

Samantha Besson/Eva Maria Belser (éd./Hrsg.)



31

La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone

Journée BENEFRi de droit européen de l'Institut de droit européen

BENEFRi-Tagung im Europarecht des Instituts für Europarecht



UNIVERSITÉ DE Fribourg
UNIVERSITÄT FREIBURG

Schulthess §

**La Convention européenne des droits de l'homme
et les cantons**

**Die Europäische Menschenrechtskonvention
und die Kantone**



Forum Europarecht Forum droit européen

31

Herausgegeben vom Institut für Europarecht der Universitäten Bern, Neuenburg und Freiburg,
unter der Leitung von Prof. Astrid Epiney, Prof. Samantha Besson, Prof. Marc Amstutz.

Publié sous l'égide de l'Institut de droit européen des Universités de Berne, Neuchâtel et Fribourg,
sous la direction des Prof. Astrid Epiney, Prof. Samantha Besson, Prof. Marc Amstutz.

Samantha Besson/Eva Maria Belser (éd./Hrsg.)
avec la collaboration de/in Zusammenarbeit mit:
Alexandre Biedermann

La Convention européenne des droits de l'homme et les cantons

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Kantone

Avec les contributions de/mit Beiträgen von:

Heinz Aemisegger
Eva Maria Belser
Samantha Besson
Sébastien van Drooghenbroeck
Michel Hottelier
Giorgio Malinverni
Arnold Marti
Stefan Oeter
Daniel Rietiker
Frédéric Scheidegger
Frank Schürmann
Françoise Tulkens

**UNI
FR**
■
UNIVERSITÉ DE FRIBOURG
UNIVERSITÄT FREIBURG

Avec le soutien financier de/
mit finanziellem Beitrag von:



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHER)

Schulthess § 2014

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2014
ISBN 978-3-7255-6792-8

www.schulthess.com

Sommaire/Inhaltsübersicht

Table des matières/Inhaltsverzeichnis.....	VII
Liste des contributeurs/Autorenverzeichnis.....	XV
Préface/Vorrede.....	1
SANDRA MAISSEN	
Avant-propos/Vorwort.....	5
SAMANTHA BESSON/EVA MARIA BELSER	
Droits de l’homme et fédéralisme : une introduction thématique.....	7
SAMANTHA BESSON	
I^{ère} partie / 1. Teil: Les cantons dans le système de la CEDH – Die Kantone im System der EMRK.....	41
La réception de la CEDH dans les cantons.....	43
MICHEL HOTTELIER	
Kantonale Grundrechte und ihre Bedeutung für die Verwirklichung der Menschenrechte im mehrstufigen Staat.....	67
EVA MARIA BELSER	
Die Bedeutung der EMRK in der Rechtsprechung der kantonalen Gerichte: am Beispiel des Kantons Schaffhausen.....	95
ARNOLD MARTI	
Die Bedeutung der Rechtsprechung des Bundesgerichts zur EMRK für die Kantone.....	113
HEINZ AEMISEGGER	
Les cantons et le droit cantonal devant la CourEDH.....	133
DANIEL RIETIKER	

Die Kantone und die Umsetzung der Urteile des EGMR: die Sicht des Bundes.....	161
FRANK SCHÜRMANN	
Les cantons et l'exécution des jugements de la CourEDH : le point de vue cantonal.....	185
FRÉDÉRIC SCHEIDEGGER	
II^{ème} Partie / 2. Teil: La contribution de la CEDH au fédéralisme européen – Der Beitrag der EMRK zum europäischen Föderalismus.....	213
Le droit international et européen des droits de l'homme et la forme politique fédérale – <i>Je t'aime, moi non plus</i>	215
SAMANTHA BESSON	
La CEDH et la protection des minorités fédérales.....	249
GIORGIO MALINVERNI	
III^{ème} Partie / 3. Teil: Perspectives d'autres Etats fédéraux européens – Perspektiven aus anderen europäischen föderalen Staaten.....	273
Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme – L'exemple de la Belgique.....	275
FRANÇOISE TULKENS/SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK	
Die EMRK und der Föderalismus in Deutschland.....	311
STEFAN OETER	

Le fédéralisme sous la pression du droit international et européen des droits de l'homme ? L'exemple de la Belgique

I. Introduction.....	276
II. Les pressions « centripètes » exercées sur le fédéralisme par le droit international et européen des droits de l'homme.....	281
A. Fédéralisme, égalité et coordination.....	282
B. L'unité de responsabilité de l'État fédéral sur la scène internationale : conséquences processuelles et institutionnelles.....	288
1. La mise en œuvre contentieuse de la responsabilité internationale de l'État fédéral.....	288
2. <i>Equality bodies</i> et institutions nationales des droits de l'homme : unité ou diversité ?.....	293
C. Les pressions uniformisantes du « droit comparé intrafédéral » dans la jurisprudence des droits de l'homme.....	299
III. Les mouvements centrifuges induits dans le système fédéral belge par la protection européenne et internationale des droits de l'homme	304
A. La protection juridictionnelle face aux sanctions administratives communautaires et régionales	306
B. La création de juridictions administratives communautaires ou régionales.....	307
IV. Conclusion	309

* Réalisée avec le soutien du Pôle d'Attraction Interuniversitaire « The Global Challenge of Human Rights Integration » (www.hrintegration.be), la présente contribution est une version révisée et actualisée de Françoise TULKENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « *E pluribus unum ? Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme* », in *Itinéraires d'un constitutionnaliste. En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, 2007, p. 1517 ss, et de Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la contrainte du droit des droits de l'homme ? », in Emmanuel VANDENBOSSCHE, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, dir., *Contraintes européennes et réforme de l'état*, Bruges, La Charte, 2013, p. 295 ss.

I. Introduction

« La démocratie est l'unique modèle politique envisagé par la Convention [européenne des droits de l'homme] et, partant, le seul qui soit compatible avec elle »¹. Pourvu que l'on demeure dans la cadre démocratique², le droit européen des droits de l'homme ne formule aucune préférence, ni ne connaît aucun tabou quant au régime politique et à la forme de gouvernement dont les États décident de se doter. Démocratie directe, semi-directe ou représentative ; régime parlementaire, présidentiel ou directorial ; unitarisme, décentralisation, régionalisme ou fédéralisme : tant que l'on demeure dans le creuset démocratique, rien ne sera *a priori* exclu. La situation n'est pas différente lorsque l'on se tourne vers le droit international des droits de l'homme et, singulièrement, vers les standards de gouvernance démocratique que consacre l'article 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques : ici encore aperçoit-on une « neutralité de principe » de la garantie internationale vis-à-vis des arrangements institutionnels de *power sharing* dont chacun des États décide de se doter³. Même la protection internationale et européenne des minorités s'abstient de commander, de manière directe et explicite, la mise en place d'une quelconque forme de décentralisation qui assurerait aux groupes concernés une autonomie collective dans la gestion de leurs affaires, et, le cas échéant, de leurs « territoires »⁴.

Le droit international et européen des droits de l'homme affiche ainsi sa « neutralité » vis-à-vis de la forme fédérale ; il ne l'impose, ni ne l'exclut.

¹ CourEDH [GC], arrêt du 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, req. n° 58278/00, Rec. 2006-IV, par. 98.

² Voir Véronique HUET, « Vers l'émergence d'un principe de légitimité démocratique en droit international ? », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, no 3, vol. 67, 2006, p. 547 ss.

³ Voir Manfred NOWAK, *CCPR Commentary*, 2ème éd., Strasbourg-Kehl-Arlington, N.P. Engel, 2005, pp. 570-1 ; Mouloud BOUMGHAR, « Article 25 », in Emmanuel DECAUX, dir., *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article*, Paris, Economica, 2010, p. 537.

⁴ Voir Jan VELAERS, « Het Kaderverdrag tot bescherming van de nationale minderheden : een 'non possumus' voor Vlaanderen ? », in André ALEN, Stefan SOTTIAUX, dir., *Taaleisen juridisch getoetst*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2009, pp. 135-7.

Cela n'empêche toutefois pas de s'interroger sur les interactions réelles qui se jouent entre le premier et la seconde. Tel est l'objet des lignes qui suivent. Non sans s'autoriser çà et là quelques détours comparatistes ou digressions plus générales, ces lignes sont principalement nourries de l'expérience fédérale belge. Entamée dès 1970, cette expérience connaît actuellement, à la faveur de ce que l'on appelle la « 6^{ème} réforme de l'État », un approfondissement tout à fait spectaculaire. Communautés et Régions – il s'agit là des deux types de collectivités fédérées que superpose la construction institutionnelle belge (article 1^{er} de la Constitution) – se voient investies de compétences dans des domaines sans cesse plus étendus correspondant à un poids financier de plus en plus substantiel.

Les relations entre fédéralisme et protection des droits fondamentaux ont fait l'objet d'une littérature relativement abondante⁵. En la matière, le modèle théorique à notre estime le plus achevé et le plus subtil est celui développé par José WOEHLING⁶. Ce modèle affirme tout à la fois que le fédéralisme est un mode de gouvernance en général favorable à la protection des droits fondamentaux, mais que cette dernière – somme toute relativement ingrate...

⁵ Voir, parmi beaucoup d'autres, Ellis KATZ, George Alan TARR, dir., *Federalism and Rights*, Lanham, Rowan & Littlefield Publishers Inc., 1996 ; Luan-Vu N. TRAN, *Human Rights and Federalism. A Comparative Study on Freedom, Democracy and Cultural Diversity*, La Haye/Londres/Boston, Martinus Nijhoff, 2000 ; Richard B. STEWART, « Federalism and Rights », *Georgia Law Review*, vol. 19, 1985, p. 917 ss. ; Paul CHEN, « Federalism and Rights: a Neglected Relationship », *South Texas Law Review*, vol. 40, 1999, pp. 845-79 ; Erwin CHERMERINSKY, « Does Federalism Advance Liberty ? », *The Wayne Law Review*, vol. 47, 2001, p. 911 ss.

⁶ José WOEHLING, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple du Canada et des Etats-Unis », *McGill Law Journal*, vol. 46, 2000, p. 21 ss. Du même auteur, « The Relationship Between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », in Stephan BREITENMOSE et al., dir., *Human Rights, Democracy and the Rule of Law. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Zurich/St. Gall, Dike, 2007, pp. 895-914 ; voir encore Marc VERDUSSEN, Nicolas BONBLED, « Les droits constitutionnels et le fédéralisme », in Marc VERDUSSEN et al., dir., *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 247 ss.

– contrarie *a priori* le dessein fédéraliste de diversité juridique, en exerçant sur celui-ci une pression *centralisatrice* et *uniformisatrice*⁷.

