

La jurisprudence *Le Ski* : des lendemains qui chantent ou qui déchantent ?

Osons la comparaison : l'arrêt *Le Ski* est à la Cour de cassation de Belgique ce que l'arrêt *Marbury v. Madison*¹ est à la Cour suprême des États-Unis. Certes, les deux décisions — séparées de 168 années — ne s'inscrivent pas dans le même contexte et n'ont pas le même objet : l'une affirme la suprématie du droit international conventionnel directement applicable sur les normes internes de valeur législative, et le pouvoir des cours et tribunaux de le constater, tandis que l'autre reconnaît à l'ensemble des juridictions le pouvoir de contrôler la constitutionnalité de ces normes législatives. Les deux décisions se rejoignent pourtant à trois égards. D'abord, il s'agit de décisions fondatrices. « Our greatest case »², a-t-on pu écrire dans la doctrine nord-américaine, qui continue de voir dans l'arrêt *Marbury*, rédigé par le *Chief Justice* Marshall, « the single most important decision in American constitutional law »³. Cette décision n'a-t-elle pas dressé « une des plus puissantes barrières qu'on n'ait jamais élevées contre la tyrannie des assemblées politiques »⁴ ? À sa manière, l'arrêt *Le Ski*, inspiré par les conclusions du procureur général W.J. Ganshof van der Meersch, est lui aussi une contribution majeure à la protection contre le risque d'arbitraire. Ensuite, les deux décisions battent en brèche le caractère sacré de la loi. Les juges internes ne devant « plus s'incliner devant la loi »⁵, c'est la fonction de juger qui s'en trouve chamboulée. Tout juge a ainsi la responsabilité de passer au crible d'un contrôle diffus et incident la constitutionnalité (*Marbury*) ou la conventionnalité (*Le Ski*) des lois applicables aux litiges dont il est saisi. Se trouve ainsi confirmée l'idée centrale défendue par François Rigaux, dans son beau livre *La loi des juges*, que « les appareils normatifs sont eux-mêmes conflictuels et que la principale fonction du juge est, avant même de trancher des conflits entre les intérêts humains, entre les droits individuels et le bien de la collectivité, de désarmer les conflits de normes »⁶. Enfin, ce sont des décisions que les deux hautes juridictions ont pu écrire entre les lignes des textes constitutionnels, tirant parti des non-dits et des mal-dits des constitutants. « What makes the case even more important is the absence of any clear plan on the part of the Constitution's framers to provide the Court with this power », a-t-on écrit⁷. Le même constat pourrait être fait à partir de l'arrêt *Le Ski*. Par la force des choses, le constituant originaire n'a pu envisager la question des rapports entre le droit national et un droit international quasi inexistant à l'époque. Quant au constituant dérivé, il s'est contenté bien plus tard, en 1970, de légitimer le transfert de l'exercice de compétences étatiques, et notamment de compétences constitutionnelles, aux organisations internationales, par l'adoption de l'article 34 de la Constitution, rédigé en ces termes : « L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ».

1971-2021. Cinquante ans après, trois constats au moins nous paraissent devoir être faits. On pouvait légitimement escompter qu'en réaction à l'arrêt *Le Ski*, le constituant prenne de la hauteur et se décide enfin à régler la place du droit international⁸ dans l'ordre juridique interne. Or, il est resté muet dans un silence désespérément long (1). En revanche, l'arrêt *Le Ski* a fait l'objet d'assauts lancés contre lui. Il y a résisté, faisant preuve d'une étonnante résilience (2). Et aujourd'hui, étrangement, c'est par ceux-là même qui l'ont rendu que la légitimité de l'arrêt *Le Ski* nous paraît de plus en plus menacée (3).

1 Un constituant désespérément silencieux

L'arrêt *Le Ski* est révélateur de l'exorbitance du rôle des juges, confrontés bien malgré eux au mutisme du constituant quant à la place du droit international dans l'ordre juridique interne. La persistance de ce mutisme et l'écoulement du temps ont consolidé la jurisprudence *Le Ski*. En effet, la bénédiction qu'elle a reçue du monde juridique et la mise en œuvre consensuelle qui en a été faite par l'appareil judiciaire l'ont solidement sédimentée. Sans doute le parallèle avec l'arrêt *Marbury* rencontre-t-il ici ses limites : si chacun s'accorde à reconnaître les qualités intrinsèques de cet arrêt, le pouvoir créé par ce dernier au profit des juges continue à susciter de vives discussions⁹.

La consolidation de la jurisprudence *Le Ski* dispense-t-elle d'un débat constituant ? Certainement pas.

Tout d'abord, il subsiste une incertitude sur la question de savoir si, et dans quelle mesure, cette jurisprudence peut être considérée comme constitutive d'un « principe de droit international » ou d'un « principe général à valeur constitutionnelle ». La controverse, dont les enjeux sont aussi concrets que cruciaux, anime les juristes depuis belle lurette. Les termes du débat sont bien connus. D'un côté, on insiste sur le fait que la prééminence du droit international conventionnel résulte de la nature même de ce dernier, et non de la Constitution. De l'autre côté, on souligne que la détermination de la place des règles de droit international dans la hiérarchie des normes internes est une question proprement constitutionnelle, en raison de la suprématie de la Constitution au sein de l'État. Jan Velaers a bien montré que le débat n'est pas aussi dichotomique : ne peut-on s'accorder sur le fait que la primauté du droit international se déduit de la nature de ce droit international, tandis que l'existence d'un contrôle juridictionnel de la conformité des lois aux normes internationales ayant un effet direct et la détermination de la ou des juridictions chargées de ce contrôle relève de la responsabilité du constituant¹⁰ ? Ce dernier ne devrait-il pas enfin intervenir en ce sens ?

Ensuite, la consolidation de cette jurisprudence est circonscrite à la primauté du droit international conventionnel sur les seules normes législatives. Si les termes utilisés à l'époque par la Cour de cassation peuvent laisser supposer qu'elle a englobé les normes constitutionnelles, cette supposition est loin de faire consensus dans la communauté des juristes. On peut aisément s'accorder pour considérer que le pourvoi dont était saisie la Cour dans cette affaire ne soulevait pas la question de la position des normes constitutionnelles au regard des normes internationales. Mais, au-delà de ce constat, l'arrêt *Le Ski* donne lieu depuis un demi-siècle à des lectures contrastées qui sont étroitement liées aux divergences jurisprudentielles et doctrinales sur la vision moniste ou dualiste des rapports entre le droit international et la Constitution, les partisans de l'un et l'autre courant étant parfois enclins à faire dire à la Cour de cassation ce qui nourrit et renforce leurs convictions¹¹. En réalité, la nébulosité régnant autour de cet arrêt est imputable au constituant et à lui seul. Car, à la différence de nombreux États européens, la Constitution belge reste en défaut de se saisir du problème, à tout le moins pour le droit international conventionnel, ce

(1) Arrêt *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).

