

Cour de cassation, 2^e chambre, 16 novembre 2004
(deux arrêts).

Président : M. FORRIER,
président de section.

Rapporteurs : M. FRÈRE (1^{er} arrêt) et
M. VAN HOOGENBEMT (2^e arrêt), conseillers.

Conclusions : M. DUINSLAEGER,
avocat général.

Plaidants : MM. TRAEST et RIEDER.

I. PREUVE. — MATIÈRE RÉPRESSIVE. — ADMINISTRATION
DE LA PREUVE. — PREUVE OBTENUE DE MANIÈRE ILLI-

R.C.J.B. - 1^{er} trim. 2007

CITE. — VIOLATION D'UN DROIT GARANTI PAR LA CONVENTION DE SAUVEGARDE DES DROITS DE L'HOMME OU PAR LA CONSTITUTION. — CONSÉQUENCE.

II. PREUVE. — MATIÈRE RÉPRESSIVE. — ADMINISTRATION DE LA PREUVE. — PREUVE OBTENUE DE MANIÈRE ILLICITE. — ADMISSIBILITÉ. — APPRÉCIATION PAR LE JUGE.

III. COUR D'ARBITRAGE. — QUESTION PRÉJUDICIELLE. — COUR DE CASSATION. — MATIÈRE DANS LAQUELLE LA CONSTITUTION NE POSE PAS PLUS DE CONDITIONS QU'UNE CONVENTION AYANT UN EFFET DIRECT. — OBLIGATION.

I. *Il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit un procès équitable ni de l'article 8 de cette même convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un des droits fondamentaux garantis par cette convention ou par la Constitution est toujours inadmissible.*

II. *Sauf dans le cas où une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même les conséquences juridiques de la méconnaissance d'une formalité légalement prescrite relative à l'obtention de la preuve, le juge décide quelles sont les conséquences de cette irrégularité; la circonstance que la formalité dont la méconnaissance est constatée concerne un des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par les articles 12, alinéa 2, et 15 de la Constitution, n'y déroge pas.*

III. *La convention ayant un effet direct en droit interne prime la Constitution; il en résulte que lorsque la Constitution ne pose pas plus de conditions qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un contrôle de la loi à la lumière de la convention suffit et un contrôle supplémentaire à la lumière de la Constitution est sans pertinence de sorte que la Cour ne pose pas la question préjudicielle qui concerne ce dernier contrôle.*

PREMIER ARRÊT (*extrait, traduction*) (*).

I. LA DÉCISION ATTAQUÉE.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 16 mars 2004 par la cour d'appel de Gand, chambre correctionnelle.

(...)

III. LE MOYEN DE CASSATION.

.....

IV. LA DÉCISION DE LA COUR.

A. *Examen du moyen.*

1. Quant aux première, deuxième, troisième et quatrième branches :

Attendu qu'il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui garantit un procès équitable, ni de l'article 8 cette convention, qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un des droits fondamentaux garantis par cette convention ou par la Constitution, est toujours inadmissible;

Attendu que, sauf dans le cas où une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même les conséquences juridiques de la méconnaissance d'une formalité prescrite par la loi relative à l'obtention de la preuve, le juge décide quelles sont les conséquences de cette irrégularité; que la circonstance que la formalité dont la méconnaissance est constatée, concerne un des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des

(*) Les deux arrêts (texte intégral) et les conclusions de M. l'avocat général DUINSLAEGER sont publiés à la *Pasicrisie*, 2004, n° 549 et n° 550.

libertés fondamentales et par les articles 12, alinéa 2, et 15 de la Constitution, n'y déroge pas;

Qu'en ces branches, le moyen manque en droit;

Attendu que dans les deuxième et troisième branches du moyen, le demandeur demande, en ordre subsidiaire, à la Cour de poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour d'arbitrage;

1. L'article 1^{er} de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires, interprété en ce sens que la violation de l'article 1^{er}bis de ladite loi n'entraîne ni la nullité de la perquisition ni l'exclusion de la preuve obtenue lors de cette perquisition, viole-t-il l'article 12, alinéa 2, de la Constitution lu en combinaison avec les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales?

2. L'article 1^{er} de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires interprété en ce sens que la violation de l'article 1^{er}bis de ladite loi n'entraîne ni la nullité de la perquisition ni l'exclusion de la preuve obtenue lors de cette perquisition, viole-t-il l'article 12, alinéa 2, de la Constitution lu en combinaison avec les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales?

Attendu qu'il appartient au juge de décider de l'interprétation et de l'applicabilité de la Constitution et de la loi ainsi que de la compatibilité entre une loi et une disposition conventionnelle qui a un effet direct dans le droit interne;

Attendu que c'est en premier lieu le juge qui interprète la convention;

Attendu qu'une convention ayant un effet direct prime la Constitution; que lorsque la Constitution, comme en l'espèce, ne pose pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un 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;

Que la Cour n'est pas tenue de poser les questions préjudicielles;

(...)

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi (...).

SECOND ARRÊT (*extrait, traduction*).

I. LA DÉCISION ATTAQUÉE.

Le pourvoi en cassation est dirigé contre l'arrêt rendu le 16 juin 2004 par la cour d'appel de Gand, chambre correctionnelle.

(...)

III. LES MOYENS DE CASSATION.

.....

IV. LA DÉCISION DE LA COUR.

A. *Examen des moyens.*

1. Sur le second moyen :

Attendu que, dans ce moyen, le demandeur suppose que l'espace à usage professionnel dans lequel la perquisition a eu lieu et dont les juges d'appel ont constaté de manière souveraine qu'elle a eu lieu de manière irrégulière, doit être considéré comme un domicile ;

1.1. Quant aux première et seconde branches :

Attendu qu'il ne résulte ni de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui garantit le droit à un procès équitable ni de l'article 8 de cette Convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance, ni d'aucune disposition constitutionnelle ou légale que la preuve qui a été obtenue en violation d'un des droits fondamentaux garantis par cette Convention ou par la Constitution, est toujours inadmissible ;

Attendu que, sauf dans le cas où une disposition conventionnelle ou légale prévoit elle-même les conséquences juridiques de la méconnaissance d'une formalité légalement prescrite relative à l'obtention de la preuve, le juge décide quelles

sont les conséquences de cette irrégularité; que la circonstance que la formalité, dont la méconnaissance a été constatée, concerne un des droits fondamentaux garantis par les articles 6 et 8.2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par les articles 12, alinéa 2, et 15 de la Constitution, ne déroge pas à cette règle;

Qu'en ces branches, le moyen manque en droit;

1.2. Questions préjudicielles

Attendu que le demandeur demande à la Cour de poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour d'arbitrage :

« 1. Les articles 87, 88 et 89bis du Code d'instruction criminelle, interprétés en ce sens que la contravention à ces articles n'entraîne pas la nullité de la perquisition, ni l'exclusion de la preuve obtenue lors de cette perquisition, violent-ils l'article 15 joint à l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ?

2. L'article 26 de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, interprété en ce sens que la violation de cet article n'entraîne pas la nullité de la constatation qui a été faite ni l'exclusion de la preuve obtenue lors de cette perquisition, viole-t-il l'article 12, alinéa 2, de la Constitution, lu en combinaison avec les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ? »

Attendu que le juge est compétent pour décider tant sur l'interprétation et l'applicabilité de la Constitution et de la loi que sur la coexistence entre une loi et une disposition conventionnelle qui a un effet direct en droit interne;

Attendu que c'est en premier lieu le juge qui interprète la Convention;

Attendu que la Convention ayant un effet direct prime la Constitution; que lorsque, comme en l'espèce, la Constitution ne pose pas plus de conditions qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un 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;

Que la Cour n'est pas tenue de poser les questions préjudicielles;

(...)

Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi ainsi que la demande de poser des questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage (...).

NOTE

Traité international et Constitution nationale

TABLE DES MATIÈRES

I. INTRODUCTION

II. LES ARRÊTS ANNOTÉS

II.1. *L'arrêt du 2 juin 2003*

II.2. *L'arrêt du 9 novembre 2004*

II.3. *Les arrêts du 16 novembre 2004*

III. L'ÉVOLUTION EN DROIT BELGE

III.1. *Le conflit traité — loi interne dans la jurisprudence et la doctrine belges*

III.1.1. La jurisprudence de la Cour de cassation

III.1.2. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage

III.1.3. La jurisprudence du Conseil d'Etat

III.1.4. La jurisprudence des juridictions de fond

III.2. *Le conflit traité — Constitution dans la jurisprudence et la doctrine belges*

III.2.1. La mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 2 septembre 1968 par le Procureur général Ganshof van der Meersch

III.2.2. L'arrêt prononcé le 16 octobre 1991 par la Cour d'arbitrage

III.2.3. La mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1992 par le Procureur général Velu

III.2.4. La jurisprudence postérieure de la Cour de cassation

R.C.J.B. - 1^{er} trim. 2007

III.2.5. La jurisprudence postérieure de la Cour d'arbitrage

III.2.6. La jurisprudence postérieure de la section d'administration du Conseil d'Etat

III.2.7. La loi spéciale du 9 mars 2003

III.2.8. L'arrêt annoté du 2 juin 2003

III.2.9. L'arrêt annoté du 9 novembre 2004

III.2.10. Les deux arrêts annotés du 16 novembre 2004

III.2.11. Les juridictions de fond

III.3. *La position de la section de législation du Conseil d'Etat*

III.4. *Les initiatives du pouvoir constituant*

III.5. *La situation actuelle*

IV. LA SITUATION EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

IV.1. *La situation en droit international général*

IV.2. *La situation en droit européen*

IV.2.1. CEDH et Cour européenne des droits de l'homme

IV.2.2. Traités CE et Cour de Justice des Communautés européennes

V. ESSAI DE JUSTIFICATION DE LA PRIMAUTÉ DE LA RÈGLE DU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL SUR LA RÈGLE DE DROIT NATIONAL EN CE COMPRIS LA RÈGLE CONSTITUTIONNELLE — EXAMEN DE SES LIMITES

V.1. *Théorie moniste*

V.2. *Théorie dualiste ou pluraliste*

V.3. *Le droit en réseau*

V.4. *Le rôle des juges*

V.6. *Essai de synthèse*

VI. CONCLUSION

I. — INTRODUCTION

1. — Un traité international prévaut-il sur la Constitution belge ?

Ayant successivement répondu à la question par l'affirmative en ce qui concerne le Traité instituant la Communauté européenne (ci-après Traité CE) dans le premier arrêt annoté et en ce qui concerne la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales

R.C.J.B. - 1^{er} trim. 2007

(ci-après CEDH) dans le deuxième arrêt annoté, la Cour de cassation a finalement, dans les troisième et quatrième arrêts annotés, consacré la primauté de toute convention ayant un effet direct en droit interne. Elle l'a fait chaque fois en termes succincts, sous la forme d'une affirmation de principe.

La Cour se rallie ainsi à la thèse développée par M. le Procureur général Velu, alors premier avocat général, dans sa mercuriale du premier septembre 1992 (1), thèse alors étayée par des développements circonstanciés. Elle rejoint pareillement la thèse consacrée par le Conseil d'Etat dans son arrêt du 5 novembre 1996 (2). Elle s'oppose en revanche à la thèse consacrée — ou supposée telle — par la Cour d'arbitrage, dans ses arrêts des 16 octobre 1991 (3) et 3 février 1994 (4), avant la modification, par la loi spéciale du 9 mars 2003, de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, en l'espèce le paragraphe 1^{er}bis inséré dans cette loi.

L'affirmation de principe ainsi formulée n'est pas soutenue par une motivation spécifique.

Un examen critique s'impose donc : la primauté du traité sur la Constitution nationale, comme sur la loi nationale, s'impose-t-elle au juge national ? Dans l'affirmative, pour quelles raisons et le cas échéant dans quelles limites ?

2. — L'analyse qui suit s'efforce de répondre à ces questions. Elle examine successivement :

- les arrêts annotés,
- l'évolution du droit belge sur le conflit traité-loi interne et sur le conflit traité-Constitution,
- la situation en droit international et européen.

Elle propose enfin un essai de justification de la primauté de la règle du droit international conventionnel sur la règle de droit national, en ce compris la règle constitutionnelle, sous la réserve, importante, constituée par la prise en considération du contenu des normes en litige, et non uniquement de leur source.

Le problème de la primauté du droit international sur le droit national s'est également posé, au sein des différents Etats membres de l'Union européenne, notamment à l'égard des relations existant entre le droit communautaire et les droits nationaux de ces Etats. Ainsi, plusieurs constitutions des Etats membres ont expressément consacré la primauté du droit communautaire, voire international sur les dispositions légales de droit

(1) *J.T.*, p. 729 à 741 et 749 à 761.

(2) Arrêt n° 62.922, *J.T.*, 1997, p. 257 et note ERGEC; *A.P.T.*, 1996, p. 139; *Jaarboek Mensenrechten*, 1996-97, p. 401, note J. DE MEYER; *Pas.*, 1996 (abrégé), IV, p. 124.

(3) *J.T.*, 1992, p. 671.

(4) *J.T.*, p. 532.

interne (5). Bien plus délicate est cependant la question des rapports entre les traités et les constitutions nationales (6).

II. — LES ARRÊTS ANNOTÉS

3. — Les quatre arrêts annotés se prononcent, chacun dans un contexte spécifique, sur la primauté du droit international conventionnel par rapport à la règle constitutionnelle nationale, en l'occurrence belge.

II.1. — *L'arrêt du 2 juin 2003*

4. — Le premier arrêt annoté, prononcé le 2 juin 2003 (7), décide que manque en droit le moyen de cassation qui alléguait en sa première branche la violation, par l'arrêt alors attaqué, de l'article 31, paragraphe 4, de la loi belge du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. Cette règle légale dispose en substance que l'utilisateur et la personne qui mettent des travailleurs à la disposition de l'utilisateur, en violation du paragraphe premier du même article, sont solidairement responsables des cotisations de sécurité sociale qui découlent d'une occupation ainsi prohibée.

L'arrêt attaqué avait écarté la prétention, formulée par l'O.N.S.S., tendant à percevoir des cotisations sociales afférentes à l'activité de travailleurs irlandais détachés en Belgique. Il avait rejeté cette prétention en considérant en substance que, selon le règlement CEE 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 (8), le travailleur occupé sur le territoire d'un Etat membre

(5) Voir notamment l'article 25 de la Constitution allemande, les articles 54 et 55 de la Constitution française, les articles 95-1 et 96-1 de la Constitution espagnole, l'article 94 de la Constitution des Pays-Bas, l'article 28, § 1, de la Constitution grecque, l'article 91.2 de la Constitution polonaise, l'article 10 de la Constitution tchèque. Le texte de toutes les constitutions de l'Union européenne est disponible sur l'adresse www.ecln.net.

(6) La présente contribution n'a pas pour ambition de proposer une analyse exhaustive et actuelle de la situation dans les Etats membres de l'Union européenne. Sur la question, voir J.-V. LOUIS, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Bruylant-L.G.D.J., 2005, p. 371 et s.; S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 511 et suiv. Pour un bon — quoique relativement ancien — aperçu de la question, voir *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national*, Kluwer, 1996, et notamment : H. FOX, P. GARDNER, C. WICKREMASINGHE, « United Kingdom », p. 495-528; C.R. SYMONS, « Ireland », p. 317-363; F. HARHOFF, « Denmark », p. 151-176; R. BIVEN, N. EDON, L. WEITZEL, « Luxembourg », p. 407-432; R.M. MOURA RAMOS, « Portugal », p. 461-494; R. BERMEJO GARCIA, V. BOU FRANCH, C. VALDEZ DIAZ, J.A. PAGA BURGOA, « Spain », p. 183-232; J.A. FROWEIN, J. OELLERS-FRAHM, « Allemagne », p. 95. Il ressort de ces contributions que la primauté du droit international, *a fortiori* communautaire, sur les lois nationales est reconnue par la plupart des cours suprêmes des Etats membres de l'Union européenne.

(7) *Pas.*, I, n° 329. Selon le moyen de cassation soumis à la Cour, l'arrêt attaqué n'avait pas examiné le conflit entre le Traité de Rome et la Constitution. Il s'était borné à énoncer qu'il n'y a pas de conflit entre d'une part la loi belge du 24 juillet 1987 et d'autre part le règlement C.E. n° 1408/71.

(8) Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté, version consolidée : *J.O.*, n° L 28 du 30.1.1997, p. 1.

et détaché, dans les limites précisées par ce règlement, sur le territoire d'un autre Etat membre, demeure soumis à la législation du premier Etat.

L'arrêt du 2 juin 2003 n'était ainsi saisi que d'un conflit opposant un règlement communautaire et une loi belge. Pour résoudre ce conflit, il a visé celui qui, chaque fois à un degré supérieur, oppose le Traité CE lui-même d'une part, et la Constitution nationale d'autre part.

Le premier terme du conflit est en effet, contrairement à ce qui résulterait d'une lecture trop rapide de l'arrêt, le Traité CE lui-même et non uniquement le règlement pris en exécution de celui-ci.

L'arrêt se réfère à l'arrêt Costa de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1964 (9) pour rappeler que le droit né du Traité, issu d'une source autonome, ne peut, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer une règle interne, quelle qu'elle soit, sans perdre son caractère commun et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même. Pour mémoire en effet, l'arrêt Costa, saisi de la prétention, formulée par le sieur Costa, de faire échec à l'article 177 du Traité CE (234 actuel) instituant le mécanisme préjudiciel, en lui opposant une loi nationale, avait posé en règle la primauté du Traité à l'égard de l'ensemble des dispositions de droit national.

L'arrêt rappelle d'autre part qu'un règlement communautaire, pris en exécution de l'article 249 du Traité CE, est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre. Il enchaîne, se référant à l'arrêt International Handelsgesellschaft (10) de la Cour de justice, en énonçant que « *les infractions* (11) aux droits fondamentaux qui figurent dans la Constitution d'un Etat membre ou aux principes du régime constitutionnel d'un Etat membre ne peuvent déroger à la régularité d'un acte de la Communauté ou à l'effet de cet acte sur le territoire de cet Etat ».

Il pose ainsi en principe la primauté de l'ensemble des règles du droit communautaire, c'est-à-dire les règles primaires contenues dans les traités d'une part et les règles de droit dérivé d'autre part, sur les règles figurant dans la Constitution d'un Etat membre ou sur les principes du régime constitutionnel de cet Etat.

II.2. — L'arrêt du 9 novembre 2004

5. — Le deuxième arrêt, prononcé le 9 novembre 2004 (12), a statué sur le même problème, à l'occasion de l'examen du quatorzième moyen qui

(9) Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 15 juillet 1964, *M. Flaminio Costa/E.N.E.L.*, Aff. 6-64, *Rec.*, 1964, p. 1141.

(10) Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH contre Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Aff. 11-70, *Rec.*, 1970, p. 1125.

