

UNE CAUSE DE REFUS DE RENVOI PRÉJUDICIEL : LA PRIMAUTÉ DE LA CONVENTION EUROPÉENNE SUR LA CONSTITUTION

PAR

BENOIT GORS *

A la fois, novateur et classique, l'arrêt *Vlaams Blok* retient l'attention par la sobriété de sa motivation et la teneur des principes qu'il énonce.

La Cour de cassation est invitée à poser au juge constitutionnel quatre questions préjudicielles à propos de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie (1). Chaque demande a reçu une fin de non-recevoir. L'argumentation qui soutient ces refus n'est toutefois pas identique.

La première question aurait dû porter sur la compatibilité des articles 1^{er} et 3 de la loi du 30 juillet 1981 avec l'article 13 de la Constitution. La Cour refuse de poser cette question dans la mesure où elle repose sur '*une lecture incomplète*' de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand.

La deuxième aurait dû traiter de la compatibilité des articles 1^{er} et 3 de la loi du 30 juillet 1981 avec les articles 12 et 14 de la Constitution lus en combinaison avec l'article 7 de la Convention européenne. Selon les demanderesse, les actes de discrimination visés par l'article 3 de la loi Moureaux seraient susceptibles d'une justification objective et raisonnable, mais nécessiteraient à cette fin un contrôle circonstancié de légitimité et de proportionnalité de la part du juge pénal. La Cour refuse de poser la question préjudicielle dans la mesure où elle repose sur '*une interprétation erronée*' de cette disposition.

La troisième question aurait dû envisager la compatibilité de l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La

Benoit Gors est assistant à l'Université Catholique de Louvain et avocat au barreau de Bruxelles.

* L'auteur remercie les professeurs Francis DELPÉRÉE et Jacques van COMPERNOLLE pour leur lecture attentive de la première version de ce texte ainsi que pour leurs précieux conseils.

(1) Pour une étude récente sur les questions préjudicielles et les règles y applicables, voy. A. ALEN, «De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof. Algemene regel, uitzonderingen, enz. (met inbegrip van de situatie van de rechtshonderhorige tijdens de procedure en het gezag van gewijsde van de verwijzingsbeslissing)», in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Bruxelles, La Charte, 2006, pp. 151-203.



Cour refuse de poser cette question dans la mesure où elle n'est pas 'utile' pour examiner et répondre au grief particulier soulevé par les demanderes-ses à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de Gand.

La quatrième question aurait dû conduire à examiner la compatibilité des articles 1^{er} et 3 de la loi du 30 juillet 1981 avec les articles 19, 26 et 27 de la Constitution lus en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Convention européenne. La Cour refuse une fois encore de poser la question préjudicielle. L'attendu mérite d'être rappelé compte tenu de sa solennité : «*La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution; en l'espèce, la Constitution ne soumet pas la restriction de l'exercice des libertés d'expression, de réunion et d'association à des conditions plus sévères que celles autorisées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; il appartient en premier lieu au juge d'interpréter et d'appliquer la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; la Cour n'est pas tenue de poser la question soulevée*».

L'arrêt illustre, une nouvelle fois, «les trésors d'imagination juridique» (2) que la Cour de cassation a déployés pour se soustraire à son obligation de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage (3). Les trois premiers refus s'inscrivent dans une jurisprudence bien établie de la Cour. Leur réédition, sous une forme ou une autre, n'appelle pas d'observation particulière (4). Le quatrième refus est inédit. La Cour de cassation prend appui

(2) P. VANDERNOOT, «Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage: forces et faiblesses», *REV. DR. ULB*, 2002, n° 25, p. 86.

(3) Certains parleront d'un «dénî de renvoi préjudiciel». Voy. M. NIHOUL, «La Cour de cassation a-t-elle commis un 'dénî de renvoi préjudiciel' dans l'affaire I.N.U.S.O.P.?», *R. Cass.*, 1996, p. 205; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 90. Comme le note Ph. TOUSSAINT, des opinions, parfois divergentes, ne manqueront pas de s'exprimer «sur la manière dont la Cour a estimé pouvoir refuser de poser ces questions» («L'arrêt Vlaams Blok du 9 novembre 2004», *Journal des procès*, 2004, n° 490, p. 6).

(4) Il est permis, à cet égard, de renvoyer le lecteur aux dissertations suivantes : R. DECLERCQ, «De verplichting voor het Hof van Cassatie, een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof», *T. Straf.*, 2000, pp. 217 à 222; C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage. Aspects théoriques et pratiques*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 117 à 145 et 162 à 188 et 306 à 307 et 312 à 321; C. HOREVOETS, «Les modifications relatives au contentieux préjudiciel à la Cour d'arbitrage», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes* (dir. A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 251-304; L. HUYBRECHTS et M. TRAEST, «De weigering door het Hof van Cassatie om aan het Arbitragehof een prejudiciële vraag te stellen», in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, op. cit., pp. 195-203; M. NIHOUL, op. cit., pp. 213 à 215; F. MEERSSCHAUT, «Toetst het Hof van Cassatie de wet aan het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel?», *R. Cass.*, 1997, pp. 105 et s.; M.-F. RIGAUX, «Quand la Cour de cassation arbitre», note sous Cass., 9 novembre 2004, *R.D.P.*, 2005, pp. 808-818; M. TRAEST, «Het Hof van Cassatie en de prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof. Een overzicht van rechtspraak van het Hof van Cassatie over de toepassing van artikel 26, §2 en §3, van de Bijzondere wet op het Arbitragehof», CABG, 2006, pp. 1-51; M. VAN DAMME, «Het stellen van prejudiciële vragen aan het Arbitragehof door het Hof van Cassatie en de Raad van State», in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, pp. 143-175.

sur la primauté de la Convention européenne sur la Constitution pour ne pas saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle (I). A cette occasion, elle établit un principe : la Convention européenne des droits de l'homme prime la Constitution (5). Elle l'assortit immédiatement d'un correctif. La Constitution conserve une priorité d'application dans la mesure où ses dispositions protègent mieux les droits et libertés fondamentaux que la disposition de la Convention avec laquelle elle entre en conflit (6).

L'affirmation du principe de primauté de la Convention européenne pose, une nouvelle fois, la question de la coexistence de l'ordre juridique international et de l'ordre juridique interne. La Cour de cassation assène la solution prétorienne qui devrait présider, selon elle, à la résolution de ce problème (II).

*
* *

I. — LE REFUS DE RENVOI PRÉJUDICIEL

L'affirmation du principe de primauté de la Convention européenne sur la Constitution n'est pas fortuite. La Cour de cassation y attache un effet précis. Elle s'autorise à ne pas poser à la Cour d'arbitrage une question préjudicielle. Ce faisant, elle innove. Elle façonne une nouvelle exception à l'obligation — quasi-absolue — qui lui incombe de saisir le juge constitutionnel (A). Cette dérogation, pour simple que soit son énonciation, n'en paraît pas moins problématique (B).

A. — Une nouvelle dérogation

La dérogation fondée sur la primauté de la Convention européenne pose, tout à la fois, la question de sa nécessité (1) et de son fondement (2).

L'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage impose à la Cour de cassation une obligation quasi-absolue de renvoi préjudiciel (7). Force est de constater qu'en l'espèce la Cour de cassation s'est déjouée de cette obligation. Mais l'a-t-elle fait valablement ?

(5) Comme l'écrit E. BREMS : «In die context stelt het Hof ook terloops maar categoriek dat het EVRM primeert op de Grondwet», obs. Sous Cass. 9 novembre 2004, *NjW*, 2005, p. 798.

(6) Mais s'agit-il vraiment d'un correctif ? N'est-ce pas là simplement une application du principe de subsidiarité, tel qu'il est inscrit dans l'article 53 de la Convention européenne ? A ce titre, il fait partie intégrante de la Convention. Plutôt qu'une atténuation du principe de primauté de la Convention européenne sur la Constitution, il faudrait y voir, au contraire, une illustration de celui-ci.

(7) Voy. notamment A. ALEN et F. MEERSCHAUT, «De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof», *Staatsrecht*, Themis, 2002-2003, p. 13 ; R. DECLERCQ, *op. cit.*, pp. 217 et 218 ; F. MEERSCHAUT, «De prejudiciële vraagstelling voor het Arbitragehof», in *Gandaius. Actueel IV*, Anvers, Story Scientia, 1999, p. 69 ; J. THEUNIS, «Het Arbitragehof», in *Migratie- en migranten*

1. *La jurisprudence*

La Cour de cassation n'a pas manqué de chercher des expédients pour alléger la contrainte que le législateur spécial fait peser sur elle. L'un d'eux visait le concours de normes constitutionnelles et conventionnelles.

Dès l'instant où la Cour d'arbitrage a été habilitée à contrôler la loi au regard des principes d'égalité et de non-discrimination, la question de la combinaison des dispositions protectrices des droits fondamentaux a été posée par la doctrine. Et ce, d'autant plus que la Cour procura une interprétation extensive de ses compétences, utilisant les articles 10 et 11 comme de véritables prismes pour se saisir de toute contestation portant sur des droits fondamentaux, qu'ils soient garantis par la Constitution ou par des textes de droit international (8).

Selon J. VELAERS par exemple, la primauté du droit international sur le droit interne, ou à tout le moins sur la loi, impose au juge de procéder à un contrôle de conventionnalité avant d'initier un contrôle de constitutionnalité. Une réserve s'impose néanmoins. Si la contestation porte sur la compatibilité de la loi avec les principes d'égalité et de non-discrimination, les cours et tribunaux doivent d'abord en référer à la Cour d'arbitrage avant d'envisager la compatibilité de cette loi par rapport aux articles 14 de la Convention européenne ou 26 du Pacte international. Méconnaître cette préséance constitutionnelle aboutirait à priver le mécanisme de la question préjudicielle de toute portée pratique (9).

