

VII.B.

LA PROTECTION DES DROITS CONSTITUTIONNELS : PANORAMA DES GARANTIES JURIDICTIONNELLES ET NON JURIDICTIONNELLES

PAR

ROBERT ANDERSEN (*)

PREMIER PRÉSIDENT DU CONSEIL D'ETAT DE BELGIQUE
PROFESSEUR EXTRAORDINAIRE ÉMÉRITE
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

ET

CHRISTIAN BEHRENDT

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE

1. Le terme «droit fondamental» est d'origine allemande et constitue la traduction littérale du mot *Grundrecht*. Ce dernier est inscrit dans la Loi fondamentale de 1949, et spécialement dans son célèbre article 1^{er}.

Si la littérature juridique de langue française a traditionnellement utilisé le mot «droit de l'homme» (1), elle a, depuis la réception du terme «droit fondamental» en France dans les années soixante-dix (2), fini par utiliser cette dernière notion plus fréquemment que la première (3). Les deux notions peuvent d'ailleurs, à notre sens, être considérées comme synonymes (4).

(*) Cet auteur ne s'exprime ici qu'à titre individuel et non au nom de l'institution qu'il préside.

(1) Voy. not. la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* du 26 août 1789.

(2) Le premier à l'employer fut, à notre connaissance, Michel FROMONT, dans sa contribution intitulée «Les droits fondamentaux dans l'ordre juridique de la République fédérale d'Allemagne» (in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, Paris, Cujas, 1977, pp. 49-64).

(3) B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, L.G.D.J., 2002, pp. 13-14.

(4) Cette opinion n'est toutefois pas admise par tous; ainsi, Bertrand Mathieu et Michel Verpeaux estiment que la notion de «droits fondamentaux» est plus large que celle de «droits de l'homme» (B. MATHIEU et M. VERPEAUX, *op. cit.*, p. 14). Dans la présente contribution il ne paraît toutefois pas nécessaire d'approfondir ce point.

Les droits fondamentaux peuvent être définis (5) comme étant l'ensemble des règles juridiques qui ont pour objet la protection des individus contre les Etats sous la juridiction desquels ils se trouvent placés, en reconnaissant sans discriminations à ces individus des droits et des facultés bénéficiant de garanties institutionnelles (6).

2. L'effet le plus visible des droits fondamentaux est de *limiter le champ de l'action étatique* et, notamment, de *la loi* (7) : les Assemblées législatives ne peuvent plus agir en totale discrétion mais sont tenues, lorsqu'elles édictent des normes législatives, de respecter ces droits, *inscrits dans des textes hiérarchiquement supérieurs* (Constitution ou Traité).

La plupart des dispositions juridiques qui consacrent des droits fondamentaux autorisent toutefois le législateur à prévoir des *exceptions*. Ainsi par exemple, la Constitution belge prévoit en son article 15, première phrase, que «[l]e domicile est inviolable», mais admet, à la seconde phrase du même article, que les autorités étatiques puissent procéder à des visites domiciliaires. Ces exceptions sont toutefois strictement encadrées : aux termes mêmes de la Constitution, les visites domiciliaires ne pourront avoir lieu «que dans les cas prévus par la loi et dans les formes qu'elle prescrit».

On constate donc que même lorsqu'il est fait application des règles du régime d'*exception* d'un droit fondamental (dans notre exemple, le régime qui permet, dans certains cas, des visites domiciliaires) la protection dont jouit l'individu grâce à ce droit fondamental – en l'occurrence l'inviolabilité du domicile – *ne disparaît pas complètement*, mais cède seulement *dans la stricte mesure nécessaire à la poursuite d'autres objectifs constitutionnellement permis* (tels que la poursuite de *certaines* infractions (8)). Ce serait donc commettre une importante erreur d'appréciation que de douter de la pro-

(5) Il ne nous semble pas vain, mais au contraire fort utile, de préciser notre acception du terme «droit fondamental» car, comme le relève très à propos Nicolas Molfessis, ce terme a toutes les vertus d'un «label incontrôlé» (N. MOLFESSIS, «Droit fondamental, un label incontrôlé», *Sem. jur.*, édition générale, 15 juin 2009, p. 58).

(6) Bien sûr, d'autres définitions existent. Ainsi, Patrick Wachsmann définit les droits de l'homme – nous venons de dire que nous tenons ce terme pour synonyme – comme «les normes [juridiques qui ont] pour objet la protection des individus contre les Etats sous la juridiction desquels ils se trouvent placés (P. WACHSMANN, «Définition du terme 'droits de l'homme'», in D. ALLARD et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 540, 1^{re} colonne). Et Frédéric Sudre considère qu'ils représentent «l'ensemble des règles juridiques (...) qui reconnaissent sans discriminations aux individus des droits et des facultés assurant la liberté et la dignité de la personne humaine et bénéficiant de garanties institutionnelles» (F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, 5^e éd., Paris, P.U.F., 2001, p. 14).

