

TITEL IV. DE BUITENLANDSE BETREKKINGEN

La « mixité » des instruments relatifs à la surveillance internationale des droits de l'homme.

Une pratique en quête de clarté

Sébastien VAN DROOGHENBROECK

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Professeur invité à l'Université de Paris 2 (Panthéon Assas)

Assesseur au Conseil d'État

Que dit Jan ? Wat zegt Jan ? À l'Université, à la Rue de la Science, à la Place Royale ou à la Rue de la Loi, il n'est plus un juriste sérieux qui, à l'orée d'une recherche de droit constitutionnel belge, ne se pose cette question et ne s'empare derechef des trois volumes du commentaire article par article que le dédicataire de ces *Mélanges* a consacré à la Constitution en 2019¹. « Somme », « Bible », « Encyclopédie » : seules les affinités convictionnelles feront éventuellement diverger sur le terme le plus adéquat pour désigner ce que toutes et tous reconnaîtront par contre, à l'unisson, comme un travail proprement mirandolien d'exposition, de commentaire et d'analyse critique de notre Charte fondamentale. Tout, absolument tout ce qui peut être su, ou en tout cas mérite de l'être, aura été écrit dans l'une des 2.254 pages de ce monument. Ou dans l'une des milliers d'autres qui l'ont précédé.

Une telle érudition est décoiffante². L'intelligence artificielle et ses algorithmes l'égaleront-ils un jour ? Peut-être. Mais dans longtemps. Et quoi qu'il en soit, ils ne reproduiront jamais la finesse, l'inspiration, le souffle, la sagesse et le cœur qui mettent tout ce savoir en mouvement vers un but autre que la pure reproduction de lui-même, qui discernent l'*Esprit* derrière la *Lettre*, et qui, comme dans l'avis donné le 7 avril 2021 par l'Assemblée générale de la Section de législation sur la loi « pandémie »³, remontent aux grands principes ordonnateurs lorsque les petites règles bordéliques restent muettes. *Qu'en penses-tu Jan ? Wat denk jij daarvan?* Est-ce vraiment trahir leurs secrets que de révéler que, dans tous nos délibérés de chambres réunies ou d'assemblée générale sur les *hard cases*, cette question tombait à un moment ou à un autre, et nous plongeait dans le silence le plus attentif ?

Du Conseil d'État, il en sera question dans les lignes qui suivent⁴. Celui-ci a en effet développé une jurisprudence qui, conjuguant l'affirmation du caractère partagé de la compétence relative à la protection des droits fondamentaux (I) et la règle selon laquelle l'accessoire (procédural) suit le principal (substantiel) (II), déduit le caractère « mixte » des instruments conventionnels dédiés à la surveillance internationale – juridictionnelle ou quasi juridictionnelle – de ces droits. Cette conclusion reçoit cependant des échos parfaitement erratiques de la part des partenaires de la Fédération : tantôt ils s'y plient (IV), tantôt ils l'ignorent (III), sans qu'une explication – et *a fortiori*, une justification – claire n'ait été donnée de pareils distinguos (V).

1 J. VELAERS, *De Grondwet. Een artikelsgewijze commentaar* (3 volumes), Bruges, la Charte, 2019.

2 Y compris pour celui qui la possède, visiblement.

3 Avis n° 68936/AG donné le 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi « relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique ». Sur cet avis, voy. e.a., M. EL BERHOUMI, C. RIZCALLAH, F. BELLEFLAMME, J. CLARENNE, V. DAVIO, R. DELFORGE, L. DE MAN, L. LOSSEAU, C. NENNEN, F. TULKENS, M. UMBACH et N. VANDER PUTTEN, « Le Conseil d'État et l'avant-projet de loi "pandémie" : expiation du passé ou balises pour l'avenir ? », *A.P.*, 2021, à paraître.

4 Celles-ci approfondissent une réflexion collective menée avec C. Jadot et M. Verdussen. Voy. C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *L'environnement, le droit et le magistrat. Mélanges en l'honneur de Benoît Jadot*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 379-405.

I. La protection des droits fondamentaux : une compétence partagée : in foro interno et in foro externo

Dans une affaire récente portée devant la Cour constitutionnelle, les requérants se plaignaient des différences de traitement entre détenteurs de chevaux de trait ayant subi une caudectomie, selon qu'ils relèvent de la législation wallonne ou flamande. Reprenant une antienne bien connue, cette Cour répondit qu' :

« 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 serait 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 »⁵.

Le fédéralisme constitue donc une manière d'« écran » au principe constitutionnel d'égalité⁶.

