

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

PAR

Yves LEJEUNE*

RÉSUMÉ

Il revient à la Constitution, source et clef de voûte du droit applicable dans tout État, de fixer la place du droit international ou européen dans la hiérarchie des normes internes et d'autoriser d'éventuelles dérogations à certaines dispositions constitutionnelles. Pour expliquer les tendances contemporaines des Constitutions à faciliter le respect des obligations internationales ou « supranationales » des États, il n'est pas nécessaire de postuler l'unicité des ordres juridiques. La politique de ces États vise simplement à assurer la concordance de leurs engagements internationaux et européens avec leurs règles constitutionnelles ou, en ce qui concerne les États membres de l'Union européenne, à satisfaire aux exigences croissantes du processus d'intégration dans lequel ils se sont engagés.

En Belgique, la primauté du droit international conventionnel et du droit de l'Union européenne sur le droit interne est présentée par la Cour de cassation comme un principe général du droit fondé sur le respect de la parole donnée. Malgré la jurisprudence, la logique juridique ne permet toutefois pas de considérer que cette prééminence puisse s'imposer aussi à la Constitution en vertu d'un principe général du droit constitutionnel. En revanche, la possibilité que le droit de l'Union, tant primaire que dérivé, puisse déroger à la Constitution belge est implicitement admise par l'article 34 de celle-ci. Non seulement l'habilitation conférée par cet article a-t-elle constitutionnalisé l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés aux institutions européennes ; mais elle a également permis au législateur fédéral d'admettre, en donnant son assentiment aux traités constitutifs, l'effet interne du principe du droit de l'Union selon lequel ce dernier — qu'il soit primaire ou dérivé — doit prévaloir dans l'ordre interne. La reconnaissance de cette primauté grâce à l'article 34 consacre en réalité la compatibilité de principe de l'ensemble du droit de l'Union avec la Constitution, tout en lui permettant

* Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain (UCL), professeur invité à l'Université de Pau et des pays de l'Adour.



d'y déroger ou d'en arrêter les effets en cas de besoin. Le droit dérivé semble en outre échapper ainsi au contrôle de constitutionnalité.

Toute inconstitutionnalité peut-elle être couverte de la sorte, ou y a-t-il des principes constitutionnels fondamentaux que le droit de l'Union européenne ne peut enfreindre dans l'ordre interne ? La jurisprudence belge ne permet pas de répondre actuellement à cette question essentielle.

Lorsqu'une règle de droit interne en contradiction avec une règle de droit international ou européen (1) est de valeur *constitutionnelle*, pareille antinomie ne peut se résoudre par la reconnaissance de la primauté de l'une sur l'autre sans postuler auparavant soit l'unité, soit la diversité des systèmes normatifs auxquelles les règles contradictoires appartiennent. Il est donc nécessaire de rappeler en quoi les conceptions doctrinales relatives aux rapports de systèmes juridiques ont une incidence décisive sur la perception de la place de la Constitution relativement au droit international public et au droit de l'Union européenne (I). Dans un second temps, on s'attachera à établir le rang attribué, dans l'ordre interne de la Belgique, au droit international conventionnel et au droit de l'Union européenne par rapport à la Constitution (II).

I. — LES RAPPORTS ENTRE ORDRES JURIDIQUES PRIMAIRES

Il n'est guère possible de reprendre ici la discussion du concept d'ordre juridique. Nous ne nous attarderons donc pas à la question de savoir si les normes juridiques produites par les organes d'une collectivité locale, par les associations sportives et leurs fédérations internationales ou même par une bande de voleurs peuvent être considérées comme formant un ordre juridique. Nous nous limiterons aux ensembles normatifs produits, individuellement ou collectivement, par les États (A), aux conceptions doctrinales relatives à leurs rapports (B à D) et à la manière de surmonter l'éventuelle incompatibilité entre une règle de droit international ou européen et une règle de droit interne au sein même de l'ordre juridique d'un État (E).

A. — *La pluralité des ordres juridiques originaires*

Si chaque État dispose incontestablement de son ordre juridique propre, c'est qu'il possède le *pouvoir initial* de commander, de contraindre et de juger sur son territoire, sans devoir détenir à cet effet une habilitation quelconque. Ce pouvoir originaire est dit « souverain ». L'État ne le tient que de lui-même :

(1) Par souci de brièveté, nous utiliserons de temps à autre l'expression « droit européen » pour désigner le droit de l'Union européenne, en ce compris l'ancien « droit communautaire », mais à l'exclusion de la Convention européenne des droits de l'homme et des autres traités du Conseil de l'Europe.

il commande « en vertu de son propre droit », il a « la compétence de la compétence ». L'État exprime sa souveraineté *interne* par l'établissement d'un ensemble cohérent de règles s'appliquant à ses nationaux et à tous ceux qui circulent sur son territoire : son ordre juridique.

Sur le plan *international*, la souveraineté se définit comme la non-soumission à une autorité supérieure. Elle garantit, au moins formellement, l'indépendance complète de chaque État par rapport aux autres États. Elle est la formalisation juridique de cette indépendance et se traduit par la *liberté initiale* que se reconnaissent mutuellement les États (2) comme élément de leur statut juridique au sein de la communauté internationale qu'ils ont façonnée à la mesure exclusive de leurs besoins propres. C'est la coexistence d'États indépendants les uns des autres qui a donné naissance à l'ordre juridique international, c'est-à-dire à des règles de conduite communes sauvegardant la *souveraineté internationale* de chacun d'entre eux dans les limites « légales » qu'ils se sont imposées.

Il s'ensuit que le droit international public et chaque droit national sont des ordres juridiques originaires, distincts et organisés différemment. Il y a pluralité d'ordres juridiques (3). Il ne s'ensuit pas nécessairement que ces ordres juridiques soient cloisonnés et étanches. C'est là l'ambiguïté que recèle l'emploi du terme « dualisme » pour désigner les ensembles différents que forment les ordres juridiques internes, d'une part, et les règles de droit international, d'autre part.

À partir de ce constat en droit, deux écoles de pensée se sont développées, l'une dite dualiste, l'autre moniste. Pour les présenter, nous prendrons appui sur la récente synthèse de notre collègue C. Behrendt (4), non sans y apporter d'importants aménagements.

B. — *Les conceptions dualistes*

Les partisans du dualisme le plus strict considèrent que la nature des relations juridiques entre États est foncièrement différente de celle que revêtent les rapports juridiques entre particuliers. Le droit étatique et le droit international devraient donc être totalement cloisonnés et étanches. Ceci n'exclut pas que les États puissent être obligés de mettre en œuvre dans leur ordre

(2) J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, 9^e éd., Paris, Montchrestien, 2010, pp. 236 et 255-256.

(3) Ce constat est parfois assimilé à celui du pluralisme juridique (voir H. DUMONT, « La Constitution : la sources des sources, tantôt renforcée, tantôt débordée », in *Les sources du droit revisitées*, Bruxelles, Fac. univ. Saint-Louis, 2012, vol. 4 : Théorie des sources du droit, pp. 101 et s., ici pp. 146-152. Au vrai, la théorie pluraliste ne distingue pas les ordres juridiques *originaires* d'autres ordres juridiques qui n'existeraient pas sans la permission expresse ou tacite des premiers.

(4) C. BEHRENDT, « Les notions de monisme et dualisme », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, pp. 867-879 ; *Introduction à la théorie générale de l'État. Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 453-465.

interne des traités ou des coutumes internationales, mais ces normes n'y seront pas reçues, introduites, insérées ou incorporées : elles seront *transformées* en règles de droit interne reproduisant le contenu du traité ou de la coutume, dotées de la sorte d'une existence autonome par la volonté des États intéressés. Sans cette transformation, jamais les particuliers ne pourraient jouir des droits qu'un traité dit « directement applicable » devrait théoriquement leur conférer lui-même (5).

En réalité, tous les États pratiquent un dualisme *atténué*. Ils introduisent les traités qu'ils concluent dans leur ordre juridique, de sorte que ceux-ci font partie des règles de droit en vigueur dans l'État tout en conservant leur nature internationale. Les États autorisent généralement aussi leurs juges à faire application de règles du droit international coutumier sans que soit exigée une réception formelle.

Selon la doctrine dualiste, normes internationales et normes internes sont valables dans leurs systèmes juridiques respectifs, même si elles sont contradictoires. En ce cas le droit interne reste parfaitement valide, mais son application engage la responsabilité internationale de l'État. Il est vrai que, dans un État qui pratique le dualisme atténué, des règles de droit international font aussi partie de l'ordre interne et peuvent, pour cette raison, y entrer en conflit avec des normes purement internes. Toutefois, en fixant le rang des règles internationales dans la hiérarchie des normes en vigueur en son sein, l'État peut à la fois prévenir ou résoudre le conflit et exclure sa responsabilité internationale.

C. — *Les deux conceptions du monisme*

La doctrine moniste ne peut manquer d'admettre que le droit international et chaque droit interne constituent des systèmes différents, mais elle soutient que ces ensembles sont tous intégrés dans un corps unique de règles, en d'autres mots : qu'ils forment des sous-ensembles d'un seul ordre juridique, rassemblés dans une seule pyramide des normes.

Dans la théorie moniste, la coexistence des règles internationales et des règles internes au sein d'un même ordre juridique soulève un problème de cohérence normative qui doit être résolu par la hiérarchisation de ces règles. Il convient de déterminer si ce sont les normes internationales ou les normes internes qui en occupent le sommet. L'existence d'une éventuelle responsabilité internationale de l'État en cas de non-respect de ses engagements

(5) Le concept d'applicabilité directe ou d'effet direct présuppose en effet la perméabilité des ordres juridiques internes vis-à-vis de l'ordre juridique international. Il n'a de sens, toutefois, qu'en raison de la pluralité des ordres juridiques primaires et de la différenciation du droit international et des droits internes. — Les expressions « applicabilité directe » et « effet direct » sont tenues ici pour équivalentes, tout comme les qualifications « directement applicable » et « [ayant/doté d'] effet direct ».

internationaux dépend alors logiquement de la validité de ces derniers au regard de la hiérarchie normative mondiale.