(7) Dans le contexte de la *Constitution belge* – qui seule forme l'objet, pensons-nous, du présent ouvrage consacré aux droits constitutionnels en Belgique –, le mot «loi» doit s'entendre en son sens *formel*. Il en va autrement si l'on se réfère à la Convention européenne des droits de l'homme, qui s'écarte d'une approche purement formelle et est davantage réceptive à une acception matérielle du terme.

(8) Ainsi, dans une enquête relative à un homicide, une visite domiciliaire sera pertinente, mais dans le cadre d'une simple contravention de roulage elle ne le sera pas.

tection qu'offrent les droits fondamentaux au motif que la presque totalité de ces droits sont assortis de possibilités de dérogation.

Par ailleurs, il est utile de souligner que même dans un Etat démocratique, la protection *absolue* d'un droit fondamental, sans dérogation possible, n'est pas souhaitable car elle serait susceptible de mener à des abus considérables (9).

3. Ayant exposé *en quoi* les droits fondamentaux offrent une protection, il convient de fournir quelques éléments de réponse à la question de savoir *qui* en bénéficie; autrement dit, il s'agit de déterminer les *titulaires* des droits fondamentaux. Le propre d'un droit fondamental est de fournir une garantie à *toutes les personnes qui sont présentes sur le territoire d'un Etat*, nationaux ou étrangers et – précision importante – quel que soit le statut de ces derniers. Ainsi donc – et sauf exceptions expressément prévues dans la loi, étayées par des justifications pertinentes – une personne en séjour *illégal* en Belgique bénéficie des droits fondamentaux au même titre qu'un ressortissant belge. En effet, et pour prendre des exemples figurant parmi les droits les plus essentiels, toute personne en Belgique a droit à la dignité humaine et à la protection de son intégrité physique, elle a droit à la vie et le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial. On comprend immédiatement que les personnes en séjour illégal bénéficient, elles aussi, de ces droits (10) : personne ne leur dénie le droit à la dignité humaine ou à l'intégrité physique, personne n' imagine non plus que l'interdiction de la peine de mort ne s'étende pas à elles, et personne ne soutient non plus qu'il serait permis de les faire comparaître devant des magistrats partiiaux ou dépendants du gouvernement.

Pour cette raison, on considère généralement que les droits fondamentaux ont un caractère *objectif*. Cela signifie que «ces droits sont attachés par principe à la seule qualité de *personne humaine* et ne sont pas attribués aux individus par un statut juridique particulier qui pourrait être révocable» (11).

(9) Ainsi, par exemple, une protection *absolue* du domicile, sans exceptions, ne permettrait pas aux forces de l'ordre d'intervenir en cas de violences conjugales ou de sévices sur des mineurs d'âge et ne permettrait pas non plus d'y saisir des objets volés ou extorqués par la violence. De même, si la protection relative – donc : assortie d'exceptions – de la *propriété privée* est indispensable au caractère démocratique d'un Etat, sa protection *absolue* entraînerait de graves problèmes d'infrastructure et d'approvisionnement énergétique, dès lors qu'aucune expropriation pour cause d'utilité publique ne pourrait être réalisée. On l'aura compris : telle ne peut être l'essence, la portée originelle, du droit fondamental relatif à la protection de la propriété privée.

(10) Ce que nous venons d'exposer n'est pas infirmé par la circonstance que certaines personnes en séjour illégal sont privées de liberté et placées dans des centres fermés : leur placement dans ces centres s'explique par le fait que ces personnes ont transgressé la réglementation belge relative à l'accès et au séjour sur le territoire national. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que certains citoyens belges sont également privés de liberté, suite à la transgression d'autres législations.

(11) J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 27. Nous soulignons.

Cette caractéristique essentielle des droits fondamentaux est fondée sur l'identité universelle de la personne humaine et le principe de l'égalité de tous les êtres humains (12).

*

4. Après avoir tenté de définir la notion de droit fondamental et avoir décrit les bénéficiaires, il échet maintenant de dire un mot sur l'autre terme important qui est contenu dans le titre de la présente contribution, à savoir celui de «garantie».

A bien regarder, la définition de ce terme s'avère plus complexe qu'il n'y paraît à première vue, car il est affecté par une polysémie. En effet, il est possible d'entendre le mot «garantie» ou bien dans un sens matériel, c'est-à-dire substantiel, ou bien dans un sens procédural.

Si le mot «garantie» est entendu dans sa signification substantielle, il se confond avec celui de «droit fondamental» : ainsi par exemple, le droit fondamental de la protection du domicile privé s'identifie à la garantie contre des intrusions discrétionnaires et non motivées des pouvoirs publics dans le lieu d'habitation d'un individu ; autrement dit, cet individu se voit *garantir* l'intégrité de sa sphère d'habitation privée par la *substance même* de ce droit fondamental.

