

LE CONCOURS D'IRRÉGULARITÉS D'UN ACTE LÉGISLATIF¹

Michel LEROY

I. Introduction

Régler l'organisation des pouvoirs publics et garantir les droits fondamentaux des citoyens sont les deux objectifs principaux des constitutions. Selon les circonstances de leur élaboration, un des aspects peut prendre le pas sur l'autre. La première en date des constitutions, celle des Etats-Unis d'Amérique, tendait surtout à établir le gouvernement des colonies britanniques qui avaient déclaré leur indépendance, et ne traitait, dans sa première mouture, que des institutions. Les droits fondamentaux ont fait l'objet d'amendements adoptés ultérieurement. En Europe, au contraire, la plupart des constitutions ont été rédigées aux XIX^e et XX^e siècles à l'occasion de révoltes ou de troubles mettant fin à un pouvoir jugé tyrannique, et, soucieux de prévenir le retour des abus, leurs auteurs ont mis l'accent sur les droits fondamentaux des citoyens. D'où la présence, dans la plupart des constitutions européennes, d'un catalogue des droits fondamentaux.

Si un tel catalogue a pu constituer un ensemble de règles contraignantes à l'égard du pouvoir exécutif et des autorités décentralisées, la question a longtemps été plus incertaine quand c'était le pouvoir législatif qui était suspecté de s'être rendu coupable d'une violation de ces règles. Un ensemble passablement disparate de considérations, liées au principe de la souveraineté nationale, à la «légitimité» que les membres des assemblées législatives tirent de leur élection, au statut des membres de juridictions, a longtemps abouti, dans nombre de pays², à refuser que la constitutionnalité des lois soit contrôlée par les juridictions. La justification juridique de cette attitude était controversée, sa rationalité critiquée en doctrine, mais la solution bien établie en jurisprudence.

L'expérience ayant montré, souvent de façon tragique, que les pouvoirs législatifs pouvaient, eux aussi, violer la Constitution, les auteurs de constitutions ont senti le besoin d'en faire assurer le respect, même par les auteurs de lois. Sur l'exemple donné par l'Autriche en 1920, la plupart de pays qui avaient connu des régimes dictatoriaux ont instauré des juridictions constitutionnelles au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. D'autres pays, dont la Belgique, ont suivi la même voie sous la pression de facteurs politiques purement internes³. La compétence des cours constitutionnelles s'étend parfois à l'ensemble de la Constitution, mais elle est parfois limitée à la protection des droits fondamentaux⁴. Dans tous les cas, elle porte donc au moins sur ceux-ci.

Établis par des constitutions, ces mécanismes sont aussi propres à chaque Etat, et limités à leur territoire.

Au lendemain de la seconde guerre mondiale, et à la suite des horreurs commises par le régime nazi, le besoin est apparu de protéger les droits fondamentaux vis-à-vis des violations commises par les Etats eux-mêmes. L'organisation des Nations Unies a adopté le 10 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme, mais ce n'est pas un texte directement applicable. Le Conseil de l'Europe a élaboré la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales qui

¹Les paragraphes 1 à 4 de cet article sont une version remaniée d'un article publié dans la revue *Administration publique* 2009/4, pp. 259 à 268.

²A la notable exception de la Grèce.

³Voir notre contribution intitulée «le contrôle de la constitutionnalité des lois en Belgique», dans *Il diritto fra interpretazione e storia, Liber amicorum in onore di Angel Antonio Cervati*, Tomo III, Aracne editrice S.r.l., Rome, pp. 67 à 86.

⁴Voir notre étude sur «le contrôle de constitutionnalité des lois dans l'Union européenne et en Belgique», actes de la 11e table ronde organisée à Iasi le 15 mai 2009 (Roumanie) par l'Université Mihail Kogalniceanu (Centre francophone de droit constitutionnel) sur le rôle et la place des cours constitutionnelles dans le système des autorités publiques.

a été ouverte à la signature des Etats membres du Conseil de l'Europe, à Rome, le 4 novembre 1950, et qui est entrée en vigueur dans les différents Etats signataires à partir de 1953, au fur et à mesure des ratifications, laquelle date de 1955 pour la Belgique. Pendant ce temps-là, la construction de l'Union européenne s'esquissait avec signature le 18 avril 1951 du traité créant la CECA, entré en vigueur en 1952, suivi, le 25 mars 1957 du traité instituant la Communauté économique européenne. Quoique son objet premier soit autre, ce traité contient l'affirmation de certaines libertés, formulées il est vrai dans une perspective plutôt économique. Ultérieurement les Nations Unies ont élaboré le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁵, tous deux entrés en vigueur en 1976.

Entrés en vigueur, mais avec quel effet ? L'augmentation considérable du nombre de règles de droit figurant dans ces instruments internationaux, et la création, par les institutions européennes, d'un corpus de droit dérivé, c'est-à-dire élaboré non par les Etats mais par les institutions que les traités ont créées, devait inévitablement poser la question de la place de ce droit par rapport aux droits des Etats.

La conception traditionnelle du droit international était en effet dualiste; elle considérait le droit international comme un droit conçu par des Etats souverains pour régir leurs relations entre eux et pour n'avoir d'effet que sur ces relations. Les citoyens y étaient étrangers, et ils ne pouvaient en tirer des droits et obligations qu'après que l'Etat avait adopté, dans son droit interne, les mesures adéquates pour assurer dans son ordre juridique, l'exécution des obligations contractées vis-à-vis d'autres Etats. Ce principe fléchissait quelquefois, en ce sens que la jurisprudence inclinait à donner aux dispositions des traités approuvés par des lois la même valeur qu'une loi.

La construction européenne ne pouvait s'accommoder de cette conception, qui mettait le droit issu des traités et celui qui était formulé par les institutions à la merci d'une initiative des législateurs nationaux. Aussi le principe de la primauté du droit européen s'est-il imposé, en partie par des réformes constitutionnelles, mais surtout par la jurisprudence. Celle de la Cour de justice des Communautés européennes s'est toujours montrée particulièrement ferme pour affirmer la prééminence du droit communautaire sur le droit interne des Etats⁶, fût-il constitutionnel⁷. Celle des juridictions nationales a suivi, même si c'est parfois avec réticence. En Belgique, c'est un arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971⁸ qui a introduit ce principe, en France, c'est un arrêt de la Cour de cassation du 24 mai 1975⁹, en Italie, c'est une sentence de la Cour constitutionnelle n° 183 du 18 décembre 1973¹⁰.

⁵Adoptés et ouverts à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

⁶C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c/ E.N.E.L.*, aff. 6-64: «issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, 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; ... le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté».

⁷C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, aff. 11-70: «l'invocation d'atteintes portées, soit aux droits fondamentaux tels qu'ils sont formulés par la constitution d'un État membre, soit aux principes d'une structure constitutionnelle nationale, ne saurait affecter la validité d'un acte de la Communauté ou son effet sur le territoire de cet État».

C.J.C.E., 2 juillet 1996, *Commission c/ Luxembourg*, aff. C-473/93: «Le Grand-Duché de Luxembourg invoque l'article 11, deuxième alinéa, de sa constitution, aux termes duquel seuls les Luxembourgeois sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers. Cette disposition, en tant que norme suprême de droit interne, ferait obstacle à la constatation du manquement allégué par la Commission.

