

# **DE LA HIÉRARCHIE ENTRE CONSTITUTION ET DROIT INTERNATIONAL**

*Réflexions au départ de l'arrêt de la Cour de Cassation du 16 novembre 2004<sup>1</sup>*

E. SLAUTSKY

*Assistant à l'Université libre de Bruxelles  
Avocat au barreau de Bruxelles*

---

<sup>1</sup> Je souhaiterais ici remercier tous ceux qui m'ont fait le plaisir de relire, corriger et discuter les premières esquisses de cette contribution. Je souhaiterais également remercier la Fondation Wiener-Anspach qui a rendu possible mon séjour à l'Université d'Oxford, au cours duquel j'ai pu enrichir certaines parties de ma réflexion.

## Introduction

Dans son arrêt du 16 novembre 2004<sup>2</sup>, la Cour de cassation, pour motiver son refus d'interroger la Cour constitutionnelle comme il le lui était demandé, s'est prévalu de la primauté sur la Constitution du droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne. Si l'examen de cette question fort controversée ne pourra être exhaustif au vu de l'ampleur des écrits qui y sont consacrés, il supposera toutefois, outre une analyse rigoureuse du droit positif, une mise en perspective aussi bien théorique que politique. En effet, toute analyse utile des différentes positions défendues sur la question doit permettre d'en dégager les racines et présupposés théoriques en même temps que de mettre en évidence leurs implications politiques.

La primauté du droit international sur la Constitution est constante au regard du droit international (I), mais est loin de faire l'unanimité en droit interne (II). Chacune des deux thèses semble posséder des arguments forts (III et IV) mais aucune d'entre elles ne peut l'emporter d'un point de vue strictement juridique. Les diverses positions reflètent en effet des engagements théoriques et politiques fondamentalement différents, qu'il s'agit dès lors de mettre au jour et de discuter. En conséquence, la controverse continue de faire rage et il semble impossible, si l'on observe le droit positif, de continuer de décrire en termes hiérarchiques les rapports entre Constitution et droit international. Face à ce constat, un éclairage nouveau, autant que bénéfique, devrait porter ses fruits. Cette nouvelle lumière pourrait, à notre estime, sourdre de la théorisation de l'existence d'un nouveau paradigme juridique - le droit en réseau -, prenant place aux côtés du modèle traditionnel de lecture du droit, à savoir une lecture basée sur une hiérarchisation pyramidale des normes, selon leur source formelle. Cette nouvelle grille de lecture permettra de rendre compte de la nécessité fonctionnelle de coopération des systèmes (V). Néanmoins, pour les hypothèses où le conflit direct entre Constitution et droit international ne peut être évité, il nous apparaît que du point de vue du droit belge, la Constitution devrait ne plus se voir disputer la prééminence (VI).

## I. Constitution et droit international: point de vue du droit international

Du point de vue du droit international, le principe est limpide: un État ne peut se prévaloir de sa Constitution pour s'exonérer de sa responsabilité en cas de violation du droit international, que celui-ci soit conventionnel ou coutumier. Ainsi, si l'on se réfère aux débats qui ont entouré la contrariété de l'article 8 B, §1<sup>er</sup>, du Traité de Maastricht prévoyant le droit de vote et d'éligibilité pour les ressortissants européens aux élections communales, disposition qui liait la Belgique, avec l'ancien article 8 de la Constitution, qui réservait ce droit aux Belges, il s'avère qu'en Belgique les débats furent fort vifs<sup>3</sup>. A l'inverse, en droit international, en l'espèce européen<sup>4</sup>, il n'y eut nullement

---

<sup>2</sup> Cass., 16 nov. 2004, *Pas.* 2004, n° 549 et 550.

<sup>3</sup> M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 139.

<sup>4</sup> Nous ne ferons ici, pour cette question de la primauté, pas de réelle différence entre droit international général et droit européen, dans la mesure où il ne nous apparaît pas que la question des rapports entre droit européen et droit interne belge soit, dans l'état actuel de l'intégration européenne, fondamentalement distincte de la question des rapports entre droit international et droit interne (voy. néanmoins *infra* la discussion sur le rôle de l'article 34 de la Constitution). A cet égard, nous noterons seulement que l'arrêt *Costa*, fondateur de la primauté du droit européen, peut fort naturellement être analysé au travers du concept de primauté tel qu'il existe en droit international. Voy. B. DE WITTE, « Retour à "Costa" - La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international » *R.T.D.E.*, 1984, pp. 425 à 454. *Pro* P. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'Arbitrage », *C.D.E.*, 1995, p. 20.

débat. Conformément à une jurisprudence et une doctrine internationales bien établies<sup>5</sup>, la Belgique s'est fait condamner par la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>6</sup>. Celle-ci considéra que le droit européen ne pouvait voir ses effets arrêtés par une disposition de droit interne, en ce compris la Constitution, reprenant ainsi les termes d'un ancien arrêt qui avait décidé que<sup>7</sup>:

« Selon une jurisprudence constante, le recours à des dispositions juridiques d'ordre interne afin de limiter la portée des dispositions de 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 (...) ».

Toutefois, le droit international réserve un tempérament à cette règle: le cas, prévu par l'article 27 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, où une règle interne fondamentale relative à la conclusion des traités a été violée<sup>8</sup>. Dans ce cas, le traité est annulable dans l'ordre juridique international<sup>9</sup>.

Si, on l'a vu, en droit international, aucune disposition de droit interne ne peut justifier une violation du droit international et ce, au nom d'un principe de cohérence et d'efficacité de celui-ci<sup>10</sup>, en droit interne, la question est fort disputée. Puisqu'en définitive l'efficacité de cette prétention à la primauté portée par le droit international dépendra pour l'essentiel de la réponse qui lui est apportée par l'ordre interne, il est intéressant d'examiner l'état de la controverse en droit belge.

## **II. Constitution et droit international: point de vue du droit interne**

Les trois juridictions suprêmes belges, en cette matière comme dans d'autres, ne peuvent s'accorder. Doctrine, Constituant et législateur étalent eux aussi leur divergence de vues. Nous examinerons dans un premier temps la position de la Cour de cassation (A), avant de nous attarder sur celles du Conseil d'État (B) et de la Cour constitutionnelle (C). Nous verrons ensuite la position adoptée par les pouvoirs Constituant et législatif (D) pour terminer par un bref examen des implications procédurales de ces différentes conceptions, notamment du point de vue de la centralisation, ou de son absence, des compétences d'interprétation de la Constitution et du droit international (E).

### ***A) La primauté du droit international suivant la Cour de cassation***

Dans un premier temps, nous examinerons globalement la position de la Cour de cassation quant à la place du droit international dans la hiérarchie des normes (1), avant, dans un deuxième temps, d'examiner plus en détails l'arrêt du 16 novembre 2004 (2) pour ensuite, dans un dernier temps,

---

<sup>5</sup> C.P.J.I., *Traitement des nationaux polonais et des autres personnes d'origine ou de langue polonaise dans le territoire de Dantzig*, 4 février 1932, *Rec. de la C.I.J.*, série A/B, n° 44, 1932, p. 24 ; T.P.I.Y., App., aff. IT-95-14-AR108bis, *Blaskic*, 29 oct. 1997, § 54 ; voy. aussi les arrêts de la C.E.D.H. cités dans J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, « Note » sous Cass., 2 juin 2003, Cass., 9 nov. 2004, Cass., 16 nov. 2004, *R.C.J.B.*, 2007, p. 73 et la Convention de Vienne sur le droit des Traités, art. 27.

<sup>6</sup> C.J.U.E., *Commission des Communautés européennes c/ Belgique*, aff. C-323/97, 9 juillet 1998, *Rec. 1998*, I-4281.

<sup>7</sup> C.J.U.E., *Commission des Communautés européennes c/ Luxembourg*, aff. C-473/93, 2 juillet 1996, *Rec. 1996*, I-5259.

<sup>8</sup> J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 123.

<sup>9</sup> J. VELU, *op.cit.*, p. 126.

<sup>10</sup> C'est en ce sens que le droit international affirme sa primauté sur le droit interne ; pour une analyse nuancée du principe de primauté en droit international, voy. A. VANDAELE, « Het Hof van cassatie tussen de hamer van de verdragrechtelijke toetsing en het ambeeld van de prejudiciële vraagstelling », note sous Cass., 9 nov. 2004 et 16 nov. 2004, *C.P.D.K.*, 2005, p. 611.

nous attarder brièvement sur la notion d' « effet direct », pièce importante de la jurisprudence de la Cour de cassation (3).

## 1. L'arrêt *Le Ski* et ses successeurs

L'arrêt phare et fondateur de la Cour de cassation quant aux rapports entre droit international et droit interne est sans conteste l'arrêt, inspiré de la jurisprudence européenne, du 27 mai 1971, rendu dans l'affaire dite de « la fromagerie franco-suisse Le Ski »<sup>11</sup>. Dans un « attendu » particulièrement célèbre, la Cour proclama en effet 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 (...) ».

Depuis lors, la jurisprudence de la Cour est constante<sup>12</sup>. S'il a été rendu à l'occasion d'un conflit entre une loi et un traité, cet arrêt, de par ses termes, ne permet nullement de distinguer le sort de la Constitution dans ses rapports avec le droit international de celui des normes qui lui sont inférieures en droit interne<sup>13</sup>. Et en effet, dans deux arrêts de novembre 2004<sup>14</sup>, la Cour de cassation défendit la primauté du droit international ayant effet direct sur la Constitution. Ainsi, dans l'arrêt du 9 novembre 2004, rendu dans l'affaire « Vlaams Blok », la Cour décida que « (...) la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prime la Constitution ». L'arrêt du 16 novembre 2004, point de départ de notre réflexion, fut également l'occasion pour la Cour de réaffirmer sa jurisprudence<sup>15</sup>. Il mérite donc que l'on s'y attarde un instant.