5. Mais ce n'est assurément pas en ce sens-là, substantiel, qu'il convient d'entendre le mot «garantie» dans la présente contribution : il ne s'agit pas de refaire ce que d'autres auteurs du présent ouvrage ont déjà fait, à savoir de décrire avec précision, un par un, les contours matériels des différents droits fondamentaux dont bénéficient, sous réserve d'exceptions clairement établies, toutes les personnes (habitants du Royaume ou non, Belges ou non) qui se trouvent placées sous l'empire de l'ordre juridique belge.

C'est donc dans son acception *procédurale*, *non substantielle*, qu'il convient d'entendre, dans le cadre de la présente contribution, le terme «garanties». Ces garanties, le titre l'indique déjà, peuvent être de deux sortes, juridictionnelles ou non juridictionnelles. Mais avant de s'y intéresser de plus près, une autre observation s'impose encore.

6. Comme le relève, avec la pertinence qu'on lui connaît, Hans Kelsen dans sa *Théorie pure du droit*, un ordre juridique constitue un «ordre de contrainte» (13), c'est-à-dire un système qui tend à infliger, à ceux qui transgressent ses normes, un *acte de contrainte*, ce dernier pouvant être défini comme un désagrément, un «mal» (14). Ce mal peut être de diffé-

(12) En ce sens, voy. F. SUDRE, *op. cit.*, pp. 55-56.

(13) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e éd. (trad. Ch. EISENMANN), Paris, Dalloz, 1962, p. 46.

(14) *Ibid.*

rentes sortes, allant du retrait de biens économiques (amendes, confiscations), en passant par la déchéance d'honneurs ou de titres, jusqu'à la privation de liberté (15).

Toute norme d'un ordre juridique est, à tout le moins potentiellement, assortie, en cas de transgression, d'un dispositif de contrainte. Or, il est évident – du moins dans un ordre juridique démocratique comme celui de la Belgique – que si l'ordre juridique dispose de la possibilité d'infliger un acte de contrainte au contrevenant de l'une de ses dispositions (16), il ne peut le faire qu'au terme d'une *procédure*, qui est déterminée par d'autres normes de droit – sinon on verserait dans le totalitarisme –.

On voit ainsi apparaître l'idée que la poursuite d'un manquement à une règle de droit *rend nécessaire la création d'autres normes de droit*, celles-ci détaillant la démarche à suivre par les organes de l'ordre juridique pour réaliser, *conformément à ces dernières*, l'application d'un acte de contrainte. C'est en cela que tient la dimension *procédurale* des normes juridiques. Tout ordre juridique contient ainsi deux types de normes, les unes à portée substantielle et les autres à portée procédurale (17).

Mais puisque cette distinction binaire traverse tout le droit, c'est-à-dire l'ordre juridique dans son intégralité, elle n'est point propre au domaine des droits fondamentaux : à l'intérieur comme à l'extérieur de ce dernier, les règles de droit ont un caractère soit substantiel (18), soit procédural (19). Si

(15) Dans sa *Théorie pure du droit* (op. cit., p. 46), Hans Kelsen évoque une sanction encore plus lourde, celle du «retrait de la vie», mais en raison de l'article 14bis de la Constitution belge, qui interdit désormais la peine de mort dans notre pays, celle-ci ne doit plus nous occuper dans le cadre de la présente contribution. A l'échelle mondiale, l'observation de Hans Kelsen reste toutefois valable.

(16) Nous tenons pour synonymes les termes «norme» et «disposition». La même observation vaut pour le mot «règle».

(17) Même si la distinction entre les deux n'est pas toujours aisée à tracer. Mais il ne nous semble pas pertinent de rejeter, en raison de quelques problèmes de classification somme toute assez mineurs, la distinction dans son ensemble : car elle forme la matrice de la *summa divisio*, capitale en droit judiciaire, pénal et administratif, entre *recevabilité* et *fondement*; elle est par ailleurs explicitement reconnue par la Constitution (voy., à titre d'ex., art. 12, al. 1^{er}, *in fine*, p. 141, et p. 160, al. 1^{er}, 2^e phrase).

(18) Comme illustrations d'une règle de droit dotée d'une portée substantielle mais se situant à l'extérieur du domaine des droits fondamentaux, on songera avant tout à de très nombreuses règles du droit commercial, du droit des biens, du droit des contrats, ou encore – dans un tout autre secteur – aux règles de rémunération dans la fonction publique : des milliers d'exemples peuvent ainsi être fournis. On ne perdra par ailleurs pas de vue que l'ordre juridique belge permet, au travers de son Code civil, aux particuliers d'édicter des règles juridiques qui tiennent lieu de loi pour les parties qui y ont consenti.

