

**LA RÈGLE DE L'ÉPUISEMENT
DES VOIES DE RECOURS INTERNES
ET LE RECOURS AU JUGE CONSTITUTIONNEL :
UNE EXHORTATION AUX DIALOGUES DES JUGES**

*Commentaire de la décision de la Cour européenne
des droits de l'homme, D. c. Irlande, du 5 juillet 2006,
et digression autour du mécanisme préjudiciel
devant la Cour constitutionnelle de Belgique*

par

Géraldine ROSOUX
Assistante à l'Université de Liège
Référendaire à la Cour constitutionnelle

Introduction

1. Déceler, parmi la déferlante jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, l'arrêt ou la décision digne de commentaire relève parfois de tout un art.

Identifier une ligne directrice de la jurisprudence de Strasbourg, remarquer une « inflexion » de celle-ci, voire découvrir un « revirement » de jurisprudence – le Graal du commentateur juridique – nécessite des contorsions d'autant plus subtiles de l'esprit analytique que cette jurisprudence relève non seulement, comme toute jurisprudence, de la casuistique, mais que cette casuistique est *européenne*.

La conventionnalité du « cas par cas » soumis aux juges strasbourgeois doit donc être appréciée en tenant compte du contexte factuel et juridique de l'affaire *dans* le pays concerné.

Cette appréhension concrète d'une affaire en principe intrinsèque à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme rend toute conclusion hâtive et toute généralisation audacieuse, dès lors que la jurisprudence strasbourgeoise ne peut par définition qu'être aussi multiple qu'il y a de pays membres du Conseil de l'Europe.

2. Le tourisme juridique qu'implique la jurisprudence strasbourgeoise limite ainsi nos ambitions de commentateur. C'est en ayant donc à l'esprit l'absolue

relativité de la décision examinée du 5 juillet 2006 de la Cour européenne des droits de l'homme, *D. c. Irlande*, comme toute décision strasbourgeoise, que nous commencerons donc ce commentaire par un rappel des faits et du contexte juridique irlandais (chapitre Ier).

Cette décision constituera ainsi une occasion de rappeler la règle de l'épuisement des voies de recours internes (chapitre II), et de présenter quelques réflexions sur les implications de cette règle en tant qu'exhortation au dialogue «européen» entre juges, juges de Strasbourg et juridictions nationales, en montrant que ce dialogue peut aussi et surtout constituer un instrument «politique» de conventionnalisation de l'ordre juridique interne, particulièrement lorsque la règle s'applique au contrôle de la constitutionnalité des lois.

En tentant d'éviter la tentation d'application analogique de la décision commentée, nous présenterons enfin, dans ce qui ne constitue qu'une digression, quelques pensées sans ordre concernant le mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle de Belgique¹, afin d'illustrer comment la règle de l'épuisement des voies de recours internes peut également constituer une exhortation au dialogue «interne» entre juges, entre ordres juridictionnels d'un même Etat (chapitre III).

I. - La décision D. c. Irlande du 5 juillet 2006 et son contexte : la compassion, l'avortement et le droit irlandais

A. - Rappel de la décision D. c. Irlande

3. Dans la décision *D. c. Irlande*, une chambre de la Cour européenne des droits de l'homme a conclu à l'irrecevabilité de la requête, pour non-épuisement des voies de recours internes.

Dans cette affaire, la requérante, D., enceinte de jumeaux, apprit que l'un des fœtus était mort *in utero* et que l'autre était atteint d'une anomalie fatale. Face à ce diagnostic, D. décida d'avorter au Royaume-Uni, sans avoir pris toutefois de

¹ Jusqu'au 8 mai 2007, la Cour constitutionnelle de Belgique portait la dénomination « Cour d'arbitrage » (Révision constitutionnelle du 7 mai 2007, *Mon. b.* du 8 mai 2007, 3^e éd.). La loi organique qui la concerne conserve encore l'ancienne discrimination. Il s'agit de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, ci-après la « loi spéciale sur la Cour d'arbitrage ». L'ensemble des dispositions de cette loi doit être revu pour tenir compte de la nouvelle dénomination de la Cour constitutionnelle, laquelle ne s'est accompagnée toutefois d'aucune modification des compétences de la Cour.

renseignements juridiques sur la possibilité légale d'avorter en Irlande. A son retour, elle prétendit avoir fait une fausse couche et eut, par la suite, divers problèmes d'ordre personnel, psychologique et professionnel.

A cette époque, la seule exception à l'interdiction d'avortement inscrite dans l'article 40 de la Constitution irlandaise était l'« existence d'un risque réel et substantiel pesant sur la vie de la mère » et avait été établie par la jurisprudence de la *Supreme Court* dans l'affaire *Attorney General v. X.* de 1992, où une jeune fille de quatorze ans enceinte suite à un viol avait menacé de se suicider si on lui interdisait d'avorter.

Invoquant les articles 1^{er}, 3, 8, 10, 13 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la requérante dénonce l'absence de possibilité légale d'avorter en Irlande lorsque le fœtus présente une anomalie létale.

Elle estime qu'en ayant été obligée de partir à l'étranger pour avorter, sans avoir reçu en Irlande des conseils médicaux sur les implications de cette intervention, sa situation révèle un manquement à l'obligation positive de l'Irlande d'assurer l'absence de traitement « inhumain et dégradant », ainsi qu'une ingérence disproportionnée dans sa vie privée et familiale. En effet, alors qu'elle est, en tant que femme enceinte, la première concernée par sa grossesse, l'Etat ne peut en cette matière disposer d'un pouvoir discrétionnaire absolu : un équilibre aurait dû être recherché entre le droit du fœtus et le droit de la femme enceinte lorsque le fœtus est atteint d'une anomalie létale². En refusant de prendre en considération sa situation, l'Irlande l'aurait ainsi discriminée en tant que femme enceinte ou en tant que femme enceinte d'un fœtus atteint d'une anomalie létale³. Enfin, elle estime ne pas avoir disposé d'un recours interne effectif⁴.

Quatre organisations non-gouvernementales ont fait valoir leurs observations sur la pertinence des griefs, deux d'entre elles soutenant la position de la requérante, les deux autres s'y opposant.

4. En ce qui concerne l'exception préliminaire de non-épuisement des voies de recours internes soulevée par le Gouvernement irlandais, la Cour constate qu'à l'époque des faits, la requérante disposait de la possibilité d'introduire un recours

² Points 58 et 59.

³ Point 60.

⁴ Point 61.

constitutionnel devant la *High Court*, avec possibilité d'appel devant la *Supreme Court*, visant à l'obtention d'ordres déclaratoires et obligatoires en vue d'avorter légalement en Irlande.

La requérante aurait pu ainsi tenter d'obtenir une *interprétation extensive* des exceptions à l'interdiction de principe d'avorter prévue par la Constitution irlandaise.

Dans un système de droit coutumier, il est en effet extrêmement important de permettre aux tribunaux d'élaborer une protection constitutionnelle des droits fondamentaux par le biais de l'interprétation ; c'est donc aux individus eux-mêmes qu'il incombe de mettre à l'épreuve l'étendue de cette protection *par la voie de l'interprétation prétorienne de la Constitution*⁵.

Dans le cas d'espèce, la Cour considère qu'il existait, même s'il était nouveau, un argument défendable⁶, à savoir que le droit à la vie du fœtus inscrit dans la Constitution devait être infléchi en faveur de la mère lorsque l'enfant à naître souffre d'une anomalie létale.

La Cour refuse l'argument selon lequel ce recours constitutionnel n'était pas *accessible* à la requérante ou qu'elle n'aurait pu trouver un avocat pour la représenter dans une affaire qui « aurait fait jurisprudence »⁷.

Par ailleurs, la Cour estime qu'il aurait été possible d'obtenir un ordre déclaratoire et obligatoire pertinent *en temps voulu*, compte tenu du fait qu'il existe déjà des possibilités légales d'avorter en Irlande et que la pratique démontre que les chefs des principales maternités ne sont pas opposés à un avortement en cas d'anomalie létale du fœtus⁸.

Selon la Cour, la requérante disposait d'un recours constitutionnel *effectif, même si des incertitudes* subsistaient quant à trois questions pertinentes découlant de la nouveauté, de la complexité et de la sensibilité de la question de fond et des impératifs procéduraux inhérents à la situation de la requérante : (1) les perspectives de succès ; (2) le peu de temps disponible pour mener la procédure à son terme (il ne restait plus que six semaines à la requérante avant l'expiration du délai de 24 semaines au cours desquelles l'avortement était normalement disponible au

⁵ Point 85.

⁶ Points 90 et 92.

⁷ Point 87.

⁸ Point 88.

Royaume-Uni) et (3) la garantie que son anonymat serait protégé⁹.

Ainsi, la Cour rappelle que l'affaire *Attorney General v. X.* a permis d'établir une exception à l'interdiction d'avortement par le biais d'une interprétation de la Constitution, qui était loin d'être poursuivie avec certitude, mais qui illustre le potentiel et l'importance que revêt le recours constitutionnel dans un système de droit coutumier¹⁰.

On pouvait donc raisonnablement attendre de la requérante qu'elle prenne certaines mesures préliminaires¹¹, malgré le coût de la procédure¹² et malgré le profond désarroi causé par le diagnostic et ses conséquences¹³. Elle aurait ainsi pu introduire une requête devant la *High Court* et solliciter d'urgence, malgré la complexité de la matière¹⁴, une audience préliminaire à huis clos, qui aurait préservé son anonymat¹⁵.

Si cela supposait certes que la requérante poursuive pendant ces démarches une grossesse déjà avancée, la Cour estime toutefois que le déroulement de ces étapes préliminaires aurait permis de lever ces incertitudes et d'apprécier le caractère effectif du recours dans son cas¹⁶.

Enfin, dès lors qu'elle n'a pas entrepris des démarches en vue d'obtenir un avortement légal en Irlande, les critiques adressés à la loi de 1995 relative aux services d'avortement à l'étranger doivent également être rejetées pour non-épuisement des voies de recours internes¹⁷.

5. Dans la présente décision, la Cour de Strasbourg interprète de manière

⁹ Point 102.

¹⁰ Point 90.

¹¹ Point 91.

¹² Point 100.

¹³ Point 101.

¹⁴ Point 96.

¹⁵ Points 98 et 99.

¹⁶ Point 102.

¹⁷ Point 104.

purement juridique et formelle – sans compassion, a-t-on envie de dire – la situation de la requérante au regard de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes.

Alors que la Cour rappelle qu'il résulte de sa propre jurisprudence que l'appréciation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit prendre en considération « *toutes les circonstances de l'espèce* »¹⁸, elle estime, dans un raisonnement assez peu humaniste, que, malgré son profond désarroi, la requérante aurait dû poursuivre une grossesse avec un fœtus mort et l'autre appelé à le devenir, afin de faire évoluer la jurisprudence constitutionnelle dans un système de droit coutumier ; elle aurait donc dû poursuivre sa grossesse pour « *faire jurisprudence* », malgré les incertitudes manifestes quant aux possibilités de succès de pareil recours.

La présente décision d'irrecevabilité témoigne d'une approche purement formaliste et théorique : la requérante aurait donc dû, par abnégation, faire fi de sa situation physique et psychologique afin de participer au progrès du droit. Le martyr juridique est né.

6. Alors que le contentieux porté devant la Cour européenne des droits de l'homme est en principe un contentieux concret, qui prend en considération tant le système juridique que les faits propres au litige, le raisonnement ici présent ne tient compte que du système de droit coutumier irlandais, *qui devient l'aune* de l'appréciation de la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

Dans le système judiciaire irlandais, ce sont en effet la *High Court* et la *Supreme Court*, juridictions *judiciaires* de première instance et d'appel en dernier ressort, qui disposent d'un *monopole* de compétence (*judicial review*) en ce qui concerne le contrôle – incident ou direct – de la validité des lois au regard de la Constitution irlandaise¹⁹.

Il existe donc en Irlande un système de contrôle « hybride », à la fois concentré et non spécialisé, de constitutionnalité des lois, dans lequel *seules certaines juridictions judiciaires* sont habilitées à opérer un contrôle de la validité des lois au regard de la Constitution.

Et la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà considéré que

¹⁸ Point 84.

¹⁹ Article 34.3, 2°, de la Constitution irlandaise, voy. notamment S. FREY, « Aspecten van de Ierse Grondwet », in *Liber amicorum Frédéric Dumon*, Kluwer, Anvers, 1983, pp. 775-791, ici pp. 786-788.

celui qui se plaint d'une inconstitutionnalité d'une loi irlandaise doit, avant d'agir à Strasbourg, introduire un recours devant la *High Court* pour faire déclarer l'inconstitutionnalité, suivie, le cas échéant, d'un recours à la *Supreme Court*²⁰.

7. Mais ce qui est fondamental ici, c'est le potentiel octroyé à la jurisprudence constitutionnelle irlandaise, non plus pour censurer la loi, mais pour *créer* de nouveaux droits par l'interprétation, ce qui apparaît pourtant beaucoup plus aléatoire.

Ainsi, le rôle de la *jurisprudence*, dans le système de droit coutumier irlandais, pour l'élaboration d'une protection constitutionnelle des droits fondamentaux est un élément susceptible de *renforcer la nature de l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes*, par rapport à un système « légaliste » de droit écrit : puisque ce sont les juridictions qui forgent la protection constitutionnelle des droits fondamentaux, les recours constitutionnels doivent *à tout le moins être tentés*, indépendamment de la situation individuelle d'inconfort des requérants, et indépendamment des chances de succès de ces recours.

De la sorte, l'appréciation du caractère effectif du recours constitutionnel dans un système de droit coutumier comme le droit irlandais ne peut plus se faire que s'il existe une *tentative* de recours, indépendamment des chances de succès du recours.

En considérant que l'existence d'un recours effectif au sens de la Convention ne peut être mesurée que s'il y a tentative de recours, le raisonnement de la Cour devient circulaire, puisqu'il aboutit en fait à *supprimer l'exigence d'effectivité* du recours constitutionnel dans les systèmes de droit coutumier, alors même que l'effectivité est, en principe, une caractéristique des recours devant être épuisés avant d'agir à Strasbourg. Dans ces systèmes, en effet, tout recours constitutionnel, par nature aléatoire, devra être intenté.

B. – L'avortement en Irlande, entre Strasbourg et Luxembourg

8. A l'arrière-plan de la décision commentée, il y a également – et peut-être surtout – la question, ultra-sensible, de la légalité de l'avortement en Irlande²¹,

²⁰ Voy. notamment les décisions de la Comm. eur. dr. h., *Stoutt c. Irlande* du 14 octobre 1986 et *McDonnell c. Irlande* du 15 février 1990.

²¹ Pour une présentation de l'évolution de cette problématique, voy. notamment S. FREY, « Aspecten van de Ierse Grondwet », *op. cit.*, pp. 789-791 ; B. WALSH, « The position of women in Irish constitutional law », in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, tome III, pp. 1485-1502, ici pp. 1498-1501 ; B. WALSH, « The Constitution of Ireland and the European Convention of human rights : comparisons and contrasts », in *Liber*

question qui a déjà fait l'objet d'une prise de position catégorique de Strasbourg.

Dans l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande* du 29 octobre 1992²², c'est en effet une interprétation de l'interdiction constitutionnelle de principe de l'avortement qui a été indirectement remise en cause par la Cour européenne des droits de l'homme au regard de la liberté d'expression.

9. L'article 40.3 de la Constitution irlandaise de 1937, issu du huitième amendement à la Constitution de 1983, disposait à ce moment :

« 3° L'Etat reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, en respectant pleinement le droit égal de la mère à la vie, garantit dans sa législation le respect de ce droit et, dans la mesure du possible, de le défendre et de le faire valoir par ses lois ».

Avant même l'introduction de cette disposition explicite, alors que la Constitution ne contenait aucune disposition interdisant expressément l'avortement, les tribunaux considéraient que la protection de la vie de chaque citoyen, garantie par l'article 40.3, 2°, s'étendait au fœtus et que la Constitution interdisait *implicitement* l'avortement.

En Angleterre et au pays de Galles, l'affaire *R. v. Bourne* de 1939 a toutefois conduit à admettre la légalité d'un avortement lorsqu'il s'agissait de préserver la vie de la mère ; en Irlande, certains tribunaux ont accepté d'appliquer les principes de la jurisprudence *R. v. Bourne* en cas d'avortements pratiqués sur des mineures ou des adultes mentalement incapables.

Dans le courant des années 1980, il est toutefois apparu nécessaire de remplacer la jurisprudence par des dispositions expresses, ce qui a donné lieu au texte de l'article 40.3, 3°, précité, qui a consacré constitutionnellement le droit à la vie de l' « enfant à naître »²³.

Amicorum Marc-André Eissen, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 453-483, ici pp. 462-463.

²² Ci-après : arrêt *Open Door*. Sur cet arrêt, voy. F. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression », obs. sous l'arrêt précité, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, pp. 345-358 ; F. SUDRE, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », note sous Cour eur. dr. h., 9 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, R.F.D.C., 1993, pp. 216-222.

²³ Le choix des termes « enfant à naître » au lieu de « fœtus » n'est d'ailleurs pas anodin, dès lors que ces termes consacrent un *sujet* de droit, titulaire de droits, et se réfèrent implicitement à la « personne » future.

Après l'adoption de cette disposition constitutionnelle en 1983, une société de lutte contre l'avortement a obtenu des juridictions irlandaises, sur la base de l'article 40.3, 3°, de la Constitution, une injonction empêchant deux associations sans but lucratif de fournir aux femmes enceintes des informations concernant les possibilités d'avortement en dehors du territoire irlandais, notamment l'indication des noms et adresses de cliniques pratiquant l'avortement.

Ces deux organisations ont saisi la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant une violation de leur liberté de recevoir et de communiquer des informations.

Une violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme a ainsi été constatée dans l'arrêt *Open Door*, adopté en séance plénière²⁴ de la Cour européenne des droits de l'homme.

10. Analysant le texte de l'article 40.3, 3°, de la Constitution au regard de l'ensemble des garanties offertes par le droit irlandais aux droits de l'enfant à naître, la Cour a estimé dans cet arrêt que la restriction à l'article 10 de la Convention était suffisamment prévisible par les requérantes pour être considérée comme « prévue par la loi »²⁵.

Par ailleurs, considérant que « la protection garantie par le droit irlandais au droit à la vie des enfants à naître repose, à l'évidence, sur de profondes valeurs morales concernant la nature de la vie », la Cour a considéré que la restriction « poursuivait donc le but légitime de protéger la morale, dont la défense en Irlande du droit à la vie de l'enfant à naître constitue un aspect »²⁶.

En ce qui concerne le contrôle de la nécessité ou de la proportionnalité de l'ingérence, le Gouvernement irlandais soutenait que ce contrôle n'était pas possible face au droit à la vie des enfants à naître, valeur primordiale qui ne saurait être mise en balance avec d'autres droits, de nature secondaire.