Il ne faut toutefois pas se méprendre sur le sens de l'expression « ordre juridique unique ». Le monisme comporte en effet deux écoles, selon qu'il accorde la primauté aux règles internationales ou aux règles internes. Ce n'est que dans le monisme à *primauté du droit international* que le système juridique est véritablement conçu comme unique. Pour parler à la manière de H. Kelsen, c'est « un ordre juridique total qui délègue les ordres juridiques étatiques, qui leur est supérieur et qui les comprend tous comme des ordres juridiques partiels » (6) ; ceux-ci sont donc perçus comme autant de sous-systèmes dérivés du droit international et subordonnés à lui. L'unité de l'ordre juridique doit bénéficier aux règles internationales, lesquelles doivent primer les règles nationales. En revanche, dans le monisme à *primauté du droit interne*, il y a autant d'ordres « uniques » intégrant le droit international qu'il y a de systèmes juridiques nationaux. Dans cette conception, les normes internationales doivent s'effacer devant les règles internes dans la mesure exigée par le rang que chaque État leur assigne souverainement.

D. — *L'incompatibilité de ces doctrines avec le droit positif*

Dans leur essence, tant le monisme que le dualisme nous paraissent contraires au droit positif. Le *dualisme pur*, tout d'abord, parce que le droit positif ne consacre pas la simple juxtaposition des ordres internes et de l'ordre international : il arrive fréquemment que le droit des gens prenne en considération le droit interne ou renvoie certaines questions à celui-ci. En outre, l'obligation qu'ont les États de respecter leurs engagements internationaux et la responsabilité qu'ils encourent s'ils ne les respectent pas sont incompatibles avec toute exigence de « vie interne autonome » de traités prétendument transposés en règles nationales. L'*interdépendance* des deux ordres, qui ne peuvent fonctionner l'un sans l'autre, est une donnée juridique incontestable (7).

En bonne logique, le *monisme à primauté du droit interne* en vient à nier le droit international puisque, selon lui, « il existe autant de droits internationaux que d'États, c'est-à-dire en réalité plus de droit international du tout » (8). Cette théorie ne tient donc pas compte de ce que le droit international positif rejette catégoriquement la possibilité qu'un traité ne soit pas respecté en raison de sa contrariété au droit interne (9).

(6) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 2^e éd., 1962, pp. 435-436.

(7) J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 185, citant M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre le droit international et le droit interne », in *Mélanges H. Rolin*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

(8) J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 183.

(9) Art. 27 des Conventions de Vienne sur le droit des traités.

Enfin, le *monisme à primauté du droit international* repose, lui aussi, sur un postulat incompatible avec le droit positif : l'hypothèse selon laquelle le droit interne dériverait du droit international, de sorte que l'existence de tout État et de sa Constitution, les compétences de tout État ainsi que la validité de l'ensemble de son droit interne dépendraient du droit international. Or, le fondement du caractère obligatoire des normes édictées par un État ne réside pas dans l'ordre juridique international ou dans un sous-ordre international particulier comme celui de l'Union européenne. Toute analyse contraire implique une remise en cause du principe fondamental de souveraineté des États sur lequel est construit le droit étatique⁽¹⁰⁾. Pareille théorie méconnaît aussi le caractère « étranger », c'est-à-dire distinct, de l'ordre juridique de chaque autre État.

Dans la réalité juridique, le droit international et les droits internes sont autonomes mais en interaction. Les États déterminent librement le rang qu'ils attribuent aux règles de droit international dans leur ordre juridique ; la règle étatique contraire à une norme internationale intégrée au droit interne n'est annulable ou non applicable par les tribunaux nationaux que si ces derniers sont constitutionnellement investis de ce pouvoir ; et la règle interne qui fait obstacle à l'application de la norme internationale provoque un fait internationalement illicite qui engage la responsabilité de l'État dans l'ordre international.

E. — *Le « monisme pratique » comme politique constitutionnelle*

Une Constitution étatique est tout à la fois le fondement et la mesure du droit applicable dans l'État, parce qu'elle est l'expression de la volonté souveraine de l'État d'établir son statut politique et juridique comme il l'entend. Cette volonté s'est initialement exprimée au nom du Souverain de cet État – de nos jours : le peuple de l'État, c'est-à-dire la collectivité nationale ou le peuple –. Chaque droit constitutionnel est ainsi l'expression d'un pouvoir qui trouve sa source dans chaque peuple qui s'est constitué en État.

Dans chaque ordre juridique national, il appartient à la Constitution de déterminer comment y introduire des normes internationales et comment fixer le rang de celles-ci dans la hiérarchie des normes. Le fondement des règles qui régissent les rapports de primauté ou de compatibilité entre les normes internes et le droit international ou le droit de l'Union européenne, est « nécessairement ancré dans la Constitution »⁽¹¹⁾. « Dans l'ordre interne, et si l'on raisonne en termes de hiérarchie des normes juridiques, la Constitution ne peut avoir qu'une place supérieure aux traités. En effet, il résulte, du fait

(10) Voir *supra*, A.

(11) B. MATHIEU, « Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *R.F.D.C.*, 2007, p. 675.

même que la Constitution est un acte qui est l'œuvre du pouvoir souverain au sein d'un État souverain, que la place des traités dans la hiérarchie des normes est fixée par la Constitution elle-même» (12).

La pratique contemporaine montre une nette tendance, dans de nombreux États, à la *constitutionnalisation* d'une approche « moniste » des relations entre le droit international et le droit interne. Cette politique de promotion constitutionnelle de la primauté du droit international dans les ordres internes ne constitue en aucun cas la négation de l'autonomie de l'un et des autres. Elle manifeste simplement un souci de cohérence de l'activité normative des autorités publiques dans les sphères interne et internationale. Elle veut aussi mieux assurer la concordance des engagements internationaux des États et leurs obligations constitutionnelles. Elle tend à éviter, autant que possible, que l'État puisse être internationalement lié par un traité contraire à sa Constitution.

En Europe, la constitutionnalisation de cette politique répond en outre à un besoin continu d'adaptation institutionnelle découlant de la participation d'États de plus en plus nombreux au mouvement progressif d'intégration des membres de la Communauté, puis de l'Union européenne. L'Union présente des spécificités que les Constitutions des États membres soulignent elles-mêmes (13). Les rapports de l'ordre juridique de l'Union avec le droit national reflètent de plus en plus ces spécificités et sont peu à peu aménagés de manière à permettre à chaque État membre de respecter sans peine les engagements européens qu'il a pris envers ses congénères.

Pareille politique peut être qualifiée de « monisme pratique » (14) : elle se traduit par la reconnaissance constitutionnelle de la primauté du droit international ou européen, débouchant quelquefois même sur des autorisations de déroger à diverses dispositions de la Constitution. En ce dernier cas, le traité est élevé au rang constitutionnel, en tout ou en partie. Le développement de telles solutions en droit interne peut s'opérer selon la procédure prévue par la Constitution ou résulter en fait de l'évolution de la jurisprudence, comme en Belgique.

Si « monisme » il y a, ce ne peut donc être que « dans l'ordre *infra*-constitutionnel » (15). Il ne saurait appartenir à des juges nationaux, qui tirent leur légitimité de la Constitution de leur État, d'avaliser l'application de n'im-

(12) B. MATHIEU, étude précitée, p. 686.

(13) Voir notamment les Constitutions française et espagnole, la Loi fondamentale allemande... Pour sa part, la Constitution belge permet à l'État d'attribuer « l'exercice de pouvoirs déterminés », émanant de la Nation souveraine, à des « institutions de droit international public » (Const., art. 34), lesquelles peuvent imposer des « obligations supranationales » dont les autorités fédérales doivent « garantir le respect », fût-ce en se substituant temporairement aux autorités fédérées compétentes (Const., art. 169).

(14) J. COMBACAU et S. SUR, *op. cit.*, p. 184.

(15) B. MATHIEU, *loc. cit.*

porte quelle règle internationale ou « supranationale » (16) inconstitutionnelle au seul motif que cette règle serait d'effet direct dans l'ordre interne (17). Il paraît indispensable que le Constituant lui-même définisse non seulement une conception de principe, mais surtout la mesure exacte dans laquelle la primauté qu'il reconnaît au droit international et, en particulier, au droit de l'Union européenne leur accorde une valeur constitutionnelle dérogatoire ou doit au contraire s'effacer devant le caractère fondamental de certaines dispositions de la Constitution pour l'État et son ordre juridique.

II. — LES RAPPORTS NORMATIFS ENTRE LA CONSTITUTION BELGE ET LE DROIT INTERNATIONAL OU EUROPÉEN

Cette intervention du Constituant s'est déjà réalisée en Belgique, de manière incomplète mais provisoirement suffisante, en ce qui concerne les adaptations constitutionnelles requises par la création et l'évolution continue de l'Union européenne et peut-être aussi en ce qui concerne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, par entraînement. En revanche, c'est de la jurisprudence « Le Ski » que résulte l'affirmation de la primauté générale du droit international conventionnel ayant des effets directs dans l'ordre interne sur les normes de droit national.

Pour la clarté de l'exposé, on étudiera successivement l'affirmation prétorienne de la primauté sur le droit belge tout entier, en ce compris la Constitution (A) ; puis le fondement juridique que l'on a pu prêter à cette supériorité (B) ; enfin, les exigences constitutionnelles que l'on a lues dans l'article 34 de la Constitution à propos du droit de l'Union européenne, tant primaire (C) que dérivé (D). C'est un bilan nuancé qui pourra être établi au terme de notre examen (E).

A. — *La primauté jurisprudentielle du droit international conventionnel et du droit de l'Union européenne*

C'est par la voie jurisprudentielle que la Belgique a consacré en 1971 la primauté du droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique

(16) On rappelle que la Constitution belge qualifie ainsi les obligations de la Belgique qui découlent du droit de l'Union européenne (Const., art. 8, al. 3, art. 77, al. 1^{er}, 7^o et art. 169).