(19) Comme exemples de normes qui, tout en possédant un caractère procédural, ne constituent pas des droits fondamentaux, on peut également songer à des milliers d'exemples. Ainsi, on peut notamment penser à la Troisième Partie du Code judiciaire, intitulée «De la compétence», qui détermine et répartit entre les différents cours et tribunaux du Royaume les attributions juridictionnelles de l'Ordre judiciaire : pour nous limiter à l'une de ses dispositions, l'article 624 dudit Code, celle-ci règle la compétence territoriale entre plusieurs juridictions belges du même type (par exemple deux tribunaux de première instance). Manifestement, il s'agit là d'une règle à portée procédurale – mais elle ne constitue pas un droit fondamental pour autant –.

cette observation semble aller de soi – tout le droit ne se réduit pas aux droits fondamentaux, ceux-ci n'en formant qu'une petite partie – elle nous paraît néanmoins utile dans le cadre de la présente contribution, qui s'intéresse à la protection *procédurale* – donc : aux garanties – des droits fondamentaux.

Bien entendu, le domaine des droits fondamentaux est, *lui aussi*, traversé par la division que nous venons d'évoquer : il existe des droits fondamentaux à caractère substantiel (comme par exemple le droit à la vie ou à la protection du domicile privé) et d'autres à caractère procédural (comme, avant tout, celui à un procès équitable – droit qui constitue, à bien regarder, une expression générique qui regroupe un certain nombre de droits fondamentaux procéduraux plus spécifiques (20) –).

*

7. Les droits fondamentaux à portée substantielle ayant déjà fait l'objet de commentaires dans le présent ouvrage, l'attente pourrait naître de voir notre contribution traiter de l'ensemble des droits fondamentaux à portée procédurale.

L'objet de notre contribution est à la fois plus restreint et plus large : il porte sur les seules normes à caractère procédural *qui garantissent l'effectivité des droits fondamentaux* – mais peu importe si celles-ci constituent ou non des droits fondamentaux –.

Cette mise au point préalable étant faite, il convient de distinguer, comme le suggère le titre de notre exposé, les voies procédurales juridictionnelles (n° 8) des procédures non juridictionnelles (n° 9).

8. Lorsqu'une personne s'estime lésée dans l'un de ses droits fondamentaux, elle peut intenter l'une des procédures juridictionnelles suivantes.

8.1. Si le droit fondamental dont elle allègue la violation constitue par ailleurs un *droit civil* au sens de l'article 144 de la Constitution (21) – ce qui

(20) Comme le droit à un juge impartial, le droit à un procès qui soit mené à terme dans un délai raisonnable, le droit de bénéficier, en matière pénale, de la présomption d'innocence, etc.

(21) Sur la notion de «droit civil» et celle de «droit politique», voy. not., dans la doctrine plus ancienne, J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1879, pp. 264-275; A. GIRON, *Le droit administratif de la Belgique*, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1881, pp. 185-198; O. ORBAN, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, t. II, Liège, Dessain et Paris, Giard & Brière, 1908, pp. 554-574; la grande étude en plus de 130 pages de Ch. GOOSSENS, «Recherches sur les critères de distinction des droits individuels : droits civils, droits politiques, droits administratifs», *Ann. Fac. dr. Liège*, 1960, pp. 149-286 et A. MAST, *Précis de droit administratif belge*, Bruxelles et Gand, Story-Scientia, 1966, pp. 317-328. Dans la doctrine plus récente, voy. B. BLERO, «L'article 145 de la Constitution comme solution aux conflits de compétence entre le juge de l'excès de pouvoir et le juge judiciaire», in *Le Conseil d'Etat de Belgique cinquante ans après sa création*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 203-267; du même auteur, «Compétence liée et droit subjectif, compétence discrétionnaire et droit objectif : les nuances d'une double équation», in *Actualité de droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 43-113;

sera très souvent le cas – la personne dispose, sous réserve des conditions de procédure fixées par le Code judiciaire et des lois particulières, d'une voie d'action auprès de l'une des juridictions de l'Ordre judiciaire. Il va de soi qu'il ne nous est pas possible ici de détailler ces procédures : un tel exposé se confondrait avec une description détaillée, en plusieurs centaines de pages, de la procédure pénale (22) et civile (23), sans parler du fait qu'il conviendrait de distinguer les procédures au fond de celles qui ressortissent au domaine du référé judiciaire (24).

8.2. Si par contre le droit fondamental dont la transgression est invoquée s'identifie à un *droit politique* au sens de l'article 145 de la Constitution (25), la partie requérante dispose *en principe* d'une voie d'action auprès de l'une des juridictions de l'Ordre judiciaire, *sauf si* une norme législative a confié ce contentieux à une juridiction administrative, elle aussi créée par une règle de rang législatif (26).