A cet égard, il suffit de rappeler que, selon une jurisprudence constante, le recours à des dispositions d'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.»

⁸Cass. 27 mai 1971, *Fromagerie franco-suisse «Le Ski»*, Pas., I, 886.

⁹Consulté sur internet à l'adresse: http://courdecassation.droit-in-situ.net/_libraries/

Le résultat est une double protection des droits fondamentaux. Cette dualité a suscité en Belgique un débat sur la manière dont les protections nationale et internationale s'articulent entre elles. Compte tenu de la très grande similitude entre certaines des règles dont la Cour constitutionnelle assure le respect par les différents pouvoirs législatifs et le contenu de divers actes internationaux, il peut arriver qu'une disposition législative soit contraire – ou du moins, soit suspectée de l'être – à la fois à une disposition constitutionnelle qui relève de la juridiction de la Cour et à une règle contenue dans un traité.

Aucun problème majeur ne survient dans les pays où le contrôle de constitutionnalité confié à la Cour constitutionnelle est organisé sous la forme d'un recours ouvert contre les décisions suspectées de violer la Constitution. Le juge devant lequel la double violation du traité et de la Constitution est alléguée statuera comme il estime devoir le faire, et son jugement pourra être déféré à la Cour.

Mais bon nombre de pays¹¹ ont organisé une procédure de question préjudicielle, par laquelle l'appréciation de la constitutionnalité de la règle contestée est soumise, par le juge devant qui la contestation est soulevée, à la Cour constitutionnelle. La procédure devant ce juge est alors interrompue jusqu'à ce que la Cour ait répondu à la question, et elle reprend en tenant compte de l'enseignement de la décision de la Cour. L'examen de la constitutionnalité par la Cour fait lui-même l'objet d'une procédure spécifique.

Que faire si une loi est suspectée d'être en contradiction à la fois avec la Constitution et avec un traité ou une autre règle supranationale¹²: interroger la Cour constitutionnelle sur la constitutionnalité de la loi, ou vérifier la compatibilité de la loi avec les actes internationaux ? Et s'il faut faire les deux, dans quel ordre ? Le tout étant entendu qu'une seule réponse concluant à l'irrégularité de la loi suffit à en écarter l'application; par contre, une réponse négative à l'une des questions ne dispense pas d'examiner l'autre.

II. Interrogations et jurisprudence

La question a été longuement débattue au cours de l'élaboration de la loi spéciale du 9 mars 2003, qui a étendu les compétences de la Cour d'arbitrage¹³ — ainsi que s'est appelée la Cour constitutionnelle jusqu'en 2007. La commission du Sénat a procédé à une dizaine d'auditions¹⁴, sans qu'une position nette se dégage¹⁵.

rsrcl/_viewer/getDocset.php?id=cass_73_13556

¹⁰Consulté sur internet à l'adresse: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/>

pronunce/scheda_indice.asp?sez=indice&Comando=LET&NoDec=183&AnnoDec=1973&TrmD=&TrmM=

¹¹Allemagne, Autriche (pour les lois abrogées), Belgique, Espagne, Italie, Luxembourg, Pologne, Roumanie, Slovaquie, Tchéquie. En France, le même principe vient d'être introduit, mais les questions préjudicielles ne peuvent être posées que par la Cour de cassation et le Conseil d'État.

¹²Sur ce problème, voir *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, actes du symposium du 21 octobre 2005, particulièrement le chapitre II, pp. 125 à 149, La Charte 2006; Henri Simonart et Marc Verdussen, «La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux», *R.B.D.C.* 2000, p. 187; Sébastien Van Drooghenbroeck, «Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme: Réflexions au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle», n° 62, *A.P.T.* 2001, pp. 145-146.

¹³La section de législation du Conseil d'État a observé «que l'extension des compétences de la Cour d'arbitrage s'assortirait d'une limitation proportionnelle de la compétence des autres juridictions», mais c'était à propos du projet qui intégrait la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à la Constitution. La situation de double emploi qui existe actuellement entre la protection constitutionnelle et la protection internationale de certains droits n'a pas été évoquée dans l'avis (*Doc. parl. Sénat* 2-897/1 2000/2001, p. 21).

¹⁴Mais celles-ci portaient à la fois sur cette question et sur l'incorporation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales à la Constitution. Cette incorporation a été rejetée; la coexistence de ces deux problématiques, qui entretiennent des relations entre elles, n'a pas contribué à la lisibilité du débat.

¹⁵Voir *Doc. parl. Sénat* 2-897/6 – 2002/2003, notamment la réaction du ministre à propos du contrôle des traités internationaux (pp. 187 à 189) et la discussion plutôt confuse qui a suivi (pp. 189 à 211). L'idée qui semble avoir été retenue, en tout cas par le ministre (lequel, tout arrive, est aussi un bon juriste) est qu'en présence d'une violation

Des recours ont soumis le problème au Conseil d'Etat – incidemment, il est vrai – et ont été déferés à l'assemblée générale de la section d'administration. Celle-ci a d'abord examiné si la règle constitutionnelle et la règle internationale avaient une portée identique. Si des différences apparaissaient, elle a statué elle-même sur la compatibilité de la loi avec la disposition de droit international ou supranational directement applicable¹⁶. Aucune difficulté ne se présente en ce cas. Par contre, si la Constitution et le traité avaient, à son estime, la même portée, elle a posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle¹⁷.

La Cour de cassation aussi a été confrontée à une allégation de double irrégularité, et sa jurisprudence a fluctué. En 1990, elle a d'abord examiné la question de constitutionnalité, et posé une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage¹⁸. Mais cette conception a fléchi et des réticences à poser des questions préjudicielles sont apparues en 1993, d'abord dans le contexte spécifique de la procédure pénale, riche en délais de rigueur quand des inculpés sont privés de liberté¹⁹. Onze ans plus tard, le

concomitante de la Constitution et d'un traité international, les juridictions seraient libres de saisir la Cour d'arbitrage ou de statuer elles-mêmes. Mais cette position n'a été exprimée qu'à propos de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et à un moment où il était encore question de l'intégrer à la Constitution.

¹⁶Arrêt n° 104.648, 13 mars 2002 (assemblée générale), *a.s.b.l. «Syndicat de la police»*. L'arrêt ne contient, il est vrai, aucune mention expresse de la différence entre la règle supranationale invoquée et une de celles dont la Cour d'arbitrage assure le respect, mais cette condition résulte implicitement de la comparaison avec l'arrêt n° 104.653 prononcé le même jour (voir note suivante) qui relève «que les parties requérantes ne démontrent pas en quoi l'article 26 du PIDCP (Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques) leur confère un droit à l'égalité de traitement plus étendu que celui prévu par les articles 10 et 11 de la Constitution». L'arrêt n° 104.648 porte, sur un moyen critiquant une validation législative, qui était pris en ordre principal de la violation de l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, une appréciation du fondement de ce grief. L'arrêt attaqué concernait le statut des membres de la police: l'arrêt – qui est antérieur à l'arrêt *Vilho Eskelinen* du 19 avril 2007 de la Cour européenne des droits de l'homme – porte:

«Considérant que l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne s'applique pas aux litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques; qu'un exemple manifeste de telles activités est constitué par les forces armées et la police; qu'il s'ensuit que le recours qui tend à la suspension ou à l'annulation de l'arrêté royal du 30 mars 2001 notamment dans la mesure où cet arrêté a été confirmé par la loi, échappe au champ d'application de l'article 6.1 de la Convention; qu'en tant qu'elle se fonde sur la violation de cette disposition la thèse des requérants ne peut être retenue».