(2) L. WEINBERG, « Our *Marbury* », *Virginia Law Review*, 2003, vol. 89, p. 1412.

(3) E. CHEREMINSKY, *Constitutional Law - Principles and Policies*, 6^e éd., New York, Aspen, 2019, p. 39.

(4) A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, t. I^{er} (1840), in *Œuvres*, t. II, Paris, Gallimard, La

Pléiade, 1992, p. 115.

(5) P. MARTENS, *Le droit peut-il se passer de Dieu ?*, Presses universitaires de Namur, 2007, p. 72.

(6) F. RIGAU, *La loi des juges*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 10.

(7) W.E. NELSON, *Marbury v. Madison - The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, 2000, p. 1.

(8) Dans la suite du texte, l'expres-

sion « droit international » s'entend comme visant aussi le « droit européen » au sens large.

(9) I. FASSASSI, *La légitimité du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois aux États-Unis - Étude critique de l'argument contre-majoritaire*, Paris, Dalloz, 2017, p. 54.

(10) J. VELAERS, *De Grondwet - Een artikelsgewijze commentaar*, Bruges,

die Keure, 2019, vol. III, p. 397.

(11) La Cour de cassation elle-même a soufflé sur les braises dans trois arrêts rendus les 9 et 16 novembre 2004, en faisant primer le droit international conventionnel sur la Constitution : Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 ; Cass., 16 novembre 2004, *ibidem*, pp. 1795 et 1802.

qui génère la plus grande insécurité juridique. En témoignent les jurisprudences discordantes adoptées par la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et la section du contentieux administratif du Conseil d'État, chacune ayant été amenée à prendre position sur ce point après l'arrêt *Le Ski*. La Constitution n'est-elle pas ainsi « dépassée par ses propres lacunes », selon la juste expression de Hugues Dumont¹² ?

Enfin, dans le même registre, celui de l'apathie du constituant, constatons que l'intégration européenne est, à bien des égards, un impensé constitutionnel, tant la Constitution belge « manque d'une vision cohérente sur les principaux développements supranationaux »¹³. Il ne suffit pas de permettre le transfert de l'exercice de pouvoirs vers les autorités de l'Union européenne, comme le fait l'article 34 de la Constitution, déjà cité. Encore faut-il régler la question des limites de tels transferts et celle des conflits pouvant surgir entre une règle du droit de l'Union et une règle constitutionnelle. Ne doit-on pas admettre que la légitime primauté du droit européen cède lorsque ce droit heurte un élément de l'identité constitutionnelle de l'État, sorte de noyau dur de la Constitution ? N'est-ce pas à la Constitution elle-même de le prévoir ? Ici encore, c'est le silence de la Constitution qui a conduit la Cour constitutionnelle cette fois, sous la forme d'un *obiter dictum*, à lever le voile pour la première fois sur l'existence de réserves de constitutionnalité, en évoquant l'existence d'une « identité nationale inhérente aux structures fondamentales, politiques et constitutionnelles ou aux valeurs fondamentales de la protection que la Constitution confère aux sujets de droit »¹⁴.

En conclusion, on ne dira jamais assez que l'omniprésence de l'ordre juridique international propage des ondes à ce point décisives qu'il est plus que temps d'organiser un débat constituant sur l'articulation entre les normes internationales et les normes internes. Déjà en 1969, deux ans avant l'arrêt *Le Ski*, W.J. Ganshof van der Meersch clôturait un bel article en appelant de ses vœux « une révision qui adaptera la Constitution, dans ses dispositions relatives au droit international, à la grande évolution de l'équilibre du monde qui repose sur la loi de la solidarité »¹⁵. Depuis, la doctrine n'a cessé de rappeler que cette question relève des attributions du constituant, voire d'appeler de ses vœux une prise de parole de ce dernier¹⁶. En vain.

2 Une jurisprudence bigrement résistante

C'est la création de la Cour constitutionnelle qui a fait trembler sur ses bases l'arrêt *Le Ski*. Pourtant, si le bloc de constitutionnalité — on entend par là les normes de référence utilisables par la Cour constitutionnelle — contient des éléments normatifs qui ne sont pas tirés directement du corpus constitutionnel, il ne comprend en revanche pas les normes internationales, ce qui empêche la Cour d'en faire une application autonome¹⁷. Or, il y eut des tentatives en ce sens qui, si elles avaient été fructueuses, auraient, peu ou prou, sonné le glas de la jurisprudence *Le Ski*.

En 1980, lors des discussions relatives à la création de la juridiction constitutionnelle, le Gouvernement avait envisagé de conférer à cette dernière la compétence de statuer sur la compatibilité des normes législatives par rapport au droit international¹⁸. À la suite des objections soulevées par la section de législation du Conseil d'État¹⁹, il s'était résolu à renoncer à ce projet.

En 1988-1989, le même scénario se reproduisit, sans plus de succès, lors des discussions parlementaires précédant tant la révision de l'article 142 de la Constitution²⁰ que l'adoption de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle (ci-après : LSCC)²¹.

En 2003, enfin, à l'occasion d'une modification substantielle de la LSCC, il avait été envisagé par le gouvernement fédéral d'introduire dans la Constitution un article 32bis, afin de permettre à la Cour constitutionnelle de faire une application autonome de certaines normes européennes, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : Convention E.D.H.) et ses protocoles additionnels. L'article 142 de la Constitution n'étant pas révisable à l'époque, il avait été imaginé de modifier la LSCC pour étendre les compétences de la Cour constitutionnelle à tout le titre II de la Constitution — ce qui a effectivement été fait — et d'insérer, par ailleurs, dans ce même titre II un article 32bis « constitutionnalisant » la Convention E.D.H. en ces termes : « Chacun bénéficie des droits et libertés reconnus par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que par les Protocoles additionnels à cette Convention ratifiés par l'État belge ». Par l'effet de cette incorporation, la Convention E.D.H. devait ainsi tomber dans le bloc de constitutionnalité. À la lumière de l'avis de la section de législation du Conseil d'État²² et de l'audition de plusieurs juristes, magistrats et universitaires²³, le gouvernement s'est finalement résolu à abandonner le projet d'adoption de l'article 32bis. Parmi les objections soulevées, figurait l'impact de cette extension des compétences de la Cour constitutionnelle sur la jurisprudence *Le Ski*. Le problème a été bien résumé par Sébastien Van Drooghenbroeck : « Suggérer qu'une révision constitutionnelle soit nécessaire mais *suffisante* pour remettre en cause une partie de l'acquis *Le Ski* n'est possible que si l'on admet, de manière implicite, que cet "acquis" à lui-même un "rang constitutionnel" », mais « si l'on pose tout au contraire que la jurisprudence *Le Ski* est ancrée, non pas dans la Constitution, mais dans le droit international lui-même, et que l'on admet parallèlement que ce droit international prime (...), on doit alors immédiatement conclure que même une révision constitutionnelle ne saurait remettre en cause, ne fût-ce qu'en partie, cette jurisprudence »²⁴. Cette controverse a été évoquée ci-dessus, au point 1.