Face à cet argument, la Cour a estimé qu'elle « ne saurait admettre que l'Etat possède, dans le domaine de la protection de la morale, un pouvoir discrétionnaire absolu et insusceptible de contrôle » et qu'« on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des Etats contractants une notion européenne uniforme de la

²⁴ Avec toutefois cinq opinions partiellement dissidentes, une opinion séparée et une opinion concordante.

²⁵ Arrêt *Open Door*, point 60.

²⁶ *Ibid.*, point 63.

morale »²⁷.

Toutefois, si les autorités nationales ont en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles jugent nécessaires au respect de la prééminence du droit à la vie des enfants à naître, elles doivent toutefois en user de manière compatible avec la Convention²⁸. Les organes de Strasbourg doivent donc contrôler la compatibilité des limitations à la liberté d'information « avec les principes d'une société démocratique »²⁹.

En l'espèce, par son caractère absolu, l'injonction était trop large et disproportionnée : les sociétés concernées n'encourageaient en effet pas l'avortement mais se bornaient à fournir des informations sur les solutions qui s'offraient ; il était d'ailleurs possible de se procurer ces renseignements par d'autres sources et, en outre, les éléments recueillis ont démontré que l'injonction avait créé un risque pour la santé des femmes enceintes³⁰.

Enfin, « sans remettre en cause » le régime de protection spéciale accordée en Irlande aux enfants à naître, la Cour a constaté que l'injonction n'interdisait pas aux femmes enceintes d'avorter à l'étranger, mais simplement de recevoir des informations qui pouvaient se puiser par d'autres sources : ce n'est donc pas une interprétation de l'article 10 de la Convention qui est susceptible de limiter ou de détruire le droit à la vie des enfants à naître, « mais le mode d'application du droit interne en vigueur qui rend possible le maintien, à son niveau actuel, du nombre des avortements subis par des Irlandaises hors de leur pays »³¹.

11. Dans cet arrêt, la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la Convention concerne ici non pas l'expression d'une pensée, d'une opinion, autrement dit, d'une activité humaine de production de l'esprit, mais une « simple » information objective, factuelle, *la portée à la connaissance d'autrui*.

Dans un très bref considérant, le raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme revient donc à considérer que l'information sur les possibilités d'avortement n'est pas de nature à favoriser les avortements. Alors que le juge constitutionnel fondait directement l'interdiction de diffusion de ce type

²⁷ *Ibid.*, point 68.

²⁸ *Ibid.*, point 69.

²⁹ *Ibid.*, point 72.

³⁰ *Ibid.*, points 73 à 77.

³¹ *Ibid.*, points 78 et 79.

d'information sur la disposition constitutionnelle garantissant le droit à la vie des enfants à naître, la Cour de Strasbourg dissocie quant à elle complètement *la connaissance et la pratique*, censurant ainsi *indirectement* la décision constitutionnelle fondant l'injonction sur l'article 40.3, 3°, de la Constitution irlandaise, tout en évitant de se prononcer *directement* sur le droit à la vie de l'enfant à naître³².

12. Or, juste avant l'arrêt *Open Door*, la Cour de justice des Communautés européennes avait été saisie par la *High Court* de Dublin d'une question préjudicielle³³ pour savoir si le droit communautaire protégeait la liberté d'information en matière de services d'interruption de grossesse en dehors de l'Irlande.

Le litige au fond concernait une interdiction de diffusion, dans des publications estudiantines, de renseignements sur les possibilités d'avortement en dehors de l'Irlande.

Dans l'arrêt du 4 octobre 1991 *Society for the Protection of the Unborn Children c. Stephen Grogan et autres*³⁴, la Cour de justice de Luxembourg a considéré que l'interruption médicale de grossesse constituait un « service au sens de l'article 60 du traité C.E.E. »³⁵ mais que, toutefois, le lien entre l'activité des associations d'étudiants concernées et les interruptions médicales de grossesse pratiquées dans les autres Etats membres était « *trop ténu* » pour que l'interdiction de diffuser des informations puisse être considérée comme une restriction à la liberté de prestation de services relevant de l'article 59 du Traité³⁶.

Les informations objectives sur les possibilités d'avortement à l'étranger constituent, à la différence de la publicité commerciale qui émanerait des acteurs intéressés, « une manifestation de la liberté d'expression et d'information, indépendante de l'activité économique exercée par les cliniques établies dans un autre Etat membre »³⁷. Bien qu'elle ait considéré devoir fournir, à titre préjudiciel,

³² B. WALSH, « The Constitution of Ireland and the European Convention of human rights : comparisons and contrasts », *op. cit.*, p. 462.

³³ En vertu de l'article 177 du Traité C.E.E.

³⁴ Affaire C-159-90, *Rec.*, pp. 4733-4742. Sur cet arrêt, voy. H. GAUDEMET-TALLON, note sous l'arrêt précité, *R.T.D.E.*, 1992, pp. 167-180 ; F. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesses, une liberté économique selon le droit communautaire », obs. sous l'arrêt précité, *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 63-71.

³⁵ Point 21.

³⁶ Point 24.

³⁷ Point 26.

« tous les éléments d'interprétation nécessaires à l'appréciation, par une juridiction nationale, de la conformité de cette réglementation avec les droits fondamentaux dont la Cour assure le respect »³⁸, la Cour de Luxembourg a estimé toutefois devoir ici décliner sa compétence puisqu'elle a décidé que la réglementation nationale « ne se situe pas dans le champ d'application du droit communautaire »³⁹.

Examinant cette interdiction de diffuser des informations sous le seul angle « économique » de la liberté de circulation, la Cour de justice a donc conclu que la réglementation nationale en cause ne se situait pas dans le cadre du droit communautaire, ce qui lui a ainsi permis d'éviter de se prononcer dans une optique de droits fondamentaux et l'a conduite par conséquent, à « éluder le débat de fond »⁴⁰, évitant un conflit potentiel avec Strasbourg, dès lors que les avocats généraux lui suggéraient une interprétation que la Cour de Strasbourg a ensuite contredite⁴¹.

En se fondant sur des normes de référence différentes, Luxembourg rejoint donc Strasbourg, puisque l'élaboration de son raisonnement aboutit à distinguer clairement, comme la Cour de Strasbourg, *la connaissance* – l'information sur des possibilités d'avortement à l'étranger, d'une part, qui relève des droits « fondamentaux » – *et la pratique* – les avortements pratiqués à l'étranger, d'autre part, qui relèvent des libertés « économiques ».

13. Moins d'un mois après l'arrêt *Open Door*, l'article 40.3, 3°, de la Constitution irlandaise sera complété par les alinéas suivants :

« *Cet alinéa ne limite pas la liberté de se déplacer entre l'Etat et un autre pays.*

Cet alinéa ne limite pas la liberté d'obtenir des informations sur les services légalement disponibles dans un autre pays ou de rendre ces informations disponibles dans l'Etat, sans préjudice des dispositions établies par la loi ».

³⁸ Point 31.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 173.

⁴¹ Voy. F. RIGAUX, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesses, une liberté économique selon le droit communautaire », *op. cit.*, pp. 70-71 ; J.-P. PUISSOCHET, « La Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de Justice des Communautés européennes et la protection des droits de l'homme », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Protecting Human Rights : the European Perspective – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 2000, pp. 1139-1151, ici p. 1147.

Ces deux alinéas, respectivement 13^e et 14^e amendements à la Constitution, ont été ajoutés à la suite du référendum du 25 novembre 1992, qui a ainsi aligné la Constitution irlandaise sur les exigences posées par l'arrêt *Open Door* de la Cour européenne des droits de l'homme. Par la suite, la législation de 1995 relative aux informations sur les services d'avortement à l'étranger sera adoptée.

Ce référendum de 1992 a toutefois refusé le 12^e amendement proposé à la Constitution concernant l'avortement en cas de danger pour la vie de la mère⁴², alors que, peu de temps auparavant, la décision précitée *Attorney General v. X.* de 1992 avait accepté, de manière purement prétorienne, une interprétation de la Constitution qui admet un tempérament au droit à la vie du fœtus en cas de risque réel et substantiel pour la vie de la mère : les juges avaient donc admis ce que le peuple a ensuite, par crainte d'abus, refusé.

14. Pour comprendre les enjeux de ces différents épisodes juridictionnels, il convient de rappeler que le « droit à la vie » du fœtus, garanti par la Constitution irlandaise, plonge ses racines dans une société irlandaise baignée de catholicisme⁴³. Et l'histoire démontre que la religion, ou la morale, peut parfois, directement ou indirectement, dicter un droit.

Dans son préambule, la Constitution irlandaise de 1937 se proclame d'ailleurs adoptée « au nom de la Très Sainte Trinité, de laquelle découle toute autorité et à laquelle toutes les actions des hommes et des Etats doivent se conformer », et reconnaissant « toutes nos obligations envers notre seigneur, Jésus-Christ ».

Les références à Dieu parsèment ensuite le texte constitutionnel : l'article 6 précise que tous les pouvoirs émanent, « après Dieu », du peuple ; l'article 12.8 prévoit l'entrée en fonction du Président de la République, après une déclaration solennelle qui débute par les termes « En présence de Dieu Tout Puissant » et qui se termine par « Que Dieu me guide et me soutienne » ; les articles 31.4 et 34.5, 1^o, prévoient de même une déclaration solennelle des membres du Conseil d'Etat et des magistrats « En présence de Dieu Tout Puissant » ; l'article 41.3, 2^o, interdisait jusqu'en 1996 la dissolution du mariage ; l'article 44 dispose enfin : « L'Etat reconnaît que l'hommage de l'adoration publique est dû au Dieu Tout Puissant. Son nom est

⁴² Conformément aux articles 46 et 47 de la Constitution, toute proposition de révision de la Constitution doit, après avoir été approuvée par les deux chambres, être soumise à un référendum. Voy. à ce sujet, A. SHERLOCK, « Constitutional Change, Referenda and the Courts in Ireland », *Public Law*, avril 1997, pp. 125-136.

⁴³ Voy. notamment S. FREY, « Aspecten van de Ierse Grondwet », *op. cit.*, pp. 782-783.

révéré et on doit respecter et honorer la religion ».

L'article 41 de la Constitution irlandaise insiste ensuite sur la « famille » en tant qu'unité naturelle primaire de la société, possédant des droits inaliénables et imprescriptibles, antérieurs et supérieurs au droit positif, et que l'Etat garantit.

15. Dans une société qui fonde son texte constitutionnel sur un Dieu Tout Puissant, le droit à la vie de l' « enfant à naître » peut apparaître comme dérivant d'une allégeance à la religion. Ce droit est le paradigme des droits fondamentaux, conçus par la Constitution irlandaise comme des droits « *naturels* », qui ne sont pas le fruit de la loi, mais qui lui sont antérieurs et supérieurs⁴⁴.

Mais il ne faut peut-être pas non plus oublier que la société forge non seulement le droit, mais également les consciences et l'opinion publique, et que, *par le biais de l'éducation*, l'interdiction de l'avortement a pu également paraître tellement absolue à la requérante qu'un recours constitutionnel a pu, dans sa situation, paraître bien vain.

Le *tabou de l'avortement*, à ce point ancré dans l'inconscient irlandais hyper-religieux, constitue peut-être une explication – non juridique, mais peut-être simplement humaine – de l'absence de tentative de recours juridique de la part de la requérante.

II. - La règle de l'épuisement des voies de recours internes ou le dialogue invisible des juges dans sa dimension européenne

A. - La règle de l'épuisement des voies de recours internes

16. Avant l'entrée en vigueur en 1998⁴⁵ du Protocole additionnel n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, c'était la Commission européenne des droits de l'homme qui « filtre » les requêtes en contrôlant leur recevabilité, notamment au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes prévue par l'article 26 de la Convention, dont le contenu a été reproduit dans l'actuel article 35 de la Convention.

Si l'accroissement considérable des requêtes a nécessité une réforme des

⁴⁴ B. WALSH, « The Constitution of Ireland and the European Convention of human rights : comparisons and contrasts », *op. cit.*, p. 455.

⁴⁵ Le 1^{er} novembre 1998.

organes de Strasbourg, les critères de recevabilité restent, eux, inchangés⁴⁶.

L'article 35 (ancien article 26) de la Convention européenne des droits de l'homme, intitulé « Conditions de recevabilité », dispose ainsi :

« 1. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive.

[...]

4. La Cour rejette toute requête qu'elle considère comme irrecevable en application du présent article. Elle peut procéder ainsi à tout stade de la procédure ».

Si le contrôle de la recevabilité est actuellement effectué par la Cour elle-même, il ne semble toutefois pas que la « fusion » de la Cour et de la Commission en un organe unique, opérée par le Protocole n° 11⁴⁷, ait entraîné des revirements de jurisprudence *quant au contenu* même de l'exigence d'épuisement des voies de recours internes, telle qu'elle avait été précisée par la Commission européenne des droits de l'homme, même si certains auteurs constatent toutefois une « sévérité accrue »⁴⁸ dans l'appréciation concrète de l'exigence, dans l'objectif (non avoué) de

⁴⁶ Rapport explicatif au Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme, point 41, publié dans la *R.U.D.H.*, 1994, pp. 91-101, ici p. 94. Voy. aussi le document du Conseil de l'Europe, « Réforme du système de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 503-521.

⁴⁷ Ainsi, le filtrage par la Cour est effectué selon les mêmes critères que ceux définis aux anciens articles 26 et 27. Par ailleurs, l'article 35, §4, *in fine*, permet, ce qui est nouveau, à la Cour de déclarer une requête irrecevable « à tout stade de la procédure ». Sur le Protocole n° 11, voy. notamment, R. BADINTER, « Du protocole n° 11 au protocole n° 12 », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 103-112 ; V. BERGER, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme : d'une jurisprudence à l'autre ? », in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 129-144 ; J. CALLEWAERT, « La Cour européenne des droits de l'homme un an après le Protocole n° 11 », *J.T.D.E.*, 1999, pp. 201-207 ; A. DRZEMCZEWSKI et J. MEYER-LADEWIG, « Principales caractéristiques du nouveau mécanisme de contrôle établi par la C.E.D.H. suite au Protocole n° 11, signé le 11 mai 1994 », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 81-102 ; A. DRZEMCZEWSKI, « Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme - Entrée en vigueur et première année d'application », *R.U.D.H.*, 1999, pp. 377-393 ; G. JANSSEN-PEVTSCHIN, « Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1994, pp. 483-500 ; P. LAMBERT, « Quelle réforme pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. dr. h.*, 1992, pp. 795-805.

⁴⁸ M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. II, pp. 1299-1315, ici p. 1301, ainsi que pp. 1307 et s. Voy. aussi J.-F. FLAUSS, « La condition de l'épuisement des griefs au sens de l'article 26 CEDH : les enseignements de l'arrêt Cardot », *R.U.D.H.*, 1991, pp. 529-536, ici p. 534.

limiter l'afflux des requêtes à Strasbourg.

17. La doctrine considère généralement la règle de l'épuisement des voies de recours internes se fonde sur le principe de *subsidiarité*.

Le caractère subsidiaire de la saisine de Strasbourg trouve son origine dans une règle coutumière de droit international public⁴⁹ : en tant que juridiction à caractère « international » ou « supranational », issue de la volonté commune de différentes Etats, la Cour européenne des droits de l'homme n'est donc appelée à statuer que lorsque des atteintes éventuelles aux droits fondamentaux n'ont pas été rétablies par les Etats membres eux-mêmes, gardiens en première ligne de ces droits fondamentaux.

Le fait que la protection nationale doive devancer la protection internationale traduit donc d'abord le principe de *souveraineté* des Etats et la règle d'*antériorité* : la juridiction internationale n'existe qu'en vertu d'un acte souverain des Etats, et parce que les Etats l'ont voulue et acceptent de s'y soumettre. Par ailleurs, la Convention est appelée à s'appliquer en premier lieu entre les relations de chaque Etat avec ses sujets⁵⁰ et ce n'est que si l'Etat n'est pas à même d'assurer lui-même le respect de la Convention que la juridiction internationale peut être appelée à intervenir dans la relation conventionnelle conçue *a priori* comme une relation interne.

La protection nationale doit également devancer la protection internationale parce qu'elle est considérée comme *plus efficace*, les autorités de l'Etat se trouvant « en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer ». La *proximité* des autorités nationales permet donc une meilleure compréhension des enjeux et des solutions possibles au litige. C'est donc aux autorités nationales qu'il appartient en premier lieu de redresser les violations de la Convention qui ont pu être commises.

Ainsi, la Cour rappelle que « la finalité de l'article 35 est de ménager aux Etats contractants l'occasion de prévenir ou redresser les violations alléguées contre eux avant que ces allégations ne soient soumises aux organes de la Convention [...]. Les Etats n'ont donc pas à répondre de leurs actes devant un organisme international avant d'avoir eu la possibilité de redresser la situation dans leur ordre juridique interne. Cette règle se fonde sur

⁴⁹ J. GUINAND, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1968, pp. 471-484, ici p. 471.

⁵⁰ E. PICARD, « Article 26 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P. H. IMBERT (dirs.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, 2e éd., Economica, Paris, 1999, pp. 591-620, ici p. 592.

l'hypothèse, objet de l'article 13 de la Convention – et avec lequel elle présente d'étroites affinités – que l'ordre interne offre un recours effectif quant à la violation alléguée. De la sorte, elle constitue un aspect important du principe voulant que le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revête un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme [...].»⁵¹.

18. L'effectivité de la règle de l'épuisement des voies de recours internes impose donc que l'exacte application de la Convention puisse être assurée par le biais de recours ouverts précisément au requérant. Dans cette optique, la règle *procédurale* de cet épuisement a pour corollaire une garantie *substantielle*, celle du *droit à un recours effectif* prévu par l'article 13 de la Convention⁵². Ce droit au recours effectif⁵³ peut d'ailleurs lui-même renforcer le caractère subsidiaire du recours à Strasbourg, en étant à l'origine de la création de *nouvelles* voies de recours internes à épuiser au préalable, comme cela a par exemple été suggéré pour dépassement du délai raisonnable dans l'arrêt *Kudla c. Pologne*⁵⁴.

⁵¹ Cour eur. dr. h., *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, point 74.

⁵² Le lien entre la règle de l'épuisement des voies de recours internes et le droit au recours effectif a été rappelé par la Cour dans l'arrêt *Kudla c. Pologne* du 29 octobre 2000, point 152 : « Le mécanisme de plainte devant la Cour revêt donc un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de sauvegarde des droits de l'homme. Cette subsidiarité s'exprime dans les articles 13 et 35, §1^{er}, de la Convention ».