Dans un arrêt du 22 janvier 1998, la Cour de cassation paraît faire application d'une telle théorie. La juridiction estime qu'elle n'est pas tenue de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage «lorsqu'il ressort de la requête du défendeur tendant à faire poser (une question) relativement à l'éventuelle violation de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des articles 10 et 11 de la Constitution par une disposition légale dont la violation est invoquée au moyen, que les deux conflits sont mutuellement liés et que, suivant la thèse du défendeur, l'incompatibilité ainsi évoquée n'existe que dans la mesure où ladite disposition légale viole

recht. Recente ontwikkelingen, Deel 8, *Procedures en contentieux in het vreemdelingenrecht*, Bruges, Die keure, 2003, p. 226; C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY parlent de «règles drastiques de renvoi préjudiciel pour la Cour de cassation et le Conseil d'Etat» (*op. cit.*, pp. 15 et 16).

(8) «L'extension la plus spectaculaire des compétences de la Cour d'arbitrage sera cependant jurisprudentielle», (S. DEPRE et V. OST, «La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, *op. cit.*, p. 83).

(9) J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, Anvers, Maklu, 1990, pp. 386-387. Dans le même sens, D. RENDERS, «Les limites constitutionnelles du droit à la propriété immobilière», *A.P.T.*, 1997, pp. 130-131.



la Convention européenne des droits de l'homme» (10). Elle conclut, cependant, en l'espèce, à la non-violation de la Convention européenne.

En d'autres termes, la Cour de cassation s'estime en mesure de contrôler l'objet véritable du recours, comme elle le fait, en vertu de l'article 158 de la Constitution, à propos des conflits d'attribution entre le Conseil d'Etat et le pouvoir judiciaire. C'est elle qui détermine si la question préjudicielle postule une irrégularité constitutionnelle et repose donc sur la violation des articles de la Constitution dont la Cour assure la protection ou si elle entend lui soumettre une question portant, en réalité, sur une autre liberté fondamentale protégée par les conventions internationales et dont la Cour d'arbitrage ne peut formellement connaître. Dans ce dernier cas, le juge judiciaire dispose de la faculté — voire de l'obligation — de refuser de poser la question et de trancher lui-même cette question.

Pourquoi la Cour de cassation abandonne-t-elle, dans l'arrêt commenté, le critère de l'objet véritable de la question ? Il ne saurait être perdu de vue que, depuis l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 9 mars 2003, la Cour d'arbitrage est compétente pour contrôler, en ce compris sur question préjudicielle, la régularité des lois, décrets et ordonnances, par rapport à l'intégralité des dispositions du titre II de la Constitution (11).

En l'espèce, les défenderesses en cassation estimaient que les articles 1^{er} et 3 de la loi du 30 juillet 1981 violaient tant les articles 19, 26 et 27 de la que les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Si la Cour de cassation avait appliqué le critère de l'objet véritable, elle aurait dû constater que la question préjudicielle portait bien, à tout le moins en partie, sur des dispositions constitutionnelles. Elle aurait été contrainte de poser la question préjudicielle quitte à examiner par après la compatibilité des dispositions législatives critiquées avec les articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Le raisonnement tenu par la Cour de cassation ne s'inspire-t-il pas d'une argumentation développée également de manière prétorienne par le Conseil d'Etat ? Elle repose sur l'exigence du délai raisonnable, tel qu'elle est inscrite à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(10) Cass., 22 janvier 1998, *C.D.P.K.*, 1998, p. 529, note S. DE TAYE. *Compar.* la jurisprudence antérieure de la Cour en la matière et selon laquelle «lorsqu'un moyen de cassation invoque que l'article 756 du Code civil, compte tenu de l'article 107 de la loi du 31 mars 1987, est incompatible avec les articles (10) et (11) de la Constitution, en ce qui concerne les droits d'un enfant naturel non reconnu aux successions de sa mère et d'une sœur de sa mère, décédées avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987, et que le demandeur allègue dans le même pourvoi que la disposition légale précitée est contraire aux articles 8, alinéa 1^{er}, et 14 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour *peut* décider qu'il s'indique d'examiner d'abord les dispositions constitutionnelles, auquel cas elle soumet une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage» (Cass., 2 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 209. C'est nous qui soulignons).

(11) La Cour est également compétente, depuis cette réforme, pour vérifier la compatibilité des normes législatives avec les articles 170, 172 et 191 Constitution.

L'obligation de renvoi préjudiciel s'effacerait devant le droit de voir sa cause entendue dans un bref délai (12). Cet expédient n'est pas exempt de critiques (13). Il semble que le raisonnement fondé sur le principe de primauté de la Convention européenne des droits de l'homme ne recoupe pas ce dernier, et ceci pour deux raisons au moins.

D'une part, l'arrêt *Vlaams Blok* ne fait pas directement référence à l'article 6. Certes, il vise la Convention européenne des droits de l'homme dans son ensemble et à ce titre fait également référence à l'article 6 (14).

D'autre part, dans l'hypothèse de l'expédient relatif au délai raisonnable, le contrôle demeure un contrôle de conventionnalité d'une loi : si primauté il y a, il ne peut s'agir que de la primauté d'une norme conventionnelle d'effet direct sur la loi spéciale. En effet, ce qui est en jeu, c'est le contrôle de l'obligation quasi-absolue de renvoi préjudiciel imposée par l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 — et non par l'article 142 de la Constitution (15) — aux juridictions suprêmes au regard de l'exigence du délai raisonnable. La constatation d'une incompatibilité fondamentale entre ces deux normes amène le juge à faire primer, dans la logique de l'arrêt *Le Ski*, l'article 6 de la Convention européenne sur l'article 26 de la loi spéciale. Cette hypothèse est étrangère à l'arrêt *Vlaams Blok* qui consacre la primauté de la Convention européenne sur la Constitution. Avec celui-ci, le contrôle de conventionnalité s'étend désormais à la Constitution elle-même.

Depuis la décision du 9 novembre 2004, la Cour de cassation ne semble avoir fait usage de cette dérogation qu'à deux reprises seulement; qui plus est à la même date (16). «La Convention ayant un effet direct prime la Constitution; lorsque, comme en l'espèce, la Constitution ne pose pas plus de conditions qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un

(12) Voy. pour un cas d'application : C.E., 13 mars 1990, *De Ridder*, n° 34.348, *R.W.*, 1990-1991, pp. 293 et s., note F. MEERSCHAUT.

(13) Voy. F. MEERSCHAUT, «De Raad van State ten aanzien van de verplichting tot prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof: rebel without a cause?», note sous C.E., 13 mars 1990, *De Ridder*, n° 34.348, *R.W.*, 1990-1991, pp. 294 et s.; C. HOREVOETS, *op. cit.*, pp. 300 et s.

(14) À cet égard, une question ne peut manquer de se poser. Pourquoi la Cour de cassation se serait-elle embarrassée d'un artifice aussi controversable que la primauté de la Convention européenne des droits de l'homme plutôt que de viser l'article 6 uniquement — et l'exigence du délai raisonnable y inhérente?

(15) L'alinéa 3, de l'article 142 de la Constitution n'impose — ni ne suggère même — une obligation générale de renvoi dans le chef des juridictions. Il précise que «la Cour peut être saisie [...] à titre préjudiciel par toute juridiction». Il prévient, par conséquent, la mise en place d'un système rigide qui imposerait à l'ensemble des juridictions une obligation absolue de poser une question préjudicielle (Voy. les observations de R. ANDERSEN, «Le juge de l'action en cessation et la théorie de l'acte clair», note sous Prés. Comm. Namur, 22 juin 1994, *Annuaire pratiques du commerce et concurrence*, 1994, p. 465). C'est le législateur spécial qui a opté pour un système de compromis (R. ERGEC, «L'affaire INUSOP : du refus de renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage», *R.B.D.C.*, 1996, p. 441).

(16) Cass., 16 novembre 2004, P.04.0644.N, Cass., 16 novembre 2004, P.04.1127.N. Pour un commentaire, voy. not. P. POPELIER, «Wie is de hoeder van onze grondrechten?», *R.W.*, note sous Cass., 16 novembre 2004, *R.W.*, 2005-2006, pp. 388 et s.

contrôle de la loi à la lumière de la Convention suffit et un contrôle ultérieur de la loi à la lumière de la Constitution, est sans pertinence; la Cour n'est pas tenue de poser les questions préjudicielles». La motivation diverge quelque peu de celle de l'arrêt *Vlaams Blok*. Elle est plus englobante. A suivre l'enseignement de la Cour de cassation, toutes les conventions ayant un effet direct priment la Constitution. Cette motivation est également plus problématique. Le critère utilisé, à savoir l'«effet direct» du traité se révèle, pour le moins, complexe à manier.

2. La loi spéciale

La Cour de cassation innove. Elle dévoile une dérogation inédite à l'obligation de saisir la Cour d'arbitrage. Une question se pose toutefois. Pourquoi la Cour s'est-elle sentie contrainte de recourir au subterfuge de la primauté de la Convention européenne des droits de l'homme? Cette dérogation peut-elle s'appuyer sur l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989? S'inscrit-elle en marge de celui-ci?

Depuis 2003 (17), la Cour de cassation est formellement dispensée de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage dans quatre hypothèses.

L'article 26, §2, alinéa 2 détermine deux dispenses communes à toutes les juridictions. Il s'agit, d'abord, d'une exception procédurale. La juridiction saisie ne doit pas poser de question «lorsque l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non recevabilité, sauf si ces motifs sont tirés de normes faisant elles-mêmes l'objet de la demande». Il y a ensuite une exception tirée de la condition de nécessité de la question : la juridiction est dispensée de saisir la Cour lorsque celle-ci «a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique».