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 s'insinuer jusque dans le domaine des droits fondamentaux. Jusqu'au milieu des années 1990 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 législateur fédéral⁷. Également endossée par la Cour constitutionnelle⁸ – quoique sur un mode plus implicite –, cette équation reliant les droits fondamentaux à la compétence fédérale trouvait soutien, à l'estime de la Section de législation, dans « l'économie générale et l'esprit de la Constitution »⁹ 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 »¹⁰.

5 C.C., n° 119/2021, 30 septembre 2021, pt. B.12.1

6 Voy. T. MOONEN, J. RIEMSLAGH et S. VAN DROOGHENBROECK, « L'égalité et la non-discrimination », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Répertoire pratique du droit belge. Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022, pp. 363-380. La Cour européenne des droits de l'Homme, de son côté, confirme que l'article 14 de la Convention du même nom n'est pas violé par cela seul que, dans un État fédéral, telle ou telle question est réglée de manière différente par telle ou telle collectivité fédérée par rapport à telle autre. Voy., pour une confirmation récente à propos de la Belgique, Cour eur. D.H., arrêt *Assemblée chrétienne des témoins de Jéhovah d'Anderlecht et autres c. Belgique* du 5 avril 2022, §§ 46-47 : « La Cour considère qu'en retenant la reconnaissance du culte comme critère de distinction présidant à l'exonération du précompte immobilier, les autorités ont opté pour un critère qui revêt un caractère objectif et qui peut s'avérer pertinent au regard du but poursuivi. En soi, le choix d'un tel critère relève de la marge d'appréciation dont les autorités nationales disposent dans le domaine considéré. Il n'entre pas dans les attributions de la Cour d'indiquer le critère qui devrait être adopté par les autorités nationales compétentes.

S'il est vrai que le critère de la reconnaissance est actuellement retenu par la seule Région de Bruxelles-Capitale, à la différence de la Région flamande et de la Région wallonne, il ne peut en être inféré une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention. La Cour rappelle en effet qu'elle a toujours respecté les particularités du fédéralisme dans la mesure où celles-ci sont compatibles avec la Convention [...] ».

7 Sur ceci, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, obs sous C.A., 28 mai 1991, in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. « Les grands arrêts de la jurisprudence belge », 1999, pp. 456 et suiv.

8 *Ibid.*

9 Avis L. 19679 du 28 novembre 1990, *Doc. parl.* Chambre, sess. 1990-1991, 1610/1, pp. 50-51.

10 Avis du 21 octobre 1987 sur une proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, *Doc. parl.* Sénat, s. c. 1988, 215/2, p. 6.

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 fédérale¹¹ ; aussi cette équation fut-elle abandonnée, tant par la Section de législation¹² du Conseil d'État que par la Cour d'arbitrage¹³, 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 »¹⁴. 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 »¹⁵.

En conséquence, et sous réserve des dispositifs en sens contraire contenus dans la Constitution¹⁶ et les lois spéciales de réformes constitutionnelles, l'aménagement, la mise en œuvre et les éventuelles limitations aux droits fondamentaux constituent à présent, en Belgique, une compétence exclusive partagée entre l'État, les Communautés et 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.

Ainsi affirmé, ce partage de compétence « à l'interne » (*in foro interno*), dans le domaine des droits fondamentaux, se répercute « à l'externe » (*in foro externo*)¹⁷, dans la distribution du *treaty making power* et la qualification – plus ou moins mixte – des instruments dédiés à leur protection.

Ainsi la Section de législation concluait-elle à la « mixité » du Protocole additionnel n° 7 à la Convention européenne des droits de l'Homme, dans son avis n° 39221/2¹⁸, en prenant argument de la pertinence des compétences « pénales » des Communautés et Régions pour l'application du principe *non bis in idem* :

11 S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., 28 mai 1991, *op. cit.*, p. 459-460.

12 Le revirement est localisé dans un avis L. 25131/VR/8 du 18 novembre 1996 et 13 mai 1997 (8e ch.) sur une proposition de décret « portant réglementation du droit à la libre collecte d'information et la diffusion de courts messages par les émetteurs » (*Doc. VI. Raad*, 1995, 82/2).