⁵³ Sur l'article 13 de la Convention, voy. notamment D. DE BRUYN, « Le droit à un recours effectif », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire – Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 185-205 ; M. CROMHEECKE et V. STAELENS, « Art. 13. Recht op daadwerkelijk rechtshulp », in J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (dir.), *Handboek EVRM – Deel 1*, Intersentia, Anvers, 2004, pp. 75-126 ; A. DRZEMCZEWSKI et C. GIAKOUMOPOULOS, « Article 13 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P. H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article*, 2e éd., Economica, Paris, 1999, pp. 455-474 ; J.-F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif – L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.U.D.H.*, 1991, pp. 324-336 ; G. Malinverni, « Variations sur un thème encore méconnu : l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », obs. sous l'arrêt de la Cour eur. dr. h., *Camenzind c. Suisse*, 16 décembre 1997, *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 647-657 ; W. VANDENHOLE, « Art. 13 EVRM », in *Grondwet, wetgeving staatsvorming en EVRM*, die Keure, Bruges, 2006, pp. 753-756.

⁵⁴ Cour eur. dr. h., *Kudla c. Pologne*, 29 octobre 2000. Sur cet arrêt, voy. notamment M.-A. BEERNAERT, « De l'épuisement des voies de recours en cas de dépassement du délai raisonnable », *Rev. trim. dr. h.*, 2004, pp. 905-919 ; P. DOCQUIR, « Délai raisonnable : l'exigence d'un recours effectif en droit interne », *C.D.P.K.*, 2001, pp. 273-276 ; J.-F. FLAUSS, « Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique », obs. sous Cour eur. dr. h., *Kudla c. Pologne*, *Rev. trim. dr. h.*, 2002, pp. 179-201 ; P. FRUMER, « Le recours effectif devant une instance nationale pour dépassement du délai raisonnable – Un revirement dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 2001, pp. 49-53 ; P. LAMBERT, « Vers un recours interne effectif contre la durée excessive des procédures ? », *J.T.*, 2001, p. 222 ; H. VUYE, « Libertés publiques et arriéré judiciaire : l'article 6, §1^{er}, et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 488-501, ici pp. 495-498. Dans cet arrêt, la Cour a choisi de se prononcer séparément sur le grief pris de la violation de l'article 13 de la Convention, après avoir constaté une

Selon le Président L. WILDHABER, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes posée par l'article 35 de la Convention et l'obligation d'offrir un recours effectif prévue par l'article 13 de la Convention confirment le fait que « pratiquement toutes les obligations conventionnelles renferment *une obligation positive implicite* de mettre en place et de rendre effectives des procédures permettant de revendiquer au niveau national le droit en cause »⁵⁵.

La règle de l'épuisement des voies de recours internes et le droit à un recours effectif sont donc les deux faces d'une même médaille⁵⁶, qui tend à *obliger* à une mise en œuvre *nationale* de la Convention.

19. Comme l'a remarqué M. MELCHIOR, l'interprétation jurisprudentielle des règles de recevabilité « contribue à déterminer le contenu concret des droits garantis par la Convention »⁵⁷.

Non seulement l'ensemble des règles de recevabilité permet de préciser le contenu matériel des droits, mais plus particulièrement la règle *procédurale* de l'épuisement des voies de recours internes *participe* en tant que telle au contenu matériel des droits, puisque cette règle tend à favoriser l'application *matérielle*, par les autorités nationales, de la Convention européenne des droits de l'homme⁵⁸.

Autrement dit, la procédure est au service du fond.

20. Analysant la jurisprudence européenne relative à l'épuisement des voies de recours internes, la doctrine⁵⁹ explicite souvent cette exigence comme

violation de l'article 6 de la Convention, pour dépassement du délai raisonnable. De la sorte, elle tend à inciter les Etats membres à créer une voie de recours interne à épuiser au préalable afin de sanctionner les dépassements du délai raisonnable, qui constituent une énorme partie du contentieux soumis à la Cour.

⁵⁵ L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.U.D.H.*, 2002, pp. 1-6, ici p. 1.

⁵⁶ Sur ce lien, voy. notamment P. LEGROS et Ph. COENRAETS, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et l'accès effectif à une juridiction dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1998, pp. 27-35.

⁵⁷ M. MELCHIOR, « La procédure devant la Commission européenne des droits de l'homme », in *Introduire un recours à Strasbourg ? Een zaak aanhangig maken te Straatsburg ?*, Nemesis, Bruxelles, Coll. Droit et justice, 1986, pp. 11-34, ici p. 14.

⁵⁸ Sur la nature – règle procédurale ou de fond ? – de l'épuisement des voies de recours internes, voy. notamment O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 63-130, ici pp. 73-100, spéc. pp. 73-77.

⁵⁹ Sur l'article 35 de la Convention (ancien article 26), voy. notamment D. DE BRUYN, « L'épuisement des voies de recours internes », in *Les exceptions préliminaires dans la Convention européenne des droits de*

imposant d'épuiser les recours internes pour autant qu'ils soient (1) *adéquats*, c'est-à-dire que l'autorité saisie doit être à même de redresser la violation alléguée, (2) *effectifs*, c'est-à-dire non dépourvus *a priori* de toute chance de succès et (3) *accessibles* directement au requérant, c'est-à-dire que celui-ci soit en mesure de déclencher directement la procédure.

L'exigence de l'épuisement des voies de recours internes s'applique tant aux requêtes individuelles qu'aux requêtes interétatiques⁶⁰.

Il est par ailleurs de jurisprudence constante que c'est à l'Etat qui excipe du non-épuisement des voies de recours internes qu'il incombe de prouver l'existence de recours suffisants et efficaces⁶¹, mais qu'il dispose de la possibilité de renoncer à invoquer l'exception d'irrecevabilité pour non-épuisement des voies de recours

l'homme, Bruylant, Bruxelles, 1997, Coll. Droit et justice, pp. 53-76, ici pp. 66-72 ; D. DE BRUYN, « L'épuisement des voies de recours internes », in *La procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole n° 11*, Bruylant, Bruxelles, 1999, Coll. Droit et justice, pp. 39-60, ici pp. 48-56 ; Ph. BROUWERS, Observations sous déc. Comm. eur. dr. h., *Pressos Compania Naviera et autres c. Belgique*, 6 septembre 1993, *J.T.D.E.*, 1994, pp. 22-23 ; Ph. COUVREUR, « L'épuisement des voies de recours internes et la Cour européenne des droits de l'homme : l'arrêt Van Oosterwijck du 6 novembre 1980 », *R.B.D.I.*, 1981-1982, pp. 130-171, spéc. pp. 141-159 ; S. van DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme – Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, Larcier, Bruxelles, Dossiers du J.T., n° 39, 2002, pp. 245-249 ; J. GUINAND, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 480-481 ; F. KRENC, « L'arrêt *Azinas c. Chypre* du 28 avril 2004. Une application stricte de la règle de l'épuisement des voies de recours internes », *J.T.*, 2004, p. 627 ; P. LAMBERT, *La Belgique devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2002, Coll. Droit et justice, pp. 15-25, ici pp. 19-23 ; M. MELCHIOR, « La procédure devant la Commission européenne des droits de l'homme », in *Introduire un recours à Strasbourg ? Een zaak aanhangig maken te Straatsburg ?*, *op. cit.*, pp. 32-33 ; E. PICARD, « Article 26 », in L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme – Commentaire article par article, précité* ; M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 1302-1304 ; H. SIMONART et D. JANS, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne », obs. sous l'arrêt de la Cour eur. dr. h., *Pressos Compania Naviera et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, *R.B.D.C.*, 1996, pp. 166-176, ici pp. 169-170 ; J. VANDE LANOTTE et Y. HAECK (éd.), *Handboek EVRM – Deel I*, Intersentia, Anvers, 2004, pp. 577-605, spéc. pp. 583-593 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1990, pp. 846-865 ; W. VANDENHOLE, « Art. 35 EVRM », in *Grondwet, wetgeving staatshervorming en EVRM*, die Keure, Bruges, 2006, pp. 773-775 ; M. VERDUSSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 437-452, ici pp. 436-439.

⁶⁰ A. A. CONCADO TRINDADE, « L'épuisement des recours internes dans des affaires inter-étatiques. La procédure de la convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 1978, pp. 139-157.

⁶¹ Voy. notamment la déc. de la Commission européenne des droits de l'homme du 6 avril 1992, *Broers c. Belgique*, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, pp. 595-606, avec note P. LAMBERT, « L'autorisation d'assigner un confrère avocat ».

internes⁶².

21. Par ailleurs, si le requérant qui agit à Strasbourg doit invoquer la violation d'une disposition *de la Convention*, l'épuisement des voies de recours au niveau interne suppose d'utiliser l'arsenal juridictionnel interne, et par conséquent d'utiliser *les normes de référence internes* susceptibles de mettre fin à la violation du droit conventionnel.

Il faut, mais il suffit donc, pour satisfaire à l'épuisement des voies de recours internes, d'invoquer « *au moins en substance* »⁶³ la violation de la Convention, c'est-à-dire que le requérant doit avoir invoqué dans l'ordre interne un argument *substantiellement équivalent* à celui de la violation de la Convention⁶⁴.

Toutefois, la combinaison de l'exigence d'adéquation du recours avec la notion d'invocation en substance implique également que l'appréciation de la recevabilité au regard de l'exigence d'épuisement des voies de recours internes doit tenir compte des particularités des voies de recours internes *pertinentes par rapport* aux droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et que c'est dès lors le choix du *moyen interne le plus adapté*⁶⁵ pour remédier à la situation critiquée qui est déterminant au regard de l'épuisement des voies de recours internes. C'est dans ce contexte que la Cour affirme que la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit s'appliquer « *avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif* »⁶⁶.

⁶² J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 846.

⁶³ Voy. la jurisprudence citée par M. PUECHAVY, « La règle de l'épuisement des voies de recours internes et la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1305, notes 29 et 30, et par J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 858-859, n° 986.

⁶⁴ S. DEPRE et M. VERDUSSEN, « Le dénouement européen dans l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », obs. sous l'arrêt de la Cour eur. dr. h., *Pressos Compania Naviera et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, *Rev. trim. dr. h.*, 1996, pp. 587-614, ici p. 594.

⁶⁵ Alors que la Cour constitutionnelle de Belgique ne dispose pas de la compétence de contrôler *directement* les lois par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme, elle s'est toutefois estimée compétente pour opérer son contrôle lorsque la violation de la Convention est invoquée *en combinaison* avec des dispositions conventionnelles, estimant que la violation d'un droit fondamental entraîne *ipso facto* la violation du principe d'égalité, conçu de manière abstraite. Dès lors que l'invocation des articles 10 et 11 de la Constitution est une condition nécessaire mais suffisante de la compétence de la Cour constitutionnelle, il faut et il suffit que ces dispositions constitutionnelles soient invoquées pour satisfaire à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes. Voy. aussi *infra*, le commentaire relatif à la décision *S.B. et autres c. Belgique*, 6 avril 2004, note 93.

⁶⁶ Voy. notamment les arrêts de la Cour eur. dr. h., *Guzzardi c. Italie*, 6 novembre 1980, point 72 ; *Cardot c. France*, 19 mars 1991, point 34 ; *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, point 27 ; *Hentrich c. France*, 22 septembre 1996, point 30 ; *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, point 69 ; *Selmouni c. France*,

Il n'est donc pas nécessaire pour le requérant d'invoquer une violation de la Convention lorsqu'aucun organe interne n'est compétent pour en connaître. Lorsqu'il y a « coïncidence » au niveau constitutionnel et au niveau conventionnel de la garantie d'un droit fondamental, il suffira également d'invoquer la violation du droit constitutionnel⁶⁷ pour satisfaire à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes.

Cette invocation « en substance » ou « matérielle » tend ainsi à consacrer l'invocation de « droits fondamentaux » immatériels, détachés de leur fondement textuel, alors que ce fondement dicte toutefois encore en principe la juridiction compétente à leur égard⁶⁸.

B.- L'épuisement des voies de recours internes comme instrument de « conventionnalisation » de l'ordre juridique interne

22. Au-delà du paradigme de subsidiarité qu'il illustre, l'épuisement des voies de recours internes se révèle donc également, de manière peut-être moins visible, un outil de *persuasion*, un instrument de « conventionnalisation » de l'ordre juridique interne.

En effet, si certes le particulier a tout intérêt à chercher auprès de ses juges nationaux la solution à son problème, les Etats, de même que les juridictions nationales, ont également tout intérêt à éviter une censure européenne dans la consensuelle matière des droits de l'homme. Dès lors que ce sont ces juges nationaux qui, en première instance, sont appelés à appliquer le droit interne, il convient *idéalement* que ce droit interne *traduise, s'inspire* des principes et de la jurisprudence strasbourgeois.

C'est ainsi que la jurisprudence strasbourgeoise incite le juge national à infléchir ou à appliquer le droit interne dans un sens qui *pourra* être jugé compatible avec la jurisprudence strasbourgeoise.

Par le prisme du juge interne, l'épuisement des voies de recours internes est ainsi un facteur de *mutation juridictionnelle* – de progrès, diront certains – du droit interne : dans une perspective dualiste, c'est le dialogue des juges entre ordres

28 juillet 1999, point 77 ; *Azinas c. Chypre*, 28 avril 2004, point 38.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., *Castells c. Espagne*, 23 avril 1992, points 24 et s.

⁶⁸ Voy. notamment *infra*, nos 41-42, sur le raisonnement de la Cour constitutionnelle de Belgique sur l'« ensemble indissociable ».

juridiques, dans sa dimension « internationale », entre l'ordre juridique conventionnel européen et l'ordre juridique interne.

23. La décision commentée constitue donc une sorte de parachèvement de ce qui avait été commencé en 1992 par l'arrêt précité *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*.

L'arrêt *Open Door* de 1992 illustre en effet une situation, remarquée – et critiquée⁶⁹ – par la doctrine, où c'est la *norme constitutionnelle* elle-même, telle qu'interprétée par le juge constitutionnel, qui se heurte à la Convention européenne des droits de l'homme, et qui est donc censurée par Strasbourg et appelée à être révisée⁷⁰.

En censurant dans l'arrêt *Open Door* une interprétation de la Constitution irlandaise, c'était la Cour de Strasbourg elle-même qui délivrait indirectement son interprétation de la Constitution irlandaise *au regard de l'objectif de protection de la morale publique* : le droit à la vie de l'enfant à naître n'est pas de nature à permettre une limitation de la diffusion d'information sur les possibilités légales d'avortement à l'étranger.

Dans le domaine particulièrement sensible de la morale, le juge européen adoptait ainsi une position « étonnamment osée »⁷¹, en *substituant* son appréciation à celle du juge constitutionnel irlandais⁷².

⁶⁹ Voy. L. FAVOREU, « Quel(s) modèle(s) constitutionnel(s) ? », in J.-F. FLAUSS, « Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen ? » Actes du colloque des 18 et 19 juin 1993, *R.U.D.H.*, 1995, pp. 357-364, ici p. 360 ; J.-F. FLAUSS, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *R.F.D.C.*, 1998, pp. 711-728, ici p. 712, note 4 ; F. SUDRE, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *précité*.

⁷⁰ Ce qui a été fait par la révision constitutionnelle de 1992, voy. *supra*, n° 13. Voy. aussi R. ABRAHAM, « Les incidences de la C.E.D.H. sur le droit constitutionnel et administratif des Etats parties », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 409-418, ici p. 413. Selon l'auteur, dans l'hypothèse d'un constat mettant en cause une norme constitutionnelle, l'Etat « serait conduit à procéder à une révision de sa Constitution pour mettre celle-ci en harmonie avec la Convention telle que l'interprète la Cour de Strasbourg ».

⁷¹ M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 817-837, ici p. 825.

⁷² F. SUDRE, « L'interdiction de l'avortement : le conflit entre le juge constitutionnel irlandais et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 221.

24. Dans cette mise en balance de deux droits fondamentaux – le droit de l’enfant à naître, garanti par la Constitution irlandaise, et le droit à la liberté d’expression, garanti par la Convention européenne des droits de l’homme – la Cour de Strasbourg consacrait dans l’arrêt *Open Door*, implicitement mais sûrement, la prééminence du droit conventionnel sur le droit constitutionnel⁷³.

Face à la tradition nationale irlandaise en matière d’avortement, c’est la liberté d’expression considérée comme une *valeur* démocratique essentielle qui l’emporte⁷⁴.

De la sorte, les juges de Strasbourg s’érigent non pas en juges constitutionnels (qui jugent *par rapport* à la Constitution), mais en *juges de la Constitution* d’un Etat membre à l’aune de la Convention européenne des droits de l’homme : il en résulte ainsi une forme d’hiatus, puisque les juges de Strasbourg délivrent eux-mêmes leur propre interprétation de la Constitution d’un Etat qui est *conforme à la Convention*, mais *par rapport à un objectif* « national » de protection de la morale, objectif qui en principe requiert un contrôle atténué⁷⁵.

Et cette interprétation conforme à la Convention conduira d’ailleurs à un amendement de la Constitution irlandaise approuvé par référendum⁷⁶.

La Cour de Strasbourg proclamera d’ailleurs que la Convention est un « *instrument constitutionnel de l’ordre public européen des libertés* »⁷⁷, s’orientant ainsi

⁷³ L. BURGORGUE-LARSEN, « L’« autonomie constitutionnelle » aux prises avec la Convention européenne des droits de l’homme », *R.B.D.C.*, 2001, pp. 31-64, ici p. 35.

⁷⁴ A ce sujet, on peut s’étonner « de la variabilité de la marge nationale d’appréciation » en matière de liberté d’expression. Selon M. DELMAS-MARTY, « [l]’impression qui prédomine est que la Cour est guidée par des considérations d’opportunité », voy. M. DELMAS-MARTY, « Pluralisme et traditions nationales (revendications des droits individuels) », in *Quelle Europe pour les droits de l’homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d’une « Union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 81-92, ici pp. 90-91.

⁷⁵ Voy. P. WACHSMANN, « La religion contre la liberté d’expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l’homme », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 441-449, ici p. 442, note 4.

⁷⁶ Voy. *supra*, n° 13.

⁷⁷ Voy. Cour eur. dr. h., *Loizidou* du 23 mars 1995, point 75, alinéa 2. La notion d’ « instrument constitutionnel de l’ordre public européen » pour qualifier la Convention sera rappelée ensuite dans le « célèbre » arrêt de la Cour *Bosphorus c. Irlande* du 30 juin 2005, point 156, alinéa 2, relatif aux rapports entre le droit de la Convention et le droit communautaire. Dans le raisonnement de la Cour, c’est d’ailleurs ce rôle de la Convention en tant qu’instrument constitutionnel de l’ordre public européen qui permet de l’emporter sur l’intérêt de la coopération internationale et qui justifie de pouvoir de renverser la présomption, fondée sur la notion de « protection équivalente des droits fondamentaux », de conformité du droit communautaire à la Convention. Sur l’arrêt *Bosphorus*, voy. notamment S. ADAM et F. KRENC, « La responsabilité des Etats membres de l’Union européenne devant la Cour européenne des droits de l’homme », *J.T.*, 2006, pp. 85-87 ; J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l’homme dans l’Union européenne ? Remarques autour de l’arrêt

clairement vers la consécration de la Convention en tant que Constitution de l'Europe des droits de l'homme⁷⁸, ce qui laisse entendre surtout que la Cour veut substituer son rôle de Cour internationale par celui de Cour constitutionnelle européenne⁷⁹.