En conséquence, les juridictions judiciaires et administratives sont restées seules compétentes pour examiner, à titre incident, la conformité des normes législatives par rapport aux normes internationales directement applicables, en vertu de la jurisprudence *Le Ski*. La responsabilité assumée ainsi par le juge ordinaire est exclusive de toute intervention de la Cour constitutionnelle en ce domaine. Cette dernière l'a parfaitement compris, n'ayant cessé de rappeler que ni le constituant, ni le législateur spécial ne lui ont conféré le pouvoir de censurer des normes législatives pour violation directe de normes internationales²⁵.

(12) H. DUMONT, « La Constitution : la source des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in I. HACHEZ e.a. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, Limal, Anthemis, Université Saint-Louis-Bruxelles, 2012, vol. 4, p. 152.

(13) P. POPELIER et W. VANDENBRUWAENE, « La Belgique et le projet d'intégration européenne : plaidoyer pour une stratégie constitutionnelle », *R.B.D.I.*, 2014, p. 422.

(14) C. const., 28 avril 2016, arrêt n° 62/2016, B.8.7. Le Conseil d'État a ensuite « rebondi » sur cet arrêt de la Cour constitutionnelle et a énoncé que la liberté de religion est un élément de l'identité constitutionnelle belge : C.E., 8 décembre 2020, *Congregation Yetev Lev Dsatmar Antwerp Limited* et al. c. État belge, n° 249.177.

(15) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit interna-

tional et la révision de la Constitution belge », *R.B.D.I.*, 1969, p. 43.

(16) Voy. not. P. D'ARGENT, « Remarques sur le conflit entre normes de droit interne et de droit international », *R.B.D.I.*, 2012, p. 5 ; Y. LEJEUNE, « Les rapports normatifs entre la Constitution belge et le droit international ou européen dans l'ordre interne à l'aune des relations entre ordres juridiques primaires », *R.B.D.I.*, 2012, p. 379.

(17) Sur la distinction entre application autonome et auxiliaire, voy. M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Jeune barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-63. Plus récemment, voy. M. VERDUSSEN, « The Belgian Experience of Rights-Based Review : Has the Constitutional Court Become a Body Subordinated to the European

Court of Human Rights ? », in J. BELL et M.-L. PARIS (éd.), *Rights-Based Constitutional Review - Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Edward Elgar, 2016, pp. 346-373.

(18) Exposé des motifs du projet de loi ordinaire de réformes institutionnelles du 23 mai 1980, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 435/1, pp. 11 et 39.

(19) Avis de la section de législation du Conseil d'État du 9 juin 1980, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 435/1, Annexe, pp. 5-7.

(20) *Ann. parl.*, Sénat, S.E. 1988, séance du 14 juin 1988, pp. 471-472.

(21) Rapport fait au nom de la Commission de la révision de la Constitution et des réformes des institutions, *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 483/2, pp. 44 et 59 ; Rapport fait au nom de la Commission de la justice, *Doc. parl.*, Chambre, 1988-

1989, n° 633/4, pp. 12 et 19.

(22) Avis de la section de législation du Conseil d'État du 25 avril 2000, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, pp. 19-23.

(23) Rapport fait au nom de la Commission des Affaires institutionnelles, *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 897/6, pp. 14-185.

(24) S. VAN DROOGHENBROECK, « VIII. La primauté. 1. Le principe de primauté et sa nature », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 280.

(25) Not. C. const., 28 février 2019, arrêt n° 37/2019, B.26.2 ; 23 mai 2019, arrêt n° 72/2019, B.7.2 ; 24 octobre 2019, arrêt n° 156/2019, B.5.2 ; 4 juin 2020, arrêt n° 81/2020, B.10.2.



Et si l'article 32bis avait été adopté ? La Belgique aurait sans conteste franchi un pas décisif vers la concentration de la protection des droits fondamentaux entre les mains de la seule Cour constitutionnelle. C'est, de notre point de vue, une fausse bonne idée. Est-ce parce que « les mentalités associées à l'histoire institutionnelle de la Belgique ne paraissent pas encore prêtes à accepter la mise en place d'une juridiction unique »²⁶ ? Deux remarques se justifient ici.

D'une part, la constitutionnalisation de la Convention E.D.H. aurait conduit à une dénaturation de catalogues de droits fondamentaux sensiblement différents. Pour se limiter à la Convention E.D.H., les droits qui y sont énumérés constituent un noyau dur et forment un socle perfectible. Ce socle, il incombe à chaque Constitution de l'adapter, dans un souci de contextualisation, et de l'enrichir, dans un but de complémentarité. Dans tout État, les droits fondamentaux sont supposés représenter un substrat de valeurs partagées par la communauté des citoyens. C'est pourquoi chaque Constitution doit consacrer un dispositif de droits fondamentaux qui intègre les acquis de la Convention E.D.H., dont elle ne peut être en retrait, et, à la fois, y ajoute une plus-value. Le défi est d'offrir un catalogue de droits qui soit « euro-irréprochable », mais dans lequel chacun d'entre nous puisse se reconnaître, contribuant à la socialisation des citoyens dans une culture politique commune.