13 L'on a coutume de localiser le changement d'attitude de la Cour constitutionnelle dans un arrêt 54/96 du 3 octobre 1996

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

15 *Ibid.* Voy. encore, plus récemment, C.E., avis n° 61267/2/AG du 27 juin 2017 un avant-projet de loi « réformant la Commission de la protection de la vie privée » ; avis n° 48858/AG du 7 décembre 2010 sur une proposition de loi « créant une Commission fédérale des droits de l'homme ». En doctrine, voy. not. M. VERDUSSEN, « Le principe du parallélisme dans la réglementation des droits fondamentaux », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'Etat fédéral*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 51-58

16 Ainsi, l'article 22 de la Constitution réserve à la « loi » le soin de déterminer les exceptions au droit au respect de la vie privée et familiale. La Cour constitutionnelle a cependant indiqué qu'il convenait sur ce point d'opérer une distinction entre les restrictions générales, applicables à toute matière – qui ressortissent effectivement de la compétence de l'autorité fédérale – et les restrictions particulières, applicables à une matière déterminée – qui ressortissent quant à elles de la compétence du législateur compétent dans la matière concernée. Toujours selon la Cour, « Une ingérence dans la vie privée qui s'inscrit dans la réglementation d'une matière déterminée relève certes du législateur compétent pour régler cette matière, mais le législateur décréte est tenu de respecter la réglementation fédérale générale, qui a valeur de réglementation minimale pour toute matière » (Voy. C.C., n° 162/2004, 20 octobre 2004, B.5.1 et B.5.2). Voy., pour une synthèse des principes applicables, l'avis n° 61.267/AG donné le 27 juin 2017 sur un avant-projet de loi « réformant la Commission de la protection de la vie privée ».

17 Sur ce principe de parallélisme des compétences, voy. J. VELAERS, « 'In foro interno et in foro externo' : de internationale bevoegdigheden van gemeenschappen en gewesten », in F. JUDO et G. GEUDENS (dir.), *Internationale betrekkingen en federalisme*, Staatsrechtconferentie 2005 Vlaamse Juristenvereniging, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 3 et suiv. ; D. VAN ECKHOUTTE et T. CORTHAUT, « In foro interno, in foro externo », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Répertoire pratique du droit belge. Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022.

18 Avis n° 39221/2 donné le 26 octobre 2005 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 7 à la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, fait à Strasbourg le 22 novembre 1984 ».

« Tout comme c'est déjà le cas actuellement en ce qui concerne l'article 14, § 7, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques fait à New York le 19 décembre 1966 [...], les législateurs communautaires et régionaux doivent comme le législateur fédéral, assurer le respect du principe "non bis in idem" lorsque, dans les limites de leurs compétences, ils déterminent des sanctions de nature pénale [...] applicables aux faits ou aux comportements qu'ils érigent en infraction [...].

Dans cette mesure, le traité présente un caractère mixte au sens de l'article 167, § 4, de la Constitution ».

Chacun des législateurs compétents dut en conséquence – mais avec retard pour certains d'entre eux¹⁹ – donner assentiment audit protocole avant qu'il ne puisse être ratifié. Il en fut de même, plus récemment, pour la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique²⁰.

II. Les mécanismes de surveillance des traités : un pur accessoire de la compétence principale

La protection internationale effective des droits fondamentaux ne se conçoit pas sans l'adjonction, au catalogue des droits et libertés proprement dit, d'un dispositif institutionnel dédié à la surveillance de son respect. Entre la mécanique relativement *light* reposant sur un Comité chargé de l'examen de rapports étatiques périodiques et le *nec plus ultra* de l'instance juridictionnelle susceptible d'être saisie par des individus, diverses déclinaisons sont possibles²¹.

La question de la qualification de ces dispositifs institutionnels de surveillance se pose en ces termes : faut-il y voir des objets de compétence à part entière, obéissant éventuellement à des qualifications potentiellement distinctes de celles qui s'appliquent à la « matière » surveillée, ou présentent-ils au contraire une dimension strictement accessoire, en sorte qu'ils « suivront » purement et simplement la qualification de la matière « principale » ainsi visée.

La question, pareillement posée, ne survient avec acuité qu'en présence d'instruments internationaux qui ne portent que sur le système de surveillance, qu'il s'agisse de l'édifier – à l'instar des protocoles facultatifs autorisant les communications individuelles devant les Comités onusiens, qui *upgradent* la mécanique initiale des rapports périodiques (voy. *infra*, IV) – ou de le modifier – à l'instar des protocoles modificatifs n^{os} 11, 14 et 15 (voy. *infra*, III) qui ont réformé le fonctionnement de la Cour européenne des droits de l'Homme.

La Section de législation a, dès l'abord, opté pour la thèse de la dimension purement accessoire de la qualification²². La circonstance que le système de surveillance concerné serait d'essence juridictionnelle et que l'organisation, la compétence et la procédure des juridictions demeurent encore aujourd'hui une compétence fédérale²³ *in foro interno*, n'ôte rien à la « mixité » de l'ins-

19 Voy., en premier lieu, l'ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 7 décembre 2006 (*M.B.*, 3 juillet 2007) et, en dernier lieu, le décret de la Communauté française du 13 octobre 2010 (*M.B.*, 16 décembre 2010).