## 2. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004

La Cour avait à connaître d'un pourvoi contre un arrêt de la chambre correctionnelle de la Cour d'appel de Gand. Dans cette affaire, le prévenu, poursuivi pour trafic de stupéfiants et blanchiment d'argent, demandait la nullité des poursuites pénales, au motif que ces poursuites se basaient sur des éléments tirés d'une perquisition irrégulière quant à la forme. Le juge du fond n'ayant pas accepté sa défense, le prévenu argua en cassation que la nullité des poursuites aurait dû être constatée en raison de la violation des articles 6 et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, des articles 12, alinéa 2, et 15 de la Constitution, de l'article 408 du Code d'instruction criminelle et de l'article 1<sup>er</sup> bis de la loi du 7 juin 1969 fixant le temps pendant lequel il ne peut être procédé à des perquisitions ou visites domiciliaires, violation entraînant l'irrégularité de l'obtention de la preuve. A titre subsidiaire, le prévenu demandait à la Cour de cassation d'interroger celle qui se nommait encore Cour d'arbitrage et de lui poser la question préjudicielle suivante :

<sup>11</sup> Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, p. 886.

<sup>12</sup> Cass., 14 janv. 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 538 ; Cass., 13 sept. 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 65 ; Cass., 10 mai 1989, *Pas.*, 1989, I, p. 948 ; Cass., 14 mars 1991, *Pas.*, 1991, I, p. 654.

<sup>13</sup> M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 142 ; néanmoins, les réflexions antérieures du Procureur général W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH à l'origine de cet arrêt réservent la primauté de la Constitution sur le droit international. A ce sujet, voy. W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *J.T.*, 1968, p. 486 ; J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation: la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, p. 116.

<sup>14</sup> Cass., 9 nov. 2004, *Pas.*, 2004, p. 1745 ; Cass., 16 nov. 2004, *Pas.*, 2004, p. 1802 ; voy. aussi Cass., 1er juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1274.

<sup>15</sup> Il y a en réalité deux arrêts du 16 novembre 2004, mais ceux-ci ont été rendus dans des affaires similaires et ont donné lieu à une réponse identique de la Cour. Dès lors, nous nous référerons uniquement au premier d'entre eux, notamment quant aux faits, étant entendu que l'essentiel de ce qui en sera dit vaudra pour les deux arrêts.

« L'article 1er 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 1er 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 ? »

En principe, la Cour de cassation, dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours, est tenue de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsque la demande lui en est faite<sup>16</sup>. Toutefois, en l'espèce, la Cour se refusera à interroger sa consœur constitutionnelle. Pour motiver son refus, la Cour de cassation dira qu'il appartient au juge de vérifier en premier lieu la conformité de la disposition en cause par rapport à la disposition de droit international pertinente, celle-ci primant la Constitution, et que, si la Constitution n'ajoute aucune exigence supplémentaire à la norme internationale, il ne s'indique pas d'interroger la Cour d'arbitrage, quand bien même une partie en aurait fait la demande<sup>17</sup>. C'est en des termes clairs que la Cour exprimera cette idée:

« 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 ».

La Cour de cassation réaffirme donc ici la primauté du droit international, au moins conventionnel, ayant un effet direct, sur l'ensemble du droit interne belge. De manière opportune si l'on sait le peu d'enthousiasme mis par la Cour à y recourir, cette décision lui permet aussi d'éviter le détour par la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle<sup>18</sup>.

### 3. Le critère de l'effet direct et son rapport à la hiérarchie des normes

La Cour de cassation défend donc la primauté du droit international sur le droit interne mais semble limiter cette primauté au droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne<sup>19</sup>. La définition des éléments constitutifs de l'effet direct est évolutive et a donné lieu à diverses controverses. Les remises en question portèrent notamment sur l'importance des critères objectifs - clarté et complétude de la disposition elle-même - et subjectifs - intention des États parties au traité - balisant la notion<sup>20</sup>. L'effet direct peut être défini comme la « caractéristique d'une disposition de droit international conférant à son destinataire le droit de s'en prévaloir en justice »<sup>21</sup>. L'étendue plus ou moins large à donner au concept est aussi débattue, et semble différer en droit international et en droit européen<sup>22</sup>. Si nous ne nous attarderons pas sur ces controverses, il est permis, avec T. Bombois, de s'interroger sur la pertinence de la notion d'« effet direct » en tant que critère de hiérarchisation de normes<sup>23</sup>. Une norme du droit international en vigueur en Belgique pourra, si elle a effet direct, être invoquée directement par un particulier, sans qu'il faille attendre que l'État la

<sup>16</sup> Art. 26, §2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage.

<sup>17</sup> M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 144.

<sup>18</sup> M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 598 ; à cet égard, voyez le raisonnement de l'avocat général dans ses conclusions précédant l'arrêt du 16 novembre 2004 pour justifier le refus de la question préjudicielle.

<sup>19</sup> Voy. néanmoins Cass., 10 juin 2009, *J.T.*, 2009, pp. 432 et 433.

<sup>20</sup> Pour une analyse complète de la question, voy. J. PIERET, « L'influence du juge belge sur l'effectivité de la Convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct », in *X, 50 années d'application de la Convention européenne des droits de l'Homme. Actes du colloque « Entre ombres et lumières » organisé les 20 et 21 octobre 2005 par le Centre de droit public de l'Université Libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 83-143 et E. CLAES et A. VANDAELE, « L'effet direct des traités internationaux », *R.B.D.I.*, 2001/2, pp. 411-491.

<sup>21</sup> J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 413.

<sup>22</sup> H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des Traités internationaux et du droit communautaire, Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996, pp. 45 et s.

<sup>23</sup> T. BOMBOIS, « La restriction des compétences de la Cour d'arbitrage à l'égard des traités internationaux », in *La Cour d'arbitrage, 20 ans après, Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 138, note 33.

précise en droit interne. Le citoyen ne devra donc pas attendre d'intervention législative pour s'en prévaloir et sera de la sorte directement protégé<sup>24</sup>. Néanmoins, il nous semble peu pertinent d'en déduire une différence en termes de hiérarchie des normes entre ces deux catégories de dispositions, en ce que le caractère précis et complet d'une norme n'a que peu de rapport avec la place que celle-ci occupe dans la pyramide normative traditionnelle, qui se base sur les sources formelles<sup>25</sup>. Certes, comme le soulignent, à juste titre, C. Behrendt et F. Bouhon, il est difficile de concevoir qu'un juge ait à trancher en tant que tel un conflit entre une norme de droit international n'ayant pas effet direct et une norme de droit interne, dans la mesure où la norme de droit international qui n'a pas effet direct devra encore être transposée en droit belge pour pouvoir être invoquée par un particulier<sup>26</sup>. Il n'en reste pas moins que, selon nous, une telle norme occupe conceptuellement le même « étage » dans la pyramide des normes que celui occupé par les normes de droit international ayant un effet direct. Cette position pourrait trouver appui dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle<sup>27</sup>, qui contrôle la violation par une loi des dispositions de droit constitutionnel combinées à des dispositions de droit international liant la Belgique même lorsque celles-ci n'ont pas effet direct<sup>28</sup>. Il est cependant intéressant de constater que cette association du concept d'effet direct et du concept de primauté provient directement du droit européen et que la tension qui existe entre ces deux notions s'y retrouve également<sup>29</sup>.

## ***B) La primauté du droit international suivant le Conseil d'État***

Nous examinerons brièvement dans un premier temps la position de la section législation du Conseil d'État (1) avant de nous tourner vers celle de sa section du contentieux dans ses arrêts *Orfinger* (2), pour montrer enfin, avec P. Vandernoot, qu'il semble possible de les réconcilier (3).

### **1. La position de la section législation du Conseil d'État**

La position de la section législation du Conseil d'État sur la question des rapports entre Constitution et droit international est riche d'enseignements. Un avis, rendu le 4 novembre 2005, relatif à la transposition en droit belge d'une directive incompatible avec l'article 19 de la Constitution en a fait la synthèse<sup>30</sup>. Le Conseil d'État y distingue les fondements de la primauté du droit européen dérivé en droit européen et dans l'ordre constitutionnel belge. Pour ce dernier, il fonde cette primauté sur l'article 34 de la Constitution. Cet article dispose que:

« Art. 34

L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public ».

---

<sup>24</sup> M. VAN DAMME, *Overzicht van het Grondwettelijke Recht*, Bruges, La Chartre, 2008, pp. 32 et 34.

<sup>25</sup> Pro P. BROUWERS et H. SIMONART, *op. cit.*, p. 17 ; voy. aussi E. CLAES et A. VANDAELE, *op. cit.*, p. 414, note 2.

<sup>26</sup> C. BEHRENDT et F. BOUHON, *Introduction à la théorie générale de l'État*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 470 ; voy. aussi E. CLAES et A. VANDAELE, *op. cit.*, p. 428.

<sup>27</sup> C. C., 22 juillet 2003, n°106/2003, B 4.2 ; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof », in J. WAUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (éd.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 252-254.

<sup>28</sup> L. VENY, I. CARLENS, N. DE VOS et B. VERBEECK, *Grondslagen van Publiekrecht*, Bruges, Vanden Broele, 2005, p. 211 ; voy. aussi, A. VANDAELE, *op. cit.*, p. 618.

<sup>29</sup> Comp. M. DOUGAN, « When Worlds Collide: Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy », *C.M.L.Rev.*, vol. 44, 2007, pp 931-963 et K. LENAERTS et T. CORTHAUT, « Of birds and hedges : the role of primacy in invoking norms of EU law », *E.L.Rev.*, 2006, spéc. p. 310.

<sup>30</sup> *Doc. Parl.*, Chambre, 2005-2006, n°51-2189/1, pp. 113 à 116, spéc. n° 46.3.

La section de législation poursuit en se référant ensuite en ses termes à l'intéressant avis concernant le Traité portant Constitution pour l'Europe qu'elle avait rendu auparavant<sup>31</sup> :

« 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 et, d'autre part, le rang qu'occupe la Constitution belge dans l'ordre juridique interne ».