A. ALEN et K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch Staatsrecht*, 2^e éd., vol. 2, Malines, Kluwer, 2004, pp. 535-543; M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 622-629; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief Recht*, 17^e éd., Malines, Kluwer, 2006, pp. 800-805; N. BANNEUX, «La Cour d'arbitrage : juge de l'attribution des litiges?», *Rev. dr. ULg*, 2006, pp. 369-394, spéc. pp. 375-384 et M. PÂQUES et L. DONNAY, «Juridiction ordinaire et juridiction administrative en droit belge», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 73-93, spéc. pp. 74-78. Voy. aussi C.C., arrêt n° 188/2009, du 26 novembre 2009, *NjW*, n° 214, 13 janvier 2010, pp. 24-25, note F. JUDO.

(22) Comme traités généraux de procédure pénale belge, voy. not. R. DECLERCQ, *Eléments de procédure pénale*, Bruxelles, Bruylant, 2006; R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, 4^e éd., Anvers, Maklu, 2007, 1193 pp.; A. JACOBS, A. MASSET et M. FRANCHIMONT, *Manuel de procédure pénale*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, 1462 pp.; H.-D. BOSLY, D. VANDERMEERSCH et M.-A. BEERNAERT, *Droit de la procédure pénale*, 6^e éd., Bruges, La Chartre, 2010, 1593 pp.

(23) Comme traités généraux de procédure civile belge, voy. not. G. DE LEVAL, *Eléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, 552 pp.; J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, 2^e éd., Anvers, Intersentia, 2008, 813 pp. et P. VAN ORSHOVEN, M. BOES et B. ALLEMEERSCH, *Beginnelsen van gerechtelijk recht*, 8^e éd., Louvain, Acco, 2009, 409 pp.

(24) En plus des ouvrages indiqués à la note précédente qui consacrent tous un certain nombre de développements aux procédures en référé, voy. not. l'ouvrage collectif *Kort geding* (Gand, Larcier, 2009, 317 pp.) et P. MARCHAL, J. ENGLEBERT et H. BOULARBAH, *Le référé judiciaire*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau de Bruxelles, 2003, 450 pp.

(25) Voy., *supra*, note 21.

(26) Ici aussi, il ne nous semble pas possible de davantage détailler nos propos, car de deux choses l'une : soit on se situe dans le régime de principe, et ce sera alors la procédure civile qui s'applique (et nous avons déjà dit au point 8.1 que celle-ci ne pourrait être raisonnablement présentée au sein de la présente contribution), soit l'on se trouve placé dans le régime d'exception. Or, les juridictions administratives qui existent au sein de l'ordre juridique belge ne forment pas un ensemble harmonieux, organisé selon une structure commune; elles ont au contraire été créées par des législations disparates et fonctionnent selon des procédures diverses. Le droit belge ne dispose donc pas, à côté de la structure bien agencée et pyramidale de l'Ordre judiciaire, d'une structure parallèle au niveau de ses juridictions administratives; de ce point de vue, il est fort éloigné du modèle allemand ou français de justice administrative. Dans ces conditions, il ne semble pas possible – ni pertinent – d'envisager une description plus précise de la problématique procédurale ici considérée, ceci d'autant plus que la fédéralisation progressive de l'Etat belge a

8.3. La situation est en revanche différente lorsque la violation alléguée du droit fondamental résulte d'une *loi*, d'un *décret*, ou d'une *ordonnance*; en effet, dans un tel cas de figure, un certain nombre de distinctions supplémentaires sont nécessaires.

8.3.1. Supposons dans un premier temps que le droit fondamental dont le non-respect est invoqué se trouve inscrit dans une disposition de la *Constitution belge*.

Si la norme qui est à l'origine de ce non-respect est une *loi*, un *décret* (27) ou une *ordonnance* (28), la personne lésée pourra alors, moyennant le respect des conditions de recevabilité – et notamment de délais –, saisir la Cour constitutionnelle (29) et ce, soit par le biais d'un recours en annulation (30), soit par la voie d'une question préjudicielle (31). Le cas

désormais atteint le domaine des juridictions administratives, permettant, par le biais des compétences implicites, aux communautés et régions la création de juridictions administratives propres (sur ce dernier point, voy. X. DELGRANGE et N. LAGASSE, «La création de juridictions administratives par les Communautés et Régions», in *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Actes de la journée d'études tenue aux Facultés universitaires Saint-Louis le 29 septembre 2006, Bruxelles, la Charte, 2007, pp. 487-524. *Adde*: C.C., arrêt n°8/2011, du 27 janvier 2011). Comme ouvrages de contentieux administratif général, on consultera avant tout, en langue française, les deux maîtres-ouvrages de M. LEROY (*Contentieux administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, 1127 pp.) et P. LEWALLE (*Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 2008, 1378 pp.).