(17) C'est ce que soutient la jurisprudence de la Cour de cassation belge (voir *infra*, section II, A). La condition d'applicabilité directe a vraisemblablement été posée en raison de l'objet subjectif des contestations qui sont du ressort des tribunaux en Belgique (Const., art. 144 et 145). Au contentieux objectif, cette condition n'est pas requise ; il suffit que la règle de droit international ou européen reçue dans l'ordre interne prescrive à l'autorité publique un comportement suffisamment précis et non assorti de conditions pour qu'elle puisse être invoquée devant les juridictions nationales en vue de faire contrôler la conformité du droit interne à son égard. Voir sur ce thème Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2010, n^{os} 134 à 136, pp. 99 à 101.

interne. Cette solution, faut-il le rappeler ?, résulte de l'arrêt *Le Ski*, arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971 sur les conclusions conformes de son procureur général (18). Le lecteur averti voudra bien nous excuser de reproduire ici le passage essentiel de l'arrêt :

« Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la norme établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ; attendu qu'il en est *a fortiori* ainsi lorsque le conflit existe (...) entre une norme de droit interne et une norme communautaire ; qu'en effet les traités qui ont créé le droit communautaire ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que ces traités déterminent ».

En droit belge, l'arrêt de la Cour accorde ainsi la primauté aux traités qui sont internationalement en vigueur à l'égard de la Belgique, s'ils ont force obligatoire dans l'ordre interne et y sont directement applicables. La même prééminence est reconnue *a fortiori* au droit de l'Union européenne, du moins lorsque ce dernier a des effets directs, c'est-à-dire lorsqu'il « engendre dans le chef des justiciables des droits individuels que les juridictions nationales doivent sauvegarder ».

La motivation de l'arrêt *Le Ski* ne vise pas seulement la loi, mais toute « norme de droit interne » contraire à une norme de droit international ayant effet direct. La généralité de cette formulation a pu donner à penser que la Cour de cassation aurait recouru à la même motivation si elle avait eu à confronter une disposition *constitutionnelle* « à une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne ». Pourtant, nous ne croyons pas que les termes utilisés en 1971 par la Cour de cassation puissent être interprétés comme visant aussi la solution du conflit entre la Constitution et les traités sans que l'on ne commette par le fait même un anachronisme. En effet, l'absence de tout contrôle de constitutionnalité des lois en Belgique à l'époque du prononcé de l'arrêt rendait alors purement théorique et pratiquement inutile en droit belge le contrôle de conformité de la Constitution au droit international.

Depuis lors, l'incidence croissante du droit international ou européen sur le droit interne a multiplié les occasions de contradiction, restées longtemps marginales, avec la Constitution elle-même. Or la Cour de cassation a réaffirmé dans de nombreux arrêts la règle selon laquelle « une norme de droit international conventionnel ayant des effets directs dans l'ordre juridique

(18) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 886, concl. W.J. Ganshof van der Meersch.

interne doit prévaloir sur la règle de droit interne»(19), «la primauté sur les dispositions du droit national des dispositions du droit international ayant un effet direct»(20) et même, sans limiter cette prééminence aux dispositions qui sont considérées comme ayant un effet direct : «la primauté, sur le droit interne, de la règle de droit international issue d'un traité ratifié par la Belgique»(21) ou «la primauté du droit communautaire sur toutes les normes nationales»(22). Il résulte indubitablement de la permanence des expressions utilisées – «la règle de droit interne», «le droit interne», «les dispositions du droit national», «toutes les normes nationales» — qu'elles englobent la Constitution parmi les règles soumises à cette primauté.

La Cour l'a confirmé laconiquement par trois arrêts, rendus le 9 et le 16 novembre 2004, qui jugent que «la Convention européenne de sauvegarde des droits et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, prime la Constitution»(23) et, plus généralement, que «le traité ayant un effet direct [en droit interne] prime la Constitution»(24). Ces affirmations n'ont toutefois pas conduit la haute juridiction à écarter l'application d'une disposition constitutionnelle, mais à constater que cette dernière ne posait pas «plus d'exigences» que la disposition du traité garantissant le même droit fondamental et qu'il

(19) Cass., 26 septembre 1978, *Pas.*, 1979, I, 126. Voir aussi Cass., 14 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, 538 et *A.C.*, 1976, 547, concl. F. Dumon; Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, 920, concl. J. Velu; Cass., 13 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 65; Cass., 20 janvier 1989, *Pas.*, 1989, I, 545; Cass., 10 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, 948, concl. J.-M. Piret; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, 654; Cass., 1^{er} avril 1993, *Pas.*, 1993, I, 348; Cass., 14 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, 368; Cass., 5 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, 1048; Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, 2000, I, n° 593, p. 1663.

(20) Cass., 21 décembre 2009, *Union de l'Europe occidentale c. S.*, *J.L.M.B.*, 2010, p. 405; *Pas.*, 2009, n° 773, p. 3143, concl. J.-M. Genicot.

(21) Cass., 10 juin 2009, *Pas.*, 2009, n° 392, p. 1486, concl. D. Vandermeersch; *J.T.*, 2009, p. 431, concl. D. Vandermeersch. – Cass., 10 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 94, p. 428; Cass., 10 février 2010, *Pas.*, 2010, n° 96, p. 438, concl. D. Vandermeersch. Toutefois, comme l'observent C. BEHRENDT et F. BOUHON, la règle que la Cour de cassation vise dans ces espèces est l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme; or cette disposition est *d'effet direct* «dans l'interprétation suivant laquelle le droit au procès équitable implique une motivation» de tout jugement et, en particulier, du verdict d'une cour d'assises (*Introduction à la théorie de l'État. Manuel*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 471, note 1702).

(22) Cass., 4 avril 2008, *J.T.*, 2008, p. 641, note J. KIRKPATRICK; *R.C.J.B.*, 2009, pp. 248-284, note J. ÉTIENNE.

(23) Cass., 9 novembre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745; *J.T.*, 2004, p. 856; *C.D.P.K.*, 2005, p. 597; *T.B.P.*, 2005, p. 43, note F. MEERSCHAUT; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 789, note M.-F. RIGAUD; *NjW*, 2005, p. 796, note E. BREMS; *J.D.S.C.*, 2006, p. 185, note M. DELVAUX; *R.B.D.C.*, 2005, p. 533, note B. GORS; *R.C.J.B.*, 2007, p. 31, note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU (pp. 42-90).

(24) Cass., 16 novembre 2004 (deux arrêts), *Pas.*, 2004, pp. 1795 et 1802, concl. P. Duinslaeger; *C.D.P.K.*, 2005, p. 610, note A. VANDAELE; *R.A.B.G.*, 2005, p. 504, concl. P. Duinslaeger, note F. SCHUERMANS; *R.W.*, 2005-2006, p. 387, note P. POPELIER; *NjW*, 2005, p. 587, note E. BREWAEYS; *Rev. dr. pén.*, 2005, p. 665, note C. DE VALKENEER; *T. Strafr.*, 2005, p. 285, note R. VERSTRAETEN et S. De DECKER; *R.C.J.B.*, 2007, p. 36, note J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU (pp. 42-90).

n'était dès lors pas nécessaire de poser une question préjudicielle de constitutionnalité à la Cour d'arbitrage (25) (26).

L'arrêt *Le Ski* affirme donc la supériorité naturelle du droit international conventionnel sur tout le droit interne. Toutefois, le procureur général W. J. Ganshof van der Meersch a tenu à relever dans ses conclusions précédant l'arrêt que la Constitution ne s'opposait pas à cette primauté (27), ce qui revenait à admettre que le conflit à résoudre se situait dans l'ordre juridique belge dont la Constitution est la source et la clé de voûte. Il convient dès lors de s'interroger sur le fondement juridique véritable de la solution retenue et sur le statut de la Constitution par rapport à celle-ci.

B. — *Le fondement juridique : du respect de la parole donnée
au principe général du droit constitutionnel*

On connaît les difficultés interprétatives qu'a suscitées la fameuse formule de l'arrêt *Le Ski* : « la prééminence de la norme établie par le traité qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne résulte de la nature même du droit international conventionnel ». Dans un arrêt rendu le 13 septembre 1984, la Cour de cassation a voulu dissiper l'ambiguïté : elle y déclare que, si la règle du traité doit prévaloir, c'est que « la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel, *et non pas de la Constitution* » (28).

À notre sens, le fondement ultime de la doctrine professée par la Cour de cassation n'est ni la nature prétendument supérieure du droit international, ni la nature unitaire du système juridique global, même si les conclusions du procureur général W. J. Ganshof van der Meersch et sa mercuriale de 1968 (29) – qui développent ces arguments – ont puissamment contribué à

(25) Ancienne dénomination de la Cour constitutionnelle. Cette jurisprudence a incité quelque temps après le législateur spécial à *exiger* de toute juridiction qu'elle pose à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle de constitutionnalité avant de statuer elle-même sur la violation d'un droit fondamental « garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition de droit européen ou de droit international » (article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, inséré par la loi spéciale du 12 juillet 2009).

(26) En 1996, la Cour de cassation avait examiné et rejeté comme étant sans pertinence l'allégation d'une « antinomie » entre, d'une part, les articles 7 de la Convention européenne des droits de l'homme et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et, d'autre part, les dispositions constitutionnelles régissant la responsabilité pénale des ministres avant la révision du 5 mai 1993 (art. 90 et 134), au motif que « le conflit [était] exclu dans le cas où le ministre était poursuivi et condamné sur la base de la responsabilité pénale de droit commun » (Cass. [ch. réunies], 12 février 1996, *Inusop et autres*, *Pas.*, 1996, I, 193 ; *J.T.*, 1996, p. 281 ; *Rev. dr. pén.*, p. 704, note H.-D. BOSLY ; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1080, note F. PERIN).

(27) *Pas.*, 1971, I, pp. 898 et 900. Voir P. DE VISSCHER, « Cours général de droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, t. 136, 1972-II, pp. 1- 202, ici p. 42 en note 59.

(28) Cass., 13 septembre 1984, précité.