(11) La traduction française de l'arrêt manque de précision. En effet, la version originale de l'arrêt mentionne l'expression « *beweerde inbreuken* », qui devrait être traduite par « *infractions prétendues* ».

(12) *Pas.*, I, n° 539 (cet arrêt est publié non accompagné de conclusions écrites du ministère public); *C.D.P.K.*, 2005, liv. 3, p. 597, note A. VANDAELE; *J.T.*, 2004,

était proposé à l'encontre de l'arrêt alors attaqué. Celui-ci avait été prononcé sur renvoi par la Cour d'appel de Gand le 21 avril 2004 (13), à la suite de l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 18 novembre 2003 (14).

Les demandeurs soutenaient que l'article 3 de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie, sur lequel se fondaient les condamnations pénales prononcées à leur charge, contenait, à l'égard des libertés d'expression, de réunion et d'association, une limitation telle qu'elle serait en contradiction avec la CEDH. L'arrêt attaqué constate que tel n'est pas le cas.

Pour le cas où leur thèse principale aurait été rejetée, les demandeurs avaient allégué à titre subsidiaire l'incompatibilité du même article 3 à l'égard des règles constitutionnelles belges consacrant les mêmes libertés. Ils avaient en conséquence formulé une demande de question préjudicielle susceptible d'être posée à la Cour d'arbitrage. Cette question demandait à la Cour d'arbitrage de décider si les articles 1 et 3 de la loi du 30 juillet 1981 impliquaient une violation des articles 19, 26 et 27 de la Constitution coordonnée, lus en liaison avec les articles 10 et 11 de la CEDH. Les demandeurs proposaient ainsi une confrontation de la loi du 30 juillet 1981 avec les règles constitutionnelles relatives aux libertés d'expression, de réunion et d'association, en suggérant que ces règles constitutionnelles auraient eu une portée moins restrictive, à l'égard des libertés ainsi consacrées, que les règles correspondantes contenues dans la CEDH.

L'arrêt du 9 novembre 2004 rejette la demande tendant à ce que soit posée une telle question préjudicielle. Il énonce :

« Attendu que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution; qu'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 (qui sont) autorisées par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; qu'il appartient en premier lieu au juge d'interpréter et d'appliquer la Convention (...); Que la Cour n'est pas tenue de poser la question soulevée » (15).

La Cour affirme ainsi qu'en l'espèce la Constitution nationale n'est pas incompatible avec la CEDH mais qu'à supposer que la Constitution belge contienne, à l'égard des libertés qu'elle consacre, des dispositions qui ne seraient pas conformes, quant aux limitations auxquelles elle autoriserait le législateur, aux dispositions de la CEDH consacrant les mêmes libertés,

liv. 6157, p. 856; *NjW*, 2005, liv. 117, p. 796, note E. BREMS; *Rev. b. dr. const.*, 2005, liv. 3-4, p. 533; *Rev. dr. pén.*, 2005, liv. 7-8, p. 789, note M.-F. RIGAUX; *T.B.P.*, 2005, liv. 1, p. 43, note F. MEERSCHAUT.

(13) *Revue belge de droit constitutionnel*, 2005, p. 553.

(14) *Pas.*, I, n° 575.

(15) Sur la critique qu'appelle ce refus de poser la question préjudicielle soulevée, au regard de l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, modifiée par la loi du 9 mars 2003, v. B. GORS, « Une cause de refus de renvoi préjudiciel : la primauté de la Convention européenne sur la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2005, p. 507 et suivantes.

ces règles constitutionnelles devraient être écartées au profit des règles conventionnelles.

Il en résulte que l'allégation selon laquelle de telles limitations, par le législateur, seraient contraires à la Constitution, ne justifie pas un renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage, puisque celle-ci pourrait être amenée, pour censurer une loi limitant une liberté garantie tant par la Constitution que par la CEDH, à conférer à la Constitution une interprétation incompatible avec la CEDH. En d'autres termes, la protection d'une liberté, en l'espèce la liberté d'expression, ne peut conduire à privilégier la Constitution, dans l'hypothèse où cette protection est assurée au moins également par la CEDH, à laquelle le juge national peut lui-même confronter la loi nationale.

Bien que la Cour de cassation ne le relève pas explicitement, il en irait autrement de l'hypothèse où la Constitution serait davantage protectrice des droits et libertés que la CEDH. Dans ce cas, en effet, le juge devra appliquer la disposition constitutionnelle, conformément à l'article 53 de la CEDH.

II.3. — *Les arrêts du 16 novembre 2004*

6. — Par le troisième arrêt annoté, prononcé le 16 novembre 2004 (16), la Cour de cassation a décidé que manquait en droit le moyen selon lequel il résulterait notamment des articles 6 et 8 de la CEDH et 12, alinéa 2 et 15 de la Constitution qu'une preuve qui a été obtenue en méconnaissance d'un des droits fondamentaux garantis par la CEDH ou par la Constitution serait toujours inadmissible.

L'arrêt attaqué, qui constatait l'irrégularité d'une perquisition menée chez le demandeur sans son consentement écrit, avait néanmoins considéré qu'il n'y avait lieu d'annuler ni ladite perquisition ni l'instruction judiciaire qui l'avait suivie et qui était fondée sur celle-ci.

A titre subsidiaire, le demandeur avait demandé à la Cour de cassation de poser à la Cour d'arbitrage deux questions préjudicielles relatives à la violation de l'article 12, alinéa 2, de la Constitution lu en combinaison avec les articles 6 et 8 de la CEDH, par l'article 1^{er} de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires, interprété en ce sens que la violation de l'article 1^{er}bis de cette loi n'entraînerait ni la nullité de la perquisition ni l'exclusion de la preuve obtenue lors de cette perquisition.

L'arrêt énonce :

« Attendu qu'il appartient au juge de décider de l'interprétation et de l'applicabilité de la Constitution et de la loi ainsi que de la compatibilité

(16) *Pas.*, I, n° 549 et conclusions de M. l'avocat général DUINSLAEGER. Celui-ci ne se prononce pas sur le conflit opposant la CEDH à la Constitution; *C.D.P.K.*, 2005, liv. 3, p. 610, note A. VANDAELE; *R.W.*, 2005-06, liv. 10, p. 387, note P. POPELIER; *RABG*, 2005, liv. 6, p. 504.

entre une loi et une disposition conventionnelle qui a un effet direct dans le droit interne;

Attendu que c'est en premier lieu le juge qui interprète la convention;

Attendu qu'une convention (17) ayant un effet direct prime la Constitution; que lorsque la Constitution, comme en l'espèce, ne pose pas plus d'exigences qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un 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;

Que la Cour n'est pas tenue de poser les questions préjudicielles ».

La Cour de cassation affirme ainsi explicitement que toute convention qui a un effet direct prime sur la Constitution. Elle en conclut qu'à moins que la Constitution contienne des exigences supplémentaires par rapport à la convention, le contrôle de constitutionnalité d'une loi nationale par la Cour d'arbitrage est sans pertinence, le juge du fond étant compétent pour interpréter ladite convention et pour confronter la loi nationale à la convention ainsi interprétée.

7. — Le quatrième arrêt annoté, également prononcé le 16 novembre 2004 (18), dans un contexte comparable, énonce en termes voisins mais non identiques dans leurs versions françaises :

« Attendu que le juge est compétent pour décider tant sur l'interprétation et l'applicabilité de la Constitution et de la loi que sur la coexistence entre une loi et une disposition conventionnelle qui a un effet direct en droit interne;

Attendu que c'est en premier lieu le juge qui interprète la Convention;

Attendu que la Convention (19) ayant un effet direct prime la Constitution; que lorsque, comme en l'espèce, la Constitution ne pose pas plus de conditions qu'une disposition conventionnelle ayant un effet direct, un 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;

(17) La version originale, néerlandaise, indique « het verdrag ».

(18) *Pas.*, I, n° 550 et conclusions de M. l'avocat général DUINSLAEGER. Celui-ci énonce :

*« Enfin il faut encore constater que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution et que les articles 12 et 15 de la Constitution, qui pas plus que les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'excluent de manière absolue la preuve qui a été obtenue à la suite d'une perquisition irrégulière, n'ont pas une portée plus étendue ou ne posent pas d'autres conditions que les articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : la Cour a décidé récemment que dans un tel cas un contrôle à la lumière de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales suffit et qu'un contrôle supplémentaire de la loi à la lumière de la Constitution n'est plus pertinent ». Il se réfère ainsi à l'arrêt du 9 novembre 2004. Sur cet arrêt, voir également *NjW*, 2005, liv. 111, p. 587, note E. BREWAEYS; *RABG*, 2005, liv. 6, p. 511, note F. SCHUERMANS.*

(19) La version française comporte un C majuscule qui paraît viser une convention individualisée, en l'espèce la CEDH. La version originale, néerlandaise, indique « het verdrag », ce qui paraît viser toute convention.

Que la Cour n'est pas tenue de poser les questions préjudicielles ».

Il convient cependant de relever que la version originale néerlandaise de ces deux extraits est identique. Elle dispose :

« Overwegende dat de rechter bevoegd is om te oordelen over zowel de uitlegging en toepasselijkheid van de Grondwet en van de wet, als over de bestaanbaarheid van een wet met een verdragsbepaling die in het interne recht rechtstreeks werking heeft;

Overwegende dat het in de eerste plaats de rechter is die het verdrag uitlegt;

Overwegende dat het verdrag met rechtstreekse werking voorrang heeft op de Grondwet; dat wanneer de Grondwet, zoals hier, geen verdere eisen stelt dan een verdragsbepaling met rechtstreekse werking, een toetsing van de wet aan het verdrag volstaat en een verdere toetsing van de wet aan de Grondwet niet dienstig is;

Dat het Hof de prejudiciële vragen niet moet stellen ».

III. — L'ÉVOLUTION EN DROIT BELGE

III.1. — *Le conflit traité — loi interne dans la jurisprudence et la doctrine belges*

III.1.1. — *La jurisprudence de la Cour de cassation*

8. — Par son arrêt du 27 mai 1927 (20), la Cour de cassation, saisie d'un éventuel conflit opposant le traité de Versailles du 28 juin 1919 et une loi belge du 24 mai 1854, s'exprima en ces termes :

« Attendu que dans ce conflit de lois, le droit des gens prime le droit privé national »

Aucune portée déterminante ne fut alors accordée à cet arrêt (21) qui consacrait cependant, dans le cas d'espèce, la primauté d'un traité international sur une loi nationale.

9. — Dans sa mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 2 septembre 1963, M. le Procureur général Hayoit de Termicourt énonça qu'aucune portée générale ne pouvait être accordée à cet arrêt, qui se bornait à considérer que le législateur de 1854, en protégeant les brevets d'invention, n'avait pu avoir l'intention d'entraver l'exécution de mesures prises en vertu du Traité de Versailles du 28 juin 1919, *« pour la restauration économique d'un pays envahi »* (22).

(20) *Pas.*, I, p. 240.

(21) J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *Revue belge de droit constitutionnel*, 1999, p. 119.

(22) R. HAYOIT DE TERMICOURT, « Le conflit 'Traité-loi interne' », *J.T.*, 1963, p. 482, col. 3 et 483, col. 1.

Il soutint dans la même mercuriale, au regard notamment du développement du droit communautaire et en l'absence d'une disposition constitutionnelle ou légale prescrivant l'obligation, pour les cours et tribunaux, d'appliquer les lois internes contraires à un traité antérieurement approuvé (23), que le conflit « *traité directement applicable-loi interne* » devait se résoudre à l'avantage du traité (24). Il exprima cependant une réserve, concernant l'hypothèse dans laquelle la loi nationale énoncerait expressément qu'elle entendait s'imposer malgré l'existence d'un traité antérieur incompatible avec elle (25).

10. — Cinq ans plus tard, le 2 septembre 1968, le Procureur général Ganshof van der Meersch, s'exprimant dans le prolongement de son prédécesseur, invita la Cour de cassation à engager sa jurisprudence dans la voie d'une orientation progressiste « *qu'appellent la position du droit des gens aujourd'hui et le développement de l'organisation internationale* » (26). Il plaida ainsi pour la consécration de la primauté du droit international sur le droit national, dans une conception moniste de leurs rapports, tant pour respecter des raisons de morale sociale que pour éviter la condamnation du droit international : « *si le droit international devait ne pas prévaloir sur le droit interne, il ne serait plus* » (27).

Sa mercuriale du 1^{er} septembre 1969 (28) confirma l'importance du rôle du juge national dans la reconnaissance de la primauté du droit international, et donc de l'effectivité de celui-ci.

11. — Le 27 mai 1971, dans son célèbre arrêt *Le Ski* (29), la Cour de cassation adopta explicitement, sur les conclusions conformes du Procureur général Ganshof van der Meersch, la thèse de la primauté du droit international sur le droit national. L'État belge avait, par un arrêté royal du 3 novembre 1958 pris en violation de l'article 12 du Traité CE, imposé la perception de droits à l'importation de produits laitiers. Condamné par une procédure de constatation de manquement consacrée par l'arrêt prononcé le 13 novembre 1964 par la Cour de justice des Communautés euro-

(23) Le conflit entre une loi nationale et un traité postérieur, régulièrement approuvé, a toujours été considéré comme impliquant la suspension des effets de la loi pendant la durée de l'application du traité (*Idem*, p. 482, col. 3); comp. M. WAELBROECK, *Traité internationaux et juridictions internes*, CIDC, 1969, p. 195 et suivantes.

(24) *Ibidem*, p. 484 et 485.

(25) *Ibidem*, p. 486, col. 1.

(26) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, p. 485, spéc. p. 494.

(27) *Idem*, p. 494, col. 3.

(28) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », *J.T.*, 1969, p. 537.

(29) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 887 et conclusions du procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, p. 886; *R.W.*, 1971-72, p. 424. Il faut probablement voir dans les conclusions du ministère public la raison de la limitation, par la Cour de cassation, de la primauté du droit international sur le droit national au droit conventionnel. W.J. Ganshof van der Meersch y rappelait que la question qui s'était posée au juge du fond ne concernait que la règle de droit international conventionnel et que, par conséquent, la Cour devait limiter son examen à cette question (p. 896). Il écarta par ailleurs la réserve retenue par son prédécesseur (p. 904, col. 2).

péennes (30), l'État avait alors abrogé les taxes litigieuses, et ce sans effet rétroactif. La société Franco-suisse Fromagerie Le Ski, qui avait importé des produits laitiers et s'était acquittée des taxes jusqu'en 1964, avait agi en répétition de celles-ci, considérées comme indues. En cours de ce litige, fut adoptée une loi du 16 mars 1968, aux termes de laquelle non seulement l'arrêté royal du 3 novembre 1958 se trouvait confirmé, mais en outre les paiements effectués étaient considérés comme étant irrévocables et définitivement acquis à l'État (31).

La Cour motiva cette décision historique de manière explicite mais brève :

« *Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel; attendu qu'il en est a fortiori ainsi lorsque le conflit existe, comme en l'espèce, entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire* ».

12. — Dans plusieurs arrêts postérieurs, la Cour de cassation reprit, dans un premier temps, sa formulation première, selon laquelle la prééminence de la norme de droit international sur la norme de droit interne résultait de la nature même du droit international conventionnel (32).

(30) Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 13 novembre 1964, *Commission CEE/Luxembourg et Belgique*, Aff. 90/63, *Rec.*, 1964, p. 1217. Selon les termes de cet arrêt : « *Le gouvernement du Royaume de Belgique et le gouvernement du Grand-Duché de Luxembourg, en établissant et en appliquant après le 1^{er} janvier 1958 un droit spécial perceptible à l'occasion de la délivrance de licences d'importation de poudres de lait écrémé sucré ou non (...), ont manqué aux obligations prévues à l'article 12 du traité* ».

(31) Cette loi fut adoptée en écartant l'objection, soulevée par un sénateur lors des travaux préparatoires, selon laquelle elle constituait elle-même une méconnaissance de l'article 12 du traité CE et une méconnaissance, par voie de conséquence, de l'autorité de l'arrêt du 13 novembre 1964. Par une réponse suave, le ministre des Affaires économiques avait alors exposé que les conséquences de la constatation (en l'espèce par un arrêt de la Cour de justice) de l'incompatibilité d'une règle de droit national par rapport au droit communautaire, pouvaient être envisagées de deux manières : soit le retrait rétroactif de la règle nationale condamnée, soit uniquement son abrogation pour le futur. Il avait exposé que la seconde formule devait s'appliquer, en raison du caractère financièrement lourd de la première (Sénat de Belgique, session 1967-1968, rapport fait au nom de la Commission des Affaires économiques par M. Declercq sur le projet de loi portant ratification d'arrêtés royaux pris en application des lois des 30 juin 1931 et 30 juillet 1934 abrogées par la loi du 11 septembre 1962, n° 130).

(32) Cass., 4 avril 1984, *Pas.*, I, p. 920 et concl. J. VELU; *J.T.*, 1984, p. 444; *Rev. dr. pén.*, 1984, p. 679; Cass., 13 septembre 1984, *Pas.*, I, p. 65; Cass., 20 janvier 1989, *Pas.*, I, n° 299; *R.W.*, 1988-89, p. 1297; *J.J.P.*, 1989, p. 339; Cass., 10 mai 1989, *Pas.*, I, n° 514. Dans son arrêt du 26 septembre 1978 (*Pas.*, 1979, I, p. 126), la Cour de cassation

13. — Dans un arrêt du 21 avril 1983, la Cour énonça cependant (33) :

« Attendu que, bien que le traité et le protocole soient des actes de droit public international, ces actes contiennent aussi des dispositions de droit privé qui, par l'approbation qu'elles ont reçue de la loi, sont entrées dans le droit civil belge et dont il est permis aux nationaux de se prévaloir lorsqu'aucune autre loi ne s'y oppose ».

Le Professeur Waelbroeck, dans un commentaire publié au pied de l'arrêt, s'inquiétait à juste titre de la portée potentielle d'un tel arrêt :

« Mais il est une critique plus grave qui peut être faite à l'encontre de la formulation de l'arrêt : il paraît résulter de celle-ci que les nationaux ne peuvent se prévaloir des dispositions d'un traité que « lorsqu'aucune autre loi ne s'y oppose ». Or, il est unanimement admis qu'une fois revêtu de l'assentiment des Chambres, le traité est pleinement applicable en droit interne, même lorsqu'il a pour effet de déroger aux lois existantes : ainsi que la Cour de cassation l'a reconnu dans un arrêt du 6 janvier 1925, le traité international « arrête les effets » des dispositions législatives antérieures. Ce ne sont donc pas les lois antérieures au traité que la formulation utilisée par la Cour de cassation entend réserver. S'agit-il alors des lois postérieures? Notre Cour suprême a-t-elle entendu revenir sur sa jurisprudence « Le Ski »? Un tel revirement aurait des conséquences déplorable en ce qui concerne la participation de la Belgique aux relations internationales et tout spécialement aux Communautés européennes ».