D'autre part, si la Belgique a rejoint en 1980 le « club » des États qui réservent le contrôle de constitutionnalité des lois à une juridiction constitutionnelle spécialement créée à cet effet, l'interprétation des droits fondamentaux n'y est pas pour autant l'apanage de la Cour constitutionnelle. Sur le fondement de l'article 159 de la Constitution (pour les normes réglementaires) ou de l'arrêt *Le Ski* (pour les normes législatives et infralégislatives), les autres juridictions exercent par voie incidente un contrôle du respect de ces droits. Il y a plus : s'agissant des normes réglementaires, la section du contentieux administratif du Conseil d'État est investie d'un tel contrôle par voie d'action, celle du recours pour excès de pouvoir. La Cour constitutionnelle n'est donc « qu'un rouage parmi beaucoup d'autres dans la mécanique de l'État de droit et seule une perception moniste de l'ordonnement juridique permettrait d'y reconnaître un juge suprême placé au sommet de la pyramide institutionnelle, à l'instar des éphores spartiates et des nomophylakes athéniens »²⁷. C'est tant mieux. Certes, cette « division du travail » est de nature à générer des divergences d'interprétation entre la juridiction constitutionnelle et les autres juridictions internes, mais ces tensions sont inhérentes au modèle concentré, en Belgique et ailleurs²⁸. Elles sont le prix à payer pour une protection des droits fondamentaux qui, plutôt que d'être monopolisée par quelques juges, soit débattue dans d'autres prétoires, dans une logique de circularité et dans un esprit de dialogue constructif et de confiance mutuelle. La responsabilité sociale des juges est une responsabilité collective qui met ces derniers dans la position de partenaires, et non de concurrents²⁹. Ceci nous amène à notre troisième constat.

3 Un dialogue fâcheusement compromis

Au sein d'un monde juridique où la production du droit repose sur des exigences renouvelées — un monde où la multiplication et la dissémination des sources du droit appellent autant de circularité que de linéarité dans la résolution des problèmes —, l'indispensable collabora-

tion entre les ordres juridictionnels impose, non seulement que personne ne s'immisce indûment dans les affaires intérieures des autres, mais en outre que chacun s'attache à favoriser une convergence maximale des différentes jurisprudences. Malheureusement, on doit bien constater qu'à la tête des trois hautes juridictions de l'État, quelques errements stratégiques génèrent de regrettables frictions. Certains de ces comportements sont imputables à la juridiction même qui a rendu l'arrêt *Le Ski*. Le cinquantenaire de cet arrêt nous offre ici l'occasion de rappeler deux exigences majeures et, au-delà de celles-ci, de dresser un bilan mitigé sur les rapports entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle.

A. Respecter l'obligation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle en cas de concours de droits fondamentaux

En droit belge, le contrôle des normes législatives — lois, décrets et ordonnances — au regard des droits fondamentaux s'opère donc tant par la Cour constitutionnelle, au regard des droits garantis par le titre II de la Constitution, que, en vertu de la jurisprudence *Le Ski*, par les cours et tribunaux, au regard des normes internationales ayant effet direct. La coexistence de ces deux contrôles, un contrôle de constitutionnalité centralisé et un contrôle de conventionnalité décentralisé, se heurte à un écueil dans une situation particulière, qualifiée de « concours de droits fondamentaux » : une partie invoque devant une juridiction la violation, par une norme à valeur législative, d'un droit garanti de manière au moins partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution et par une disposition de droit international. Comment doit réagir la juridiction dans une telle situation ? Doit-elle s'en remettre aux juges constitutionnels par la voie préjudicielle ? Doit-elle plutôt, en se fondant sur l'arrêt *Le Ski*, se prononcer directement, elle-même, sur la violation alléguée ? En ajoutant un paragraphe 4 à l'article 26 de la LSCC en 2009³⁰, le législateur spécial a entendu résoudre le dilemme : la juridiction est tenue de poser en priorité une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, avant d'exercer, s'il échet, le contrôle de conventionnalité que lui confie la jurisprudence *Le Ski*³¹. Cette obligation n'est toutefois pas absolue : quatre exceptions à la priorité du contrôle de constitutionnalité sont prévues³². Parmi celles-ci, se trouve l'hypothèse dans laquelle la juridiction estime que la « disposition du titre II de la Constitution n'est manifestement pas violée » (clause dite « de l'acte clair »)³³.

L'article 26, § 4, de la LSCC a été décrit comme un compromis entre hautes juridictions³⁴, qui vise à atténuer « un risque réel d'aboutir à des décisions contradictoires concernant la conformité d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance au même droit fondamental »³⁵. Cependant, un compromis n'aboutit à un résultat satisfaisant que si l'ensemble des parties en jouent le jeu : il s'agit pour les juridictions d'appliquer les exceptions à l'obligation de poser une question préjudicielle avec bonne foi et loyauté³⁶. Or, c'est ici que le bât blesse. Depuis 2009, qui marque l'entrée en vigueur de l'article 26, § 4, de la LSCC, la Cour de cassation, confrontée à un concours de droits fondamentaux, n'a posé de question préjudicielle à la Cour constitutionnelle qu'à deux reprises³⁷ et le Conseil d'État, à six reprises³⁸. Les exceptions à l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle semblent, en quelque sorte, être devenues la règle.

Plus encore, l'écrasante majorité des arrêts par lesquels, en cas de concours de droits fondamentaux, les deux hautes juridictions écartent

(26) B. DEJEMPE et F. OST, « Faut-il conserver la Cour de cassation ? », in *Liber amicorum Michel Mahieu*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 75.

(27) F. RIGAUX, « Un savant face au pouvoir : Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964) », in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Naples, Editoriale Scientifica, 2004, p. 2293.

(28) L. GARLICKI, « Constitutional Courts versus Supreme Courts », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, vol. 5, p. 63.

(29) M. VERDUSSEN, « Interactions normatives et jurisprudentielles dans la protection des droits fondamentaux en Belgique : subsidiarité et

circularité », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Dixièmes Journées du Pôle européen Jean Monnet, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 507.

(30) Loi spéciale de 12 juillet 2009 modifiant l'article 26 de la LSCC, M.B., 31 juillet 2009.

(31) LSCC, article 26, § 4, alinéa 1^{er}.

(32) LSCC, article 26, § 4, alinéa 2.

(33) LSCC, article 26, § 4, alinéa 2, 2^o.

(34) *Doc. parl.*, Sénat, 2007-2008, n° 4-12/4, not. p. 6. Voy. T. MOONEN, « Concours de droit fondamentaux ou concours de juridictions ? Evaluation de la loi spéciale de 2009 »,

R.B.D.C., 2011, p. 112 ; 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, p. 388.

(35) *Doc. parl.*, Sénat, sess. extraord. 2007, n° 4-12/1, p. 2.

(36) J. VELAERS, « Artikel 26, § 4, van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof... », *op. cit.*, p. 400.

(37) *Cass.*, 27 mai 2013, www.juridat.be ; *Cass.*, 24 septembre 2020, www.juridat.be. À noter que la Cour de cassation a été amenée à examiner explicitement l'application de l'article 26, § 4, de la LSCC dans (au moins) 15 arrêts de-

puis 2009.