Il ressort de ces différents avis que le Conseil d'État en sa section législation place l'article 34 de la Constitution à la base de son analyse. Aux yeux du Conseil d'État, cet article rend constitutionnelle l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés à une institution de droit international public. Néanmoins, en cas de conflit entre un traité et la Constitution sur un point autre que cette attribution, une modification de la Constitution est nécessaire avant toute ratification. Le droit dérivé né de l'exercice de ces compétences transférées prime quant à lui, en vertu de l'article 34, le reste du droit interne, en ce compris les autres dispositions de la Constitution, puisqu'il n'est rien d'autre que le produit de ce transfert constitutionnel de l'exercice de compétences<sup>32</sup>.

## 2. La position de la section du contentieux du Conseil d'État

Le Conseil d'État en sa section du contentieux administratif s'est prononcé en faveur de la primauté du droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne sur la Constitution. Saisi d'un recours en annulation contre l'A.R.P.G. du 26 septembre 1994<sup>33</sup> qui ouvrait en partie à des ressortissants européens la fonction publique régionale et communautaire, le Conseil d'État constata un conflit entre l'article 8 ancien de la Constitution, réservant l'accès à ces fonctions aux seuls Belges, et l'article 48 du Traité de Rome tel qu'interprété par la Cour de Justice de l'Union européenne<sup>34</sup>. Dans cette affaire, le Conseil d'État considéra que<sup>35</sup> :

« lorsqu'un 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, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice des Communautés européennes, 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 (C.J.C.E., 2 juillet 1996, aff. C-473/93, Commission c/ Grand-duché de Luxembourg); que, du point de vue constitutionnel belge, l'autorité de l'interprétation donnée au Traité de Rome par la Cour de justice repose sur l'article 34 de la Constitution, quand bien même cette interprétation aboutirait à arrêter les effets d'une partie des articles 8 et 10 de la Constitution ; »

A la différence de la Cour de cassation<sup>36</sup>, le Conseil d'État en sa section administration, même s'il se réfère à la jurisprudence européenne constante déjà évoquée, assoit donc lui-aussi sa décision, du point de vue interne, sur une règle constitutionnelle, l'article 34 de la Constitution. Néanmoins, le conflit tranché dans cet arrêt *Orfinger* était un conflit entre une règle de droit international primaire

<sup>31</sup> *Doc. Parl., Sén., 2004-2005, n°3-1091/1, p. 526.*

<sup>32</sup> Voy. P. VANDERNOOT, « Regards du Conseil d'État sur une disposition orpheline : l'article 34 de la Constitution », *Itinéraires d'un constitutionnaliste, En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 1609 et s. ; J.-V. LOUIS, « L'article 25bis de la Constitution belge », *R.M.C.*, 1970, pp. 410 et s. ; pour un exposé détaillé de la position de la section législation, voy. aussi S. GEHLEN, « Hiérarchie des normes », *A.P.T.*, 2006, pp. 20 et s.

<sup>33</sup> Il s'agit de l'arrêté royal du 26 septembre 1994 fixant les principes généraux du statut administratif et pécuniaire des agents de l'État applicables au personnel des services des Gouvernements de Communauté et de Région et des Collèges de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française ainsi qu'aux personnes morales de droit public qui en dépendent. Cet arrêté royal, pris en application de l'article 87, §4, de la loi spéciale du 8 août 1980, a été abrogé et remplacé par l'arrêté royal du 22 décembre 2000.

<sup>34</sup> M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 143.

<sup>35</sup> C.E., *Goosse*, 5 oct. 1996, n°62.921 ; C.E., *Orfinger*, 5 oct. 1996, n°62.922.

<sup>36</sup> Cf. Cass., 13 sept. 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 65.

et la Constitution, cas de figure qui, on l'a vu, ne pouvait pour la section législation être tranché en recourant à l'article 34 de la Constitution. Il semble donc là y avoir divergence entre les deux sections du Conseil d'État. Il est toutefois possible d'interpréter de façon conciliante cette différence de vues apparente.

### **3. De la possibilité d'une interprétation conciliante de la position des sections du Conseil d'État**

Suivant une argumentation convaincante de P. Vandernoot, il semble possible de considérer que, dans sa jurisprudence *Orfinger*, la section administration du Conseil d'État a en réalité considéré que l'interprétation donnée par la Cour de Justice de l'Union européenne relativement à l'article 48 du Traité de Rome était en soi du droit européen dérivé qui pouvait, par conséquent primer l'article 8 de la Constitution sur la base de l'article 34 de cette dernière. Si, comme le souligne l'auteur, considérer l'interprétation donnée par la Cour de l'article 48 du Traité comme quelque chose de distinct de l'article lui-même est pour le moins contestable, cette vision de l'arrêt, qui trouve appui dans les termes de celui-ci, permet de réconcilier la position des deux sections du Conseil d'État quant à leur approche de l'article 34 de la Constitution<sup>37</sup>. Synthétiquement, l'article 34 de la Constitution permettrait donc, suivant les deux sections du Conseil d'État, de régler en faveur du droit dérivé de toute organisation de droit international public un conflit entre celui-ci et la Constitution. Cette solution, limitée par la portée même de l'article 34, ne serait donc pas applicable, ainsi que nous l'avons vu, pour ce qui concerne les conflits entre traité et Constitution, portant sur un point autre que l'attribution de l'exercice de pouvoirs déterminés<sup>38</sup>.

#### ***C) La primauté de la Constitution suivant la Cour constitutionnelle***

La position de la Cour constitutionnelle est, quant à elle, assez claire. Elle estime qu'aucune disposition constitutionnelle n'autorise la Belgique à faire des traités contraires à sa Constitution. Dès lors, elle se reconnaît compétente pour annuler ou écarter sur question préjudicielle la loi d'assentiment à un traité lorsque ce dernier comprend des dispositions contraires à la Constitution<sup>39</sup>. La Cour ne se limite dès lors pas à un examen de la constitutionnalité extrinsèque de la loi d'assentiment mais examine bel et bien, *in concreto*, les dispositions contenues dans le traité. Elle estime en effet que le législateur ne pourrait adopter des normes contraires à la Constitution, que cela soit directement ou de manière indirecte, par l'assentiment donné à un traité qui lui serait contraire<sup>40</sup>. Dans son arrêt n°12/94, la Cour souligne ainsi:

« B.4. Au demeurant, le Constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article 107ter [art. 142 nouveau] 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.

Par ailleurs, aucune norme du droit international - lequel est une création des États -, même pas l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, ne donne aux États le pouvoir de faire des traités contraires à leur Constitution ».

<sup>37</sup> Voy. P. VANDERNOOT, *op. cit.*, pp. 1618 et s. Comp. S. GEHLEN, *op. cit.*, p. 29 et les arrêts cités.

<sup>38</sup> P. VANDERNOOT, *op. cit.*, p. 1624.

<sup>39</sup> C.C., 16 oct. 1991, n°26/91 ; C C., 3 février 1994, n°12/94 ; M. UYTTENDAELE, *op. cit.*, pp. 144 et 145. Qu'il nous soit permis de souligner qu'il est sans doute plus difficile pour une Cour constitutionnelle que pour un autre type de juridiction de s'affranchir des normes dont elle est la gardienne et qui fondent la légitimité de son action.

<sup>40</sup> M. UYTTENDAELE, *op. cit.*, p. 576.



Si le premier argument paraît juridiquement solide, le second est davantage sujet à caution, dans la mesure où le droit international ne se préoccupe nullement de son effectivité juridique en droit interne. Il est donc contestable d'en inférer une limite à sa primauté<sup>41</sup>. La Cour, néanmoins, prend aussi le soin de préciser qu'il faudra tenir compte du caractère multilatéral du droit international<sup>42</sup>, ce qui laisse supposer qu'elle exercera son contrôle sur les lois d'assentiment de manière plus tempérée<sup>43</sup>. Et de fait, jamais encore la Cour n'a invalidé une loi d'assentiment sur la base de son inconstitutionnalité<sup>44</sup>.

Pour être plus complet quant à la position de la Cour constitutionnelle concernant les rapports entre Constitution et droit international, il nous faut signaler que, si elle accepte, en principe, de censurer une loi d'assentiment sur la base de son inconstitutionnalité, la Cour interprète par ailleurs la Constitution à la lumière des dispositions analogues du droit international liant la Belgique<sup>45</sup>.

La position des trois Cours suprêmes de notre pays est donc loin d'être univoque. Il convient maintenant de se tourner vers celle(s) du Constituant et du législateur spécial.

### ***D) L'approche pragmatique du législateur spécial et le silence du Constituant***

Il n'y a à ce jour, malgré différentes propositions, aucune disposition constitutionnelle réglant expressément les rapports entre droit international primaire et droit interne et ce silence a été interprété de diverses manières<sup>46</sup>. Paradoxalement, si le Constituant devait introduire une telle disposition, la Cour de cassation pourrait ne pas en tenir compte, si elle devait l'estimer contraire au droit international ayant des effets directs. En réalité, il est piquant de constater qu'il serait logique que la Cour de cassation écarte en tout état de cause cet éventuel nouvel article constitutionnel, dans la mesure où celui-ci témoignerait nécessairement d'une tournure d'esprit dans laquelle la Constitution constitue la norme suprême<sup>47</sup>. Le droit interne chercherait ainsi en effet à fixer lui-même le rang du droit international dans la hiérarchie des normes, alors que cette place lui revient, suivant la Cour de cassation, de par sa *nature* même.

Le législateur s'est quant à lui manifesté pour réagir à la position adoptée par la Cour constitutionnelle. Vraisemblablement désireux de s'épargner des condamnations successives pour

---

<sup>41</sup> T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 145.

<sup>42</sup> C. C., 13 février 1994, n°12/94, B 6.

<sup>43</sup> T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 145.