20 Voy. *Doc. parl.* Chambre, Doc 54-1436/1, pp. 4 et 5 : « Cette Convention est une convention mixte au niveau belge. Elle concerne tant des compétences fédérales que des compétences des Régions et des Communautés ».

21 Pour un panorama, voy. A. WEBER, *Les mécanismes non contentieux de contrôle du respect des droits de l'Homme*, Paris, Pedone, 2008.

22 Voy. J. VELAERS, *De Grondwet...*, op. cit., t. III, p. 427, n^o 63.

23 L'on sait, certes, que le véhicule des compétences implicites (article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980) permet aux communautés et régions de déborder dans la compétence fédérale relative à cette matière, qu'elle concerne les cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, ou les juridictions administratives. Cette circonstance ne suffit cependant pas à faire d'une matière en principe fédérale une matière « mixte » dans le cadre de la distribution des compétences internationales et de la reconnaissance du *treaty making power*. Comp. D. VAN EECKHOUTTE et T. CORTHAUT, qui suggèrent que c'est éventuellement sur base des compétences implicites des Communautés et régions que l'avis n^o 58.676/VR, cité à la note suivante, aurait conclu à la nécessité pour

trument international qui le met en place *in foro externo*, et à la nécessité corrélatrice que tous les législateurs compétents y donnent assentiment avant qu'il puisse être ratifié. Autrement dit, la « mixité » de l'instrument dédié à la surveillance ne résulte, ni du simple constat « formel » qu'il modifie un *instrumentum* d'ores et déjà qualifié de « mixte » (application de la théorie du parallélisme des formes)²⁴, ni d'une reconnaissance de la matière juridictionnelle comme étant intrinsèquement mixte, mais, simplement, de la « complémentarité institutionnelle »²⁵ qui unit cet instrument de surveillance au catalogue de droits et libertés surveillés.

Dans un avis 58.676/VR donné le 26 janvier 2016²⁶, les chambres réunies du Conseil d'État avaient affirmé en ce sens que :

« Bien que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité fédérale et que cette autorité soit dès lors compétente pour la coopération internationale dans ce domaine (par exemple la coopération internationale en matière d'assistance en justice, d'extradition dans le cadre de procédures judiciaires, de coopération concernant l'application des peines et autres), il ne saurait être admis sur cette base que l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour l'organisation et le fonctionnement des tribunaux internationaux ».

Et l'avis d'ajouter que :

« La compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités²⁷, inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale ».

L'avis concerné portait sur une modification du fonctionnement de la Cour de justice Benelux. Son enseignement est cependant parfaitement transposable aux systèmes de surveillance des instruments internationaux des droits de l'Homme.

C'est ici, cependant, que les choses se corsent.

celles-ci de donner assentiment au traité concerné, malgré le caractère fédéral de la matière (i.e., l'organisation de la justice) concernée (D. VAN EECKHOUTTE et T. CORTHOUT, « *In foro interno, in foro externo* », in M. EL BERHOUMI et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Répertoire pratique du droit belge. Principes de la répartition des compétences*, Bruxelles, Larcier, 2022).

24 Il n'y a donc selon nous aucune contradiction entre cette jurisprudence de la Section de législation et celle qui a récemment été affinée concernant les modifications apportées aux instruments destinés à prévenir la double imposition, qui n'applique pas non plus la théorie du parallélisme des formes mais bien une démarche d'analyse concrète du contenu des modifications concernées, et qui conçoit par conséquent que la modification d'un traité « mixte » puisse être, pour sa part, « non mixte ». Sur cette question, voy., dans les présents *Mélanges*, la contribution de B. PEETERS et R. SMET, « De bevoegdheidsrechtelijke verdeling inzake het sluiten en wijzigen van verdragen ter voorkoming van dubbele belasting: een analyse van het al dan niet gemengd karakter van deze verrichtingen ».

25 Voy. l'avis n° 22796/1 donné le 7 octobre 1993 sur un avant-projet de loi « portant approbation du protocole portant amendement à la Charte sociale européenne, fait à Turin le 21 octobre 1991 » : « En tant que tel, le Protocole n'affecte pas de compétence communautaire ou régionale. Entre la modification envisagée des règles afférentes au contrôle du respect de la Charte et les obligations imposées aux États signataires, entités fédérées comprises, il existe toutefois une complémentarité institutionnelle ».