La conclusion ainsi atteinte formera le point de départ du premier volet de la présente contribution. Au risque de l'approximation, il sera question de la « pression centripète » exercée sur le fédéralisme – en ce compris sur le fédéralisme belge – par la protection européenne et internationale des droits de l'homme (II). Cette *pression centripète* se décline elle-même sous différentes formes : l'effet centralisateur, qui culmine lui-même dans l'obligation de maintenir une matière ou une compétence déterminée sous la juridiction unique et exclusive de l'autorité fédérale ; l'exigence de coordination ou de coopération, plus ou moins accentuée, entre les différents « partenaires de la Fédération »⁸ ; et, enfin, l'incitation indirecte à une uniformisation des pratiques et législations dans les matières à propos desquelles les partenaires de la Fédération pourraient pourtant, sur le plan des principes, agir en toute autonomie, et donc de manière différenciée.

Si on regarde de près cependant, et à tout le moins s'agissant de l'expérience fédérale belge, le tableau ne saurait se résumer au spectacle de la pression centripète prédécrite. Coexistent avec cette dernière de véritables *effets centrifuges*. L'on observe en effet que la nécessité de respecter le droit européen et international des droits de l'homme fut, occasionnellement, un puissant vecteur de relativisation de l'exclusivité de compétences jusqu'ores détenues par la seule autorité fédérale. Ces effets « centrifuges » sont particulièrement visibles en ce qui concerne le droit processuel, judiciaire ou administratif⁹ (III).

Le tableau se révélera, au total, particulièrement complexe et nuancé. C'est aux fins de lui conserver malgré tout une certaine lisibilité que l'on se

⁷ WOEHLING, « The Relationship Between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 6, pp. 895-6.

⁸ Sous cette expression seront visés en Belgique, dans la présente contribution, l'État fédéral, les Communautés et les Régions.

⁹ Voir sur ce point, de manière plus approfondie que dans la présente contribution, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Le procès équitable et le droit communautaire et régional du contentieux administratif : de la difficile articulation du “Qui” et du “Quoi” », *Droit & Région / Recht & Regio*, vol. 1, à paraître.

tiendra à l'écart, dans le cadre de la présente contribution, de deux problématiques supplémentaires.

La première problématique est celle de la répartition des compétences internationales dans le cadre de la structure fédérale d'un État donné. Par évidence, il s'agit là d'une variable d'importance¹⁰ s'agissant de l'analyse de l'impact que peuvent avoir, sur l'équilibre des pouvoirs au sein de la Fédération, les engagements internationaux souscrits par celle-ci en matière de respect des droits de l'homme. Là où le *treaty making power* et le *treaty implementing power* demeurent essentiellement ou exclusivement du ressort de l'autorité fédérale, la ratification d'un instrument international de protection des droits de l'homme à large spectre induira nécessairement une importante « invasion », de la part de cette autorité, dans les compétences des collectivités fédérées, et sera par conséquent vue avec une particulière défaveur. À l'opposé, le modèle belge de parallélisme parfait des compétences internes et internationales des collectivités fédérées¹¹ – *in foro interno et in foro externo* –, doublé d'un système formalisé de substitution de l'autorité fédérale à l'autorité fédérée défaillante (art. 169 de la Constitution) devrait, en théorie, constituer le meilleur vaccin contre les « hésitations fédérales »¹² que suscitent les engagements internationaux en matière de droits de l'homme : tout juste présenterait-il l'inconvénient de retarder la ratification de ces engagements¹³ et d'en compliquer la négociation.

¹⁰ Voir WOEHLING, « The Relationship Between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms », *op.cit.*, note 6, p. 904-7.

¹¹ Jan VELAERS, « “*In foro interno et in foro externo*” : de internationale bevoegdheden van de Gemeenschappen en Gewesten », in Frank JUDO, Godfried GEUDENS, dir., *Internationale betrekkingen en federalisme*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 3 ss.

¹² Pour reprendre le terme imagé de Luzius WILDHABER (in *Treaty-Making Power and Constitution. An International and Comparative Study*, Bâle/Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1971, pp. 340-3).

¹³ En Belgique, en effet, les engagements internationaux en matière de droits de l'homme constituent la plupart du temps des « traités mixtes », dont la ratification nécessite l'assentiment des neuf assemblées législatives belges (VELAERS, « “*In foro interno et in foro externo*” », *op.cit.*, note 11, p. 31). Tout cela prend fatalement du temps. Le retard peut se muer en véritable blocage lorsque l'une des collectivités politiques normalement appelées à ce faire, refuse de donner son assentiment au traité mixte concerné. L'exemple de la

Répetons-le cependant : il n'est pas de notre ambition de pénétrer plus avant dans cette problématique.

Nous n'aborderons pas davantage ici la question de savoir si la « neutralité » du droit international et européen des droits de l'homme, est vérifiée à l'identique vis-à-vis de *toutes les formes* de fédéralisme. Le fédéralisme classique, de type *territorial*, ne suscite pas, à cet égard, de difficultés, notamment au regard du principe d'égalité et de non-discrimination¹⁴. En revanche, s'agissant du fédéralisme *personnel*¹⁵, des hésitations ont pu naître en doctrine¹⁶, singulièrement en raison d'une lecture extrapolante des arrêts *Refah Partisi c. Turquie*¹⁷. Ces hésitations, dont les enjeux sont longtemps demeurés théoriques, ont pris un relief tout à fait concret lorsque, dans son opuscule *De Belgische Unie bestaat uit vier deelstaten*¹⁸, Johan VANDE LANOTTE, vice-premier ministre et professeur de droit constitutionnel à l'Université de Gand, avança l'idée que le droit de l'Union européenne et la Convention européenne des droits de l'homme

Convention-cadre du Conseil de l'Europe sur la protection des minorités nationales est, à cet égard, significatif.

¹⁴ Voir *infra*.

¹⁵ Dans le cadre d'un fédéralisme personnel, le rattachement entre un individu et un statut juridique particulier s'effectue, non pas sur base d'un critère de localisation géographique, mais bien d'une caractéristique personnelle (langue, religion, ...) de celui-ci.

¹⁶ W. PAS, « Personal Federalism and Human Rights », in *Troisième conférence internationale sur le fédéralisme. Discours, contributions et conclusions : « Fédéralisme : construire l'harmonie dans la diversité, partage de bonnes pratiques »*, Tielt, Lannoo, 2006, pp. 396-400 ; Jan CLEMENT, *Taalvrijheid, bestuurstaal en minderheidsrechten. Het Belgisch model*, Anvers, Intersentia, 2003, p. 816 ss. ; Jan CLEMENT, « Territoriality versus Personality », in Annelies VERSTICHEL *et al.*, dir., *The Framework Convention for the Protection of National Minorities : a Useful Pan-European Instrument ?*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 66-9.

¹⁷ CourEDH, arrêt du 31 juillet 2001, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98 ; CourEDH [GC], arrêt du 13 février 2003, *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie*, req. n^{os} 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98, Rec. 2003-II.

¹⁸ Johan VANDE LANOTTE, *De Belgische Unie bestaat uit vier deelstaten*, mars 2011. Cet essai est téléchargeable sur http://www.s-p-a.be/media/uploads/pdf/belgische_unie.pdf.

s'opposeraient à ce que l'on introduise une véritable forme de « sous-nationalité » à Bruxelles aux fins de permettre un approfondissement, dans le domaine des droits sociaux, des compétences qu'y exercent en parallèle la Communauté française et la Communauté flamande¹⁹. La problématique ainsi esquissée est assurément complexe et se prête mal, en l'état actuel, à l'une ou l'autre position nettement tranchée²⁰ ; voilà pourquoi nous n'y pénétrerons pas plus avant.

II. Les pressions « centripètes » exercées sur le fédéralisme par le droit international et européen des droits de l'homme

Le fédéralisme implique nécessairement la possibilité que des individus puissent, sur le territoire d'un même État, être soumis à des statuts juridiques différenciés, en ce compris s'agissant du patrimoine de droits fondamentaux dont ils jouissent. Le droit international et européen des droits de l'homme n'élève pas une objection de principe à l'encontre de cette différenciation (A). Le constat ainsi formé doit cependant être immédiatement nuancé. Tout d'abord, l'on constate que le droit international et européen des droits de l'homme formule, de temps à autre, un souhait de coordination entre les différents partenaires de la Fédération appelés à se partager le devoir de mise en œuvre d'un droit fondamental. Ce devoir de coordination, d'ordre matériel, se double d'un versant institutionnel : sur la scène internationale, contentieuse ou non contentieuse, l'État fédéral doit se présenter comme un interlocuteur unique et global (B). Enfin, l'observation attentive de la jurisprudence européenne et internationale montre que, dans certains cas, la différenciation dont il est question est source d'un relatif inconfort pour la défense des intérêts de la Fédération. Les « comparaisons intrafédérales »²¹

¹⁹ VANDE LANOTTE, *De Belgische Unie bestaat uit vier deelstaten*, *op.cit.*, note 18, pp. 5-8.

²⁰ Voir Hugues DUMONT, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « L'interdiction des sous-nationalités à Bruxelles », *Administration publique*, no 3, vol. 3, 2011, p. 201 ss., spéc. p. 219 ss.

²¹ Voir VERDUSSEN, BONBLED, « Les droits constitutionnels et le fédéralisme », *op.cit.*, note 6, p. 263.

auxquelles se livrent volontiers la Cour de Strasbourg et le Comité de Genève peuvent, en effet, être redoutables (C).

A. Fédéralisme, égalité et coordination

Parce qu'il implique nécessairement l'émergence de statuts juridiques différenciés au sein des membres de la collectivité politique étatique, le fédéralisme ne peut se concevoir sans que soit opéré au préalable le deuil de l'idéal républicain d'une « même loi pour tous ». La jurisprudence constitutionnelle belge a eu tôt fait de déduire les conséquences logiques d'une telle antinomie. Selon une jurisprudence parfaitement constante de la Cour constitutionnelle :

« Une différence de traitement dans des matières où les communautés et les régions disposent de compétences propres est la conséquence possible de politiques distinctes permises par l'autonomie qui leur est accordée par la Constitution ou en vertu de celle-ci. Une telle différence ne peut en soi être jugée contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. Cette autonomie sera dépourvue de signification si le seul fait qu'il existe des différences de traitement entre les destinataires de règles s'appliquant à une même matière dans les diverses communautés et régions était jugé contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution. »²²

Le fédéralisme constitue donc une manière d'« écran » au principe constitutionnel d'égalité.