(27) Décret de la Communauté flamande, décret de la Communauté française, décret de la Communauté germanophone, décret de la Région wallonne et décret de la Commission communautaire commune. Les compétences de la Région flamande sont exercées par la Communauté flamande.

(28) Ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale et ordonnance de la Commission communautaire commune.

(29) Sous réserve de la compétence du Conseil d'Etat de statuer sur les ordonnances conformément à l'article 9 de la loi spéciale sur Bruxelles. En termes statistiques, cette compétence du Conseil d'Etat est toutefois assez anecdotique.

(30) Voy. le Titre I^{er}, chapitre I^{er}, sections I^{ère} et II, et chapitre III, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Sur le recours en annulation devant la Cour constitutionnelle, voy. not. P. POPELIER, *Procederen voor het Grondwettelijk Hof*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 167-215; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *La Cour constitutionnelle*, Bruxelles, Bruylant, 2008, spéc. pp. 105-152, 228-254, et 263-267; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, pp. 592-956; A. ALEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, vol. 1B, pp. 445-450, et déjà antérieurement (mais avant la dernière réforme de la procédure devant la Cour intervenue en 2003), F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Droit public, La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp. 53-59 et 107; F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2000, pp. 111-112 et 115-116; V. THIRY, *La Cour d'arbitrage, compétence et procédure*, Diegem, Kluwer, 1997, pp. 41-58 et 144-148; J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, pp. 266-333, et H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage, Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, thèse (Louvain-la-Neuve, 1987), Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 169-183 et 195-220.

(31) Voy. le Titre I^{er}, chapitres II et III, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Sur la question préjudicielle devant la Cour constitutionnelle, voy. not. P. POPELIER, *op. cit.*, pp. 230-271; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, spéc. pp. 173-225, 256-258 et 268-269; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, pp. 596-600; C. BEHRENDT, *Le juge constitutionnel, un législateur-cadre positif*, thèse (Paris 1, 2005), Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006, spéc. pp. 60-65, 87-89, et 397-424; A. ALEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, vol. 1B, pp. 452-462, et déjà antérieurement (mais avant la dernière réforme de la procédure devant la Cour intervenue en 2003), Chr. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles devant la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 367 pp.; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, pp. 62-73 et 108; F. DELPÉRÉE, *op. cit.*,

échéant, la norme en question peut également faire l'objet d'une suspension (32).

8.3.2. Si en revanche le droit fondamental dont le non-respect est invoqué *n'est pas* consacré par une disposition de la Constitution mais par une norme du *droit conventionnel à effet direct* (33), les voies procédurales ouvertes au requérant sont les suivantes.

Il se peut dans un *premier* scénario que le droit fondamental qui est protégé par une disposition directement applicable du droit international conventionnel *ne soit pas protégé, au sein de la Constitution belge, par une protection analogue*. Dans un tel cas, *toute juridiction belge* – qu'elle relève ou non de l'Ordre judiciaire – est habilitée à procéder, conformément à la jurisprudence *Le Ski* de la Cour de cassation (34), à la vérification de la conformité de la norme législative querellée avec la disposition internationale en question.

Si par contre – et ceci constitue le *second* scénario – le droit fondamental qui est garanti par la norme internationale est *également* protégé, explicitement ou implicitement, par une disposition de la Constitution belge qui lui est «totale ou partiellement analogue», l'article 26, §4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage y inséré par la loi spéciale du 12 juillet 2009, impose à la juridiction qui est saisie du litige principal de poser d'abord une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle sur

pp. 113-115; V. THIRY, *op. cit.*, pp. 69-85 et 148-151; J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 346-406 et H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 221-272.

(32) Voy. le Titre I^{er}, chapitre I^{er}, section III, et chapitre III, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage (et, à l'égard des seuls *décrets*, l'article 16^{ter} de la loi spéciale de réformes institutionnelles, ainsi qu'à l'égard des seules *ordonnances régionales*, l'article 5^{ter} de la loi spéciale relative aux Institutions bruxelloises). Sur la demande en suspension devant la Cour constitutionnelle, voy. not. P. POPELIER, *op. cit.*, pp. 215-230; M.-F. RIGAUX et B. RENAULD, *op. cit.*, spéc. pp. 152-172, 255-256 et 267-268; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, pp. 592-594, G. ROSOUX, «*Leçons de l'éphémère. La Cour d'arbitrage et le «renouveau» électoral – La Cour d'arbitrage et la suspension*», *R.B.D.C.*, 2003, pp. 13-68; A. ALEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, vol. 1B, pp. 450-452, et déjà antérieurement (mais avant la dernière réforme de la procédure devant la Cour intervenue en 2003), F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, pp. 59-62 et 107; F. DELPÉRÉE, *op. cit.*, pp. 112-113; V. THIRY, *op. cit.*, pp. 59-67 et 143-144; J. VELAERS, *op. cit.*, pp. 333-345 et H. SIMONART, *op. cit.*, pp. 183-193.