L'auteur conclut cependant, avec sagesse :

« Nous sommes personnellement convaincu qu'il ne s'agit que d'une rédaction malheureuse et non d'une volonté délibérée de modifier une jurisprudence qui avait placé la Belgique au premier rang des pays soucieux d'assurer la pleine exécution de leurs obligations internationales. Cette prévision s'est avérée fondée. Le 4 avril 1984, dans deux espèces similaires, la Cour de cassation a intégralement repris la formule de l'arrêt « Le Ski » pour décrire les effets produits par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme : « Attendu qu'en cas de conflit entre une norme d'un traité international qui, telle cette disposition, a des effets directs dans l'ordre juridique applicable en Belgique, et une norme de droit interne, la norme établie par le traité doit prévaloir; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conven-

se réfère cependant à un « principe du droit selon lequel une norme de droit international conventionnel ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne doit prévaloir sur la règle de droit interne ». Dans une note sous un arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 1980, le procureur général F. Dumon considère que le principe auquel fait référence la Cour dans cet arrêt n'est « qu'une application particulière d'un principe du droit, plus général, selon lequel le juge ne peut appliquer une décision, notamment une norme, qui viole une disposition supérieure ou qui excède les pouvoirs et compétences qui peuvent être exercés » (Pas., 1980, I, p. 915).

(33) Cass., 21 avril 1983, *R.W.*, 1983-84, 2315-2317; *J.T.*, 1984, p. 212; *R.C.J.B.*, 1985, p. 22 et note M. WAELBROECK, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux », p. 41, non publié à la Pasierisie.

tionnel et entraîne pour le juge qui serait amené à constater pareil conflit l'obligation d'écarter l'application de la norme de droit interne ». La Cour ajoute que la volonté « manifestée par le législateur au cours des travaux préparatoires du Code judiciaire ne saurait prévaloir sur les exigences découlant de l'article 6, par. 1^{er}, de la Convention ». On ne saurait assez se féliciter de cette mise au point nette et ferme ».

Dans son arrêt du 13 septembre 1984, la Cour de cassation précisa explicitement que la prééminence de la règle établie par le traité sur la norme de droit interne ne résultait pas de la Constitution (34).

14. — Dans un arrêt du 20 janvier 1989 (35), la Cour de cassation parut nuancer sa jurisprudence, en décidant qu'en cas de conflit entre la règle d'un traité qui a des effets directs dans l'ordre juridique belge, tel l'article 6, alinéa 1^{er}, de la CEDH, et une règle de droit interne moins favorable, la règle du traité prévaut (36). La jurisprudence ultérieure de la Cour n'a cependant pas confirmé cette nuance (37).

15. — S'agissant du fondement de la règle de la primauté du traité, la Cour de cassation a confirmé dans son arrêt du 17 décembre 2002 (38) que l'article 159 de la Constitution, selon lequel les cours et tribunaux n'appliquent les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux qu'autant qu'ils sont conformes aux lois, ne concerne en rien « *la primauté que le juge doit accorder aux normes de droit internationales ou supranationales qui ont un effet direct dans l'ordre juridique interne ni l'obligation qui en résulte de ne pas appliquer la loi nationale qui leur serait contraire, dans la cause dont il est saisi* ».

III.1.2. *La jurisprudence de la Cour d'arbitrage*

16. — Lors des discussions précédant la création, par le Constituant, de la Cour d'arbitrage ainsi que lors des discussions précédant l'adoption de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, il fut envisagé, en vain, de conférer à celle-ci la compétence de contrôler la conformité des normes de rang législatif au droit international (39).

(34) Cass., 13 septembre 1984, *Pas.*, I, p. 65.

(35) *Pas.*, I, p. 545. Cette nuance paraît résulter de l'article 53 de la CEDH, tel qu'il était libellé avant sa modification par le protocole n° 11 du 11 mai 1994.

(36) Il ne s'agit en fait pas d'une nuance mais d'une application implicite de l'article 53 CEDH qui dispose qu'aucune des dispositions de la CEDH ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément au droit des Etats membres. Voir, en ce sens, S. VAN DROOGHENBROECK et O. DE SCHUTTER, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 90.

(37) Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, I, p. 654.

(38) *Pas.*, I, n° 679.

(39) Sur la question, voir M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue française de droit constitutionnel*, 1994, p. 433-438; S. DEPRÉ 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*, sous la direction d'A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUS-

17. — Si la Cour d'arbitrage a expressément rappelé qu'il ne lui appartient pas d'apprécier, en dehors des normes constitutionnelles à l'égard desquelles la Constitution et la loi spéciale lui ont attribué un pouvoir de contrôle, la conformité de dispositions légales à d'autres règles fondamentales de droit (40), elle n'a cependant pas hésité à utiliser le droit international non seulement comme modèle d'interprétation mais également comme valeur de référence (41).

La Cour d'arbitrage a effectivement eu l'occasion, à de nombreuses reprises, de déterminer si une disposition légale violait les articles 10 et 11 de la Constitution lus en combinaison avec des dispositions de droit international, notamment la CEDH.

Dans un arrêt du 19 décembre 1991 (42), la Cour a ainsi examiné la conformité de la loi dépénalisant l'interruption volontaire de grossesse avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 2 (motif 6.B.3), 3 (motif 6.B.22-23) et 8 (motif 6.B.13-14) de la CEDH.

Dans plusieurs arrêts, la Cour d'arbitrage a en outre considéré que des traités internationaux pouvaient influencer la portée de dispositions constitutionnelles (43) :

« Toutefois, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle

SEN, Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 81-101. La question avait déjà fait l'objet, en 1971, d'un débat houleux au Sénat devant la Commission de révision de la Constitution, mais sans résultat (*Doc. Parl.*, Sénat, 1971, n° 596). Sur ce débat, voir N. VALTICOS, « Expansion du droit international et Constitutions nationales. un cas significatif : le transfert de pouvoirs à des organisations internationales et la Constitution belge », in *Hommage à P. de Visser*, Paris, Pedone, p. 19 et suiv.

(40) Arrêt n° 42/90 du 21 décembre 1990, *Arr. C.A.*, 1990, p. 375; *M.B.* 31 janvier 1991, p. 2008; *C.D.E.*, 1992, p. 444; *J.L.M.B.*, 1991, p. 362, note A. Dal; *J.T.*, 1991, p. 809, note E. JACQUES; *R.R.D.*, 1991, p. 583, note P. COENRAETS; *R.W.*, 1990-91, p. 885; *Rev. not. b.*, 1992, p. 145; voir également l'arrêt n° 22/91 du 4 juillet 1991, *Arr. C.A.*, 1991, p. 227; *M.B.*, 22 août 1991, 18.102.

(41) M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 434-435.

(42) Arrêt n° 39/91, *Arr. C.A.*, 1991, p. 417; *M.B.*, 24 janvier 1992, 1486; *J.T.*, 1992, p. 362, note J. COENRAETS; *T.B.P.*, 1992, p. 341. Voir, plus récemment, l'arrêt n° 195/2005 du 21 décembre 2005; voir également les nombreux arrêts répertoriés dans la table des normes de référence des arrêts de la Cour d'arbitrage (p. 15 et suiv.), à l'adresse : <http://www.arbitrage.be/fr/common/home.html>; M. NIHOUL, « La Cour d'arbitrage et l'article 7.1 de la Convention européenne des droits de l'homme », note sous *C.A.*, n° 14/2005, 19 janvier 2005, *C.D.P.K.*, 2005, p. 139 et suiv.

(43) Arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004 (B.5.3 et B.5.4), *M.B.*, 19 octobre 2004 (extrait), 72611; *Juristenkrant*, 2004, liv. 95, p. 1; *M.E.R.*, 2004, liv. 4, p. 307, note K. ROELANDT; *NjW*, 2004, liv. 90, p. 1274, note S. LUST; *NjW*, 2004, liv. 90, p. 1274, note D. VAN HEUVEN, J. BELEYN; *R.W.*, 2004-05, liv. 15, p. 582, note I. VAN GIEL; arrêt n° 202/2004 du 21 décembre 2004 (B.2.2 et B.2.3), *Arr. C.A.*, 2004, liv. 5, p. 2283; *M.B.*, 6 janvier 2005, p. 368; *NjW*, 2005, liv. 104, p. 340, note P. HERBOTS; *R.W.*, 2004-05, liv. 33, p. 1290, note S. VANDROMME, C. DE ROY; *Rev. dr. pén.*, 2005, liv. 6, p. 629, note H. BOSLY.

constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause (...).

Il s'ensuit que, lorsqu'est invoquée une violation d'une disposition du titre II ou des articles 170, 172 ou 191 de la Constitution, la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international garantissant des droits ou libertés analogues ».

III.1.3. *La jurisprudence du Conseil d'Etat*

18. — Le Conseil d'Etat a consacré explicitement le principe de la primauté du droit international, notamment dans un arrêt du 17 février 1989, dans lequel il a refusé d'appliquer la loi du 18 juillet 1985 relative à la publication des sondages d'opinion, au motif qu'elle était contraire à l'article 10 de la Convention protégeant la liberté d'expression (44).

III.1.4. *La jurisprudence des juridictions de fond*

19. — Parmi les nombreuses juridictions de l'ordre judiciaire qui ont consacré la primauté du droit international, on relèvera notamment de la Cour d'appel de Bruxelles du 15 février 2002 (45), par lequel elle a jugé que les dispositions fiscales de l'ordre juridique interne belge, qui contreviennent aux dispositions du traité international du 10 mars 1964 conclu entre la Belgique et la France et tendant à éviter les doubles impositions et à établir des règles d'assistance administrative et juridique en matière d'impôts sur les revenus (46), restent sans effet.

*

20. — Si, en raison de la jurisprudence constante de la Cour de cassation, la primauté des traités sur les lois nationales postérieures ne suscitait plus de grande controverse, la solution du conflit opposant un traité et une règle constitutionnelle demeurerait malgré tout incertaine.

III.2. — *Le conflit traité — Constitution dans la jurisprudence et la doctrine belges* (47)

III.2.1. *La mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 2 septembre 1968 par le Procureur général Ganshof van der Meersch*

21. — Selon une tradition alors bien établie, le principe selon lequel le juge belge ne pouvait censurer l'inconstitutionnalité d'une loi emportait,

(44) Arrêt n° 32.026, *J.T.*, 1989, p. 254; *C.D.E.*, 1992, p. 477; *J.L.M.B.*, 1989, p. 502, note F. JONGEN; *Pas.* 1992, IV, p. 44.

(45) Bruxelles, 15 février 2002, *A.F.T.*, 2002 (reflet H. BOSMA), liv. 5, p. 240; *F.J.F.*, 2002, liv. 4, p. 318.

(46) Approuvé par la loi du 14 avril 1965, *M.B.*, 24 juin 1965.

(47) Pour un résumé des positions classiques sur la question, voir J. VANDE LANOTTE et G. GOEDERTIER, *Overzicht Publiek Recht*, 2^e éd. Bruges, La Chartre, 2003, p. 102 et suiv.

comme corollaire, l'incompétence du même juge pour examiner l'inconstitutionnalité éventuelle d'une loi portant approbation d'un traité (48). L'invitation faite à l'intention de la Cour de cassation par M. Ganshof van der Meersch, dans ses conclusions précédant l'arrêt du 3 mai 1974 (49), en vue de remettre ce principe en cause, n'était pas encore formulée.

Cette situation explique probablement la réserve exprimée en 1968 par le Procureur général. Après avoir affirmé qu'en l'absence d'une réforme constitutionnelle consacrant la primauté du droit international, « *il appartiendrait sans doute au juge de s'engager davantage dans cette voie* » (50), il énonçait qu'il serait toutefois sage d'exclure la Constitution elle-même d'une révision constitutionnelle consacrant l'obligation pour les cours et tribunaux de ne pas appliquer les règles de droit interne contraires aux règles de droit international (51).

III.2.2. *L'arrêt prononcé le 16 octobre 1991 par la Cour d'arbitrage*

22. — Dans cet arrêt, prononcé sur question préjudicielle (52), la Cour d'arbitrage a dit pour droit que la loi belge du 16 août 1971, approuvant une disposition fiscale contenue dans un protocole joint à une Convention conclue entre la Belgique et les Pays-Bas, ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution (ex-articles 6 et 6bis). Elle consacrait ainsi la possibi-

(48) M. WAELBROECK, *op. cit.*, p. 283 à 286, évoquant notamment l'incompatibilité avec la Constitution des traités instituant les Communautés européennes. Cette tradition, hautement contestable au plan des principes, entraînait étrangement, comme conséquence heureuse, l'impossibilité de faire échec à un traité contraire à la Constitution (voir ci-après n° 35).

(49) *J.T.*, p. 564.

(50) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *op. cit.*, p. 496.

(51) *Idem.* Il énonçait ainsi, se référant à la déclaration de révision du 2 mars 1968 (p. 496) : « *La primauté de la règle de droit international ici reconnue trouve, dans le système qui a été suggéré, une sanction dans un refus d'application de toute loi ou de tout arrêté qui ne serait pas conforme au droit international. Cette sanction est directement inspirée de l'article 107 de la Constitution. Celui-ci est applicable aux juridictions judiciaires comme aux juridictions administratives; il ne peut qu'en être ainsi de la disposition proposée aussi. Par contre, le mot « lois » ne saurait avoir ici le même sens que dans l'article 107 de la Constitution, où il vise non seulement la loi ordinaire et les actes législatifs mais aussi la loi constitutionnelle; on a entendu exclure du refus d'application la Constitution elle-même. Et c'est sage, bien que ce soit une atténuation au principe de la primauté de la règle de droit international, à qui le texte proposé ne reconnaît donc pas le caractère absolu. Le gouvernement, dans sa proposition, a eu égard aux principes fondamentaux inscrits dans les articles 130 et 131, sur lesquels la Constitution elle-même repose et subsiste; l'article 130 interdit de suspendre la Constitution; l'article 131 ne permet pas de la modifier ou d'y déroger autrement que par la voie de la révision. Le droit international ne fait pas table rase de la Constitution des Etats; il en tient compte, notamment en matière de validité de traités. La Constitution continue à s'imposer au juge, qui tient d'elle ses pouvoirs et à régir ses devoirs vis-à-vis de l'Etat. (...) La primauté du droit international demeure donc, dans une certaine mesure, affectée d'une condition suspensive : cette condition est la reconnaissance expresse ou tacite de la primauté du droit international, dans le système constitutionnel, ou, à tout le moins, l'absence d'incompatibilité du système avec cette primauté.* »

(52) Arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991; *Arr. C.A.*, 1991, p. 271; *M.B.*, 23 novembre 1991, 26.328; *J.T.*, 1992, p. 671 et note Y. LEJEUNE et Ph. BROUWERS.

lité, pour elle, non seulement d'annuler immédiatement après son adoption une loi portant assentiment à un traité international, mais en outre de déclarer une telle loi inconstitutionnelle et partant inapplicable, par voie préjudicielle et donc à tout moment.

Cette décision énonce, à l'appui de cette thèse, que l'article 3, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour d'arbitrage lui reconnaît explicitement cette compétence. Pour mémoire, celui-ci dispose :

« Les recours tendant à l'annulation en tout ou en partie d'une loi, d'un décret ou d'une règle visée à l'article 134 de la Constitution par lesquels un traité reçoit l'assentiment, ne sont recevables que s'ils sont introduits dans un délai de soixante jours suivant la publication de la loi, du décret ou de la règle visée à l'article 134 de la Constitution ».

Elle poursuit en considérant que la faculté qui lui est ainsi reconnue dans le cadre du recours en annulation doit être également admise dans le cadre du recours préjudiciel. Elle justifie ainsi cette proposition :

« (le troisième alinéa de l'article 107ter, § 2, de la Constitution) prévoit que la Cour peut être saisie par toute autorité que la loi désigne, par toute personne justifiant d'un intérêt ou, à titre préjudiciel, par toute juridiction. Ce texte n'établit aucune distinction quant à l'étendue du contrôle de constitutionnalité selon que la Cour est saisie par une autorité, par une personne justifiant d'un intérêt ou par une juridiction. (Le chapitre I^{er}, articles 1 à 25 et le chapitre II, articles 26 à 30) n'établissent pas davantage de distinction, dans la compétence attribuée à la Cour de contrôler la conformité des normes législatives aux articles 6, 6bis et 17 de la Constitution, selon que la Cour est saisie par un recours en annulation ou par une question préjudicielle. L'article 3, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 reconnaît expressément la compétence de la Cour pour statuer sur les recours en annulation dirigés contre une loi, un décret ou une règle visée à l'article 26bis de la Constitution par lesquelles un traité reçoit l'assentiment. Aux termes de l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, la Cour d'arbitrage statue, à titre préjudiciel, par voie d'arrêt, sur les questions relatives à la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 26bis de la Constitution, d'une règle constitutionnelle de compétence ou des articles 6, 6bis et 17 de la Constitution. Cette disposition n'exclut nullement les lois, décrets ou ordonnances par lesquelles un traité reçoit l'assentiment. (...) Par elle-même, une décision préjudicielle par laquelle la Cour constate une violation n'est pas applicable erga omnes et ne fait pas non plus disparaître de l'ordre juridique belge la règle de droit qui en fait l'objet. Il ne peut donc être déduit de la disposition de l'article 3, § 2, que le législateur spécial aurait voulu exclure la compétence de la Cour d'arbitrage pour répondre à une question préjudicielle relative à une loi, un décret ou une ordonnance par lesquels un traité reçoit l'assentiment ».

Il convient de relever que le recours en annulation, évoqué par la Cour, ne peut viser que la loi ou le décret d'assentiment (53) et qu'il ne peut avoir aucun effet sur le traité international lui-même. Par ailleurs, à notre connaissance, la Cour d'arbitrage n'a jamais, à ce jour, annulé une loi, un décret ou une ordonnance portant assentiment à un traité (54).

III.2.3. *La mercuriale prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 1992 par le Procureur général Velu* (55)

23. — M. Velu, alors premier avocat général, rappela dans cette mercuriale que le principe de la primauté des normes du droit international conventionnel sur les normes juridiques nationales avait un fondement jurisprudentiel. Il releva que l'arrêt *Le Ski*, qui a consacré le principe de la primauté du droit international, l'a doublement limité, d'une part à la règle de droit international conventionnel (56) et, d'autre part à une telle règle ayant des effets directs dans le droit interne (57).