Rien que de très logique. Il n'empêche que, pendant de nombreuses années, la jurisprudence constitutionnelle belge éprouva quelque difficulté à admettre que les géométries variables impliquées par le fédéralisme puissent pénétrer dans le domaine des droits fondamentaux. Jusqu'au milieu des années nonante en effet, prévalut auprès de la Section de législation du Conseil d'État belge l'idée que, formant une « matière en soi » n'ayant pas été formellement attribuée – sauf exceptions – aux législateurs communautaires ou régionaux, la consécration et la réglementation des droits fondamentaux continuaient à ressortir de la compétence résiduaire du lé-

²² Cour constitutionnelle, n° 69/2004, 15 mai 2004, pt. B.15.3. Voir Jürgen VANPRAET, *De latente staatshervorming. De bevoegdheidsverdeling in de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en de adviespraktijk van de Raad van State*, Bruges, Die Keure, 2011, p. 260 ss.

gislateur fédéral²³. Également endossée par la Cour constitutionnelle²⁴ – quoique sur un mode plus implicite –, cette équation reliant les droits fondamentaux à la compétence fédérale trouvait sa raison d’être, selon la Section de législation, dans « l’économie générale et l’esprit de la Constitution »²⁵ et dans l’idée selon laquelle « il ne se conçoit pas que [les libertés publiques], qui apparaissent comme des attributs essentiels de la personne humaine, puissent, au sein d’un même État, être tantôt reconnues, tantôt ne pas l’être »²⁶.

L’évolution fédérale de la Belgique rendait très improbables les soutiens classiquement apportés à l’équation reliant la protection des droits fondamentaux à la compétence fédérale²⁷; aussi cette équation fut-elle abandonnée, tant par la Section de législation²⁸ du Conseil d’État que par la Cour d’arbitrage²⁹, en 1996. Depuis lors prévaut l’enseignement selon lequel « la consécration de droits et libertés fondamentaux par la Constitution et les traités internationaux ne signifie en aucune manière qu’en tant que telle, la réglementation de ces droits et libertés n’appartiendrait qu’à l’autorité fédérale »³⁰, en manière telle que « c’est à chaque autorité qu’il appartient d’en assurer le respect en les concrétisant lorsqu’elle exerce les compétences qui sont les siennes »³¹.

Il en résulte que, sous réserve des dispositifs en sens contraire contenus dans la Constitution et les lois spéciales de réformes constitutionnelles,

²³ Sur ceci, voir Sébastien VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., 28 mai 1991, in Olivier DE SCHUTTER, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l’homme devant le juge national*, coll. « Les grands arrêts de la jurisprudence belge », Bruxelles, Larcier, 1999, p. 456 ss.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Avis L. 19679 du 28 novembre 1990, *Doc. parl. Chambre*, sess. 1990-1991, 1610/1, pp. 50-1.

²⁶ Avis du 21 octobre 1987, *Doc. parl. Sénat*, sess. 1988, 215/2, p. 6.

²⁷ VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., 28 mai 1991, *op.cit.*, note 23, pp. 459-60.

²⁸ Le revirement est localisé dans un Avis L. 25131/VR/8 des 18 novembre 1996 et 13 mai 1997, *Doc. Vl. Raad*, 1995, 82/2.

²⁹ L’on a coutume de localiser le changement d’attitude de la Cour d’arbitrage (devenue Cour constitutionnelle en 2007) dans un arrêt 54/96 du 3 octobre 1996.

³⁰ C.A., n° 124/2000, 29 novembre 2000, pt. B.4.2.

³¹ *Ibid.*

l'aménagement, la mise en œuvre et les éventuelles limitations aux droits fondamentaux constituent à présent, en Belgique, une compétence partagée entre l'État, les Communautés et les Régions : chaque partenaire de la Fédération « réglemente » les droits fondamentaux dans ses domaines de compétence. La porte est donc ouverte à l'avènement de « statuts » différenciés de droits et libertés.

Pareille position n'est absolument pas choquante du point de vue de l'ordre juridique interne. Est-elle tout autant légitime au regard des garanties internationales et européennes de l'égalité et de non-discrimination et des juges qui en ont la garde ? Une réponse globalement positive semble progressivement s'imposer. Selon le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, « le fait qu'un État partie ayant une structure fédérale autorise des différences entre les divers éléments de la fédération (...) ne constitue pas en soi une violation de l'article 26 (du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) »³². La Cour européenne des droits de l'homme va dans le même sens. Donnant corps à l'idée qui avait été formulée dès 1981 par le juge autrichien Franz MATSCHER³³, une décision *Siveri et Chiellini c. Italie* de 2008 énonce que « la possibilité qu'une région réglemente certaines matières de manière différente par rapport à d'autres régions ou à l'administration centrale est une conséquence inévitable de l'autonomie législative reconnue aux régions. Elle ne saurait, en tant que telle, être constitutive d'une violation de l'article 14 de la Convention »³⁴.

Certaines prises de position d'autres organes onusiens invitent cependant à

³² CCPR, 31 juillet 2001, constatations *Cheban c. Fédération de Russie*, CCPR/C/72/D/790/1997. Dans un sens identique, voir CCPR, n° 1087/2002, décision *Hesse c. Australie* du 30 juillet 2002, CCPR/C/75/D/1087/2002. Le Comité retient des principes similaires à propos des différences de traitement qui pourraient résulter d'un simple processus de décentralisation : voir CCPR, n° 299/1988, constatations *Lindgren c. Suède* du 7 décembre 1990, CCPR/C/40/D/299/1988.

³³ Opinion dissidente jointe à CourEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, req. n° 7525/76, Série A, n° 45 : « La diversité des législations internes, propre à un État fédéral, ne peut jamais constituer, en soi, une discrimination, et il n'est pas nécessaire de la justifier. Prétendre le contraire serait méconnaître totalement l'essence même du fédéralisme ».

³⁴ CourEDH, décision sur la recevabilité du 3 juin 2008, *Siveri et Chiellini c. Italie*, req. n° 13148/04.

nuancer le tableau. Ainsi le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies, dans ses observations générales n° 5 du 3 octobre 2003³⁵, énonce que « la décentralisation³⁶, par attribution de fonctions ou délégations de pouvoirs, ne déchargerait en rien l'État partie de sa responsabilité directe quant à ses obligations envers tous les enfants relevant de sa juridiction, quelle que soit la structure de l'État ». Et le Comité d'en déduire que :

« (...) l'État qui a ratifié la Convention ou y a adhéré est tenu, en toutes circonstances, de veiller à ce qu'elle soit pleinement appliquée dans les territoires relevant de sa juridiction. Lors de tout transfert de pouvoir, l'État partie doit s'assurer que les autorités concernées disposent des ressources financières, humaines et autres nécessaires pour s'acquitter effectivement des tâches que nécessite l'application de la Convention. Les gouvernements des États parties doivent conserver des moyens d'action pour faire pleinement appliquer la Convention par les administrations ou autorités locales concernées et créer des mécanismes de surveillance permanents chargés de veiller au respect de l'application de la Convention pour tous les enfants relevant de la juridiction de l'État partie, sans discrimination. En outre, des dispositions doivent être prises pour garantir que la décentralisation ou le transfert de pouvoirs ne sera pas source de discrimination pour les enfants, en ce qui concerne la jouissance de leurs droits dans les différentes régions. »

Dans le prolongement de ces positions de principe, le Comité des droits de l'enfant adressait en 2010 les conclusions suivantes à la Belgique :

« Tout en prenant acte des efforts déployés par l'État partie pour harmoniser sa législation avec les principes et dispositions de la Convention, le Comité note que la législation évolue différemment dans les trois communautés, ce qui donne lieu à des situations dans lesquelles les enfants de telle ou telle communauté ne jouissent pas de l'ensemble des droits dont jouissent d'autres enfants dans le reste du pays. Le Comité est notamment préoccupé de constater que la législation dans la Communauté germanophone n'a pas évolué au même rythme que dans les deux autres Communautés. »³⁷

³⁵ CRC, 3 octobre 2003, Observation générale n° 5, *Mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant* (art. 4, 42 et 44, par. 6), CRC/GC/2003/5.

³⁶ Sous ce terme générique, le Comité entend viser la décentralisation au sens strict, mais aussi ce qu'il appelle « la fédéralisation et la délégation ».

³⁷ CRC, 18 juin 2010, Observations finales sur les troisième et quatrième rapports périodiques du Royaume de Belgique, CRC/C/BEL/CO/3-4, par. 11.

L'on retrouvera, *mutatis mutandis*, des propositions du même acabit dans les recommandations générales n° 28 que le Comité sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes a récemment élaborées³⁸.

Prima facie, ces positions onusiennes ne doivent pas étonner : elles ne procèdent, fondamentalement, qu'au rappel du principe selon lequel l'État fédéral ne saurait s'abriter derrière sa répartition constitutionnelle des compétences pour justifier un manquement aux obligations internationales qu'il a souscrites. Si une collectivité fédérée s'est vu confier une compétence en lien avec la réalisation d'un droit fondamental déterminé – l'éducation, la santé, ... –, mais se trouve, faute de moyens suffisants, dans l'incapacité d'assumer cette compétence de la manière prescrite par les instruments internationaux garantissant ce droit, c'est la responsabilité de l'État fédéral qui se trouvera engagée : ainsi le veut le principe de l'unité de responsabilité internationale de l'État, sur lequel nous reviendrons plus loin. Si elles sont comprises en ce sens, les positions onusiennes reprises ci-dessus n'ont donc pas de quoi étonner ni, *a fortiori*, indigner.

Mais là où les positions onusiennes se singularisent, c'est lorsqu'elles vont à suggérer à l'État fédéral les *moyens institutionnels* précis à mettre en œuvre pour éviter que sa propre responsabilité puisse être mise en cause à raison de la défaillance d'une collectivité fédérée : la rétention de certaines compétences « redistributrices » au profit de l'autorité fédérale, sous la forme, par exemple, de *spending powers*. Cette ingérence dans « le choix des moyens », au-delà du simple rappel du résultat à atteindre, peut quant à elle être sujette à discussion.

Une formule moins « ingérente » est l'« appel à la concertation ». Celui-ci fait par exemple figure de classique dans les recommandations que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels adresse à la Belgique s'agissant de la mise en œuvre des obligations qu'elle a souscrites en matière d'enseignement³⁹. Depuis 1988 en effet, cette matière relève de manière quasi-intégrale de la compétence exclusive de chacune des trois

³⁸ CEDAW, General Recommendation n° 28 on the Core Obligations of States Parties under Article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, CEDAW/C/2010/47/GC/2, par. 39.

³⁹ ECOSOC, 4 janvier 2008, Observations finales sur le troisième rapport périodique de la Belgique, E/C.12/BEL/CO/3, par. 36.