<sup>44</sup> J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, pp. 61 à 63 ; nous ne développerons pas ici la position de la Cour constitutionnelle relativement aux rapports entre Constitution et droit européen dérivé. Une telle analyse dépasserait le cadre de notre propos. Voy. dès lors à ce sujet E. CLOOTS, « Het Grondwettelijk Hof en de toetsing van secundair Unierecht aan fundamentele rechten », in A. ALEN (ed.), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, Bruges, die Keure, 2008.

<sup>45</sup> Voy. par ex. C.C., 21 déc. 2004, n°202/2004 ; P. POPELIER, « Wie is de hoeder van onze grondrechten », note sous Cass., 16 nov. 2004, *R.W.*, 2005-2006, p. 388.

<sup>46</sup> J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, p.67 ; voy. aussi L. FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation des décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, p. 262 ; sur l'article 34, voy. T. BOMBOIS, *op. cit.*, pp. 141 à 143 et P. VANDERNOOT, *op. cit.*, 1602.

<sup>47</sup> Comp. H. DUMONT, X. DELGRANGE et S. VAN DROOGHENBROEK, « La procédure de révision de la Constitution: suggestions », in F. DELPEREE (éd.), *La procédure de révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 158. Voy. aussi *Rapport d'activités de la Cour de cassation 2002-2003*, p. 143, note 95, sur [http://www.juridat.be/cass/cass\\_fr/2003/rapport.pdf](http://www.juridat.be/cass/cass_fr/2003/rapport.pdf) ; il est à cet égard frappant de constater que l'arrêt *Le Ski* aurait été rendu pour contrer les vues du Constituant de l'époque. Peut-on y lire un indice précoce de l'attitude possible de la Cour vis-à-vis d'une éventuelle disposition constitutionnelle réglant la matière ? ; voy. F. DELPEREE, « Autour d'un sanctuaire », *Mélanges J. Van Compernelle*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 170. Voy. aussi *infra*.

non-conformité de son droit interne avec le droit européen ou avec celui de Strasbourg et soucieux de la stabilité des relations internationales<sup>48</sup>, le législateur spécial a exclu, par la loi spéciale du 9 mai 2003, que les traités européens, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et ses Protocoles additionnels soient soumis au contrôle préjudiciel de la Cour<sup>49</sup>. L'exclusion de ces traités du contrôle de la Cour fut justifiée par leur caractère *sui generis*<sup>50</sup>. Qu'il nous soit permis de noter qu'en excluant du contrôle de la Cour constitutionnelle une partie du droit international, le législateur spécial valide l'interprétation de la Cour constitutionnelle quant à la primauté de la Constitution sur le droit international. En effet, *a contrario*, la Cour constitutionnelle peut aux yeux du législateur spécial connaître de la validité constitutionnelle de toutes les lois d'assentiment autres que celles relatives aux traités européens déjà ratifiés, à la Convention européenne des droits de l'homme et à ses Protocoles additionnels<sup>51</sup>.

### ***E) Lois, Constitution et droit international: aspects procéduraux***

Un autre aspect du problème posé par les rapports entre Constitution et droit international, et qui a été indirectement abordé par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 2004, est celui du concours d'irrégularités d'un acte législatif. Ainsi, de nombreuses dispositions constitutionnelles dont la Cour constitutionnelle assure le respect garantissent des droits également protégés par des instruments de droit international. Dès lors, si une disposition législative est soupçonnée de contrevenir tant à la Constitution qu'au droit international, faudra-t-il d'abord vérifier la compatibilité de cette disposition par rapport à la Constitution, avec, s'il échec, l'obligation de poser une question à la Cour constitutionnelle, ou privilégier le contrôle par rapport au droit international, et écarter dès lors, le cas échéant, directement la disposition en question<sup>52</sup>? Dans ses arrêts précités de 2004, et contrairement au Conseil d'État en sa section du contentieux<sup>53</sup>, la Cour de Cassation a clairement privilégié le contrôle par rapport au droit international, estimant qu'aucune question préjudicielle ne devait être posée si la Constitution n'était pas plus protectrice des droits invoqués dans l'espèce que le droit international. Cette jurisprudence des arrêts de novembre 2004 est conforme aux exigences du droit européen qui oblige les juges nationaux à écarter directement toute règle de droit interne qui lui serait contraire et n'autorise, pour ce faire, aucun détournement procédural<sup>54</sup>. Toutefois, la position de la Cour de cassation entraîne également le risque d'un alignement abusif de la portée des dispositions internationales sur les dispositions internes, ce qui est contraire au principe d'interprétation autonome des premières<sup>55</sup>. En effet, pour éviter d'avoir à poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation pourrait être tentée d'interpréter le droit international de telle sorte que les dispositions constitutionnelles correspondantes ne soient plus exigeantes que ce que celui-ci prévoit. A l'inverse, et plus fondamentalement, cette position est aussi critiquable en ce qu'elle amène la Cour à interpréter la Constitution pour juger de la pertinence d'une question préjudicielle, rôle qui, en vertu de l'article 142 de la Constitution, devrait échoir à la Cour constitutionnelle. Seules en effet les juridictions inférieures peuvent refuser de poser une question préjudicielle lorsqu'elles estiment que la Constitution n'est manifestement pas violée<sup>56</sup>. En réalité, cette position de la Cour de cassation a

<sup>48</sup> Cf. *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, p. 8.

<sup>49</sup> Loi spéciale du 6 janvier 1989, art. 26, § 1<sup>er</sup>bis, ; C.C., 14 janv. 2004, n°3/2004.

<sup>50</sup> Cf. R. ERGEC, « Une Cour de plus en plus constitutionnelle: propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum J-P. De Bandt*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 858 et 859.

<sup>51</sup> *Pro* J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, p. 64.

<sup>52</sup> M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 638.

<sup>53</sup> A.G.C.E., 13 mars 2002, n°104.653.

<sup>54</sup> C.J.U.E., *Simmenthal*, aff.186/77, 9 mars 1978, *Rec. 1978*, p. 629.

<sup>55</sup> M. LEROY, *op. cit.*, p. 640.

<sup>56</sup> J. VELAERS (rapp.), « Le contrôle des lois, décrets et ordonnances au regard du Titre II de la Constitution et des conventions internationales relatives aux droits de l'homme, en cas de concours de droits fondamentaux. », in *La*

pour effet de scinder le contrôle du respect des droits fondamentaux garantis tant par la Constitution que par le droit international entre les juges de droit commun et la Cour constitutionnelle<sup>57</sup>.

Depuis peu néanmoins, la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage a été modifiée, de sorte à donner la priorité au contrôle de constitutionnalité par la Cour constitutionnelle dans les cas évoqués de concours potentiel entre celui-ci et le contrôle de « conventionalité »<sup>58</sup>. L'effectivité de cette modification n'est toutefois pas garantie dans la mesure où il n'est pas certain que la Cour de cassation s'y plie facilement, l'approche de la Cour l'empêchant en effet, en principe, de donner priorité à des exigences autres, fussent-elles inscrites dans une loi spéciale, que celles du droit international ou du droit européen. Or, ce dernier, comme précédemment mentionné, depuis l'arrêt *Simmenthal*, impose aux juridictions d'écarter sans délai toute norme interne contraire au droit européen, sans faire le détour par une éventuelle Cour constitutionnelle. Si l'on sait la place grandissante qu'occupent les droits de l'homme dans l'ordre juridique européen<sup>59</sup> et l'étendue des compétences européennes, il est possible d'entretenir quelques craintes sur le futur de cette modification. La section législation du Conseil d'État, après un examen détaillé de la jurisprudence européenne, a néanmoins conclu à la compatibilité de cette modification avec les exigences du droit européen<sup>60</sup>.

Si l'on a donc pu se rendre compte de la diversité des positions défendues, il convient à présent de s'attarder sur les principaux arguments, exprimés ou sous-jacents, soutenant les différentes thèses.

### III. Pourquoi le droit international devrait primer la Constitution

Dans un premier temps, nous verrons que la jurisprudence de la Cour de cassation est le produit d'une forme de monisme juridique et que c'est celle-ci qui en fournit les fondements théoriques, même si ceux-ci sont fort peu exprimés (A). La primauté du droit international est néanmoins quelquefois justifiée par la Constitution elle-même (B) et légitimée par, entre autres choses, un souci de stabilité des relations internationales, parfois teinté de cosmopolitisme (C).

#### ***A) Fondement théorique de la primauté du droit international et jurisprudence de la Cour de cassation***

D'un point de vue théorique, les défenseurs de la primauté du droit international sur la Constitution s'inspirent de thèses monistes des relations entre les ordres juridiques, et plus précisément de l'approche moniste accordant primauté au droit international sur le droit interne<sup>61</sup>.

---

*Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 141 ; G. DE LEVAL (rapp.), « La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge *a quo* », in *La Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 254.

<sup>57</sup> P. POPELIER, *op. cit.*, p. 388.

<sup>58</sup> Loi spéciale du 12 juillet 2009.

<sup>59</sup> Cf. C.J.U.E., *Internationale Handelsgesellschaft*, aff.11/70, 17 déc. 1970, *Rec. 1970*, p. 1125 ; P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *EU Law*, 4<sup>e</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 379 et s.

<sup>60</sup> *Doc. Parl.*, Chambre., 2007-2008, n°52-1283/2. Voy. aussi sur cette disposition, M.-F. RIGAUD, « Le contentieux préjudiciel et la protection des droits fondamentaux », *J.T.*, 2009, p. 651.

<sup>61</sup> T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 138 ; sur le courant moniste, voy. H. KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, 2<sup>e</sup> éd. (trad. Ch. Eisenmann), Paris, L.G.D.J., 1962 ; H. LAUTERPACHT, « Oppenheim's International Law », in M. DIXON and R. McCORQUODALE, *Cases and material on international law*, 4th ed., Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 105 ; P. MALANCZUK, *AKHURST'S Modern introduction to international law*, 7<sup>e</sup> éd., London, Routledge, 1997, pp. 63 et s.