(29) « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, pp. 485-496.

convaincre la Cour d'affirmer la primauté « naturelle » du droit international (30). Ce fondement réside plutôt, semble-t-il, dans la nature proprement conventionnelle de la règle internationale visée. C'est la nature conventionnelle du traité, c'est-à-dire la propension « à consacrer le respect dû aux engagements souscrits, comme en droit privé » (31), qui peut seule expliquer et justifier la position de la Cour de cassation en matière de conflits entre droit interne et droit international. Le regretté professeur Cyr Cambier relevait déjà une manifestation vieille de près d'un siècle, de cette tendance de la Cour de cassation à faire prévaloir le *respect de la parole donnée*, spécialement lorsque celle-ci confère un droit à autrui, sur la volonté unilatérale de l'État. Il s'agit d'un arrêt rendu par la Cour le 5 mars 1917 (32) ; elle y fait primer le respect d'obligations convenues par l'État envers la Compagnie du chemin de fer de Braine-le-Comte à Gand sur une loi postérieure soumettant les sociétés par actions au paiement de taxes sur les revenus.

Dans cette interprétation, la prééminence du droit international conventionnel paraît être autant, sinon davantage, une expression jurisprudentielle du principe de bonne foi ou d'une règle de droit naturel que la conséquence d'une idéologie moniste. C'est peut-être pour estomper ce jusnaturalisme sous-jacent que la Cour préfère affirmer de nos jours que cette primauté est un « principe général du droit ». Dès 1978, elle qualifie « principe de droit » la règle selon laquelle « une norme de droit international conventionnel ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne doit prévaloir sur la règle de droit interne » (33). Des arrêts rendus en 1994 et en 2000 fondent également la primauté sur un « principe général du droit » (34). Un arrêt plus récent, rendu le 21 décembre 2009, déclare lui aussi que la « primauté des dispositions du droit international ayant effet direct sur [celles] de droit national » est un principe général du droit (35). Par ailleurs, un arrêt antérieur du 4 avril 2008 énonce que « l'obligation du juge belge de faire prévaloir la norme communautaire sur la norme nationale et d'écarter celle-ci lorsqu'elle est contraire au droit communautaire découle du principe de primauté du droit communautaire

(30) Voir à cet égard J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 109 et s., ici pp. 120 et s. ; L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261-266, ici n°s 13 à 16, pp. 264 et 265.

(31) C. CAMBIER, *Droit administratif. Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 1968, p. 275, note 1. Dans ce passage de son œuvre, l'auteur présente « le respect dû aux engagements souscrits » comme une « expression typique » de l'applicabilité de principe du droit privé aux contrats administratifs régis par le droit belge.

(32) Cass., 5 mars 1917, *Pas.*, I, 118.

(33) Cass., 26 septembre 1978, précité. Comme le relève L. FRANÇOIS, « le lien entre le 'principe' et la 'nature du droit international conventionnel' est explicitement affirmé » dans cet arrêt (étude précitée, *J.T.*, 2005, note 10, p. 262).

(34) Cass., 5 décembre 1994, précité ; Cass., 3 novembre 2000, précité.

(35) Cass., 21 décembre 2009, précité.

sur toutes les normes nationales» et que cette dernière règle est également un principe général du droit (36).

Les principes généraux évoqués par la Cour, à supposer qu'ils existent, énoncent d'abord et avant tout une règle précisant le rang de ces règles internationales ou européennes dans la hiérarchie des normes internes. Ce n'est que si une telle règle – non écrite – de droit constitutionnel belge existe qu'il pourrait en « découler » une autre règle non écrite : l'obligation de refuser l'application de toute norme nationale ou, à tout le moins, de toute règle de valeur *infra*-constitutionnelle contraire au droit international ou européen (directement applicable).

Il convient certes de se réjouir de l'affirmation d'un fondement de droit positif à la prééminence ainsi reconnue au droit de l'Union européenne et au droit international conventionnel ayant effet direct en droit belge. L'affirmation doit cependant être vérifiée au regard de la définition même d'un principe général : de quelles règles particulières ces principes pourraient-ils être la généralisation ou la systématisation ? La seule réponse qui nous paraît possible, eu égard au silence de la Constitution belge, est qu'ils généralisent le principe du respect des engagements pris par l'État – ou, de manière plus large, des règles qui s'imposent à lui, quelle qu'en soient la nature et le statut –. Ils sont l'expression d'un principe plus général encore : celui de la bonne foi, c'est-à-dire de la loyauté dans la conclusion et l'exécution des actes juridiques (37).

Les principes ainsi énoncés, induits de l'esprit d'une multitude de règles exigeant le respect de la parole donnée par l'État, ne sont manifestement pas généralisés à partir de normes constitutionnelles. Ils sont pourtant *matériellement* constitutionnels de par leur objet : régir les rapports entre les normes de droit belge et le droit international ou le droit de l'Union européenne dans l'ordre interne (38). C'est du moins le point de vue exprimé dès avril 2000

(36) Cass., 4 avril 2008, précité.

(37) Autre chose serait de présenter – à tort – le principe énoncé par l'arrêt *Le Ski* comme une expression particulière d'un principe plus général à valeur constitutionnelle, généralisant la règle de l'article 159 de la Constitution, qui imposerait à tout juge de laisser inappliquée toute règle de droit contraire à une règle supérieure, quelle qu'elle soit. Voir en faveur de cette généralisation : Cass., 8 avril 2003, *Pas.*, 2003, n° 233, p. 761 ; F. DUMON, note sous Cass., 26 mars 1980, *Pas.*, 1980, I, 915-916 (cité dans l'avis des chambres réunies de la section de législation du Conseil d'État, donné le 25 avril 2000, sur le projet devenu la loi spéciale du 9 mars 2003, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-897/1, pp. 18 et s., ici p. 21). Le dernier avatar de ce « principe plus général » est le « principe général du droit de valeur constitutionnelle de la légalité et de la hiérarchie des normes », qu'a invoqué la Cour de cassation pour refuser d'appliquer des dispositions décrétales contraires à la loi spéciale du 8 août 1980 (Cass., 11 avril 2011, *Gérardrie Immo c. Ville de Liège, A.P.T.*, 2012, p. 27, concl. Th. Werquin, note M. NIHOUL ; voir aussi S. FEYEN, « Het Hof van Cassatie en het Grondwettelijk Hof op weg naar een nieuw conflict ? », *R.W.*, 2011-2012, pp. 1358-1381). Or la question préalable est précisément de savoir si, dans la hiérarchie des normes en vigueur en Belgique, le droit international conventionnel directement applicable peut être considéré comme « supérieur » à la Constitution, et si la loi spéciale peut être considérée comme « supérieure » à la loi ou au décret ordinaires. Cette question-là n'est pas résolue par la simple invocation du « principe général de la hiérarchie des normes ».

(38) Voir *supra*, section I, E.

par la section de législation du Conseil d'État (39), point de vue que reflète aujourd'hui la doctrine majoritaire (40). Ces principes revêtent même nécessairement une *valeur* constitutionnelle (41), puisque seule la Constitution, en tant que règle étatique suprême, est en mesure de déterminer la place des règles de droit international – en ce compris le droit de l'Union européenne – dans la hiérarchie des normes internes (42) après que ces règles y aient été introduites conformément aux règles constitutionnelles (43). Pour la même raison, il n'appartient qu'à la Constitution d'élever ces règles internationales, ou certaines d'entre elles, au rang constitutionnel et d'habiliter les juges à écarter l'application de quelque autre règle que ce soit, fût-elle formellement constitutionnelle (44).

Que la règle non écrite de primauté du droit international conventionnel directement applicable soit de droit constitutionnel n'implique pas automatiquement que tous les traités ayant effet direct dans l'ordre interne soient tenus pour supérieurs à la Constitution elle-même. Il est certain qu'ils prennent place à un rang supérieur aux normes législatives, mais l'emportent-ils sur la Constitution ? Au vrai, on n'aperçoit pas comment une telle extension du principe du respect des engagements de l'État pourrait exister à l'état latent dans le droit constitutionnel belge sans heurter de front la Constitution alors que, par définition même, un principe généralisé à partir de règles qui font partie d'un système juridique ne peut être contraire à ce système, en particulier aux règles que sa Constitution lui fixe. Si la prééminence du droit international conventionnel directement applicable et du droit de l'Union européenne *sur la Constitution* est aujourd'hui une règle de droit positif en Belgique, elle ne saurait résulter d'un principe général du droit belge, mais de la volonté des juges. À cet égard, la jurisprudence « Le Ski » doit être qualifiée de purement prétorienne (45).

(39) Voir l'avis de la section de législation du Conseil d'État (chambres réunies), du 25 avril 2000, sur le projet devenu la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage: *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-897/1, pp. 18 et s., ici p. 21, point 2.3.

(40) Voir par ex. la déclaration de J. VANDE LANOTTE, vice-premier ministre, lors de la discussion générale de la proposition d'insertion d'un article 32bis dans la Constitution et du projet de loi spéciale devenu la loi spéciale du 9 mars 2003: rapport BARBEAUX, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2002-2003, n° 2-897/6, p. 186; A. ALÉN et J. CLEMENT, « De hiërarchie der rechtsnormen », *Cahier Themis* n° 36, « Staatsrecht », Bruges, la Chartre, 2006, p. 10, n° 10.

(41) Sur la distinction entre les principes de droit constitutionnel *matériel* et les principes généraux de *valeur* constitutionnelle, voir Y. LEJEUNE, *op. cit.*, n°s 104 et 105, pp. 80 et 81.

(42) Voir *supra*, section I, E.

(43) En l'occurrence, l'article 77, 3° et l'article 167, §§ 2, 3 et 4, de la Constitution belge.

(44) « Tout juge agit dans le cadre d'un ordre juridique dont les règles s'imposent à lui. Il ne saurait reconnaître la primauté à des normes issues d'un autre ordre à moins d'être habilité à le faire par son propre ordre juridique » (J.-P. JACQUÉ, « Droit constitutionnel national, Droit communautaire, CEDH, Charte des Nations Unies. L'instabilité des rapports de système entre ordres juridiques », *R.F.D.C.*, 2007, pp. 3-37, ici p. 8).