L'article 26, §3, tel que modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, prévoit deux tempéraments complémentaires. Ils sont également communs à

(17) L. sp. du 9 mars 2003 *M.B.*, 11 avril 2003. Sur cette réforme voy. notamment R. ERGEC, «Une Cour de plus en plus constitutionnelle : propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage», *C.D.P.K.*, 2003, pp. 622-632; M.-F. RIGAUX, «La loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage», *R.R.D.*, 2003, pp. 392-403; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, «Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof», *T.B.P.*, 2003, pp. 458-479; J. THEUNIS, «Het Arbitragehof. Bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003», *NjW*, 2003, pp. 954 à 960; J. VAN NIEUWENHOVE, «Hervorming bevoegdheid en procedure Arbitragehof», *T.v.W.*, 2003, pp. 292-293; F. TULKENS, «La loi du 9 mars 2003, modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changement de fond ou amélioration de façade?», *R.B.D.C.*, 2003, pp. 25-269; A. ALÉN et F. MEERSCHAUT, «De prejudiciële vraagstelling aan het Arbitragehof», *Staatsrecht*, Themis, 2002-2003, pp. 8-40; J.-Th. DEBRY, «Les questions préjudicielles après la loi spéciale du 9 mars 2003», in *La Cour d'arbitrage : un juge comme les autres?*, Liège, Ed. du jeune barreau de Liège, 2004, pp. 53-94; C. HOREVOETS, *op. cit.*, pp. 251-304.

toutes les juridictions (18). La première exception résulte de la procédure du référé (19). La seconde vise le contrôle de la détention préventive. Ces deux nouvelles dispenses sont encadrées de garde-fous cumulatifs. D'une part, il est requis qu'il n'existe pas de doute sérieux sur la compatibilité de la norme législative avec les normes de référence. D'autre part, il faut qu'il n'y ait pas de demande ou de recours ayant le même objet pendant devant la Cour.

Au regard de ces motifs d'exemption, il apparaît qu'au jour où elle rend son arrêt, la Cour de cassation ne peut utilement invoquer aucun de ceux-ci (20). Elle semble s'inscrire en marge tant du texte que de l'esprit de la loi spéciale (21).

Le refus de saisir la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle en vertu de la primauté de la Convention européenne ne semble pas pouvoir s'autoriser d'une des exceptions énumérées par l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier. Cette dérogation semble également marquer une distanciation par rapport aux expédients que la Cour de cassation avaient déjà imaginés

(18) R. ERGEC, *op. cit.*, p. 631; P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, p. 472.

(19) Sur la portée de cette exception voy. P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, *op. cit.*, pp. 472 et 473; F. TULKENS, *op. cit.*, p. 267; M.-F. RIGAUX, *op. cit.*, pp. 395 et 396.

(20) Dans ce sens, voy. F. MEERSCHAUT, qui écrit : «Het spreekt voor zich dat geen van de aangehaalde argumenten een toegelaten grond is om te weigeren een prejudiciële vraag te stellen aan het Arbitragehof» («De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet», note sous Cass., 9 novembre 2004, *T.B.P.*, 2005, p. 49); M.-F. RIGAUX, «Quand la Cour de cassation arbitre», *op. cit.*, p. 811.

(21) Cette dérogation se fonderait-elle sur l'article 26 de la loi spéciale? La Cour de cassation utiliserait alors — de manière détournée — l'une des exceptions établies en faveur des juridictions de fond. L'on sait que les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours bénéficient, aux termes de l'article 26, §2, alinéa 3, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, de deux causes d'exonération complémentaires à l'obligation de principe de saisir la Cour d'arbitrage. La première repose sur le caractère pertinent de la question préjudicielle. La juridiction n'est pas tenue de poser la question lorsqu'elle estime que la réponse à cette dernière n'est pas indispensable pour rendre sa décision. La seconde est fondée sur le caractère véritable de la question. La juridiction n'est pas tenue de saisir la Cour d'arbitrage lorsque la norme incriminée ne viole manifestement pas les règles dont la Cour assure la protection. En réalité, la justification avancée par la Cour de cassation pour refuser, en l'espèce, de saisir le juge constitutionnel repose sur deux étapes qui pourraient, dans une certaine mesure, donner à penser qu'elle a mis en œuvre ces deux motifs de dispense dont l'usage a été expressément exclu par la loi spéciale dans son chef. A titre principal, la Cour de cassation estimerait que la question suggérée ne pourrait avoir une quelconque influence sur la résolution du litige en cours. Elle serait dépourvue d'intérêt en ce que la réponse de la Cour d'arbitrage, quelle qu'en soit la teneur, ne saurait modifier la décision de la Cour de cassation sur ce point. La Constitution ne prévoyant pas de mesures plus protectrices des droits fondamentaux que la Convention, l'article 53 de cette dernière ne saurait trouver à s'appliquer. La Convention devrait être appliquée intégralement par la Cour de cassation. La réponse à la question préjudicielle sera soit redondante avec la position de la Cour de cassation, et donc inutile, soit divergente. Dans ce dernier cas, elle traduirait une contrariété entre la Constitution et la Convention, ce qui impliquerait d'écarter celle-là au profit de celle-ci et de retomber, dès lors, sur la solution définie par la Cour de cassation. En conclusion, la question préjudicielle ne serait pas pertinente. Pour aboutir à ce constat, la Cour de cassation semble avoir dû considérer que la loi en cause ne violerait pas la Constitution. Comme il sera vu plus en détail, une telle conclusion ne s'impose que parce que la Cour de cassation contrôle la loi à la Constitution et en déduit que cette dernière ne contraint pas le législateur d'une manière plus importante que ne le fait la Convention européenne des droits de l'homme.

pour pallier son obligation de saisir la Cour d'arbitrage. Le ressort de la présente dérogation reposerait alors sur les nécessités de la cause. Plus précisément, sa nouveauté résulterait de l'impossibilité pour la Cour de cassation de refuser la question préjudicielle sur la base tant de la loi spéciale du 6 janvier 1989 que sur l'une des exceptions prétoriennes, antérieurement développées en marge de celle-ci.

B. — *Une dérogation problématique*

La dérogation qui est instaurée à l'obligation de renvoi préjudiciel et qui est fondée sur la primauté de la Convention européenne n'est pas seule à faire question. La portée de cette exception interpelle également. Il n'est pas aisé de percevoir les contours précis de l'étendue de cette dérogation. Son applicabilité ne semble pas non plus aller de soi au regard du texte même de la Convention européenne, notamment de l'article 53, établissant le principe de subsidiarité (1), et de l'article 35, exigeant avant tout recours devant la Cour de Strasbourg l'épuisement des voies de recours internes (2). Cette dérogation amène s'interroger sur les solutions envisageables pour pallier les difficultés inhérentes à l'obligation quasi-absolue de renvoi préjudiciel qui pèse sur la Cour de cassation (3).

1. *Le principe de subsidiarité*

S'inspirant du principe de subsidiarité inscrit à l'article 53 de la Convention, la Cour de cassation reconnaît que la Constitution doit s'appliquer si elle protège mieux que la Convention européenne une des libertés publiques que celle-ci consacre. Dans cette hypothèse, il se justifierait de laisser la Cour d'arbitrage se prononcer sur l'inconstitutionnalité alléguée d'une disposition législative. Le bémol apporté à la primauté de la Convention européenne sur la Constitution a pour conséquence que l'emploi de cette exception s'avèrera casuistique. Il n'est pas toujours commode de déterminer quelle est la norme la plus protectrice de tel droit fondamental (22).

Selon la Cour de cassation, la Constitution ne soumet pas la liberté de pensée, de réunion et d'association à des exigences plus strictes que celles qui sont prévues par la Convention européenne des droits de l'homme. La juridiction refuse en conséquence de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage.

Cette affirmation ne semble pas aussi évidente que le laisse entendre l'arrêt. Elle peut, à tout le moins, être discutée. L'article 19 de la Consti-

(22) Comme l'explique F. DELPÉRÉE, ce serait escamoter la difficulté de se contenter de se référer à «la disposition la plus favorable». «La disposition la plus favorable pour qui? La disposition la plus favorable pour quoi?» («Constitution européenne et Constitutions nationales. Belgique», *A.I.J.C.*, 2005, XXI, à paraître).

tution dispose que la liberté des cultes, celle de leur exercice public, ainsi que la liberté de manifester ses opinions en toute matière sont garanties, sauf la répression des délits commis à l'occasion de l'usage de ces libertés. L'article 26 de la Constitution garantit aux Belges le droit de s'assembler librement et sans armes, en se conformant aux lois qui peuvent régler l'exercice de ce droit, sans néanmoins le soumettre à une autorisation préalable. L'article 27 de la Constitution dispose que les Belges ont le droit de s'associer et que ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive. Ces trois dispositions constitutionnelles prohibent tout régime préventif de restriction des libertés publiques (23). Ni l'article 10, ni l'article 11 de la Convention ne vont aussi loin dans la protection des libertés d'expression et d'association (24).

Puisque l'article 53 vise à atteindre la protection maximale des droits et libertés garantis par la Convention, on ne saurait concevoir que le choix de la disposition à appliquer de manière préférentielle soit monolithique. Il n'y a pas lieu de faire le décompte des avantages et des inconvénients que recèle chacune des dispositions en cause pour confronter leur moyenne. Au contraire, la protection doit être cumulative et retenir dès lors les aspects de l'une ou de l'autre norme, selon leur degré de protection plus avancé. En d'autres termes, la norme protectrice des droits fondamentaux serait, *in fine*, le plus souvent une reconstruction de l'article constitutionnel et de la disposition internationale, desquels l'interprète aura prélevé les aspects les plus protecteurs pour l'individu.

Il y a lieu en effet de se demander si les articles du titre II de la Constitution, de même que les articles 170, 172 et 191 de la Constitution, ne garantissent pas tous, d'une manière ou d'une autre, une protection plus large des droits fondamentaux qu'ils consacrent que celle qui découlerait de l'application de la Convention européenne.

Outre l'interdiction du régime préventif, une seconde caractéristique fondamentale du régime des droits et libertés garantis par le Constituant belge concerne le principe de légalité formelle des restrictions à ces droits fondamentaux. Dans plusieurs dispositions constitutionnelles, seul le législateur formel est à même de limiter les libertés qui y sont garanties (25). Or, si elle

(23) Sauf pour les manifestations en plein air, voy. Const., art. 26, al. 2, R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. II, *Les droits et libertés*, 2^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 181; F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, LGDJ, 2000, pp. 254 et 255.