¹⁷Arrêt n° 104.653, 13 mars 2002 (assemblée générale), *Dhont et crts.*:

«Considérant que les parties requérantes ne démontrent pas en quoi l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques leur confère un droit à l'égalité de traitement plus étendu que celui prévu par les articles 10 et 11 de la Constitution;

Considérant que la règle de l'égalité est une chose, que la détermination de la juridiction compétente en Belgique pour veiller au respect de cette règle par le législateur en est une autre; que selon l'article 142 de la Constitution et les articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, cette juridiction est la Cour d'arbitrage; que ces articles ne mentionnent certes que les dispositions de la Constitution qui consacrent la règle de l'égalité; que la circonstance que cette règle est également consacrée par des dispositions du droit international ne peut avoir pour effet de porter atteinte au monopole légal qui est accordé à la Cour d'arbitrage sur le plan du droit interne: que par conséquent, le Conseil d'État ne saurait trouver dans la seule circonstance que le principe de l'égalité est également consacré par une règle de droit international à effet direct un motif pour examiner de sa propre autorité l'illégalité alléguée et, le cas échéant pour écarter l'application d'une norme législative».

¹⁸Cass. 2 mars 1990, n° de rôle 6583, *Justel F-19900302-10*: «Attendu qu'il ressort des questions que pose l'allégation simultanée de la violation des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la violation des dispositions des articles 6 et 6bis (devenus 10 et 11) de la Constitution, qu'il y a lieu d'examiner d'abord les dispositions constitutionnelles».

¹⁹Cass. 21 septembre 1993, n° de rôle P931298N, *Justel F-19930921-9*:

retournement est complet: la Cour affirme non seulement la primauté du traité sur la Constitution, mais aussi que le contrôle de compatibilité avec le traité doit précéder le contrôle de constitutionnalité²⁰, et que celui-ci n'est même plus nécessaire quand la garantie offerte par la Constitution n'est pas plus rigoureuse que celle du traité, ce qui emporte comme conséquence que les questions préjudicielles qu'une partie demandait de poser à la Cour «d'arbitrage» ne devaient pas l'être²¹.

Quant à la Cour constitutionnelle, si elle n'est, par la force des choses, pas en mesure de déterminer les circonstances dans lesquelles une question préjudicielle doit lui être posée, elle est maître de l'étendue du contrôle auquel, une fois saisie, elle procède. Et la solution n'est pas anodine pour la question qui nous occupe: l'obligation de poser une question présente évidemment un lien avec la réponse qui peut être attendue. Dès qu'elle a reçu compétence pour veiller au respect des dispositions constitutionnelles garantissant l'égalité devant la loi, elle y a associé les droits et libertés résultant de conventions internationales, au premier rang desquelles figure la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²².

«Attendu que se pose ainsi une question quant à la violation de l'article 6*bis* (devenu 11) de la Constitution par les articles 21, alinéa 6, et 22 de la loi du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, lu dans le contexte des articles 52 à 54 du Code judiciaire, à propos de laquelle la Cour est tenue de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage, en vertu de l'article 26, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage; Attendu qu'aux termes de l'article 5, alinéa 3, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1^{er}, c, du présent article, a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure;

Que cette disposition de la Convention a un effet direct dans l'ordre juridique interne et qu'elle prévaut sur la règle de l'article 26, alinéa 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage;

Attendu que le droit du demandeur à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable garanti par la disposition de la convention précitée, risque d'être violée en l'espèce, en particulier le délai raisonnable risque d'être dépassé si ladite question préjudicielle est posée à la Cour d'arbitrage;

Que plus spécialement, dans le contexte de la règle de la convention relative au délai raisonnable, cette règle devant prévaloir, la spécificité et les buts de la procédure relative à la détention préventive, notamment les délais très courts qu'elle impose de manière impérative pour statuer sur le maintien de la détention préventive en cours, empêchent que la question préjudicielle soit posée à la Cour d'arbitrage».

²⁰Cass. 9 novembre 2004, n° de rôle P040849; *Justel F-20041109-13*:

«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 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 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales».

²¹Cass. 16 novembre 2004 (deux arrêts, n° de rôle P040644N, *Justel F-20041116-16*, et n° de rôle P041127N, *Justel F-20041117-17*):

«Une convention ayant un effet direct prime la Constitution; ... 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».

²²L'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 39/91, 19 décembre 1991, contient les passages suivants:

«Les articles 6 et 6*bis* de la Constitution (devenus 10 et 11) ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine: les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct» (6.B.6)

« L'interruption de grossesse visée à l'article 350, alinéa 2, du Code pénal n'est manifestement pas constitutive des actes prohibés par les dispositions conventionnelles précitées», c'est-à-dire les articles 3, 6, 8 et 12 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales» (6.B.23).

La position de la Cour est exprimée de manière nette dans l'arrêt n° 136/2004, 22 juillet 2004 (point B.5.3):

«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 constituent un ensemble

III. La loi du 12 juillet 2009²³

1. Teneur

Dans le prolongement d'un symposium organisé en commun par la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat en 2005²⁴, le législateur a adopté le 12 juillet 2009 une loi qui entend régler la question.

Depuis 1989, les conditions dans lesquelles des questions préjudicielles sont posées à la Cour constitutionnelle²⁵ sont fixées de manière différente pour les juridictions dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours, et pour les autres. Pratiquement, il s'agit, d'une part de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, et de toutes les autres juridictions, d'autre part. Toutes les juridictions sont dispensées de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle si l'action introduite devant elles est irrecevable pour des raisons étrangères à toute question de constitutionnalité d'une loi, ou si la Cour a déjà statué sur un recours ou une question ayant le même objet. Les juridictions dont les décisions sont susceptibles de faire l'objet d'un recours sont en outre dispensées de poser une question préjudicielle si la loi arguée d'irrégularité ne viole manifestement pas la Constitution, ou si la juridiction estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision. Un régime spécial est également prévu pour les procédures urgentes, provisoires ou relatives au maintien d'une détention préventive²⁶.

La loi de 2009 ajoute la disposition suivante à l'article qui organise les questions préjudicielles:

«Lorsqu'il est invoqué 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 Constitution²⁷ ainsi que par une disposition de droit

indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.»

²³Pour plus de détails, voir Marie-Françoise Rigaux, «Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux: vers un renforcement du monopole du contrôle de constitutionnalité de la Cour constitutionnelle», *J.T.* 2009, pp. 649 à 651, qui approuve la solution retenue; P. Popelier, «Prejudiciële vragen bij samenloop van grondrechten voor bescherming van grondrechten of voor bescherming van de wet ?», *R.W.* 2009-2010, pp. 50 à 62; Christine Horevoets, «L'article 26 de la loi spéciale du le Cour d'arbitrage est-il voué à une perpétuelle mutation ?», *En hommage à Francis Delpérée - Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles et L.G.D.J., Paris, 2007, pp. 631 à 645.

²⁴*Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, Die Keure, Bruges – La Charte, Bruxelles, 2006.