Communautés. Cet appel à la coordination acquiert évidemment un relief tout à fait particulier dans le contexte de l'insuffisance de l'offre de places dans l'enseignement à Bruxelles⁴⁰.

On retrouve également, dans la décision du Comité européens des droits sociaux intervenue sur le fond de la réclamation collective 62/2010 *Fédération Internationale des Ligues des droits de l'homme c. Belgique* (21 mars 2012), la crainte qu'une dévolution de compétences non assortie de « précautions appropriées » puisse aboutir à la mise en cause de la responsabilité internationale de l'État dans des matières largement transversales. Il s'agissait, en l'occurrence, de l'accueil des gens du voyage. Aux termes de la décision du 21 mars 2012,

« Le Comité rappelle le principe général du droit international selon lequel, dans le domaine de la responsabilité internationale de l'État, le comportement de tout organe de l'État, y compris les collectivités territoriales, est considéré comme un fait de l'État (voir article 4 du Projet d'articles sur la responsabilité de l'État et les commentaires de la Commission du droit international).

Il en résulte que la mise en œuvre de la Charte sociale relève naturellement à titre principal de la responsabilité des autorités nationales. Celles-ci peuvent, compte tenu de leur organisation constitutionnelle et de leur système de relations sociales, rétrocéder aux autorités locales ou aux partenaires sociaux l'exercice de certaines compétences. Ces stratégies de mise en œuvre risquent toutefois, si elles ne sont pas assorties de précautions appropriées, de mettre en péril le respect des engagements souscrits dans le cadre de la Charte (...). »⁴¹

⁴⁰ Voir, sur cette problématique, l'analyse critique de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle faite par Xavier DELGRANGE, Mathias EL BERHOUMI, « Écoles flamandes de Bruxelles : la préférence linguistique validée », *Administration publique trimestrielle*, no 2, 2012, pp. 396-401.

⁴¹ CEDS, décision [fond] du 21 mars 2012, *Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme c. Belgique* (Réclamation collective n° 62/2010, par. 54-55.

B. L'unité de responsabilité de l'État fédéral sur la scène internationale : conséquences processuelles et institutionnelles

Aussi profonde et étendue que puisse être l'autonomie qu'elle garantit constitutionnellement à chacun de ses partenaires, la Fédération est, d'une certaine manière, tenue de se « recomposer » et de parler d'une seule voix lorsqu'elle se présente sur la scène internationale ou européenne des droits de l'homme. Il survient de la sorte une exigence de coordination qui trouve à s'illustrer, non seulement dans les prétoires, mais aussi dans d'autres *forums* institutionnels non contentieux.

1. La mise en œuvre contentieuse de la responsabilité internationale de l'État fédéral

D'emblée, il faut rappeler la jurisprudence on ne peut plus classique de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle « un État membre ne saurait exciper de situations de son ordre interne pour justifier le non-respect des obligations et des délais résultant des directives communautaires. Si chaque État membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins qu' (...) il reste seul responsable, vis-à-vis de la Communauté, du respect des obligations qui résultent du droit communautaire »⁴². Cette jurisprudence est l'expression particulière de principes de droit international public tout aussi constants⁴³ qui trouvent entre autres à s'exprimer dans le droit international et européen des droits de l'homme. Sous la réserve éventuelle d'une limitation de

⁴² CJUE, 10 juin 2004, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, C-87/02, Rec. 2004, p. I-5675, par. 38.

⁴³ L'article 29 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités dispose que, « à moins qu'une intention différente ne ressorte du traité ou ne soit par ailleurs clairement établie, un traité lie chacune des parties à l'égard de l'ensemble de son territoire ». L'article 27 du même instrument pose quant à lui qu'« une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité ». Voir encore l'article 4.1 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite* (2001), tel qu'établi par la Commission de droit international, ainsi que le commentaire de cette disposition. Le projet d'articles et son commentaire sont consultables sur <http://www.un.org/law/ilc/index.htm>.

responsabilité qu'envisagerait une « clause fédérale »⁴⁴ contenue dans le traité ou qu'imposerait une « réserve fédérale »⁴⁵ licitement émise lors de la ratification de celui-ci, l'État fédéral est tenu de répondre intégralement de toutes les violations des droits fondamentaux commises sur l'ensemble du territoire de la Fédération, en ce compris celles qui sont imputables aux collectivités fédérées, agissant dans leur propre domaine de compétence.

Dans certains cas, la règle pareillement énoncée se voit consacrée de manière tout à fait explicite. Ainsi l'article 50 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques précise-t-il que « Les dispositions du présent Pacte s'appliquent, sans limitation ni exception aucune, à toutes les unités constitutives des États fédératifs ». Selon la doctrine⁴⁶, rejointe par la pratique

⁴⁴ Pareille clause – il n'en existe pas de modèle unique – peut avoir pour effet, soit de limiter purement et simplement l'applicabilité de l'engagement international au seul domaine de compétence fédéral – à l'exclusion du domaine de compétence fédéré –, soit d'atténuer la responsabilité de l'État fédéral dans les matières relevant de la compétence fédérée, soit encore de réduire cette responsabilité à une pure obligation procédurale d'information. Pour des exemples, voir l'article 41 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ; l'article 37 de la Convention du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides ; l'article 41 de la Convention du Conseil de l'Europe du 23 novembre 2001 sur la cybercriminalité (STE, n° 185) et l'article 30 de la Convention de l'Unesco du 20 octobre 2005 sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles. Pour la critique que ces clauses s'est attirée, voir Brian R. OPESKIN, « Federal States in the International Legal Order », *Netherlands International Law Review*, no 3, vol. 43, 1996, p. 373. Voir pour le surplus, TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note intro., pp. 1527-8.

⁴⁵ L'objet de telles réserves est d'exclure ou de modaliser tout ou partie de l'application de l'instrument international aux matières ressortissant de la compétence des collectivités fédérées. Sur la problématique générale de la validité de semblables réserves, voir TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note intro, pp. 1528-9.

⁴⁶ Voir Olivier MATTER, « Article 50 », in DECAUX, dir., *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, *op.cit.*, note 3, pp. 821-2 ; Liesbeth LIJNZAAD, *Reservations to UN Human Rights Treaties : Ratify and Ruin ?*, Londres/La Haye/Boston, Martinus Nijhoff, 1995, p. 194.

du Comité, l'article 50 du Pacte est une manière d'« anti-clause fédérale » : toute réserve visant à exclure ou tempérer la responsabilité des États parties à l'égard des actes de leurs collectivités fédérées doit être considérée comme nulle et/ou privée d'effet. Dans d'autres cas, la règle de l'unité de responsabilité de l'État fédéral est lue entre les lignes de l'instrument conventionnel par la jurisprudence. Ainsi en fut-il, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, à l'occasion de l'arrêt *Assanidzé c. Géorgie*⁴⁷.

On pointera également, et toujours dans la même perspective, la décision récemment rendue (18 mars 2013) par le Comité européen des droits sociaux sur le fond de la réclamation collective n°75/2011 *Fédération Internationale des Ligues des droits de l'homme (FIDH) c. Belgique*. En l'espèce, fut soulevée la question de savoir si le Royaume ne contrevenait pas à diverses dispositions de la Charte sociale européenne en raison d'une carence dans les solutions d'accueil des personnes adultes souffrant d'un handicap de grande dépendance. Le Gouvernement belge soulignait que, dans cette problématique, s'entrecroisent de manière subtile les compétences fédérales, communautaires et régionales. Le Comité n'y vit pas motif à alléger la responsabilité dudit Gouvernement. Son raisonnement, mérite, sur ce point, d'être cité en larges extraits :

« Le Comité rappelle les principes généraux du droit international public en matière de responsabilité internationale des États, parfaitement exposés tant par l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (...), que dans le projet d'articles sur la responsabilité des États pour faits internationalement illicites, selon lesquels 'le comportement de tout organe de l'État est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autre, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État, et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité territoriale de l'État' et 'une partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution d'un traité' (...).

Le Comité considère que le principe de la mise en cause exclusive des États parties à la Charte est en premier lieu inspiré, comme la solution retenue par

⁴⁷ CourEDH [GC], arrêt du 8 avril 2004, *Assanidzé c. Géorgie*, req. n° 71503/01, Rec. 2004-II.

le droit international public, par un indispensable souci de neutralité à l'égard de l'organisation interne de chaque État partie indépendamment des choix constitutionnels de séparation des pouvoirs ou du caractère plus ou moins largement autonomisé ou décentralisé de leur organisation interne.

(...)

A cet égard, le Comité rappelle que l'ordre juridique interne ne saurait exonérer un État partie des obligations internationales qu'il a souscrites en ratifiant la Charte. A cet égard, il rappelle que : 'même lorsque le droit interne confère à des instances locales ou régionales (...) la responsabilité d'exercer une fonction donnée, les États parties à la Charte demeurent tenus, en vertu de leurs obligations internationales, de veiller à ce que ses responsabilités soient correctement assumées. La responsabilité de la mise en œuvre d'une politique officielle incombe donc en dernier ressort à l'État (...)' (...). En conséquence, l'État belge, en tant qu'État partie à la Charte, doit veiller à ce que les obligations issues de la Charte soient respectées par les Régions et les Communautés. »

En application de ces principes, il n'est donc pas exclu que l'État fédéral belge doive répondre, devant la Cour de Strasbourg, le Comité de Genève ou une autre enceinte contentieuse, d'actes de violation des droits fondamentaux qui sont, le cas échéant, exclusivement imputables à une Communauté ou à une Région : certaines affaires d'ores et déjà tranchées illustrent au demeurant cette situation⁴⁸.

Il y va donc, si l'on peut dire, d'un « recentrement procédural » autour d'un défendeur unique : l'État fédéral. Sans doute n'y a-t-il aucun obstacle à ce que l'autorité fédérée dont les actes ou omissions sont réellement mis en cause soit d'une manière ou d'une autre – par la jonction de son propre mémoire ou l'inclusion de ses agents dans la délégation en charge de plaider le dossier – associée à cette défense⁴⁹. Divers États fédéraux ont élaboré des

⁴⁸ Voir CourEDH, décision sur la recevabilité du 11 mars 2005, *Dewinne c. Belgique*, req. n° 56024/00 ; CourEDH, arrêt du 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgique*, req. n° 21861/03, Rec 2007-V.

⁴⁹ Voir p.ex. l'intervention du Gouvernement de Québec dans l'affaire *McIntyre, Ballantyne et Davison* (CCPR, 5 mai 1993, constatations *McIntyre, Ballantyne et Davidson c. Canada*, CCPR/C/47/D/385/1989, par. 8.5 à 8.8).

règles plus ou moins précises à ce sujet⁵⁰. Quelle que soit cependant la formule retenue, c'est *au nom de l'État fédéral, et non de la collectivité fédérée mise en cause*, que la défense sera menée. Pour reprendre les mots de Olivier MATTER, « les gouvernements fédéraux restent les interlocuteurs uniques des instances internationales de protection des droits de l'homme et, à travers eux, c'est l'action de l'ensemble des autorités nationales qui est jugée »⁵¹.