(24) Comme l'indique R. ERGEC, la CEDH n'exclut pas toute restriction préventive aux libertés. Toutefois, en vertu de l'article 53 de la CEDH, le système constitutionnel belge plus favorable à l'individu, devrait prévaloir sur le système conventionnel (*op. cit.*, pp. 55 et 56).

(25) La Cour d'arbitrage abonde dans le même sens en affirmant que « Bien que, en utilisant le terme 'loi', l'article 8.2 de la Convention européenne précitée n'exige pas que l'ingérence qu'il permet soit prévue par une 'loi', au sens formel du terme, le même mot 'loi' utilisé à l'article 22 de la Constitution désigne une disposition législative. Cette exigence constitutionnelle s'impose au

exige l'intervention d'une loi, la Convention européenne n'appréhende, quant à elle, ce concept que sous son angle matériel (26).

En ayant égard à ces deux éléments protecteurs des droits fondamentaux, il semble permis de considérer que les articles 8, 9, 10, 11, 11*bis*, 12, alinéa 1^{er}, 13, 14, 15, 16, 19, 22, 22*bis*, 23, 24, 25, 26, 27, 30, 32, 170 §1^{er} et 2, 172, alinéa 2 et 191 de la Constitution comportent un degré de protection plus important que la Convention européenne des droits de l'homme. Partant, l'application du nouveau critère dégagé par la Cour de cassation ne serait dès lors envisageable que pour refuser de poser la question préjudicielle à la Cour d'arbitrage que dans la mesure où le droit fondamental invoqué n'est garanti que par la Convention européenne. Dans ce cas, en effet, il est par hypothèse exclu qu'une réglementation plus favorable soit prévue par la Constitution. Pareille conclusion revient, en réalité, au même résultat que celui qui était obtenu grâce au critère de l'objet véritable de la question.

2. *L'épuisement des voies de recours interne*

Les standards européens qui gouvernent la protection des droits fondamentaux ouvrent une marge d'appréciation, plus ou moins étendue, aux Etats parties à la Convention dans la protection qu'ils procurent aux libertés publiques. Le corpus constitutionnel joue un rôle prépondérant dans l'interprétation des articles de la Convention (27).

La suprématie de la Convention n'implique pas, cependant, que soient court-circuitées les procédures internes. La Cour européenne ne peut être saisie que pour autant que les voies de recours internes aient été épuisées (28). Si la subsidiarité procédurale inhérente à la Convention européenne empêche de condamner le renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage, peut-être va-t-elle jusqu'à l'imposer. Comme l'a souligné F. MEERSCHAUT, il n'est pas exclu qu'une telle question préjudicielle soit jugée par la Cour européenne comme un recours susceptible devant être exercé préalablement à sa propre saisine. Celui qui s'en serait abstenu serait privé du droit d'agir

législateur belge, en vertu de l'article 53 de la Convention européenne, selon lequel les dispositions de la Convention ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales reconnues notamment par le droit interne» (C.A., arrêt n° 131/2005, du 19 juillet 2005, B.2.5.).

(26) J. VELAERS, «Samenloop van grondrechten: het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen», *T.B.P.*, 2005, p. 307. Il faut sans doute omettre l'article 17 de la Constitution qui s'exprime sous la forme d'une injonction de *non facere* spécifique.

(27) Voy., par exemple, L. WILDHABER, «La place de la Convention européenne des droits de l'homme», *Bull.dr.h.*, 2005, 11/12, p. 53.

(28) C.E.D.H., art. 35. Voy., D. DE BRUYN, «L'épuisement des voies de recours internes», in *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n° 11*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 39-60.



devant elle (29). Cette circonstance placerait le justiciable dans une position inconfortable. S'il ne formule pas de grief de constitutionnalité à l'égard de la loi, il risque de ne pas pouvoir s'adresser ultérieurement à la Cour européenne. Un même aléa pèse sur le justiciable qui déciderait de ne formuler que des griefs d'inconstitutionnalité à l'égard de la loi. Il gagnera à invoquer des arguments tant d'inconstitutionnalité que d'inconventionnalité.

3. *Les palliatifs législatifs*

Les dérogations à l'obligation quasi-absolue qui pèse sur les juridictions suprêmes de saisir la Cour d'arbitrage par voie préjudicielle amènent à s'interroger sur les solutions qui permettent de pallier les « réticences » (30) à respecter l'obligation de renvoi.

Il faut apporter une solution cohérente à cette problématique délicate. Aucune unanimité ne se dessine relativement à la voie à suivre pour mener cette entreprise à bien.

Plusieurs idées guident la réflexion. D'abord, il convient de sauvegarder le mécanisme préjudiciel dans son essence, comme dans les objectifs qu'il poursuit. Ensuite, il échet d'assurer la sécurité juridique — tant du point de vue de la constitutionnalité des normes législatives que de la cohérence interprétative de la norme suprême —. Il faut encore prévenir, autant que faire se peut, les manœuvres dilatoires des parties. Il importe de trouver des solutions qui respectent et mettent en œuvre deux principes : le *principe de subsidiarité* — qui exige une répartition adéquate des tâches — et le *principe de rationalisation* — qui suppose une application possible, cohérente et réfléchie de la norme juridique —. La mise en œuvre de ces idées nécessitera au minimum une adaptation de la loi spéciale du 6 janvier 1989, et, le cas échéant, une modification de l'article 142 de la Constitution (31).

(29) F. MEERSCHAUT, «De ondraaglijke lichtheid...», *op. cit.*, p. 52. *Adde* : P. LEMMENS, «S.O.S. voor het europees hof voor de rechten van de mens (en voor het individueel klachtrecht)», *Staatsrecht*, Themis, 2002-2003, pp. 90-91.

(30) Selon l'expression de J. SOHIER et F. TULKENS, «Palliatifs jurisprudentiels à l'incurie séculaire du législateur», note sous Cass. 12 juin 1996, *Journal des procès*, 1996, n° 299, p. 29.

(31) «Faut-il inviter le Constituant à se prononcer explicitement pour mettre fin à la guerre des juges ? Ce serait lui demander de trancher une question qui se prête mal aux solutions dogmatiques [...]», a pu écrire P. MARTENS («La Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Les paradoxes du respect», in *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Gand, Larcier, 2003, pp. 115 et 116). Faut-il, dès lors, se rabattre uniquement sur une modification de la loi spéciale ? La réponse à conférer à cette question dépend essentiellement du type de solutions envisagées. Entre assouplissement et renforcement de l'obligation de renvoi préjudiciel, toute solution intermédiaire peut se concevoir. Une solution possible consisterait à profiter du fait que l'article 142 de la Constitution soit actuellement ouvert à révision pour en modifier sa formulation. L'on y substituerait, par exemple, la formulation suivante : «La Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne et par toute personne justifiant d'un intérêt. La Cour doit être saisie par toute juridiction, à titre préjudiciel, sauf les exceptions que la loi détermine». Cette solution présenterait l'avantage de constitutionnaliser l'obligation de renvoi préjudiciel.

Une solution ne manquera pas de retenir l'attention. Faut-il confier aux juridictions supérieures le soin de contrôler la pertinence de la question préjudicielle sollicitée? Le professeur J. VELAERS n'a pas manqué de faire à ce propos une suggestion en trois points (32). «Chaque juridiction [y compris la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, serait] déchargée de poser [une question préjudicielle] lorsqu'elle estime que la disposition du titre II de la Constitution n'est pas violée» (33). «Chaque juridiction devrait être déchargée de l'obligation de poser une question préjudicielle lorsqu'elle estime qu'il appert d'un arrêt d'une juridiction internationale — comme la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des Communautés européennes — ou de la Cour d'arbitrage que la disposition de la convention ou du titre II de la Constitution n'est pas violée». «Dans tous les autres cas, la juridiction serait toutefois obligée de poser d'abord la question préjudicielle» (34).

Cette solution originale pourrait faire avancer le débat.

II. — L'AFFIRMATION DU PRINCIPE DE PRIMAUTÉ

Si le principe de la primauté de la Convention européenne est inscrit de manière inédite dans l'arrêt *Vlaams Blok*, il se trouve pourtant formulé dans une jurisprudence constante de la Cour de cassation. Celle-ci procure, en effet, une lecture des rapports qui doivent s'établir, selon elle, entre le droit inter-

(32) J. VELAERS, «Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux», in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, *op.cit.*, pp. 146 et 147.

(33) Dans sa première branche, la proposition tend à conférer aux juridictions suprêmes — à l'instar des juridictions de fond — le soin de contrôler le caractère véritable de la question (F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 65). Ce faisant, toutes les juridictions seraient autorisées à manier une exception à l'obligation de saisir la Cour d'arbitrage qui se fonde, à tout le moins partiellement, sur la théorie de l'acte clair (J. VELAERS, *Van Arbitragehof tot Grondwettelijk Hof*, *op. cit.*, p. 390; C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 46; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *op. cit.*, p. 65; A. ALÉN et F. MEERSCHAUT, *op. cit.*, p. 17). L'application de cette exception par les juridictions de fond ne semble pas exempte de toutes difficultés (Voy. C. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *op. cit.*, pp. 87 et s.). Ne serait-il pas opportun dès lors de prévoir un contrôle juridictionnel de la décision qui refuse de saisir la Cour d'arbitrage, en arguant une non-violation manifeste du titre II de la Constitution?