(45) En ce sens: L. FRANÇOIS, étude précitée, *J.T.*, 2005, p. 264, n° 12.

La question de la primauté du droit international se pose en termes partiellement différents pour le droit de l'Union européenne. En effet, la création d'une « communauté », puis d'une « union » d'États s'est nécessairement accompagnée de l'apparition d'un ordre juridique spécifique formulant les exigences du vivre-ensemble au sein de ce groupement. La règle de primauté du droit de l'Union dans l'ordre juridique belge pourrait donc consister en un principe du droit de l'Union directement applicable dans l'ordre interne. Certes, c'est là une question qui relève « naturellement » de la souveraineté de chaque État membre, mais il faut probablement admettre qu'il existe un principe du droit de l'Union européenne directement applicable dans l'ordre interne, lequel fait obligation aux juges nationaux de ne pas appliquer les règles nationales lorsqu'elles sont contraires au droit de l'Union (46).

Un tel principe devrait nécessairement se voir assigner un rang constitutionnel dans chaque État membre afin de permettre que le droit de l'Union puisse primer non seulement les dispositions législatives et réglementaires nationales, mais aussi les dispositions du droit constitutionnel qui lui seraient contraires, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice (47). Il est donc compréhensible que l'arrêt rendu par la Cour de cassation belge le 4 avril 2008 ait étendu l'application du « principe général de primauté du droit de l'Union » à l'égard de « toutes les normes nationales » (48).

Que la règle de primauté du droit de l'Union sur la Constitution puisse ou non être considérée comme conforme aux traités constitutifs dans l'ordre juridique que ceux-ci ont fondé, il est difficile d'admettre qu'elle puisse être appliquée dans l'ordre juridique national, puisque l'acceptation d'un tel principe par un État membre impliquerait que celui-ci aurait admis initialement, en concluant le traité dont découle le principe, que le droit de l'Union européenne ne serait pas assujéti au respect de la Constitution : un tel traité serait évidemment inconstitutionnel, sauf si et dans la mesure où la Constitution elle-même en avait admis expressément la conclusion. Logiquement, un principe du droit constitutionnel, aussi général soit-il, ne saurait permettre la violation de la Constitution écrite.

C. — *La consécration de la conformité du droit primaire de l'Union européenne à la Constitution*

L'affirmation de l'existence des principes constitutionnels de primauté soit du droit international conventionnel directement applicable dans l'ordre

(46) En ce sens : J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2001, pp. 309-310 ; Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 105, n° 142.

(47) C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, *Rec.*, p. 1125, § 3 ; 2 juillet 1996, *Commission c. Luxembourg*, C-473/93, *Rec.*, p. I-3207 et *J.T.*, 1997, p. 44, § 38.

(48) Arrêt précité, *J.T.*, 2008, p. 641, note J. KIRKPATRICK ; *R.C.J.B.*, 2009, pp. 248-284, note J. ÉTIENNE.

interne, soit du droit de l'Union européenne, ne semble donc pas satisfaisante, à tout le moins dans la mesure où cette large primauté est supposée s'exercer aux dépens de la Constitution. Néanmoins, un autre fondement constitutionnel peut lui être donné plus heureusement lorsqu'elle a trait au statut du droit de l'Union en Belgique (49) : la Constitution écrite elle-même. En vertu de l'article 34 de celle-ci, « l'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public » comme celles dont est dotée l'Union européenne. Cette disposition a été inscrite en 1970 dans la Constitution afin de lever toute ambiguïté concernant la constitutionnalité du transfert de l'exercice de pouvoirs de législation, de réglementation, de juridiction et de contrainte réalisés auparavant par les traités instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) au bénéfice des institutions européennes. Les compétences déterminées (50) dont la Constitution autorise ainsi le transfert de l'exercice sont au nombre de celles qui, de nos jours, sont confiées par la même Constitution ou en vertu de celle-ci aux organes de l'État, des Communautés ou des Régions. Ce transfert implique donc une dérogation aux règles constitutionnelles et légales qui attribuent l'exercice des diverses fonctions étatiques aux autorités publiques belges. Les institutions de l'Union européenne qui en bénéficient sont le Parlement européen, le Conseil européen, le Conseil, la Commission européenne, la Cour de justice, la Banque centrale européenne et la Cour des comptes (51).

Il est permis de croire que l'habilitation donnée par l'article 34 de la Constitution s'applique à d'autres institutions de droit international public que celles de l'Union européenne, telles la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour pénale internationale. Dans ces deux hypothèses, l'État a transféré l'exercice d'un pouvoir de juridiction à des institutions internationales créées par un traité multilatéral : la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (52) ou le

(49) Il ne semble pas possible, pour les raisons exposées plus haut, de reconnaître de manière générale en droit interne la prééminence de toute norme de droit international conventionnel sur la Constitution, même quand cette norme est censée avoir effet direct en droit national. En revanche, si l'on admet que certaines règles *coutumières* internationales ont effet direct dans l'ordre interne, celles-ci devraient jouir de la même primauté *infra-constitutionnelle* que les dispositions directement applicables des traités.

(50) Ce qui implique qu'elles soient suffisamment précisées par le traité (avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur le projet de loi d'assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, puis sur le projet de loi portant assentiment au Traité de Lisbonne, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 528, § 4 ; sess. 2007-2008, n° 4-568/1, p. 339, § 7).

(51) Cette énumération des institutions de l'Union est donnée par l'article 13 du Traité sur l'Union européenne.

(52) Voir les articles 19 et suivants de la Convention de Rome du 4 novembre 1950, modifiés par les protocoles n° 11 et 14.

Statut de Rome de la Cour pénale internationale(53). La Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie d'une requête par toute personne qui se prétend victime d'une violation par la Belgique des droits reconnus dans la Convention éponyme ou dans ses protocoles ; la Cour pénale internationale peut poursuivre et condamner tout individu qui aurait commis en Belgique des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, le crime de génocide ou le crime d'agression ou tout Belge qui aurait commis ces crimes dans un autre État partie au Statut.

L'interrogation fondamentale que suscite l'article 34 est de savoir si cette habilitation est susceptible de couvrir aussi les dispositions de ces traités qui vont au-delà de l'attribution de l'exercice de pouvoirs à ces institutions et portent atteinte de la sorte à d'autres dispositions constitutionnelles que celles auxquelles l'article 34 permet explicitement de déroger – c'est-à-dire à des règles substantielles inscrites dans la Constitution –. Selon la section de législation du Conseil d'État, de telles dérogations ne peuvent être considérées comme « étant admises » par l'article 34 et appellent donc une révision préalable de la Constitution(54). À défaut, la Cour constitutionnelle, qui contrôle la constitutionnalité des traités via le contrôle des lois les introduisant dans l'ordre interne, pourrait annuler partiellement ces lois ou les déclarer en partie inconstitutionnelles chaque fois que le traité contiendrait pareilles dérogations(55), lui ôtant ainsi rétroactivement sa force obligatoire dans l'ordre interne(56).

C'est la véritable raison pour laquelle le législateur spécial a, le 9 mars 2003, retiré à la Cour constitutionnelle la compétence de statuer à titre *préjudiciel* sur les lois, les décrets et les ordonnances bruxelloises par lesquels « un traité constituant de l'Union européenne (...) (57) reçoit l'assentiment »(58). Les traités de cette sorte échappent depuis lors à « toute (...) compétence en la

(53) Voir le Statut fait à Rome le 17 juillet 1998, en vigueur le 1^{er} juillet 2002, amendé par les résolutions du 11 juin 2010 en ce qui concerne son article 8 et ses articles *8bis*, *15bis* et *15ter*.

(54) Voir les avis de la section de législation du Conseil d'État sur le projet de loi d'assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, sur le projet de loi portant assentiment au Traité de Lisbonne et sur le projet de loi portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1091/1, n° 6, p. 529, § 6 ; sess. 2007-2008, n° 4-568/1, n° 9, p. 340, § 9 ; sess. 1999-2000, n° 2-329/1, p. 95.

(55) À la condition que le contrôle des inconstitutionnalités soupçonnées relève de la compétence de la Cour constitutionnelle. Le contrôle de la Cour, d'abord limité à la répartition des compétences législatives, a été étendu au respect des principes d'égalité et de non-discrimination, notamment dans le domaine de l'enseignement ; depuis 2003, il porte sur l'ensemble des dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux (loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 1^{er} et 26, § 1^{er}).

(56) À défaut de cet assentiment, tout traité est dépourvu de force obligatoire dans l'ordre interne et les tribunaux ne peuvent l'appliquer (Cass., 25 novembre 1955, *Pas.*, 1956, I, 285, concl. F. Dumon ; Cass., 12 mars 2001, *Ligue des États arabes*, *Pas.*, 2001, p. 398 ; *A.P.*, 2001, p. 61, concl. J.-F. Leclercq ; *J.T.*, 2001, p. 610, note E. DAVID ; *R.C.J.B.*, 2002, p. 377, note J. VERHOEVEN).

(57) Ainsi que, pour d'autres motifs, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et les protocoles additionnels à cette Convention (voir *infra*, note 62).

(58) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, art. 26, § 1^{erbis}.

matière d'une instance juridictionnelle quelconque» (59), à l'exception du droit de statuer sur un recours en annulation, lui-même limité par la brièveté du délai de saisine de la Cour (60). Il s'agit avant tout de circonscrire le contrôle de constitutionnalité de la Cour de manière à ne pas exposer ces traités au risque d'être potentiellement inapplicables dans l'ordre interne alors qu'ils sont internationalement en vigueur à l'égard de la Belgique (61).