26 Avis n° 58.676/VR donné le 26 janvier 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 11 septembre 2016 « portant assentiment au Protocole modifiant le Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, fait à Luxembourg le 15 octobre 2012 » (*Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 1904/1, pp. 12-20).

27 Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : article 167, § 1er, alinéa 1er, de la Constitution.

III. Le « monofédéralisme » acharné de la pratique en présence de la Cour européenne des droits de l'Homme

Ci-avant rappelé, l'avis n° 58.676/VR du 26 janvier 2016 n'a pas été suivi par le Gouvernement fédéral. L'exposé des motifs attenant au projet de loi « portant assentiment au Protocole modifiant le Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, fait à Luxembourg le 15 octobre 2012 » s'en explique en peu de mots :

« Après l'avis du Conseil de l'État du 26 janvier 2016, le Protocole a été inscrit à l'ordre du jour du Groupe de travail "traités mixtes". Le Groupe de travail "traités mixtes" et la Conférence interministérielle de la politique étrangère ont confirmé le caractère exclusivement fédéral du Protocole »²⁸.

Le « monofédéralisme » pareillement prôné par le Gouvernement fut la ligne de conduite observée depuis les origines s'agissant des protocoles dédiés à la modification et à l'*upgrading* du système de surveillance de la Convention européenne des droits de l'Homme, et ce, en dépit des avis en sens invariablement contraire émis par la Section de législation.

Certes, celle-ci n'émit pas d'observation quant à la mixité, *vel non*, de la grande réforme opérée par le protocole n° 11²⁹. Peut-être faut-il voir dans ce mutisme l'ultime expression *in foro externo* de la vieille idée, abandonnée quelques mois plus tard, que les droits fondamentaux forment *in foro interno* une « matière en soi » relevant la compétence de principe du législateur fédéral (*supra*, I) ?

Par contre, dans son avis n° 39.457/2 donné le 28 novembre 2005³⁰, la section de législation se prononça explicitement sur la qualification du protocole n° 14 alors à l'examen, et conclut en l'occurrence au caractère « mixte » de celui-ci. Elle s'en justifia comme suit :

« En effet, selon son rapport explicatif, le Protocole n° 14 vise "à garantir à long terme l'efficacité de la Cour européenne des droits de l'homme". Le rapport précise notamment que : "Dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour, l'amendement à la Convention le plus important consiste à accorder au Comité des ministres la possibilité d'introduire une action en manquement devant la Cour contre un État qui refuserait de se conformer à un arrêt" [...].

Dès lors qu'il apparaît que les entités fédérées sont susceptibles d'être concernées par cette nouvelle procédure d'exécution des arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme [...], le protocole ne porte pas que sur des matières relevant des compétences de l'autorité fédérale. Conformément à l'article 167, § 4, de la Constitution et à l'article 12 de l'accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes, la ratification par l'État belge ne pourra intervenir que lorsque, outre l'autorité fédérale, les trois communautés, les trois régions, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française auront donné l'assentiment à ce traité ».

28 Doc. parl. Chambre, Doc 54-1904/1, p. 10.

29 Avis n° 24.744/2 donné le 22 avril 1996 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au protocole n° 11 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la convention, et à l'annexe, faits à Strasbourg le 11 mai 1994 ».

30 Avis n° 39.457/2 donné le 28 novembre 2005 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention, fait à Strasbourg le 13 mai 2004 ».

Le Protocole n° 14 fut cependant ratifié comme s'il s'était agi d'un traité non mixte, le Gouvernement fédéral laissant entendre, de manière obscure, qu'il ne partageait pas l'avis du Conseil d'État et l'analyse sur laquelle ce dernier se fondait³¹ :

« Le Conseil d'État, section de législation, a rendu son avis sur l'avant-projet de loi d'assentiment le 28 novembre 2005 (avis 39.457/2). Cet avis a trait à l'art. 16 du Protocole remplaçant l'art. 46 de la Convention relatif à la force obligatoire et à l'exécution des arrêts. À cet égard, il y a lieu de préciser que la procédure d'exécution est inchangée. L'État fédéral est en effet l'interlocuteur de la Cour par la personne de son Agent qui associe les autorités fédérales ou fédérées compétentes à la procédure devant la Cour depuis la présentation du mémoire jusqu'à la très exceptionnelle procédure en manquement dont l'État pourrait faire l'objet dans le cadre du refus d'exécution d'un arrêt ».