²⁵Voir l'article 26, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (sa terminologie n'a pas encore été adaptée à la dénomination de «Cour constitutionnelle» établie par la modification apportée à la Constitution le 7 mai 2007), rédigé comme suit dans le texte qu'en a établi la loi du 9 mars 2003:

«§ 2. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction, celle-ci doit demander à la Cour d'arbitrage de statuer sur cette question.

Toutefois, la juridiction n'y est pas tenue:

1° lorsque l'affaire ne peut être examinée par ladite juridiction pour des motifs d'incompétence ou de non-recevabilité, sauf si ces motifs sont tirés de normes faisant elles-mêmes l'objet de la demande de question préjudicielle;

2° lorsque la Cour d'arbitrage a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique.

La juridiction, dont la décision est susceptible, selon le cas, d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'Etat, n'y est pas tenue non plus si la loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 de la Constitution ne viole manifestement pas une règle ou un article de la Constitution visés au § 1^{er} ou lorsque la juridiction estime que la réponse à la question préjudicielle n'est pas indispensable pour rendre sa décision.».

²⁶Article 26, § 3, de la même loi.

²⁷Ce titre est celui qui protège les droits fondamentaux.

européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution.»

Outre les cas où les juridictions ne doivent pas poser la question selon le droit commun, la loi nouvelle les dispense aussi de poser la question dans trois circonstances, à savoir lorsqu'elles estiment que:

- le titre II de la Constitution n'est manifestement pas violé;
- un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée;
- un arrêt de la Cour constitutionnelle fait apparaître que la disposition du titre II de la Constitution est manifestement violée.

Dans la première de ces hypothèses, la théorie dite «de l'acte clair»²⁸ est consacrée, mais «à sens unique»: seulement lorsqu'il s'agit de constater qu'il n'y a pas d'inconstitutionnalité. La règle existait déjà²⁹ pour les juridictions dont les décisions sont susceptibles de recours; elle est ici étendue aux juridictions qui statuent en dernier ressort, soit principalement à la Cour de cassation et au Conseil d'Etat.

Dans les deux autres hypothèses, la loi permet aux juges de ne pas s'embarrasser d'une question préjudicielle lorsque la jurisprudence est fixée par les juridictions spécifiquement instituées en vue de faire respecter la Constitution ou les traités. On a parlé à ce sujet d'une «théorie de l'acte éclairé»³⁰. Telle qu'elle est formulée, la loi exige, pour qu'un juge puisse s'abstenir de poser la question, à la fois que la violation soit «manifeste» et qu'elle soit établie par un arrêt soit de la Cour constitutionnelle, soit d'une juridiction internationale; on pourrait difficilement afficher plus de méfiance à l'égard des autres juges...

2. Origine et élaboration

Cette loi procède du souci d'éviter que, dans les hypothèses où un même droit est garanti à la fois par la Constitution et par un traité international, une même norme législative soit déclarée compatible avec la Constitution par la Cour constitutionnelle, mais jugée par un autre juge contraire à un traité ou à une norme de droit européen dérivé, ou inversement.

Son origine réside dans la divergence de jurisprudence déjà signalée entre la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation: la Cour de cassation accorde la primauté au traité, et ne s'attarde plus au contrôle de constitutionnalité si la Constitution ne pose pas d'exigences plus sévères, tandis que la Cour constitutionnelle traite les garanties consacrées par le traité et celles de la Constitution comme un ensemble indissociable. Les travaux préparatoires de la loi expliquent, de façon passablement tortueuse, que la loi «ne va pas à l'encontre des obligations résultant du droit communautaire européen», qu'en effet, elle «n'empêche pas les juridictions d'opérer un contrôle direct au regard du droit communautaire européen mais elle règle l'ordre de succession des contrôles en cas de concours, en donnant la priorité au contrôle au regard de la Constitution»³¹. L'avis de la section de législation du Conseil d'Etat est d'une prudence extrême: après avoir passé en revue la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et relevé de menues différences entre la loi en projet et les affaires d'où pouvaient se déduire des objections quant à la compatibilité du projet avec le droit européen, il conclut que le projet est, dans son principe, admissible. Mais il ajoute aussitôt que «si... la Cour de justice devait prolonger sa jurisprudence relative à la primauté matérielle de l'ordre juridique européen sur l'ensemble des règles de

²⁸Cette théorie, qui se réclame de l'adage latin *«in claris non fit interpretatio»*, revient à dire que ce qui est clair ne s'interprète pas, ou encore qu'il n'y a pas lieu d'interpréter une disposition dont la signification n'est pas douteuse. Elle constitue un des sophismes les plus répandus parmi les juristes, car pour affirmer qu'un texte est clair, il faut déjà l'avoir interprété. Tout au plus peut-on admettre que la signification d'un texte n'appelle pas de discussion lorsque toutes les opinions sérieuses émises à son sujet concordent. Reste à déterminer quand une opinion cesse d'être sérieuse...

²⁹En vertu de l'article 26, § 2, alinéa 3.

³⁰Voir l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, *Doc. parl. Chambre* 52 1283/002, p. 6.

³¹*Doc. parl. Sénat* 4-12/1 - SE 2007, p. 6.

droit interne... la difficulté... devrait faire l'objet d'un nouvel examen»³². Autrement dit, le Conseil d'Etat lui-même – ou au moins une partie des membres de l'assemblée générale de sa section de législation – n'était pas convaincu par l'avis qu'il donnait...³³

La discussion parlementaire n'a pas porté sur la compatibilité de la loi en projet avec la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, pourtant évoquée avec insistance tant dans l'avis du Conseil d'Etat³⁴, que dans une note déposée devant la commission du Sénat par les magistrats de la Cour de cassation qui y ont été auditionnés³⁵. Un amendement a même été rejeté, qui tendait à limiter l'obligation de saisir en premier lieu la Cour constitutionnelle aux cas où la violation de la Constitution était expressément invoquée par une partie au procès: pour les membres de la commission, dès que la violation d'un droit garanti par la Constitution est alléguée, même si une norme supranationale est seule visée, à l'exclusion de toute disposition constitutionnelle, la Cour constitutionnelle doit quand même être saisie de la question³⁶. S'il faut l'interpréter ainsi, la loi va au-delà des conclusions du symposium.

IV. Critique

Dès son point de départ, le raisonnement pose deux questions fondamentales: la Constitution et un traité ont-ils exactement la même portée ? Est-ce à une juridiction nationale d'en juger?

La Cour constitutionnelle estime devoir tenir compte du droit international dans la mesure où il garantit des droits ou libertés analogues à ceux que protège la Constitution³⁷. Le souci d'assurer une

³²*Doc. parl. Chambre* 52 1283/002, p. 22.

³³Il faut dire que le Conseil d'Etat était mal pris: plusieurs de ses membres avaient participé au symposium d'où est issu, retouché, le texte de la loi; cela ne facilitait pas la critique...

³⁴*Doc. Parl. Chambre* 52 1283/002, pp. 8 et 12 à 21.

³⁵*Doc. parl. Sénat* 4-12/4 - 2007/2008, pp. 9, 12, 13, 18 et 21. La note que le premier président et le procureur général à la Cour de cassation ont déposée lors de leur audition par la commission du Sénat contient le passage suivant (p. 18):

«8.1. Dans la mesure où une disposition conventionnelle, au sens du paragraphe 4 proposé, vise une disposition du droit communautaire européen, il faut rappeler qu'il ressort de l'arrêt *Simmenthal* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes que l'obligation pour le juge national d'assurer le plein effet du droit communautaire peut avoir pour conséquence qu'il doive laisser au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

Au cas où il est constaté qu'une loi, un décret ou une ordonnance est contraire au droit communautaire, l'obligation de poser d'abord une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle à propos de la violation éventuelle de la Constitution, est contraire à cette jurisprudence.»