Selon H. Dumont, en enlevant de la sorte à la Cour le pouvoir de contester la primauté de ces traités, « tout s'est passé comme si le législateur spécial, quand bien même il n'avait pas le droit d'en décider, avait voulu que les traités en question priment la Constitution » (62). Comme la formule utilisée le laisse entendre, ce n'est là qu'une apparence. L'exposé des motifs explique en effet que les juridictions « sont tenues d'appliquer les traités en question puisque leur primauté a été établie de façon constitutionnelle » (63). Cette déclaration montre que, dans l'esprit des auteurs du projet de loi, il était impossible de mettre en cause la constitutionnalité de tels traités soit en raison de l'état du droit constitutionnel belge, soit parce qu'une règle légale conforme à la Constitution l'interdisait. Il faut sans doute supposer qu'à leur yeux, l'article 34 de la Constitution suffisait à assurer la constitutionnalité des traités relatifs aux Communautés et à l'Union européennes (64). Autrement dit :

(59) Cour d'arbitrage, n° 3/2004 du 14 janvier 2004, B.3.

(60) Le délai est réduit à soixante jours lorsque le recours tend à l'annulation de l'acte d'assentiment à un traité (L.S. 6 janvier 1989, art. 3, § 2) ; il est de six mois pour les autres actes législatifs.

(61) Le régime de faveur réservé aux traités sur l'Union européenne et à la Convention européenne des droits de l'homme devant le juge constitutionnel requérait une justification objective et proportionnée au but poursuivi, afin de pouvoir résister au contrôle de non-discrimination. Or, il n'est pas contestable que la question préjudicielle de constitutionnalité, parce qu'elle procure la possibilité de contester un traité sans restriction dans le temps, « nuit à la sécurité juridique et à la stabilité des relations internationales » conventionnelles, quelles qu'elles soient (exposé des motifs du projet du projet devenu la loi spéciale du 9 mars 2003 : *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-897/1, p. 8). C'est pourquoi les auteurs du projet ont mis en exergue l'existence de juridictions internationales spécifiques, chargées de veiller au respect de l'application uniforme de la Convention européenne et des traités constitutifs de l'Union. À la suite d'un constat d'inconstitutionnalité des lois d'assentiment à l'un ou l'autre de ces traités, la Cour de Luxembourg ou celle de Strasbourg auraient pu condamner ultérieurement l'inapplicabilité de ces traités en Belgique au nom du respect que celle-ci devait à ses engagements européens. Malgré le caractère aléatoire d'une telle hypothèse, le risque d'une condamnation internationale de l'État pouvait donc paraître plus probable que dans le cadre des relations conventionnelles habituelles entre États et justifier ainsi une telle différence entre traités quant à leur contrôle de constitutionnalité. Voir sur ce thème Th. BOMBOIS, « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes* (A. Rasson-Roland, D. Renders et M. Verdussen, dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 129-195, ici pp. 180-188.

(62) H. DUMONT, « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle », in *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 477-500, ici p. 488. Voir aussi Th. BOMBOIS, étude précitée, in *La Cour d'arbitrage, vingt ans après*, pp. 175-177.

(63) Exposé des motifs du projet du projet devenu la loi spéciale du 9 mars 2003 : *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2000-2001, n° 2-897/1, p. 8 *in fine*.

(64) L'exposé des motifs invoquait le même argument à propos de la Convention européenne des droits de l'homme. Il semble que le gouvernement de l'époque entendait se référer au projet d'ar-

l'article 34 contenait l'habilitation constitutionnelle en vertu de laquelle le législateur belge avait pu, en donnant son assentiment à ces traités, admettre la règle non écrite de la primauté du droit communautaire (65) et exiger que l'État respecte les obligations résultant de son engagement européen.

Le régime particulier de contrôle juridictionnel établi par le législateur spécial pour les actes d'assentiment aux traités sur l'Union européenne ne saurait donc énerver le postulat de prééminence de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Il peut, au contraire, être invoqué au soutien de la thèse de l'ancrage de la primauté des traités européens dans la Constitution. Cependant, la reconnaissance constitutionnelle de cette primauté irait bien au-delà de ce que les avis de la section de législation du Conseil d'État avaient admis à propos du Traité établissant une Constitution pour l'Europe et du Traité de Lisbonne : elle impliquerait la consécration de la conformité de l'ensemble du droit primaire de l'Union européenne à la Constitution, même si certaines dispositions des traités constitutifs peuvent paraître difficilement compatibles avec d'autres dispositions constitutionnelles (66). « En quelque sorte, les traités communautaires [auraient], par l'effet de cette disposition, une valeur au moins égale à la Constitution en tant que *lex specialis* par rapport à cette dernière » (67).

La thèse selon laquelle la supériorité du droit primaire sur la Constitution aurait été implicitement admise par le Constituant lui-même peut également prendre appui sur la jurisprudence de la section du contentieux du Conseil d'État. Dans ses arrêts *Goosse* et *Orfinger* du 5 novembre 1996, celle-ci a jugé que « l'article 34 de la Constitution [, qui] permet que l'exercice de pouvoirs déterminés soit attribué par un traité (...) à des institutions de droit international public (...), fournit un fondement constitutionnel aux mécanismes institutionnels que [le Traité de Rome du 25 mars 1957] a instaurés notamment en vue d'assurer son interprétation uniforme dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne ; (...) du point de vue constitutionnel belge, l'autorité de l'interprétation donnée au Traité de Rome par la Cour de justice

ticle 32bis de la Constitution, depuis lors abandonné, qui aurait constitutionnalisé la protection des droits fondamentaux reconnus par la Convention.

(65) Comp. C. Const. allemande, 8 avril 1987, *BVerfGE*, vol. 75, pp. 223 et s., ici p. 244 ; *C.M.L.R.*, 1988, p. 1 (trad. anglaise).

(66) De manière plus ambiguë, J.-V. Louis estime qu'en accordant la primauté au droit de l'Union européenne sur toute règle de droit interne, fût-ce la Constitution, le juge belge « ne se rebelle pas contre son ordre national. Il se conforme à son *mandat communautaire* qui découle de la participation de l'État à la Communauté européenne » (« La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, pp. 23-28, ici p. 26 - italiques ajoutées).

(67) M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé », *R.B.D.C.*, 1998, pp. 3-45, ici p. 13. *Contra* : Th. BOMBOIS, étude précitée, in *La Cour d'arbitrage, vingt ans après*, pp. 142 et 143.

repose sur l'article 34 de la Constitution, quand bien même cette interprétation aboutirait à arrêter les effets d'une partie (...) de la Constitution» (68).

L'article 34 de la Constitution « ne détermine nullement les pouvoirs qui peuvent être attribués, et ne les limite donc nullement » (69) ; il permet ainsi au Conseil d'État de justifier la conformité à la Constitution de l'interprétation donnée par la Cour de justice de l'Union européenne, dans l'exercice de ses fonctions, à une disposition du droit européen *primaire* qui, interprétée de la sorte, apparaîtrait pourtant incompatible avec la Constitution. Et, comme « l'interprétation que la Cour de justice donne d'une règle du droit de l'Union, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, éclaire et précise la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de son entrée en vigueur » (70), toutes les contradictions entre la Constitution et le droit primaire de l'Union, qu'elles aient déjà été constatées ou qu'elles soient encore éventuelles, devraient être considérées comme autant de dérogations autorisées par l'article 34 de la Constitution.

On soulignera encore, dans cette perspective, qu'il n'y a pas la moindre contradiction entre les arrêts de la section du contentieux administratif et les avis donnés par la section de législation. Avant l'entrée en vigueur de traités qui prévoient d'attribuer l'exercice de certains pouvoirs étatiques à des institutions européennes (71) ou mondiales (72), il faut s'efforcer de mettre en concordance les prescriptions constitutionnelles et les dispositions de ces traités en vue de résorber les contradictions apparentes entre les uns et les autres. Si ces traités entrent en vigueur sans que la Constitution ait été révisée, l'antinomie sera surmontée par la valeur constitutionnelle dérogatoire qui leur sera reconnue. Reste à déterminer si toute inconstitutionnalité peut être couverte de la sorte...

(68) C.E., 5 novembre 1996, *Goosse*, n° 62.921 et *Orfinger*, n° 62.922, *C.D.P.K.*, 1997, p. 134, rapport O. Daurmont et *J.T.*, 1997, p. 254, note R. ERGEC. La section de législation estime, dans son avis sur le projet de loi d'assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, que ces arrêts ont ainsi admis « que l'article [45] du Traité prévaut sur l'article 10, alinéa 2, de la Constitution » (*Doc. parl.*, sess. 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 533, § 9). — Sur la position du Conseil d'État, voir P. VANDERNOOT, « Regard du Conseil d'État sur une disposition orpheline : l'article 34 de la Constitution », in *En hommage à F. Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles et Paris, Bruylant et LGDJ, 2008, pp. 1599-1630, ici pp. 1609 et s.

(69) C.E., 5 novembre 1996, *Orfinger*, n° 62.922, précité.

(70) C. Const., n° 90/2012 du 12 juillet 2012, B.13.5 et n° 118/2012 du 10 octobre 2012, B.5.5, qui citent C.J.C.E., gde ch., 6 mars 2007, *Meilicke*, C-292/04, § 34 : « [i]l en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation si, par ailleurs, les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies ». On notera avec intérêt que, par cette formulation, la Cour de justice se reconnaît un pouvoir d'interprétation analogue à l'interprétation authentique que toute règle constitutionnelle ou législative peut recevoir *de son auteur*.

(71) On vise les organes principaux de l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme.

(72) On vise la Cour pénale internationale.

D. — *La consécration de la conformité du droit dérivé
de l'Union européenne à la Constitution*

Le conflit entre la Constitution et le droit *dérivé* de l'Union européenne peut également être résolu en tirant les conséquences « naturelles » de l'article 34. Dans la mesure où l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés à des institutions de droit international public implique nécessairement que ces institutions puissent décider de manière autonome de la manière dont elles exercent ces pouvoirs, sans être liées par les dispositions de la Constitution belge, il n'est pas exclu que des règles de droit dérivé puissent entrer en conflit avec la Constitution. Selon l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État, « cela signifie, du moins en principe, que si un règlement ou une directive devaient être adoptés à l'avenir qui, soit seraient eux-mêmes contraires à la Constitution belge, soit obligeraient les autorités belges à accomplir des actes incompatibles avec la Constitution, celle-ci ne pourra être invoquée à l'encontre de ces actes de droit européen dérivé » (73). Il faut très probablement comprendre cette affirmation comme signifiant qu'en vertu de l'article 34 de la Constitution, le droit européen dérivé peut imposer à l'État et à ses collectivités constitutives des obligations incompatibles avec les règles constitutionnelles en vigueur. En d'autres termes, l'article 34 de la Constitution autorise de telles dérogations aux règles constitutionnelles (74), pourvu que ce droit dérivé soit adopté en conformité avec le droit primaire.