En ce qui concerne le conflit existant entre un traité en vigueur et la Constitution, M. Velu distingua selon que la contradiction trouve ou non son fondement dans la violation manifeste d'une règle constitutionnelle nationale d'importance fondamentale concernant la compétence de conclure des traités (58). Dans ce premier cas, la Constitution prime par l'effet de l'article 46, 1^o, de la Convention de Vienne relative au droit des traités qui dispose :

« Le fait que le consentement d'un Etat à être lié par un traité a été exprimé en violation d'une disposition de son droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ne peut être invoqué par cet Etat comme viciant son consentement, à moins que cette violation n'ait été manifeste et ne concerne une règle de son droit interne d'importance fondamentale ».

(53) Ou, le cas échéant, la loi de transposition d'une directive communautaire. La Cour a néanmoins été saisie d'un recours tendant à l'annulation de la loi du 12 janvier 2004 ayant pour objet la transposition en droit interne belge de la directive 1991/308 du Conseil relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux (*J.O.C.E.*, L 166 du 28.6.1991, p. 77), modifiée par la directive 2001/97 (*J.O.C.E.*, L 344 du 28 décembre 2001, p. 76). Par son arrêt n^o 126/2005 du 13 juillet 2005, constatant que le grief dirigé contre la loi nationale visait en réalité la conformité de la directive précitée aux règles supérieures de droit communautaire, elle a elle-même saisi la Cour de justice des Communautés européennes d'une question préjudicielle (C-305/05), *Arr. C.A.*, 2005, liv. 3, p. 1623; *M.B.*, 2 août 2005 (extrait), 33977; *J.L.M.B.*, 2005, p. 1182, note J. DEBRY; *J.T.*, 2005, p. 787.

(54) Elle a rejeté un tel recours par son arrêt n^o 76/94 du 18 octobre 1994 (voir ci-après n^o 25).

(55) *J.T.*, 1992, p. 729 et 749; voir également le compte rendu de cette mercuriale, *J.T.*, 1992, p. 606.

(56) Pour une explication de cette limitation, voir note de bas de page n^o 29.

(57) *J.T.*, 1992, p. 732.

(58) *Ibidem*, p. 749.

Selon M. Velu, dès lors que la primauté du droit interne est reconnue dans ce cas par le droit international, elle doit également être retenue en droit interne.

Lorsque le conflit opposant un traité en vigueur à la Constitution ne résulte pas de la violation manifeste d'une règle constitutionnelle d'importance fondamentale relative à la compétence de conclure des traités, M. Velu estima que la norme de droit international doit prévaloir et que les effets de la norme constitutionnelle doivent être arrêtés jusqu'à ce que le constituant remédie à ce conflit. M. Velu conclut :

« *Il y a lieu de tenir pour impensable, dans notre droit, la notion d'inconstitutionnalité intrinsèque d'un traité en vigueur ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne* » (59).

La formule est sévère.

III.2.4. *La jurisprudence postérieure de la Cour de cassation*

24. — Dans ses arrêts postérieurs à la mercuriale de M. Velu, la Cour de cassation, tout en confirmant la primauté du droit international, a fondé celle-ci sur un principe général du droit en vertu duquel une disposition de droit international ayant un effet direct prime sur toute disposition de droit national en cas de contradiction entre elles (60). Selon certains auteurs (61), rejoints par M. Velu (62), l'arrêt *Inusop* du 12 février 1996 (63) consacrerait implicitement cette primauté, en constatant que l'ancien article 134 de la Constitution était, dans une certaine mesure, incompatible avec l'article 7 de la CEDH et l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Elle n'aura cependant jamais confirmé explicitement la primauté du droit international sur la Constitution, comme elle l'a fait dans les arrêts annotés.

(59) *Ibidem*, p. 761.

(60) Cass., 3 novembre 2000, *Pas.*, I, n° 593; 5 décembre 1994, *Pas.*, I, p. 1048. Pour des arrêts qui font une application implicite de ce principe, voir : Cass., 2 décembre 2004; *Pas.*, I, n° 584; 20 janvier 2004, *Pas.*, I, n° 30; 6 octobre 2003, *Pas.*, I, n° 480; Cass., 17 décembre 2002, *Pas.*, I, n° 679; 9 janvier 2002, *Pas.*, I, n° 17).

(61) S. VAN DROOGHENBROECK et O. DE SCHUTTER, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 229-230; J.S. JAMART, « observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *RBDC*, 1999, p. 133. Selon S. VAN DROOGHENBROECK et O. DE SCHUTTER, cette prise de position aurait été confirmée par un arrêt prononcé le 16 septembre 1998 par la Cour de cassation, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340; *A.J.T.*, 1998-99, p. 207; *J.L.M.B.*, 1998, p. 1340; *J.T.*, 1998, p. 656; *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 106). Sur cet arrêt, voir également 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.*, p. 139-140.

(62) J. VELU, « Avis sur le projet de loi spéciale modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage », *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2001-2002, n° 897/6, p. 284-285.

(63) *Pas.*, I, n° 189 et note du Procureur général VELU; *J.L.M.B.*, 1996, p. 1080; *Journ. proc.*, 1996, liv. 299, p. 25, note J. SOHIER, F. TULKENS; *Pas.*, 1996, I, p. 189; *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 704, note H. BOSLY.

III.2.5. *La jurisprudence postérieure de la Cour d'arbitrage* (64)

25. — Par son arrêt du 3 février 1994 (65), la Cour d'arbitrage, persistant dans la thèse consacrée par son arrêt du 16 octobre 1991, a refusé de suivre la thèse de M. Velu (66). Elle n'a pas davantage retenu la thèse qui, dans le cadre de cette procédure, fut soutenue par le Conseil des ministres. Selon cette thèse, en vertu de l'arrêt *Le Ski* et des articles 27 et 46 de la Convention de Vienne, la Cour ne pourrait connaître que de recours en annulation ou de questions préjudicielles relatifs à la violation, par une loi d'assentiment à un traité, d'une disposition constitutionnelle d'importance fondamentale concernant la compétence de conclure des traités. Selon la Cour, il résulte expressément de la loi spéciale de 6 janvier 1989 qu'elle est compétente pour statuer, par voie d'arrêt, soit sur un recours en annulation, soit, à titre préjudiciel, sur la violation par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'une règle constitutionnelle répartitrice de compétence ou des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, et ce même si cette loi, ce décret ou cette règle porte assentiment à un traité.

Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage a en outre considéré :

« *Le Constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article 107ter (67) de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international* ».

La Cour a enfin énoncé qu'aucune norme du droit international ne donne aux Etats le pouvoir de conclure des traités contraires à leur Constitution.

Dans un arrêt du 26 avril 1994, la Cour d'arbitrage a considéré qu'en tant qu'elle a approuvé l'article 6.1 de la CEDH la loi d'approbation du 13 mai 1955 ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution. Elle a ainsi implicitement confirmé sa compétence pour censurer une telle loi (68).

Dans un arrêt du 18 octobre 1994 (69), la Cour d'arbitrage a jugé irrecevable le recours en annulation de la loi du 26 novembre 1992 portant approbation du Traité sur l'Union européenne, des dix-sept Protocoles et de l'Acte final avec trente-trois Déclarations, faits à Maastricht le 7 février 1992, dès lors que, selon la Cour, l'intérêt des demandeurs ne se distinguait

(64) Pour un compte-rendu exhaustif de la position de la Cour d'arbitrage sur les rapports entre traités et Constitution, voir le rapport de la Cour d'arbitrage rédigé par M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité », *RUDH*, 1995, p. 217 et suiv.

(65) *J.T.*, p. 532.

(66) Sur la question, voir Ph. BOUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », Rapport belge, dans *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité*, Bruxelles, 1992.

(67) Article 142 actuel, instituant la Cour d'arbitrage.

(68) Arrêt n° 33/94, *Arr. C.A.*, 1994, p. 419; *M.B.*, 22 juin 1994, 17.034; *J.T.*, 1994, p. 569; *Rev. trim. D.H.*, 1995, p. 487, note M. DUMONT; *IDj*, 1994, p. 641.

(69) Arrêt n° 76/94, *Arr. C.A.*, 1994, p. 901; *M.B.*, 8 novembre 1994, 27.584; *J.T. dr. eur.*, 1994, p. 198; *R.W.*, 1994-95, p. 842.

pas de celui que peut avoir toute personne à contester les règles par lesquelles se réalise l'intégration européenne. Admettre la recevabilité d'un recours fondé sur un tel intérêt reviendrait, selon la Cour, à accueillir l'action populaire, ce qui a été exclu par le Constituant. Il subsiste que, sauf à l'occasion d'une cause spécifique d'irrecevabilité, cet arrêt confirme la compétence de la Cour pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre une loi portant approbation d'un traité, en l'espèce un traité européen fondateur, alors même qu'à la suite de la loi d'approbation, le traité a été ratifié et est entré en vigueur. On relèvera que la loi du 26 novembre 1992, portant approbation du traité de Maastricht, n'a été publiée au *Moniteur belge* que le 31 octobre 1993, c'est-à-dire après la ratification du traité par le pouvoir exécutif, et la veille même de l'entrée en vigueur de celui-ci, intervenue le 1^{er} novembre 1993. Ce retard apporté à la publication de la loi d'approbation, apparemment conforme à une tradition administrative antérieure à la création de la Cour d'arbitrage, avait eu pour conséquence de n'ouvrir le délai de soixante jours suivant la publication de la loi d'assentiment, dans lequel le recours en annulation peut être formé, qu'au jour même de l'entrée en vigueur du traité en droit international. L'annulation ultérieure de la loi d'approbation aurait, par hypothèse, entraîné des conséquences particulièrement lourdes à l'égard du traité considéré.

Dans un arrêt préjudiciel du 18 novembre 1998 (70), la Cour d'arbitrage a décidé que l'article 2 de la loi du 15 mai 1981 portant approbation du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution « *en ce qu'en disposant que ce Pacte sortira son plein et entier effet, ce qui comprend les déclarations et réserves faites par la Belgique lors de la signature, il maintient un régime de privilège de juridiction* ».

Dans un arrêt, également préjudiciel, du 14 juin 2000 (71), la Cour d'arbitrage a pareillement décidé que l'article 5 de la loi du 8 juillet 1977 portant approbation de plusieurs actes internationaux relatifs aux brevets ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Enfin, dans un arrêt du 4 mai 2005 (72), la Cour d'arbitrage a statué sur deux questions préjudicielles posées par la Cour du travail de Bruxelles et relatives à la conformité des normes contenues dans l'article 24, § 2, de la Convention générale sur la sécurité sociale entre le Royaume de Belgique et le Royaume du Maroc (73), aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination, consacrés par les articles 11 et 11bis de la Constitution coordonnée ainsi qu'à l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et aux articles 2, § 1^{er}, et 26 du Pacte de l'O.N.U sur les droits civils et politiques. La Cour

(70) Arrêt n° 117/98, *Arr. C.A.*, 1998, p. 1449; *M.B.*, 27 janvier 1999, 2373; *R.W.*, 1999-2000, p. 946; *Rev. dr. pén.*, 1999, p. 712.

(71) Arrêt n° 69/2000, *Arr. C.A.*, 2000, p. 899; *M.B.*, 12 août 2000, 27686.

(72) Arrêt n° 84/2005, *Arr. C.A.*, 2005, liv. 2, p. 1035; *M.B.*, 7 juin 2005, 26252; *R.W.*, 2005-06, liv. 19, p. 735, note H. STORME.

(73) Signée à Rabat le 24 juin 1968 et approuvée par la loi du 20 juillet 1970.

d'arbitrage a répondu que les différences de traitement dénoncées dans les questions préjudicielles découlent du droit marocain, sur lequel la Cour ne peut se prononcer.

III.2.6. *La jurisprudence postérieure de la Section d'administration du Conseil d'Etat*

26. — Dans son arrêt Orfinger du 5 novembre 1996 (74), le Conseil d'Etat a jugé explicitement :

« L'article 34 (...) fournit un fondement constitutionnel aux mécanismes institutionnels que ce Traité a instaurés notamment en vue d'assurer son interprétation uniforme dans l'ensemble des pays membres de l'Union européenne; que cet article ne détermine nullement les pouvoirs qui peuvent être attribués, et ne les limite donc nullement.

(...)

Le recours à des dispositions de l'ordre juridique interne afin de limiter la portée des dispositions du droit communautaire aurait pour conséquence de porter atteinte à l'unité et à l'efficacité de ce droit et ne saurait dès lors être admis, même si les dispositions de droit interne sont celles de la Constitution ».

Cet arrêt refuse l'annulation de l'arrêté royal du 26 septembre 1994, dont les dispositions, en reconnaissant l'accès des ressortissants communautaires à la fonction publique, s'opposaient à l'article 10, alinéa 2 ancien, de la Constitution alors en vigueur, qui limitait cet accès aux ressortissants belges. Le Conseil d'Etat a fondé sa décision sur la considération selon laquelle la règle constitutionnelle était elle-même inconciliable avec l'article 48 ancien du Traité CE.

Il convient de relever que le Conseil d'Etat fonde implicitement sa reconnaissance de la primauté du droit communautaire sur l'article 34 de la Constitution. En cela, sa position constitue en quelque sorte une étape intermédiaire entre les positions antagoniques de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage.

III.2.7. *La loi spéciale du 9 mars 2003*

27. — La loi spéciale du 9 mars 2003 (75), modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, a apporté des modifications substantielles aux compétences de la juridiction constitutionnelle.

Outre l'extension du contrôle de constitutionnalité à l'ensemble du Titre II de la Constitution (articles 8 à 32) et aux articles 170, 172 et 191 de la Constitution, cette loi prévoit la possibilité d'ouvrir un nouveau délai de six mois pour l'introduction, par toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt, d'un recours en annulation d'une loi, d'un décret ou

(74) C.E., arrêt n° 62.922, en cause *Orfinger, J.T.*, 1997, p. 254 et obs. R. ERGEC, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution ».

(75) *M.B.*, 11 avril 2003.

d'une ordonnance, lorsque la Cour, statuant sur une question préjudicielle, a déclaré que cette loi, ce décret ou cette ordonnance viole un des articles de la Constitution à l'égard desquels elle est compétente (article 4, dernier alinéa nouveau de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage).

En conséquence, l'éventuelle constatation, par un arrêt préjudiciel de la Cour d'arbitrage, de l'absence de conformité à la Constitution d'une loi portant approbation à un traité ferait dorénavant courir un nouveau délai de six mois permettant l'introduction, par un citoyen, d'un recours en annulation à l'encontre de cette loi, par hypothèse en vigueur depuis une date plus ou moins éloignée. Cette modification n'est certes pas de nature à assurer la sécurité juridique et à renforcer la confiance des Etats tiers qui souhaitent conclure des traités avec la Belgique.

Cependant, le législateur spécial, conscient des périls mis en évidence par les arrêts prononcés les 26 avril 1994 et 18 octobre 1994 par la Cour d'arbitrage, a disposé, en insérant dans un article 26, § 1^{er} *bis*, de la loi spéciale la règle selon laquelle la Cour ne peut statuer à titre préjudiciel sur l'éventuelle violation de la Constitution par une loi, un décret ou une ordonnance par lesquels un traité constituant de l'Union européenne ou la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou un Protocole additionnel à cette convention ont reçu l'assentiment.

Cette disposition met donc à l'abri la CEDH ainsi que le droit communautaire primaire en ce qui concerne leurs effets en droit belge, pour autant qu'ils ne fassent pas l'objet d'un nouveau traité ou d'un nouveau Protocole additionnel, qui devraient faire l'objet de lois d'assentiment, lois elles-mêmes susceptibles de faire l'objet d'un recours en annulation dans le délai de soixante jours suivant leur publication (76). *A contrario*, il peut être soutenu que cette même disposition renforce l'idée de la primauté de la Constitution sur les autres traités (77).

(76) Dans le cas d'école d'une annulation, par la Cour d'arbitrage, de la loi et des décrets d'assentiment au Traité du 29 octobre 2004 contenant la Constitution européenne, à supposer que celui-ci entre un jour en vigueur, le droit communautaire applicable en Belgique serait donc celui qui est actuellement en vigueur depuis le Traité de Nice, qui a été approuvé par la loi du 7 juin 2002, portant assentiment au Traité de Nice modifiant le traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes, Protocoles 1^{er}, 2 et 3 et l'Acte final, faits à Nice le 26 février 2001, *M.B.*, 11 février 2003. Il est néanmoins permis de s'interroger sur la compatibilité d'une telle situation avec la règle, contenue tant dans le Traité de Nice que dans le Traité constitutionnel, exigeant la ratification unanime des Etats membres. La situation dans laquelle la ratification opérée par le pouvoir exécutif au nom de l'Etat belge serait formellement acquise, mais serait privée de ses effets en droit interne, en raison de l'annulation de la loi d'assentiment, paraît inconcevable.

(77) En ce sens, voir le Rapport fait au nom du groupe de travail chargé de l'examen du titre II de la Constitution par MM. H. CLAES et M. J.-J. VISEUR, *Doc Parl.*, Ch., 51-2304/1.

III.2.8. *L'arrêt annoté du 2 juin 2003*

28. — Dans l'arrêt du 2 juin 2003, la Cour de cassation fait une première allusion au principe de primauté du droit international, à tout le moins communautaire, sur la Constitution.

La Cour cite l'arrêt Costa qui, selon elle décide que « *le droit né du traité, issu d'une source autonome, ne peut en raison de sa nature spécifique originale se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit, sans perdre son caractère communautaire et sans que soit mise en cause la base juridique de la Communauté elle-même* ». La Cour cite ensuite l'arrêt Internationale Handelsgesellschaft qui, selon elle, décide que « *les infractions aux droits fondamentaux qui figurent dans la Constitution d'un Etat membre ou aux principes du régime constitutionnel d'un Etat membre ne peuvent déroger à la régularité d'un acte de la Communauté ou à l'effet de cet acte sur le territoire de cet Etat* ». La Cour de cassation poursuit :

« *Que, dès lors, une infraction prétendue à la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs ne fait pas obstacle à l'application du règlement n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membre de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté* ».

En se référant explicitement aux deux arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes qui affirment la primauté du droit communautaire sur le droit constitutionnel des Etats membres et en considérant que, dès lors, l'infraction à une loi nationale ne fait pas obstacle à l'application d'un règlement communautaire, la Cour de cassation s'approprie les motifs des arrêts de la Cour de justice et consacre ainsi le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national, en ce compris le droit constitutionnel, alors même qu'il ne lui était pas expressément demandé de se prononcer sur le conflit opposant le droit communautaire et le droit constitutionnel.

 III.2.9. *L'arrêt annoté du 9 novembre 2004*

29. — Il pourrait être soutenu que le raisonnement proposé par l'arrêt du 2 juin 2003 tient davantage de l'extrapolation que de l'analyse. Rien de tel ne peut en revanche être énoncé à l'égard de la considération par laquelle la Cour de cassation a consacré la primauté de la CEDH sur la Constitution, dans son arrêt Vlaams Blok du 9 novembre 2004, selon les termes brefs rappelés ci-avant : « *la CEDH prime la Constitution* ».