(38) C.E., 15 juin 2017, *Katholieke Universiteit Leuven c. A.-S. N.*, n° 238.531 ; C.E., 15 juin 2017, *Katholieke Universiteit Leuven c. A.-S. N.*, n° 238.532 ; C.E., 15 juin 2017, *Vrije Universiteit Brussel c. S.M.*, n° 238.537 ; C.E., 15 juin 2017, *Vrije Universiteit Brussel c. S.M.*, n° 238.538 ; C.E., 1^{er} avril 2019, *XXX c. État belge*, n° 244.091 ; C.E., 16 janvier 2020, *Bertollo c. Commune de Gerpinnes et Région wallonne*, n° 246.689. Le Conseil d'État a examiné explicitement l'article 26, § 4, de la LSCC dans (au moins) 28 arrêts depuis 2009.

l'obligation de poser une question préjudicielle se fondent sur l'article 26, § 4, alinéa 2, 2^o, de la LSCC et concluent que la disposition de la Constitution en cause « n'est manifestement pas violée »³⁹. Mais comment définir une non-violation « manifeste » de la Constitution ? La LSCC ne donne pas de définition de cette épithète, pas plus que ne le définissent les juridictions belges. La question est primordiale : jusqu'où les juges peuvent-ils étendre le concept pour écarter l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle ? La frontière entre le manifeste et le non-manifeste est, de façon évidente, passablement floue. La notion étant relative, les juges bénéficient d'une large marge d'appréciation dans son application⁴⁰. De surcroît, à la différence des exceptions visées à l'article 26, § 4, alinéa 2, 3^o et 4^o, de la LSCC, le constat de non-violation manifeste ne doit pas ici se fonder sur un arrêt précédant d'une juridiction constitutionnelle, européenne ou internationale : le contrôle exercé par les hautes juridictions est « autonome », en ce sens que constater la non-violation manifeste de la Constitution suppose « l'examen d'une nouvelle question, inédite, de constitutionnalité »⁴¹. Alors que l'objectif du législateur spécial en adoptant l'article 26, § 4, de la LSCC était de sortir d'un dilemme par un renforcement du rôle de la Cour constitutionnelle⁴², les deux autres hautes juridictions ne poussent-elles pas leur examen de constitutionnalité trop loin, au point de franchir la « ligne rouge » ?

L'interrogation est légitime. Nous formulons ici un constat.

La plupart des arrêts qui concluent à la non-violation manifeste de la Constitution se fondent sur des concepts malléables. Ainsi, le Conseil d'État n'hésite pas à se référer à la notion délicate, et sujette à nombreuses discussions, des « catégories comparables » dans le cadre du principe d'égalité et de non-discrimination⁴³. La Cour de cassation, quant à elle, s'est basée, dès son arrêt du 29 novembre 2011⁴⁴, sur le critère de « précision suffisante » de la loi dans le cadre du principe de légalité en matière pénale. Dans un raisonnement qu'elle a réitéré par la suite⁴⁵, la Cour a d'abord rappelé les exigences — que nous devinons constitutionnelles et européennes, mais la Cour n'y fait pas référence — de prévisibilité, clarté et précision de la loi pénale⁴⁶, avant de procéder à leur application à la loi pénale en cause pour conclure à la non-violation manifeste de la Constitution⁴⁷. Sans se référer explicitement à une quelconque jurisprudence, la Cour de cassation s'est reconnu le droit d'interpréter de façon autonome l'exigence de « précision suffisante », notamment à la lumière de la genèse de la loi pénale⁴⁸, sur plus de deux pages de raisonnement afin de conclure à la non-violation manifeste de la Constitution. Dans d'autres arrêts⁴⁹, la Cour s'est basée sur le critère de « prévisibilité raisonnable » de la loi pénale. Toujours sans aucune référence jurisprudentielle, elle a énoncé que « le fait qu'un juge dispose d'un certain pouvoir d'appréciation au moment de préciser la disposition pénale n'est pas, en soi, contradictoire avec cette exigence de prévisibilité raisonnable »⁵⁰, concluant alors à la non-violation manifeste de la Constitution. Il est préoccupant de voir la Cour de cassation manipuler des concepts à interprétation si variable pour conclure au caractère « manifeste » d'une absence de violation, alors même que ses décisions ne peuvent pas faire l'objet d'un recours en droit interne⁵¹. La malléabilité de ces concepts ne de-

vrait-elle pas suffire à exclure le caractère manifeste de toute violation ou absence de violation de la Constitution⁵² ?

Particulièrement dans son examen du principe de légalité en matière pénale, la Cour de cassation rappelle fréquemment qu'afin de déterminer si la condition de prévisibilité raisonnable est remplie, il y a « lieu de tenir compte (...) de l'interprétation de la disposition pénale à la lumière des objectifs du législateur et de la genèse de la loi »⁵³. On peut questionner le caractère manifeste d'une non-violation dont l'examen requiert du juge d'interpréter, d'une façon ou d'une autre, un texte à la lumière des travaux préparatoires. Cet examen de constitutionnalité se distingue d'ailleurs à peine, voire pas du tout, de celui auquel se prête parfois la Cour constitutionnelle elle-même lorsqu'elle est saisie d'une question de constitutionnalité. Ainsi, dans un arrêt du 29 mai 2018, la Cour de cassation se base entièrement sur les travaux préparatoires de l'article 43quater, § 4, du Code pénal pour déterminer que cette disposition est une « application particulière de l'article 42, § 1^{er}, du Code pénal, qui prévoit la confiscation obligatoire de l'instrument de l'infraction. (...) [C]ette confiscation porte sur tout bien dont dispose l'organisation criminelle pour exercer ses activités, sans préjudice des droits de tiers de bonne foi »⁵⁴. Sur cette base, la Cour de cassation conclut alors que « la disposition légale précitée est, à l'évidence, suffisamment précise (...) et qu'elle ne viole manifestement pas les articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution, 7, § 1^{er}, de la Convention et 15, du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] »⁵⁵. Dans ses arrêts n^o 116/2005 du 30 juin 2005 et n^o 62/2010 du 27 mai 2010, par exemple, la Cour constitutionnelle raisonne exactement de la même façon, dans des formulations à peine plus extensives. Elle commence par un rappel du principe de légalité en matière pénale, suivi d'un détour par les travaux préparatoires de la disposition en cause, pour enfin conclure au caractère suffisamment précis de cette dernière et à la non-violation du principe de légalité⁵⁶. Si la Cour constitutionnelle elle-même ne qualifie pas une non-violation de la Constitution de « manifeste » lors d'un examen de constitutionnalité qui suppose un détour par les travaux préparatoires, on peut se demander si la Cour de cassation ne joue pas là sur un terrain glissant pour une application loyale de la clause de l'acte clair, et si elle ne devrait pas laisser d'office ce genre d'appréciation à la Cour constitutionnelle.