De plus, l'État qui a, en vertu de l'article 34, confié par traité l'exercice d'un pouvoir juridictionnel à la Cour de justice en vue d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application » du droit de l'Union (75), se serait engagé de ce fait « à n'exercer relativement aux actes communautaires aucun contrôle juridictionnel, fût-il de nature constitutionnelle » ; telle est, du

(73) Avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur le projet de loi portant assentiment au Traité de Lisbonne, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2007-2008, n° 4-568/1, pp. 340-341, § 10. Dans le même sens : l'avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État sur le projet de loi portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 530, § 7. Voir également en ce sens la doctrine citée en note par la section de législation (*loc. cit.*) ; H. DUMONT, « La traduction, ciment du "Pacte constitutionnel européen". Une relecture du débat sur la primauté du droit européen par rapport aux Constitutions nationales (avec une postface sur l'arrêt Lisbonne de la Cour constitutionnelle allemande) », *R.B.D.C.*, 2010, pp. 15-64, ici p. 34.

(74) Voir Y. LEJEUNE, *op. cit.*, p. 106, n° 143. En réalité, la section de législation affirme plus prudemment que « la Constitution ne pourra pas être *invoquée à l'encontre* de ces actes de droit européen dérivé » (pp. 341 et 530, respectivement ; italiques ajoutées). Dans l'avis n° 389.192/3 du 4 novembre 2005 sur l'avant-projet devenu la loi du 1^{er} mai 2006 portant révision de la législation pharmaceutique, la section de législation du Conseil d'État a estimé que le législateur belge pouvait adopter « sans violer la Constitution » (*sic*) des mesures préventives imposées par une directive à l'égard de la publicité pour les médicaments alors que de telles mesures sont, en principe, contraires à l'article 19 de la Constitution (*Doc. parl.*, Ch., sess. 2005-2006, n° 51-2189/1, pp. 113-116, §§ 46.3 et 46.4).

(75) Traité sur l'Union européenne, art. 19.1.

moins, l'interprétation fort large proposée par MM. M. Melchior et P. Vandernoot (76).

Dans l'ordre interne, le droit dérivé de l'Union européenne pourrait donc bénéficier du même statut constitutionnel que le droit primaire. Il semblerait échapper de ce fait à tout contrôle de constitutionnalité, ce qui permettrait de respecter la jurisprudence par laquelle la Cour de justice s'est réservée le pouvoir de constater l'invalidité des actes des institutions de l'Union (77).

La Cour constitutionnelle s'est récemment ralliée, de manière implicite, à cette doctrine (78). Par son arrêt n° 97/2011 du 31 mai 2011, elle a consacré en effet tout à la fois la primauté d'une règle de droit européen dérivé, la nature constitutionnelle de cette primauté et le caractère dérogatoire dont l'article 34 lui permet de jouir par rapport au corpus constitutionnel. La règle de droit dérivé en question était une directive (79). Loin d'en contrôler la constitutionnalité, la Cour en a fait une application auxiliaire (80) en la combinant avec des dispositions constitutionnelles dont elle est chargée d'assurer le respect (81). Elle a annulé la loi de confirmation d'un arrêté royal en considérant que cette confirmation, étant contraire à une obligation imposée par la directive, était à ce titre constitutionnellement discriminatoire (82), quoique l'arrêté confirmé semblât parfaitement constitutionnel.

L'espèce concerne le pouvoir réglementaire autonome dont est investie une autorité administrative indépendante : la Commission de régulation de l'électricité et du gaz (en abrégé : CREG). Bien que les articles 33 et 37 combinés de la Constitution réservent en principe au Roi et aux membres du gouvernement belge l'exercice du pouvoir exécutif fédéral, la Cour constitutionnelle avait jugé, dans une précédente affaire (83), que ces dispositions ne s'oppo-

(76) M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, «Contrôle de constitutionalité et droit communautaire dérivé», rapport précité, *R.B.D.C.*, 1998, p. 38.

(77) C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.*, p. 4225, ici p. 4231, § 17.

(78) Sur la position antérieure de la Cour constitutionnelle concernant les rapports entre Constitution et droit dérivé de l'Union européenne, voir E. CLOOTS, «Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten» (La Cour constitutionnelle et le contrôle de conformité du droit secondaire de l'Union aux droits fondamentaux), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten 1* (A. ALEN et J. VAN NIEUWENHOVE, éd.), Bruges, La Charte, 2008, pp. 17-54.

(79) Il s'agissait de la directive 2003/54 du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, remplacée ultérieurement par la directive 2009/72 du 13 juillet 2009.

(80) Sur cette terminologie, voir M. VERDUSSEN, «La Cour constitutionnelle, partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne», *R.B.D.C.*, 2011, pp. 81-109, ici pp. 99-101 et 105-106.

(81) Sur la possibilité d'une telle combinaison, voir Y. LEJEUNE, *op. cit.*, n° 177, pp. 135-137. On notera que, si elle acquiert immédiatement statut de droit positif dans l'ordre interne belge, une directive est par définition dépourvue de toute applicabilité directe, de sorte que ses dispositions ne peuvent être combinées en pratique avec des règles constitutionnelles, dans le cadre d'un «contrôle croisé» de constitutionnalité, que si elles sont suffisamment claires, précises et inconditionnelles.

(82) Selon cette jurisprudence, toute violation du droit international ou européen peut tourner en discrimination inconstitutionnelle dès l'instant où la règle invoquée en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution est suffisamment précise.

(83) C. Const., n° 130/2010 du 18 novembre 2010, B.5 (*J.T.*, 2011, p. 348, note A.-S. RENSON).



saient pas « à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise au contrôle juridictionnel ainsi qu'au contrôle parlementaire ». Selon la Cour, l'inconstitutionnalité théorique de l'attribution, par la loi, d'un pouvoir de décision unilatéral à une autorité administrative autre que le Roi pouvait d'ailleurs être surmontée en invoquant, « en vertu de l'article 34 de la Constitution, les exigences découlant du droit de l'Union européenne. Le fait que la CREG exerce ses missions avec un degré élevé d'autonomie découle en effet des exigences du droit de l'Union européenne, qui est progressivement devenu plus explicite en l'espèce » (84). Dans l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 97/2011, la Cour va beaucoup plus loin. Elle juge qu'en modifiant la proposition faite par l'autorité indépendante de régulation pour fixer les méthodes de calcul des tarifs de distribution, « le Roi s'est *substitué* à la CREG, en violation de l'article 23, §§ 2 et 3, de la deuxième directive sur l'électricité » (85) qui ne Lui permet que d'approuver ou de rejeter la proposition, mais pas de la modifier. La directive impose en effet d'attribuer au régulateur belge un pouvoir réglementaire *exclusif* de la compétence normative du Chef de l'État ; mais en portant atteinte à la compétence générale d'exécution dévolue au Roi, elle déroge à l'interprétation que deux dispositions de la Constitution ont toujours reçue. Pourtant, la haute juridiction n'hésite pas à soulever d'office un moyen tiré de la violation du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination combiné avec cette directive : elle annule la loi en ce que celle-ci confirme les articles de l'arrêté royal ayant modifié la proposition tarifaire initiale de la CREG.

Ce faisant, la Cour fait prévaloir la directive sur la loi de confirmation : elle l'annule partiellement en se fondant sur l'illégalité de l'arrêté confirmé découlant du non-respect de la directive, alors que celle-ci était contraire au droit constitutionnel belge. En d'autres termes, la directive qui déroge aux dispositions constitutionnelles relatives à l'attribution du pouvoir exécutif acquiert valeur constitutionnelle – sous la réserve implicite de sa conformité au droit primaire de l'Union – et permet à la Cour constitutionnelle d'annuler la loi qui ne la respecte pas. Reste à se demander, ici aussi, si l'article 34 de la Constitution peut couvrir toute inconstitutionnalité d'une règle du droit de l'Union européenne, dérivé en l'espèce.

E. — *Bilan : la place du droit international et du droit de l'Union européenne en droit belge*

1. Au terme de cette analyse, on espère avoir convaincu le lecteur qu'il n'est pas nécessaire de postuler l'unicité des ordres juridiques pour expli-

(84) *Ibid.*, B.8.1 et B.8.2.

(85) C. Const., n° 97/2011 du 31 mai 2011, B.9.4.

quer les tendances des Constitutions nationales, et du droit constitutionnel belge en particulier, à faciliter le respect des obligations internationales des États et à obtempérer aux exigences croissantes du processus d'intégration européenne.

2. L'ordre juridique international ne s'est jamais soucié d'organiser en son sein des rapports normatifs avec les règles de droit interne : d'abord, parce qu'il considère traditionnellement celles-ci comme du simple fait (86) ; ensuite, parce qu'il est dépourvu d'institutions gouvernantes. Au contraire, les systèmes juridiques nationaux considèrent les règles internationales comme étant du droit et se préoccupent de les incorporer pour leur permettre de sortir des effets en leur sein. L'indépendance de ces systèmes par rapport à l'ordre international permet aux Constituants d'aménager librement les rapports entre les règles internes et les règles internationales ou « supranationales » au sein de leurs États respectifs et d'y organiser la résorption des antinomies éventuelles au mieux de leurs intérêts.

3. La situation du sous-ordre juridique international correspondant à l'Union européenne est profondément différente. Elle résulte de la volonté conjointe des États membres de réaliser « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe » (87) par la création d'une association d'États plus intégrée et plus démocratique que les confédérations traditionnelles. La poursuite de ce projet commun requiert une attention particulière du droit de l'Union à l'égard de son intégration dans l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États membres, avec rang de primauté. Les « exigences inhérentes à la nature du droit communautaire » ont même été interprétées par la Cour de justice comme contraignant directement les juges nationaux à écarter les règles nationales formant obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires (88). En pareille perspective, la marge de manœuvre des Constituants nationaux par rapport à l'organisation des rapports entre les normes internes et le droit de l'Union s'avère nettement plus étroite qu'à l'égard du droit international « général ».