Cette doctrine paraît à son tour avoir été confirmée par l'arrêt prononcé par la Cour en audience plénière le 1^{er} juin 2006 (78), qui relève que les articles 144, 56 et 58 de la Constitution, dont la violation était alléguée par

(78) *J.T.*, p. 461, et note S. VAN DROOGHENBROECK.

le demandeur (en l'espèce l'Etat belge représenté par le Président de la Chambre des Représentants) :

« concordent avec la limitation que la CEDH, telles qu'elles sont interprétées par la Cour européenne des droits de l'homme, fixe au droit de contrôler les actes du Parlement et de ses ministres ».

Comme le relève S. van Drooghenbroeck, cet arrêt confirme de manière implicite mais néanmoins certaine que la Cour de cassation tient la CEDH pour hiérarchiquement supérieure au prescrit constitutionnel (79).

III.2.10. *Les deux arrêts annotés du 16 novembre 2004*

30. — Il a été vu que, dans ces arrêts, la Cour a adopté délibérément une formule plus large que celle de l'arrêt du 9 novembre 2004. Cette formule est en effet susceptible de viser toute convention internationale ayant un effet direct en droit interne, alors cependant que les conflits alors soumis à la Cour concernaient spécifiquement la CEDH.

Dans le prolongement des mêmes arrêts, la Cour paraît ainsi, par ailleurs, priver la Cour d'arbitrage du contrôle de constitutionnalité d'une loi, lorsque celle-ci doit être contrôlée à la lumière d'une convention internationale, ayant un effet direct, qui pose des exigences au moins égales à celles du prescrit constitutionnel (80).

III.2.11. *Les juridictions de fond*

31. — Il existe de nombreuses décisions des juridictions de fond reconnaissant la primauté des traités ayant un effet direct sur la Constitution. On relèvera notamment un arrêt prononcé le 25 février 1974 par la Cour d'appel de Bruxelles, selon lequel l'article 64, 3°, de la Constitution relatif à l'éligibilité à la Chambre des représentants (article 64, 3°, ex-article 50, 3°) n'était contraire ni à l'article 14 de la CEDH ni à l'article 3 du premier protocole à cette Convention (81) ainsi qu'un jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 9 février 1990 (82) qui a fait prévaloir l'article 39 du Traité CE (ex-article 48 du Traité C.E.E.) sur l'article 10, alinéa 2, de la Constitution (ex-article 6, alinéa 2).

32. — Un jugement prononcé le 13 septembre 1988 par le Tribunal civil de Liège (83) a reconnu la supériorité hiérarchique d'instruments internationaux comme la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la CEDH par rapport à la Constitution.

(79) *Idem*, p. 462, col. 3.

(80) Sur la question, voir P. POPELIER, *op. cit.*, p. 389 et suiv.

(81) *J.T.*, 1974, p. 444.

(82) *J.L.M.B.*, 1990, p. 769. Voir également, T.T. Bxl, 24 septembre 1997, *R.D.E.*, 1997, p. 388; civ. Namur, 17 novembre 1997, *J.T.*, 1998, p. 187.

(83) *J.L.M.B.*, 1988, p. 1256. En l'espèce, le Tribunal a cependant considéré que les droits à la vie et à la santé consacrés par ces textes n'avaient pas d'effet direct en droit belge.

III.3. — *La position de la section de législation du Conseil d'Etat*

33. — Dans son avis relatif à l'avant-projet de loi portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, du 17 juillet 1998 (84), le Conseil d'Etat considéra que le texte qui lui était soumis contenait un ensemble de dispositions ne se conciliant pas avec les prescriptions de la Constitution. Selon lui :

« Il ne revient ni aux auteurs du Statut, ni à ceux de la loi d'assentiment de procéder à une révision, fût-elle implicite, de la Constitution et de modifier de la sorte le statut des pouvoirs publics que cette dernière établit. Si la Belgique entend ratifier un tel traité et si le pouvoir législatif entend l'approuver, il convient que des modifications soient apportées, selon la procédure inscrite au titre VIII de la Constitution, à plusieurs dispositions constitutionnelles. Pour éviter un éparpillement de ces modifications, qui pourrait au surplus rendre la lecture de la Constitution difficilement compréhensible, il est suggéré d'insérer, par exemple dans un article 168bis nouveau de la Constitution, la disposition suivante : « L'Etat adhère au statut de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 juillet 1998 ». Pareille disposition couvrirait les adaptations qui en résultent dans l'ordre juridique constitutionnel et autoriserait celles qui devraient, en conséquence, être apportées aux lois et règlements ».

Ces considérations de la section de législation du Conseil d'Etat furent interprétées, probablement à tort, comme consacrant la prise de position de celle-ci en faveur de la primauté de la Constitution sur le droit international (85). Il s'agit plutôt d'une suggestion destinée à prévenir le conflit entre ces normes.

III.4. — *Les initiatives du pouvoir constituant*

34. — La Constitution ne contient à ce jour aucune disposition consacrant la primauté du droit international sur le droit interne (86).

Le Sénat a, au cours du mois d'octobre 1991, débattu de la proposition du gouvernement tendant à réviser le titre III, chapitre III, de la Constitution en vue d'y ajouter une disposition consacrant la primauté des normes

(84) Avis du Conseil d'Etat du 21 avril 1999, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. 1999-2000, n° 2-329/1, p. 93. Sur les conséquences de cet avis, voir ci-après n° 34. Voir, dans le même sens, l'avis du Conseil d'Etat du 15 mars 2005 sur le projet de loi portant assentiment au Traité établissant une constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 529, et références citées.

(85) Voir en ce sens un avis non publié du 23 mars 1998 (L. 27449/2) cité par F. DELPÉRÉE et S. DEPRÉ, *Le système institutionnel de la Belgique*, Bruxelles, 1998, Larcier, p. 336.

(86) Sur la question et, notamment, sur la vocation de l'article 34 de la Constitution à constituer une telle base, voir T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 141-142, et les références citées.

de droit international sur les normes de droit interne (87). La proposition ne fut cependant pas retenue (88).

Le 28 octobre 1993, la Chambre des représentants avait adopté une disposition destinée à devenir l'article 107bis de la Constitution, ainsi libellée (89) :

« Les cours et les tribunaux n'appliqueront les lois, les décrets, les règles visées à l'article 26bis, les arrêtés et les règlements qu'autant qu'ils seront conformes aux normes du droit international et aux normes des institutions de droit international public ayant un effet direct ».

Cette disposition n'a pas été adoptée par le Sénat (90).

Une proposition plus récente entendait régler une double difficulté : la question de la situation du traité non seulement à l'égard du droit interne, mais également à l'égard de la Constitution. MM. Dewael et Versnick ont ainsi proposé le 15 janvier 1998 l'adjonction à la Constitution d'un article 159bis, libellé comme il suit :

« Les cours et les tribunaux n'appliqueront les lois, les décrets, les règles visées à l'article 134, les arrêtés et les règlements qu'autant qu'ils seront conformes aux normes du droit international et aux normes des institutions de droit international public ayant un effet direct ».

Les traités contenant des dispositions qui dérogent à la Constitution ne peuvent être approuvés que par une loi adoptée à une majorité d'au moins deux tiers des suffrages dans chacune des Chambres et qu'à condition que deux tiers au moins des membres qui composent chacune d'elle soient présents » (91).

Cette proposition ne fut pas davantage retenue. Elle présentait certes l'inconvénient de paraître faire procéder la suprématie du droit international de sa proclamation par le droit national. Cet inconvénient paraît formel, et peut être écarté par une formulation selon laquelle la Constitution nationale constate cette primauté et ne la décrète pas (formule implicitement utilisée par l'article 55 de la Constitution française). Cette proposition présentait en revanche l'avantage de désamorcer la critique, axée sur le droit interne, et déduite de la circonstance qu'une loi portant approbation d'un traité, en ce compris un traité incompatible avec la Constitution, peut être adoptée à la majorité simple, alors que la Constitution ne peut elle-même être modifiée

(87) *Doc. Parl.*, Sén., sess. Ord. 1991-1992, n° 1449-2, p. 46, cité par J. Velu, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, p. 735.

(88) *Doc. Parl.*, Sén., sess. 1991-1992, n° 100-17/2°.

(89) Proposition de révision du chapitre III du Titre II de la Constitution en vue d'y insérer un article 107bis, *Doc. parl.*, Ch., sess. 1992-1993, n° 626/5.

(90) Texte frappé de caducité le 21 mai 1995 (Commentaire, *Doc. parl.*, Sén, sess. 1991-1992, S100-17/2°).

(91) Proposition de révision de la Constitution, Révision du titre III, chapitre VI, de la Constitution en vue d'y insérer un article 159bis relatif au rapport entre les normes du droit interne et les normes du droit international et supranational, *Doc. Parl.*, Ch., Sess. 1997-1998, n° 1363/1. Cette proposition s'est inspirée de l'article 91 de la Constitution néerlandaise.

que par la double majorité des deux tiers. Il subsiste que cette procédure, même si elle était soumise à des exigences comparables à celles qui s'appliquent à la révision de la Constitution (à l'exception de la dissolution préalable des Chambres législatives) conduirait à une situation dans laquelle une norme constitutionnelle, par hypothèse incompatible avec le Traité ainsi approuvé, demeurerait formellement présente dans l'ordonnement juridique national, jusqu'à son éventuelle abrogation expresse. La formule constitutionnelle française et espagnole, imposant dans ce cas la révision préalable de la Constitution paraît à cet égard plus satisfaisante.

Enfin, à la suite de l'avis du Conseil d'Etat relatif à l'avant-projet de loi portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale (92), le gouvernement belge proposa d'insérer dans la Constitution un article 169*bis* libellé comme suit (93) :

« Les dispositions de la Constitution ne font pas obstacle à l'exécution par la Belgique de ses obligations internationales découlant des statuts des juridictions pénales internationales, dans les conditions prévues par ceux-ci, y compris les dispositions relatives à la coopération ».

Dans les développements relatifs à cette proposition, le gouvernement belge énonça que la question du conflit traité-Constitution divisait les autorités étatiques, dans les termes suivants :

« Deux thèses s'opposent : l'une, défendue par la Cour de Cassation et par la section d'administration du Conseil d'État, reconnaît la primauté du droit international par rapport au droit interne (notamment : Cass., 12 février 1996 et Conseil d'État, sixième Chambre, 5 novembre 1996), y compris la Constitution, et l'autre, soutenue par la section de législation du Conseil d'État et, dans une certaine mesure, la Cour d'arbitrage, selon laquelle la Constitution prime sur le droit international (notamment Cour d'arbitrage 6 octobre 1991, arrêt n° 26/91) ».

Cette opinion paraît contestable. La démarche de la section de législation du Conseil d'Etat peut en effet être perçue comme destinée à prévenir le conflit opposant un traité futur et la Constitution, selon un procédé comparable à celui que la Constitution française confie au Conseil constitutionnel (voir ci-avant, n° 33).

III.5. — *La situation actuelle*

35. — Les arrêts annotés consacrent certes la primauté des traités assortis d'un effet direct sur la Constitution.

On relèvera cependant, dans le prolongement de l'observation formulée en 1969 par le Professeur Waelbroeck et relatée ci-avant (note 48), que le contrôle de la constitutionnalité des lois, confié à la Cour d'arbitrage, n'est

(92) Voir ci-avant n° 33.

(93) Proposition de révision de la Constitution concernant l'insertion, au titre IV de la Constitution, d'un article 169*bis* nouveau sur la Cour pénale internationale et les tribunaux pénaux, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. 2003-2004, n° 3-739/1. Le texte est toujours à l'examen au Sénat.

encore que partiel, puisque ce contrôle ne s'exerce que par référence aux règles répartitrices de compétence, aux règles contenues dans le titre II de la Constitution et aux articles 170, 172 et 191 de celle-ci.

Confronté à l'éventuelle incompatibilité d'une loi à l'égard d'une disposition constitutionnelle étrangère à la compétence de la Cour d'arbitrage, le juge national ne peut ni saisir celle-ci ni, selon une doctrine majoritaire, se prononcer lui-même sur la constitutionnalité de la loi (94). S'agissant d'une loi portant assentiment à un traité qui contiendrait lui-même une règle incompatible avec une telle disposition de la Constitution, le même principe conduirait à la même solution, à savoir l'incompétence du juge pour statuer sur l'éventuelle inconstitutionnalité de la norme internationale. C'est donc par un biais étrange que, dans cette hypothèse, la primauté du traité sur la Constitution se trouve consacrée.

L'arrêt prononcé le 1^{er} juin 2006 par la Cour de cassation, déjà cité (n° 29), paraît cependant fonder cette primauté sur la supériorité, en soi, du traité international, et non sur l'absence de contrôle de constitutionnalité, par le juge, de la loi d'assentiment, s'agissant de normes constitutionnelles dont le respect échappe à la compétence à la Cour d'arbitrage.

IV. — LA SITUATION EN DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN (95)

IV.1. — *La situation en droit international général*

36. — La Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités (96) dispose, en son article 26 que « *tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* » et, en son article 27, qu'une « *partie ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non exécution du traité* ».

Ainsi affirmée, la primauté, au plan international, du droit international conventionnel sur le droit interne — la Convention ne limite pas sa portée au droit interne non constitutionnel — connaît cependant un tempérament. En effet, la règle de l'article 27 de la Convention s'applique sans préjudice de son article 46, aux termes duquel un Etat partie à un traité peut invoquer le vice de son consentement à être lié par ce traité si ce consentement a été exprimé en violation manifeste d'une disposition de son droit interne d'importance fondamentale concernant la compétence de conclure un traité. Le second paragraphe de l'article 46 précise qu'une violation n'est manifeste que si elle est objectivement évidente pour tout Etat se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi.

(94) M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 137-138.

(95) Sur la question, voir notamment H. BRIBOSIA, « *Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire* », *Revue belge de droit international*, 1996, p. 33 et suiv.

(96) Approuvée, en droit belge, par la loi du 10 juin 1992, *M.B.*, 25 décembre 1993.

37. — En ce qui concerne les règles du *ius cogens*, l'article 53 de la Convention de Vienne consacre la nullité de tout traité qui entre en conflit avec une norme impérative du droit international général.

Si cette disposition ne prévoit pas expressément la primauté des règles de *ius cogens* sur le droit national, qu'il soit ou non constitutionnel, cette primauté résulte néanmoins de la définition même de la règle impérative du droit international général, comprise comme étant une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère (97).

En ce qui concerne les droits de l'homme, on relèvera la place particulière qui leur est faite dans le droit international, notamment dans les articles 1^{er}, § 3, 55, alinéa C, et 56 de la Charte des Nations unies.

38. — Il n'est ainsi pas contesté que, dans les relations internationales, le traité prime toujours le droit interne dans son ensemble (98).

IV.2. — *La situation en droit européen*

IV.2.1. *CEDH et Cour européenne des droits de l'homme*

39. — L'article 1^{er} de la CEDH dispose que les parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis par cette Convention.

L'article 46 de la CEDH consacre la force obligatoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et impose aux parties contractantes de se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties. La même disposition prévoit que le Comité des Ministres surveille l'exécution de l'arrêt définitif.

Il résulte de l'article 53 de la CEDH que, si celle-ci a pour vocation de primer sur le droit national, dès lors qu'un État membre peut être condamné en cas de non-respect de ses dispositions, l'objet qu'elle consacre, à savoir les droits de l'homme, interdit toute interprétation de ces disposi-

(97) Sur la notion de *ius cogens*, voir notamment J. VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, 2000, p. 338 à 344; *idem*, « Droit des traités, réserves et ordre public (*ius cogens*) », *J.T.*, 1994, p. 764; comp. G. DENIS, « La codification du droit des traités », *J.T.*, 1971, p. 545, spéc. n^{os} 31 à 36; C. DE VISSCHER, « Positivismisme et *ius cogens* », *Revue gén. dr. int. public*, 1971, p. 6; A. GOMEZ ROBLEDI, *Le ius cogens international*, Recueil de l'Académie de droit international, vol. 172, 1981, p. 17; R. COLB, *Théorie du ius cogens international*, PUF, Paris, 2001.

(98) C.P.J.I., avis consultatif, 31 juillet 1930, *Question des communautés gréco-bulgares*, série B, n^o 17, 32; C.P.J.I., arrêt du 25 mai 1986, *affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise*, série A, n^{os} 7, 19, cités par W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *op. cit.*, p. 493. Pour un rappel de la hiérarchie des sources du droit international, voir Arrêt de la CIJ du 20 février 1969, *Affaires du Plateau continental de la Mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne/Danemark; République fédérale d'Allemagne/Pays-Bas), *Rec.*, 1969, p. 3.

tions qui limiterait ou porterait atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus, conformément aux lois des parties contractantes ou par toute autre convention à laquelle une partie contractante serait partie. Les différends nés de l'interprétation ou de l'application de la CEDH doivent cependant être soumis aux modes de règlement prévus par la CEDH (99).

Enfin, il convient de souligner que les Etats contractants, en ratifiant la CEDH, ne se sont pas nécessairement privés de toute souveraineté en matière de droits de l'homme dès lors que l'article 57 de la CEDH prévoit la possibilité pour ceux-ci, au moment de la signature de la CEDH ou du dépôt de son instrument de ratification, de formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de celle-ci, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur leur territoire ne serait pas conforme à cette disposition.

La Cour européenne des droits de l'homme consacre une conception relativement large de ses pouvoirs, comme l'atteste le discours prononcé le 20 janvier 2006 par son président, à l'occasion de l'audience solennelle d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour (100) :

« Si je vous ai décrit le travail de la Cour comme je viens de le faire, c'est bien entendu parce que j'adhère à une certaine conception du rôle d'un juge européen quasi-constitutionnel. Dans une certaine mesure, notre Cour est un organe normatif. Comment pourrait-il en être autrement? Comment serait-il possible de donner corps aux garanties conférées par la Convention, telles que l'interdiction de la torture, l'égalité des armes, la liberté d'expression ou le respect de la vie privée et familiale, si l'on devait considérer, à l'instar de Montesquieu, que le juge n'est que la « bouche de la loi »? Libellées en termes programmatiques, les garanties en question ont un contenu évolutif qui doit être interprété et développé à la lumière des changements de situation. Ma vision personnelle de l'œuvre du juge est celle d'un cheminement progressif, presque expérimental, vers une solution qui s'inspire des circonstances des affaires dont la justice est saisie. Comme vous pouvez le constater, je ne crois pas aux systèmes théoriques clos, qui passent pour sacro-saints et se fondent sur des présupposés spéculatifs ou idéologiques. Ramenant tout à une explication unique, ces systèmes ne tiennent pas compte de la complexité et des fréquentes contradictions qui caractérisent l'évolution de la société, des relations internationales et — incidemment — des individus. Toutefois, il faut bien reconnaître que, lorsqu'on a pour mission de faire évoluer le droit, il est difficile d'éviter de porter des jugements de valeur sur le droit interne ou international. Cela est particulièrement vrai en ce qui concerne les droits de l'homme, si ancrés dans les concepts de constitutionnalisme, de démocratie

(99) Ce principe de subsidiarité est au demeurant consacré par l'arrêt annoté du 9 novembre 2004 (sur la question, B. GORS, *op. cit.*, p. 509, spéc. note 6).