Dans son intervention lors de la même séance d'audition, le procureur général a notamment dit (p. 21):

«Dans la mesure où une disposition légale, au sens du paragraphe 4 proposé, vise une disposition du droit communautaire européen, il faut rappeler qu'il ressort de l'arrêt *Simmenthal* rendu par la Cour de justice des Communautés européennes que l'obligation du juge national d'assurer le plein effet du droit communautaire peut avoir pour conséquence qu'il doive laisser au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

La proposition ne s'appliquera pas dans ce cas.»

³⁶*Doc. parl. Sénat* 4-12/4 - 2007/2008, pp. 40 à 48.

³⁷Arb, arrêt n° 158/2004, 20 octobre 2004, point B.5.2:

«... 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 constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause. Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination.

Il s'ensuit que, lorsqu'est alléguée la 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 qui garantissent des droits ou libertés analogues.»

garantie étendue des droits fondamentaux, et d'éviter qu'elle soit à géométrie variable en fonction des textes invoqués est louable. Mais l'on ne peut perdre de vue que l'interprétation autorisée d'une convention internationale ne peut appartenir à aucune institution d'un des Etats signataires de cette convention, fût-ce à une Cour constitutionnelle. Celle-ci ne peut revendiquer le titre de juge «autorisé» de droit international, particulièrement quand il existe une juridiction supranationale *ad hoc*. L'interprétation du droit international ne relève que des mécanismes ou institutions mis en place par la convention en question, et qui tendent à garantir qu'elle soit la même dans tous les pays qui adhèrent à un même traité. L'autonomie du droit international est un des principes les moins contestés qui soit; elle implique qu'un contenu propre soit reconnu aux dispositions des traités et aux notions qu'ils emploient, un contenu qui ne soit pas réductible à celui des notions similaires ou homonymes des droits nationaux. Tout au plus les traditions communes aux Etats signataires d'un traité peuvent-elles servir de guide dans l'interprétation de ses dispositions. En déterminant la portée de la norme internationale par référence à une règle de droit nationale, ou vice-versa, la juridiction risque d'aligner abusivement la portée d'un des textes sur celle de l'autre.

S'agissant de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, c'est la Cour européenne des droits de l'homme qui juge en dernier ressort de sa portée. Et l'expérience a montré que la Cour constitutionnelle n'a pas toujours eu la même interprétation de la Convention que la Cour de Strasbourg: une loi jugée constitutionnelle par un arrêt de la Cour d'arbitrage, qui avait pourtant intégré dans son raisonnement l'article 6 de la Convention et l'article 1^{er} du 1^{er} protocole additionnel³⁸, a néanmoins valu à la Belgique d'être condamnée à Strasbourg pour violation de ces articles³⁹. Sans doute la Cour européenne des droits de l'homme est-elle l'exemple le plus achevé d'institution chargée d'assurer le respect d'un traité, et une des seules qui soit de nature juridictionnelle, mais d'autres mécanismes, souvent de nature plus politique, sont fréquemment instaurés⁴⁰. C'est d'eux que doit émaner l'interprétation du traité, et non de l'une quelconque des juridictions – fût-elle suprême ou constitutionnelle – d'un Etat membre; libre à celles-ci, bien entendu, d'aller au-delà de ce que commande cette interprétation uniforme, qui ne représente jamais qu'un minimum, et de donner au traité une interprétation plus protectrice des droits fondamentaux, mais ce n'est alors plus le traité qui est appliqué, c'est un droit national jurisprudentiel propre, qui se donne le traité comme fondement ou comme source d'inspiration. La question se complique encore dans les hypothèses ou différents droits fondamentaux entrent en conflit: l'arbitrage qui s'impose là est particulièrement délicat, et ne peut émaner que des institutions prévues par le traité, sous peine de mettre en péril sa portée uniforme.

Il y a de bonnes raisons de douter que la modification apportée par la loi du 12 juillet 2009 soit compatible avec le droit européen, tel qu'il est interprété par la Cour de justice des Communautés européennes. L'arrêt de référence à cet égard – *Simmenthal* – date de 1978⁴¹; son dispositif porte que «le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à

Arb, arrêts n° 106/2003 et n° 189/2004, 24 novembre 2004, point B.3: «les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique.» En terme de dispositif, ces arrêts concluent à la violation des «articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 2, 3, 24.1, 26 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant». Voir également l'arrêt n° 136/2004, cité à la note 19.

³⁸Arb., arrêt n° 25/90, 5 juillet 1990.

³⁹Cour européenne des droits de l'homme, 20 novembre 1995, *affaire Pressos Compania Naviera s.a. et autres c. Belgique*, requête 17849/91. Plus précisément, la Cour a jugé que la Belgique a violé l'article 1^{er} du Protocole n° 1, et, quant à la violation alléguée de l'article 6 de la Convention, que les griefs se confondent avec ceux qui étaient soulevés sous l'angle du Protocole n° 1, de sorte qu'elle n'a pas estimé nécessaire de les examiner séparément.

⁴⁰Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont le Conseil d'Etat a jugé l'article 26 équivalent à l'article 10 de la Constitution, organise de tels mécanismes en ses articles 40 à 42.

⁴¹C.J.C.E., arrêt du 9 mars 1978, *Aff.106/77, Amministrazione delle finanze dello Stato / Simmenthal* (Rec. 1978, p. 629).

demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel».

Dans l'hypothèse où une loi serait contraire à la fois à la Constitution et à une règle de l'Union européenne, il ne serait pas compatible avec cette jurisprudence que le juge saisi doive interroger la Cour constitutionnelle au lieu d'écarter lui-même, sans détour de procédure, la loi contraire au droit européen.

Il est vrai que jusqu'il y a peu, les droits fondamentaux étaient protégés au niveau international par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le Pacte international sur les droits civils et politiques plutôt que par le droit de l'Union européenne⁴², de sorte que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes ne s'y appliquait que rarement. Mais l'entrée en vigueur, le 1^{er} décembre 2009, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne change radicalement les données du problème, vu que la quasi-totalité des droits protégés par la Constitution sont garantis, souvent de manière plus détaillée, par la Charte. Dans la mesure où la Charte est applicable⁴³, les cas de concours entre inconstitutionnalité et violation du droit européen sont appelés à se multiplier. À s'en tenir à la jurisprudence *Simmmenthal*, le juge saisi doit écarter la loi nationale contraire au droit européen de sa propre autorité, sans interroger la Cour constitutionnelle.

Et si l'on objectait que cela va à l'encontre de la loi du 12 juillet 2009, la constatation s'imposerait que c'est celle-ci qui viole manifestement le droit européen et qu'elle doit donc être écartée, par application de ses propres dispositions... et des jurisprudences *Le Ski* et *Simmmenthal*. Ferait-on observer que cette loi procède d'un consensus entre le monde politique et les trois juridictions supérieures⁴⁴, que la question surgirait de savoir si un tel consensus peut écarter des obligations internationales...