Ce « recentrement procédural » n'est pas sans conséquences. Par la force des choses, en effet, les arguments produits et les prises de positions adoptées par ou au nom de l'État fédéral dans le prétoire international, devront être acceptables pour l'ensemble des collectivités fédérées et des groupes de population qui les composent. À l'occasion, cet impératif d'« acceptabilité » pourra avoir pour conséquence d'affadir le plaidoyer et/ou d'en réduire l'efficacité. Luzius WILDHABER rappelle ainsi qu'aucun règlement amiable n'a pu être conclu dans l'affaire *Pressos Compania Naviera c. Belgique* en raison d'un désaccord entre le Gouvernement fédéral et la Région flamande sur la répartition du coût d'un tel règlement⁵². Dans certaines circonstances extrêmes, le plaidoyer se trouvera même réduit à néant par l'impossibilité de trouver une position commune sur la question en litige. L'affaire *Toonen c. Australie*⁵³ est, à cet égard, particulièrement significative, pour ne pas dire caricaturale : devant le Comité des droits de l'homme, l'argumentaire de l'état fédéré de Tasmanie, qui défendait l'admissibilité de sa législation prohibant pénalement l'homosexualité entre adultes consentants, était contredit... par le Gouvernement australien lui-même.

Sans doute s'agit-il ici de véritables cas d'école. Ils n'en illustrent pas moins la nécessité d'une *coordination* entre les différents partenaires de la Fédération lorsque celle-ci est appelée à comparaître dans les prétoires du

⁵⁰ Voir p.ex., s'agissant de la Suisse, Philippe BOILLAT, « La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme », in Roland BIEBER *et al.*, dir., *Grundrechtsschutz in Europa/Protection des droits de l'homme en Europe*, Berne/Zurich, Stämpfli/Schulthess, 2001, pp. 15-9.

⁵¹ MATTER, « Article 50 », *op.cit.*, note 46, p. 821.

⁵² Luzius WILDHABER, « Fédéralisme et protection des droits fondamentaux. Réponse à l'exposé de J. Woehrling », in *Troisième conférence internationale sur le fédéralisme*, *op.cit.*, note 16, p. 388, note 5.

⁵³ CCPR, 4 avril 1994, décision *Toonen c. Australie*, CCPR/C/50/D/488/1992.

droit international ou européen des droits de l'homme : que les violons soient au moins accordés au travers d'une concertation préalable. À cet égard, le système fédéral belge fait montre d'un pragmatisme optimiste qui laisse relativement songeur : s'agissant des procédures contentieuses menées devant les instances internationales de surveillance des droits de l'homme, il n'existe en effet aucune procédure formalisée visant à réaliser pareille concertation et à définir les modalités tant soit peu précises de l'association des Communautés et Régions lorsque ce sont leurs actes qui, en tout ou partie, se trouvent mis en cause à Strasbourg ou à Genève. Cette absence de formalisation est d'autant plus étonnante que l'association de la collectivité fédérée concernée à la procédure contentieuse internationale est une *condition sine qua non* de la mise en œuvre du mécanisme visé à l'article 169 de la Constitution selon lequel l'autorité fédérale peut se substituer à l'autorité fédérée défaillante⁵⁴.

2. *Equality bodies* et institutions nationales des droits de l'homme : unité ou diversité ?

Parmi les recommandations adressées aux États membres du Conseil de l'Europe, la récente Déclaration de Brighton (avril 2012) invite ceux-ci à « envisager d'établir, si (ils) ne l'ont pas encore fait, une institution nationale indépendante chargée des droits de l'homme »⁵⁵. L'invitation ainsi faite n'est assurément pas sans précédent, tant dans les sphères du Conseil de l'Europe qu'au niveau onusien⁵⁶. Elle y reçoit divers supports : droit « recom-

⁵⁴ Voir l'article 16, § 3, 2 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980.

⁵⁵ *Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Brighton*, pt. 9, c, i). Cette déclaration est consultable sur [www.http://hub.coe.int/fr/20120419-brighton-declaration/](http://hub.coe.int/fr/20120419-brighton-declaration/). Voir Françoise TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *Cahiers de droit européen*, no 2, vol. 48, 2012, pp. 305-43.

⁵⁶ Pour un aperçu complet des sources pertinentes, voir EU Agency for Fundamental Rights, *National Human Rights Institutions in the EU Member States. Strengthening the Fundamental Rights Architecture in the EU*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, 2010 ; Stefan SOTTIAUX, Jogchum VRIELINK, « Institutionalising » *van Gelijkheid en Mensenrechten. Gelijkeheidsorganen en mensenrechteninstellingen in Vlaanderen en België*, Anvers, Intersentia, 2012, p. 5 ss.

mandatoire » *soft*⁵⁷, instruments conventionnels *hard*⁵⁸ et prises de positions répétées des instances de contrôle⁵⁹. Le droit antidiscriminatoire de l'Union européenne impose pour sa part la création, par les États membres, d'organismes de promotion de l'égalité de traitement – les *equality bodies*⁶⁰.

Dans les deux cas, qu'il s'agisse des institutions nationales pour la protection des droits de l'homme ou des *equality bodies*⁶¹, le paradigme d'organisation

⁵⁷ Voir p.ex. la Recommandation Rec. (97)14 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres du 30 septembre 1997 relative à l'établissement d'institutions nationales indépendantes pour la promotion et la protection des droits de l'homme.

⁵⁸ Voir p.ex., l'article 33 de la Convention sur la protection des droits des personnes handicapées du 13 décembre 2006.

⁵⁹ Voir p.ex., s'agissant de la Belgique, CCPR, observations finales sur le 5^e rapport périodique de la Belgique (2010), CCPR/C/Bel/CO, 5, pt. 8 ; CAT, observations finales sur le 2^e rapport périodique de la Belgique (2009), CAT/C/BEL/CO/2, par. 12 ; CEDAW, observations finales sur les 5^e et 6^e rapports périodiques de la Belgique (2008), CEDAW/C/BEL/CO/5, par. 33-34 ; CERD, observations finales sur les quatorzième et quinzième rapports périodiques de la Belgique (2008), CERD/C/BEL/CO/15, par. 10 ; ECOSOC, *supra*, note 40, par. 26.

⁶⁰ Voir l'art. 13 de la directive 2000/43/CE du 29 juin 2000 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique* ; l'article 12 de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes dans l'accès à des biens et services et la fourniture des biens et services* ; l'art. 20 de la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail* (refonte).

⁶¹ La référence aux « Principes de Paris » n'apparaît pas dans le texte ou le Préambule des directives visées à la note précédente. Elle est en revanche reprise dans le Préambule (considérant 28) de la *Proposition de Directive relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de religion ou de convictions, de handicap, d'âge ou d'orientation sexuelle*, formulée par la Commission européenne le 2 juillet 2008, et demeurée jusqu'à ce jour non adoptée (voir Koen LEMMENS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « Les nouvelles initiatives législatives européennes dans le domaine de la lutte contre la discrimination. Un *corpus juris* en quête de cohérence », in Christian BAYART, Stefan SOTTIAUX, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, dir., *Actualités du droit de la lutte contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2010, pp. 103-4).

mis en avant par les sources internationales et européennes précitées est, invariablement⁶², puisé dans les *Principes de Paris*⁶³. La conformité d'une institution nationale avec ces principes est évaluée par une instance internationale – l'*International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights* (ICC) –, et vaut à l'institution concernée la reconnaissance d'un « statut » (A, B ou C), auquel s'attache divers « privilèges ». Comme le résume l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne⁶⁴,

« A-status accreditation, meaning full membership in the ICC⁶⁵, provides the right to speak in international fora, for example the UN Human Rights Council. As B-status entails only partial compliance with the Principles, no voting rights in the ICC are granted⁶⁶ and such institutions only have the right to attend sessions of the UN Human Rights Council without the possibility to make interventions. »

Ces *Principes de Paris* – qui n'ont qu'un statut de *soft law* – recommandent que les institutions nationales de protection des droits de l'homme soient « dotées d'un mandat aussi étendu que possible », en sorte que « toutes (les) questions relatives à la protection et à la promotion des droits de l'homme » devraient idéalement ressortir de leur compétence.

⁶² Voir SOTTIAUX, VRIELINK, “*Institutionalisering*” van *Gelijkheid en Mensenrechten*, *op.cit.*, note 56, pp. 9, 21-2.

⁶³ Les « Principes de Paris » (« Principes concernant le statut des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme ») est un texte élaboré en 1991 par plusieurs institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme à l'occasion de leur première rencontre internationale, qui fut approuvé ensuite au niveau des Nations Unies tant, en 1992, par sa Commission des droits de l'homme (Comm. D.H. ONU, résolution 1992/54, 3 mars 1992, E/COMMISSION. 4/RES/1992/54) que par son Assemblée générale, en 1993 (Assemblée générale ONU, résolution 48/134, 20 décembre 1993, A/RES/48/134).

⁶⁴ EU Agency for Fundamental Rights, *National Human Rights Institutions in the EU Member States*, *supra*, note 57, p. 18.

⁶⁵ Voir l'art. 24.1 des Statuts de l'ICC.

⁶⁶ Selon l'art. 24.2 des Statuts de l'ICC.

Ainsi que l'a mis en lumière l'Assemblée générale du Conseil d'État belge dans un avis du 7 décembre 2010⁶⁷, la mise en œuvre de cette recommandation, telle qu'interprétée par les instances internationales et européennes, soulève en Belgique une double difficulté.

La première difficulté réside dans l'« émiettement catégoriel » des missions confiées aux institutions et organes belges impliqués, *de lege lata*, dans la protection des droits de l'homme. Ralliant sur ce point les vues exprimées par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'avis du 7 décembre 2010 semble estimer qu'une telle division entre institutions spécialisées – droits de l'enfant pour l'une, droits des personnes handicapées pour l'autre, droits des justiciables pour la troisième ... – n'est pas des plus conformes à l'idéal de l'institution nationale de protection des droits de l'homme promu par les Principes de Paris⁶⁸. À tout le moins serait-il nécessaire qu'il existe une structure faîtière réalisant la coordination et la concertation des institutions et organes spécialisés et assumant pour ainsi dire le rôle de « guichet unique » ou, plus minimalement, d'aiguilleur de première ligne.