Dédié au Protocole n° 15, et se fondant sur l'avis n° 58676/VR précité (*supra*, I), l'avis n° 60.816/VR du 24 février 2017³² était plus explicite encore :

« Il convient de souligner tout d'abord que l'article 1 du Protocole vise à intégrer pour la première fois, dans le texte du préambule de la Convention, le principe de subsidiarité et la doctrine de la marge d'appréciation développée par la Cour eur. D.H. Ce faisant, la marge d'appréciation que le CEDH confère aux différentes autorités fédérale et entités fédérées belges dans l'exercice de leurs compétences respectives est plus amplement définie, de manière horizontale, ce qui requiert par conséquent l'assentiment de chacune de ces autorités. À elle seule, cette disposition donne déjà au Protocole n° 15 un caractère mixte.

Ensuite, les autres modifications comportent un certain nombre de modifications procédurales concernant la procédure à suivre devant la Cour eur. D.H. et le fonctionnement de celle-ci. Comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà observé dans son avis 58.676/VR du 26 janvier 2016, les mécanismes de respect et d'exécution d'obligations internationales constituent toutefois les accessoires des compétences matérielles exercées dans le cadre du régime international concerné, de sorte que les communautés et les régions doivent elles aussi porter assentiment à des adaptations du fonctionnement de mécanismes internationaux de respect et d'exécution, en ce compris les juridictions internationales, qui peuvent aussi statuer sur des matières relevant de leurs compétences matérielles [...] ».

Une fois encore, l'analyse ainsi livrée à la Rue de la Science ne fut pas entendue à la Rue de la Loi :

« [La question du caractère mixte de ce protocole] a été analysée lors de la réunion du 28 juin 2017 du groupe de travail traités mixtes (GTTM) qui a décidé que le Protocole a un caractère exclusivement fédéral au motif qu'il ne comporte pas de dispositions substantielles ou nouvelles qui impliquent un positionnement des parlements des entités fédérées sur des questions déjà acceptées dans leur principe. L'État fédéral est en effet l'interlocuteur de la Cour par la personne de son Agent qui associe les autorités fédérales ou fédérées compétentes à la procédure devant la Cour depuis la présentation du mémoire jusqu'à l'exécution de l'arrêt »³³.

31 *Doc. parl.*, Sénat, 2005-2006, n° 3-1668/1.

32 Avis n° 60.816/VR donné le 24 février 2017 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 24 juin 2013 ».

33 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2017-2018, n° 54-2835/1, p. 5.

Tris repetita : dans leur avis 67.896/VR daté du 29 septembre 2020³⁴, les chambres réunies de la section de législation, saisies d'un avant-projet de loi portant assentiment à celui-ci, conclurent à la « maxi-mixité » du Protocole n° 16 :

« Il ressort [des avis 58.676/VR et 60.816/VR], et d'autres intervenus à propos de problématiques identiques [...], que la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités, inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale, et, par la suite, de consentir à la modification du fonctionnement de ces mécanismes. La circonstance que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité fédérale n'emporte pas que seule l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour la matière de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux internationaux qui sont affectés à la surveillance d'obligations internationales qui, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'Homme, couvrent des matières qui relèvent tout autant des compétences fédérales, que communautaires et régionales.

Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ouvre une nouvelle voie d'exercice, par la Cour européenne des droits de l'Homme, des missions qui lui sont dévolues par les articles 19 et 32 de la Convention, en termes d'interprétation et d'application de cet instrument [...]. Les demandes d'avis consultatifs qui seront adressées à la Cour sur sa base, par les juridictions belges y habilitées, pourront indifféremment porter sur l'interprétation et l'application de la Convention dans les matières fédérales, communautaires et régionales. Il s'ensuit que ce Protocole n° 16 participe de la conception même d'un mécanisme international visant à faire assurer le respect, par les Communautés et Régions, de leurs obligations internationales, et doit pour cette raison, dans la ligne des principes rappelés par la section de législation dans ses avis n°s 60.816/VR et 58.676/VR précités, être qualifié de traité "mixte" ».

En sa réunion du 18 janvier 2021, le Groupe de travail « traités mixtes »³⁵ confirma – sans réelle surprise – sa ligne « jurisprudentielle » : « Le caractère exclusivement fédéral du protocole est préservé ».

IV. La « maxi-mixité » des systèmes de surveillance non juridictionnels

Non moins qu'au Palais des droits de l'Homme de Strasbourg, l'État fédéral est le premier interlocuteur des *treaty bodies* non juridictionnels affectés à la surveillance des engagements européens et internationaux relatifs aux droits de l'Homme souscrits par la Belgique. Cette circonstance n'a cependant jamais justifié que les protocoles qui instituent ces *treaty bodies* ou qui en modifient les compétences ou le fonctionnement, soient tenus pour « monofédéraux » comme l'ont été ceux qui concernaient la Cour européenne. Tout au contraire leur « maxi-mixité » fut admise, avec constance et sans difficulté apparente, par tous les exécutifs (fédéral, régionaux et communautaires) concernés.

