tous ces principes importants de la politique d'enseignement doivent être arrêtés par un décret ou une loi; seules des personnes démocratiquement élues peuvent régler par des règles générales l'octroi de subsides à l'enseignement ainsi que son organisation et son agrément* » (Doc. parl., Sénat, S.E., 1988, n° 100-1/2°, p. 4).

⁴¹ Voy. aussi M. STROOBANT, « Sociale en economische grondrechten in de Belgische Grondwet - Wordingsgeschiedenis van artikel 23: het Akkoord van ' Le Ry d'Ave ' Rochefort », in W. RAUWS et M. STROOBANT (éds.), *Les droits économiques et sociaux - Article 23 Const.: état des lieux après deux décennies*, Anvers, Oxford et Louvain-la-Neuve, Intersentia et Anthemis, 2010, pp. 41-43.

⁴² La lecture des travaux préparatoires de l'article 22 (anciennement 24^{quater}) de la Constitution peut éventuellement nous éclairer. Cette disposition, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale et qui a été insérée dans la Constitution le même jour que l'article 23, présente la particularité de combiner deux formulations différentes du principe de légalité. Elle prévoit en son premier alinéa que « *chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi* » et au second que « *la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit* ». Les travaux préparatoires mentionnent au sujet de cette disposition que « *la 'mise en œuvre positive' du droit au respect de la vie privée et familiale relève, en vertu du deuxième alinéa de l'article 24^{quater}, tant de la compétence des autorités fédérales que de celle des autorités communautaires ou régionales* » et que « *seul le législateur fédéral peut (par une loi) déroger au droit au respect de la vie privée et familiale (en vertu du premier alinéa de l'article 24^{quater}) [...]* » (Doc. parl., Chambre, 1993-1994, 1278/2, pp. 4-5). Dans cet extrait des travaux préparatoires, l'accent est mis sur l'intervention obligatoire du législateur (fédéral), par une loi, en cas de dérogation au droit au respect de la vie privée et familiale. Il n'y a rien de tout cela en ce qui concerne la réalisation des obligations positives. La question de savoir qui, du législateur ou du pouvoir exécutif, met en œuvre concrètement ces obligations positives ne semble pas spécialement attirer l'attention des députés ni du Premier ministre.

⁴³ Selon Daniel Dumont, la volonté du constituant de priver l'article 23 de tout effet direct n'est pas incompatible avec la présence dans cette disposition d'une réserve de légalité stricte (D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, p. 125, n° 11). C'est tout à fait vrai. Mais l'une n'implique pas nécessairement l'autre non plus (comp. 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 », *op. cit.*, pp. 186-188, qui considèrent que « *la théorie générale des droits fondamentaux conduit à considérer que l'exécution des obligations positives - telles celles qu'implique typiquement la réalisation des droits-créances - est une mission qui incombe prioritairement au législateur* »).

VI - L'APPROCHE DIFFÉRENTE DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

19. La section de législation du Conseil d'État rend des avis sur les avant-projets de normes législatives, sur certaines propositions, ainsi que sur les projets d'arrêtés réglementaires⁴⁴. Il s'agit d'un contrôle de type préventif. Ses avis ne sont pour autant pas contraignants pour l'auteur de la norme. Dans le cadre de cette mission de conseil du gouvernement et du Parlement, la section de législation contrôle la constitutionnalité des normes législatives d'habilitation. À la suite de la Cour constitutionnelle, la section de législation du Conseil d'État a considéré que l'article 23 de la Constitution renfermait une exigence de légalité. Elle a cependant assez vite privilégié une approche plus stricte que celle de la Cour. Selon la section de législation, le législateur doit régler lui-même les éléments essentiels de l'habilitation qu'il confère au pouvoir exécutif⁴⁵. Cette approche a prévalu pendant plusieurs années.

20. La section de législation du Conseil d'État a fini par prendre acte de ce que la Cour constitutionnelle évoluait dans une direction opposée à la sienne. Dans un avis de février 2018, elle relève que, selon la Cour, le législateur peut opérer des délégations au profit du pouvoir exécutif sans déterminer tous les éléments essentiels des mesures dans les matières couvertes par l'article 23 de la Constitution. Elle n'en considère pas moins que « *pour définir l'objet d'un droit fondamental social, économique ou culturel à garantir, le législateur ne peut pas se contenter de confier simplement au gouvernement le soin de déterminer la portée, les conditions d'octroi et le champ d'application personnel de ces droits* »⁴⁶.