(100) Discours du 20 janvier 2006 de M. Luzius Wildhaber, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, disponible à l'adresse suivante : <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/769CE38B-F288-4832-A0F8-8B56DEFF593F/0/2006ouvertureanneejudiciaireWildhaberTuguc.pdf>.

et de prééminence du droit qu'ils sont le terrain par excellence des jugements de valeur ».

Dans plusieurs arrêts, la Cour a consacré la primauté de la CEDH sur les constitutions nationales (101).

La Cour de cassation belge a, par son arrêt du 14 avril 1983 (102), consacré comme corollaire de la primauté de la CEDH sur la loi nationale, la primauté des interprétations données à la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme, et par voie de conséquence l'obligation, pour les juridictions nationales, de s'y conformer (sur cette question, voir ci-après n° 52).

IV.2.2. *Traités CE et Cour de Justice des Communautés européennes*

40. — L'article I-6 du projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe dispose que « *la Constitution et le droit adopté par les institutions de l'Union, dans l'exercice des compétences qui sont attribuées à celle-ci, priment le droit des États membres* ».

Dans son avis portant sur le projet de loi d'assentiment à ce Traité, le Conseil d'Etat a considéré que « *du point de vue constitutionnel, l'article 34 de la Constitution assure l'articulation entre, d'une part, la primauté reconnue au droit européen notamment par l'article I-6 du Traité et par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne, et, d'autre part, le rang qu'occupe la Constitution belge dans l'ordre juridique interne* » (103).

L'entrée en vigueur de ce Traité aurait probablement pour effet de résoudre la question examinée dans la présente étude, en ce qui concerne le droit communautaire, sous réserve, en droit belge, d'un recours en annulation qui pourrait être formé contre la loi ou les décrets d'assentiment au traité (104). Une telle hypothèse semble cependant compromise à la suite des référendums français et néerlandais.

(101) Voir notamment Arrêt *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992, série A, n° 246-A, p. 29, § 69; Arrêt *Parti communiste unifié de la Turquie c. Turquie* du 30 janvier 1998, *Rec.*, 1998-II, n° 133/1996/752/951, § 27.

(102) *Pas.*, I, n° 441 et conclusions de M. le Procureur général VELU, alors avocat général.

(103) Avis du Conseil d'Etat du 15 mars 2005, *Doc. Parl.*, Sén., Sess. 2004-2005, n° 3-1091/1, p. 531.

(104) Le Projet de loi portant assentiment au Traité établissant une constitution pour l'Europe, et à l'Acte final, faits à Rome le 29 octobre 2004 a été adopté par le Sénat le 28 avril 2005 et par la Chambre le 19 mai 2005. En ce qui concerne les entités fédérées, voir Décret du 23 juin 2005 de la Communauté germanophone portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux Protocoles annexés au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, à ses Annexes et Acte final, faits à Rome, le 29 octobre 2004, *M.B.*, 15 septembre 2005; Ordonnance du 23 juin 2005 de la Région de Bruxelles-Capitale portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final fait à Rome le 29 octobre 2004, *M.B.*, 2 septembre 2005; Ordonnance du 23 juin 2005 de la Commission Communautaire Commune portant assentiment au traité établissant une Constitution pour l'Europe, et à l'Acte final fait à Rome le 29 octobre 2004, *M.B.*, 2 septembre 2005; Décret du 30 juin 2005 de la Région wallonne portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux Protocoles annexés au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, à ses Annexes et Acte

Les rapports entre le droit communautaire et le droit national n'étaient pas explicitement déterminés par les premiers traités communautaires. Ils ont été dégagés par la jurisprudence, innovatrice voire audacieuse, de la Cour de justice des Communautés européennes qui a posé les principes, essentiels à l'essor du droit communautaire, de l'effet direct de celui-ci et de sa primauté sur le droit national.

Dans son arrêt fondateur *Van Gend et Loos*, la Cour de justice a affirmé que la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international, au profit duquel les États ont limité leurs droits souverains, et dont les sujets sont non seulement les États membres, mais également leurs ressortissants, ce dont elle a déduit le principe de l'effet direct du droit communautaire (105).

Dans son autre arrêt fondateur, l'arrêt *Costa* déjà cité (106), la Cour a considéré que le Traité CEE avait institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des États membres et que le droit communautaire avait la primauté sur les droits nationaux.

On relèvera enfin que la Cour de justice reconnaît la primauté des accords conclus par la Communauté européenne sur le droit communautaire dérivé (107).

La conséquence pour le juge national est qu'il a l'obligation d'assurer le plein effet des normes de droit communautaire en laissant, de sa propre autorité, au besoin inappliquée toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, et ce sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (108).

La Cour ne s'est, depuis, jamais départie de sa jurisprudence (109).

final, faits à Rome, le 29 octobre 2004, *M.B.*, 12 juillet 2005; Décret du 30 juin 2005 de la Région wallonne portant assentiment, en ce qui concerne les matières transférées par la Communauté française, au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux Protocoles annexés au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, à ses Annexes et Acte final, faits à Rome, le 29 octobre 2004, *M.B.*, 13 juillet 2005; Décret du 20 juillet 2005 de la Communauté française portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, aux Protocoles annexés au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, à ses Annexes et Acte final, faits à Rome, le 29 octobre 2004, *M.B.*, 16 septembre 2005; Décret du 20 juillet 2005 de la Commission Communautaire Française de la Région de Bruxelles-Capitale portant assentiment au Traité établissant une Constitution pour l'Europe et à l'Acte final faits à Rome, le 29 octobre 2004, *M.B.*, 3 novembre 2005. Les délais de soixante jours, consacrés par l'article 3, § 2, de la loi du 6 janvier 1989 sont à présent expirés, sauf en ce qui concerne la loi fédérale d'approbation qui n'a pas encore été publiée au *Moniteur belge*.

(105) Arrêt de la Cour du 5 février 1963, *Van Gend & Loos/Administration fiscale néerlandaise*, Aff. 26-63, *Rec.*, p. 3.

(106) Ci-avant n° 4.

(107) Arrêt du 10 janvier 2006, *IATA e.a.*, Aff. C-344/04, *AJDA*, 2006, liv. 5, p. 247; *Dr. eur. transp.*, 2006, liv. 4, p. 487, § 35.

(108) Arrêt de la Cour du 21 mai 1987, *Albako/BALM*, Aff. 249/85, *Rec.*, p. 2345, § 17-18.

(109) Arrêt du 18 juin 1970, *Hauptzollamt Bremen Freihafen/Krohn*, Aff. 74-69, *Rec.*, p. 451; Arrêt du 14 décembre 1971, *Politi/Ministero delle finanze*, Aff. 43-71, *Rec.*, p. 1039; Arrêt du 7 mars 1972, *Marimex/Ministero delle finanze*, Aff. 84-71, *Rec.*, p. 89;

V. — ESSAI DE JUSTIFICATION DE LA PRIMAUTÉ
 DE LA RÈGLE DU DROIT INTERNATIONAL CONVENTIONNEL
 SUR LA RÈGLE DE DROIT NATIONAL, EN CE COMPRIS
 LA RÈGLE CONSTITUTIONNELLE. — EXAMEN DE SES LIMITES

V.1. — *Théorie moniste*

41. — Selon la conception moniste du droit, le droit existe sous la forme d'un système unique et universel (110). M. Ganshof van der Meersch considère ainsi que « le droit ne peut être qu'un, à peine de ne pas être » (111).

C'est cette conception qui a été consacrée par la Cour de cassation, depuis son arrêt *Le Ski* jusqu'aux arrêts annotés.

Comme l'indique H. Kelsen, la théorie moniste implique trois idées différentes : la négation de l'autonomie absolue des différents systèmes juridiques, l'argument selon lequel les relations des ordres juridiques peuvent être régies par des principes de droit et non par la force, et enfin l'ambition d'expliquer le droit comme un ensemble pleinement cohérent (112). Le corollaire de cette théorie est donc que les ordres juridiques doivent être hiérarchisés.

42. — La théorie moniste peine cependant à dépasser les contradictions ou les faiblesses qui lui sont reprochées, notamment lorsqu'est abordée la question des rapports entre les constitutions nationales et les traités internationaux.

Ainsi, il apparaît clairement que le droit international, supposé primer les droits nationaux, est dépendant de ceux-ci, tant dans son fondement que dans son effectivité.

Sauf à défendre une approche iusnaturaliste, il faut rappeler que le droit international, en ce compris le *ius cogens*, est compris comme ayant été créé par les Etats nationaux et, dans cette mesure, par les droits nationaux. Or, l'être humain a toujours éprouvé quelque difficulté à concevoir que le créé

Arrêt du 17 mai 1972, *Leonensio/Ministero dell' Agricoltura e Foreste*, Aff. 93-71, *Rec.*, p. 287; Arrêt du 9 mars 1978, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, Aff. 106/77, *Rec.*, p. 629; Arrêt du 19 juin 1990, *The Queen/Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, Aff. C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, § 19-22; Arrêt du 22 octobre 1998, *Ministero delle Finanze/IN.CO.GE.'90 e.a.*, Aff. C-10/97 à C-22/97, *Rec.*, p. I-6307, § 21; Arrêt du 8 juin 2000, *Carra e.a.*, Aff. C-258/98, *Rec.*, p. I-4217, § 16-17; Arrêt du 18 septembre 2003, *Morelato*, Aff. C-416/00, *Rec.*, p. I-9343, § 45. Dans un arrêt récent, la Cour de justice a cependant jugé que le droit communautaire n'imposait pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, et d'annuler celle-ci, même si cette annulation permettait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause (Arrêt du 16 mars 2006, *Kapferer*, Aff. C-234/04, non encore publié au Recueil).

(110) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 184.

(111) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *op. cit.*, p. 494.

(112) H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2^e édition traduite par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, Paris, p. 235.

puisse primer le créateur, dès lors que le créé lui est postérieur et qu'il en émane (113).

Par ailleurs, peut-on réellement considérer qu'il n'existe qu'un seul droit, lorsqu'on constate l'essor du droit international privé ou les différences fondamentales existant entre les droits continentaux et les droits de *common law*, pour s'en tenir aux systèmes juridiques occidentaux ?

Une autre critique, relevant du droit belge celle-là, consiste à contester que des traités internationaux, qui ne demandent pas, pour leur approbation, une majorité particulière, puissent primer la Constitution qui exige, pour sa révision, non seulement la dissolution préalable des Chambres législatives mais également une majorité qualifiée (114).

V.2. — *Théorie dualiste ou pluraliste*

43. — La conception dualiste ou pluraliste du droit recouvre plusieurs théories que le présent article n'a pas pour ambition de détailler (115). Qu'il suffise de préciser que ces théories considèrent que le droit n'est pas un mais multiple et qu'elles constituent le fondement invoqué par ceux qui contestent la primauté du droit international sur le droit national.

Dans une étude récente, prenant le relais d'une étude antérieurement publiée par M. J.S. Jamart (116), M. L. François, juge émérite à la Cour d'arbitrage, remet en cause le principe de la primauté du droit international sur le droit national belge, tel qu'il a été consacré par l'arrêt *Le Ski*, ainsi que la motivation de cet arrêt (117).

(113) On pourrait presque construire un argument à la limite du sophisme aux termes duquel un système juridique, ne pouvant primer sur lui-même, ne pourrait conférer ce pouvoir à un autre système juridique, international en l'occurrence. *Nemo plus iuris ...* Les tenants du droit naturel opposeraient sans doute un argument, tout aussi sophistique, tiré de l'argument ontologique selon lequel Dieu existe car l'homme, qui est imparfait, ne peut avoir eu par lui-même l'idée d'un Dieu parfait : l'idée d'un droit international supérieur aux droits nationaux ne peut émaner des droits nationaux ; c'est donc qu'il leur préexiste et est supérieur à ceux-ci. Il s'agit en réalité d'une nouvelle pétition de principe.

(114) En ce sens, voir H. DUMONT, X. DELGRANGE et S. VAN DROOGENBROECK, « La procédure de révision de la Constitution : suggestions », in *La procédure de révision de la Constitution*, sous la dir. de F. DELPÉRÉE, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 161. A cet égard, l'article 91 de la Constitution hollandaise, qui a inspiré un projet de révision de la Constitution belge, permet de retrouver une certaine cohérence.

(115) A cet égard, voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 185-186.

(116) J.-S. JAMART, *op. cit.*, p. 109-136.

(117) L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation des décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, n° 6177, p. 261-266. Afin d'étayer son propos, M. François fait appel à la théorie du droit, définie comme une théorie qui cherche avant tout à connaître et à comprendre. En reprenant les distinctions proposées par MM. Ost et van de Kerchove, en ce qui concerne les différents points de vue que peut adopter celui qui tient un discours théorique sur le droit (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, p. 44 et suiv.), il semble que M. François, bien qu'il souhaite adopter une position qui se situerait entre les points de vue externes descriptif ou analytique et le point de vue externe explicatif, développe davantage un point de vue interne savant, qui serait en l'es-

Selon l'auteur, le juge belge n'est pas compétent pour écarter une disposition législative postérieure à un traité en tant qu'elle serait incompatible avec celui-ci, dès lors qu'aucune norme juridique ne l'y autorise. Par conséquent, poursuit-il, l'arrêt *Le Ski*, dont la motivation implique un « *monisme théorique* » (118), ne constitue qu'un « *fait accompli jurisprudentiel* » qui ne peut se justifier ni par la préexistence d'une jurisprudence établie (119) ni par le silence de la Constitution, ni par un principe ou une coutume, ces deux dernières sources de droit ne constituant souvent que « *des fictions inventées pour masquer le caractère prétorien d'une jurisprudence ou l'absence de fondement en droit positif d'une thèse doctrinale* » (120)

S'il reconnaît la primauté du droit international sur le droit national dans l'ordre juridique international, M. François refuse de la reconnaître dans l'ordre juridique interne belge. Selon lui, les juges sont subordonnés à la loi nationale et ne peuvent refuser d'y obéir, sous le prétexte de l'application d'un principe au fondement prétorien. L'auteur réfute l'argument selon lequel, si la primauté du droit international n'était pas reconnue, celui-ci ne serait plus. Il relève que l'existence du droit international et son effectivité se déduisent de la pression extérieure exercée sur les Etats et non de l'application qu'en font les juges nationaux (121). Il conclut en affirmant qu'il est paradoxal que la théorie du droit soit utilisée par les constitutionnalistes afin de masquer le caractère purement prétorien d'une jurisprudence (122).

On retiendra de cette étude sévère que l'affirmation du principe de hiérarchie, comme s'imposant au juge national et l'obligeant à écarter la norme interne au profit de la norme internationale ou supranationale, ne repose sur aucune justification, si ce n'est une pétition de principe, qui ne constituerait selon M. François qu'une fausse évidence.

44. — Malgré les évidents mérites de sa démarche et la pertinence de certains éléments de son argumentation, la thèse de M. François appelle non tant une contestation qu'une remise en perspective.

M. François écarte la théorie moniste, qu'il considère comme dogmatique, alors que la théorie dualiste ou pluraliste qu'il défend reflète, selon lui,

pèce une adhésion au point de vue interne d'un système juridique dépassé. Nous ne développerons pas davantage cette question et renvoyons le lecteur à l'ouvrage précité.

(118) M. François critique le fondement prétorien de la thèse ainsi critiquée, tant dans son principe que dans sa formulation. Il fustige ainsi la justification, faite par l'arrêt *Le Ski*, de la primauté du droit international au nom de « la nature même du droit international conventionnel », laquelle constitue selon lui une référence à des théories classiques de la philosophie du droit, notamment au droit naturel. A la suite de M. Jamart, M. François soutient ainsi qu'il n'est, logiquement, pas possible de combiner droit naturel et monisme, dès lors qu'il ne lui apparaît pas justifiable d'affirmer que le droit international conventionnel serait plus juste que le droit étatique, le premier étant le fruit de laborieux compromis entre Etats contractants mus par des intérêts particuliers alors que le second émane d'assemblées démocratiquement élues, L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 264-265.

(119) *Ibidem*, p. 263.

(120) *Ibidem*, p. 264.

(121) *Ibidem*, p. 265.

(122) *Ibidem*, p. 266.

la réalité juridique actuelle (123). Cette théorie, qui n'est pas intrinsèquement critiquable, ne reflète cependant plus la réalité juridique belge, sauf à soutenir un révisionnisme juridique inacceptable (124).

Certes, la motivation de l'arrêt *Le Ski* a pu prêter le flanc à la critique. La référence à une — relativement hypothétique — « *nature du droit international conventionnel* » retenue pour justifier autre chose que la primauté du droit international sur le droit national en droit international ne résiste en effet pas à l'analyse. Sans aller jusqu'à partager l'opinion de M. François, selon laquelle « *le droit international s'adresse à l'Etat comme unité : il ne prétend pas lui-même avoir une action directe sur les différents organes (tels les juges) des Etats* » (125), la motivation ainsi retenue en 1971 se révèle effectivement réduite par rapport à l'ampleur du problème posé (126). *A posteriori*, cependant, il semble déplacé de vouloir remettre en cause le « *fait accompli jurisprudentiel* » (127).

En ce début de vingt-et-unième siècle, il convient de prendre du recul à l'égard du mythe proclamé par les Lumières au dix-huitième siècle et consacré au lendemain de la Révolution de 1789, étant celui de la capacité de l'être humain rationnel à concevoir toutes les normes destinées à s'appliquer à une société donnée, norme que les juges n'auront plus qu'à appliquer, tels de simples bouches de la loi. Si cette conception n'a pas perdu toute signification, elle ne suffit cependant plus ni à décrire ni à expliquer le droit. Celui-ci n'est pas rigide. Il connaît des évolutions légales, jurisprudentielles et doctrinales, elles-mêmes influencées par de nombreux facteurs, telles l'évolution des mœurs ou des conditions socio-économiques, et la survenance de nouvelles situations de fait, qui n'avaient pu être prévues par le législateur.

45. — La construction européenne a ceci de particulier qu'elle s'est dotée, au sein de l'Union européenne, d'institutions législatives, exécutives et juridictionnelles propres. Lorsque l'enthousiasme européen des Etats membres s'est refroidi, la Cour de justice a pris le relais, instituant une période d'activisme qui a fini par s'étendre à la plupart des cours suprêmes des Etats membres, consacrant ainsi une primauté du droit international, à tout le moins du droit communautaire, sur les droits nationaux de niveau législatif. Dans le même temps, le progrès des droits de l'homme et l'exten-

(123) *Ibidem*, p. 265.