S'exprimant à propos du Protocole additionnel du 9 novembre 1995 instituant le système des réclamations collectives devant le Comité européen des droits sociaux affecté à la surveillance de

34 Avis n° 67.896/VR donné le 29 septembre 2020 sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 2 octobre 2013 ». L'avis, non encore publié, est cité avec l'aimable autorisation de Mme Isabelle Niedlispacher, du SPF Justice.

35 L'auteur remercie Mme Isabelle Niedlispacher, du SPF Justice, de leur avoir transmis le procès-verbal de la réunion concernée, et de lui avoir permis d'en faire état.

la Charte sociale européenne, la Section de législation, dans son avis n° 27.898/4 du 6 juillet 1998, affirmait que :

« Il existe une complémentarité évidente entre le Protocole soumis à assentiment et les obligations imposées par la Charte sociale européenne aux États signataires, entités fédérées comprises.

Il en résulte que le Protocole ne pourra sortir son plein et entier effet qu'après que chaque assemblée législative ayant dans ses compétences une matière figurant dans la Charte aura donné son assentiment »³⁶.

L'avis fut suivi : le protocole reçut assentiment de la part de l'ensemble des partenaires de la Fédération³⁷. La même mixité a été reconnue au protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté à New York le 10 décembre 2008, et qui institue le système des communications individuelles devant le Comité éponyme³⁸. Il en fut de même, de manière générale, pour tous les protocoles instituant pareil système devant les autres comités onusiens, qu'il s'agisse du Comité sur l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes³⁹, du Comité des droits des personnes handicapées⁴⁰ ou, encore, du Comité des droits de l'enfant⁴¹.

Même des modifications mineures, voire franchement triviales, des systèmes de surveillance précités ont été déclarées mixtes par le Conseil d'État⁴², et acceptées comme telles par le Groupe « traités mixtes »⁴³.

V. Et après ?

Comment recoller tous ces morceaux ? Où sont les principes ? Quelle est l'intrigue, le dessein d'ensemble de ce « roman à la chaîne »⁴⁴ *a priori* particulièrement décousu ? Voici des

36 Avis n° 27898/4 donné le 6 juillet 1998 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne « portant assentiment au Protocole additionnel à la Charte sociale européenne prévoyant un système de réclamations collectives, fait à Strasbourg le 9 novembre 1995 ». Voy. encore l'avis n° 22796/1 donné le 7 octobre 1993 sur un avant-projet de loi « portant approbation du protocole portant amendement à la Charte sociale européenne, fait à Turin le 21 octobre 1991 » : « En tant que tel, le Protocole n'affecte pas de compétence communautaire ou régionale. Entre la modification envisagée des règles afférentes au contrôle du respect de la Charte et les obligations imposées aux États signataires, entités fédérées comprises, il existe toutefois une complémentarité institutionnelle ».

37 Décret de la Communauté flamande du 28 février 2003 ; loi du 26 juin 2000 ; Décret de la Communauté française du 5 mai 1999 ; décrets de la Région wallonne (matières 138 de la Constitution et hors matières 138 de la Constitution) du 25 février 1999 ; ordonnance de la Commission communautaire commune du 10 décembre 1998 ; ordonnance de la Région de Bruxelles-Capitale du 25 mars 1998 ; décret de la Communauté germanophone du 19 décembre 1997.

38 Voy. *Doc. parl.* Sénat, Doc-5-2394/1, p. 4.

39 *Doc. parl.* Sénat, Doc 2-643/1, p. 3.

40 *Doc. parl.* Sénat, Doc 4-1069/1, p. 4.

41 *Doc. parl.* Chambre, Doc 5-2263/1, p. 2.

42 Voy. l'avis n° 53.493/1 donné le 27 juin 2013 sur un avant-projet d'ordonnance « portant assentiment à l'amendement de l'article 8, paragraphe 7, de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adopté à New York le 15 janvier 1992 ; à l'amendement de l'article 20, paragraphe 1, de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adopté à New York le 22 décembre 1995 et aux amendements à l'article 17, paragraphe 7, et l'article 18, paragraphe 5, de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptés à New York le 8 septembre 1992 » (solution implicite) et l'avis n° 58.053/2 donné le 31 août 2015 sur un avant-projet de loi « portant assentiment : – à l'amendement à l'article 8, paragraphe 6, de la Convention internationale du 7 mars 1966 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale ; – à l'amendement à l'article 20, paragraphe 1, de la Convention du 18 décembre 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes ; et – aux amendements à l'article 17, paragraphe 7, et article 18, paragraphe 5, de la Convention du 10 décembre 1984 contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

43 *Doc. parl.* Chambre, Doc 54-1863/1, p. 5.