Par monisme juridique, on entendra l'idée que le droit n'existe que sous la forme d'un système de normes universel et unique<sup>62</sup>. Inspirées par H. Kelsen<sup>63</sup>, les thèses monistes proclament l'unicité des ordres juridiques nationaux et international. Certaines d'entre elles fondent en outre la légitimité des normes étatiques sur une habilitation qui serait à trouver au sein de la société internationale. Dès lors, suivant ces thèses, le droit interne occupe une place inférieure à celle du droit international dans la pyramide des normes<sup>64</sup>.

La jurisprudence de la Cour de cassation depuis l'arrêt *Le Ski* relève assurément d'une telle optique moniste accordant primauté au droit international sur le droit interne et la Constitution.

En effet, d'une part, quant à l'orientation moniste de la Cour de cassation, on peut, outre l'arrêt *Le Ski* lui-même, mentionner en ce sens les propos de l'ancien Procureur général près la Cour, W.J. Ganshof van der Meersch, qui sont particulièrement illustratifs de cette approche<sup>65</sup> : « Le droit ne peut être qu'un, à peine de ne pas être ». Il est néanmoins intéressant de noter qu'une telle conception moniste du droit ne dominait pas le droit positif belge antérieurement à l'arrêt *Le Ski*. A cet égard, c'est en considérant que le conflit entre une loi et un traité n'était plus un conflit entre deux lois et que la loi d'assentiment n'avait aucun contenu matériel que la Cour de cassation a consacré cette transition, de nature purement prétorienne<sup>66</sup>.

D'autre part, c'est bien un monisme accordant primauté au droit international sur le droit interne que défend la Cour de cassation<sup>67</sup>.

Dans son arrêt *Le Ski*, la Cour justifie en effet la primauté du droit international par la nature du droit international et non, comme elle avait pu l'être, par l'absence de disposition législative ou constitutionnelle contraire, justification qui témoignait encore d'une conception du droit dans laquelle la Constitution étatique est la norme suprême<sup>68</sup>.

## ***B) Fondement constitutionnel de la primauté du droit international et jurisprudence du Conseil d'État***

Si, comme celle défendue par la Cour de cassation, certaines théories monistes défendent donc la primauté du droit international sur la Constitution, il est toutefois d'autres acteurs en droit belge qui semblent défendre la primauté du droit international sur le droit interne et la Constitution, mais en raison de la Constitution elle-même ou d'une partie de celle-ci.

---

<sup>62</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau*, Bruxelles, Publication des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, p. 184.

<sup>63</sup> H. KELSEN, « Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public », *R.C.A.D.I.*, 1926, IV, vol.14, pp. 231 et s.

<sup>64</sup> Voy. C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 463.

<sup>65</sup> W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 494.

<sup>66</sup> Pour une explication détaillée de cette évolution et pour quelques réserves, voy. J.-S. JAMART, *op. cit.*, pp. 111 et s.

<sup>67</sup> Voy. néanmoins le rôle joué par la loi d'assentiment, dans la jurisprudence de la Cour, lorsqu'elle connaît d'un pourvoi fondé sur l'invocation de dispositions de droit international. B. VANLERBERGHE, « De bronnen van het internationaal recht en de toetsingsbevoegdheid van het Hof van Cassatie », in J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (éd.), *op. cit.*, pp. 228-229.

<sup>68</sup> J.-S. JAMART, *op. cit.*, p.119 ; pour une critique du caractère particulièrement limité de cette motivation, voy. J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, p. 78 ; L. FRANÇOIS relève de manière critique que la supériorité du droit international ayant effet direct invoquée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Le Ski* et justifiée par la nature du droit international serait aussi l'expression d'un *iusnaturalisme* qui assimilerait le droit international au droit « naturel », et par conséquent en ferait le critère ultime de validité du droit positif interne ; voy. ainsi L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 265.

Comme on l'a vu précédemment, le Conseil d'État, avec les nuances apportées plus haut pour ce qui concerne la distinction entre droit primaire et droit dérivé, semble ainsi accepter la primauté du droit international sur la Constitution. Néanmoins, ainsi qu'il a déjà été souligné, le Conseil d'État prend également le soin de baser son argumentation du point de vue de l'ordre interne sur l'article 34 de la Constitution<sup>69</sup>. Certes, le recours à l'article 34 de la Constitution ne peut pas justifier la primauté de l'ensemble du droit international sur le droit interne puisqu'il ne valide que le transfert de l'exercice de compétences et, partant, la primauté du droit international dérivé qui découle de ce transfert<sup>70</sup>. Dans un tel raisonnement néanmoins, c'est bien la Constitution qui continue d'être la norme suprême du système juridique puisque c'est à partir de celle-ci que le Conseil d'État fixe sa conception de la hiérarchie des normes. En termes théoriques, l'approche du Conseil d'État est une approche moniste accordant primauté à la Constitution sur le droit international. Il s'agit donc bien d'une position distincte de celle adoptée par la Cour de cassation, même si elle concède également un rang supérieur au droit international dérivé sur l'essentiel du droit interne<sup>71</sup>.

Plus largement, toutes les tentatives en droit belge de justifier la primauté du droit international sur le droit interne et (certaines dispositions de) la Constitution par l'existence d'un principe général de droit constitutionnel ou par une coutume constitutionnelle relèvent elles aussi d'une tournure d'esprit moniste accordant primauté au droit interne sur le droit international<sup>72</sup>.

On a donc vu qu'en droit belge, la primauté du droit international sur le droit interne pouvait être justifiée à partir de bases théoriques fondamentalement différentes. D'un point de vue politique, plusieurs préoccupations sous-tendent généralement cette position.

### ***C) Fondement politique de la primauté du droit international***

Le souci d'accorder primauté au droit international sur le droit interne répond en général à un impératif croissant dans un contexte d'internationalisation importante, celui de garantir la stabilité des relations internationales et l'efficacité du droit international tout en évitant que la Belgique voie trop fréquemment sa responsabilité engagée devant des juridictions internationales<sup>73</sup>. Ce souci est particulièrement présent pour ce qui concerne le droit européen. Les partisans de la primauté du droit international teintent par ailleurs parfois leurs discours d'un certain cosmopolitisme, assimilant l'humanité tout entière à une et une seule communauté politique<sup>74</sup>.

Tournons-nous à présent vers les différentes catégories d'arguments mis en avant par les partisans de la primauté de la Constitution sur le droit international.

---

<sup>69</sup> Pour une critique de ce raisonnement, voy. T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 143.

<sup>70</sup> Et même pour certains uniquement du droit européen ; M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme: concurrence ou complémentarité? », *R.U.D.H.*, 1995, p. 228.

<sup>71</sup> Voy. M. PÂQUES, *Droit public élémentaire en 15 leçons*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 329.

<sup>72</sup> Voy. *mutatis mutandis*, L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 263. Il nous faut néanmoins noter que qualifier une telle approche de dualiste nous semble, d'un point de vue théorique, inapproprié. En effet, suivant une approche dualiste, les conflits entre normes de droit international et normes de droit interne ne peuvent exister, dans la mesure où ces deux ordres juridiques sont, dans cette théorie, radicalement distincts (en particulier, du point de vue de leurs sources et de leurs destinataires). Voy. H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, I, vol. 1, pp.73 et s.

<sup>73</sup> cf. *Doc. parl.*, Sénat, 2000-2001, n° 2-897/1, p.8 ou la jurisprudence de la C.J.U.E. précitée ; voy. aussi R. ERGEC, « Une Cour de plus en plus constitutionnelle: propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 858

<sup>74</sup> Sur les relations entre communauté (*polis*) et droit, voy. J. FINNIS, « Revolutions and continuity of Law », in A. SIMPSON (éd.), *Oxford Essays in Jurisprudence, Second Series*, Oxford, Clarendon Press, 1973, pp. 73-76.

## IV. Pourquoi le droit international ne devrait pas primer la Constitution

Dans l'ordre juridique belge, comme précédemment évoqué, les partisans du principe de la primauté de la Constitution sur le droit international adhèrent à une théorie moniste du droit accordant primauté au droit interne sur le droit international (A). L'impossibilité pour les pouvoirs étatiques de s'affranchir du pouvoir Constituant qui les fonde sans que celui-ci ne les y autorise est par ailleurs souvent invoquée à l'appui de cette thèse (B). Cette primauté permet également de répondre à un impératif plus politique de démocratie (C).

### *A) Fondement théorique de la primauté de la Constitution*

Comme expliqué plus haut, si les thèses monistes donnent en général priorité au droit international sur le droit interne, il existe également certaines approches monistes qui affirment la primauté du droit interne et de la Constitution sur le droit international et pour lesquelles la Constitution reste donc la norme suprême de l'ordre juridique<sup>75</sup>. En droit belge, il s'agit par exemple de la position défendue par le Conseil d'État – comme expliqué plus haut – et la Cour constitutionnelle<sup>76</sup>.

En toute hypothèse, ces deux sous-écoles monistes doivent être distinguées des thèses dualistes ou pluralistes, inexistantes en droit belge depuis 1971, des rapports entre ordres juridiques. Par pluralisme juridique l'on entend la coexistence simultanée de plusieurs systèmes juridiques<sup>77</sup>. A l'estime des tenants du dualisme, le droit international et le droit interne forment deux ordres juridiques distincts. Dès lors, pour valoir en droit interne, une norme de droit international doit y avoir été intégrée suivant les modalités prévues par celui-ci. Une fois intégrée, la norme de droit international prendra le statut de la norme interne intégrante et c'est cette dernière qui sera par la suite appliquée comme telle. A la différence des systèmes monistes, la norme de droit international ne pourra donc pas être appliquée en tant que telle par les juges<sup>78</sup>. Le Royaume-Uni est un bon exemple de système ayant adopté une manière dualiste de fonctionner<sup>79</sup>, hormis peut-être vis-à-vis du droit européen. Dans un État dualiste, par opposition aux États ayant adopté une approche moniste du droit, il n'y a néanmoins pas de conflits possibles entre une norme de droit international et une norme de droit interne, puisqu'il y a étanchéité des systèmes juridiques dont les sources et les destinataires sont distincts.