Cette « *supraconstitutionnalité* » – et ce néologisme n'est-il pas dû précisément à l'expansion de la jurisprudence strasbourgeoise ?⁸⁰ – élève ainsi la Convention européenne des droits de l'homme en *norme de référence absolue*, y compris à l'égard de la Constitution des Etats membres⁸¹.

de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, du 30 juin 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi c. Irlande* », R.F.D.A., 2005, pp. 566-576 ; C. BANNER et A. THOMSON, « Human Rights Review of State Acts Performed in Compliance with EC Law – *Bosphorus Airways v Ireland* », *E.H.R. Law Review*, 2005, pp. 649-659 ; F. BENOIT-ROHMER, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *Rev. trim. dr. h.*, 2005, pp. 827-853 ; A. BERRAMDANE, « La Cour européenne des droits de l'homme juge du droit de l'Union européenne », *Rev. dr. U.E.*, 2006/2, pp. 243-272 ; V. CONSTANTINESCU, « C'est comme si c'était fait ? (Observations à propos de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme [grande chambre], *Bosphorus Airlines*, du 30 juin 2005) », *C.D.E.*, 2006, pp. 363-378 ; J.-P. JACQUE, « Droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme – L'arrêt *Bosphorus*, une jurisprudence 'Solange II' de la Cour européenne des droits de l'homme ? », *R.T.D.E.*, 2005, pp. 756-767 ; M. MELCHIOR, « L'arrêt *Bosphorus c. Irlande* de la Cour européenne des droits de l'homme du 30 juin 2005 : un arrêt étrange au sujet de la relation entre droit communautaire et droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. fac. dr. ULg*, 2006/1-2, pp. 245-255.

⁷⁸ P. TAVERNIER, « La Cour européenne des droits de l'homme applique-t-elle le droit international ou un droit de type interne ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1996)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 17-37, ici p. 35.

⁷⁹ Sur cette évolution, ou tentation d'évolution, voy. E. A. ALKEMA, « The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne – Protecting Human Rights : The European Perspective – Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag KG, Cologne, 2000, pp. 41-63 ; G. JANSSEN-PEVTSCHIN, « Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme », *précité* ; L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme ? », *précité*. Pour une critique de cette position, la Cour paraissant « confondre son rôle de juge international, agissant dans le cadre de la Convention, avec celui de juge constitutionnel », voy. P. WACHSMANN, « La religion contre la liberté d'expression : sur un arrêt regrettable de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 443. Voy aussi L. FAVOREU, « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des cours constitutionnelles », in *Au carrefour des droits – Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, Paris, 2002, pp. 35-45 ; L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance – Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruylant, Bruxelles, 2004, vol. I, pp. 789-811, spéc. pp. 797 et s.

⁸⁰ Voy. notamment S. ARNE, « Existe-t-il des normes supra-constitutionnelles ? Contribution à l'étude des droits fondamentaux et de la constitutionnalité », *R.D.P.*, 1993, pp. 457-512.

⁸¹ Voy. L. FAVOREU : « En réalité, tout se passe comme si existait (ou s'imposait) une présomption générale d'infériorité des normes nationales, y compris constitutionnelles, par rapport aux normes européennes. La CEDH telle qu'interprétée par la Cour européenne est présumée assurer de manière générale une meilleure protection des droits fondamentaux que le droit national [...]. La Cour européenne et les interprètes de sa jurisprudence consacrent – consciemment ou non – une sorte de présomption de sous-développement normatif et

25. Dans la décision commentée, la Cour européenne des droits de l'homme précise à nouveau indirectement les contours de l'article 40.3, 3°, de la Constitution irlandaise, en laissant présager qu'il était *possible* non seulement de tenter d'*obtenir*, mais également d'*obtenir*, compte tenu de l'état du droit, une interprétation jurisprudentielle de la Constitution irlandaise qui étende à la situation d'anomalie létale du fœtus les exceptions à l'interdiction de l'avortement. L'évolution de la société⁸² est ainsi un facteur de son appréciation non seulement *de lege lata*, mais également *de lege ferenda*.

De la sorte, la Cour de Strasbourg opte pour une voie d'évolution du droit interne irlandais – en l'espèce un droit constitutionnel « fondamental » et sensible – par le biais de la seule jurisprudence. Cette volonté d'intervenir dans le droit irlandais peut constituer une immixtion qui peut, pour les Irlandais, apparaître d'autant plus intempestive que le droit irlandais, et notamment la jurisprudence irlandaise⁸³, n'ont jamais été très « réceptifs » (au propre comme au figuré) par rapport à la Convention, qui jouit, dans le droit irlandais, d'un statut peu favorable en tant que norme internationale⁸⁴.

juridictionnel des divers pays du Conseil de l'Europe. Et le plus étonnant est que, loin de sen offusquer, les juristes et les juges de ces pays applaudissent le plus souvent à chaque nouveau pas en avant de la Cour européenne et vont même au devant parfois, des progrès du droit européen. Comprenne qui pourra!» (L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 793-794).

⁸² Cour eur. dr. h., *Rees c. Royaume-Uni*, 17 octobre 1986, point 47 : « La Convention doit toujours s'interpréter et s'appliquer à la lumière des conditions actuelles. Partant, la nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard, notamment, à l'évolution de la science et de la société ». P. ROLLAND pose ainsi la question : « Y aurait-il un droit à révision régulière du contenu du droit au regard de l'évolution de la société ? » (P. ROLLAND, « Existe-t-il un contrôle de l'opportunité ? Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, S.T.H., Paris, 1990, pp. 49-75, ici p. 70).

⁸³ J. VELU, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur les évolutions en cours », in *Nouveaux itinéraires en droit – Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 527-562, ici p. 558.

⁸⁴ Ainsi, la Constitution irlandaise a une position dualiste par rapport au droit international. En vertu de l'article 29.6 de la Constitution irlandaise, « [a]ucun accord international ne devient partie du droit interne de l'Etat, sauf si cela a été décidé par le Parlement ». La Convention européenne des droits de l'homme n'a donc de valeur que dans les relations interétatiques : elle ne fait pas partie du droit interne, et ne peut donc être invoquée directement par les particuliers devant les juridictions irlandaises. A ce sujet, voy. notamment J.G. POLAKIEWICZ, « La mise en œuvre de la C.E.D.H. en Europe de l'Ouest : aperçu du droit et de la pratique nationaux », *R.U.D.H.*, 1992, pp. 359-376, ici p. 373 ; B. Walsh, « The Constitution of Ireland and the European Convention of human rights : comparisons and contrasts », *op. cit.*, pp. 479-481.

26. Or, après les péripéties de l'arrêt *Open Door*, la décision *Attorney General v. X.* et le rejet du 12^e amendement à la Constitution, un groupe chargé de la révision de la Constitution irlandaise avait estimé, dans un rapport de 1996, que, face à la problématique de la légalisation de l'avortement – notamment en ayant à l'esprit le cas des fœtus atteints d'anomalie létale –, si, en principe, l'idéal était l'adoption d'un amendement à la Constitution, il n'y avait toutefois pas de consensus sur le contenu de cet amendement et aucune certitude sur le succès éventuel d'un référendum sur la question ; la meilleure solution selon ce groupe de travail consistait dès lors à adopter une législation précisant les conditions d'application de l'article 40.3, 3^o, de la Constitution, notamment les situations de risque réel et substantiel pour la vie de la mère et les délais durant lesquels un avortement pourrait être accompli.

Autrement dit, ce groupe de travail préconisait de charger le législateur de faire ce que le Constituant (populaire) ne pouvait faire.

En mars 2002, un nouveau référendum sur l'avortement a toutefois été soumis au vote du peuple afin de préciser les conditions dans lesquelles un risque réel pour la vie de la mère pouvait, sur avis du médecin, permettre un avortement légal en Irlande ; cette proposition de révision de la Constitution a, à nouveau, été rejetée.

Dans la décision commentée, les juges de Strasbourg chargent en réalité les juges constitutionnels irlandais de faire ce que ni le peuple constituant ni le législateur irlandais n'ont *choisi* de faire. Là où, au niveau interne, il n'y avait pas de consensus démocratique au sens large (au niveau du peuple ou au niveau de ses représentants élus), Strasbourg impose *une voie de confluence juridictionnelle* au niveau européen.

Par le « potentiel et l'importance » reconnus par Strasbourg au « recours constitutionnel », c'est, indirectement, la voie de l'expression de la volonté du peuple par référendum constituant qui voit donc sa valeur amoindrie en tant que mode de mutation du droit.

Cette prééminence accordée aux recours juridictionnels pour faire évoluer le droit, certes dans un système de droit coutumier, semble donc faire fi du mode de révision de la Constitution en Irlande et inciter à contourner la volonté qui *a été*, à deux reprises, exprimée par le peuple par référendum.

27. Si certes la Cour européenne rappelle qu' « on chercherait en vain [...] une notion européenne uniforme de la morale », le jugement de valeur face à la

problématique de l'avortement semble difficile à éviter⁸⁵.

Dans l'arrêt *Open Door*, la Cour européenne des droits de l'homme précisait elle-même la portée – et par conséquent les limites – d'une disposition constitutionnelle irlandaise.

Dans la décision commentée *D. c. Irlande*, elle invite indirectement les juridictions constitutionnelles nationales, par la médiation d'une victime éventuelle, à délivrer une interprétation évolutive de la Constitution qui tienne compte de la Convention européenne.

En influençant l'interprétation même de la Charte fondamentale des Etats, ce n'est plus seulement ce qui peut juridiquement se faire dans les Etats, mais ce qui doit, moralement et politiquement, se faire qui est dicté par Strasbourg. D'une certaine façon, il n'y a *plus aucune norme interne* qui puisse échapper à un contrôle de compatibilité avec les dispositions de la Convention.

En contrôlant la portée de dispositions constitutionnelles nationales au regard notamment des « principes d'une société démocratique »⁸⁶, la Cour européenne forge ainsi, bien qu'elle s'en défende, un standard européen qui gomme progressivement les identités juridiques, culturelles, historiques et religieuses des Etats.

Si l'arrêt *Open Door* est exemplaire » du fait que le contrôle de Strasbourg lui « permet de s'immiscer dans ce qui constitue parfois le cœur même des valeurs d'une société »⁸⁷, la décision commentée *D. c. Irlande* en est la confirmation implicite.

28. L'épuisement des voies de recours internes conduit ainsi à instaurer un rapport de forces non juridiques, fondé sur un jeu d'influences et de pouvoirs. En se situant « en amont » des arrêts « au fond » de Strasbourg⁸⁸, la règle de l'épuisement

⁸⁵ Arrêt *Open Door*, point 68.

⁸⁶ Arrêt *Open Door*, point 72.

⁸⁷ M. CANDELA SORIANO et A. DEFOSSEZ, « La liberté d'expression face à la morale et à la religion : analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 827. Voy. aussi J.-F. FLAUSS, « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 373-383, ici p. 377.

⁸⁸ L'« aval » des arrêts de Strasbourg conduit à analyser une problématique proche, mais distincte de celle de l'épuisement des voies de recours internes, à savoir l'autorité des arrêts de Strasbourg. Sur ce problème, que nous n'aborderons pas ici, voy. notamment G. COHEN-JONATHAN, « Quelques

des voies de recours internes participe, peut-être encore davantage que le contenu « matériel » des arrêts au fond, à « l'harmonisation des droits nationaux autour du standard commun qu'est la C.E.D.H. »⁸⁹.

Cette règle a été transformée par Strasbourg en un « mécanisme boomerang »⁹⁰, qui accentue la *conventionnalisation* de l'ordre juridique interne.

Adeptes de l'activisme juridictionnel, la Cour de Strasbourg invite en effet les juridictions nationales à pratiquer de même : dans cette mesure, l'épuisement des voies de recours internes instaure une forme de « dialogue » *invisible* des juges, une coopération, volontaire ou forcée, une « interaction »⁹¹ visant à une évolution du droit interne, conforme aux préceptes conventionnels.

En incitant à une application interne, *par les juges*, de ce qui conventionnellement doit se faire, la règle de l'épuisement des voies de recours internes est un facteur « externe » qui induit une mutation du droit, mais qui désigne aussi *la voie* de cette mutation, en faisant du juge l'acteur essentiel de la conventionnalisation de l'ordre juridique interne. Si certes la Convention s'adresse en principe aux Etats, et non à ses organes⁹², on voit bien que, parmi les trois pouvoirs, c'est le juge qui est, aux yeux de Strasbourg, l'interlocuteur privilégié et l'intermédiaire essentiel de la conventionnalisation.

considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, L.G.D.J., Paris, 1995, pp. 39-64 ; J. GERKRATH, « L'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vu à travers le prisme de la Cour constitutionnelle allemande », *Rev. trim. dr. h.*, 2006, pp. 713-734 ; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 624 p. ; O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *R.B.D.I.*, 1997, pp. 21-68, spéc. pp. 31 et s. ; J. VELU, « Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Introduire un recours à Strasbourg ? Een zaak aanhangig maken te Straatsburg ?*, Nemesis, Bruxelles, Coll. Droit et justice, 1986, pp. 153-212.

⁸⁹ F. SUDRE, « Existe-t-il un ordre public européen ? », in *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite » (35 années de jurisprudence : 1959-1994)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 39-80, ici p. 49.

⁹⁰ F. SUDRE, « L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'ordre juridique interne », *R.U.D.H.*, 1991, pp. 259-274, ici p. 265.

⁹¹ Voy. M.-A. EISSEN, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'homme », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dirs), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme – Droits et libertés en Europe*, S.T.H., Paris, 1990, pp. 137-215.

⁹² O. DE SCHUTTER, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », *op. cit.*, p. 29.

D'où le constat, dépourvu de toute critique souverainiste : l'empire de la morale et le règne du juridiquement correct relèvent désormais moins *des Etats souverains*, que de la sphère « conventionnelle » créée *par les juridictions*, européennes et nationales. La Convention européenne des droits de l'homme, norme « externe » à l'Etat, favorise donc *une forme de déséquilibre* dans la trilogie « interne » des pouvoirs au profit des juges, nouveaux créateurs de droit.

III. - La règle de l'épuisement des voies de recours internes ou le dialogue institutionnalisé des juges dans sa dimension interne : digression autour du mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle de Belgique

29. La décision *D. c. Irlande* concerne le système irlandais de contrôle de constitutionnalité, système concentré mais non spécialisé où seules certaines juridictions judiciaires peuvent contrôler la constitutionnalité des lois.

Dans ce contexte particulier, il n'y a en principe pas de conclusion à tirer de cette décision pour un système complètement différent de contrôle concentré et spécialisé de constitutionnalité des lois, dans lequel une juridiction constitutionnelle distincte de l'ordre judiciaire dispose d'un monopole de principe pour contrôler la conformité des lois à la Constitution.

Il n'y a en outre aucune conclusion à tirer d'une décision relative à l'exercice d'un recours constitutionnel « direct » à un juge constitutionnel pour un système de contrôle « indirect » ou « incident » de constitutionnalité.

Toutefois, le droit comparé relève parfois de l'exercice de style, et le commentaire de jurisprudence n'est souvent que prétexte à digression.

Que le lecteur ne se méprenne pas sur la lucidité du commentateur : loin de vouloir créer des parallélismes forcés entre les systèmes juridictionnels irlandais et belge, la suite de ce commentaire n'utilise la décision commentée que comme *une occurrence* pour opérer une digression relative au système de contrôle incident de constitutionnalité des lois en Belgique, à savoir les questions préjudicielles qui doivent (en principe) être posées à la Cour constitutionnelle.

Les exigences liées à l'épuisement des voies de recours internes en ce qui concerne le mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle nous invitent à rappeler, au préalable, la philosophie même des questions préjudicielles.

A.- Le mécanisme préjudiciel devant la Cour constitutionnelle de Belgique

30. Il existe en Belgique deux voies d'accès au juge constitutionnel, une voie d'accès « directe » – le recours en annulation – et une voie d'accès « indirecte » ou « incidente » – la question préjudicielle.

Compte tenu de leurs caractéristiques et de leurs effets fondamentalement différents, ces deux voies de recours appellent, au regard de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, des conclusions en principe très différentes.

31. En raison de son caractère *direct*, il est admis par la Cour européenne des droits de l'homme que le *recours en annulation* constitue une voie de recours accessible et effective⁹³, qui doit en principe être intentée pour satisfaire à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, et qui est un recours de nature à remédier directement à la situation litigieuse, ce qui dispense le requérant d'en engager d'autres qui peuvent également lui être ouverts⁹⁴.

Encore faut-il, pour qu'on puisse considérer que le recours en annulation doit être épuisé, être dans une situation où la qualité de « victime » au sens de la Convention européenne des droits de l'homme rencontre les exigences procédurales liées au potentiel du recours en annulation⁹⁵.

⁹³ Décision (irrecevabilité partielle) de la Cour européenne des droits de l'homme, *S.B. et autres c. Belgique*, 6 avril 2004, point 7. En l'espèce, le requérant critiquait l'article 380quinquies, §3, du Code pénal belge (répression de la publicité pour des services à caractère sexuel) au regard des articles 7 et 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour de Strasbourg a considéré qu'en raison de la compétence d'annulation de la Cour constitutionnelle au regard des articles 10 et 11 de la Constitution qui garantissent les principes d'égalité et de non-discrimination, « le requérant n'a pas donné aux juridictions belges l'occasion de redresser la violation alléguée ». De la sorte, la Cour européenne des droits de l'homme semble considérer qu'un moyen pris de la violation *interne* des articles 10 et 11 de la Constitution suffirait à mettre fin à une violation des dispositions *conventionnelles*. Pareil raisonnement aboutit à consacrer indirectement le raisonnement de la Cour constitutionnelle belge qui englobe dans ses normes de référence les droits fondamentaux, les normes internationales, les principes généraux, qui sont invoqués en combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination dont la Cour assure le respect. Autrement dit, le principe d'égalité et de non-discrimination (au niveau interne et au niveau international) serait *autosuffisant* et engloberait l'ensemble des droits fondamentaux, dès lors qu'une annulation éventuelle prononcée pour violation du principe d'égalité suffirait à mettre fin à l'inconventionnalité.