Une autre tentation guette la Cour de cassation. Puisse-t-elle éviter d'y succomber. Considérer que la clause de l'acte clair permet à la Cour de cassation de ne pas saisir la Cour constitutionnelle dès qu'il existe une interprétation conforme possible de la norme contestée reviendrait à exiger qu'elle ne saisisse la Cour que si elle est convaincue de l'inconstitutionnalité de cette norme, ce dont il n'a jamais été question dans l'esprit du législateur spécial. Si la vigilance s'impose, c'est parce qu'un raisonnement tel que ceux évoqués ci-dessus — qui, rappelons-le, amènent la Cour de cassation à manipuler des concepts malléables et à étudier la genèse de la loi et ses travaux préparatoires lors d'un contrôle qui ne doit relever que de l'ordre du manifeste — laisse inévitablement la porte ouverte à une recherche d'interprétation conforme permettant, là encore, de ne pas saisir la Cour constitutionnelle.

(39) Il est question de onze arrêts de la Cour de cassation sur les 15 (au moins) par lesquels elle examine explicitement l'application de l'article 26, § 4, de la LSCC. Quant au Conseil d'État, il est question de quatorze arrêts sur les 28 (au moins) par lesquels il examine explicitement l'application de l'article 26, § 4, de la LSCC.

(40) A. MAYENCE, « La théorie de l'acte éclairé comme exception à l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel en cas de concours de droits fondamentaux : quelle liberté pour le juge saisi du litige ? », *A.P.T.*, 2019, p. 505.

(41) G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? - Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Larcier, 2015,

p. 301.

(42) C. HOREVOETS, « Concours de droits fondamentaux et répartitions des compétences entre juridictions dans le contrôle de compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit., p. 108 ; T. MOONEN, op. cit., p. 112.

(43) C.E., 27 avril 2018, *Jules Van Geel c. S.W.E.*, n^o 241.342 ; C.E., 21 février 2020, *Région de Bruxelles-Capitale c. Chambre de recours régionale de la Région de Bruxelles-Capitale*, n^o 247.109 ; C.E., 13 octobre 2020, *Frank Bels c. Chambre des représentants de Belgique*, n^o 248.566 ; C.E., 15 décembre 2020, *Son Altesse Royale le Prince Laurent de Belgique c. Chambre des représentants de Belgique*, n^o 249.248.

(44) Cass., 29 novembre 2011, *Pas.*, 2011, p. 2628.

(45) Voy. not. Cass., 22 mai 2012, *Pas.*, 2012, p. 1135 ; Cass., 23 juin 2015, *www.juportal.be*.

(46) Cass., 29 novembre 2011, op. cit., § 117.

(47) *Ibidem*, §§ 118-123.

(48) Voy. *infra*.

(49) Voy. not. Cass., 15 janvier 2019, *Pas.*, 2019, p. 72.

(50) *Ibidem*, § 4. Voy. aussi Cass., 23 juin 2015, op. cit., § 13 ; Cass., 16 mai 2017, *A.P.T.*, 2017, p. 446, § 15.

(51) A. MAYENCE, op. cit., p. 506.

(52) Pour une remarque similaire à propos de C.E., 2 mai 2018, *a.s.b.l. Financement public du P.P.*, n^o 241.366, voy. A. MAYENCE, op. cit., p. 505.

(53) Cass., 29 novembre 2011, op. cit., § 117 ; Cass., 22 mai 2012, op. cit., § 12 ; Cass., 16 mai 2017, op. cit., § 16. Voy. aussi Cass., 29 mai 2018, *www.juportal.be*, §§ 161-162.

(54) Cass., 29 mai 2018, op. cit., § 162.

(55) *Ibidem*, § 163. Notons que,

comme le remarque G. ROSOUX, en concluant que tant les articles 12, alinéa 4, et 14 de la Constitution, que 7, § 1^{er}, de la Convention E.D.H. et 15 du Pacte ne sont pas violés, la Cour de cassation « exerce en réalité un contrôle des exigences conventionnelles de prévisibilité, clarté et précision de la loi pénale, pour conclure à une non-violation « manifeste » de la Constitution ; elle assimile dès lors complètement le principe de légalité contenu dans les dispositions constitutionnelles au principe de légalité contenu dans les dispositions conventionnelles. Cela revient à l'application de la méthode de l'ensemble indissociable selon elle » (G. ROSOUX, op. cit., p. 304).

(56) C. const., arrêt n^o 116/2005, 30 juin 2005, B.3.1-B.4.2 ; arrêt n^o 62/2010, 27 mai 2010, B.8.1-B.10.

B. Assurer une réception cohérente de la réponse de la Cour constitutionnelle

Une fois la Cour constitutionnelle saisie, deux scénarios peuvent se produire. Soit la Cour adresse une réponse positive à la juridiction de renvoi et, en vertu de l'article 28 de la LSCC, cette dernière, ainsi que toute autre juridiction appelée à statuer dans la même affaire, est tenue de se conformer à l'arrêt, en refusant d'appliquer la norme législative frappée d'inconstitutionnalité. Soit la Cour adresse une réponse négative à la juridiction de renvoi, qui conserve alors la possibilité d'exercer un contrôle de conventionnalité à l'égard de la norme législative déclarée constitutionnelle. Cela étant, si cette possibilité est fortement réduite par le recours systématique de la Cour à la méthode du tout indissociable⁵⁷, elle ne peut être exclue.

On en trouve une illustration dans un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 décembre 2014⁵⁸, à la suite d'un arrêt de réponse de la Cour constitutionnelle⁵⁹. Interrogée sur la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution d'une norme législative en matière de pensions⁶⁰, la Cour constitutionnelle avait conclu à la non-violation des dispositions constitutionnelles invoquées, combinées ou non avec certaines dispositions de la Convention E.D.H. et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Dans son arrêt du

15 décembre 2014, la Cour de cassation prit acte de cet arrêt. Pourtant, elle conclut ensuite, au terme d'une analyse détaillée, à la violation par la norme législative de l'article 14 de la Convention E.D.H. Au terme de l'affaire, les parties au litige se sont retrouvées face à deux arrêts rendus en dernier ressort par deux juges compétents qui, pour l'un, a conclu à la non-discrimination et, pour l'autre, à la discrimination. Une issue juridique « intellectuellement infructueuse »⁶¹ qui n'en est pas moins juridiquement correcte. Le mécanisme prioritaire de l'article 26, § 4, de la LSCC impose à la juridiction *a quo* de se conformer à la réponse de la Cour quant à la constitutionnalité de la norme, mais pas quant à sa conventionnalité⁶².