La portée de cette problématique ne doit pas être sous-estimée. Sans doute, quand elle est apparue se confinait-elle, en pratique, au principe d'égalité et à ses applications⁴⁵, ce qui n'était déjà pas négligeable. L'extension de la compétence de la Cour à toutes les dispositions du titre II de la Constitution et à quelques autres⁴⁶, réalisée par la loi du 9 mars 2003, aboutit à un doublage intégral, ou peu s'en faut, de toutes les garanties contenues dans des traités protégeant les droits fondamentaux⁴⁷ par des dispositions constitutionnelles relevant de la Cour constitutionnelle.

⁴²Encore que... voir la thèse d'Emmanuelle Bribosia, *La protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire : le poids respectif des logiques fonctionnelle et autonome dans le cadre normatif et jurisprudentiel*, ULB 2000.

⁴³Selon le commentaire qu'en donne le site de l'Union européenne (http://europa.eu/legislation_summaries/human_rights/fundamental_rights_within_european_union/l33501_fr.htm), elle «est applicable aux institutions européennes dans le respect du principe de subsidiarité et en aucun cas elle ne peut étendre les compétences et les tâches que les traités leur confèrent. Les principes de la Charte sont aussi applicables aux États membres (aux autorités centrales ainsi qu'aux autorités régionales ou locales) lorsqu'ils mettent en œuvre la législation communautaire». Sans vouloir entrer dans un débat qui dépasse le cadre de cette communication, on sait que les juridictions européennes ont une propension à donner aux traités une interprétation extensive, et qu'il serait surprenant qu'il n'aille pas de même pour la Charte.

⁴⁴Avec, paraît-il, des opinions divergentes au Conseil d'Etat...

⁴⁵Ainsi, pour être complet, qu'aux droits fondamentaux en matière d'enseignement, mais le volume du contentieux que ceux-ci génèrent n'est pas comparable. En tout cas, la jurisprudence dont il sera fait état ci-après a été rendue uniquement à propos du principe d'égalité.

⁴⁶Les articles 170, 172 et 191. Curieusement, ceux-ci ne sont pas visés par la loi du 12 juillet 2009. Un oubli, sans doute.

⁴⁷Le principe d'égalité, pour ne citer que lui, est inscrit tant dans l'article 10 de la Constitution que dans diverses dispositions de traités protégeant des droits fondamentaux, généralement avec une portée plus circonscrite (on songe en premier lieu à l'article 13 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, mais l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques a pratiquement la même portée, de même que, appliqués à d'autres droits les articles 2.2 et 3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, l'article 141 du Traité de Rome, version consolidée —... et quelques autres); depuis que la compétence de la Cour a été étendue à toutes les dispositions constitutionnelles qui protègent des droits fondamentaux, il est peu de tels droits qui ne bénéficient pas d'une protection multiple.

Le débat pose fondamentalement la question de la place du droit international ou supranational dans l'ordonnement juridique: une situation doit-elle être d'abord confrontée aux règles nationales, et le droit international ou supranational n'intervient-il qu'en ordre subsidiaire, au cas où cette situation n'est pas critiquable sur le plan interne ? Ou le droit international est-il une source de droit placée sur pied d'égalité avec le droit interne, voire dotée de préséance sur lui, et peut-il être invoqué concurremment avec lui, au risque de le prendre de vitesse si le droit interne a mis en place, comme en l'espèce, une procédure lourde et lente ? Du point de vue international, la réponse ne fait aucun doute⁴⁸: le droit supranational prime, et sans détour.

L'extension, réalisée en 2003, de la compétence de la Cour constitutionnelle à tout le titre II de la Constitution a été conçue et présentée comme une protection nouvelle accordée à tous les droits consacrés dans ce titre. En tant qu'elle ouvre un recours en annulation contre les normes législatives qui sont suspectées de les méconnaître, elle l'est sans aucun doute, et rien qu'à ce titre elle se justifie. Mais si elle devait entraîner, pour tout juge devant qui est soulevé un argument tiré à la fois de la violation, par une loi, d'un droit protégé à la fois par la Constitution et par un traité international, l'obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle et d'attendre la réponse, elle représenterait une substantielle régression dans la protection des droits fondamentaux, par le retard de procédure qu'elle implique – un an au bas mot – sans apporter la garantie que la réponse que la Cour pourra donner sera satisfaisante pour les instances internationales ou supranationales, qui conservent le dernier mot pour l'interprétation des dispositions des traités.

Aussi nous paraît-il que la seule réponse admissible à la problématique est de laisser intact le pouvoir qu'ont les juges – tous les juges, du dernier juge de paix à la Cour de cassation, en passant par le Conseil d'Etat – depuis l'arrêt *Le Ski*, d'écarter la norme de droit interne contraire au droit international directement applicable. Et notamment d'écarter l'application de la modification apportée le 12 juillet 2009 à la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. Ceci ne rend pas inopérante la nouvelle compétence de la Cour constitutionnelle à l'égard des dispositions constitutionnelles qui font double emploi avec celles d'un traité, mais en confine l'intérêt, il est vrai, aux recours en annulation qui sont portés devant elle; cet intérêt est loin d'être négligeable.

S'agissant des violations de traités invoquées à titre incident, si cette loi était appliquée, elle priverait les juridictions qui s'y rallieraient du pouvoir d'écarter elles-mêmes l'application d'une loi contraire à une disposition directement applicable (à supposer qu'en cette hypothèse, il soit encore permis d'utiliser cette expression...) d'un traité qui protège les mêmes droits fondamentaux que la Constitution, et les obligerait à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle. D'où un retard assuré dans la procédure. Beau délai raisonnable ! En revanche, une violation du droit supranational dans un domaine étranger à la protection des droits fondamentaux entraînerait, par application de la jurisprudence *Le Ski*, que son application soit écartée sans vain détour de procédure. Le droit international ou supranational serait ainsi le moins performant là où il protège des droits fondamentaux; comme s'il était là de moindre importance !

Bref, une loi qui a entendu clore une controverse ne fait que la relancer à propos d'elle-même.

V. La question prioritaire de constitutionnalité en droit français

En France, tout contrôle de constitutionnalité des lois après leur promulgation a longtemps été rejeté. La constitution de la V^e République a bien instauré un Conseil constitutionnel et une forme de contrôle de constitutionnalité des lois, mais avant qu'elles soient promulguées, et la déclaration d'inconstitutionnalité empêche qu'elle le soit. Une fois promulguée, la loi n'était pas contestable au regard de la Constitution. En revanche, la primauté du droit international sur le droit interne, imposée par

⁴⁸Voir l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 9 mars 1978, *Simmenthal*, *Rec.*, p. 629, déjà cité.

la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, a été établie en droit interne par la jurisprudence⁴⁹.

Ce principe a été renversé en 2008, par l'insertion d'un nouvel article, numéroté 61-1, dans la Constitution, et par une modification de l'article 6250. L'article 61-1 est rédigé comme suit:

«Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur le renvoi du Conseil d'Etat ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article.»

L'article 62 a, quant à lui, été complété par un alinéa rédigé comme suit:

«Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause.»