A l'appui de leur position, les défenseurs de la primauté de la Constitution sur le droit international mettent souvent plusieurs arguments en avant, vers l'examen desquels nous nous tournons à présent.

---

<sup>75</sup> T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 140 ; F. DELPEREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, p. 87.

<sup>76</sup> C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 473.

<sup>77</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 186 ; voy. H. TRIEPEL, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *R.C.A.D.I.*, 1923, I, vol. 1, pp.73 et s.

<sup>78</sup> J.-S. JAMART, *op. cit.*, p. 111.

<sup>79</sup> Nous n'entrerons pas ici dans une critique détaillée de la pertinence des modèles moniste et dualiste. Voyez à ce propos H. KELSEN, *Théorie Pure du Droit*, 2<sup>e</sup> éd. (trad. Ch. Eisenmann), Paris, L.G.D.J., 1962 ; H. HART, «Kelsen's doctrine of the Unity of Law », *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1983 ; A. CASSESE, «The main Legal Features of the International Community», in *International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 166 ; J.-S. JAMART, *op. cit.*, p. 127 et L. FRANÇOIS, *op. cit.*, pp. 265 et 266.

## ***B) De l'impossibilité de s'affranchir de son système constitutionnel***

A l'appui de la primauté de la Constitution sur le droit international, certains auteurs considèrent que des pouvoirs constitués, à savoir l'exécutif ou le législatif, ne pourraient valablement violer la Constitution, fondation de tout le système juridique interne, en adoptant des traités<sup>80</sup>. Suivant les termes frappants de J. Verhoeven<sup>81</sup>:

« (...) il serait *a priori* stupéfiant qu'un peuple sacrifie ce qu'il s'est donné comme règles fondamentales aux dispositions d'un accord conclu en exécution de celles-ci par l'un des organes qu'elles ont mis en place ».

Cette objection présuppose toutefois une perspective moniste sur le droit, accordant primauté au droit interne sur le droit international. En effet, dès lors que l'on se place dans une approche moniste conférant primauté au droit international sur le droit interne, ce n'est plus la Constitution qui est la norme fondatrice de l'ordre juridique étatique, mais, par un renversement de perspective, c'est bien le droit international qui fonde la légitimité de l'État<sup>82</sup>.

Dans le même ordre d'idée, il est par ailleurs défendu que donner au juge le droit d'écarter toute norme, même constitutionnelle, contraire à une norme internationale en vigueur ayant effet direct, revient à conférer à ce juge, qui n'a de pouvoirs qu'en vertu de la Constitution même, le rôle de gardien de l'effectivité du droit international. Suivant les tenants de l'objection, il est fort contestable de transformer le juge national, institué par l'ordre interne d'un pays, en organe de l'ordre juridique international, en lui permettant de s'affranchir de l'ensemble du système qui lui donne existence<sup>83</sup>.

Toutefois, à l'encontre de ce qui précède, on entend parfois que le droit européen attribue expressément ce rôle au juge des États membres et en fait le juge européen de droit commun<sup>84</sup>. L'ordre juridique européen affirme en effet sa primauté sur les ordres juridiques internes et n'a donc nul problème à requérir des juges internes d'écarter leur droit lorsqu'il s'agit de donner pleine effectivité au droit européen. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne est assurément fixée en ce sens<sup>85</sup>. Cependant, cet argument ne peut à lui seul emporter l'adhésion. Que le droit européen fonctionne dans une logique de primauté vis-à-vis des ordres juridiques internes n'implique pas que ceux-ci aient à suivre sa logique. A cet égard, de nombreux pays membres continuent d'être monistes, dans une forme accordant primauté au droit interne sur le droit européen<sup>86</sup>, tout en manifestant d'ailleurs des degrés d'ouverture différents vis-à-vis du droit international. En réalité, face à un éventuel véritable conflit entre normes internationales ou européennes et constitutionnelles, le juge se trouve confronté à des impératifs contradictoires entre lesquels il devra faire un choix, choix qui dépasse le cadre strictement juridique. Ainsi que nous tentons ici de l'expliquer, ce choix dépendra entre autres de l'approche théorique qu'il adopte ainsi que de la fidélité qu'il garde pour son cadre constitutionnel.

<sup>80</sup> Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, pp. 674 et 675.

<sup>81</sup> J. VERHOEVEN, « Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge: certitudes et vraisemblances », in *Hommages à Paul de Visser*, Paris, éd. A. Pedone, 1984, p. 41.

<sup>82</sup> H. KELSEN, *op. cit.*, p. 300 ; J. VELU, *op. cit.*, pp. 201 et 202.

<sup>83</sup> J.-S. JAMART, *op. cit.*, pp. 128 et 129.

<sup>84</sup> Cf. J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative? », *C.D.E.*, 1995, pp. 23 à 28 et G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et Société*, n°20-21/1992

<sup>85</sup> C.J.U.E., *Costa c/ E.N.E.L.*, aff.6/64, 15 juillet 1964, *Rec. 1964*, p. 1141 ; C.J.U.E., *Simmenthal*, aff.186/77, 9 mars 1978, *Rec. 1978*, p. 629.

<sup>86</sup> Ce qui est d'ailleurs significatif du caractère volontaire de l'adhésion par chaque État à l'une ou l'autre école théorique.

### C) *Fondement politique de la primauté de la Constitution*

Il y a par ailleurs une raison politique à donner primauté à la Constitution sur le droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne. En effet, les dispositions constitutionnelles ne peuvent en principe être modifiées qu'à la suite d'une procédure assez exigeante, fixée à l'article 195 de la Constitution, qui permet en théorie de laisser une place importante au débat populaire. Lorsque l'on sait l'opacité, les rapports de force et les marchandages qui entourent l'adoption des règles de droit international, il est déjà délicat de faire primer le droit international sur la loi. Lorsqu'il s'agit de la Constitution, qui consacre les principes essentiels sur lesquels se fonde une société, le problème est plus aigu encore<sup>87</sup>. A cet égard, il semble artificiel de légitimer démocratiquement la primauté du droit international sur le droit interne au motif, qu'en toute hypothèse, il a fallu que la loi d'assentiment soit votée par une majorité parlementaire et que le traité soit négocié par un exécutif responsable devant le Parlement<sup>88</sup>. Qui n'aperçoit pas l'extrême différence qu'il peut y avoir en termes de débat démocratique entre l'adoption d'une loi formelle d'assentiment, ne comprenant qu'un seul article, et le vote, à des majorités renforcées et après débat public, d'une disposition constitutionnelle<sup>89</sup>?

De manière générale encore, les partisans du monisme accordant primauté au droit interne sur le droit international tendent à nier l'existence d'une *polis* mondiale, dont le système juridique serait fondé sur une seule norme, et en déduisent la nécessité de l'existence d'ordres juridiques distincts, correspondant souvent aux frontières étatiques<sup>90</sup>.

## V. **Ébauche de dépassement: le droit en réseau**

Ce rapide tour d'horizon des différents arguments permet de se rendre compte combien ce débat juridique est fondé sur des choix théoriques et politiques plus profonds. La force de chacune des positions dépend en effet d'une adhésion à une des sous-écoles du monisme juridique. Plus précisément, la plupart des arguments juridiques avancés tournent en dernier ressort autour du statut de la Constitution en tant que norme suprême de l'ordre juridique belge. A notre sens, il ne s'agit pas là d'une question que l'on puisse résoudre de manière objective. Il nous apparaît en effet que l'adhésion à une vision moniste à primauté du droit international ou à primauté du droit interne et, partant, le choix de la primauté de la Constitution ou du droit international, possède intrinsèquement une dimension politique. Ce choix entre l'un ou l'autre modèle dépend en effet largement des arguments politiques et moraux que l'on privilégie<sup>91</sup>.

Sur le plan descriptif toutefois, si se dégagait une position unanime des différents acteurs juridiques quant aux rapports entre ordres juridiques, il serait possible de rendre objectivement compte de la réalité en termes de primauté du droit international ou de la Constitution. Toutefois,

---

<sup>87</sup> Pro J.-S. JAMART, *op. cit.*, pp. 127 et 128 ; M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 578 ; M. MELCHIOR, « Considérations sur les rapports entre Traités, Lois et Constitution », *Itinéraires d'un constitutionnaliste, En hommage à Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1025.

<sup>88</sup> J. VELU, *op. cit.*, p. 199.

<sup>89</sup> Sur les discussions relatives au déficit démocratique au niveau européen, voy. not. S. WEATHERILL, *EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 674 et s. et références citées. Sur les tentatives dans différents pays d'améliorer le contrôle des Parlements sur les gouvernements lorsqu'ils négocient au niveau international, voy. A.W. HERINGA, « Democracy in Europe : The Evolving Role of Parliaments ; Is there a European Parliamentary Model ? », in *The Evolving Role of Parliaments in Europe*, Anvers, Maklu, 1994, pp. 102 et 103.

<sup>90</sup> Cf. H. HART, *op. cit.*, p. 336 et C. BEHRENDT et F. BOUHON, *op. cit.*, p. 463.

<sup>91</sup> Cf. J. FINNIS, *op. cit.*, p. 73 : « What is the relevant society to which I owe allegiance and with whose collective debts I am concerned ? ».



comme nous le démontre la position de ses différentes institutions, cette unanimité n'existe assurément pas, ne serait-ce qu'en droit belge. Dès lors, il semble impossible de décrire les rapports entre Constitution et droit international en termes hiérarchiques clairs (A). Il nous semble donc intéressant de changer quelque peu de perspective et d'interroger un instant la pertinence descriptive d'une conception hiérarchisée des rapports de normes, issue de la pensée kelsenienne, et d'esquisser les contours de ce qui pourrait s'apparenter à un nouveau paradigme (B). On constatera aussi que ce nouveau paradigme rend mieux compte des solutions à la controverse qui avaient déjà été proposées par la plupart des auteurs (C).