⁹⁴ Déc. de la Cour eur. dr. h., *Acvi c. Belgique*, 6 mai 2004 et *EEG-Slachthuis Verbist c. Belgique*, 10 novembre 2005. Voy. aussi l'arrêt de la Cour eur. dr. h., *Manoussakis c. Grèce*, 26 septembre 1996, point 33, rappelé dans la décision de la Cour eur. dr. h., *Luc Misson c. Belgique*, 10 mai 2001 : « Seul celui qui a exercé un recours de nature à remédier directement à la situation litigieuse est dispensé d'en engager d'autres qui lui eussent été ouverts mais dont l'efficacité est improbable ».

⁹⁵ C. COURTOY, « Les relations entre les cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes – Rapport établi pour

Ainsi, pour que la Cour constitutionnelle puisse être saisie d'un recours en annulation, encore faut-il (1) que ce soit une norme législative au sens large qui soit attaquée, (2) que cette norme existe (la lacune, le non-droit ou l'inexistence ne pouvant en principe être attaquée devant la Cour constitutionnelle) et soit portée à la connaissance de tous par la publication (maintenant électronique) au Journal officiel, le *Moniteur belge*, (3) que les critiques portent sur la violation de normes qui relèvent de la compétence de la Cour, à savoir les règles répartitrices de compétences, ainsi que le titre II et les articles 170, 172 et 191 de la Constitution, (4) que ce recours soit intenté dans le délai de six mois à dater de la publication de la norme au *Moniteur belge*, ou dans une hypothèse - assez exceptionnelle - de réouverture des délais de recours, en enfin (5) que ce recours soit introduit par une personne justifiant d'un intérêt, ce qui devrait en principe être le cas pour un requérant qui s'estime « victime » de la norme législative⁹⁶.

Ces différentes conditions procédurales imposent donc, lorsque le problème relève de la compétence de la Cour constitutionnelle, une double limitation à l'obligation d'introduire un recours en annulation afin de satisfaire à la règle de l'épuisement des voies de recours internes : une limitation *temporelle* - la qualité de victime doit s'être déclarée dans le délai de recours - et une limitation *matérielle* - il faut que les effets d'un arrêt éventuel d'annulation soient susceptibles de remédier directement à la situation critiquée⁹⁷.

la Cour d'arbitrage de Belgique », *R.B.D.C.*, 2002, pp. 233-320, ici p. 315 ; R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen - La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 205-225, ici p. 208 ; M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », *R.U.D.H.*, 1995, pp. 217-247, ici p. 244 : il serait en effet « incongru de reprocher à quelqu'un qui n'est pas encore victime au sens de l'article 25 [actuel 34] de la Convention de n'avoir pas entrepris un acte dont la seule existence ne lui confère pas cette qualité » ; pour cette raison, les auteurs considéraient que le recours en annulation ne constitue pas un recours à épuiser avant d'agir à Strasbourg.

⁹⁶ L'ouverture du recours en annulation à toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt s'est d'ailleurs directement inspirée du mécanisme de recours individuel de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 483/2, p. 20. Il n'y a toutefois pas d'équivalence totale entre la notion d'intérêt à agir devant la Cour constitutionnelle et la qualité de victime au sens de la Convention, voy. M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », *op. cit.*, p. 243.

⁹⁷ Ainsi, en vertu de l'article 8, alinéa 1er, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, la Cour constitutionnelle, lorsqu'elle estime le recours fondé, est *tenue* d'annuler la ou les dispositions attaquées : sa compétence se limite - mais c'est certes déjà beaucoup - à l'*annulation* de la norme attaquée, et cette compétence d'annulation est liée. Lorsqu'elle l'estime nécessaire toutefois, il est possible à la Cour, en vertu de l'article 8, alinéa 2, de la loi spéciale précitée, de «maintenir les effets»

32. Le mécanisme préjudiciel concerne quant à lui une question de constitutionnalité qui se pose dans le cadre d'un litige particulier porté devant une juridiction : ce mécanisme se situe donc à la confluence du caractère « objectif » du contrôle de constitutionnalité et du caractère « subjectif » de protection des droits des particuliers impliqués dans un litige particulier. Cette nature hybride des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle trouve peut-être sa source dans les différents mécanismes qui ont inspiré le législateur lors de la création de la Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle.

Ainsi, la conception du système des questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle trouve son origine dans le *référé législatif* français du dix-neuvième siècle, par lequel les juridictions devaient suspendre leur décision en attendant que le pouvoir législatif délivre son interprétation de la loi, dont il avait l'apanage. Ce référé législatif a inspiré les mécanismes de renvoi préjudiciel, notamment celui de la Cour de justice des Communautés européennes, dont le législateur s'est à son tour inspiré lors de la création de la Cour constitutionnelle.

Ce système de suspension de la procédure et de renvoi à une autorité compétente est donc fondé sur l'existence d'un *monopole de compétence*, l'interprétation de la loi en ce qui concerne le référé législatif, le contrôle de constitutionnalité en ce qui concerne la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

Ce monopole de compétence est lié au caractère « *objectif* » de la norme en cause, et au choix posé de ne pas laisser la détermination d'un élément essentiel de la norme (respectivement son sens ou son fondement) au juge judiciaire ou administratif, cette opération de détermination apparaissant à la fois *incidente et préalable* au jugement au fond.

33. Toutefois, lorsque le législateur a dû déterminer la portée de la réponse à la question de constitutionnalité, il s'est inspiré⁹⁸ du mécanisme existant pour les

des dispositions qu'elle annule, ce qui peut parfois aboutir à dénaturer sa compétence d'annulation en une compétence d'abrogation (future). Sur l'article 8, alinéa 2, voy. G. ROSOUX, « Le maintien des 'effets' des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage : théorie et pratique » in *Liber Amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité?*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 439-456, et les références citées en p. 442, note 15. La Cour constitutionnelle ne dispose toutefois pas de la possibilité légale d'adresser des injonctions au législateur ou à d'autres autorités du Royaume ou à des particuliers ; elle ne dispose pas d'avantage de la compétence d'adopter des normes législatives ou de compléter le texte de dispositions existantes.

⁹⁸ H. SIMONART, *La Cour d'arbitrage - Une étape dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Story-

normes infra-législatives, l' « exception d'illégalité » que l'article 159 de la Constitution a créée depuis 1831.

La philosophie de l'exception d'illégalité se distingue pourtant fondamentalement de celle du référé législatif ou de la question préjudicielle, puisqu'elle confère au juge de droit commun la compétence d'opérer lui-même ce contrôle incident et préalable, sans créer de monopole à une autorité particulière de renvoi.

La compétence de contrôler, de manière incidente et préalable, mais sans dessaisissement, la légalité et la constitutionnalité des normes infra-législatives constitue, en vertu de l'article 159 de la Constitution, *l'appendice de la compétence judiciaire des cours et tribunaux*, dans la résolution des litiges particuliers qui leur sont soumis.

En matière de contrôle de la légalité ou de la constitutionnalité des normes infra-législatives, l'article 159 de la Constitution illustre donc une application du principe de droit judiciaire selon lequel « le juge de l'action est le juge de l'exception ». Plus précisément, cette disposition détermine constitutionnellement les effets liés au constat d'illégalité ou d'inconstitutionnalité, à savoir la *non-application* de la norme au litige en cause.

En vertu de l'article 28 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, le constat d'inconstitutionnalité faisant suite à une question préjudicielle se limite de même à entraîner la non-application de la norme législative au litige particulier, sans toutefois conduire à sa disparition de l'ordre juridique interne. En optant pour un effet premier *inter partes* d'un arrêt rendu sur question préjudicielle, le législateur spécial a fait ici primer le caractère « subjectif » de la question posée, dans un litige particulier, à l'instar de l'effet de l'exception d'illégalité.

34. Mais le législateur a également permis à un arrêt rendu sur question préjudicielle d'avoir un effet élargi, lié au caractère objectif du contentieux de constitutionnalité, puisque l'article 26, §2, alinéa 2, 2°, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage permet de déroger à l'obligation de principe des juridictions d'interroger la Cour lorsqu'une question relevant de sa compétence est soulevée, « lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique », ce qui suppose implicitement que le juge se conforme à l'arrêt antérieur de la Cour.

Par l' « *autorité relative renforcée* »⁹⁹ de chose jugée qu'ils confèrent aux arrêts rendus sur question préjudicielle, les articles 26, §2, alinéa 2, 2°, et 28 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage illustrent ainsi la nature hybride des questions préjudicielles.

Cette nature hybride interpelle notamment lorsque se pose le problème de savoir si la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle est un « recours » qui doit être épuisé avant de pouvoir agir devant la Cour de Strasbourg¹⁰⁰.

B.- Les questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle de Belgique et la règle de l'épuisement des voies de recours internes

35. La question de l'épuisement préalable des recours internes impose tout d'abord de vérifier la condition de l'invocation « matérielle », en droit belge, d'une violation de la Convention – ce que la doctrine belge appelle le « *concours de droits fondamentaux* »¹⁰¹ (point 1).

Partant de la prémisse, au vu de la jurisprudence constitutionnelle, que la question préjudicielle portant sur la violation d'un droit fondamental ne peut être considérée comme un « recours » *a priori* dépourvu de toute chance de succès et que la condition d' « effectivité » de la question préjudicielle est donc remplie, nous examinerons ensuite la condition d' « accessibilité » du recours (point 2) et, enfin, celle de son adéquation (point 3).

⁹⁹ Selon l'expression utilisée par F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *La Cour d'arbitrage*, Larcier, Bruxelles, 1996, p. 108.

¹⁰⁰ Les travaux préparatoires de la loi spéciale de 1989 avaient eux-mêmes déjà soulevé la question de savoir si la question préjudicielle devant la Cour d'arbitrage était un recours à épuiser au préalable avant d'aller à Strasbourg. Il avait été répondu prudemment qu'il faudrait attendre la jurisprudence de la Cour européenne pour savoir la réponse (voy. *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 483/2, p. 35). Les travaux préparatoires de la loi spéciale de 2003 ont également soulevé cette problématique dans le questionnaire soumis aux experts auditionnés (*Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, Doc. 2-897/6, p. 22).

¹⁰¹ Cette expression doctrinale a été créée par J. VELAERS, voy. J. VELAERS, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *T.B.P.*, 2005, pp. 297-318 ; J. VELAERS, « De toetsing van wetten, decreten en ordonnanties aan titel II van de Grondwet en aan internationale mensenrechtenverdragen, bij samenloop van grondrechten – 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 A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, La Charte, Bruges, 2006, pp. 99-149, ici p. 127 : ce concours des droits fondamentaux vise ainsi « les droits fondamentaux qui sont garantis de manière totalement ou partiellement analogue dans la Constitution et dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme ». Voy aussi E. CLOOTS, « Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij ? », *T.B.P.*, 2006, pp. 259-272.

1.- *Le concours des droits fondamentaux et l'invocation « en substance »*

36. A lire l'article 142 de Constitution ou la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, celle-ci ne contrôle nullement la compatibilité des lois par rapport au droit international, notamment la Convention européenne des droits de l'homme.

Toutefois, la question de savoir si une question préjudicielle *doit* être posée à la Cour pour respecter le principe de l'épuisement des voies de recours internes s'est posée en soi depuis que la jurisprudence constitutionnelle a étendu ses compétences au respect *des droits fondamentaux*, et semble actuellement connaître un regain d'intérêt depuis que la doctrine évoque la problématique du « concours des droits fondamentaux », problématique qui, paradoxalement, semble liée à l'extension légale des compétences de la Cour au titre II de la Constitution, mais qui existait depuis longtemps déjà.

37. Bien avant, en effet, l'extension *légale* en 2003 de la compétence de la Cour au contrôle du respect du titre II de la Constitution¹⁰², le principe d'égalité et de non-discrimination a été un extraordinaire facteur d'extension prétorienne des compétences de la Cour : c'est le miracle du *raisonnement combinatoire*¹⁰³ de la Cour constitutionnelle¹⁰⁴.

¹⁰² Par l'article 2 de la loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Voy. notamment, S. DEPPE et V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (éds), *La Cour d'arbitrage vingt ans après - Analyse des dernières réformes*, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 81-107 ; R. ERGEC, « Une Cour de plus en plus constitutionnelle : propos sur la loi spéciale du 9 mars 2003 sur la Cour d'arbitrage », *C.D.P.K.*, 2003, pp. 622-632, ici pp. 623-629 ; B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage depuis 2003 : confirmation de compétences, nouveautés de procédure », in *La Cour d'arbitrage, un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé le 28 mai 2004 par la Faculté de droit de l'Université de Liège (Service de droit constitutionnel) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, Ed. Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 27-51, ici pp. 30-45 ; M.-F. RIGAUX, « La loi spéciale du 9 mars 2003 modifiant la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage », *Rev. rég. dr.*, 2003/109, pp. 392-403, ici pp. 392-393 ; J. THEUNIS, « Het Arbitragehof - Bevoegdheidsuitbreiding en andere wijzigingen ingevolge de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *N.j.W.*, 2003, pp. 954-960, ici pp. 954-955 ; F. TULKENS, « La loi du 9 mars 2003 modifiant la loi sur la Cour d'arbitrage : changement de fond ou améliorations de façade ? », *R.B.D.C.*, 2003, pp. 251-269, ici pp. 253-259 ; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « Eindelijk een volwaardig Grondwettelijk Hof ? Een commentaar op de Bijzondere Wet van 9 maart 2003 op het Arbitragehof », *T.B.P.*, 2003, pp. 458-479, ici pp. 460-466 ; J. VELAERS, « Het Arbitragehof derde fase : de bijzondere wet van 9 maart 2003 », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1401-1416, ici pp. 1401-1407.

¹⁰³ Voy. notamment F. COCOZZA, « Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle transfrontière de la C.E.D.H. et justice constitutionnelle nationale - Les lignes incertaines d'une relation structurée », *R.F.D.C.*, 1996, pp. 707-724. L'auteur y évoque la « démarche combinatoire » de la Cour constitutionnelle (pp. 712-713).

¹⁰⁴ Dans les travaux préparatoires de la loi de 1989, il avait été souligné, de manière prémonitoire, que ceux qui s'opposaient à une augmentation des compétences de la Cour « auront peut-être la mauvaise surprise de voir la Cour d'arbitrage donner une interprétation extensive à la notion d'égalité inscrite dans les articles 6 et *bis* pour lesquels elle a, dès à présent, compétence » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989,

En ce qui concerne les droits fondamentaux, la Cour a opéré, dès son premier arrêt rendu en matière d'égalité en 1989, un raisonnement qui part de l'idée que la garantie de ces droits est incluse dans le principe d'égalité¹⁰⁵, et qui va même conduire la Cour à considérer, dans une jurisprudence assez récente, que « la violation d'un droit fondamental constitue *ipso facto* une violation du principe d'égalité et de non-discrimination »¹⁰⁶.

Ce raisonnement combinatoire a permis à la Cour de conquérir la compétence de contrôler le respect non seulement du droit international, mais également de la quasi-totalité de la Constitution.

38. En ce qui concerne le respect du droit international tout d'abord, la jurisprudence de la Cour s'est développée en contradiction flagrante avec la volonté du législateur lorsqu'il a créé la juridiction constitutionnelle.

En effet, les travaux préparatoires de la loi ordinaire de 1983¹⁰⁷ et de la loi spéciale de 1989¹⁰⁸ insistaient sur le fait que la Cour d'arbitrage n'était pas compétente pour veiller au respect du droit international et que la création de la Cour ne pouvait porter atteinte à la compétence des juridictions judiciaires, qui,

n° 483/2, p. 11).

¹⁰⁵ Voy. M. MELCHIOR, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux », in *Le point sur les droits de l'homme*, C.U.P., Liège, vol. 39, mai 2000, pp. 7-30, ici p. 13.

¹⁰⁶ Voy. C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, B.5.3 *in fine*. Selon nous, cette phrase parachève la jurisprudence du raisonnement combinatoire avec le principe d'égalité. En effet, M. VERDUSSEN estimait que la jurisprudence de la Cour appliquait la Convention de manière auxiliaire et non autonome et qu'elle ne signifiait « *pas que toute violation des droits tirés de la Convention européenne des droits de l'homme représente nécessairement une méconnaissance des articles 10 et 11 de la Constitution. En effet, cela reviendrait à reconnaître à la Cour un pouvoir d'application autonome de la Convention. Or, nous l'avons indiqué, le Constituant a écarté une telle éventualité* » (M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1994, pp. 433-438, ici p. 438 ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, pp. 17-62, ici p. 58). L'« *ipso facto* » dépasse ce raisonnement concernant l'« *application auxiliaire* » et constitue donc bien le dernier stade du raisonnement combinatoire.

¹⁰⁷ Dans un premier projet de loi ordinaire relatif à la création d'une Cour d'arbitrage, il était prévu de confier à celle-ci le contrôle de conformité des lois et décrets au droit international. Des critiques émises par le Conseil d'Etat ont notamment conduit le législateur à revoir sa copie (*Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, n° 246/2, p. 7) et à préciser explicitement que le contrôle de la Cour ne s'étendrait pas au respect du droit international, compte tenu de la compétence des cours et tribunaux établie de manière prétorienne dans l'arrêt *Le Ski* (voy. *Doc. parl.*, Sénat, 1981-1982, n° 246/2, pp. 29-31).

¹⁰⁸ Voy. *Doc. parl.*, Sénat, s.o. 1988-1989, n° 483/2, pp. 44 et 59.

depuis l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation¹⁰⁹, s'étaient déclarées compétentes pour contrôler le respect du droit international.

Pourtant, dès 1990, la Cour d'arbitrage va considérer que les droits fondamentaux prévus par les dispositions du droit international doivent être garantis sans discrimination à tous les Belges, et que si l'on invoque le droit international en combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination, elle est compétente pour effectuer son contrôle¹¹⁰.

Par la combinaison avec le principe d'égalité et de non-discrimination, la Cour constitutionnelle a donc intégré le droit international, *notamment la Convention européenne des droits de l'homme*, dans ses normes de référence.

Par ailleurs, ce même raisonnement combinatoire va permettre à la Cour d'englober les droits fondamentaux garantis *par la Constitution*¹¹¹.

Le raisonnement combinatoire a donc permis d'englober dans les normes de référence de la Cour constitutionnelle les *fondements textuels* des droits fondamentaux tant conventionnels qu'internes, *en combinaison* avec le principe d'égalité et de non-

¹⁰⁹ Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 886 ; *Arr. Cass.*, 1971, pp. 959-968 ; *J.T.*, 1971, pp. 460-474, avec les conclusions de W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH.