(33) Sur la notion de l'«effet direct» en droit international, voy. not. C. BEHRENDT et F. BOUHON, «L'effet direct du droit international», in *Introduction à la Théorie générale de l'Etat, Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 488-497, et réf. citées, et, plus spécifiquement encore, J. VERHOEVEN, «La notion d'«applicabilité directe» du droit international», *R.B.D.I.*, 1980, pp. 243-264, et du même auteur, «Applicabilité directe des traités et «intention des parties contractantes», in *Liber Amicorum Prof. em. E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 895-905. – En droit comparé, et spécifiquement dans le domaine des droits fondamentaux, voy. la belle thèse de C. SCIOTTI-LAM, *L'applicabilité directe des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, thèse (Strasbourg, 2002), Bruxelles, Bruylant, 2004, 704 pp.

(34) Cass. (1^{ère} ch.), 27 mai 1971, *Etat belge c. Société anonyme «Fromagerie franco-suisse Le Ski»*, *Pas.*, I, p. 886. Sur cette doctrine, voy. not., parmi une littérature abondante, C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, pp. 466-471.

la compatibilité de la règle avec la norme constitutionnelle consacrant le droit fondamental (35).

8.4. Conformément au champ d'investigation du présent ouvrage, consacré aux seuls *droits constitutionnels*, nous laissons de côté l'analyse de la protection des droits fondamentaux d'origine *conventionnelle*, au niveau supranational, telle qu'elle est effectuée par la Cour européenne des droits de l'homme (36) et la Cour de justice de l'Union européenne (37).

*

9. Quant aux modes *non juridictionnels*, on peut, en droit interne, notamment penser à la pratique d'avis de la section de législation du Conseil

(35) Sur cette modification législative intervenue en 2009 (et précédée de volumineux travaux préparatoires au Parlement fédéral et en doctrine), voy. not. A. ALÉN, «Rechtspraak van het Hof van Cassatie: reden om de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof te wijzigen?», in A. ALÉN et J. VAN NIEUWENHOVE (ed.), *Lewense Staatsrechtelijke Standpunten*, die Keure, 2008, pp. 8-9; E. CLOOTS, «Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij?», *T.B.P.*, 2006, pp. 259-272; B. GORS, «Une cause de refus de renvoi préjudiciel: la primauté de la Convention européenne sur la Constitution», *R.B.D.C.*, 2005, pp. 3-4 et 518-519; P. POPELIER, *op. cit.*, pp. 253-254; M. LEROY, «Le concours d'irrégularité d'un acte législatif: hésitations et incertitudes du droit belge», *A.P.T.*, 2009, pp. 259-268; P. POPELIER, «Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten. Prioriteit voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet?», *R.W.*, 2009-2010, pp. 50-62; M.-F. RIGAUX, «Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle», *J.T.*, 2009, pp. 649-651; M. TRAEST, «Samenloop van grondrechten: artikel 26, §4 van de Bijzondere Wet op het Arbitragehof», *NjW*, 2010, pp. 130-135; P. VAN ORSHOVEN, «Wie beoordeelt de schending van internationale mensenrechtenverdragen door de wetgevende macht?», *R.W.*, 2007-2008, pp. 878-879; J. VELAERS, «Samenloop van grondrechten in het Belgische rechtsbestel», *Preadvies VSRBN*, Den Haag, Boom, 2008, pp. 81-141, sp. pp. 85-93; J. VELAERS, «Artikel 26, §4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten», *T.B.P.*, 2010, pp. 387-410. A la suite de l'arrêt *Melki-Abdeli* de la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E., arrêt *Melki et Abdeli*, C-188-10 et C-189/10, du 22 juin 2010), la question de la conformité de l'article 26, §4 de la loi précitée au droit communautaire rebondit. Voy. not. J. VELAERS, «Het arrest *Melki-Abdeli* van het Hof van Justitie van de Europese Unie: een voorwaardelijk 'fiat' voor de voorrang van de toetsing aan de Grondwet op de toetsing aan het internationaal en het Europees recht», *R.W.*, 2010-2011, pp. 770-800.

(36) Voy. not. D. HARRIS et alii, *Law of the European Convention on human rights*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, 902 pp.; J. FROWEIN et W. PEUKERT, *Europäische Menschenrechtskonvention*, *EMRK-Kommentar*, 3^e éd., 2009, Kehl, Engel, 770 pp., et, plus spécifiquement, par rapport à l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg, E. LAMBERT-ABDELGAWAD, *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*, 2^e éd., Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2008, 84 pp., et F. KRENC, «Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme», in *L'effet de la décision de justice*, Formation permanente CUP, vol. 102, Liège, Anthémis, 2008, pp. 7-43.