Toutefois, sur le plan des principes, on est en droit d'émettre des regrets quant à la dynamique sous-jacente à cet arrêt. En l'espèce, la Cour constitutionnelle avait cité de nombreuses sources juridiques pour fonder sa décision de constitutionnalité, tels des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et la Convention de l'Organisation internationale du travail n° 102 concernant la sécurité sociale⁶³. À l'inverse, la Cour de cassation ne procède à aucune référence comparable dans son arrêt du 15 décembre 2014, qui ne semble pas accorder une grande importance au droit international⁶⁴. Ce n'est donc pas tant la primauté d'une règle de droit international sur une règle de droit national en vertu la jurisprudence *Le Ski* dont elle fait application, mais

(57) Depuis l'arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004, la Cour constitutionnelle considère que lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles — situation qui, on l'a déjà mentionné, est qualifiée de « concours de droits fondamentaux » —, « les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un concours avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause », de telle sorte que lorsqu'est alléguée la viola-

tion d'une disposition constitutionnelle, « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (B.5.3 et B.5.4).

(58) Voy. Cass., 15 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1122. Sur cet arrêt, voy. les opinions partiellement contrastées de M. BOSSUYT, « La Cour de cassation cherche-t-elle à vider de son contenu l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle relatif au concours de droits fondamentaux ? », in *Les visages de*

l'Etat - Liber amicorum Yves Lejeune, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 163-173, et de C. BEHRENDT et

M. VRANCKEN, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination », *J.L.M.B.*, 2015, p. 1126-1137.

(59) C. const., arrêt n° 86/2014, 6 juin 2014.

(60) Il était question de l'article 9 de la loi du 5 juin 1970 modifiant certaines dispositions relatives aux régimes de pensions des travailleurs salariés, des ouvriers, des employés,

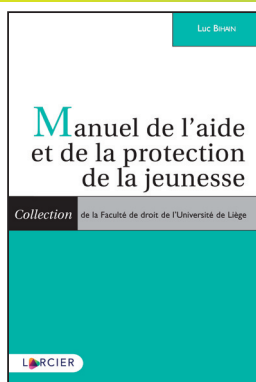
des ouvriers mineurs et des assurés libres et au revenu garanti aux personnes âgées, *M.B.*, 30 juin 1970, p. 6988.

(61) C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 1127.

(62) *Doc. parl.*, Sénat, 2013-2014, n° 5-2438/1, p. 6.

(63) C. const., arrêt n° 86/2014, *op. cit.*, B.4.2-B.8.2.

(64) M. BOSSUYT, *op. cit.*, p. 171 (l'auteur écrit que « la troisième chambre de la Cour de cassation prend tout cela un peu à la légère »).



MANUEL DE L'AIDE ET DE LA PROTECTION DE LA JEUNESSE

Luc Bihain

Un ouvrage consacré à l'enfant en droit : dans sa famille, ses libertés publiques, mariage de l'enfant mineur, avis de l'enfant à son adoption et possibilités de recours, enfant est-il un sujet de droit ou incapable ? Quand peut-il agir en justice ?...

> Collection de la Faculté de droit de l'Université de Liège
95,00 € • 296 p. • Édition 2021



QUAND LE PROTECTIONNEL ET LE CIVIL S'(EN)MÊLENT

Le nouvel article 7 de la loi du 8 avril 1965

Jean-Vincent Couck, Julie Dehoust, Jean-Marie Delcommune, Anne Jannone, Anne Maschietto, Géraldine Mathieu

Sous la coordination de : Florence Mouffe, Aline Quevit

L'ouvrage fait le point sur l'élargissement des compétences du Tribunal de la jeunesse, il analyse le nouvel article 7 de la loi du 8 avril 1965.

> Collection de la Conférence du Jeune Barreau du Brabant wallon

120 p. • 65,00 € • Édition 2021

LARCIER

www.larcier.com

orders@larcier.com
Lefebvre Sarrut Belgium SA

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 – Fax 0800/39 068



la priorité de son interprétation sur celle de la Cour constitutionnelle. L'arrêt de cette dernière semble ramené au statut de simple avis, susceptible d'être écarté s'il ne répond pas aux attentes du juge *a quo*⁶⁵. Or, pour des raisons de sécurité juridique et de préservation de l'effet utile des arrêts de la Cour constitutionnelle⁶⁶, on peut légitimement attendre de tous les juges, aussi éminents soient-ils, qu'ils fassent preuve de davantage de « modestie »⁶⁷ en cas de concours de droits fondamentaux et ne privilégient pas leur opinion à celle de la Cour constitutionnelle, au risque d'aboutir à des solutions bancales et d'ébrécher la crédibilité de la fonction de juger.

C. Un bilan globalement mitigé

Cette invitation à la modestie a une portée générale et vaut également pour la Cour constitutionnelle. Ainsi, la ratification future par la Belgique du Protocole n° 16 de la Convention E.D.H. posera, elle aussi, des questions d'articulation du mécanisme de priorité prévu à l'article 26, § 4, de la LSCC, et de sollicitation d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, compte tenu de l'obligation qu'ont les juges belges de statuer dans un délai raisonnable, il serait malvenu de la part de la Cour constitutionnelle de procéder à une lecture excessivement formaliste de l'article 26, § 4, de la LSCC qui conduirait à priver le Conseil d'État et la Cour de cassation du droit de solliciter un avis à Strasbourg simultanément au renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle.

À dire vrai, les raisons d'espérer et les motifs d'inquiétude concernant les rapports entre les hautes juridictions, spécialement entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation, se succèdent, au-delà même des situations examinées dans la présente contribution.

Rappelons-nous que, par un arrêt du 20 novembre 2014, la première chambre de la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence au sujet de la modulation par les juridictions *a quo* des effets des arrêts de la Cour constitutionnelle sur renvoi préjudiciel, revirement qui a pu à l'époque être considéré comme un « acte d'apaisement » et qui été confirmé en audience plénière le 5 novembre 2016⁶⁸.