(34) Cette triple recommandation prend la forme d'une proposition spécifique de modification de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Il lui serait adjoint un nouveau paragraphe 4, rédigé comme suit : «Lorsqu'une partie soulève devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue dans une disposition du titre II de la Constitution ainsi que dans une disposition conventionnelle, la juridiction est tenue, sauf dans les cas visés aux paragraphes 2 et 3 de cet article, de poser d'abord à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle sur la conformité avec la disposition du titre II de la Constitution, à moins qu'elle n'estime que cette disposition n'est manifestement pas violée ou qu'un arrêt d'une juridiction internationale ou de la Cour d'arbitrage fait apparaître que la disposition de la convention ou de la Constitution est manifestement violée» (J. VELAERS, «Le contrôle des lois, décrets et...», *op. cit.*, p. 147).

national et le droit interne. Elle rappelle une position moniste (A). Celle-ci ne fait toutefois pas l'unanimité. L'école dualiste existe aussi. La question se pose de savoir si l'arrêt commenté marque un rapprochement avec cette seconde position (B)? La motivation succincte de l'arrêt amène à s'interroger sur la compatibilité de son enseignement avec les positions moniste et dualiste.

A. — *La primauté et le monisme*

L'arrêt *Vlaams Blok* s'inscrit dans la droite ligne d'une jurisprudence qui remonte à l'arrêt *Le Ski*. A ce titre il se place dans une position moniste (1). Si celle-ci rencontre une audience certaine (2), elle prête néanmoins à discussion (3).

1. *Une vision moniste confirmée*

Il n'est pas besoin de rappeler que l'arrêt 27 mai 1971 (35) — qui s'apparente désormais à un «sanctuaire» (36) — constitue la pierre angulaire du raisonnement de la Cour de cassation. Il s'agit d'un arrêt de principe qui étend ses effets au-delà du cas d'espèce considéré (37).

A cette occasion, la Cour de cassation établit une distinction nette, dans la morphologie des normes, entre la loi d'assentiment et les lois matérielles (38). A l'inverse de ces dernières, la loi d'assentiment est privée de contenu normatif (39). Seul le traité auquel il est porté assentiment est créateur de droit.

Un autre enseignement de l'arrêt est plus flou. La primauté de la norme internationale se fonde, dit-on, sur la nature même du droit international conventionnel (40). L'arrêt n'évoque pas, par contre, le dispositif constitu-

(35) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 886.

(36) F. DELPÉRÉE, «Autour d'un sanctuaire», in *Mélanges Jacques van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 167-180.

(37) Il s'agit là, sans conteste, d'un arrêt «révolutionnaire» (Comme l'a souligné le Sénateur R. LALLEMAND (*Ann. Parl.*, Sén., 30 novembre 1988, p. 413)). D'aucuns allant jusqu'à le qualifier de «révision silencieuse» (J.J.A. SALMON, «Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation», *J.T.*, 1971, p. 535. *Adde* : P. DE VISSCHER, «Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi», *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, I.U.H.E.I., 1968, p. 608). L. FRANCOIS met pour sa part en exergue qu'il n'y a eu «en réalité ni révision ni silence : la 'révision' est expressément prévue et réglementée par la Constitution, le constituant n'a pas mené cette procédure jusqu'au bout et si les cours et tribunaux ont en quelque sorte agi à sa place, ce n'est pas en se taisant» («Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles», *J.T.*, 2005, p. 264).

(38) En cela, la Cour de cassation suit les conclusions de son Procureur général : «On le voit, il ne saurait y avoir de 'conflit de lois', dans la confrontation du traité approuvé par un acte du pouvoir législatif et une loi» (*Pas.*, I, 1971, p. 895).

(39) «L'assentiment est un acte de haute tutelle des Chambres législatives [...]», ce n'est pas acte de législation (*Pas.*, I, 1971, p. 895).

(40) Comme le souligne avec justesse F. DELPÉRÉE, «le raisonnement tenu par la Cour de cassation a pour lui le mérite de la logique. Comment ne pas affirmer sans réserve la règle *pacta sunt servanda*? Comment ne pas en tirer les conséquences utiles» (*op. cit.*, p. 171)?

tionnel. Faut-il en conclure que la Constitution est inutile à fonder cette primauté et qu'en outre elle ne saurait, même par une disposition expresse, s'y opposer? Le silence de la Cour incline à répondre à cette question par l'affirmative (41).

L'arrêt vise le droit international conventionnel. Seuls les traités semblent donc entrer dans le champ d'application du principe de primauté. Mais l'hypothèse retenue par la Cour est à la fois plus large et plus restreinte. Elle n'est pas limitée aux seules conventions internationales (42) — ce qui accroît potentiellement les normes qui pourraient bénéficier de cette prééminence —. En même temps, il est fait explicitement référence à l'effet direct du droit international (43) — ce qui limite les normes qui pourront bénéficier de cette prééminence —.

La Cour réserve surtout un sort particulier à l'ordre juridique communautaire. La suprématie de la norme internationale vaut *a fortiori* si elle en est issue. Les Etats n'ont-ils pas consenti à une limitation de souveraineté en adhérant à une telle organisation internationale?

Dans le considérant relatif au droit international général et, plus encore, dans ceux qui touchent au droit communautaire, la Cour de cassation entretient, cependant, le mystère sur la place qui doit être réservée à la

(41) Selon J.-S. JAMART l'arrêt *Le Ski* a accredité «l'idée qu'une révision constitutionnelle n'était pas nécessaire pour admettre la primauté du droit international ou communautaire» («Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international», *R.B.D.C.*, 1999, p. 122). J.J.A. SALMON, quant à lui, pose la question de savoir si le pouvoir judiciaire pouvait constitutionnellement donner la prééminence au traité sur la loi. Et l'auteur de répondre «comme on le sait, la Cour, sans traiter de la question, s'est implicitement ralliée» au point de vue de son Procureur général (*op. cit.*, p. 533). La Cour de cassation confèrera une justification complémentaire à sa position en précisant, dans un arrêt ultérieur, que la prééminence du droit international conventionnel résulte de la nature de ce droit et «non pas de la Constitution» (Cass., 13 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, 67). Ce qui renforce l'idée que la Constitution est impuissante à régler le conflit «traité-loi» et à définir une règle générale quant à la prééminence de l'un sur l'autre. Et ceci, d'autant plus que certains reconnaissent, actuellement, au principe qu'énonce l'arrêt *Le Ski* une valeur constitutionnelle (voy., par exemple, H. SIMONART et M. VERDUSSEN, «La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux», *R.B.D.C.*, 2000, p. 187). Ainsi que le note F. DELPÉRÉE, cet «arrêt contiendrait un 'principe général de droit constitutionnel' que ni la Constitution, ni la loi spéciale ne saurait ignorer». Et l'auteur de critiquer ce principe qui relèverait «sinon du supraconstitutionnel, à tout le moins de l'intangible». («Justice constitutionnelle, Justice ordinaire, Justice supranationale : A qui revient la protection des droits fondamentaux en Europe? Belgique», *A.I.J.C.*, 2004, XX, pp. 176 et 177 et note n° 12).

(42) «Tout accord international doit dès lors [...] profiter [de cette primauté], fût-il en forme simplifiée; toute règle régulièrement imposée par une organisation internationale dans l'exercice des pouvoirs qui lui furent conventionnellement délégués doit aussi pouvoir en profiter» (J. VERHOEVEN, «Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge : certitudes et vraisemblances», in *Evolution constitutionnelle en Belgique et relations internationales — Hommage à Paul de Visser*, Paris, Pedone, 1984, p. 39). Et l'auteur de poursuivre que la question de savoir si la coutume doit également bénéficier de cette primauté reste discutée (*Ibidem*, pp. 39 et 40).

(43) Sur la notion d'effets directs, en l'espèce, voy. J.J.A. SALMON, *op. cit.*, p. 533.

Constitution à l'égard de la norme internationale (44). Dans la mesure où l'arrêt se fonde tantôt sur la nature du droit international conventionnel, tantôt sur la nature de l'ordre juridique européen, il semble bien considérer que la Constitution est soumise aux mêmes normes internationales conventionnelles que celles qui priment sur les lois nationales (45).

A l'occasion de l'arrêt *Inusop* du 12 février 1996, la Cour traite incidemment de la primauté du droit international conventionnel. Elle se prononce, à cette occasion, sur la compatibilité de l'ancien article 103 de la Constitution avec les articles 7 de la Convention et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (46). Elle constate, en l'espèce, l'absence de

(44) H. BRIBOSIA écrit à cet égard que «l'arrêt *Le Ski* ne s'est pas expressément prononcé sur la relation hiérarchique entre le traité et la Constitution. La Cour de cassation n'avait pas à le faire. La doctrine en a tiré des arguments à la fois *a contrario* et *a fortiori*» («Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge», *R.B.D.I.*, 1996, p. 67). J. VELU ne fait pas mystère de sa position moniste et dès lors englobante à cet égard. La formule utilisée par l'arrêt *Le Ski* «ne fait de distinction entre les diverses normes de droit interne. Elle implique dès lors, me paraît-il, que pour votre Cour, la primauté des traités internationaux ayant des effets directs dans l'ordre juridique belge vaut à l'égard de toutes les normes de droit interne, *notamment les normes constitutionnelles*» (*Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités. Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1992*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 129, c'est nous qui soulignons). Partageant visiblement cette position, M. PAQUES écrit que : «Bien que l'espèce tranchée ait concerné un conflit entre un traité (le Traité CEE) et une loi, la généralité des termes utilisés par l'arrêt peut laisser penser que la Cour suprême aurait appliqué le même raisonnement si la Constitution avait été en casue» (*Droit public élémentaire en quinze leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 327). F. DELPÉRÉE utilise une formule plus nuancée qui relate le halo d'incertitude peut-être, de mystère certainement, qui entoure l'arrêt *Le Ski*, et notamment l'expression «norme de droit interne». «En termes concis et élégants, l'arrêt *Le Ski* s'efforce de répondre à ces préoccupations. Il le fait en rappelant tout uniment que le juge doit assurer la primauté effective de la 'norme de droit international qui a des effets directs' — on peut présumer qu'il s'agit d'un traité — sur la 'norme' non autrement définie de droit interne — on peut deviner qu'il s'agit de la loi, *peut-être aussi de la Constitution* — («Autour d'un sanctuaire», *op. cit.*, p. 171, c'est nous qui soulignons).