(124) Il en va différemment d'autres théories dualistes ou pluralistes. Voir, à cet égard, D. ALLAND, *Droit international public*, PUF, 2000, p. 355.

(125) L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 264.

(126) Il convient d'observer incidemment que la référence, par la Cour de cassation, à la « *nature du droit international conventionnel* » ne se fonde pas, selon nous, sur le droit naturel, auquel cas le terme « *conventionnel* » n'aurait pas de justification, mais vise plutôt l'essence de la matière contractuelle, illustrée par l'article 1134 du Code civil, aux termes duquel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. La force du contrat tient à son respect par les parties contractantes. *Pacta sunt servanda*. De la même façon, et quoi qu'en dise M. François, la force des conventions internationales tient à leur respect par les Etats contractants, tant au plan du droit international qu'au plan de l'exécution de leurs obligations dans leur droit interne.

(127) L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 263.

sion de l'autorité de la Cour de Strasbourg ont connu un essor parallèle et comparable.

Le droit avait changé. Sans porter un jugement de valeur sur une telle évolution, l'existence de celle-ci ne peut être contestée. Par conséquent, il n'est plus suffisant d'affirmer que les juges sont soumis à la loi et qu'ils ne peuvent refuser d'y obéir par voie prétorienne (128). La solution jurisprudentielle de la Cour de cassation n'a pas interdit aux juges d'obéir aux lois. Elle a tranché un conflit de normes ayant un effet direct en droit belge, et ce dans le sens retenu dix ans plus tôt par la Cour de justice des Communautés européennes.

Aujourd'hui, plus aucune juridiction belge ne conteste qu'en cas de conflit entre une norme internationale ou communautaire ayant un effet direct et une loi nationale, la première prévaut. La doctrine majoritaire va également en ce sens. Le constituant n'a pas jugé opportun de leur donner raison, considérant peut-être que cette primauté ne peut se fonder sur une affirmation constitutionnelle, relevant par hypothèse du droit interne. On sait cependant que d'autres constituants, comme le constituant français, ont énoncé qu'ils constatent cette primauté, et non qu'ils l'instituent (129). Le constituant belge n'a pas davantage cru opportun de donner tort à cette doctrine en modifiant la Constitution afin de consacrer explicitement la primauté du droit constitutionnel. Les tenants de la théorie dualiste, telle qu'elle est défendue par M. François, objecteront qu'une telle primauté est inhérente à la Constitution et que la consacrer en toutes lettres n'y ajouterait rien et ferait, tout au plus, double emploi. Il n'en reste pas moins qu'au regard de la doctrine et de la jurisprudence majoritaires, seule une intervention du Constituant serait susceptible de renverser la situation actuellement consacrée et que cette intervention n'a pas eu lieu.

La théorie dualiste défendue par M. François n'est en réalité plus en mesure de décrire la réalité juridique actuelle. Si l'auteur relève légitimement que la théorie du droit qu'il attribue à la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski* est confrontée à des limites infranchissables, il en va de même de la théorie qu'il propose. Pas plus que la théorie du droit n'est destinée à être utilisée afin de masquer le caractère purement prétorien d'une jurisprudence (130), elle ne peut servir à proposer une description du droit qui ne correspond plus à la réalité.

V.3. — *Le droit en réseau*

46. — L'objet de la présente étude n'est pas de proposer un compte-rendu exhaustif des critiques adressées à chacune des théories précitées. Le problème des théories, dualiste (131) comme moniste (132), est qu'elles ne rendent plus compte — si elles l'ont jamais fait — de la réalité juridique

(128) L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 264.

(129) Voir ci-avant, n° 34.

(130) L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 265.

(131) A tout le moins dans le sens retenu par M. François.

(132) Sur le monisme et le dualisme, voir D. ALLAND, *op. cit.*, p. 355.

actuelle, à savoir de l'influence du droit international sur le droit interne et de la nécessaire prise en compte du droit national par le droit international. N'arrivant plus à décrire les phénomènes juridiques, ces théories ne peuvent, *a fortiori*, plus les expliquer, ni les justifier ou les condamner.

Dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit* (133), MM. Ost et van de Kerchove ont tenté de dépasser cette distinction, qui reste fondée sur une vision hiérarchisée ou pyramidale, en proposant un modèle descriptif des phénomènes juridiques actuels qui, nouveau paradigme, viendrait à tout le moins coexister avec le modèle traditionnel de la pyramide : le réseau (134).

Dans un ouvrage antérieur (135), les auteurs prenaient comme point de départ la conception linéaire hiérarchisée dont Kelsen s'est fait l'interprète, et impliquant la consécration d'une théorie moniste. Ils rappelaient par ailleurs les nuances apportées par Kelsen lui-même à une théorie trop souvent perçue comme sommaire, voire simpliste, et en décrivaient ensuite les faiblesses (136).

Ils opposaient à la théorie kelsenienne celle du « réalisme américain » dont ils analysaient les variétés, et qui consacre pour l'essentiel que le droit se ramène au comportement effectif de certaines autorités juridiques, en particulier les juges qui créent le droit au travers des décisions qu'ils adoptent. Les « *real rules* » l'emporteraient ainsi sur les « *paper rules* » (137).

Les auteurs prenaient enfin en considération la doctrine intermédiaire de Hart, qui conteste la conception selon laquelle « *la loi (ou la Constitution) est ce que les tribunaux disent qu'elle est* », mais admet qu'à la marge le juge, bien que lié par l'ensemble des règles appartenant à un ensemble juridique, « *dispose à la fois d'un pouvoir créateur pour interpréter et compléter ces règles dans les limites de leur obscurité et du pouvoir de maintenir ou non son adhésion à la règle de reconnaissance du système sans laquelle celle-ci n'existerait pas* » (138). Les auteurs relevaient ainsi que, pour Hart, « *si le principe hiérarchique subsiste dans « les vastes domaines centraux du droit », il se trouve néanmoins ébranlé à la fois dans les zones d'incertitude et au niveau du fondement ultime du système* » (139).

La thèse de MM. Ost et van de Kerchove consiste donc à démontrer qu'à côté du modèle traditionnel de production du droit que l'on peut voir, à

(133) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.

(134) Sur la notion, voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 23 à 26.

(135) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, 601 p.

(136) *Ibidem*, p. 185 et suiv.

(137) *Ibidem*, p. 192 et suiv.

(138) *Ibidem*, p. 202-203.

(139) *Ibidem*, p. 204.

l'instar de Kelsen, sous la forme d'une pyramide (140), a émergé une forme de production du droit en réseau, qu'illustrent notamment les « *boucles étranges* » et les « *hiérarchies enchevêtrées* » incarnées notamment dans le développement de la régulation, de la gouvernance, du droit international et des organisations sportives internationales. Au modèle pyramidal succède ainsi le « *paradigme de la complexité* », dont les auteurs analysent l'application dans les différentes branches du droit.

Dans ce modèle, l'impératif consistant à hiérarchiser à tout prix les instances normatives, sans être banni, devient relatif : les systèmes juridiques interagissent et, dans le meilleur des cas, coopèrent. Une telle conception reconnaît à cet effet un rôle majeur aux juges (141).

Il semble que c'est à la lumière de cette conception que peut être rencontrée la critique formulée par M. François à l'égard du caractère péremptoire de l'affirmation, à base moniste, de la supériorité du droit international.

V.4. — *Le rôle des juges*

47. — Est-il possible de s'inspirer de la conception du droit en réseau, qui est essentiellement descriptive, afin d'offrir une directive claire aux juges qui auront éventuellement à trancher un conflit existant entre une norme constitutionnelle et une norme internationale ? Il est en effet un temps où deux règles de droit applicables qui se trouvent en conflit devront nécessairement être hiérarchisées : le temps du jugement.

Le juge ne peut, dans une telle situation, se contenter de relever la contradiction et d'admirer les mérites des différentes thèses en présence. Sous peine de déni de justice, il lui incombe dans chaque cas d'espèce d'appliquer la règle qu'il jugera hiérarchiquement supérieure. Quelle ligne de conduite doit-il suivre dans ce cas ?

48. — On relèvera tout d'abord que de tels conflits sont extrêmement rares. Les arrêts annotés en sont le témoignage, n'ayant pas constaté une incompatibilité entre les normes conventionnelle et constitutionnelle en cause.

Les 25 et 26 septembre 1997, eut lieu, pour la première fois, une conférence des cours ayant compétences constitutionnelles dans les quinze États alors membres de l'Union européenne. M. Schoettl, alors secrétaire général du Conseil constitutionnel français et auteur du rapport consacré aux réponses apportées par les cours constitutionnelles à la question du conflit entre droit constitutionnel et droit communautaire dérivé, écrivait à l'époque :

« Si le droit communautaire originaire a posé d'importants problèmes de constitutionnalité, il ne s'est pas rencontré jusqu'ici de cas dans lequel une

(140) Dans le système juridique belge, on trouve au sommet, la Constitution et le constituant et à la base les sujets de droit qui y obéissent, en passant par les lois et le législateur, les arrêtés et le gouvernement, les règlements provinciaux et communaux et les provinces et les communes.

(141) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 97 à 107.

de nos Cours ait eu à relever — fût-ce indirectement — l'inconstitutionnalité d'un acte de droit dérivé.

A quelques exceptions près, il est vrai notables (Italie : Acières de San Michele en 1965 et Fragd en 1989; Allemagne : Solange I en 1974 et Solange II en 1986), elles n'ont pas même eu à connaître d'une telle question.

Bien plus, pour nombre d'entre elles, vos réponses estiment douteux qu'un tel conflit doive être tranché un jour par le juge constitutionnel national. C'est ainsi, entre autres, que la Cour constitutionnelle du Portugal qualifie l'éventualité envisagée de « théorique » (...) » (142).

Le rapport de la Cour de justice, rédigé à la suite de cette conférence, après avoir reconnu qu'« un conflit radical entre les exigences de l'ordre communautaire et celles de la Constitution d'un État membre n'est pas susceptible de recevoir une solution logique satisfaisante » conclut cependant que, « s'il peut y avoir débat sur les principes, il n'y a pas, en revanche, péril en la demeure » (143).

49. — MM. Ost et van de Kerchove relèvent, en ce qui concerne le conflit entre l'ordre international et l'ordre constitutionnel national, que « *faute de pouvoir déterminer lequel des deux ordres l'emporte, mais assuré qu'aucun d'eux ne survivrait sans l'autre, on aménage les conditions de leur collaboration pacifique* » (144).

50. — Comment aborder, cependant, le cas, rare sans doute mais qui n'est pas purement hypothétique, d'un conflit entre une norme constitutionnelle et une norme internationale directement applicable, non susceptible d'être facilement résolu par un aménagement pratique de leur collaboration, notamment en privilégiant une interprétation de l'une en conformité avec l'autre? Il ne s'agit plus ici de décrire et de comprendre l'ordre juridique belge actuel mais, à partir des éléments de description et de compréhension tels qu'ils ont été esquissés ci-avant, d'imaginer comment les juges belges, privilégiant « *l'impératif fonctionnel de la coordination* » par rapport à « *l'exigence logique de hiérarchisation* » (145) pourraient être amenés à résoudre des conflits opposant la norme constitutionnelle et la norme internationale tout en respectant dans la mesure du possible l'acquis légal et jurisprudentiel de leur système juridique.

Il convient également de préciser, à titre préliminaire, qu'il s'agit d'un débat relatif non à la validité des normes mais à leur applicabilité. Il n'est pas question pour une juridiction internationale d'annuler ou de censurer une norme nationale, ni, pour une juridiction nationale, d'annuler ou de censurer une norme internationale. Certes, la Cour d'arbitrage peut annuler

(142) J.-E. SCHOETTL, *Rapport général*, Cahiers du conseil constitutionnel français, n° 4.

(143) G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, J.-P. PUISOCHET, *Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes*, Cahiers du conseil constitutionnel français, n° 4.

(144) F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau?*, *op. cit.*, p. 68.

(145) *Idem*.

la loi d'assentiment à un traité, mais elle ne peut en aucun cas annuler le traité lui-même. On relèvera par ailleurs qu'à l'occasion des questions préjudicielles en interprétation qui lui sont posées, la Cour de justice des Communautés européennes a souvent eu l'occasion d'énoncer que la norme européenne considérée doit être interprétée en ce sens qu'elle prohibe l'application d'une loi nationale jugée par elle incompatible avec la norme communautaire. Il ne s'agit cependant que d'une censure indirecte de la norme nationale.

En s'inspirant de l'optique descriptive du paradigme du réseau, il est possible de procéder à une approche différenciée selon qu'il s'agit de la norme internationale concernée, ou de la norme constitutionnelle concernée.

La CEDH qui a, depuis une cinquantaine d'années, fondamentalement influencé voire modifié l'ordre juridique national belge, sera sans doute systématiquement considérée par le juge belge, ainsi que l'a décidé la Cour de cassation, comme primant la Constitution belge. Il va de soi cependant que cette primauté ne se justifie que pour autant que le champ d'application *ratione materiae* de la Convention ne s'étende pas au-delà de ce qui lui a été dévolu, à savoir la matière des droits de l'homme, ce qui n'exclut d'ailleurs pas une conception évolutive de ceux-ci. Il convient également de rappeler que l'article 53 de la CEDH dispose que ses dispositions ne peuvent être interprétées comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois des parties contractantes, ce que rappelle l'arrêt annoté du 9 novembre 2004 (146).

Le droit communautaire, de par le statut *sui generis* qui lui a été reconnu par la Cour de justice des Communautés européennes mais également par la plupart des cours constitutionnelles des Etats membres, se verra également reconnaître une primauté de principe par le juge belge, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. Une première limite, identique à celle qui est soulevée à l'égard de la CEDH, consisterait néanmoins à exiger que la norme de droit communautaire dérivé relève de la compétence dévolue aux Communautés européennes. La vérification de la régularité de l'acte de droit communautaire dérivé appartenant à la Cour de justice des Communautés européennes, la décision par laquelle le juge national refusera de l'appliquer sera donc subordonnée à une question préjudicielle soumise par le juge à la Cour de justice.

51. — Quant au droit national, spécialement à la norme constitutionnelle, une deuxième limite apportée par le juge belge à l'applicabilité obligée du droit communautaire, à tout le moins dérivé, par préférence à la Constitution belge, pourrait résider dans l'exigence du respect, par le droit communautaire dérivé, d'un « *noyau dur constitutionnel* », sorte d'ordre public international belge constitutionnel qui permettrait d'écarter la

(146) Sur la question, B. GORS, *op. cit.*, p. 509, note 6.

norme communautaire qui y porterait atteinte (147) et que l'on pourrait définir comme étant *l'ensemble des règles constitutionnelles dont la violation entraînerait une dénaturation radicale de l'ordre juridique dont elles constituent le fondement*. L'on aperçoit certes difficilement un acte communautaire qui violerait ce noyau dur de la Constitution tout en respectant le droit primaire communautaire ainsi que les principes généraux de droit communautaire reconnus par la Cour de justice. Ici encore, il incomberait dans ce cas au juge national de poser une question préjudicielle à celle-ci afin de vérifier si la norme dérivée litigieuse est ou non conforme aux règles supérieures du droit communautaire (148).

Dans l'hypothèse, qui relève du cas d'école, où la Cour de justice déciderait que la norme communautaire dérivée contestée est conforme aux règles du droit communautaire primaire, il reste à déterminer si le juge national devrait néanmoins faire droit, dans ce cas, au prescrit constitutionnel plutôt qu'à la norme communautaire dérivée.

A titre d'exemple, certes théorique et très peu probable mais éclairant, on pourrait ainsi imaginer un règlement communautaire remettant en cause la répartition de compétences entre les entités fédérale et fédérées, telle qu'elle existe en Belgique (149), règlement dont la Cour de justice des Communautés européennes aurait admis la validité en droit communautaire. Il est concevable, dans ce cas, qu'un juge belge refuserait de privilégier un règlement communautaire par rapport à une règle aussi fondamentale du droit constitutionnel belge. Est-il permis de penser que, dans ce cas, la Cour de cassation donnerait raison au juge, consacrant de la sorte un revirement de jurisprudence historique? Une telle solution serait, sans aucun doute, audacieuse en droit belge. En effet, elle reviendrait à conférer au juge un contrôle de constitutionnalité des traités qui lui est refusé pour les lois, de rang pourtant inférieur. Cette solution serait également mal acceptée au plan européen, l'Etat belge risquant d'engager sa responsabilité en droit communautaire. Il pourrait néanmoins faire valoir à bon escient le principe de sa souveraineté qui, si elle a été réduite par l'apparition de l'Union européenne, n'en a pas pour autant disparu et peut être invoquée lorsqu'il est porté atteinte à des normes internes à ce point essentielles à son existence qu'elles ne peuvent être violées par le droit communautaire

(147) Tout comme le Tribunal constitutionnel allemand dans ses arrêts *Solange I* (B. VeGe, 29 mai 1974, *Rev. trim. dr. eur.*, 1975, p. 316 et note M. FROMONT) et *Maestricht* (B. VeGe, 12 octobre 1993), la Cour constitutionnelle italienne s'est réservée la possibilité de vérifier le respect, par toute règle du Traité CE, des principes constitutionnels fondamentaux et des droits inaliénables de la personne humaine (voir T. TREVES, M. FRIGESI DI RATTALMA, *op. cit.*, p. 386; J.-V. LOUIS, *op. cit.*, p. 378 et suiv. et S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 522). Il convient de relever que le Tribunal constitutionnel allemand a, par la suite, adopté une position plus modérée que celle des arrêts *Solange I* et *Maestricht*. Sur les arrêts *Solange II* et sur un arrêt du 7 juin 2000 du Tribunal constitutionnel, voir J.-V. LOUIS, *op. cit.*, p. 365; S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 519.

(148) En ce sens, C. Arb., 13 juillet 2005, arrêt n° 126/2005, précité.

(149) Ou qui abolirait la royauté, ou méconnaîtrait le principe de séparation des pouvoirs (sur ce principe, confronté à un traité Benelux, voir ci-après).

dérivé (150). La même démarche pourrait être envisagée, à l'égard des normes constitutionnelles de fond et non de compétence, qui consacraient des droits fondamentaux non nécessairement ou identiquement consacrés par des normes supra-nationales (151).

Une hypothèse comparable a été constatée par M. le premier avocat général Leclercq dans la mercuriale prononcée lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} septembre 2006 (152).