La seconde difficulté est propre aux « États composés » et, singulièrement, fédéraux. Comme le rappelle l'avis du 7 décembre 2010 dans la ligne d'une jurisprudence aujourd'hui bien établie du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle, « les droits de l'homme ne forment pas une matière en soi mais relèvent de la compétence de l'autorité fédérale ou des entités fédérées, selon la compétence exercée »⁶⁹.

Les droits de l'homme forment ainsi, dans la structure fédérale belge, une manière de compétence exclusive partagée. Combiné à ses prolongements institutionnels – le principe dit de « verticalité »⁷⁰ –, pareille exclusivité

⁶⁷ Avis n° 48.958/AG du 7 décembre 2010 sur une proposition de loi créant une Commission fédérale des droits de l'homme, *Doc. Parl. Chambre*, Doc 53-418/2.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 7-8. Voir *supra*, II.A.

⁶⁹ Avis n° 48.958/AG du 7 décembre 2010 sur une proposition de loi créant une Commission fédérale des droits de l'homme, *Doc. Parl. Chambre*, Doc 53-418/2, p. 9.

⁷⁰ Sur ce principe de « verticalité », voir VANPRAET, *De latente staatshervorming*, *op.cit.*, note 22, p. 50 ss.

impliquerait par principe que chaque partenaire de la Fédération – État fédéral, Communautés, Régions – devrait créer sa propre institution nationale de protection des droits de l’homme et son propre *equality body*, en veillant à définir leurs missions de manière à ce qu’elles ne débordent pas de sa sphère de compétence. Ainsi l’avis du 7 décembre 2010 affirme-t-il, dans la ligne d’avis antérieurs⁷¹, « qu’il n’appartient (...) pas au législateur fédéral de créer et d’organiser une institution ayant vocation à interférer, fût-ce partiellement, dans les compétences des entités fédérées »⁷². En conséquence, la Section de législation estime que la proposition de loi fédérale qui entendrait créer une Commission fédérale des droits de l’homme appelée notamment à exercer une mission consultative auprès des gouvernements et assemblées fédérés, ainsi qu’à promouvoir la mise en conformité des « décrets et ordonnances » fédérés avec les *requisits* du droit européen et international des droits de l’homme, « porte atteinte à l’autonomie des entités fédérées »⁷³. La création d’une institution dotée d’une telle mission « transversale » ne pourrait donc se contenter d’une initiative fédérale unilatérale, mais requerrait la conclusion d’un accord de coopération entre les partenaires de la Fédération concernés, sur le fondement de l’article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. À défaut d’un tel cadre coopératif, cela restera – mieux : devra rester – « chacun pour soi ».

De nombreuses et bonnes pages ont été récemment écrites⁷⁴ sur les avantages et inconvénients respectifs des options – l’atomisation vs la

⁷¹ Voir les avis cités et analysés par Jan VELAERS, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La répartition des compétences dans la lutte contre la discrimination », in Christian BAYART, Stefan SOTTIAUX, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, dir., *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges, La Charte, 2008, pp. 125-7.

⁷² Avis n° 48.958/AG du 7 décembre 2010, *supra*, note 68, p. 10. Voir encore, plus récemment, l’avis n° 52.676/VR donné le 5 février 2013 sur un avant-projet de loi « adaptant la loi du 15 février 1993 créant un Centre pour l’Egalité des chances et la lutte contre le racisme en vue de le transformer en un Centre fédéral pour l’analyse des flux migratoires, la protection des droits fondamentaux des étrangers et la lutte contre la traite des êtres humains », *Doc. Parl. Chambre*, doc. 53-2859/1, p. 11

⁷³ *Ibid.*, p. 10.

⁷⁴ SOTTIAUX, VRIELINK, “*Institutionalisering*” van *Gelijkheid en Mensenrechten*, *op.cit.*, note 56, p. 122 ss.

centralisation institutionnelles – rivalisant en cette matière. On ne les réécrira pas ici. Seule nous retiendra la question de savoir si, et dans quelle mesure, il existerait à ce niveau quelque contrainte européenne ou internationale de nature « centripète », au sens où nous l'avons défini. L'avis du 7 décembre 2010 se prononce en ce sens, quoique de manière prudente⁷⁵. Envisageant les thérapies possibles à l'excès de compétence dont était entachée la proposition de loi créant une Commission fédérale des droits de l'homme, le Conseil d'État énonce :

« Il serait certes loisible au législateur de revoir la proposition pour limiter les compétences de la Commission à celles qui relèvent de l'autorité fédérale ou à en configurer les missions de manière strictement informative à l'égard de l'autorité fédérale mais pareilles restrictions éloigneraient cette institution des objectifs poursuivis par les auteurs de la proposition et des recommandations précitées des institutions internationales relatives au champ d'activités des institutions nationales de protection et de promotion des droits de l'homme. Ceci ne mettrait pas la législation proposée en harmonie avec les "Principes de Paris" et ne permettrait pas à la Commission d'être reconnue sous le statut A selon les critères du Comité international de coordination des institutions nationales pour la promotion et la protection des droits de l'homme. »⁷⁶

La pratique de l'*International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights* (ICC) vient incontestablement en renfort de l'analyse du Conseil d'État et atteste clairement d'une « contrainte », certes implicite et indirecte mais néanmoins pragmatiquement efficace, exercée dans le sens, sinon d'une centralisation, ou à tout le moins d'une coordination exercée par une structure faîtière « interfédérale »⁷⁷. Ainsi qu'il est rappelé dans le rapport récemment dédié aux Institutions nationales de protection des droits de l'homme par l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne,

« *The Sub-Committee (i.e., le Sub-Committee on Accreditation (SCA) de l'International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights) acknowledges and encourages the trend towards a strong national human rights protection system in a State by having one consolidated and comprehensive national human rights*

⁷⁵ Comp. toutefois avec *ibid.*, p. 76 et pp. 130-1.

⁷⁶ Avis n° 48.958/AG du 7 décembre 2010, *supra*, note 68, p. 10.

⁷⁷ Voir aussi *National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights*, Rapport du Secrétaire-Général, 8 août 2011, A/66/274, p. 18, par. 95.

institution. In very exceptional circumstances, should more than one national institution seek accreditation by the ICC (⁷⁸), it should be noted that Article 39 of the ICC Statute provides that the State shall have one speaking right, one voting right and, if elected, only one ICC Bureau member. »⁷⁹

À l'heure actuelle, il semble que les différents partenaires de la fédération belge ont été convaincus par la nécessité, ou, à tout le moins, par l'intérêt de coopérer dans l'édification des *equality bodies* et de l'*institution nationale de protection des droits de l'homme* belges, et de concevoir ceux-ci comme des structures « interfédérales » communes⁸⁰.

C. Les pressions uniformisantes du « droit comparé intrafédéral » dans la jurisprudence des droits de l'homme

Nous l'avons rappelé ci-dessus : dans un État fédéral, une violation du principe d'égalité et de non-discrimination ne peut, comme telle, résulter du seul fait de la diversité des statuts de droits et libertés que chacune des collectivités fédérées, dans son domaine de compétence, a résolu d'offrir à ses « ressortissants ». Fort logiquement, le juge constitutionnel interne est porté à considérer comme inopérant et irrelevante l'argument du « droit comparé intrafédéral », c'est-à-dire l'argument selon lequel une restriction à tel ou tel droit ou liberté, décidée par une collectivité fédérée, devrait être jugée « non nécessaire » et, partant, « disproportionnée », du seul fait qu'une autre collectivité fédérée a, pour sa part, estimé qu'une telle restriction ne s'imposait pas. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle en Belgique

⁷⁸ À notre connaissance, il n'y a guère que dans le cas du Royaume-Uni que trois institutions « généralistes » distinctes se sont vues reconnaître un « statut A » : Equality and Human Rights Commission (Angleterre), Northern Ireland Human Rights Commission, Scottish Human Rights Commission.

⁷⁹ EU Agency for Fundamental Rights, *National Human Rights Institutions in the EU Member States*, *supra*, note 57, p. 62. Voir aussi SCA General observations (2009), in *Compilation of the Rules and Working methods of the SCA* (consultable sur <http://nhri.ohchr.org/EN/Pages/default.aspx>), rule 6.6.

⁸⁰ Voir en effet la loi « portant assentiment à l'accord de coopération du 12 juin 2013 visant à créer un Centre interfédéral pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme et les discriminations », adoptée par le Sénat le 14 novembre 2013 (*Doc. Parl. Sénat*, Doc 5-2137/7) et actuellement soumise à la sanction et à la promulgation royales.

comporte quelques précédents en ce sens⁸¹. Ainsi et par exemple, appelé à statuer sur la validité d'une restriction au droit au respect de la vie privée imposée par une Région, l'arrêt n° 14/93 du 18 février 1993 énonce, de manière tout à fait générale, qu'« une comparaison entre les normes émanant de législateurs régionaux différents ne serait pas juridiquement pertinente »⁸².

En revanche, dans la jurisprudence européenne et internationale des droits de l'homme, ce genre de comparaison « intrafédérale » apparaît, dans certains cas, nettement plus opérant. A plus d'une reprise en effet, la Cour européenne des droits de l'homme a pris argument de l'absence d'uniformité d'une politique limitative de liberté au sein d'un seul et même État, pour minorer le poids des intérêts censés justifier la limitation querellée, et ainsi aboutir au constat de l'incompatibilité, avec la Convention, de la limitation en cause. Les exemples en la matière foisonnent et ils concernent, par exemple : le maintien d'une contribution de sapeur-pompier obligatoire dans un seul des *Länder* allemands⁸³ ; la conservation de données à caractère personnel de personnes jadis suspectées d'infractions au Pays de Galles et en Angleterre, mais pas en Ecosse⁸⁴ ; ou encore, la géométrie territorialement variable de la réglementation des apports « forcés » de certains fonds à des associations de chasse agréées⁸⁵. Aucun de ces précédents de comparaison intrafédérale ne concerne jusqu'à présent la Belgique. Aussi ne s'étendra-t-on pas ici davantage sur leur analyse⁸⁶. Tout juste nous contenterons-nous des quelques réflexions suivantes.

⁸¹ Voir aussi VERDUSSEN, BONBLED, « Les droits constitutionnels et le fédéralisme », *op.cit.*, note 6, p. 265.

⁸² Pt. B.2.6 de l'arrêt.

⁸³ CourEDH, arrêt du 18 juillet 1994, *Karlheinz Schmidt c. Allemagne*, req. n° 13580/88, Série A, n° 291-B, par. 28.

⁸⁴ CourEDH [GC], arrêt du 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, req. n°s 30562/04, 30566/04, Rec. 2008, par. 109-110.