¹¹⁰ Voy. C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, B.11.3. Sur cette jurisprudence, voy. notamment A. ALEN, « Het Arbitragehof, meer dan een grondwettelijk hof met beperkte bevoegdheid ? », note sous C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, *R.W.*, 1990-1991, pp. 80-87 ; P. GILLIAUX, « La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6bis de la Constitution ? », obs. sous C.A., n° 18/90, *J.L.M.B.*, 1990, pp. 1303-1317 ; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, De Boeck & Larquier, Bruxelles, 1999, pp. 433-437 ; M. MELCHIORET L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », *op. cit.*, pp. 231-233 ; J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *Rev. dr. U.L.B.*, 1999, pp. 205-237 ; M. UYTENDAELE, « La Cour d'arbitrage depuis 1989 : une Cour constitutionnelle à vocation limitée ? Réflexions suggérées par l'arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990 », *J.T.*, 1991, pp. 265-269 ; P. VANDEN HEEDE et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het Arbitragehof », in J. WOUTERS et D. VAN EECKHOUTTE (éd.), *Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde - Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Intersentia, Anvers, 2006, pp. 239-294, ici pp. 240-243 ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », *op. cit.*, pp. 56-58.

¹¹¹ Ce qu'elle fera d'ailleurs dès son premier arrêt en matière d'égalité, C.A., n° 23/89, 13 octobre 1989. Voy. X. DELGRANGE, « Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg », obs. sous C.A., 13 octobre 1989, *Rev. rég. dr.*, 1989, pp. 619-622 ; X. DELGRANGE, « Les articles 6 [10] et 6bis [11] de la Constitution, des dispositions longue portée », *Rev. rég. dr.*, 1990, pp. 422-434 ; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, pp. 423-429 ; D. LAGASSE, obs. sous C.A., 13 octobre 1989, *J.T.*, 1990, pp. 7-10 ; J.-C. SCHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Prof. Em. E. Krings*, Story-Scientia, Bruxelles, 1991, pp. 773-787 ; P. VANDERNOOT, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *A.P.T.*, 1997, pp. 87-113 ; J. VELAERS, « Discriminatie in de sector van de klinische biologie : de zaak Biorim voor het Arbitragehof », *T.B.P.*, 1990, pp. 454-463.

discrimination garanti pas les articles 10 et 11 de la Constitution : *d'une part* le droit international garantissant ces droits et *d'autre part* les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés fondamentales.

39. Toutefois, face à cette extension prétorienne de compétences, sorte de « péché originel » de la Cour, le législateur spécial de 2003 a adopté une attitude ambiguë.

En effet, en ce qui concerne les droits fondamentaux garantis par le titre II de la Constitution et les articles 170, 172 et 191 de la Constitution, le législateur va avaliser en 2003 cette jurisprudence en étendant expressément les compétences de la Cour à ces normes de référence.

Par contre, la levée de boucliers contre le projet «annexe» de « constitutionnaliser » la Convention européenne des droits de l'homme en l'intégrant dans un article 32*bis* du titre II de la Constitution¹¹², et d'en confier ainsi le contrôle à la Cour constitutionnelle, a finalement conduit le législateur à ne pas avaliser le raisonnement combinatoire de la Cour *en ce qui concerne la Convention européenne des droits de l'homme* et à continuer à opter, de manière assez hypocrite, pour une exclusion *de principe* de la compétence de la Cour constitutionnelle par rapport au droit international.

Mais de la sorte, en consacrant *partiellement* le raisonnement combinatoire, dans sa seule dimension interne, le législateur a créé des normes de référence à deux vitesses : il a avalisé le hiatus dans la protection des droits fondamentaux, *puisque'un problème de concurrence juridictionnelle* se pose lorsqu'est soulevée dans un litige particulier la violation d'un droit fondamental garanti tant par la Constitution que par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans ce cas en effet, « le contrôle de constitutionnalité se confond, en substance, avec le contrôle de 'conventionnalité' »¹¹³.

En 2003, face à la concurrence juridictionnelle créée par ce qui ne constitue

¹¹² Voy. la proposition de révision de la Constitution visant à insérer un article 32*bis* qui stipulerait : « Chacun bénéficie des droits et libertés reconnus par la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que par les Protocoles additionnels à cette Convention ratifiés par l'Etat belge » (Doc. parl., Sénat, 2000-2001, Doc. 2-575/1). Sur cette réforme envisagée, voy. notamment S. DEPRE et V. OST, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux du titre II de la Constitution », *op. cit.*, pp. 101-106 ; H. SIMONART et M. VERDUSSEN, « La réforme de la Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux », *R.B.D.C.*, 2001, pp. 183-190.

¹¹³ M. MELCHIOR, « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme au niveau international, européen et national – Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 231-241, ici p. 235.

que des *extensions prétoriennes respectives* de deux cours suprêmes – le contrôle judiciaire consacré par la jurisprudence *Le Ski* de la Cour de cassation et le raisonnement combinatoire de la Cour constitutionnelle –, le législateur a choisi de ne pas choisir.

40. Cette concurrence juridictionnelle implique ainsi que, lorsqu'on invoque une violation du droit à la vie privée et familiale garanti par l'article 22 de la Constitution, la juridiction est en principe tenue d'interroger la Cour constitutionnelle.

Lorsqu'on invoque la violation du même droit garanti par l'article 8 de la Convention, c'est, en raison de la consensuelle jurisprudence *Le Ski*, précitée, le juge judiciaire ou administratif qui est compétent pour contrôler le respect de la Convention, et, en cas de non-conformité, pour écarter la norme interne contraire au droit international.

Le spectre du *forum shopping* apparaît donc de cet état de jurisprudences rivales.

Mais que se passe-t-il quand on invoque la violation des articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention ?

C'est le problème du « *concours des droits fondamentaux* »¹¹⁴, c'est-à-dire quand on invoque devant une juridiction la violation d'un droit fondamental garanti tant par la Constitution que par une disposition conventionnelle : doit-elle poser une question préjudicielle à la Cour concernant la constitutionnalité de la loi ou doit-elle trancher la question de la conventionnalité de la loi ?

Dans ce cas, le dogme judiciaire *Le Ski* de la primauté du droit international, fondé sur la subtile « nature »¹¹⁵ (115) du droit international, se heurte à l'obligation d'interroger par voie préjudicielle la Cour constitutionnelle. Existe-t-il une priorité des contrôles, et, si c'est le cas, laquelle ?

41. En intégrant, via les articles 10 et 11 de la Constitution, le respect des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme dans le « bloc de constitutionnalité », la Cour d'arbitrage posait les bases d'un contrôle de

¹¹⁴ Ce problème potentiel avait déjà été soulevé dans les travaux préparatoires de la loi spéciale de 1989 sur la Cour d'arbitrage, lorsqu'on a étendu les compétences de la Cour au contrôle du respect du principe d'égalité et de non-discrimination, et l'on avait conclu qu'un débat sur la protection des droits et libertés des citoyens devrait être ouvert plus tard, *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 483/2, pp. 7-9.

¹¹⁵ Voy. à ce sujet, L. FRANÇOIS, « Le recours à la philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261-266 ; J.-S. JAMART, « Observations sur l'argumentation : la primauté du droit international », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 109-136.

constitutionnalité mâtiné de conventionnalité (ou l'inverse), se référant constamment aux notions conventionnelles et s'inspirant de la jurisprudence strasbourgeoise¹¹⁶.

Une étape supplémentaire sera franchie par la Cour d'arbitrage qui, en dépit de l'article 32*bis* avorté, va opérer elle-même la constitutionnalisation de la Convention, en consacrant la notion d'« ensemble indissociable » : les dispositions constitutionnelles et conventionnelles garantissant les droits fondamentaux forment un « ensemble indissociable » de sorte que la Cour « tient compte », dans son examen du respect des dispositions constitutionnelles, des dispositions conventionnelles de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues^{117/118}.

Son raisonnement consiste donc à faire entrer dans ses normes constitutionnelles de référence, le contenu de normes conventionnelles. Mais ce qui est dangereux, c'est que son raisonnement aboutit à amoindrir l'importance du fondement textuel des droits fondamentaux.

42. Le péché originel du raisonnement combinatoire avec les articles 10 et

¹¹⁶ Voy. notamment R. ERGEC, « La Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence belge », in P. TAVERNIER, *Quelle Europe pour les droits de l'homme ? La Cour de Strasbourg et la réalisation d'une « Union plus étroite » (35 années de jurisprudence 1959-1994)*, Bruylant, Bruxelles, 1996, pp. 285-292, ici p. 287.

¹¹⁷ C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, B.5.3 et B.5.4 :

« B.5.3. Toutefois, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles précitées, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle 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.

B.5.4. 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 ».

Sur cet arrêt, voy. notamment, A. ALEN, « Twintig jaar grondwettigheidscontrole op wetgevende normen - Krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004 », *T.B.P.*, 2005, pp. 213-226, pp. 221-222 ; G. MAES, « De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden », *R.W.*, 2004-2005, pp. 875-878.

¹¹⁸ On peut d'ailleurs s'interroger sur la portée de la phrase de l'arrêt n° 136/2004, B.5.3 *in fine* : « Par ailleurs, la violation d'un droit fondamental constitue ipso facto une violation du principe d'égalité et de non-discrimination ». Le lien avec le principe d'égalité et de non-discrimination (voy. A. ALEN, « Twintig jaar grondwettigheidscontrole op wetgevende normen Krachtlijnen van de rechtspraak van het Arbitragehof van 1985 tot en met 2004 », *op. cit.*, p. 222) n'apparaît selon nous pas nécessaire dès lors que le raisonnement de l'ensemble indissociable se situe à un stade ultérieur : le contrôle du droit fondamental garanti par la disposition conventionnelle n'est plus lié selon nous à une garantie implicite du principe d'égalité (l'« ipso facto » constituant le parachèvement du raisonnement combinatoire, voy. *supra*), mais est lié à une garantie identique ou analogue dans le titre II de la Constitution, pour lequel la Cour est directement compétente depuis 2003.

11 de la Constitution est ainsi dépassé par le raisonnement consistant à *mixer* contrôle constitutionnel et contrôle conventionnel, lorsque des droits dits fondamentaux sont en jeu. Ce raisonnement *intégrationniste* permet ainsi de justifier pleinement une forme d'allégeance (ou de sauf-conduit, diront les perfides) envers la jurisprudence strasbourgeoise, qui s'incorpore aux droits conventionnels, eux-mêmes intégrés dans les dispositions constitutionnelles.

La notion d'« ensemble indissociable » rejoint ainsi, mais à l'envers, si l'on peut dire, la notion d'invocation « en substance » devant la Cour de Strasbourg : d'une part, la « constitutionnalisation » de la Convention par le juge constitutionnel, et, d'autre part, la « conventionnalisation » de dispositions constitutionnelles opérée par la Cour de Strasbourg, les juges constitutionnels et conventionnels participant à un jeu d'échange de rôles.

Cette confusion des rôles juridictionnels a ainsi entraîné une *très* à la mode *fusion-confusion de l'origine même des droits* ainsi garantis, qui semble aujourd'hui conduire certains à parler de l'invocation de « droits fondamentaux », « désincarnés », dématérialisés, planant dans une sphère consensuelle, sans référence à leurs fondements textuels (interne ou international).

43. Et le paradoxe de cette *dématérialisation des droits fondamentaux*, immanents, est qu'elle peut avoir des effets pervers, elle peut jouer « à rebours » pour la Cour constitutionnelle puisque, si la Cour intègre dans ses normes de référence le droit international, en considérant que c'est un « ensemble indissociable », on peut aussi faire le raisonnement en sens inverse et intégrer dans le droit international les droits garantis par la Constitution.

Ainsi, *chaque juridiction*, interne ou internationale, participe à la confusion de l'origine des droits garantis, car chaque juridiction a intérêt à pouvoir rattacher ledit droit à un fondement textuel qui lui permet d'exercer sa compétence au détriment d'une autre juridiction.

Quelques mois d'ailleurs après l'arrêt de la Cour du 22 juillet 2004 consacrant l'ensemble indissociable, c'est ce type de raisonnement que la Cour de cassation va utiliser pour, précisément, éviter d'interroger la Cour constitutionnelle et exercer elle-même et exclusivement un contrôle de conventionnalité de la loi¹¹⁹.

¹¹⁹ Cass., 9 novembre 2004, n° P.04.0849.N, *a.s.b.l. Vlaamse Concentratie et autres c. Centre pour l'égalité des chances* (arrêt dit *Vlaams Blok*), publié au *J.T.*, 2004, pp. 856-858. Il était invoqué devant la Cour de cassation une violation par la loi réprimant le racisme et la xénophobie des libertés d'expression, de réunion et d'association garanties par les articles 19, 26 et 27 de la Constitution et 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur cet arrêt, voy. notamment B. GORS, « Une cause de refus de renvoi préjudiciel : la primauté de la Convention européenne sur la Constitution », *R.B.D.C.*,

Dans l'arrêt dit *Vlaams Blok* du 9 novembre 2004, la Cour de cassation, après avoir conclu à la conventionnalité de la loi, va affirmer, dans une motivation des plus succinctes :

« Attendu que la Convention européenne des droits de l'homme prime la Constitution ;

qu'à cet égard, la Constitution n'impose pas de limitations plus étendues à la liberté d'expression, d'association et de réunion que celles prévues par la Convention précitée ; qu'il appartient en premier lieu au juge d'interpréter cette Convention et de l'appliquer ;

que la question préjudicielle ne doit pas être posée ».

Face à l'invocation de la violation de dispositions constitutionnelles et conventionnelles, la Cour de cassation a donc choisi d'opérer d'abord un contrôle de conventionnalité, puis, constatant que la Constitution n'avait pas un contenu différent, décidé qu'il ne s'imposait donc pas d'interroger la Cour constitutionnelle, la conventionnalité de la loi impliquant donc sa constitutionnalité. N'a-t-elle pas ainsi, pour se dispenser de son obligation d'interroger la Cour constitutionnelle, effectué un raisonnement du type « ensemble indissociable » ? La réponse du berger à la bergère¹²⁰ ?

2005, pp. 507-531 ; M.-F. RIGAUX, « Quand la Cour de cassation arbitre », obs. sous Cass., 9 novembre 2004, *R.D.P.C.*, 2005, pp. 808-818 ; F. MEERSCHAUT, « De ondraaglijke lichtheid van de Grondwet », obs. sous Cass., 9 novembre 2004, *T.B.P.*, 2005, pp. 48-53. La Cour de cassation a adopté le même raisonnement qui refuse d'interroger la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 16 novembre 2004, n° P.04.1127.N, *D.L.M.*, et sur cet arrêt, voy. F. SCHUERMANS, « Het bewijs in strafzaken : het Hof van cassatie en de strafvorderlijke gevolgen van de schending van een grondrecht », obs. sous Cass., 16 novembre 2004, *R.A.B.G.*, 2005, pp. 517-526 ; A. VANDAELE, « Het Hof van Cassatie tussen de hamer van de directe werking en het aambeeld van de prejudiciële vraagstelling », obs. sous Cass., 16 novembre 2004, *C.D.P.K.*, 2005, pp. 611-624.

¹²⁰ Osons une tentative d'explication « psychologique » de cette jurisprudence. Selon nous, en confiant à la Cour constitutionnelle le contrôle du respect du titre II de la Constitution, le législateur a favorisé l'émergence de pareilles jurisprudences « contestataires » à l'égard de la juridiction constitutionnelle. En effet, auparavant, quand le raisonnement combinatoire avec le principe d'égalité et de non-discrimination s'imposait, les dispositions conventionnelles subissaient, d'une certaine façon, l'*effet d'attraction* du principe d'égalité et de non-discrimination, qui était, dans l'inconscient collectif des juristes et en raison notamment d'une maigre jurisprudence strasbourgeoise en matière de non-discrimination, *crystallisé dans les articles 10 et 11 de la Constitution*, dispositions constitutionnelles dont le respect est confié à la Cour constitutionnelle. Depuis que, désormais, les justiciables ne sont plus tenus, quand ils soulèvent une question préjudicielle devant le juge du fond, de combiner les dispositions constitutionnelles et conventionnelles avec le principe d'égalité, mais peuvent invoquer directement ces dispositions, l'effet d'attraction joue en sens inverse en faveur des dispositions conventionnelles « matérielles », dont le contenu est défini et interprété par l'abondante jurisprudence strasbourgeoise, et qui, dans cette mesure, sont de nature à « absorber » le contenu des dispositions constitutionnelles garantissant les droits et libertés des Belges, dispositions constitutionnelles assez désuètes, qui ne semblent pas avoir d'autonomie propre, comme le confirme d'ailleurs de manière

Un constat s'impose en toute hypothèse avec certitude : le « concours des droits fondamentaux » et la guerre latente des juges qu'il implique participent à la conventionnalisation de l'ordre juridique belge, puisque l'ensemble des juridictions utilisent, *volontairement*, la Convention comme référent absolu.

44. La progressive dématérialisation des droits fondamentaux implique donc que l'exigence d'épuisement des voies de recours internes pourrait être remplie par la seule invocation « *en substance* » d'un droit fondamental garanti par la Convention, indépendamment de l'invocation du fondement textuel – interne ou conventionnel – de ce droit.

Ainsi, d'une part, un requérant qui invoquerait devant une juridiction la violation du seul article 16 de la Constitution, engendrant une obligation de principe pour le juge d'interroger la Cour constitutionnelle, pourrait satisfaire à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes en ce qui concerne l'invocation en substance de la violation de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention.

Toutefois, il n'en demeure pas moins qu'en l'état actuel des textes¹²¹,

assez imprudente peut-être le raisonnement de l'ensemble indissociable, élaboré par la Cour d'arbitrage elle-même. L'obsolescence des dispositions du titre II de la Constitution n'est pas un facteur qui plaide pour l'arrêt de cette conventionnalisation des dispositions constitutionnelles. Sur ce sujet de l'« *éclipse constitutionnelle* » en matière de protection des droits de l'homme et la nécessité d'une « actualisation » du titre II de la Constitution, voy. S. 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 », *A.P.T.*, 2001, pp. 130-153 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Cent septante-cinq ans de protection des droits de l'homme en Belgique », *J.T.*, 2005, pp. 586-587. Le Constituant travaille d'ailleurs, avec l'aide des experts J. VELAERS et S. VAN DROOGHENBROECK, à la modernisation du titre II de la Constitution, voy. *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-2304/1 ; E. BREMS, « Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge ? », *Rev. trim. dr. h.*, 2007, pp. 352-383.