Ces dispositions instaurent une forme de question préjudicielle⁵¹, avec cette particularité que seuls le Conseil d'Etat et la Cour de cassation peuvent saisir le Conseil constitutionnel. La loi organique annoncée par le second alinéa de l'article 61-1 a été adoptée en 2009⁵²; elle a organisé un mécanisme de renvoi en deux étapes: la constitutionnalité d'une loi peut être contestée devant toutes les juridictions, tant judiciaires qu'administratives, mais celles-ci ne peuvent saisir directement le Conseil constitutionnel: elles doivent envoyer l'affaire, les unes à la Cour de cassation, les autres au Conseil d'Etat, et ce sont ces juridictions-ci qui décident s'il y a lieu de transmettre la question au Conseil constitutionnel. Le transit par les juridictions suprêmes constitue un filtre destiné à éviter que le Conseil constitutionnel ne soit engorgé par des questions inutiles.

Ce mécanisme est appelé «question prioritaire de constitutionnalité» (QPC). Prioritaire par rapport à quoi ? En partie, par rapport aux autres questions de droit que soulève le litige.

À la différence des questions préjudicielles de constitutionnalité de droit belge, les QPC ne peuvent être soulevées d'office par le juge: elles doivent être présentées devant le juge et faire l'objet d'un écrit distinct et motivé. Le juge devant lequel une telle question est présentée procède à un premier examen de la pertinence de la question⁵³. Si la QPC n'est pas écartée à ce stade, l'ordonnance contient cette disposition directement inspirée de la loi belge:

⁴⁹Cass. fr. 24 mai 1975 (disponible notamment à l'adresse: <http://www.jurisnantes.com/t2270-arret-societe-cafes-jacques-vabre-cassation-chambre-mixte-24-mai-1975>)

⁵⁰Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

⁵¹Marc Guillaume, secrétaire général du Conseil constitutionnel, conteste l'emploi du terme «préjudicielle» et défend celui de «prioritaire» utilisé par la loi, pour des raisons qui tiennent essentiellement à une particularité terminologique du droit français: «D'autre part, en qualifiant cette question de "prioritaire", la loi organique montre bien qu'il ne s'agit pas d'une question "préjudicielle". En effet, la question doit être traitée avant toutes les autres alors que, face à une question préjudicielle, le juge doit d'abord statuer sur les autres moyens ; il ne pose la question préjudicielle et ne sursoit à statuer que si aucun de ces autres moyens ne lui permet de régler le litige. C'est bien l'inverse ici» («La question prioritaire de constitutionnalité», p. 3, publié dans *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la cours de cassation* et disponible sur le site du Conseil constitutionnel.

⁵²Loi n° 2009-1523 du 10 décembre 2009.

⁵³Selon l'article 23-2 de l'ordonnance du 7 novembre 1958, la juridiction ne transmet la question que si:

1° La disposition contestée est applicable au litige ou à la procédure, ou constitue le fondement des poursuites ;

Elle n'a pas déjà été déclarée conforme à la Constitution dans les motifs et le dispositif d'une décision du Conseil constitutionnel, sauf changement des circonstances ;

La question n'est pas dépourvue de caractère sérieux.

« En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'État ou à la Cour de cassation.

«En tout état de cause, la juridiction doit, lorsqu'elle est saisie de moyens contestant la conformité d'une disposition législative d'une part aux droits et libertés garantis par la Constitution et d'autre part aux engagements internationaux de la France, se prononcer en premier sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation».

Autrement dit, la question est «prioritaire» aussi vis-à-vis de l'examen de la compatibilité de la disposition contestée avec «les engagements internationaux», expression derrière laquelle se profile l'ensemble du droit international et du droit communautaire.

Ce caractère prioritaire-ci appelle, à notre avis, les mêmes critiques que le droit belge au regard du droit européen, et en particulier des obligations qui découlent de la jurisprudence *Simmenthal*.

La Cour de cassation française en a été bien consciente. Dès que l'occasion s'en est présentée, elle a, par arrêt du 16 avril 2010, posé à la Cour de Justice de l'Union Européenne, une question préjudicielle sur la conformité de la QPC au droit communautaire.

L'affaire mettait en cause un algérien en séjour irrégulier qui, à la suite d'un contrôle de police dans la zone frontalière avec la Belgique, a fait l'objet d'une décision d'éloignement avec privation de liberté. L'affaire a été portée devant le «juge des libertés et de la détention», qui a transmis à la Cour de cassation une QPC sur la constitutionnalité de l'article du Code de procédure pénale qui permet d'effectuer des contrôles d'identité à proximité des frontières⁵⁴. L'irrégularité alléguée consistait en une violation du principe de la libre circulation des personnes, lequel est protégé à la fois par le droit de l'Union européenne⁵⁵, et par la Constitution française, qui fait référence au droit de l'Union européenne⁵⁶. La Cour constate que, face à l'allégation simultanée de ces deux irrégularités, la loi impose à la juridiction de fond de «se prononcer par priorité sur la transmission de la question de constitutionnalité au Conseil d'Etat ou à la Cour de cassation, auxquels il appartient de décider de saisir le Conseil constitutionnel». Elle en déduit «que les juges du fond ne peuvent pas statuer sur la conventionnalisme d'une disposition légale avant de transmettre la question de constitutionnalité», qu'elles «se voient privées... de la possibilité de poser une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne avant de transmettre la question de constitutionnalité», et «que si le Conseil constitutionnel juge la disposition législative attaquée conforme au droit de l'Union européenne, elles ne pourront plus, postérieurement à cette décision, saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle⁵⁷». Cela l'amène à la conclusion «que la question de la conformité au droit de l'Union de la loi... en ce qu'elle impose aux juridictions de se prononcer par priorité sur la transmission, au Conseil constitutionnel, de la

⁵⁴Il s'agit du passage suivant de l'article 78 - 2, alinéa 4:

«Dans une zone comprise entre la frontière terrestre de la France avec les Etats parties à la convention signée à Schengen le 19 juin 1990 et une ligne tracée à 20 kilomètres en deçà..., l'identité de toute personne peut également être contrôlée, selon les modalités prévues au premier alinéa, en vue de vérifier le respect des obligations de détention, de port et de présentation des titres et documents prévues par la loi...».

⁵⁵Plus particulièrement par l'article 67 de la version consolidée du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, dont le 2. porte que l'Union «assure l'absence de contrôles des personnes aux frontières intérieures».

⁵⁶C'est l'article 88-1, aux termes duquel «La République participe à l'Union européenne constituée d'Etats qui ont choisi librement d'exercer en commun certaines de leurs compétences en vertu du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, tels qu'ils résultent du traité signé à Lisbonne le 13 décembre 2007».

⁵⁷Sur ce point, il semble que la Cour de cassation ait surestimé l'objet et les effets d'une décision du Conseil constitutionnel. Celui-ci, quelques semaines plus tard (mais est-ce un pur hasard de calendrier ?), dans un contexte tout différent (l'appréciation *a priori* de la constitutionnalité d'une loi sur les jeux de hasard), a glissé dans une décision que «le moyen tiré du défaut de compatibilité d'une disposition législative aux engagements internationaux et européens de la France ne saurait être regardé comme un grief d'inconstitutionnalité», «que l'examen d'un tel grief, fondé sur les traités ou le droit de l'Union européenne, relève de la compétence des juridictions administratives et judiciaires», et qu'«il n'appartient pas au Conseil constitutionnel, saisi en application de l'article 61 ou de l'article 61-1 de la Constitution, d'examiner la compatibilité d'une loi avec les engagements internationaux et européens de la France» (décision n° 2010-605 DC du 12 mai 2010, n°s 11, 12 et 16).

question de constitutionnalité, doit être posée, à titre préjudiciel, à la Cour de justice de l'Union européenne».