⁸⁵ CourEDH [GC], arrêt du 29 avril 1999, *Chassagnou et autres c. France*, req. n°s 25088/94, 28331/95, 28443/95, Rec. 1999-III, par. 84 et 116 ; CourEDH [GC], arrêt du 26 juin 2012, *Herrmann c. Allemagne*, req. n° 9300/07, par. 86, 89 et l'opinion dissidente jointe à l'arrêt par le Juge Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE.

⁸⁶ Voir en effet, pour l'analyse détaillée de ces précédents, TULKENS, VAN DROOGHENBROECK, « Le fédéralisme sous la pression du droit international des droits de l'homme », *op.cit.*, note intro, et VAN DROOGHENBROECK, « Le

On le pressent assez rapidement : les comparaisons intrafédérales réalisées par la Cour européenne des droits de l'homme pourront avoir, dans certains cas, un effet uniformisateur non négligeable. Il ne s'agit pas d'une contrainte directe : la Cour n'exige pas expressément que les pratiques et législations des différentes collectivités fédérées soient parfaitement identiques aux fins de résister au contrôle de proportionnalité ou, plus largement, de conventionnalité. En revanche, ces comparaisons rendent particulièrement inconfortable la position de l'État fédéral, sommé de démontrer que, sous sa propre juridiction, tout et son contraire peuvent être décidés en conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme. Cet inconfort peut, à son tour, être une puissante incitation à l'uniformisation.

On ne peut donc manquer de s'interroger sur la *légitimité* même de ces comparaisons intrafédérales et des contraintes uniformisatrices indirectes que, dans certains cas, elles induisent. Risquons la provocation : n'y a-t-il pas une certaine hypocrisie à affirmer que le principe d'égalité et de non-discrimination s'accommode de la « diversité fédérale »⁸⁷ si, dans un même temps, l'on aboutit à faire de cette diversité un handicap dans toute entreprise de justification de mesures limitatives de droits et libertés ? Chassé par la porte, l'idéal républicain – « une même loi pour tous » – ferait-il irrésistiblement et sournoisement retour par les fenêtres des comparaisons intrafédérales ?

Il convient d'être nuancé. La Convention européenne des droits de l'homme est sous-tendue par un projet d'harmonisation. Il s'agit, selon les propres termes de son Préambule, de réaliser une « Union plus étroite » entre les États membres du Conseil de l'Europe. Depuis les origines, ce projet a légitimé qu'au travers de comparaison des pratiques et législations des divers États membres, la Cour européenne identifie les « consensus européens » à l'aune desquels l'attitude de l'un d'entre eux peut être évaluée. L'on ne compte plus les arrêts qui, au départ de semblables comparaisons interétatiques, déclarèrent inconvencionnelles telles ou telles législations ou

fédéralisme sous la contrainte du droit des droits de l'homme ? », *op.cit.*, note intro, pp. 318-23.

⁸⁷ Voir *supra* II.A.

pratiques nationales dissonantes⁸⁸. En termes de résultats, ces comparaisons n'ont toutefois rien de mécanique et elles ont toujours ménagé l'éventualité d'une dissidence acceptable⁸⁹, réfrénant le projet harmonisateur. Singulièrement dans les domaines sensibles – songeons par exemple aux questions bioéthiques ou aux délicats rapports entre l'autorité publique et la religion –, un État ne sera pas condamnable par cela seul qu'il se positionne en marge du consensus européen et continue à tenir pour nécessaire ce que la majorité des autres États a, pour sa part, jugé inutile⁹⁰. Un équilibre, toujours délicat, tente ainsi de se construire entre l'unité et la diversité et l'instrument de cet équilibre est la marge nationale d'appréciation.

Les comparaisons intrafédérales dont nous avons traité ci-dessus présentent, pour leur part, un caractère mécanique nettement plus accentué. L'idée d'une dissidence acceptable et, plus fondamentalement, d'une diversité acceptable n'apparaît pas expressément dans la jurisprudence et ne s'y laisse même pas deviner. Cette jurisprudence semble s'adosser à un postulat implicite : au sein d'un État demeuré internationalement unique, il peut être légitimement présumé que les contextes culturels, sociaux et économiques sont relativement homogènes et qu'il existe – et devrait exister – une plus grande convergence de vues sur les grands problèmes sociétaux qu'entre deux États distincts. Poussé jusqu'à l'extrême, un tel postulat implique la négation même du fédéralisme et de l'identité des États qui en ont fait le choix. Il convient donc que le juge européen, tout comme il l'a fait pour les relations « interétatiques » nouées entre les États parties à la Convention, rende justice à l'« unité dans la diversité » qui caractérise aussi, au sein de certains d'entre eux, les relations entre partenaires de la construction fédérale.

Un appel en ce sens fut lancé, en mars 2005, par l'ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme, Luzius WILDHABER. Selon lui, il

⁸⁸ Voir p. ex., CourEDH, arrêt du 24 novembre 1993, *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, req. n^{os} 13914/88, 15041/89, 15717/89, 15779/89, 17207/90, Série A, n^o 276, par. 39.

⁸⁹ Voir CourEDH [GC], arrêt du 16 décembre 2010, *A, B et C c. Irlande*, req. n^o 25579/05, Rec. 2010, par. 237. Voir, plus anciennement, CourEDH, arrêt du 18 décembre 1987, *F. c. Suisse*, req. n^o 11329/85, Série A, n^o 128, par. 33.

⁹⁰ La même idée fut mise en avant par CJUE, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, C-36/02, Rec. 2004, p. I-9609, par. 38.

conviendrait d'ajuster la doctrine de la marge nationale d'appréciation à la situation d'États composés et, singulièrement, fédéraux. Au fondement de cette doctrine réside en effet le constat que, dans certains cas, les autorités nationales, grâce au contact direct dont elles disposent avec la société dont elles ont la responsabilité, sont en « meilleure position » que le juge européen pour évaluer les besoins de celle-ci et, corrélativement la nécessité des limites aux droits fondamentaux que requiert la satisfaction de ces besoins. Dans un État fédéral, les « autorités nationales » dont question ne s'identifient pas nécessairement aux autorités fédérales ; selon les matières, il peut s'agir des autorités fédérées. Il est donc parfaitement concevable et légitime de reconnaître à celles-ci un droit de « dissidence » : l'une peut parfaitement juger nécessaire ce que l'autre a, quant à elle, estimé inutile, voire inopportun. À ce niveau également, il n'y aurait donc pas lieu de tirer des conséquences « mécaniques » de la comparaison des pratiques et législations respectives et des dysharmonies qu'elle révèle. Ici aussi, et à l'instar de ce qui prévaut dans les rapports interétatiques, il conviendrait d'intégrer l'éventualité d'une « diversité acceptable ». En un mot : pour rendre justice à l'identité constitutionnelle de certains États, la marge « nationale » d'appréciation doit être retraduite, le cas échéant, en une marge « régionale » d'appréciation.

Trouve-t-on, dans les annales strasbourgeoises, une amorce de cette retraduction ? Certes oui, mais dans des précédents relativement anciens – et pour certains d'entre eux, franchement discutables... –, confinés à la problématique (limitée) de la protection de la morale. À ce niveau en effet, la Cour européenne des droits de l'homme a semblé prête à admettre que les sensibilités puissent légitimement différer au sein d'un même État, quitte à ce que cette situation se traduise par des politiques diversifiées, voire même opposées, en matière de limitation aux droits fondamentaux. Selon le juge de Strasbourg en effet, « dans un État où vivent des communautés culturelles diverses, les autorités compétentes peuvent fort bien se trouver en face d'impératifs divers, tant moraux que sociaux »⁹¹. D'une telle prémisse, la Cour infère une manière de « marge régionale d'appréciation » qui, techniquement, neutralise, ou à tout le moins, amenuise considérablement le caractère mécanique des conclusions tirées de comparaisons intraétatiques. Cette « marge régionale d'appréciation » fut par exemple convoquée dans l'arrêt *Handyside* pour expliquer et justifier la géométrie variable des

⁹¹ CourEDH, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, *supra*, note 34, par. 56.

poursuites dont l'éditeur du *Little Red Schoolbook* avait fait l'objet sur l'ensemble du territoire du Royaume-Uni⁹². Une telle marge s'aperçoit également en filigrane des arrêts *Müller c. Suisse*⁹³ et *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*⁹⁴. Plus récemment, à l'occasion de l'affaire *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, la Cour énonça que « la gestion de l'affichage public dans le cadre de campagnes non strictement politiques peut varier d'un État à un autre, voire d'une région à une autre au sein d'un même État, surtout s'agissant d'un État ayant choisi une organisation politique de type fédéral »⁹⁵. Reste cependant à savoir si cette idée essaimera, à l'avenir, hors de la seule thématique de la protection de la morale.

III. Les mouvements centrifuges induits dans le système fédéral belge par la protection européenne et internationale des droits de l'homme

Les longs développements qui précèdent donnent l'impression que les interactions qui se jouent entre, d'une part, la protection internationale et européenne des droits de l'homme et, d'autre part, la distribution des pouvoirs et responsabilités dans un système fédéral, ont invariablement et inévitablement pour résultante une réduction ou, à tout le moins, un sérieux frein mis à l'autonomie des collectivités fédérées. Réduit à ce qui précède, le tableau ne serait pas complet – à tout le moins s'agissant du cas particulier de la Belgique. La jurisprudence constitutionnelle belge – celle de la Cour éponyme, mais aussi celle de la Section de législation du Conseil d'État – révèle en effet des hypothèses où le souci d'honorer les engagements internationaux de la Belgique en matière de droits fondamentaux a pu justifier que les Communautés et Régions réalisent des empiètements, plus ou moins massifs, sur des compétences relevant de l'autorité fédérale.

⁹² CourEDH, arrêt du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, req. n° 5493/72, Série A, n° 24, par. 54.

⁹³ CourEDH, arrêt du 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, req. n° 10737/84, Série A, n° 133, par. 36

⁹⁴ CourEDH, arrêt du 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, req. n° 13470/87, Série A, n° 295-A, par. 50.

⁹⁵ CourEDH [GC], arrêt du 13 juillet 2012, *Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse*, req. n° 16354/06, Rec. 2012, par. 64.

En l'occurrence, le phénomène décrit prit appui sur l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, aux termes duquel « les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ». Ce dispositif est l'ancrage de ce que le jargon constitutionnel belge désigne habituellement sous les termes de « pouvoirs implicites » ou encore de « compétences implicites » des Communautés et Régions. Sur le fondement de ces pouvoirs ou compétences, les collectivités fédérées belges vont pouvoir « déborder » sur les compétences, en principe exclusives, de l'État fédéral.