En revanche, et plus récemment, la Cour de cassation a rendu le 14 avril 2021 un arrêt qui refuse de poser à la Cour constitutionnelle six questions préjudicielles dont le renvoi avait été sollicité par le demandeur, dans le cadre d'un pourvoi introduit contre des arrêts de la cour d'appel de Liège⁶⁹. Les six questions préjudicielles invoquaient une violation des articles 10 et 11 de la Constitution (droit à l'égalité et à la non-discrimination) combinés avec des dispositions tirées de la Constitution et, notamment, de la Convention E.D.H. Aucune des quatre exceptions de l'article 26, § 4, alinéa 2, de la LSCC n'était invocable, et certainement pas la clause de l'acte clair, à défaut d'analogie entre des droits reconnus par la Constitution et par la Convention E.D.H. : un droit fondamental qui se combine avec le droit à l'égalité et à la non-discrimination n'est pas un droit fondamental analogue au droit à l'égalité et à la non-discrimination⁷⁰. Les demandes de questions préjudicielles devaient donc être examinées sur la base de l'article 26, § 2, de la LSCC, qui ne permet pas à la Cour de cassation d'écarter la demande de renvoi sur la base d'une absence manifeste d'inconstitutionnalité. Cependant, en marge de la LSCC, la Cour de cassation s'est toujours autorisée à ne pas questionner la Cour constitutionnelle lorsqu'elle estime que la question sort des compétences de cette dernière. À notre sens, le procédé n'est admissible que si la Cour de cassation établit que l'incompétence est incontestable. Or, en l'espèce, sans même se référer à l'article 26 de la LSCC, cette dernière a écarté les demandes de renvoi, non seulement de manière expéditive, mais, surtout, alors même que l'incompétence des juges constitutionnels n'était absolument pas évidente. Dès lors qu'il y a un doute, que ce soit sur la localisation ou le fondement de l'inconstitutionnalité alléguée, ce doute ne peut être dissipé que par la Cour constitutionnelle.

Deux mois plus tôt, le 24 février 2021, la Cour de cassation avait refusé de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la constitutionnalité de l'article 14ter des lois coordonnées sur le Conseil d'État — qui autorise ce dernier à maintenir les effets d'un arrêté réglementaire annulé — au regard des articles 12, alinéa 2, et 14 de la Constitution, sièges du principe de légalité en matière pénale. Dès le moment où la question était soulevée par le ministère public, l'avocat général ayant formellement suggéré le renvoi de la question, la Cour avait l'obligation d'agir en ce sens, par application ici encore de l'article 26, § 2, de la LSCC. En ne saisissant pas la Cour constitutionnelle, « la Cour de cassation a enfreint le mécanisme de contrôle de la constitutionnalité des lois prévu par la Constitution », comme l'a très justement souligné Marie-Françoise Rigaux dans un commentaire approfondi et érudit de l'arrêt⁷¹.

Ce ne sont là que deux exemples récents parmi d'autres. Ils sont préoccupants. En tirant sur la corde de l'article 26, § 4, de la LSCC, ou sur celle de l'article 26, § 2, la Cour de cassation ne prend-elle pas le risque de voir scier la branche sur laquelle elle s'est assise en 1971 ? Souvenons-nous que la détermination du juge chargé de contrôler le respect du droit international conventionnel par les législateurs relève de la seule responsabilité du constituant. Qui, un jour ou l'autre, devra bien se décider à ouvrir un débat sur ces questions fondamentales.

Anaïs BRUCHER

Aspirante UCLouvain-FSR

Chercheuse au Centre de recherche sur l'État et la Constitution

Marc VERDUSSEN

Professeur ordinaire à l'UCLouvain

Directeur du Centre de recherche sur l'État et la Constitution

(71) Cass., 24 février 2021, Rev. dr. pén. crim., 2021, p. 675, note M.-F. RIGAU, « Le maintien des effets

d'une disposition annulée par le Conseil d'État : une discutabile quelle des investitures ».



Journal
tribunaux

Made
in EU

Rédacteur en chef : Georges-Albert DAL.

Secrétaire général de la rédaction : François TULKENS.

Secrétaires de la rédaction : Benoît DEJEMPEPE et Jean-François VAN DROOGHENBROECK.

Chronique judiciaire : Bernard VAN REEPINGHEN, Jean-Pol MASSON et François MOTULSKY.

Comité de rédaction : Eric BALATE, Marie-Aude BEERNAERT, Thierry BONTINCK, Annik BOUCHÉ, Jean CATTARUZZA, Damien CHEVALIER, François COLLON, Marc DAL, Jérôme DE BROUWER, Bertrand DE CONINCK, Fernand DE VISSCHER, Florence GEORGE, François GLANSBORFF, Michèle GRÉGOIRE, Bénédicte INGHELS, Rafaël JAFFERALI, Guy KEUTGEN, Dominique LAGASSE, Jean-Sébastien LENAERTS, Antoine LEROY, Christine MATRAY, Jules MESSINNE, Zoé PLETINCKX, Florence REUSENS, Daniel STERCKX, Nicolas THIRION, Isabelle THOMAS et Cavit YURT.

Anciens rédacteurs en chef : Edmond PICARD (1881-1900), Léon HENNEBICQ (1901-1940), Charles VAN REEPINGHEN (1944-1966), Jean DAL (1966-1981), Roger O. DALCQ (1981-2004).

ADMINISTRATION : LARCIER

ABONNEMENT 2021 : 435 €

Le numéro : 40 €

Abonnement : Lefebvre Sarrut Belgium s.a.

Rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles

Tél. : (0800) 39.067 - Fax : (0800) 39.068

ou tél. : 32-(0)2 548.07.13 - Fax : 32-(0)2 548.07.14

E-mail : orders@larcier.com

http://www.larcier.com

Les envois destinés à la rédaction sont à adresser au rédacteur en chef par la voie informatique à l'adresse suivante : **redacteukenchef.jt@revues.larcier.be**

© Lefebvre Sarrut Belgium s.a. - Éditions Larcier

Tous droits de reproduction, sous quelque forme que ce soit, réservés pour tous pays. Les manuscrits ne sont pas rendus

Les auteurs cèdent à Lefebvre Sarrut Belgium, leurs droits intellectuels sur les textes publiés au « Journal des tribunaux ». Toute reproduction est dès lors interdite sans l'accord écrit de Lefebvre Sarrut Belgium

Éd. resp. : Paul-Étienne Pimont

Lefebvre Sarrut Belgium s.a. - Éditions Larcier

Éditeur : Lefebvre Sarrut Belgium s.a., Éditions Larcier, rue Haute, 139/6 - 1000 Bruxelles

(65) *Ibidem*, p. 167 et pp. 172-173.

(66) C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *op. cit.*, p. 1134.

(67) M. BOSSUYT, *op. cit.*, p. 170.

(68) Cass., 20 novembre 2014, R.C.J.B., 2016, p. 189, note M. VERDUSSEN, « Réception des arrêts préjudiciels : un acte d'apaisement de la Cour de cassation vers la Cour constitutionnelle ».

(69) Cass., 14 avril 2021, www.ju-portal.be.

(70) Il en est autrement si lorsque les articles 10 et 11 de la Constitution sont liés à des dispositions comme l'article 14 de la Convention E.D.H. ou l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les uns et les autres en commun d'interdire les discriminations.