¹²¹ Voy. la proposition de modification de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, qui tend à insérer dans l'article 26, un nouveau paragraphe 4 qui disposerait : « *Lorsqu'une partie soulève devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition conventionnelle, la juridiction est tenue, sauf dans les cas visés aux §§2 et 3 du présent article, de poser d'abord à la Cour d'arbitrage la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution, à moins qu'elle n'estime que cette disposition n'est manifestement pas violée ou qu'un arrêt d'une juridiction internationale ou de la Cour d'arbitrage fait apparaître que la disposition de la convention ou de la Constitution est manifestement violée* » (voy. *Doc. parl.*, Sénat, 2006-2007, n° 3-2042/1). Cette proposition s'inspire du rapport d'un groupe de travail, dont le rapporteur est J. VELAERS, établi dans le cadre d'un symposium sur les relations entre la Cour d'arbitrage, la Cour de cassation et le Conseil d'Etat, publié dans A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, précité.

l'invocation « en substance » de la violation d'un droit fondamental se heurte encore aux règles relatives à la compétence de la Cour constitutionnelle, notamment au texte de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage : si une violation de la seule Convention est invoquée, *sans être combinée* avec la violation d'une disposition dont la Cour assure le respect, le juge non seulement ne doit pas, mais en principe ne peut pas, poser à la Cour une question préjudicielle, la Cour constitutionnelle n'étant à ce jour pas compétente pour contrôler directement le respect de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'état actuel des textes, c'est toujours la nature – constitutionnelle ou conventionnelle – de la disposition « qui règle la répartition du contentieux »¹²².

Le requérant qui invoquerait donc la seule violation de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention, sans le combiner avec l'article 16 de la Constitution ou avec les articles 10 et 11 de la Constitution, s'il satisfait en théorie à l'invocation « en substance », risque ainsi de perdre *une possibilité de recours*, la question préjudicielle.

2.- L'accessibilité de la question préjudicielle

45. Outre la question de l'invocation « matérielle » d'une violation de la Convention, se pose également la question de l'accessibilité du recours incident qu'est la question préjudicielle.

Pour devoir être posée à la Cour, la question préjudicielle suppose en effet *un contexte législatif et juridictionnel bien déterminé*. En effet, poser une question préjudicielle induit qu'un litige a été porté devant une juridiction, litige dans lequel le futur requérant devant la Cour de Strasbourg est partie, sans autre exigence de délai comme pour le recours en annulation.

Savoir si une question préjudicielle doit avoir été soulevée par le requérant qui agit à Strasbourg suppose donc que la violation du droit qu'il invoque ait pu se concrétiser devant une « *juridiction* »¹²³ compétente pour interroger la Cour constitutionnelle, et qu'il ait donc pu acquérir la qualité de « *victime* » au sens de la Convention dans le cadre de ce litige.

Autrement dit, un recours devant un juge judiciaire ou administratif *doit*

Sur cette proposition du groupe de travail, voy. E. CLOOTS, « Samenloop van grondrechten. Is het einde van de 'guerre des juges' nabij ? », *op. cit.*, pp. 269-272.

¹²² Voy. J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 210.

¹²³ Ce qui doit en principe être le cas compte tenu de l'exigence du « *droit à un recours effectif* » prévu par l'article 13 de la Convention.

préexister et doit donc être éventuellement¹²⁴ introduit par le requérant avant de pouvoir soulever l'exception d'inconstitutionnalité.

En outre, les conditions de saisine de la Cour constitutionnelle par question préjudicielle doivent être remplies, ce qui suppose qu'il existe une norme législative – ce qui exclut donc les carences du législateur –, et que cette norme législative soit critiquée au regard des règles qui relèvent des compétences de la Cour constitutionnelle, éventuellement combinées avec des dispositions de la Convention. La violation alléguée de la Convention doit donc provenir *d'un acte du pouvoir législatif*.

46. Parce qu'elle est posée par une juridiction, la question préjudicielle impose donc non seulement *l'existence d'un recours pendant et d'une norme législative dont la constitutionnalité est critiquée*, mais aussi l'intervention, la « médiation » d'un juge, ce qui a conduit à s'interroger sur le statut de la question préjudicielle au regard de l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, notamment si elle peut ou non être considérée comme un recours « accessible », la Commission et la Cour ayant une jurisprudence différente quant à l'accessibilité de l'exception d'illégalité, lorsque le juge n'a *qu'une faculté* d'interroger la juridiction constitutionnelle¹²⁵.

Comme son nom l'indique, la question préjudicielle n'est en effet pas un « recours » en tant que tel, mais une question *incidente*, un grief, un *moyen* soulevé dans les conclusions des parties devant le juge du fond. Par la décision du juge de poser la question, décision figurant dans le dispositif de la décision de renvoi, le moyen *se muera en question préjudicielle*, posée de juge à juge : c'est donc un juge qui saisit la Cour, et non le particulier.

La question préjudicielle est donc l'illustration-type d'un dialogue *institutionnalisé* des juges au niveau interne.

47. Par ailleurs, s'il existe certes une obligation de principe, et non une faculté, de poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle lorsqu'est soulevée une question relevant de la compétence de la Cour, cette obligation doit toutefois être nuancée : en effet, le juge *a quo* dispose de la maîtrise de l'appréciation,

¹²⁴ Selon que le requérant devant Strasbourg est ou non partie requérante ou défenderesse devant le juge national. En toute vraisemblance, ce recours judiciaire ou administratif devrait être considéré comme un recours à épuiser avant d'aller à Strasbourg.

¹²⁵ Voy., plus bas, la note 132.

de la pertinence, de la nécessité et de la formulation de la question préjudicielle¹²⁶, et il existe de (plus en plus¹²⁷) nombreuses exceptions légales à l'obligation de principe d'interroger la Cour constitutionnelle, qui laissent aux juridictions *a quo* une marge de manœuvre certaine pour échapper à l'obligation du détour constitutionnel. Plus fondamentalement encore, cette obligation de principe est *dépourvue de toute sanction*¹²⁸.

Il convient également d'avoir à l'esprit que, lorsque le juge pose une question préjudicielle, la procédure est, en vertu de l'article 30 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, suspendue dans l'attente de la réponse de la Cour, que considérer que la question préjudicielle est un recours à épuiser va allonger chaque procédure *d'un an maximum*, délai d'ordre imparti à la Cour pour prononcer son arrêt¹²⁹ et que

¹²⁶ Voy. notamment Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage – Aspects théoriques et pratiques*, Bruylant, Bruxelles, 2001, pp. 56-57 ; M. LEROY, « Sens et non-sens dans le règlement des conflits », *J.T.*, 1989, pp. 557-561, ici p. 557 ; G. DE LEVAL, « La pertinence de la question préjudicielle et l'usage de la réponse par le juge *a quo* », in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, La Chartre, Bruges, 2006, pp. 239-293, ici pp. 241-264 ; M. MELCHIOR, « De quelques aspects des questions préjudicielles », *R.B.D.C.*, 1995, pp. 61-69, ici p. 62 ; A. RASSON-ROLAND, « La question préjudicielle », in *Le recours des particuliers devant le juge constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 1991, pp. 37-53, ici pp. 39-46 ; L.-P. SUETENS et R. LEYSEN, « Les questions préjudicielles : cause d'insécurité juridique ? », in *La sécurité juridique*, Actes du colloque de la conférence libre du Jeune Barreau de Liège du 14 mai 1993, Liège, 1993, pp. 35-68, ici pp. 43-44 ; P. VANDERNOOT, « Le mécanisme préjudiciel devant la Cour d'arbitrage : forces et faiblesses », *Rev. dr. U.L.B.*, 2002, n° 25, pp. 1-106, ici pp. 33-36 et 38-41.

¹²⁷ Voy. à cet égard le nouveau texte de l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, tel qu'il a été modifié par la loi spéciale du 9 mars 2003.

¹²⁸ Voy. J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage », *op. cit.*, p. 222.

¹²⁹ Voy. l'article 109 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, lequel prévoit un délai de six mois pour prononcer l'arrêt, qui peut être prorogé d'un délai de six mois maximum. Délai qui a été, à de quelques rares exceptions près, toujours respecté dans la pratique par la Cour, et qui, pour le surplus, ne semble pas susceptible d'entrer en contradiction avec l'exigence du délai raisonnable prévue par l'article 6, §1^{er}, de la Convention (voy. la déc. de la Cour eur. dr. h. *Josef Stevens c. Belgique* du 9 décembre 2004, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que, lorsque le requérant se défend en sollicitant que soit posée une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, « on ne saurait toutefois imputer aux autorités judiciaires la responsabilité du délai résultant de l'exercice du cours normal des recours qui ont été exercés »). Nous rappelons à cet égard que la Cour de Strasbourg a estimé, dans l'arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, que l'exigence de délai raisonnable s'appliquait également aux cours constitutionnelles saisies dans le cadre d'une question préjudicielle : cette assimilation des questions de constitutionnalité à des « contestations portant sur des droits de caractère civil ou sur une accusation en matière pénale » visées à l'article 6 de la Convention entraîne ainsi une « banalisation de la justice constitutionnelle » (J.-F. FLAUSS, « L'incidence de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen », *op. cit.*, p. 381), les cours constitutionnelles nationales étant « désormais placées dans une situation de subordination » (G. MALINVERNI, « Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 389-395, ici p. 394). Sur l'arrêt *Ruiz-Mateos*, voy. également L. BURGORGUE-LARSEN, « L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 55-57 ; G. COHEN-JONATHAN, « Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme – L'arrêt *Ruiz Mateos c.*

ce délai, même s'il est respecté, doit être conciliable avec les enjeux de l'affaire, et nécessite que Strasbourg n'oublie pas qu'elle apprécie en théorie la recevabilité des requêtes « avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif ».

48. Enfin, la décision d'interroger la Cour constitutionnelle est une décision « avant dire droit », qui opère saisine de la Cour, mais contre laquelle l'article 29, §1^{er}, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage exclut tout recours.

Si, par contre, la juridiction refuse d'interroger la Cour constitutionnelle, l'article 29, §2, de la loi spéciale prévoit que cette décision de refus n'est pas, comme telle, susceptible d'un recours distinct. De la sorte, des recours dilatoires sont évités, et ce n'est donc que dans le cadre d'un recours *au fond* qu'on pourra attaquer la décision de ne pas interroger la Cour constitutionnelle.

La question préjudicielle apparaît à ce titre un « recours » d'autant moins accessible que la décision *d'interroger ou non* la Cour constitutionnelle se voit *refuser une individualité* en tant que décision susceptible comme telle de recours.

49. Il résulte de ce qui précède que la question préjudicielle n'est que *la traduction procédurale d'un moyen au fond*, soulevé devant le juge du fond : afin de satisfaire l'épuisement des voies de recours internes, seule devrait avoir lieu l'invocation en substance de la violation d'un droit fondamental, sans nécessairement se référer au texte conventionnel en tant que tel, et ce, *indépendamment de la suite donnée à ce moyen par le juge du fond*, qui peut, pour une raison ou une autre¹³⁰, estimer ne pas être tenu d'interroger la Cour et ne pas devoir transférer cette question au juge constitutionnel.

Si le mécanisme de la question préjudicielle n'est pas comme tel une « voie de recours » directement accessible au justiciable, il semble toutefois qu'on puisse, doctrinalement, considérer qu'il est nécessaire¹³¹, lors du litige pendant devant le

Espagne », *R.F.D.C.*, 1994, pp. 175-183 ; M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6, §1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme », *précité* ; M. VERDUSSEN, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », *op. cit.*, pp. 19-30 ; M. WOUTERS, « De toepasselijkheid van artikel 6, lid 1, E.V.R.M. op de prejudiciële rechtspleging voor een grondwettelijk hof », obs. sous Cour eur. dr. h. *Ruiz-Mateos c. Espagne*, *R.W.*, 1993-1994, pp. 849-851. Voy. aussi H. SIMONART, « La Cour d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Présence du droit public et des droits de l'homme – Mélanges offerts à Jacques Velu*, Bruylant, Bruxelles, 1992, tome III, pp. 1473-1484, ici pp. 1474-1481.

¹³⁰ Ce qui suppose donc qu'il estime être dans un des cas qui constituent des exceptions à l'obligation d'interroger la Cour (voy. l'article 26, §§2 et 3, de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage).

¹³¹ Subsiste encore la question de savoir si considérer que la question préjudicielle est un préalable obligatoire en cas de violation d'un droit fondamental n'est pas susceptible d'être contraire à la jurisprudence *Simmenthal* (arrêt du 9 mars 1978, Aff. 106/77, Rec., 1978, p. 629), qui interdit le détour

juge du fond, que le justiciable soulève « en substance » la question préjudicielle, compte tenu du fait que le juge ne dispose *pas d'une simple faculté*¹³², mais d'une *obligation de principe*¹³³ – dépourvue toutefois de sanction – d'interroger la Cour¹³⁴ : si

obligatoire par la juridiction constitutionnelle nationale en cas de violation du droit communautaire, compte tenu de l'évolution du droit communautaire qui tend à intégrer dans la sphère de l'Union européenne la protection des droits fondamentaux. Cette question mériterait certainement de larges développements, que nous n'aborderons toutefois pas ici dans le cadre limité de ce commentaire.

¹³² Dans des arrêts concernant la *faculté* de renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle italienne, la Cour européenne des droits de l'homme considère que, « dans le système juridique italien, un individu ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle pour l'inviter à vérifier la constitutionnalité d'une loi : seule a la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office, une juridiction qui connaît du fond d'une affaire. Dès lors, pareille demande ne saurait s'analyser en un recours dont l'article 26 de la Convention exige l'épuisement » (Cour eur. dr. h., *Brozicek c. Italie*, 19 décembre 1989, point 34 ; voy. aussi les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, *Padovani c. Italie* du 26 février 1993, point 20, *Spadea et Scalabrino c. Italie* du 1^{er} septembre 1995, point 24, *Immobiliare Saffi c. Italie* du 28 juillet 1999, point 42, et les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, *Craxi c. Italie* du 11 octobre 2001, *Cordova c. Italie* du 13 juin 2002 et *De Jorio c. Italie* du 6 mars 2003). Cette position s'opposait à la jurisprudence antérieure de la Commission européenne des droits de l'homme, qui estimait que l'exception d'inconstitutionnalité devait, dans le système italien, être soulevée en substance et qu'il y avait épuisement si la demande par laquelle le requérant soulève la question préjudicielle est rejetée ou après que la Cour constitutionnelle se soit prononcée (voy. notamment les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme, *Sacchi c. Italie* du 12 mars 1976, *Ventura c. Italie* du 9 mars 1978, *Colozza et Rubinat c. Italie* du 9 juillet 1982 et *Vallon c. Italie* du 13 octobre 1983).

¹³³ S'il existe par contre une cause d'irrecevabilité de la question préjudicielle, ce « recours » (*sic*) ne doit pas être épuisé : voy. la décision de la Commission européenne des droits de l'homme, *Aerts c. Belgique* du 2 septembre 1996.

¹³⁴ En ce sens, voy. M. VERDUSSEN, « L'épuisement des voies de recours internes devant les juridictions constitutionnelles », obs. sous arrêt de la Cour eur. dr. h. *Brozicek c. Italie* du 19 décembre 1989, *J.T.*, 1991, p. 157 ; M. VERDUSSEN, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel », *op. cit.*, p. 449. Selon le commentateur, la position de la Cour dans l'arrêt *Brozicek* pourrait être mise à mal dans le système belge compte tenu de l'obligation de principe d'interroger la Cour constitutionnelle : la question préjudicielle n'est « donc plus une simple faculté pour le juge du fond », mais « un véritable instrument mis à la disposition du justiciable ». En ce sens, voy. aussi A. ALEN, B. RENAULD, F. MEERSCHAUT, M. MELCHIOR et C. COURTOY, « Les relations entre les Cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes », rapport général de la 12^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, Bruxelles, 14-16 mai 2002, *R.U.D.H.*, 2002, pp. 333-360, ici pp. 358-369, point 36 ; C. COURTOY, « Les relations entre les cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes – Rapport établi pour la Cour d'arbitrage de Belgique », *op. cit.*, p. 316 ; R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen – La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », *op. cit.*, p. 214 ; M. MELCHIOR et L. DE GREVE, « Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ? Rapport de la Cour d'arbitrage de Belgique », *op. cit.*, p. 245 ; M. MELCHIOR, « Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours interne au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 239-240 : ce qui est nécessaire, c'est que le particulier « soulève lui-même, personnellement, l'exception d'inconstitutionnalité », de sorte que la victime potentielle d'une violation de la Convention « aura accompli tout ce qui était en son pouvoir pour permettre aux autorités juridictionnelles internes de remédier, éventuellement, à une violation de la Convention » ; J. VELU, P. VANDERNOOT et H. SIMONART, dans leurs auditions respectives sur le

le juge décide de poser la question, il transformera ainsi un simple moyen en une *forme de recours*, une question de juge à juge¹³⁵. Si le juge est l'intermédiaire nécessaire de ce recours incident, il n'en demeure pas moins que le justiciable peut et doit jouer un rôle actif *dans le déclenchement de ce recours*.

50. En faveur de cette position doctrinale de la question préjudicielle à épuiser en substance, il est possible de trouver dans la jurisprudence strasbourgeoise quelques éléments qui plaident en faveur de la reconnaissance de la question préjudicielle en tant que « recours ».

Ainsi, la Cour de Strasbourg a eu à se prononcer¹³⁶ sur le refus de la Cour de cassation¹³⁷ de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, au regard de l'article 6, §1^{er}, de la Convention¹³⁸ :

« La Cour observe, tout d'abord, que la Convention ne garantit pas, comme tel, un

projet de loi spéciale de 2003 modifiant la loi spéciale de 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Doc. parl.*, Sénat, 2002-2003, n°2-897/6, pp. 36, 63 et 76.

¹³⁵ Si le requérant sollicite une question préjudicielle et que celle-ci est posée, il devra toutefois attendre que la Cour constitutionnelle ait répondu pour qu'il y ait épuisement des voies de recours internes. Voy. la décision de la Commission européenne des droits de l'homme, *S.A. Sobifac et S.A. Algemene bouwonderneming en onroerende promotie A.B.E.B. c. Belgique* du 9 septembre 1992 : si un litige est toujours pendant dans l'attente de la réponse de la Cour constitutionnelle à une question préjudicielle posée, le requérant ne peut à ce moment être considéré comme ayant épuisé les voies de recours internes.

¹³⁶ Dans sa décision sur la recevabilité dans les affaires *Coëme, Mazy, Stalport, Hermanus et Javeau c. Belgique* du 2 mars 1999, la Cour européenne avait en effet considéré que ce grief de violation des articles 6, §1^{er} et 13 de la Convention posait de sérieuses questions de fait et de droit « qui nécessitent un examen au fond » (point 3).