Selon l'antienne bien connue, le débordement dont question n'est toutefois admissible qu'à la triple condition qu'il soit « nécessaire à l'exercice de compétences régionales ou communautaires, que la matière fédérale se prête à un règlement différencié et que l'incidence de cet empiètement ne soit que marginale »⁹⁶. La condition de « nécessité », ainsi mise en lumière, peut être satisfaite par la mise en avant d'impératifs que fait peser, sur la Communauté ou la Région concernée, le droit européen des droits fondamentaux. Semblable argumentation fut visible, entre autres⁹⁷, lorsqu'il s'est agi de construire la protection juridictionnelle requise face aux sanctions administratives introduites par des décrets (ou ordonnances) communautaires et régionaux (A), ou lorsqu'il fut question de justifier la création de toute pièce, par une Communauté ou une Région, d'une juridiction administrative (B). On se permettra de demeurer, sur l'un ou l'autre point, relativement schématique et de tenir à distance les détails d'une matière éminemment complexe⁹⁸.

⁹⁶ Cour constitutionnelle, 57/2012, 3 mai 2012, B.13.1.

⁹⁷ Voir p.ex., à propos de dispositifs de sanction « civils » insérés dans un décret communautaire ou régional ayant pour objet la lutte contre la discrimination et la transposition de la législation européenne dérivée relative à la matière, l'avis 43.835/1 rendu par le Conseil d'Etat le 20 décembre 2007, *Doc VI. Parl.*, 2007-2008, n° 1578/1, pp. 69-70.

⁹⁸ De manière plus approfondie que dans la présente contribution, voir VAN DROOGHENBROECK, « Le procès équitable et le droit communautaire et régional du contentieux administratif », *op.cit.*, note 10.

A. La protection juridictionnelle face aux sanctions administratives communautaires et régionales

Selon l'article 160 de la Constitution belge, la détermination des compétences de la section du contentieux administratif du Conseil d'État – juge suprême de la légalité des actes administratifs émanant des autorités administratives – ressortit à la compétence du législateur fédéral. Il en va de même, selon la Cour constitutionnelle, s'agissant des compétences matérielles des juridictions du pouvoir judiciaire et des règles de procédure en application desquelles celles-ci sont appelées à statuer⁹⁹.

Il a cependant été admis qu'aux fins de satisfaire les impératifs issus de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, Communautés et Régions puissent, sur base de l'article 10 de la Constitution, s'ingérer dans ces deux domaines de compétence fédérale, en soustrayant à la compétence de la Section du contentieux administratif du Conseil d'État le contentieux portant sur la légalité des sanctions administratives portées par leurs décrets, et en confiant ce contentieux à la compétence matérielle de l'une ou l'autre juridiction judiciaire. Le raisonnement – qui fit l'objet d'une abondante jurisprudence de la Section de législation – peut en substance être résumé comme suit. Lorsque la sanction administrative portée par la législation fédérée est qualifiable de « pénale » au sens de l'article 6 de la Convention, il est nécessaire, selon la Cour européenne des droits de l'homme, qu'elle puisse faire l'objet d'un recours devant une juridiction disposant, à l'égard du litige, d'une plénitude de juridiction.

Pendant un certain temps¹⁰⁰, la Section de législation du Conseil d'État avait estimé, de manière plus ou moins explicite, que sa jumelle – la Section du contentieux administratif – ne disposait pas ou, à tout le moins, pas toujours de la compétence de « pleine juridiction » pareillement requise. Selon la Section de législation en effet, la « pleine juridiction » exigeait un véritable

⁹⁹ Voir, parmi beaucoup d'autres, Cour constitutionnelle, n° 171/2003, 17 décembre 2003, B.3.2.

¹⁰⁰ Cette interprétation maximaliste de la notion de « pleine juridiction » a cependant été abandonnée par la Section de législation du Conseil d'État. Voir VAN DROOGHENBROECK, « Le procès équitable et le droit communautaire et régional du contentieux administratif », *op.cit.*, note 10.

pouvoir de « substitution » dans le chef de la juridiction concernée et ne pouvait donc se contenter du « simple pouvoir d’annulation » dont dispose la Section du contentieux administratif. La Section de législation admettait donc sans difficulté qu’aux fins de respecter les exigences de l’article 6 de la Convention, une Communauté ou une Région puisse juger « nécessaire », au sens de la doctrine des pouvoirs implicites, de confier le contentieux de ses sanctions administratives à une juridiction judiciaire investie d’un pouvoir de substitution, et ainsi de déroger au droit – fédéral – commun du contentieux de la légalité des actes administratif¹⁰¹.

Ainsi donc, le respect des exigences de l’article 6 de la Convention autorisait les législateurs communautaires à déroger à la compétence fédérale sur base de leurs compétences implicites respectives : mieux encore, il le leur imposait. L’effet centrifuge était ici porté à son paroxysme.

B. La création de juridictions administratives communautaires ou régionales

On déduit classiquement de l’article 161 de la Constitution belge que la création de juridictions administratives ressort de la compétence exclusive du législateur fédéral ; Communautés et Régions ne pourraient s’y immiscer que sur le fondement de leurs pouvoirs implicites, moyennant réunion des trois conditions requises à cet effet¹⁰².

Sur ce terrain également, on a vu apparaître l’idée que la réalisation effective des droits du procès équitable garantis à l’article 6 de la Convention européenne des droits de l’homme pouvait venir en soutien de la justification du caractère « nécessaire » de la création, par une Communauté ou une Région, d’une juridiction administrative. Tel fut le cas lorsque la Région

¹⁰¹ Le raisonnement ainsi suivi reçoit une illustration tout à fait paradigmatique dans un avis 45.923/3 du 24 février 2009, *Doc. Vl. Parl.*, 2008-2009, 2178/1, p. 46-50, et nombreuses références citées.

¹⁰² Voir, pour plus de détails et de nuances, Xavier DELGRANGE, Nicolas LAGASSE, « La création de juridictions administratives par les Communautés et les Régions », in Hugues DUMONT, Pierre JADOUL, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, dir., *La protection juridictionnelle du citoyen face à l’administration*, Bruges, La Charte, 2007, p. 487 ss. ; VANPRAET, *De latente staatshervorming*, *op.cit.*, note 22, p. 287 ss.

flamande entendit créer une véritable juridiction, indépendante et impartiale, pour statuer sur le contentieux des élections locales flamandes (*Raad voor verkiezingsbetwistingen*). Suivi sur ce point par la Section de législation du Conseil d'État¹⁰³, le législateur flamand avait en effet estimé que la législation fédérale normalement applicable à la matière n'était plus du tout aux normes du procès équitable, dès lors qu'elle confiait ce contentieux électoral à un organe politique, à savoir la députation permanente de la province concernée¹⁰⁴. Il était donc nécessaire d'y déroger.

Le *Raad voor vergunningsbetwistingen* – juridiction administrative de première instance compétente en matière d'autorisations urbanistiques – vit quant à lui sa création justifiée par la Région flamande au nom du souci de mieux respecter l'exigence du « délai raisonnable » déduite de l'article 6 de la Convention, et d'assurer au contentieux de ces autorisations un traitement qui, de part en part, relève d'une juridiction. L'argument « article 6 » ne convainquit pas, cette fois-ci, la Section de législation du Conseil d'État¹⁰⁵. La Cour constitutionnelle¹⁰⁶, saisie à son tour du dossier, fut d'une opinion différente, et admit pour sa part ce nouveau débordement sur les compétences, en principe exclusives, de l'État fédéral.

¹⁰³ Avis n° 39.080/AV/3, *Doc. VI. Parl.*, 2005-2006, p. 99.

¹⁰⁴ Voir en ce sens CourEDH, arrêt du 2 mars 2010, *Grosaru c. Roumanie*, req. n° 78039/01, Rec. 2010. Sur cet arrêt, voir Marc VERDUSSEN, « Vers une juridictionnalisation du contrôle des élections fédérales », *Journal des tribunaux*, 2010, p. 398 ss. ; Sébastien VAN DROOGHENBROECK, François BELLEFLAMME, « Les assemblées, juges du contentieux post-électoral : une institution en sursis ? », in André REZSÖHAZY, Marc VAN DER HULST, dir., *Parlementair recht en grondrechten – Le droit parlementaire et les droits fondamentaux*, Bruges, Die Keure, 2010, p. 1 ss. ; Frédéric BOUHON, « L'influence du cadre historique et politique dans la jurisprudence électorale de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, no 1, vol. 85, 2011, p. 153 ss.

¹⁰⁵ Avis 44.837/1/AV du 23 septembre 2008, *Doc. VI. Parl.*, 2008-2009, n° 2011/1, pp. 932-3.

¹⁰⁶ Cour constitutionnelle, 27 janvier 2011, pt. B.8.7.1 et B.8.7.2.

IV. Conclusion

Comme nous l'avions annoncé d'emblée, les rapports qui se nouent entre fédéralisme et protection internationale des droits de l'homme sont notablement plus complexes que ce que les quelques lignes qui précèdent pourraient laisser croire. Cette complexité procède bien évidemment de données propres au droit international public. Elle doit être analysée sérieusement pour assurer le respect à la fois de la réalité fédérale – plus de la moitié de l'humanité vit aujourd'hui dans un État fédéral – et des exigences qui sont celles des droits fondamentaux. Par ailleurs, le droit international des droits de l'homme, et les juges qu'il institue, doivent toujours demeurer vigilants face aux revendications d'« accommodements » que leur adressent certains États fédéraux : si l'on n'y prend garde, le plaidoyer en faveur de la préservation de leur mode d'organisation interne pourrait fort bien permettre de perpétuer, sur leur territoire, des pratiques inadmissibles.

Certains ont suggéré, *de lege ferenda*, que la juste conciliation pourrait résider dans une pleine reconnaissance de la personnalité internationale, et donc de la responsabilité internationale propre (« active and passive *jus standi in judicio* »), des collectivités fédérées¹⁰⁷. Un important chemin juridique et politique reste cependant à parcourir pour atteindre cette issue, si tant est même qu'on la juge souhaitable. Dans l'immédiat, et comme le relevait Max SORENSEN¹⁰⁸, la conciliation attendue devra nécessairement emprunter la voie d'une ouverture et d'une compréhension mutuelles.

¹⁰⁷ Voir Jan WOUTERS, Leen DE SMET, « The Legal Position of Federal States and their Federated Entities in International Relations – The Case of Belgium », *Katholieke Universiteit Leuven, International Law Institute, Working Paper no 7*, 2001, spéc. conclusions, p. 32.

¹⁰⁸ Max SORENSEN, « Federal States and the International Protection of Human Rights », *American Journal of International Law*, vol. 46, 1952, p. 195 ss.