Commentant le traité Benelux en matière d'intervention policière transfrontalière du 8 juin 2004, dont plusieurs dispositions sont directement applicables, M. Leclercq relève que l'article 44 de ce traité, relatif à son interprétation et à celle du droit qui en dérive, dispose :

« (1) Un différend relatif à l'interprétation ou à l'application du Traité sera traité par une commission consultative instituée à cette fin; cette commission est composée de représentants des parties contractantes et elle se réunit à la demande d'une partie contractante ou en cas de nécessité afin de tenter de régler un différend relatif à l'interprétation ou l'application du Traité ».

« (2) Un différend qui ne peut pas être résolu par la commission consultative précitée sera réglé par la voie diplomatique ».

M. Leclercq relève que « la solution me paraît moins heureuse dans le cas où des (justiciables) seraient en droit de revendiquer l'application, à leur profit, de dispositions du Traité ou du droit dérivé du Traité parce que ces dispositions ont un effet direct. Selon moi, la solution prévue par le Traité se heurterait, en droit belge, au principe général du droit de la séparation des pouvoirs, si d'aventure, invoquant un cas de nécessité (article 44.1) un juge belge posait une question préjudicielle à la commission consultative « trilatérale » composée (...) non pas de magistrats indépendants et appartenant à l'ordre judiciaire dans l'un ou l'autre des trois pays, mais de — je cite le Traité — « représentants des parties contractantes ».

Le principe de la séparation des pouvoirs, consacré par les articles 33, 36, 37 et 40 de la Constitution, constitue assurément un principe général relevant du droit constitutionnel bien qu'il ne soit pas absolu (153).

Invité à appliquer l'article 44 du Traité, et donc à se dessaisir de sa fonction juridictionnelle au profit d'un organe administratif, le juge national ne pourrait-il s'y refuser, en considérant que cette règle conventionnelle méconnaît une règle constitutionnelle dont le contenu est à ce point essentiel qu'elle ne peut souffrir d'autre exception que celles qui sont prévues par la Constitution ?

(150) Il convient de relever, à cet égard, que ce type de solution a été adoptée par plusieurs cours européennes. Sur la question, Voir J.-V. LOUIS, *op. cit.*, p. 371 et suiv. et S. VAN RAEPENBUSCH, *op. cit.*, p. 519.

(151) Telle est d'ailleurs la solution de principe retenue par les cours constitutionnelles allemande et italienne, voir ci-avant note de bas de page n° 147.

(152) « Le Droit Benelux sous un jour nouveau, droit inconnu ? », *J.T.*, p. 613.

(153) Sur le caractère relatif du principe de séparation des pouvoirs, voir les conclusions du procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH avant Cass., 3 mai 1974, *J.T.*, p. 567.

Ici encore, la primauté d'une règle à l'égard de l'autre serait déterminée, non par leur source, mais bien par leur contenu respectif, en l'espèce une règle essentielle de l'ordre juridique belge.

Toute la difficulté réside dans la définition des règles constitutionnelles qui constitueraient cet ordre public international belge constitutionnel. L'ambition de la présente étude n'est pas d'en faire un exposé exhaustif. Il va cependant de soi que, sauf à vider le principe de primauté du droit international de sa substance, cette notion devrait être interprétée de manière extrêmement restrictive et ne viser que des cas exceptionnels qui, à l'heure actuelle, paraissent relever davantage de la pure hypothèse.

La Cour de justice des Communautés européennes relève elle-même que « *l'hypothèse d'un conflit doit demeurer limitée à la condition d'une contradiction entre les normes communautaires et les principes constitutionnels fondamentaux* » (154).

En ce qui concerne les autres traités, dont la Cour de cassation a, selon les termes généraux des arrêts annotés du 16 novembre 2004, reconnu la primauté sur la Constitution dans la mesure où ils ont un effet direct en droit interne, la même double limite devrait vraisemblablement être posée par le juge national. La Cour d'arbitrage, en procédant au contrôle de constitutionnalité de la loi d'assentiment, vérifiera le respect, par le traité, de la répartition des compétences et des libertés fondamentales qui constituent le titre II de la Constitution (155) tandis que le juge national appliquera prioritairement la norme internationale, à condition que celle-ci respecte les principes absolument essentiels du droit constitutionnel belge. On sait que cette compétence de la Cour d'arbitrage s'exerce sans limite à l'égard des lois approuvant l'ensemble des traités, au contentieux de l'annulation, mais qu'elle est exclue pour les traités européens au contentieux préjudiciel (article 26, § 1^{er}bis, de la loi spéciale du 6 janvier 1969, modifié par la loi du 9 mars 2003, voir ci-avant n° 27).

52. — Les observations qui précèdent mettent en relief une perception renouvelée du rôle du juge ainsi que des relations entre les différentes juridictions, et spécialement de la suprématie des cours européennes.

C'est la Cour européenne des droits de l'homme qui, par l'autorité spécifique qui s'attache à ces arrêts, détermine le contenu de la CEDH et l'impose par surcroît aux juridictions nationales. Cette conception a été magistralement démontrée par M. le Procureur général Velu, dans ses conclusions précédant l'arrêt prononcé le 14 avril 1983 par la Cour de cassation, déjà cité. On retiendra plus particulièrement sa doctrine consacrant l'autorité de la chose interprétée qui s'attache aux arrêts de la Cour. On retiendra également l'analogie ainsi constatée par rapport à l'autorité qui s'attache aux

(154) G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, J.-P. PUISSOCHET, Rapport de la Cour de justice des Communautés européennes, *Cahiers du conseil constitutionnel français*, n° 4.

(155) Il convient toutefois de rappeler que la Cour de cassation a exclu l'opportunité de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage lorsque le Traité à l'aune duquel une loi belge doit être contrôlée ne contient pas moins d'exigences que les dispositions constitutionnelles qui relèvent de la compétence de la Cour d'arbitrage (arrêts annotés du 16 novembre 2004).

arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes (156).

Cette doctrine de la chose interprétée impose partiellement l'autorité des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes aux juges nationaux et les dispense de la saisir d'un recours préjudiciel auquel une réponse a déjà été donnée dans un arrêt antérieur (157). On sait que cette conception a été, dès l'origine, consacrée par M. le Procureur général Ganshof van der Meersch dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1969 (158) et dans ses conclusions précédant l'arrêt prononcé par la Cour de cassation le 24 décembre 1970 (159).

C'est au demeurant la même autorité qui s'attache, par l'effet de l'article 26, § 2, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, aux arrêts préjudiciels prononcés par celle-ci (160).

Il est en outre constant que, même considérée comme non contraignante, ce qu'implique l'article 6 du Code judiciaire, l'autorité qui s'attache aux arrêts de principe prononcés par la Cour de cassation s'impose également (161). L'arrêt *Le Ski* en est une des meilleures illustrations, comme le seront certainement les arrêts annotés.

Cette constatation ne se réduit pas à la thèse selon laquelle l'autorité attachée par le droit anglo-saxon aux décisions de justice se serait infiltrée dans les droits romano-germaniques. Il s'agit plus fondamentalement de constater que l'ensemble des auteurs du droit — législateurs et juridictionnels, oserait-on dire producteurs ? — consacrent l'exigence d'une cohabitation, voire d'une intégration harmonieuse des normes qu'ils façonnent, constatent ou appliquent.

Il s'agit enfin de constater que l'autorité spécifique attachée aux décisions de principe adoptées par les Cours européennes et s'imposant au juge national constitue un corollaire du principe de la primauté des normes européennes sur le droit national, mais aussi un aménagement de ce principe.

V.5. — *Essai de synthèse*

53. — La thèse moniste de M. Ganshof van der Meersch et de M. Velu, de même que la thèse dualiste de M. François, si elles présentent toutes

(156) Sur la question, conclusions de M. le Procureur général VELU, alors avocat général, précédant l'arrêt du 14 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 607, spéc. p. 617, col. 1, note 131.

(157) Arrêt de la Cour de justice du 27 mars 1962, *Da Costa en Schaake NV e.a. / Administratie der Belastingen*, Aff. 28/62, *Rec.*, 1963, p. 61.

(158) *J.T.*, 1969, p. 587.

(159) *Pas.*, 1971, I, 392; comp. Cass., 9 décembre 1981, *Pas.*, I, p. 482 et concl. du Procureur général KRINGS, alors avocat général, *J.T.*, 1983, p. 181 et note L. GOFFIN et M. MAHIEU.

(160) C. arb., 19 février 1997, arrêt n° 8/97, *Arr. C.A.*, 1997, p. 105; *M.B.*, 3 avril 1997, 7846; *J.T.*, p. 293 et note M. MAHIEU.

(161) Voir sur cette question, C. Arb., 7 décembre 2005, arrêt n° 177/2005; *Arr. C.A.*, 2005, liv. 5, p. 2235; *M.B.*, 28 décembre 2005 (extrait), 56710; *J.D.F.*, 2005, liv. 11-12, p. 339, note J. KIRKPATRICK; *J.L.M.B.*, 2006, liv. 4, p. 140; *R.W.*, 2005-06, liv. 32, col.1251, note P. POPELIER. Comp. F. OST, *L'heure du jugement*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 107 à 112; voir aussi Cass. fr., 9 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 787 et note d'observations de F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Georges Orwell à la Cour de cassation ».

deux des mérites indéniables, n'en sont pas moins confrontées à des limites apparemment infranchissables.

L'approche du droit en réseau permet, au stade descriptif, de franchir ces limites.

Il convient ainsi de se débarrasser d'une vision strictement hiérarchique des sources du droit et de considérer les hiérarchies enchevêtrées qui se tissent en son sein. Il est permis de s'inspirer de cette conception du droit afin, cette fois de manière prospective, de proposer quelques éléments permettant d'articuler les rapports entre traité et Constitution.

Certes, le principe selon lequel le droit international prime le droit national demeure pertinent comme point de départ. Il n'en est pas pour autant un principe absolu. En effet, derrière la traditionnelle hiérarchie des sources, qui apparaissent aujourd'hui autant voire davantage articulées selon le mode du réseau que selon celui de la pyramide, se profile un autre type de hiérarchie, susceptible de faire échec à la première : celle des normes considérées non plus selon leur source mais selon leur contenu (162).

C'est ainsi que les droits de l'homme semblent être au sommet de la pyramide juridique belge, dès lors que la Cour de cassation reconnaît la primauté de la CEDH sur la Constitution et que la CEDH prévoit que l'interprétation de ses dispositions ne peut limiter ou restreindre la protection nationale des droits de l'homme. Par conséquent, dans ce cas, le conflit de normes sera résolu en faveur de celle qui présente le degré de protection le plus élevé et non au regard de leurs sources respectives (163).

En ce qui concerne les autres traités, ils priment le droit interne sous la réserve d'une hypothétique incompatibilité de ces normes avec des règles constitutionnelles absolument essentielles de l'ordre juridique belge.

La démarche ainsi accomplie ne se réduit pas à une création purement prétorienne effectuée par la jurisprudence. Les juges nationaux ne créent pas *ex nihilo* le principe de la primauté du traité sur la Constitution. Ils adhèrent à ce principe, tel qu'il résulte de l'évolution de l'ensemble de la réalité juridique, elle-même consacrée notamment par les juges internationaux et par l'autorité spécifique qui s'attache à leurs décisions. Ils ne renoncent pas pour autant, de façon absolue et irréversible, à protéger les fondements essentiels de l'ordre juridique dont ils émanent et qui leur confèrent leur légitimité.

A ce stade, la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion d'affirmer qu'elle s'oriente vers cette démarche ou qu'elle persiste à privilégier la conception moniste qui semble l'avoir toujours inspirée depuis l'arrêt *Le Ski* jusqu'aux arrêts annotés.

(162) On ne peut nier le détour inévitablement casuistique que cette hiérarchisation des normes en fonction de leur contenu va nécessiter et les problèmes de sécurité juridique qu'elle va entraîner.

(163) Cette solution est, du reste, prévue explicitement par l'article 53 de la CEDH. L'on n'examine pas ici le débat relatif aux conflits éventuels entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes relatifs à la portée et à l'interprétation des droits de l'homme dont les deux cours assurent le respect. Il est évident cependant que ce type de question vient encore alimenter le débat complexe des conflits de normes.

VI. — CONCLUSION

54. — L'on peut certes regretter le caractère succinct de la motivation par laquelle l'arrêt *Le Ski* a reconnu la primauté du droit international sur le droit national, à tout le moins sur les lois nationales. On peut regretter pareillement le caractère aussi succinct de la motivation des arrêts annotés, consacrant la primauté du droit international conventionnel sur la Constitution nationale. Si on ne peut envisager la remise en cause pure et simple du principe ainsi affirmé, il convient cependant de mettre en évidence les difficultés qu'il est susceptible d'entraîner. Il convient, en outre, le cas échéant, de l'aménager afin de préserver les fondements essentiels de l'ordre juridique belge.

Il a été rappelé que la primauté du droit international et communautaire sur les lois nationales est consacrée par les constitutions de nombreux États membres et reconnue par les courants doctrinaux et jurisprudentiels majoritaires. Il en va cependant différemment en ce qui concerne la primauté des traités sur les Constitutions nationales : les cours suprêmes, et certainement les cours constitutionnelles, hésitent voire refusent à consacrer celle-ci de façon catégorique.

En droit belge, l'arrêt *Le Ski* a modifié, en profondeur et sans doute définitivement, le paysage juridique belge. Une théorie du droit qui veut décrire et comprendre celui-ci ne peut, sans plus, maintenir une conception dualiste ou pluraliste du droit, dépassée, et ignorer cette transformation, ce qui n'interdit pas aux partisans de cette conception de le regretter. La théorie moniste du droit présente également des limites qu'il paraît difficile, voire impossible, de franchir en se fondant sur une conception strictement hiérarchique des sources du droit. Par conséquent, une théorie du droit qui veut décrire et comprendre le système juridique global doit dépasser les conceptions traditionnelles.

Accepter que le droit est également issu d'un mode de production en réseau permet d'ouvrir le champ de l'horizon juridique, au risque certes de le compliquer. Cette ouverture permettra d'envisager, de suggérer ou d'adopter des solutions qui s'écartent peut-être d'une certaine orthodoxie dogmatique mais qui se rapprochent davantage de ce qui constitue le système juridique effectif auquel elles appartiennent.

La référence au contenu des normes en litige, et non uniquement à leur source, permet ainsi de nuancer, et le cas échéant d'écarter, la conception strictement hiérarchique des sources du droit.

On relèvera, en marge de ces solutions, le système français du contrôle préventif de la compatibilité avec les règles constitutionnelles des traités appelés à recevoir l'approbation du législateur. Ce mécanisme rencontrerait, à tout le moins en droit belge, les objections formelles opposées à la primauté des traités sur la norme constitutionnelle nationale (164). Il per-

(164) Voir également H. DUMONT, X. DELGRANGE et S. VAN DROOGHENBROECK, « La procédure de révision de la Constitution : suggestions », in *La procédure de révision de la Constitution*, sous la dir. de F. DELPÉRÉE, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 137-163.

mettrait en outre de mettre en évidence le caractère intangible de certaines règles constitutionnelles considérées comme fondamentales.

L'ambition de la présente note n'est pas de révéler les motifs qui auront inspiré à la Cour de cassation les arrêts annotés. Elle seule les connaît. Il n'est pas interdit, en revanche, de rechercher les bases sur lesquelles les arrêts annotés peuvent fonder leur légitimité, d'en relever éventuellement les limites et d'essayer d'en évaluer les conséquences (165).

JÉRÉMIE VAN MEERBEECK,

ASSISTANT AUX FACULTÉS
UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS,
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

MICHEL MAHIEU,

PROFESSEUR AUX FACULTÉS
UNIVERSITAIRES SAINT-LOUIS,
AVOCAT À LA COUR DE CASSATION

(165) Les auteurs attirent l'attention du lecteur sur la proposition de loi spéciale déposée le 25 janvier 2007 au Sénat par M. Hugo Vandenberghe et visant à introduire un paragraphe 4 à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003, qui serait libellé comme suit (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 2006-2007, n° 3-2042/1) « *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 par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition conventionnelle, la juridiction est tenue, sauf dans les cas visés aux §§ 2 et 3 du présent article, de poser d'abord à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle sur la compatibilité 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* ». Cette proposition de loi reprend *in extenso* une suggestion issue d'un rapport rédigé par un groupe de travail composé de membres du barreau, de la magistrature, du monde académique, du Conseil d'Etat, de la Cour de cassation et de la Cour d'arbitrage et présenté lors d'un symposium qui s'est tenu le 21 octobre 2005 (publié dans A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN, e.a. (eds), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage*, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat, Bruges, La Chartre, 2006, pp. 99-149). Cette proposition répond certes à un souci légitime de sécurité juridique. Les développements relatifs à cette proposition, qui reprennent en substance la suggestion du rapport précité (*Ibidem*, p. 148), précisent en effet qu'en vertu de l'article 28 de la loi sur la Cour d'arbitrage, « *lorsque la Cour d'arbitrage a contrôlé une norme législative au regard de la Constitution, lue en combinaison avec une disposition conventionnelle, la juridiction qui a posé la question est liée par la réponse de la Cour concernant la compatibilité de la disposition législative avec la Constitution lue en combinaison avec la convention* ». Si la Cour d'arbitrage constate que l'ensemble formé par la norme constitutionnelle et la norme conventionnelle est cohérent, elle se prononcera légitimement sur la compatibilité de la norme querellée avec cet ensemble, ce qui aura pour effet de lier la juridiction qui a posé la question préjudicielle quant à ce. En revanche, si la Cour d'arbitrage devait constater — comme elle aurait été invitée à le faire dans les causes faisant l'objet des trois derniers arrêts annotés — que la norme constitutionnelle n'est pas compatible avec la norme conventionnelle, elle devrait dans ce cas limiter son analyse à la compatibilité de la norme querellée avec la seule norme constitutionnelle, et s'abstenir de se prononcer sur sa compatibilité avec la norme conventionnelle. Le problème serait crucial si la Cour d'arbitrage devait déclarer non conforme à la Constitution une norme nationale qui serait exigée par une norme conventionnelle. Le conflit entre la Constitution et la norme conventionnelle, certes non tranché par la Cour d'arbitrage, resurgirait alors inéluctablement et devrait être tranché par la juridiction, auteur de la question préjudicielle. Dans sa mercuriale du 1^{er} septembre 1992, déjà citée, le procureur général Velu énonçait avec sévérité : « *Quelle que soit la réponse de la Cour d'arbitrage, il appartiendra, à mon sens, à la juridiction de contrôler s'il y a conflit entre la norme constitutionnelle et la norme du traité et, dans l'affirmative, de décider que les effets de la norme constitutionnelle sont arrêtés dans la mesure où elle est incompatible avec la norme du traité* » (*J.T.*, 1993, p. 761, col. 1). Gageons que la controverse, à tout le moins doctrinale, n'est pas close.

R.C.J.B. - 1^{er} trim. 2007