(45) Selon P. DE VISSCHER, «la portée de l'arrêt est étrangère au conflit susceptible d'opposer une loi et un traité dont les dispositions ne seraient pas directement applicables ainsi qu'au conflit entre un traité et une disposition constitutionnelle. Dans les deux cas, la nature conventionnelle du traité devrait, selon nous, commander la même solution» («La Constitution belge et le droit international», *R.B.D.I.*, 1986, p. 31). J.C. SCHOLSEM estime quant à lui que «l'arrêt *Le Ski* ne semble pas avoir touché, sinon de façon très implicite (par l'emploi des mots 'norme de droit interne' au lieu du mot 'loi' qui aurait été plus précis en l'espèce) au problème de la primauté du droit international directement applicable sur la Constitution» («La Cour d'arbitrage», *REV. DR. ULB*, n° 20, 1999, p. 231). P. d'ARGENT souligne pour sa part que «les mots utilisés ('une norme') peuvent donner à penser que la Cour serait encline à faire prévaloir la règle internationale d'effet direct sur toute norme de droit interne, en ce compris une norme constitutionnelle» («Jurisprudence belge relative au droit international public (1993-2003)», *R.B.D.I.*, 2003, p. 600). Dans le même sens, voy. A. VANWELKENHUYZEN, «Les limites du droit constitutionnel», *Rapports belges au XII^e Congrès de l'Académie Internationale de Droit comparé*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 1988, p. 83; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, Bruxelles, Larcier, 2^{ème} éd., 2002, p. 757. Pour une détermination de la position des divers auteurs, voy. J. VELU, *op. cit.*, pp. 140 à 143.

(46) Cass., 12 février 1996, *Pas.*, 1996, I, 189.



contrariété entre la disposition constitutionnelle et les articles des traités (47).

L'arrêt *Inusop* n'est pas l'arrêt *Le Ski*. Il se borne à effleurer la réflexion sur le principe de primauté. La décision, telle qu'elle est publiée dans la *Pasicrisie*, est assortie d'une note signée — partiellement — de la plume de Jacques VELU (48). Celui-ci confirme bien qu'en l'état, le dispositif constitutionnel relatif à la poursuite et au jugement des ministres ne contredit ni la Convention européenne, ni le Pacte international. Mais il souligne également que pareille antinomie existait bien par le passé. Jacques VELU pousse cependant le raisonnement plus loin en s'interrogeant sur l'attitude qu'aurait dû adopter la Cour si elle avait été confrontée à une telle antinomie normative. Sans surprise, l'auteur donne sa préférence au principe de primauté de la disposition internationale conventionnelle directement applicable (49).

A l'occasion de l'arrêt *Vlaams Blok*, la question de la primauté réapparaît. La Cour de cassation refuse de saisir la Cour d'arbitrage. Elle s'appuie sans équivoque sur l'idée que la Constitution est tenue de respecter les dispositions conventionnelles. «Le rubicond est franchi», écrit S. VAN DROOGHENBROECK (50). Par sa motivation lapidaire, l'arrêt *Vlaams Blok* laisse supposer qu'il s'inscrit directement dans la jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Le Ski*.

Il y a pourtant plus de trente ans que l'arrêt *Le Ski* a été prononcé. Peut-on raisonnablement soutenir que la nature du droit international n'a pas subi d'importantes transformations depuis lors (51)? Ne faut-il pas con-

(47) «Que pareille coexistence d'une responsabilité pénale spécifique avec une responsabilité pénale de droit commun n'était incompatible avec les articles 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques que si, et dans la mesure où, l'article 134 ancien de la Constitution permettait à la Cour de juger et de condamner un ministre pour une action ou une omission qui ne constituait pas une infraction réprimée par le droit national ou international au moment où elle avait été commise, le conflit étant exclu dans le cas où le ministre était poursuivi et condamné sur la base de la responsabilité pénale de droit commun;

Qu'ainsi, est sans pertinence, en l'espèce, l'allégation d'une antinomie existant avant la modification du 5 mai 1993 entre la Constitution et les traités;»

(48) *Voy., Pas.*, 1996, I, pp. 193 à 197.

(49) *Pas.*, 1996, I, p. 195. S. VAN DROOGHENBROECK propose, quant à lui, une autre lecture de l'arrêt. «Ne doit-on pas considérer, écrit l'auteur, que la possibilité même d'un tel propos [à savoir l'absence de contrariété entre les dispositions en cause] emportait, nécessairement quoiqu'implicitement, la reconnaissance par la Cour de cassation de la primauté des traités sur la Constitution, et par là-même, la dissidence de cette juridiction par rapport aux positions défendues à ce sujet par la Cour d'arbitrage? Une réponse affirmative s'impose [...]» (obs. sous Cass., 12 février 1996, in S. VAN DROOGHENBROECK et O. DE SCHUTTER, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 230). Comme il l'explique plutôt, «peut-on en effet soutenir qu'une norme viole une autre norme, ou encore, est incompatible avec celle-ci, sans pour autant reconnaître la primauté de la seconde par rapport à la première?» (*op. cit.*, p. 230).

(50) «Le Vlaams Blok, groupement raciste : la confirmation», *Jour. Jur.*, n° 37, 15 décembre 2004, p. 5.

(51) *Voy. F. DELPÉRÉE*, «Autour d'un sanctuaire», *op. cit.*, pp. 168, 172 et 173.

sidérer que celui-ci s'est ouvert aux réalités institutionnelles du droit interne des Etats ?

2. Une vision partagée

La thèse moniste rencontre les faveurs de beaucoup (52). Le Conseil d'Etat, dans ses deux sections, semble notamment partager cette vision des rapports que doivent entretenir le traité et la Constitution.

Une chambre de la section d'administration affirme, au cours de l'année 1996, que l'interprétation conférée à l'article 48 du Traité C.E par la Cour de justice l'emporte sur le commentaire de l'article 8 de la Constitution (53). Pour aboutir à ce constat, le juge administratif se fonde à la fois sur la jurisprudence *Le Ski* et sur l'article 34 de la Constitution (54).

A l'occasion de la réforme de la loi organique sur la Cour d'arbitrage, une proposition de révision du titre II de la Constitution est déposée au Sénat. Elle vise à insérer dans le dispositif constitutionnel un article 32*bis* aux termes duquel chacun bénéficie des droits et libertés reconnus par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et ses Protocoles additionnels (55). La section de législation du Conseil d'Etat a critiqué cette réforme, considérant qu'elle portait atteinte à un principe général de droit constitutionnel, instauré depuis la jurisprudence *Le Ski* : tout juge doit pouvoir vérifier directement la conformité d'une disposition législative à un traité international (56). L'extension par le législateur

(52) Outre les auteurs et les références déjà cités, voy. not. R. HAYOIT DE TERMICOURT, «Le conflit 'Traité-Loi interne'», *J.T.*, 1963, pp. 481-486; W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution», *J.T.*, 1968, p. 485-495; Id., concl. avant Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, pp. 888-914; F. DUMONT, «Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international», in *Le nouveau droit constitutionnel*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 209; J. DE MEYER, «L'affirmation des droits fondamentaux dans les Constitutions et les traités internationaux», in *Le nouveau droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 253; M. MELCHIOR, «Constitution et organisations internationales. Le problème de la supranationalité», in *Le nouveau droit constitutionnel*, *op. cit.*, p. 336.

(53) C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922 du 5 novembre 1996. Voy. D. VAN EECKHOUTTE, «De relatie Grondwet — Europees recht : de positie van de Raad van State. Arresten van 5 november 1996 van de Raad van State : Orfinger, Goosse, vzw G.E.R.F.A. en De Baenst, nrs. 62922, 62921, 62923, 62924», *C.D.P.K.*, 2000, p. 281.

(54) L'utilisation qui est faite, en l'espèce, de la règle de la primauté a, toutefois, été contestée, voy. R. ERGEC, «La concrétisation jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution», obs. sous C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922 du 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, p. 256; P. d'ARGENT, «De la primauté du droit international sur...la Constitution», *IDj*, 1997, n° 6, pp. 65 et 66.

(55) Seuls ces textes étaient en effet visés par la déclaration de révision de la Constitution, à l'inverse des Pactes internationaux, par exemple (*Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2/897/6, p. 5).

(56) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 25 avril 2000, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2-897/1, p. 21.

spécial de la compétence de la Cour d'arbitrage serait, dès lors, inconstitutionnelle (57).

3. Une vision discutée

A lire l'arrêt *Le Ski*, la primauté du droit international sur le droit interne découle de «la nature même du droit international conventionnel» (58). Mais peut-on fonder sur la nature d'un tel droit le principe de primauté (59)? «Si le droit international devait ne pas prévaloir sur le droit interne, il ne serait plus», a écrit le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH (60). Cette affirmation donne à la problématique de la primauté une autre dimension. Ce n'est plus seulement la détermination d'une règle de hiérarchie des normes qui est en cause, mais plus fondamentalement, la survie de l'ordre juridique international.

Comme l'écrit M. VIRALLY, il subsiste, cependant, au sein de la thèse moniste une ambiguïté préoccupante. «A l'intérieur même de l'unité qu'ils composent, les deux ordres juridiques se trouvent nécessairement dans un rapport de subordination l'un par rapport à l'autre. Sur le plan de la logique où il s'est placé, le monisme ne trouve pas d'arguments décisifs en faveur de l'un des deux systèmes possibles : supériorité du droit international ou supériorité du droit interne» (61).

En réalité, la condition de survie de l'ordre international réside dans son application. Le droit international doit être respecté. Cette exigence vaut pour tous les ordres juridiques ainsi que pour toutes les règles qu'ils secrètent. L'ordre juridique international ne saurait à cet égard prétendre à une quelconque spécificité dont il pourrait légitimement inférer la primauté des règles qu'il établit.