La section de législation du Conseil d'État précisera sa pensée en chambres réunies:

« Des données jurisprudentielles exposées ci-avant, il paraît ressortir que l'article 23 de la Constitution, en instaurant la garantie de l'intervention d'une assemblée démocratiquement élue pour la consécration des droits économiques, sociaux et culturels et la détermination des conditions de leur exercice, n'obligerait pas le législateur à régler lui-même l'ensemble des éléments essentiels de la matière et autoriserait en conséquence le législateur à habilitier le pouvoir exécutif à régler des éléments essentiels du régime juridique considéré, dès lors que l'objet des mesures sur lesquelles porte la délégation a été déterminé par le législateur. Il résulte toutefois des avis de la section de la législation en la matière que celle-ci considère qu'il ne peut être déduit de la jurisprudence constitutionnelle précitée que le législateur pourrait, après avoir déterminé « l'objet » d'un droit social, économique ou culturel entrant dans les prévisions de l'article 23 de la Constitution, attribuer sans plus au Gouvernement le pouvoir de déterminer la portée, les conditions d'octroi et le champ d'application personnel d'un tel droit. Il importe en effet de ne pas priver d'effet utile la distinction qu'opère la Constitution entre les matières qui ne sont pas réservées au législateur et pour lesquelles il

⁴⁴ Articles 2 et 3 des lois coordonnées le 12 janvier 1973 sur le Conseil d'État.

⁴⁵ C.E. (sect. lég.), avis 39.173/1 du 18 octobre 2005 sur des amendements du gouvernement relatifs à un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière de maladies professionnelles et d'accidents du travail »; avis 50.623/AV du 24 janvier 2012 sur un avant-projet de décret « relatif à la protection sociale flamande ». Voy. B. STEEN, « Artikel 23 van de Grondwet et de rechtspraak van de Raad van State », *op. cit.*, p. 132; 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 », *op. cit.*, pp. 208-214.

⁴⁶ C.E. (sect. lég.), avis 62.477/1 du 19 février 2018 sur un avant-projet de décret de la Communauté flamande « relatif à la reprise des secteurs des maisons de soins psychiatriques, des initiatives d'habitation protégée, des conventions de revalidation, des hôpitaux de revalidation et des équipes d'accompagnement multidisciplinaires de soins palliatifs ».

appartient à celui-ci de décider s'il règle la matière lui-même ou s'il la confie au pouvoir exécutif, en application de l'article 105 de la Constitution pour ce qui concerne l'autorité fédérale et de l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 pour ce qui concerne les entités fédérées, et les matières constitutionnellement réservées au législateur, pour lesquelles le même choix ne peut revenir dans les mêmes termes au législateur. Compte tenu de la nécessité de donner un effet utile à la distinction que la Constitution établit entre les matières réservées au législateur et les matières non réservées, la section de législation est d'avis que l'obligation de déterminer l'objet des mesures sur lesquelles la délégation porte dans une matière réservée au législateur par l'article 23 de la Constitution implique qu'il appartient à celui-ci d'encadrer les délégations qu'il accorde au pouvoir exécutif en réglant lui-même à suffisance les éléments suivants: la portée, les conditions d'octroi et le champ d'application personnel des droits visés à l'article 23 de la Constitution »⁴⁷.

21. Partisane d'une conception stricte du principe de légalité, moyennant éventuellement une application assouplie en fonction des situations, la section de législation du Conseil d'État tente donc, en assouplissant sa jurisprudence, de conférer un peu de substance à l'exigence de légalité visée à l'article 23 de la Constitution, telle que définie par la Cour constitutionnelle⁴⁸. Elle évoque la nécessité de donner un effet utile à la distinction que la Constitution établit entre les matières réservées au législateur et les matières non réservées. Ainsi, elle considère que le législateur doit au minimum prévoir la portée, les conditions d'octroi et le champ d'application personnel des droits économiques, sociaux et culturels. Pour la section de législation, ces trois éléments constituent pour ainsi dire l'essentiel des éléments essentiels.