(37) Précisons, en passant, que l'appellation «Cour de justice des Communautés européennes» n'est plus d'usage depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne au 1^{er} décembre 2009 (voy. art. 2, pts 2.a et 2.m dudit traité, tel qu'il a été publié au *Journal officiel de l'Union européenne*, n° C 306, du 17 décembre 2007). – Sur le droit communautaire matériel, voy., avant tout, le remarquable ouvrage de P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law, Cases and Materials*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, 1148 pp. Quant à la problématique spécifique des effets des décisions de la Cour de Luxembourg, voy. not. A. DEFOSSEZ et N. PETIT, «Les effets des arrêts de la Cour de Justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes», in *L'effet de la décision de justice*, *op. cit.*, pp. 45-118.

d'Etat (38) et au droit de pétition (39), ainsi que, plus largement, au débat parlementaire (40) et à la liberté d'expression en général (41).

Le Comité des droits de l'homme de l'ONU (42), qui est un organe purement non juridictionnel, sort, pour les mêmes raisons que celles exposées au point 8.4, du cadre de notre exposé.

Mais les garanties non juridictionnelles les plus puissantes sont à notre sens indubitablement *les médias et la presse*, très pertinemment aussi appelés le «quatrième Pouvoir» (43).

(38) Section dont l'existence est implicitement reconnue par l'article 160, alinéa 2, de la Constitution : «Le Conseil d'Etat (...) donne des avis dans les cas déterminés par la loi». Sur la Section de législation, voy. not. J. VELAERS, *De Grondwet en de Raad van State, afdeling wetgeving, Vijftig jaar adviezen aan wetgevend vergaderingen in het licht van de rechtspraak van het Arbitragehof*, Anvers, Maklu, 1999, 1034 pp.

(39) Sur le droit de pétition, consacré aux articles 28 et 57 de la Constitution belge (articles dont le libellé est inchangé depuis 1831), voy., dans le présent ouvrage, la contribution d'A. HERAUT et G. PIJCKE, ainsi que J.-J. THONISSEN, *op. cit.*, pp. 98-100; O. ORBAN, *op. cit.*, t. 3 (1911), pp. 422-425; P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1952, t. 1^{er}, pp. 274-275; H. VAN IMPE, «Het petitie recht, voorheen en thans», *T.B.P.*, 1965, pp. 379-383; P. DE KEYSER, «Het petitie recht afgestoft?», *T.B.P.*, 2000, pp. 596-618; A. ALEN et K. MUYLLE, *op. cit.*, vol. 2, pp. 810-811; K. RIMANQUE, *De grondwet toegelicht, gewikt en gewogen*, éd. 2004-2005, Anvers, Intersentia, 2005, pp. 90-91 et 158; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, pp. 389-390. Pour une analyse historique sur le droit de pétition, du point de vue américain, voy. S.A. HIGGINSON, «A Short History of the Right To Petition Government for the Redress of Grievances», *Yale Law Journal*, 96 (1986), pp. 142-166.

(40) Débat qui bénéficie de la protection spécifique consacrée à l'article 58 de la Constitution (non révisé depuis 1831) : «Aucun membre de l'une ou l'autre Chambre ne peut être poursuivi ou recherché à l'occasion des opinions et votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions». La disposition est également applicable aux parlements fédérés (voy. l'article 120 de la Constitution, inséré en 1993, et l'article 42 de la loi spéciale de réformes institutionnelles).

(41) Const., art. 19 : «(...) la liberté de manifester ses opinions en toute matière». Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de F. TULKENS.

(42) Sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme de l'ONU, voy. not. F. SUDRE (éd.), *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Actes du Colloque tenu à Montpellier les 6-7 mars 1995, Montpellier, Institut de droit européen des droits de l'homme, 1995, 233 pp.; A. BAYEFSKY, *The UN human rights treaty system : universality at the crossroads*, La Haye, Kluwer, 2001, 81 pp., et de la même auteur, *How to complain to the UN human rights treaty*, La Haye, Kluwer, 2003, 358 pp.; N. BOUZIRI, *La protection des droits civils et politiques par l'ONU, L'œuvre du Comité des droits de l'homme*, Paris, L'Harmattan, 2003, 604 pp.; L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, Bruxelles, Bruylant/Nemesis, 2007, 582 pp., et, spécifiquement par rapport à l'actualité belge, F. KRENC, «La Belgique 'condamnée' pour la première fois par le Comité des droits de l'homme sur fond de lutte contre le terrorisme – Cap sur Genève!», *J.T.*, 2009, pp. 621-629.

(43) A l'égard de la presse, cette expression avait déjà cours dans les années trente : voy. not. A. VIENNE, *Le Quatrième pouvoir. La presse. Son évolution. Son influence*, Bruxelles, L'Eglantine, 1930, 167 pp. Sur le rôle protecteur des droits fondamentaux que la presse joue dans notre société démocratique, voy., dans le présent ouvrage, la contribution de F. JONGEN.