Le droit international est créé par la volonté commune des Etats. Dans certaines hypothèses, ceux-ci ont assorti les règles internationales de mesu-

(57) Avis de la section de législation du Conseil d'Etat du 25 avril 2000, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2-897/1, p. 22. Cette critique a été reprise par beaucoup d'experts consultés mais pas par le président de la Cour d'arbitrage. Selon lui : «l'arrêt *Le Ski* affirme la primauté sur les normes de droit interne, des dispositions de droit international ayant effet direct, mais il ne prescrit pas la technique à utiliser pour assurer cette primauté» (M. Melchior, audition par la commission des affaires institutionnelles, *Doc. Parl.*, Sénat, sess. ord. 2002-2003, n° 2-897/6, p. 171).

(58) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, p. 919. Voy. C. NAOME, «Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991», *R.B.D.I.D.C.*, 1994, pp. 39 et s.

(59) Voy. A. VANDAELE, «Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling», note sous Cass., 9 novembre 2004, *CDPK*, 2005, pp. 614 à 617.

(60) W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, «Réflexions sur le droit international...», *op. cit.*, p. 494.

(61) «Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes», in *Mélanges offerts à Henri Rolin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Ed. A Pedone, 1964, p. 490.

res destinées à contraindre, plus ou moins rigoureusement, les Etats, voire les particuliers, à les respecter. La primauté de ces règles se justifierait dès lors, le cas échéant, en raison de leur statut juridique particulier et, plus particulièrement, des recours juridictionnels qu'elles établissent (62). D'autres instruments de droit international demeurent en revanche sans réelle portée contraignante. La dimension obligatoire du droit international relève de l'appréciation souveraine des Etats. Il semble difficilement concevable que ceux-ci acceptent, dans le même mouvement, pareille suprématie sur le droit interne qu'ils créent et qu'ils assortissent, le plus souvent, de sanctions effectives.

Au-delà de ce premier constat, il convient de s'interroger sur la particularité que possède le mode d'action contractuel et qui justifierait que les normes internationales adoptées selon ce canevas priment le droit interne (63). En quoi l'échange de volontés, caractéristique de la prestation conventionnelle, s'imposerait-elle à la volonté unilatérale d'un Etat (64)? En réalité, seul le lien de confiance mutuelle qui se tisse entre les Etats serait susceptible de justifier pareille prédominance (65). *Pacta sunt servanda*. Là réside probablement le cœur de l'argumentation de la Cour de cassation. L'Etat s'est engagé auprès d'autres sujets de droit international (66). Il n'est pas question que, par son action unilatérale, il en vienne à manger sa parole (67).

Est-ce à dire que tout traité doit l'emporter sur la Constitution? Mesure-t-on la portée d'un tel enseignement? Chaque convention internationale dispose-t-elle de la même aura et du même consensus autour de son contenu que la Convention européenne? Faudra-t-il un jour accepter de renoncer

(62) Dans ce sens, voy. C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. I, *Fonction et organisation judiciaires*, Bruxelles, Larcier, 1974, pp. 324 et 325.

(63) «Le traité prévaut sur la loi, écrit P. PESCATORE, non seulement en tant qu'il est un acte contractuel; il prévaut encore comme *acte international*. Ce qui est en cause, c'est en effet non seulement la prééminence du traité sur la loi, mais encore la prééminence de l'ordre international sur l'ordre interne» (obs. sous Cour supérieure du Grand-Duché de Luxembourg, 7 mars 1953 et 14 juillet 1954, *J.T.*, 1954, p. 698).

(64) W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH affirme pour sa part que la supériorité du droit international s'impose pour des raisons de morale sociale («Réflexions sur le droit international...», *op. cit.*, p. 494).

(65) «Les traités risqueraient de n'être que des chiffons, affirme J. VELU, s'il suffisait aux Etats qui y sont parties de justifier les manquements à leurs engagements conventionnels par le motif que ces traités sont entachés d'un vice de constitutionnalité. Ce serait la négation du droit international» (*op. cit.*, p. 118).

(66) «Pour beaucoup, le droit européen l'emporte sur le droit national, en ce compris le droit constitutionnel. *Pacta sunt servanda*. Autrement dit : les conventions signées doivent être respectées. Si les traités internationaux contiennent quelque entorse au droit national, c'est parce que les autorités publiques qui étaient habilitées à engager l'Etat l'ont voulu ainsi» (F. DELPÉRÉE, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 84).

(67) Dès lors que la Constitution «reconnait le traité comme catégorie juridique, il faut admettre le caractère obligatoire de l'acte conventionnel et exclure la violation unilatérale; la position contraire serait absurde». Cette solution — jurisprudentielle — se justifie également par le principe de la bonne foi (P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 698).

aux garanties d'égalité et de légalité en matière fiscale, par exemple, parce qu'une convention bilatérale en matière d'impôt contiendrait des dispositions contraires aux articles 170 et 172 de la Constitution ?

B. — *La primauté et le dualisme*

La motivation lapidaire de l'arrêt *Vlaams Blok* autorise à se demander si la vision dualiste ne permet pas mieux de comprendre sa portée. Cette thèse recueille également une audience certaine (1). Son application en l'espèce n'en demeure pas moins délicate (2).

1. *Une vision partagée*

Le développement du droit de l'Union européenne a permis à plusieurs juridictions constitutionnelles de se pencher sur les relations complexes qu'entretiennent les traités fondateurs et le droit dérivé de l'Union européenne avec la Constitution des Etats membres. La jurisprudence dominante cherche à aménager un subtil équilibre entre ces normes fondamentales. Elle ne va pas jusqu'à proclamer la primauté d'un texte sur l'autre (68). La prééminence du droit européen est contrebalancée par des réserves de constitutionnalité — ou d'interprétation constitutionnelle — (69).

Dans son arrêt *Solange II*, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a consacré le principe de la primauté du droit communautaire dérivé à la condition expresse que la Communauté européenne assure un niveau de protection des droits fondamentaux aussi élevé que la Constitution allemande (70). Par sa jurisprudence *Frontini* (71) et *Granital* (72), la Cour constitutionnelle italienne souligne, pour sa part, que les droits inaliénables de la personne humaine constituent une limite à l'action de la Communauté européenne. En France, la primauté de la Constitution est préservée, tout en instaurant un régime de faveur à l'égard du droit de l'Union européenne (73).

Dans sa décision n° 2004-505 du 19 novembre 2004 et relative au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le Conseil constitutionnel a été

(68) D. RITLENG, «Le principe de primauté du droit de l'Union», *R.T.D.E.*, 2005, pp. 297 et s.

(69) X. MAGNON et D. SIMON, «La jurisprudence communautaire du Conseil constitutionnel (juin 2004 — novembre 2004)», *C.D.E.*, 2005, pp. 244 et s.; D. RITLENG, *op. cit.*, p. 299.

(70) 2 BvR 197/83, du 22 octobre 1986, *R.T.D.E.*, 1987, p. 537, note V. CONSTANTINESCO.

(71) Arrêt n° 183, du 27 décembre 1973, *R.T.D.E.*, 1974, p. 149, note S. NERI.

(72) Arrêt n° 170, du 8 juin 1984, *R.T.D.E.*, 1985, p. 414. Sur la problématique générale traitée par ces deux arrêts, voy. A. BARAV, «Cour constitutionnelle italienne et droit communautaire : le fantôme de Simmenthal», *R.T.D.E.*, 1985, pp. 313-341.

(73) Pour des exemples récents similaires en Espagne et en Allemagne, voy. not. Déclaration, DTC 1/2004 du 13 décembre 2004 (F. MODERNE «Présentation de la question de la Déclaration du Tribunal constitutionnel espagnol du 13 décembre 2004», *RFDA*, 2005, pp. 43-47); 2 BvR 1481/04, du 14 octobre 2004.



appelé à se prononcer sur la validité constitutionnelle de l'article I-6 dudit Traité aux termes duquel «la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union (...) priment le droit des Etats membres».

Selon le Conseil, cette disposition ne porte pas atteinte à la place de la Constitution française au sommet de l'ordre juridique interne. En effet, c'est le Constituant français lui-même qui, par l'insertion d'un article 88-1 dans la Constitution (74), «a consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international». Par là, le Constituant intègre également le principe de primauté, consubstantiel à cet ordre juridique (75).

La Cour d'arbitrage rend également compte des conséquences liées à l'insertion du droit des gens dans le droit interne belge (76). Selon le juge constitutionnel, la loi d'assentiment est une loi formelle mais, comme tout autre, elle peut être contrôlée au regard des articles de la Constitution qui relèvent de la compétence de la Cour (77).

(74) L'article 88-1 de la Constitution française dispose que «La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont institués, d'exercer en commun certaines de leurs compétences».

(75) Le Conseil constitutionnel s'estime dès lors toujours compétent pour vérifier la constitutionnalité de certaines dispositions de la Charte européenne des droits fondamentaux, partie intégrante du Traité dont il est saisi. «Le raisonnement est subtil : le traité constitutionnel est sans conteste un traité et, en cela, ne remet pas en cause la Constitution française, mais un traité particulier en ce sens qu'il s'inscrit dans un ordre juridique spécifique que le Constituant français s'est, d'ores et déjà et depuis 1992, réapproprié. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel peut, sur le seul fondement de ses normes constitutionnelles de référence, analyser les conséquences de l'article I-6 du traité constitutionnel dans le 'miroir constitutionnel' national qui reflète la dynamique de la construction européenne à laquelle la France participe» (A. LEVAUDE, «Le Conseil constitutionnel aux prises avec la Constitution européenne», *Rev. dr. publ.*, 2005, p. 29).

(76) Selon, M. UYTENDAELE, «bien que la question soit délicate, la solution retenue par la Cour d'arbitrage mérite d'être approuvée» (*Précis de droit constitutionnel belge. Regard sur un système institutionnel paradoxal*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 145).