La Cour de justice a donc été saisie, et, par arrêt du 22 juin 2010⁵⁸, elle a répondu comme suit:

«L'article 267 TFUE s'oppose à une législation d'un Etat membre qui instaure une procédure incidente de contrôle de constitutionnalité des lois nationales, pour autant que le caractère prioritaire de cette procédure a pour conséquence d'empêcher, tant avant la transmission d'une question de constitutionnalité à la juridiction nationale chargée d'exercer le contrôle de constitutionnalité des lois que, le cas échéant, après la décision de cette juridiction sur ladite question, toutes les autres juridictions nationales d'exercer leur faculté ou de satisfaire à leur obligation de saisir la Cour de questions préjudicielles. En revanche, l'article 267 TFUE ne s'oppose pas à une telle législation nationale pour autant que les autres juridictions nationales restent libres:

- de saisir, à tout moment de la procédure qu'elles jugent approprié, et même à l'issue de la procédure incidente de contrôle de constitutionnalité, la Cour de toute question préjudicielle qu'elles jugent nécessaire,

- d'adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer la protection juridictionnelle provisoire des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union, et

- de laisser inappliquée, à l'issue d'une telle procédure incidente, la disposition législative nationale en cause si elles la jugent contraire au droit de l'Union.

Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si la législation nationale en cause au principal peut être interprétée conformément à ces exigences du droit de l'Union.»

Une semaine plus tard, la Cour de cassation en tirait les conséquences⁵⁹:

«Attendu que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel;

Attendu que, dans l'hypothèse particulière où le juge est saisi d'une question portant à la fois sur la constitutionnalité et la conventionnalisme d'une disposition législative, il lui appartient de mettre en œuvre, le cas échéant, les mesures provisoires ou conservatoires propres à assurer la protection juridictionnelle des droits conférés par l'ordre juridique européen; qu'en cas d'impossibilité de satisfaire à cette exigence..., le juge doit se prononcer sur la conformité de la disposition critiquée au regard du droit de l'Union en laissant alors inappliquées les dispositions... prévoyant une priorité d'examen de la question de constitutionnalité».

Le premier de ces attendus est une citation quasi-littérale de l'arrêt *Simmenthal* de la Cour de justice des Communautés européennes⁶⁰; le second applique l'enseignement de cet arrêt au cas d'espèce, et écarte, pour contrariété au droit de l'Union, la disposition qui confère à la QPC un caractère prioritaire sur l'application du droit communautaire.

Cette affaire présentait toutefois une particularité qui ne simplifie pas l'interprétation des décisions rendues: la portée du droit communautaire n'était, en l'espèce, pas évidente. Or, en cas de doute sur la signification d'un texte de droit communautaire, il appartient aux juridictions nationales de saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de ce texte. La formulation de l'arrêt de la Cour de Justice s'en ressent et prête à penser que le problème se ramènerait à l'alternative: QPC ou question préjudicielle à Luxembourg ? Une question préjudicielle à Luxembourg n'a de raison d'être qu'en cas de doute sur la portée de la règle européenne à appliquer, ou en cas de doute sur la légalité d'une telle règle, s'il s'agit de droit dérivé. Si aucun de ces doutes ne s'élève, et si la règle de droit européen s'oppose clairement à la loi nationale par ailleurs suspectée d'être

⁵⁸Affaires jointes C-188/10 et C-189/10, Melki et Abdeli.

⁵⁹Cass. fr. 29 juin 2010.

⁶⁰C.J.C.E. 9 mars 1978, *aff. 106/77*; la seule différence est une adaptation à la nouvelle dénomination des institutions européennes.

inconstitutionnelle, les termes de l'alternative sont: QPC ou refus d'application de la loi ? À cette question-ci, une jurisprudence constante de la Cour de justice de l'Union européenne répond sans équivoque: il faut écarter la loi contraire au droit européen.

Cette jurisprudence n'est pas remise en cause par la Cour de justice, même si la rédaction du dispositif de son arrêt du 22 juin 2010 semble en limiter la portée aux décisions qui assurent une protection juridictionnelle provisoire. Car les motifs, particulièrement en leurs alinéas 43 et 44, ne laissent planer aucun doute: ce sont bien tous les juges qui doivent donner plein effet au droit européen: «la Cour a déjà jugé que le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit de l'Union a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel (...). En effet, serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit de l'Union par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes de l'Union».

VI. Conclusion

La construction européenne implique l'apparition d'un ordre juridique unique, qui prévaut sur les ordres juridiques nationaux, et dont les juridictions nationales doivent assurer la pleine efficacité. Que, pour régler des questions de constitutionnalité, les Etats membres organisent des procédures centralisées, c'est leur droit, tant que cela ne porte que sur des questions de droit interne. Les exigences de la primauté du droit européen s'opposent à ce que de telles procédures soient érigées en préalable obligé à l'application du droit communautaire. Et ce n'est pas en dissimulant derrière une prétendue question de «priorité» ou d'«ordre d'examen» des questions en litige, qu'un Etat peut, même à l'intervention de son pouvoir législatif, écarter ou retarder l'application de ce droit.

Concursul iregularităților unui act legislativ

Rezumat

Integrarea europeană implică emergența unei ordini juridice unice, care prevalează asupra ordinilor juridice ale Statelor Membre și pe care jurisdicțiile naționale trebuie să o pună în aplicare. Primatul dreptului Uniunii Europene reclamă ca procedurile elaborate de Statele Membre spre a rezolva diverse chestiuni de constituționalitate nu trebuie să interfereze cu aplicarea dreptului UE. Din această perspectivă, articolul conține o critică a legii belgiene din 12 iulie 2009, care contravine acestui principiu, stipulând că atunci când un drept fundamental este garantat, într-un mod total sau parțial analog, atât de Constituție cât și de prevederile dreptului internațional sau dreptului UE, chestiunea prejudiciară trebuie înaintată de judecător către Curtea Constituțională, ceea ce ar duce la întârzieri în aplicarea eficace a garanțiilor juridice internaționale. În plus, trebuie notat că în data de 22 iunie 2010, Curtea Europeană de Justiție, pronunțându-se asupra unei întrebări prejudiciare, a susținut aplicarea directă a dreptului Uniunii Europene în cazul așa-numitei „chestiuni prioritare de constituționalitate” introduse în dreptul francez în 2009.

The concurrent irregularities of a legislative act

Abstract

European integration implies the emergence of a single legal order which prevails over the legal orders of the Member States and must be rendered fully effective by the national jurisdictions. The primacy of European Union law requires that the procedures devised by the Member States in order to settle various issues of constitutionality do not interfere with the enforcement of EU law. From this perspective, the article advances a critique of the Belgian law of July 12, 2009, which runs against this principle, stipulating that when a fundamental right is guaranteed, in a totally or partially analogous manner, by the Constitution and by the provisions of international or EU law, the prejudicial question must be raised by the ordinary judge to Constitutional Court, leading to delays in the effective application of the international legal guarantees. Moreover, one must take note that on June 22, 2010, the European Court of Justice, answering a prejudicial question, upheld the direct application of EU law in the case of the “question prioritaire de constitutionnalité” inserted in French law in 2009.