Dans une contribution déjà citée, Daniel Dumont fait l'exercice d'établir les éléments essentiels d'une réglementation couverte par l'article 23 de la Constitution, en matière de sécurité sociale. L'énumération des trois éléments retenus par la section de législation du Conseil d'État peut être utilement comparée avec son énumération. Daniel Dumont propose que, pour chaque branche et dans chaque régime du système, soient au moins définis dans un texte législatif: la délimitation du champ d'application personnel de la prestation, l'énumération et la définition de ses conditions d'octroi, la définition de la prestation proprement dite et de son mode de calcul, et les principales étapes de la procédure administrative d'octroi. Il mentionne également les règles de base en matière d'assujettissement, de calcul des cotisations sociales et d'organisation administrative⁴⁹.

22. Il peut arriver que le législateur, sur la suggestion de la section de législation du Conseil d'État, intègre dans la norme législative des mesures qu'il envisageait initialement de déléguer au pouvoir exécutif. Les trois éléments mis en exergue par la section de législation sont de nature à l'aider à définir suffisamment clairement l'objet des mesures dont il confie la mise en œuvre au pouvoir exécutif. En l'état actuel des choses, les avis de la section de législation n'étant pas contraignants, tout repose en définitive sur la bonne volonté du législateur.

⁴⁷ C.E. (sect. lég.), avis 63.964/4/VR du 16 octobre 2018 sur un avant-projet d'ordonnance « relatif au patrimoine culturel mobilier et immatériel en Région de Bruxelles-Capitale », *Doc. parl.*, Parlement de la Région de Bruxelles-Capitale 2018-2019, n° A-813/1, pp. 76 et s.

⁴⁸ Voy. H. BORTELS et P. HEYVAERT, « Het wetgevend voorbehoud uit artikel 23 van de Grondwet: de afdeling Wetgeving van de Raad van State zet de puntjes op de i », *T.v.W.*, 2019, pp. 138-144.

⁴⁹ D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, pp. 142-143.

VII - UN PRINCIPE DE LÉGALITÉ RÉDUIT À PEAU DE CHAGRIN ?

23. Selon la Cour constitutionnelle, l'article 23 de la Constitution n'interdit donc pas au législateur compétent d'accorder des délégations au pouvoir exécutif, pour autant qu'elles portent sur l'exécution de mesures dont le législateur a déterminé l'objet, et ce même article 23 n'impose pas au législateur de régler tous les éléments essentiels du droit économique, social ou culturel concerné et ne lui interdit pas d'habiliter le pouvoir exécutif à régler ceux-ci.

Il est intéressant de relever que le principe de légalité de l'article 23 de la Constitution vaut non seulement pour les droits qui sont énumérés au troisième alinéa de cette disposition, mais, dès lors que cette énumération n'est pas exhaustive, pour tous les droits économiques, sociaux et culturels pouvant être rattachés au droit de mener une vie conforme à la dignité humaine⁵⁰.

24. Dans plusieurs arrêts, récents ou non, la Cour évoque des « délégations » au pouvoir exécutif dont l'objet devrait être déterminé par le législateur compétent pour être compatibles avec le principe de légalité contenu dans l'article 23 de la Constitution⁵¹.

Comme l'a remarqué Daniel Dumont, il est peu probable que notre ordre juridique compte une seule délégation dont l'objet ne soit pas défini. On peut se demander s'il ne s'agit pas là d'une expression elliptique de la part de la Cour. D'ailleurs, dans les arrêts cités, celle-ci reproduit son considérant de principe selon lequel le législateur doit déterminer l'objet des « mesures » dont il délègue l'exécution au pouvoir exécutif.

Il nous semble donc que le législateur compétent ne doit pas uniquement déterminer l'objet de la délégation –si c'était le cas, il pourrait se contenter d'habiliter le pouvoir exécutif à régler toute une matière qu'il désigne, l'objet de la délégation serait bien déterminé par le législateur–, il doit aussi déterminer l'objet « des mesures » qu'il habilite le pouvoir exécutif à mettre en œuvre. La différence entre les deux situations n'est tout de même pas négligeable et permet –au moins théoriquement– de maintenir une distinction entre les matières réservées de l'article 23 de la Constitution et les matières résiduelles (ou matières non réservées). Le législateur continue de disposer d'une plus grande marge de manœuvre en ce qui concerne ces matières résiduelles: il pourrait habiliter le pouvoir exécutif à établir toute la réglementation dans une matière donnée, sans devoir préciser l'objet des mesures à prendre⁵².