(77) Comme le précise F. DELPÉRÉE, «le raisonnement est simple. En approuvant l'acte international conventionnel, la loi s'est appropriée les inconstitutionnalités dont cet acte était peut-être entaché. La Cour ne peut déclarer forfait. Elle doit procéder à la confrontation des normes internationales introduites dans l'ordre national avec les règles constitutionnelles» (*Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, p. 94). Si, selon une jurisprudence constante, la Cour d'arbitrage vérifie la compatibilité de la loi d'assentiment qui s'approprie les éventuelles inconstitutionnalités du traité, elle n'en demeure pas moins attentive à la spécificité du matériau ainsi contrôlé. Si la Cour devait, à l'occasion de son contrôle, constater une incompatibilité entre la Constitution et le traité, elle la déclarerait inconstitutionnelle. Dès lors, la disposition internationale, à défaut de base légale, ne pourrait produire d'effet, dans l'ordre juridique interne, quand bien même elle serait en vigueur dans l'ordre juridique international. Le contrôle que la Cour d'arbitrage exerce sur la norme de droit international est, toutefois, mesuré. La Cour a le souci, autant que faire se peut, d'adopter une position convergente avec le droit international, en privilégiant une lecture combinatoire des dispositions internes et internationales. Elle n'hésite à utiliser la jurisprudence strasbourgeoise ou luxembourgeoise. Ce faisant, le juge constitutionnel opte pour une attitude privilégiant une harmonisation dans l'application de la règle de droit (T. BOMBOIS, «La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux», in *La Cour d'arbitrage, vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, op. cit., pp. 145 et 146.), préférant un dualisme raisonné à un dualisme absolu. A cet égard, la Cour d'arbitrage a mis en exer-

2. Une vision discutée

Si la jurisprudence de la Cour de cassation s'inscrivait dans une perspective dualiste, le principe de primauté ne bénéficierait-il pas d'une meilleure légitimité ?

La primauté du droit international sur le droit interne pourrait être déduite, a-t-on écrit, du silence de la Constitution (78). L'argument n'emporte pas entièrement la conviction (79). Il n'y a rien d'étonnant à ce que le Constituant originaire ne se soit pas saisi de pareille question. Au XIX^{ème} siècle, l'importance du droit international dans la vie des Etats était moindre qu'elle ne l'est depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle. Ce n'est qu'en 1970 que le Constituant a ressenti la nécessité d'adopter une disposition particulière, l'actuel article 34 de la Constitution, pour justifier les développements contemporains du droit international et la naissance de la supranationalité européenne (80).

Une autre interprétation des choix du Constituant peut être évoquée. Par deux fois (en 1970 avec le projet d'article 107*bis* (81) et en 2003 avec le projet d'article 32*bis*), l'auteur de la Constitution a eu l'occasion de se prononcer explicitement sur la question de la suprématie du droit interna-

gue que «lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles [dont la Cour assure le respect], les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination» (C.A., arrêt n° 136/2004, du 22 juillet 2004, B.5.3.). Pour une étude critique de cette jurisprudence, voy. G. MAES, «De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden», *R.W.*, 2004-2005, pp. 875-878.

(78) R. HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, p. 486; W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 495.

(79) Voy. L. FRANCOIS, *op. cit.*, pp. 263 et 264.

(80) L'article 34 de la Constitution constituerait-il dès lors une charnière entre les divers ordres juridiques (Voy., T. BOMBOIS, *op. cit.*, pp. 141 et s.)? L'arrêt commenté ne fait aucune référence à cette disposition. Il est vrai que l'article 34 semble insuffisant à fonder, à lui seul, la prééminence de la Convention européenne. Il ne vise que les traités qui ont pour objet des organisations internationales. D'aucuns sont tentés d'étendre la portée de cet article à la Convention. Ce faisant ils entendent lui faire bénéficier, à l'instar des autres actes pris sur la base de l'article 34, de la règle de la primauté (R. ERGEC, *op. cit.*, p. 256). La Convention européenne «n'étant pas constitutive d'une organisation internationale, n'a cependant pas pu être adoptée sur la base de l'article 34 de la Constitution» (T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 142). Par conséquent, cette disposition est inopérante à fonder la prévalence que la haute juridiction confère, en l'espèce, à la Convention européenne.

(81) Par analogie à l'ancien article 107 (actuellement 159) de la Constitution, l'article 107*bis* aurait consacré la primauté du droit international sur la loi. Le texte initial tel que proposé par le Gouvernement disposait que : «Les cours et les tribunaux n'appliqueront les lois et arrêtés qu'autant qu'ils sont conformes aux règles du droit international, et notamment aux traités en vigueur régulièrement publiés» (F. DEHOUSSE, «Rapport au Sénat du 26 novembre 1970 sur la révision de la Constitution (article 107*bis*)», *R.B.D.I.*, 1971, pp. 771-794). Il connaîtra certaines adaptations par la suite (Voy. J.-S. JAMART, *op. cit.*, p. 123, note 68; J.J.A. SALMON, *op. cit.*, pp. 584 et 585).



tional conventionnel. Il a préféré ne pas trancher. Ce faisant, il a laissé aux juridictions le soin de résoudre cette problématique.

Si l'on s'inscrit dans une perspective dualiste, force est de constater qu'aucune primauté ne peut être concédée aux traités internationaux sur le dispositif constitutionnel de l'ordre étatique au sein duquel ceux-ci s'intègrent. Ce qui revient à dire que, «dans le système juridique national, le traité international doit céder le pas à la Constitution» (82).

Le traité international dont la Cour de cassation affirme la prééminence sur la Constitution n'est toutefois pas n'importe quel traité. Il y va de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Il ne saurait s'agir d'une simple coïncidence. Comment ne pas reconnaître à cet égard l'importance morale et pratique d'une telle convention en droit interne? En somme, le fondement de la prééminence de la Convention européenne sur la Constitution résiderait dans la légitimité politique dont jouit de cette dernière.

Les difficultés que suscitent l'affirmation principielle de la primauté de la Convention européenne sur la Constitution et la sobriété de la motivation qui la supporte, à l'occasion d'un refus de renvoi préjudiciel, amènent à se poser une question. Le temps n'est-il pas venu de réviser la Constitution? Ne revient-il pas à la norme fondamentale de l'Etat de se prononcer explicitement sur les relations que doivent entretenir les ordres juridiques interne et international (83). D'autres réformes sont également envisageables (84).

*
* *

(82) F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique, op. cit.*, p. 686. «S'il devait y avoir conflit, écrit J. MASQUELIN, entre un traité et la Constitution, celle-ci primerait». «Sans doute, poursuit l'auteur, peut-on concevoir que le droit international prime le droit national, en ce sens que dans certains cas et sous certaines conditions, des dispositions du droit international pourront être considérées comme ayant une autorité supérieure à celle des lois internes, et, en théorie, l'on pourrait même étendre ce principe aux dispositions constitutionnelles; mais encore faudrait-il que les organes de l'Etat revêtus du droit de traiter aient reçu de la Constitution, en même temps que leur existence, la compétence nécessaire pour établir des normes qui seraient en contradiction avec les dispositions légales et constitutionnelles et pour accorder à ces dispositions une autorité supérieure à celle du droit interne» (*R.P.D.B.*, v° «Traités internationaux», T. XIV, p. 766).

(83) La Constitution ne peut s'embarrasser d'ambages tel que «mieux vaut une bonne jurisprudence que des formules constitutionnelles inefficaces ou ambiguës» (P. PESCATORE, Obs. sous Cass. 27 mai 1971, *C.E.D.*, 1971, p. 584). La réforme souhaitée pourrait utilement s'inspirer — partiellement, à tout le moins — de l'article 5, du Chapitre X, de la Constitution suédoise, qui dispose que «le *Riksdag* peut renoncer à son pouvoir de décision en faveur des Communautés européennes tant que ces dernières maintiennent en vigueur une protection des droits et libertés correspondant à celle instituée par la présente Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

(84) Voy. les propositions de T. BOMBOIS (*op. cit.*, pp. 192 à 195).

L'arrêt commenté marque une étape de plus dans les relations entre la Cour de cassation et la Cour d'arbitrage. Si certains refus de poser une question préjudicielle s'inscrivent dans une jurisprudence établie, celui fondé sur la prééminence de la Convention européenne est inédit.

L'aphorisme utilisé en l'espèce est discutable. Il s'inscrit en marge de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989. Cette pratique a pour effet de bloquer l'accès au juge constitutionnel dans le domaine des droits de l'homme.

L'arrêt commenté procure des clefs pour résoudre le délicat problème de la coexistence harmonieuse de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international. Il pose une règle : la Convention européenne prime la Constitution. Il l'assortit toutefois d'une réserve. La Constitution conserve une priorité d'application dans la mesure où ses dispositions protègent mieux les droits et libertés fondamentaux. En ce sens, l'arrêt *Vlaams Blok* semble clore les querelles d'écoles pour préférer une solution pragmatique.

Ce faisant il incite à la réflexion. La primauté pourrait apparaître comme une valeur relative (85) dont il ne faudrait pas surestimer l'importance (86). Une perspective conciliatrice pourrait se dessiner (87). Elle témoignerait du respect du phénomène du pluralisme juridique. L'application convergente des normes pourrait assurer une protection efficace des droits de l'homme.

Les réflexions juridiques actuelles constituent les jalons d'un nouvel édifice. Le plus dur reste à faire : bâtir une nouvelle construction au départ des anciennes. Mais les cathédrales du Moyen-Âge n'ont-elles pas été édifiées sur les ruines des temples païens (88) ?

(85) J.V. LOUIS, «La primauté, une valeur relative?», *C.D.E.*, 1995, p. 23.

(86) J. VERHOEVEN, «Sources...», *op. cit.*, p. 40.

(87) Voy., par exemple, F. DELPÉRÉE, «La communicabilité entre le droit international, le droit européen, le droit constitutionnel et le droit régional», in *Liber amicorum Jean-Claude Escarras, La communicabilité entre les systèmes juridiques*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 59-70.

(88) Pour reprendre l'image de F. DELPÉRÉE («Préface», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, *op. cit.*, p. 16).