4. Des considérations analogues peuvent être formulées à propos de la mise en place, par traités, de contrôles juridictionnels internationaux relatifs aux droits et aux obligations des individus. Elles pourraient servir à justifier, par exemple, que l'interprétation donnée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme aux dispositions de la Convention éponyme s'intègre à cette Convention (89), de sorte que les juridictions belges

(86) Ne dit-on pas qu'une loi contraire aux obligations internationales d'un État constitue un « fait » internationalement illicite ?

(87) Traité sur l'Union européenne, art. 1^{er}, al. 2.

(88) Voir *supra*, B *in fine*.

(89) Voir J. VELU, « À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur les évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527 et s., ici p. 533.

soient *constitutionnellement* tenues de refuser d'appliquer toute règle interne contraire à la norme interprétée dans le sens dégagé par la Cour (90).

5. Il est permis d'estimer qu'après quelque hésitation, le droit belge admet de nos jours le rôle primordial dévolu au droit constitutionnel en vue d'assurer la cohérence du droit interne et du droit international au sein de l'ordre juridique de l'État. Le principe général de bonne foi ou de respect de la parole donnée fait obligation aux juges belges d'écarter l'application des règles nationales contraires au droit international reçu dans l'ordre interne. C'est la solution retenue dès 1971 par la Cour de cassation en ce qui concerne les traités directement applicables (91). Il devrait en aller de même des règles coutumières internationales qui ont effet direct dans l'ordre juridique belge.

Cette règle non écrite de respect interne de telles obligations internationales s'inscrit au sommet de la pyramide des normes en vigueur en Belgique, parmi les règles constitutionnelles. Elle place les traités – et, en théorie, les coutumes internationales – *self-executing* immédiatement en dessous de la Constitution et des autres règles à valeur constitutionnelle. À la condition d'être directement applicables ou, du moins, suffisamment précises et complètes, ces normes de droit international doivent être préférées par les juges aux règles internes contraires. Il y va d'une primauté *infra*-constitutionnelle. Toute tentative d'assujettir la Constitution elle-même à la primauté du droit international sera inconstitutionnelle tant que le Constituant lui-même n'en aura pas décidé autrement.

6. Or l'article 34 de la Constitution peut être regardé comme l'habilitation grâce à laquelle la primauté a été accordée au droit de l'Union européenne sur toutes les normes nationales, y compris la Constitution elle-même. La source de cette règle non écrite de primauté du droit de l'Union sur toutes les règles du droit belge n'est donc pas un principe général de droit (92), mais une habilitation conférée par la Constitution belge elle-même. Comme il est impossible de reconnaître à quelque norme que ce soit une autorité supérieure à la Constitution dans l'ordre interne, l'article 34 ne peut que conférer au droit de l'Union une valeur constitutionnelle, tout en lui permettant de déroger à la Constitution ou d'arrêter les effets d'une partie de celle-ci. Tel est le raisonnement que l'on peut induire des arrêts du Conseil d'État n^{os} 62.921 et 62.922 (93) en ce qui concerne le droit primaire, et de l'arrêt n^o 97/2011 de la Cour constitutionnelle (94) en ce qui concerne le droit dérivé. Il ne requiert pas que la règle du droit de l'Union soit directement applicable pour qu'elle bénéficie de la primauté et de l'autorité qui s'attache à la Constitution.

(90) Comp. Cass. (audience plénière), 14 avril 1983, *Pas.*, I, n^o 441, p. 867, concl. J. Velu et *J.T.*, 1983, p. 607, concl. J. Velu ; Cass., 10 mai 1989, *Pas.*, I, n^o 514, concl. M. Piret.

(91) Cass., 27 mai 1971, *Le Ski*, précité.

(92) Comme la Cour de cassation l'a soutenu (Cass., 4 avril 2008, précité).

(93) C.E., 5 novembre 1996, *Goosse*, n^o 62.921 et *Orfinger*, n^o 62.922, précités.

(94) C. Const., n^o 97/2011 du 31 mai 2011, précité.

7. Imaginons qu'à l'avenir, d'autres institutions de droit international qui bénéficient du transfert de l'exercice de compétences étatiques déterminées « découvrent » à leur tour une règle non écrite de primauté de leurs décisions sur le droit interne des États qui leur ont attribué ces pouvoirs. Il faudrait sans doute admettre que l'article 34 de la Constitution, combiné aux lois d'assentiment aux traités conclus en vertu de cette disposition, permettrait également de procurer à ladite primauté un fondement constitutionnel dans l'ordre interne. Appliquée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, cette doctrine présenterait un grand avantage pour la Cour constitutionnelle. Elle procurerait en effet un fondement constitutionnel solide à la combinaison, systématiquement pratiquée par cette Cour depuis juillet 2004, des dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés et des dispositions analogues de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme en un « ensemble indissociable » (95) qui reste actuellement un pur postulat jurisprudentiel.

8. Sauf erreur ou omission, il ne semble pas que la jurisprudence belge se soit intéressée à la limite des dérogations que la Constitution est censée autoriser à ses propres dispositions. Or on ne peut supposer que l'article 34 accorde un blanc-seing aux institutions de l'Union dans l'exercice des pouvoirs qui leur ont été concédés. Il doit y avoir un certain seuil à partir duquel une dérogation à la Constitution devient une violation de celle-ci, tout comme il y a une limite aux dérogations à l'autonomie locale : priver les collectivités locales de l'essentiel de leurs compétences serait contraire au principe même de cette autonomie.

La jurisprudence constitutionnelle, en France et en Allemagne, s'est efforcée de fixer pareille limite à l'empiètement sur la liberté souveraine du Constituant. En France, cette « clause de sauvegarde » a pris la forme soit « d'une disposition expresse spécifique contraire de la Constitution » (96), soit « d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France » (97). En Allemagne, elle s'exprime par l'exigence d'un niveau subs-

(95) C.A., n° 136/2004 du 12 juillet 2004, B.5.4.

(96) Conseil constitutionnel, n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. 7 et 9, *Rec.*, p. 101 ; n° 2004-497 DC du 1^{er} juillet 2004, cons. 18, *Rec.*, p. 107 ; n° 2004-498 DC du 29 juillet 2004, cons. 4, *Rec.*, p. 122 ; n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, cons. 7, *Rec.*, p. 126.

(97) Conseil constitutionnel, n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006, cons. 17 à 20, *Rec.*, p. 88 ; n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, texte n° 2, cons. 4 à 7, *Rec.*, p. 120 ; n° 2008-564 DC du 19 juin 2008, cons. 42 à 45, *Rec.*, p. 313. On peut d'ailleurs considérer, avec le professeur B. MATHIEU (« Les rapports normatifs entre le droit communautaire et le droit national. Bilan et incertitudes relatifs aux évolutions récentes de la jurisprudence des juges constitutionnel et administratif français », *R.F.D.C.*, 2007, p. 681), que « le respect de ces exigences correspond à une marge de manœuvre que le droit communautaire laisse aux États » : le traité sur l'Union européenne impose à celle-ci les obligations de respecter l'« identité nationale » de ses États membres, « inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles », et de « respecter les fonctions essentielles de l'État » (art. 4.2). Sur le concept d'identité constitutionnelle, voir notamment E. DUBOUT, « Les règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France », *R.F.D.C.*, 2010, pp. 451-482 ; D. RITLÉNG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux*

tantiellement comparable de protection des droits fondamentaux reconnus par la *Grundgesetz*, par la réclamation d'un élargissement des bases démocratiques de l'Union parallèle à la progression de l'intégration européenne et par la revendication d'un contrôle ultime des actes *ultra vires* de l'Union (98). Il conviendrait donc qu'en Belgique, les juridictions supérieures s'efforcent de déterminer les valeurs et les principes constitutionnels que le droit de l'Union – du moins le droit dérivé – ne peut enfreindre.

9. Face au développement extraordinaire du droit européen, la Constitution tient-elle toujours son rang ? Occupe-t-elle encore le faite de la hiérarchie des normes en vigueur dans l'État ? Dans une étude récente, le professeur B. Mathieu fait la synthèse suivante de la hiérarchisation de règles de droit issues de systèmes juridiques différents au sein de l'ordre juridique français : « au-delà de son rôle fondateur qui la place nécessairement au sommet de la hiérarchie des normes nationales, la Constitution se trouve subordonnée dans le cadre de ce qu'on pourrait appeler une hiérarchie pratique ou opérationnelle qui se différencie de la hiérarchie théorique ou de principe sans la remettre en cause » (99). Il est permis de conclure dans le même sens en ce qui concerne le droit constitutionnel belge.

aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 21-47 ; L. BURGOGUE-LARSEN (dir.), « L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe », *Cahiers européens n° 1 de l'IREDIÉS*, Paris, Pedone, 2011 ; S. MARTIN, « L'identité de l'État dans l'Union européenne : entre 'identité nationale' et 'identité constitutionnelle' », *R.F.D.C.*, 2012, n° 91, supplément électronique, pp. e13-e44. *Adde* : H. DUMONT, « L'intégration européenne et le respect de l'identité nationale des États (notamment fédéraux) », in *Contraintes européennes et réforme de l'État*, Bruges, La Charte, 2013, pp. 55-74.

(98) Sur ces réserves de constitutionnalité et sur celles que la jurisprudence des Cours constitutionnelles danoise, espagnole, italienne et tchèque a opposées à la primauté absolue du droit de l'Union, voir H. DUMONT, « La traduction, ciment du "Pacte constitutionnel européen" »... (précité), *R.B.D.C.*, 2010, pp. 15-64, ici pp. 22-31 et 45-54.

(99) B. MATHIEU, étude précitée, *R.F.D.C.*, 2007, p. 693.