### **A) Une controverse indécidable?**

La situation de la controverse entre législateur, auteurs et juridictions semble donc figée sur une ligne de fracture difficilement résorbable. Les solutions proposées par les deux camps rendent compte des valeurs qu'ils privilégient. Ainsi, au regard de la Cour de cassation, du droit international et de la doctrine internationaliste ou européenne, outre un certain cosmopolitisme, ce sont les soucis de cohérence et d'efficacité de cet ordre juridique qui priment et qui justifient la primauté du droit international sur la Constitution. Au regard, par contre, du droit interne et de beaucoup de constitutionnalistes<sup>92</sup>, le refus de modifications implicites de la Constitution par le législateur et le caractère suprême autant que fondateur de la Constitution dans l'ordre interne mènent à affirmer la primauté de celle-ci sur les normes de droit international. Dès lors, puisqu'aucune des justifications de la primauté, soit de la Constitution, soit du droit international, n'est adoptée unanimement par les différents acteurs, une description cherchant à fixer les rapports hiérarchiques entre les différents systèmes montre immédiatement ses limites<sup>93</sup>.

### **B) Le droit en réseau**

En conséquence, ainsi posé, le problème de la primauté du droit international sur la Constitution semble indécidable ou, à tout le moins, « indécidé », dans l'ordre juridique belge<sup>94</sup>. Aucun acteur ne semble pouvoir convaincre ou imposer sa position aux autres. Constatant cette impossibilité de décrire la situation des rapports entre Constitution et droit international en des termes purement hiérarchiques, F. Ost et M. Van de Kerchove mettent en évidence la nécessité d'adapter notre paradigme juridique<sup>95</sup>. Posant ce constat d'un enchevêtrement des ordres juridiques, des normes et des juridictions, ils soulignent l'insuffisance descriptive du modèle pyramidal traditionnel de hiérarchisation des sources. Selon eux, à côté du classement pyramidal des normes basé sur leur source formelle, il faudrait constater l'existence d'un modèle plus complexe, plus imbriqué, des normes et des systèmes, qui ne pourrait plus être entièrement saisi par la hiérarchisation classique des sources du droit. Ils font le pari de l'existence d'un droit répondant davantage à l'image du réseau qu'à celle de la pyramide. En effet, partout dans le monde, et plus particulièrement en Europe, il faut constater que les rapports des différents systèmes ne se règlent pas suivant un principe hiérarchique. Au niveau européen, les juges internes dialoguent avec leurs homologues européens ; la transposition des directives requiert la participation des législateurs étatiques, qui se

<sup>92</sup> Cf. M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 578 ; F. DELPEREE, *op. cit.*, p. 87.

<sup>93</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 187 ; J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, p. 79.

<sup>94</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 67 ; *pro* P. D'ARGENT, « De la primauté du droit international sur ... la Constitution! », *I.D.J.*, 1997, n°6, p. 65. Si l'on sort d'une approche kelsenienne pour adopter une analyse plus proche de celle de Hart, il serait possible de soutenir que nos trois Cours suprêmes semblent en réalité adopter une règle de reconnaissance différente. Voy. H. HART, *The Concept of Law*, 2<sup>e</sup> éd., Oxford, Oxford University Press, 1994.

<sup>95</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 68.

voient reconnaître une marge d'appréciation<sup>96</sup>. Dès lors, l'on aperçoit que les différents systèmes producteurs de normes se trouvent dans l'incapacité d'effectivement fixer la place hiérarchique des règles qu'ils produisent et doivent davantage faire preuve de pragmatisme. Ainsi, constatant la prise en compte croissante par la Cour de Justice de l'Union européenne des principes constitutionnels des différents États membres, constatant le soin mis par la Cour constitutionnelle à rapprocher l'interprétation des normes constitutionnelles internes dont elle a la garde avec le droit international, constatant encore le soin mis à réformer notre droit interne en vue de garantir sa compatibilité avec les traités ratifiés, F. Ost et M. van de Kerchove y décèlent la nécessité pour les juridictions et les États de davantage coordonner et faire coopérer les différents ordres juridiques pour tenter de faire face aux inextricables relations existant entre ceux-ci<sup>97</sup>. Ceci explique sans doute qu'en définitive, ainsi qu'en témoignent les arrêts précédemment examinés, les conflits entre Constitution et droit international portés devant le juge sont assez rares<sup>98</sup>.

### ***C) Des réponses pragmatiques pour éviter le conflit***

Il nous paraît intéressant de noter que, dans leur analyse, F. Ost et M. Van de Kerchove théorisent en réalité une position qui est partagée par de nombreux auteurs, indifféremment partisans des deux thèses précédemment évoquées. Bien plus, certains restent indifférents au débat théorique pour se concentrer uniquement sur les solutions pratiques qu'il est possible d'apporter<sup>99</sup>. Dans cette optique, des mécanismes préventifs des conflits ont été mis en place et sont la voie défendue par la meilleure doctrine<sup>100</sup>. Ainsi, même J. Velu, grand défenseur de la primauté du droit international, conseille, en cas de conflit potentiel entre un traité non-encore ratifié et une disposition constitutionnelle, de soit modifier la Constitution, soit ne pas ratifier le traité, soit émettre des réserves, pour, de la sorte, éviter le conflit<sup>101</sup>. Il semble que c'est là une position de bon sens.

## **VI. Le cas des conflits persistants**

Néanmoins, malgré tous les mécanismes de coopération qui ont, pragmatiquement, dû être développés pour que le système fonctionne, il est possible que le conflit entre droit international et droit interne surgisse et ne puisse être élué. Ainsi, il est des hypothèses où la Belgique ratifie un traité qui est à ce moment parfaitement conforme à son droit constitutionnel mais qui, de par

---

<sup>96</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 75.

<sup>97</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 68 ; pour un exposé plus détaillé et mieux argumenté de cette thèse, je ne peux que renvoyer à la lecture de l'ensemble de l'ouvrage cité. Nous prenons ici le parti que le modèle formel du réseau, à côté de la pyramide kelsenienne traditionnelle, décrit mieux que celle-ci seule, la réalité contemporaine des lieux de production et d'énonciation du droit. Nous ne souhaitons pas nous prononcer sur le caractère souhaitable d'une telle évolution, même si une telle tension semble n'être pas tout à fait absente de l'ouvrage de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE. Voy. à ce propos, la notice bibliographique d'O. CORTEN de l'ouvrage de F. OST et M. VAN DE KERCHOVE sur : [http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=56&tx\\_ttnews\[tt\\_news\]=83&cHash=5657d7df49](http://dev.ulb.ac.be/droitpublic/index.php?id=56&tx_ttnews[tt_news]=83&cHash=5657d7df49).

<sup>98</sup> J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, p. 82.

<sup>99</sup> W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 494, note 145.

<sup>100</sup> Voy. par exemple sur la nécessité d'une procédure allégée de réforme de la Constitution pour garantir sa conformité aux engagements internationaux de la Belgique, M. UYTENDAELE, *op. cit.*, p. 146 ; voyons aussi les contributions de F. DELPEREE, « Le 195, certainement pas, un 195bis pourquoi pas? », de H. DUMONT, X. DELGRANGE et S. VAN DROOGHENBROEK, « La procédure de révision de la Constitution: suggestions » et de A. ALEN, « Commentaar », in F. DELPEREE (éd.), *op. cit.* ; Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « Observations » sous C.C., 16 oct. 1991, *J.T.*, 1992, p. 675 ; voy. aussi l'avis de la section de législation du Conseil d'État in *Doc. Parl.*, Sén., 2004-2005, n°3-1091/1, p. 532. Sur le rôle de l'interprétation dans cette dynamique, voy. E. CLAES et A. VANDAELE, *op. cit.*, pp. 411-491

<sup>101</sup> J. VELU, *op. cit.*, p. 157 et s.

l'évolution de son interprétation, lui devient contraire. Dans ce cas, les mécanismes préventifs du conflit traité-Constitution n'ont bien sûr pu agir. Pour ces cas, rares, où le conflit n'a pu être évité, il est certains éléments qui doivent, selon nous, être pris en compte pour décider de la primauté du droit international ou de la Constitution au sein de l'ordre juridique belge<sup>102</sup>.

Il existe certainement un impératif d'efficacité et de cohérence en droit international. Dans un contexte d'internationalisation croissante, la Belgique ne pourrait se permettre de se voir régulièrement condamnée pour n'avoir pas respecté ses engagements internationaux. En outre, pour exister, le système européen requiert que chaque État ne puisse trop facilement aller à l'encontre des règles qui en sont issues<sup>103</sup>.

Néanmoins, si cette exigence est importante, elle n'est pas absolue et peut être satisfaite de différentes manières<sup>104</sup>. Si, comme la Cour de cassation le fait, il est possible de rencontrer ces impératifs en proclamant de manière absolue la primauté du droit international ayant effet direct sur l'ensemble du droit interne, d'autres options sont ouvertes. Ainsi, tout en adoptant une approche accordant primauté à la Constitution sur le droit international, on pourrait, en droit belge, à côté de l'article 34 de la Constitution, constitutionnellement prévoir une large primauté du droit international sur la loi et même sur la Constitution, à l'exception évidente de la disposition qui fixerait de la sorte la place du droit international dans l'ordre juridique interne. C'est d'ailleurs la voie empruntée par la plupart des Constitutions européennes<sup>105</sup> et elle a notre préférence, car elle permet de conserver la primauté du droit interne et de la Constitution sur le droit international, et de protéger les valeurs de démocratie qui y sont associées, tout en prenant en compte les impératifs d'effectivité et de cohérence du droit international. Elle permettrait également, si l'on accepte comme grille de lecture l'analyse du droit comme réseau que nous avons tentée d'exposer, de créer les conditions nécessaires à un dialogue utile entre les différents acteurs – et juridictions – concernés. Revenons dès lors un instant sur ces différents éléments.