⁵⁰ Voy. dans le même sens, à propos de l'obligation de *standstill*: C.E. (sect. lég.), avis 60.183/4 du 26 octobre 2016 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon « abrogeant l'arrêté du Gouvernement wallon du 16 janvier 2014 relatif à l'obligation de service public à charge des gestionnaires de réseau de distribution favorisant l'utilisation rationnelle de l'énergie, modifié par l'arrêté du Gouvernement wallon du 2 octobre 2014 », p. 5.

⁵¹ Voy. C. const., arrêt n° 1/2019 du 23 janvier 2019, B.30; arrêt n° 85/2021 du 10 juin 2021, B.16.2; arrêt n° 111/2021 du 15 juillet 2021, B.3.

⁵² Dans les matières résiduelles, le législateur pourrait théoriquement confier au pouvoir exécutif la mission d'établir toute la réglementation dans une matière donnée, en se bornant le cas échéant à établir vaguement les grands principes gouvernant la matière ou les buts à atteindre (C. const., arrêt n° 36/2012 du 8 mars 2012, B.6.1; plus récemment: arrêt n° 98/2021 du 1er juillet 2021, B.4.4; arrêt n° 75/2022 du 9 juin 2022, B.84) (voy. sur ceci Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel*, 4e édition, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 776 et s.; Ch. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, 2e édition, Bruxelles, de Keure, 2021, p. 376). Cette jurisprudence est critiquée en doctrine (J. VAN NIEUWENHOVE, « Delegatie van regelgevende bevoegdheid in België », *T.v.W.*, 2017, pp. 206-207). La section de législation du Conseil d'État promeut dans plusieurs avis une vision plus stricte de la répartition des pouvoirs entre législateur et pouvoir exécutif (voy. C.E. (sect. lég.), avis 58.106/2 du 30 septembre 2015 sur un avant-projet de décret de la Commission communautaire française

25. Les quelques arrêts évoqués plus haut, au n° 12, montrent que le législateur est libre de déléguer au pouvoir exécutif la mission de déterminer une très grande partie de la réglementation relative aux droits économiques, sociaux et culturels. La Cour, sans aller jusqu'à exiger que le législateur fixe lui-même (tous) les éléments essentiels de la mesure qu'il habilite le pouvoir exécutif à mettre en œuvre, exige que le législateur fixe un cadre minimal. Le critère consacré par la Cour est celui de l'objet de la mesure que le pouvoir exécutif doit mettre en œuvre. L'objet de la mesure doit être suffisamment (ou clairement) déterminé. C'est une exigence relativement vague qui permet de déléguer à l'exécutif la compétence de poser lui-même des choix politiques essentiels. Force est de constater qu'à ce jour, aucun législateur n'a été pris en défaut d'avoir prévu un tel cadre minimal: la Cour n'a jamais censuré de norme législative au motif qu'elle opérerait une délégation contraire à l'article 23 de la Constitution.

26. Il faut donc bien le reconnaître: le principe de légalité en matière de droits économiques, sociaux et culturels présente aujourd'hui une utilité toute relative. L'intervention du législateur, conçue comme une garantie pour le citoyen, n'est pas entièrement de mise. De larges pans des matières concernées, spécialement en matière sociale, continuent de figurer dans des normes de valeur réglementaire et, partant, échappent au débat démocratique au sein du Parlement. Des choix politiques importants sont posés par le seul pouvoir exécutif.

Tous les titulaires des droits économiques, sociaux et culturels sont concernés par cette situation, mais certains le sont à l'évidence plus que d'autres. Les droits sociaux revêtent une importance capitale pour les personnes en situation de pauvreté. Ces droits participent pleinement à la réalisation du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, comme l'indique l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution. En l'état actuel du droit, les personnes en situation de pauvreté ne disposent donc pas de la garantie que les droits particulièrement importants dans leur situation (le droit à la sécurité sociale, à la protection de la santé et à l'aide sociale, médicale et juridique, le droit à un logement décent, pour ne citer que ceux-là) soient réglés, en leurs éléments essentiels, par des assemblées délibérantes démocratiquement élues. Ces personnes sont privées des garanties évoquées plus haut qui s'attachent à l'intervention du législateur en termes de légitimité, de stabilité et de transparence⁵³.