44 Voy. R. DWORKIN, « La chaîne du droit », *Droit et société*, 1985, pp. 51-79.

questions qu'affectionne le dédicataire de ces lignes. Au risque de la décevoir, je pense qu'il faut se résoudre à une réponse peu glorieuse : faute de justification plus explicite de la part des demandeurs d'avis, il pourrait finalement n'y avoir, derrière tout cela, pas d'autre logique que la force de l'habitude, la reproduction pantouflarde du « même », l'ornière du précédent. « On a toujours fait comme cela ».

Comme on s'est efforcé de le démontrer par ailleurs⁴⁵, l'inertie est d'autant plus grande que le changement de cap serait lourd de conséquences en termes de perte de temps pour la ratification de l'instrument tardivement déclaré « mixte »⁴⁶, et que sa « sanction » est, quant à elle, très hypothétique. Comme le rappelle l'avis n° 64.313/1 donné le 12 novembre 2018⁴⁷ à propos d'un avant-projet d'ordonnance de la Commission communautaire commune « portant approbation à la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 », la ratification d'un traité mixte lie la Belgique du point de vue international, *y compris l'ensemble de ses collectivités* fédérées, quand bien même l'une d'entre elles aurait-elle omis d'y donner préalablement assentiment. Quant à la possibilité de voir la loi fédérale d'assentiment aux protocoles n°s 14, 15 et 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme censurée par la Cour constitutionnelle, elle est, pour ainsi dire, inexistante⁴⁸.

Tout cela pour cela ? Voilà qui militerait, volontiers, pour une réforme des compétences de la Section de législation⁴⁹, visant à ce qu'elle soit saisie à l'orée de la négociation d'un traité pour en déterminer le caractère éventuellement mixte, plutôt qu'en aval, lorsque les carottes (internationales) sont déjà cuites. La même réforme pourrait d'ailleurs utilement intervenir⁵⁰ pour les accords de coopération en gestation⁵¹.

Qu'en penses-tu, Jan ?

45 Voy. C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *op. cit.*, pp. 395-396.

46 Voy. l'avis n° 57.106/VR donné le 30 mars 2015 sur un avant-projet de loi « portant assentiment à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme » : « À la lumière de ce qui précède, l'autorité fédérale est tenue de se concerter avec les entités fédérées, conformément à la procédure prescrite par les articles 3 et 4 de l'accord de coopération pour le GTTM et la CIPE, dans le but de clarifier si les communautés et les régions sont disposées à encore s'approprier la convention en la soumettant à l'assentiment des parlements compétents. À défaut de cet assentiment, la convention ne pourra pas être ratifiée. Dans l'attente de la position des communautés et des régions, il vaudrait mieux renoncer, à ce stade, à ce que la Chambre des représentants porte son assentiment à la convention actuellement à l'examen ».

47 Avis n° 64.313/1 donné le 12 novembre 1998 sur avant-projet d'ordonnance de la Commission communautaire commune « portant approbation à la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée à New York le 20 novembre 1989 ».

48 Voy. C. JADOT, S. VAN DROOGHENBROECK et M. VERDUSSEN, « Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *op. cit.*, pp. 395-396.

49 Dans le sens d'une telle réforme, voy. J. SMETS et J. VAN NIEUWENHOVE, « De afdeling wetgeving van de Raad van State : aanzetten voor een noodzakelijke herorming », in R. LEYSEN, K. MUYLLE, J. THEUNIS et W. VERRIJDT (dir.), *Semper perseverans. Liber amicorum André Aelen*, Anvers, Intersentia, 2020, p. 307. Voy. aussi, du dédicataire de ces lignes, J. VELAERS, *De wetgevingsadvisering door de Raad van State in België*, Deventer, Tjeenk Willink, 2000, p. 79.

50 Dans le sens d'une telle réforme, voy. J. SMETS et J. VAN NIEUWENHOVE, « De afdeling wetgeving van de Raad van State : aanzetten voor een noodzakelijke herorming », *op. cit.*, p. 307.

51 Voy. en effet l'avis n° 56.305/VR donné le 19 juin 2014 sur un « projet d'accord de coopération concernant le sans-abrisme et l'absence de chez-soi » : « Un projet d'accord de coopération ne constitue pas un texte qui peut être soumis à l'avis préalable de la section de législation. En effet, force est de constater qu'aucune disposition des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, ne confère à la section de législation la compétence de rendre un avis sur des projets d'accords de coopération ».