En ce qui concerne l'exigence démocratique, il nous semble en effet difficilement acceptable de permettre à un droit élaboré dans des conditions peu démocratiques de primer en son entièreté le texte fondamental que s'est donné une population<sup>106</sup>. Pour illustrer notre propos, songeons que même si, au niveau européen, point une volonté de démocratiser le fonctionnement des institutions européennes, force nous est de constater que l'objectif n'est pas encore atteint. Ainsi, s'il est déjà interpellant que ce soient les exécutifs des États membres, réunis en Conseil, qui règlent une partie importante des compétences relevant (anciennement) du troisième pilier, c'est-à-dire des matières qui ressortissent intimement aux droits et libertés fondamentales dont la réglementation est traditionnellement dévolue aux Parlements, il nous semble choquant que les décisions prises par ce Conseil puissent, potentiellement, paralyser les dispositions constitutionnelles d'un pays, sans que

---

<sup>102</sup> Notons que dans leur article déjà cité, J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU proposent, pour ces cas rares, une hiérarchisation originale des normes basées sur les contenus, et non plus sur les sources, solution qui trouve selon eux écho dans la jurisprudence récente de plusieurs Cours constitutionnelles et de la C.J.U.E. ; J. VAN MEERBEECK et M. MAHIEU, *op. cit.*, p. 88.

<sup>103</sup> J. VELU, *op. cit.*, p. 199.

<sup>104</sup> Voy. M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé », *R.B.D.C.*, 1998, p. 10.

<sup>105</sup> J. VELU cite ainsi les exemples de Espagne et du Portugal. J. VELU, *op. cit.*, pp. 182 et 184. C'est aussi la position adoptée en France. Ni la Cour de cassation, ni le Conseil d'État, ni le Conseil constitutionnel n'y ont accepté la primauté du droit international sur la Constitution alors que celle-ci prévoit elle-même la primauté du droit international sur la loi ; J-L. PEZANT, « Constitution et Europe », in *La Constitution hier, aujourd'hui et demain*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 20 et s.

<sup>106</sup> *Contra* P. PESCATORE, « Les droits de l'homme et l'intégration européenne », *C.D.E.*, 1968, p. 638 ; cet auteur note, de manière pertinente, que les équilibres, les « checks and balances » à l'intérieur d'une structure internationale sont par nature distincts de ceux existants à l'intérieur d'un État. Néanmoins, il ne nous semble pas que ces mécanismes soient, même dans leur nature propre, déjà équivalents à ceux existant en droit interne.

jamais l'ordre juridique belge ou le Constituant ne puisse s'y opposer<sup>107</sup>, ainsi que l'implique nécessairement l'adhésion à la théorie moniste à primauté du droit international de la Cour de cassation. La conception de la Cour de cassation, en ce qu'elle nie toute possibilité pour l'État, cadre dans lequel ont été pensées toutes les structures du système démocratique, de jamais contrôler ce qui se décide au niveau international, nous paraît donc contestable<sup>108</sup>.

En outre, l'option accordant primauté à la Constitution sur le droit international, en ce qu'elle permet de garder au niveau de l'ordre étatique la possibilité même d'un contrôle de compatibilité des normes internationales avec les fondements de l'ordre juridique belge, nous apparaît aussi être une condition essentielle du dialogue des juges et des systèmes. En effet, historiquement, il est frappant de constater que c'est bien le dialogue, quelquefois musclé, entre Cours constitutionnelles et Cour de Justice de l'Union européenne qui a obligé cette dernière à réfléchir les droits de l'homme et à mettre à l'agenda la nécessité d'un contrôle démocratique au niveau européen. Rappelons-nous à cet égard comment les décisions du Tribunal constitutionnel allemand dans ses arrêts Solange I ou Maastricht<sup>109</sup> ont forcé la Cour de Justice de l'Union européenne à tenir compte des exigences constitutionnelles nationales les plus essentielles. Ce dialogue – ou cet affrontement suivant le point de vue adopté – entre Cours, assurément bénéfique pour le devenir de l'Union, n'aurait à l'évidence pas été possible si le Tribunal constitutionnel allemand avait sans nuances affirmé la primauté du droit européen sur la Constitution. Peut-il en effet y avoir un réel dialogue sans la possibilité de dire « non » ?

En conséquence, les jurisprudences de la Cour constitutionnelle et du Conseil d'État, puisqu'elles font *in fine* primer la Constitution sur le droit international et adhèrent à un monisme accordant primauté au droit interne sur le droit international, nous paraissent devoir davantage être approuvées que celle de la Cour de cassation, en ce qu'elles respectent davantage les impératifs démocratiques et qu'elles permettent un dialogue plus fructueux entre juridictions, permettant ainsi à l'ordre juridique belge de garder voix au chapitre parmi les différents acteurs du réseau<sup>110</sup>. A la différence de la Cour de cassation, elles laissent de surcroît le Constituant belge libre de lui-même fixer, dans un futur que l'on aimerait espérer proche, le degré et les conditions d'ouverture de l'ordre juridique interne belge vis-à-vis du droit international.

## Conclusion

La solution que nous proposons fait donc la part belle au principe démocratique. Si celui-ci, en tant que principe de légitimation, peut être remis en question, nous estimons, ainsi que nous l'avons exposé, qu'un raisonnement strictement juridique ne peut suffire à trancher le débat. En effet, sur la base de leurs prémisses respectives, chacun des arguments avancés par les défenseurs des deux thèses peut sembler décisif. Paradoxalement, en raison de leurs prémisses théoriques et politiques mêmes, ils ne semblent pouvoir, d'un point de vue juridique au moins, emporter conviction lorsqu'on les confronte les uns aux autres. Face à cette opposition et au fait qu'aucun acteur ne peut imposer sa volonté aux autres, l'analyse du droit en réseau pose un constat pertinent. Mettant en

---

<sup>107</sup> Si l'on excepte la dénonciation, dans l'ordre juridique international, des traités en question.

<sup>108</sup> Voy. à ce propos, L. FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 263

<sup>109</sup> Solange I, 29 mai 1974, *C.D.E.*, 1975, p. 149, note COHEN – JONATHAN ; voy. aussi, plus particulièrement, cette note p. 178 ; Brunner, 89 BVerfGE 155, *C.M.L.R.*, 1994, p. 57 ; voy. A. ALEN, « Les relations entre la Cour de Justice des Communautés européennes et les Cours constitutionnelles. », *Liber amicorum P. Martens*, Larcier, 2006, p. 675 (Allemagne) et pp. 677 et s. (Italie) ainsi que P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *op. cit.*, pp. 357 et s.

<sup>110</sup> *Contra* R. ERGEC, « Note » sous C.E., 5 nov. 1996, *J.T.*, 1997, p. 256 ; R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1991, p. 647, n°54 ; J. SOHIER, « La Cour d'arbitrage, juge de la constitutionnalité des traités », *I.D.j.*, 1994, p. 306 ; J.-V. LOUIS, *op. cit.*, p. 27 qui voit dans cette conception un héritage dépassé du concept d'État et de Constitution.

évidence les pratiques coopératives qu'ont dû développer les différents systèmes pour pouvoir fonctionner, cette analyse permet de dépasser quelque peu la vision traditionnelle et pyramidale de la hiérarchie des normes. Toutefois, lorsque les mécanismes de coopération n'ont pas joué leur rôle, le conflit peut être inévitable. Dans ce cas, du point de vue de l'ordre juridique belge, il nous semble nécessaire de privilégier les règles constitutionnelles, en ce qu'elles justifient à ce stade d'une légitimité démocratique dont ne peuvent nullement se targuer les règles adoptées au niveau international et en ce qu'il s'agit là de la condition même pour prendre part utilement au(x) dialogue(s) entre ordres juridiques. Nous ne pouvons dès lors partager la position de la Cour de cassation dans son arrêt du 16 novembre 2004.

<i>Introduction</i> .....	2
<b>I. Constitution et droit international: point de vue du droit international</b> .....	2
<b>II. Constitution et droit international: point de vue du droit interne</b> .....	3
<b>A) La primauté du droit international suivant la Cour de cassation</b> .....	3
1. L'arrêt <i>Le Ski</i> et ses successeurs .....	4
2. L'arrêt de la Cour de cassation du 16 novembre 2004.....	4
3. Le critère de l'effet direct et son rapport à la hiérarchie des normes.....	5
<b>B) La primauté du droit international suivant le Conseil d'État</b> .....	6
1. La position de la section législation du Conseil d'État .....	6
2. La position de la section du contentieux du Conseil d'État .....	7
3. De la possibilité d'une interprétation conciliante de la position des sections du Conseil d'État .....	8
<b>C) La primauté de la Constitution suivant la Cour constitutionnelle</b> .....	8
<b>D) L'approche pragmatique du législateur spécial et le silence du Constituant</b> .....	9
<b>E) Lois, Constitution et droit international: aspects procéduraux</b> .....	10
<b>III. Pourquoi le droit international devrait primer la Constitution</b> .....	11
<b>A) Fondement théorique de la primauté du droit international et jurisprudence de la Cour de cassation</b> .....	11
<b>B) Fondement constitutionnel de la primauté du droit international et jurisprudence du Conseil d'État</b> .....	12
<b>C) Fondement politique de la primauté du droit international</b> .....	13
<b>IV. Pourquoi le droit international ne devrait pas primer la Constitution</b> .....	14
<b>A) Fondement théorique de la primauté de la Constitution</b> .....	14
<b>B) De l'impossibilité de s'affranchir de son système constitutionnel</b> .....	15
<b>C) Fondement politique de la primauté de la Constitution</b> .....	16
<b>V. Ébauche de dépassement: le droit en réseau</b> .....	16
<b>A) Une controverse indécidable?</b> .....	17
<b>B) Le droit en réseau</b> .....	17
<b>C) Des réponses pragmatiques pour éviter le conflit</b> .....	18
<b>VI. Le cas des conflits persistants</b> .....	18
<b>Conclusion</b> .....	20