VIII - QUEL AVENIR POUR LE PRINCIPE DE LÉGALITÉ DE L'ARTICLE 23 DE LA CONSTITUTION ?

27. Admettons que le constituant n'ait pas souhaité, en 1994, instaurer un principe de légalité strict en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Trente ans plus tard, faut-il prendre le constituant au mot, et exiger des législateurs qu'ils garantissent eux-mêmes les droits économiques, sociaux et culturels et qu'ils définissent eux-mêmes les conditions de leur

'modifiant le décret de la Commission communautaire française du 17 mars 1994 portant création de l'Institut bruxellois francophone pour la Formation professionnelle; avis 59.210/4 du 11 mai 2016 sur un avant-projet d'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale 'organique de la revitalisation urbaine'.

⁵³ Il ne s'agit bien entendu pas d'idéaliser béatement les vertus du législateur. On a en tête un nombre bien trop élevé de lois-programmes illisibles, de réformes législatives adoptées à la hussarde ou de documents parlementaires lacunaires pour faire preuve d'une telle naïveté. Il n'empêche: la légalité reste une garantie utile (voy. D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, p. 146). Voy. X. DELGRANGE et L. DETROUX, « La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux ? », in L. DETROUX, M. EL BERHOUMI et B. LOMBAERT (dirs.), *La légalité. Un principe de la démocratie belge en péril ?*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 739-793.

exercice, en leurs éléments essentiels ?⁵⁴ La Cour constitutionnelle doit-elle saisir la main que lui tend la section de législation du Conseil d'État et faire évoluer sa jurisprudence ?

Les arguments pour surmonter l'absence de volonté explicite du constituant de consacrer un principe de légalité strict en matière de droits économiques, sociaux et culturels ne manquent pas. Commençons par le fait que, s'agissant de la sécurité sociale, les montants en jeu sont colossaux. Daniel Dumont, Isabelle Hachez et Louis Triaille écrivent qu'il n'y a pas de raison de traiter différemment une ingérence de l'autorité dans l'exercice des droits d'un individu et l'hypothèse où l'autorité doit prendre des mesures positives pour exécuter une obligation qui s'impose à elle (par exemple en définissant les contours d'un droit social). L'intervention d'une assemblée délibérante démocratiquement élue est importante dans les deux cas. Isabelle Hachez et Louis Triaille expliquent à cet égard que la raison d'être du principe de légalité, qui est de permettre un arbitrage par une assemblée démocratiquement élue au terme d'un processus délibératif, vaut tant pour les ingérences dans l'exercice d'un droit que pour les obligations positives à la charge de l'autorité⁵⁵. D'ailleurs, écrivent-ils, « *l'accroissement du niveau de protection d'un droit fondamental procède d'un choix politique: ce que l'on donne aux uns, on ne le donne pas aux autres, voire même on le leur reprend* ». Des arbitrages doivent être faits entre des intérêts concurrents⁵⁶. Il ne faut pas non plus perdre de vue que si l'on admet la compétence du pouvoir exécutif pour concrétiser un droit déterminé, on doit nécessairement admettre que le pouvoir exécutif est aussi compétent pour en diminuer lui-même la protection par la suite – certes dans le respect de l'obligation de *standstill*, mais avec nettement moins de garanties pour les bénéficiaires des droits que si le recul devait être décidé par le législateur. En temps de crise, voilà qui donne à réfléchir. Enfin, est-il réellement impossible d'appliquer un standard de contrôle analogue à celui applicable aux autres droits constitutionnels, moyennant une certaine souplesse pour tenir compte du caractère technique, complexe ou évolutif de la matière concernée, de la complexité des situations, ou encore, en ce qui concerne le droit du travail et le droit social, des particularités de la négociation collective⁵⁷ ?

Il reste à savoir si ces arguments émis en doctrine sont de nature à convaincre la Cour et à lui faire surmonter la réserve qu'elle a montrée sur le sujet jusqu'à présent.

⁵⁴ D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, p. 146.

⁵⁵ 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 », *op. cit.*, p. 218.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 219.

⁵⁷ Voy. D. DUMONT, « Que reste-t-il du principe de légalité en droit de la sécurité sociale ? », *R.D.S.*, 2017, p. 128.