¹³⁷ Sur l'arrêt de la Cour de cassation du 12 février 1996, dans la célèbre affaire INUSOP, voy. notamment H.-D. BOSLY, note sous Cass., 12 février 1996, *R.D.P.C.*, 1996, pp. 712-719 ; R. ERGEC, « L'affaire INUSOP : du refus de renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », *R.B.D.C.*, 1996, pp. 439-447 ; Ch. HOREVOETS et P. BOUCQUEY, *Les questions préjudicielles à la Cour d'arbitrage - Aspects théoriques et pratiques, op.cit.*, pp. 173-175 ; M. NIHOUL, « La Cour de cassation a-t-elle commis un déni de renvoi préjudiciel dans l'affaire I.N.U.S.O.P. ? », *R. Cass.*, 1996, pp. 205-230 ; F. PERIN, « Le jugement des ministres par la Cour de cassation. La mystérieuse carence du pouvoir législatif », obs. sous l'arrêt précité, *J.L.M.B.*, 1996, pp. 1085-1087 ; J. SOHIER et F. TULKENS, « Palliatifs jurisprudentiels à l'incurie séculaire du législateur », obs. sous l'arrêt précité, *Journ. Proc.*, 1996, n° 299, pp. 27-31 ; M. VERDUSSEN, « Les atouts et les limites du renvoi préjudiciel à la Cour d'arbitrage », in *La saisine du juge constitutionnel - Aspects de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 175-195, ici pp. 178-181.

¹³⁸ Cour eur. dr. h., *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000 ; *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, 5 février 2003 ; *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003. Les considérants de l'arrêt *Coëme* sont rappelés pour conduire à la même conclusion dans les décisions de la Cour eur. dr. h. *Delanghe c. Belgique*, 18 septembre 2001, *Hermanus c. Belgique*, 18 septembre 2001, *Puelinckx c. Belgique*, 18 septembre 2001, *Wallyn c. Belgique*, 18 septembre 2001 et *Wynen c. Belgique*, 18 septembre 2001.

droit à ce qu'une affaire soit renvoyée, à titre préjudiciel, par une juridiction nationale devant une autre instance nationale ou internationale. [...] Le droit de saisir un tribunal par voie de question préjudicielle ne peut pas non plus être absolu, même lorsqu'une législation réserve un domaine juridique à la seule appréciation d'un tribunal et prévoit pour les autres juridictions l'obligation de lui soumettre, sans réserve, toutes les questions qui s'y rapportent. Comme le soutient le Gouvernement, il est conforme au fonctionnement de pareil mécanisme que le juge vérifie s'il peut ou doit poser une question préjudicielle, en s'assurant que celle-ci doit être résolue pour permettre de trancher le litige dont il est appelé à connaître. Cela étant, il n'est pas exclu que, dans certaines circonstances, le refus opposé par une juridiction nationale, appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, tel qu'énoncé à l'article 6, §1^{er}, de la Convention, en particulier lorsqu'un tel refus apparaît comme entaché d'arbitraire »¹³⁹.

La Cour a estimé qu'en l'espèce, le refus de la Cour de cassation d'interroger la Cour constitutionnelle n'était pas entaché d'arbitraire, que « l'interprétation de la législation interne incombe au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux cours et tribunaux »¹⁴⁰ et a conclu que « le refus de poser des questions préjudicielles n'a pas porté atteinte à l'article 6, §1^{er} »¹⁴¹, en ajoutant par ailleurs :

« Vu cette décision relative à l'article 6, §1^{er}, la Cour juge inutile d'examiner l'affaire sous l'angle de l'article 13 de la Convention. Les exigences de cette disposition sont en effet moins strictes que celles de l'article 6, §1^{er}, et elles sont, en l'espèce, absorbées par celles-ci »¹⁴².

Même si elle juge inutile de se prononcer directement sous l'angle de l'article 13, en acceptant de se prononcer sur la compatibilité du refus de poser une question préjudicielle au regard de l'article 6 de la Convention, dont les exigences «absorbent» celles du droit à un recours effectif garanti par l'article 13 de la Convention, la Cour de Strasbourg reconnaît implicitement que la question préjudicielle à la Cour constitutionnelle *peut être envisagée sous l'angle du recours effectif*

¹³⁹ Cour eur. dr. h., *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, point 114 ; Cour eur. dr. h., *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, 5 février 2003, point 41 ; Cour eur. dr. h., *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003, point 74.

¹⁴⁰ Cour eur. dr. h., *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, point 115 ; Cour eur. dr. h., *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, 5 février 2003, point 42 ; Cour eur. dr. h., *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003, point 75.

¹⁴¹ Cour eur. dr. h., *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, point 116 ; Cour eur. dr. h., *Wynen et Centre hospitalier interrégional Edith-Cavell c. Belgique*, 5 février 2003, point 43 ; Cour eur. dr. h., *Ernst et autres c. Belgique*, 15 juillet 2003, point 76.

¹⁴² Cour eur. dr. h., *Coëme et autres c. Belgique*, 22 juin 2000, point 117.

au sens de l'article 13 de la Convention – donc un recours à épuiser.

3.- L' « adéquation » de la question préjudicielle

51. Enfin, se pose la question de l' « adéquation » de la question préjudicielle, en prenant en considération, d'une part, les effets limités des arrêts rendus sur question préjudicielle¹⁴³ sur la norme en cause et, d'autre part, en abordant brièvement la question de la nécessité de recours ultérieurs éventuels après la question préjudicielle, notamment la question de la responsabilité du législateur pour inconstitutionnalité ou inconvencionnalité.

52. Comme il a été rappelé précédemment, si la question préjudicielle ne concerne que la constitutionnalité « objective » de la norme, sans toucher en principe à des droits subjectifs, l'arrêt rendu sur question préjudicielle peut toutefois conclure à un constat de violation, qui ne peut cependant conduire qu'à la *non-application* au litige en cause de la norme déclarée inconstitutionnelle.

L' « adéquation » de la question préjudicielle en tant que recours à épuiser avant d'agir à Strasbourg suppose donc que la non-application de la norme permette de – et suffise à – éviter la violation de la Convention. Dans le cas contraire, si par exemple une intervention du législateur est nécessaire pour mettre fin à la violation de la Convention née d'une carence législative¹⁴⁴, la question préjudicielle n'est pas un « recours » à épuiser, puisqu'elle n'est pas possible, ni *a fortiori* adéquate.

53. Quid, enfin, après l'arrêt rendu sur question préjudicielle ?

Autrement dit, si soulever une question préjudicielle est nécessaire pour satisfaire l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes, peut-on considérer que l'arrêt rendu sur question préjudicielle est suffisant et qu'il n'y a pas d'autres recours à épuiser ?

L'arrêt rendu sur question préjudicielle est, en vertu de l'article 116 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, définitif et insusceptible de recours : la Cour constitutionnelle statue donc en premier et dernier ressort sur la constitutionnalité

¹⁴³ Pour un rappel des effets des arrêts rendus sur question préjudicielle, voy. notamment G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », in *La Cour d'arbitrage, un juge comme les autres ?*, Actes du colloque organisé le 28 mai 2004 par la Faculté de droit de l'Université de Liège (Service de droit constitutionnel) et la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège, éd. Jeune Barreau de Liège, 2004, pp. 95-160, ici pp. 115-132.

¹⁴⁴ Les travaux préparatoires de la loi spéciale de 1989 sont à ce sujet catégoriques : « il apparaît que la Cour d'arbitrage n'est pas compétente pour sanctionner la carence législative » (*Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 483/2, p. 25).

des normes législatives.

L'incident de procédure relatif à la *constitutionnalité* de la norme législative est donc définitivement clos par l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle, ce qui suppose donc que la procédure principale du litige au fond doit se poursuivre. La suite du raisonnement opère donc une distinction selon que l'arrêt rendu sur question préjudicielle conclut ou non à un constat de constitutionnalité.

54. Si l'arrêt rendu sur question préjudicielle conclut à la non-violation, l'affaire est renvoyée devant le juge *a quo*, qui devra *appliquer* la norme déclarée constitutionnelle.

Toutefois, se pose encore la question de savoir si le requérant doit maintenir devant le juge de renvoi, le grief de violation « directe » (non combinée avec des dispositions constitutionnelles qui relèvent de la compétence de la Cour constitutionnelle) de la Convention. En effet, l'autorité de chose jugée des arrêts de la Cour constitutionnelle est *formellement* limitée aux seules règles qui fondent les compétences de la Cour constitutionnelle, de sorte que le juge de renvoi pourrait considérer que le constat de constitutionnalité *combinée avec la Convention* ne le lie pas à l'égard du grief d'absence de conventionnalité, *pris isolément*¹⁴⁵.

La question du maintien du grief d'inconventionnalité, pris isolément, après un arrêt préjudiciel ne présente cependant selon nous d'intérêt que s'il existe des voies de recours contre la décision du juge de renvoi. En effet, à l'égard du juge de renvoi *seul*, avoir invoqué le grief d'inconventionnalité combinée avec la Constitution a permis de saisir par voie préjudicielle la Cour constitutionnelle et est suffisant au regard de l'invocation « *en substance* ».

Ce n'est donc que s'il existe des voies de recours contre la décision du juge de renvoi ou s'il existe des recours d'une autre nature, que se présentera l'utilité de maintenir le grief d'*inconventionnalité seul* afin de pouvoir exercer *devant d'autres juridictions* les voies de recours qui doivent être épuisées pour satisfaire à l'exigence d'épuisement des voies de recours internes pour autant qu'elles remplissent les conditions d'adéquation, d'accessibilité¹⁴⁶ et d'effectivité.

¹⁴⁵ Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 19 avril 1991 (*J.T.*, 1992, p. 222), s'est déclarée compétente pour examiner un grief pris de la violation de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention, alors que la Cour d'arbitrage, dans l'arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990, s'était prononcée sur le même grief en combinaison avec les articles 10 et 11 de la Constitution, voy. R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen – La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », *op. cit.*, p. 214.

¹⁴⁶ Ainsi, un recours en cassation dans l'intérêt de la loi ne sera pas considéré comme un recours accessible, voy. M. MELCHIOR, « La procédure devant la Commission européenne des droits de

Ces voies de recours *ultérieures* apparaissent toutefois peu compatibles avec l'idée que la règle de l'épuisement des voies de recours internes doit être interprétée « avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif »¹⁴⁷. Les organes de Strasbourg ont d'ailleurs estimé que, lorsque les moyens portant sur les articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec des dispositions conventionnelles sont rejetés par la Cour constitutionnelle, les requérants peuvent considérer que la Cour constitutionnelle ne percevait dans la législation litigieuse aucune atteinte irrégulière aux droits protégés par la Convention et ses Protocoles : « *Eu égard au rang et à l'autorité de cette cour dans le système juridictionnel du Royaume, de tels motifs peuvent passer pour vouer à l'échec tout autre recours que les requérants auraient pu engager* »¹⁴⁸.

Autrement dit, le « concours des droits fondamentaux » ne doit pas être poussé à l'extrême et il n'est pas requis d'exacerber la « guerre des juges » en poursuivant, après un constat de non-violation par la Cour constitutionnelle, les voies de recours sur la base du grief d'inconventionnalité seul¹⁴⁹.

55. Si, par contre, l'arrêt préjudiciel de la Cour constitutionnelle déclare que la norme législative viole la Constitution, le juge de renvoi devra *écarter l'application* de la norme inconstitutionnelle.

Si cette non-application de la norme suffit (ce qui devrait normalement être le cas) à éviter une violation de la Convention, le droit interne aura pu assurer seul le respect de la Convention, de sorte qu'un recours à Strasbourg ne sera en toute logique pas introduit puisque la violation de la Convention aura été écartée par le droit interne.

On pourrait toutefois imaginer que, dans certaines hypothèses, une déclaration d'inconstitutionnalité suivie de la non-application *in casu* de la norme inconstitutionnelle ne suffisent pas comme telles à éviter une violation de la

l'homme », in *Introduire un recours à Strasbourg ? Een zaak aanhangig maken te Straatsburg ?*, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴⁷ R. ERGEC, « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen - La censure du législateur : le justiciable entre la Cour d'arbitrage, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg », *op. cit.*, pp. 215-217.

¹⁴⁸ Cour eur. dr. h., *Pressos Compania Naviera S.A. et autres c. Belgique* du 20 novembre 1995, point 27. Et sur cet arrêt, voy. S. DEPPE et M. VERDUSSEN, « Le dénouement européen dans l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », obs. sous Cour eur. dr. h., *Pressos Compania Naviera et autres c. Belgique*, 20 novembre 1995, *précité*. Cette position de Strasbourg a été également rappelée dans la décision de la Cour eur. dr. h., *EEG-Slachthuis Verbist c. Belgique* 10 novembre 2005.

¹⁴⁹ Si, toutefois, la procédure est *poursuivie* devant les tribunaux judiciaires après un arrêt préjudiciel, et est *toujours pendante* au moment de la requête à Strasbourg, il n'y aura pas d'épuisement des voies de recours internes, voy. notamment la décision de la Commission européenne des droits de l'homme *Laboratoire médical Saint-Pierre et Marie-France Leclercq c. Belgique*, 6 septembre 1994.

Constitution. Dans cette hypothèse, peut-on alors considérer que le requérant devant Strasbourg devrait introduire, après l'arrêt rendu sur question préjudicielle, *d'autres recours ultérieurs* ?

56. Se pose tout d'abord la question du « recours en cascade » prévu par l'article 4 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage. En effet, en vue de purger l'ordre juridique de l'inconstitutionnalité constatée, un nouveau délai de six mois est ouvert pour introduire un recours en annulation contre une norme déclarée inconstitutionnelle sur question préjudicielle.

Depuis 2003, l'article 4 *in fine* de la loi ouvre cette possibilité de recours en annulation « *subséquent* », à toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt¹⁵⁰. Ce recours permet ainsi de pouvoir bénéficier de l'effet *erga omnes* d'un arrêt d'annulation, et d'obtenir l'annulation de la norme législative, à savoir sa disparition en théorie rétroactive – « en théorie » puisqu'un « maintien des effets »¹⁵¹ est vraisemblable en pareille hypothèse –, de l'ordre juridique interne.

Si le requérant devant Strasbourg était *lui-même la personne impliquée* dans le litige qui a donné lieu à la question préjudicielle, on ne voit pas l'intérêt qu'il peut justifier à obtenir l'effet *erga omnes* d'une annulation, dès lors qu'il a en principe pu bénéficier de l'effet *inter partes* de l'arrêt rendu sur question préjudicielle. Autrement dit, si la non-application *in casu* de la norme au litige particulier suffit, le recours en annulation « *subséquent* » ne doit pas être intenté pour agir à Strasbourg, dès lors que pareil recours vise essentiellement à *étendre à autrui* les effets du constat d'inconstitutionnalité.

Par contre, si le requérant devant Strasbourg est une personne tierce à la question préjudicielle, mais qui, dans le délai du « *nouveau* » recours en annulation ouvert suite au constat d'inconstitutionnalité, a acquis la qualité de victime au sens de la Convention, cette personne étrangère à la question préjudicielle devrait quant à elle utiliser le recours qui lui est ouvert pour bénéficier de l'effet *erga omnes* du constat d'inconstitutionnalité.

¹⁵⁰ Cette ouverture du recours en annulation était notamment suggérée par P. MARTENS, « La Cour d'arbitrage et le troisième millénaire », *J.T.*, 2000, pp. 4-5, ici p. 5. Cette possibilité a été utilisée pour la première fois dans l'arrêt n° 28/2004 du 11 février 2004 (sur cet arrêt, voy. P. VANDEN HEEDE, « Particulier heropent vernietigingstermijn voor het Arbitragehof », *De Juristenkrant*, 10 mars 2004, n° 85, pp. 10-11).

¹⁵¹ Voy. notamment G. ROSOUX, « Le maintien des effets des dispositions annulées par la Cour d'arbitrage : théorie et pratique », *op. cit.*, pp. 440-441, note 8.

57. Se pose enfin la question de la responsabilité civile de l'Etat législateur¹⁵² en cas d'inconstitutionnalité ou d'inconventionnalité, plus particulièrement depuis le récent arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006¹⁵³ admettant la responsabilité de l'Etat législateur *pour omission législative inconventionnelle*¹⁵⁴. Cet arrêt illustre à nouveau, après l'arrêt *Le Ski*, que le droit

¹⁵² Sur cette notion de « responsabilité de l'Etat législateur », voy. B. DE VUYST, « Responsabilité des pouvoirs publics pour des lois inadéquates ou inexistantes », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 513-521 ; M. LEROY, « La responsabilité de l'Etat législateur », *J.T.*, 1978, pp. 321-329 ; M. LEROY, « Responsabilité des pouvoirs publics du chef de méconnaissance des normes supérieures de droit national par un pouvoir législatif », in *La responsabilité des pouvoirs publics*, Actes du colloque organisé les 14 et 15 mars 1991 par l'U.C.L. et l'U.L.B., Bruylant, Bruxelles, 1991 pp. 299-341 ; M. MAHIEU et S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité de l'Etat législateur », *J.T.*, 1998, pp. 825-846 ; P. POPELIER, « De aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van het rechtszekerheidsbeginsel », obs. sous Civ. Bruxelles, 17 mars 1997, *R.W.*, 1997-1998, pp. 264-266 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité du fait de la fonction normative – Propos suscités par la réception et la contagion dans l'ordre juridique belge de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la responsabilité des Etats membres du fait de la violation du droit communautaire », *J.T.*, 1997, pp. 105-112 ; J. THIELEN, « La responsabilité du fait des lois en Belgique », *Ann. fac. dr. Liège*, 1977, pp. 169-213 ; A. VAN OEVELEN et P. POPELIER, « De aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen voor ondeugdelijke wetgeving », in *Publiekrecht – De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Mys & Breesch, Gand, 1997, pp. 75-127 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat, de Gewesten en de Gemeenschappen voor onrechtmatige wetgeving », *T.v.W.*, 2006, pp. 400-416 ; H. VUYE, « Aansprakelijkheid van de Belgische Staat voor het doen e laten van de wetgever », *R.G.D.C.*, 2002, pp. 526-540.

¹⁵³ Cass., 28 septembre 2006, n° C.02.0570.F. Sur cet arrêt, voy. notamment E. MAES, « Wetgever aansprakelijk voor gerechtelijke achterstand in Brussel », *De Juristenkrant*, 11 octobre 2006, n° 135, pp. 1 et 5 ; M. UYTENDAELE, « Du réflexe salutaire à livresse du pouvoir – Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Eglise universelle du Royaume de Dieu et F.J. », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1554-1564 ; M. UYTENDAELE, « Le pouvoir politique et le pouvoir juridictionnel ou comment contrôler les mauvais élèves de la classe », in *Liber Amicorum Paul Martens – L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 823-839, ici pp. 835 et s. ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor het foutieve verzuim zijn wetgevende bevoegdheid uit te oefenen », *R.W.*, 2006-2007, pp. 1124-1128 ; C. VERBRUGGEN, « Een nieuwe stap in de erkenning van overheidsaansprakelijkheid : de aansprakelijkheid van de Staat wegens uitoefening (of niet-uitoefening) van de wetgevende macht », *R.A.B.G.*, 2007, pp. 323-332 ; J. WILDEMEERSCH, « L'arrêt de la Cour de cassation du 1er juin 2006 versus l'arrêt du 28 septembre 2006 : le loup était déjà dans la bergerie », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1550-1554. Sur les péripéties judiciaires antérieures de cette affaire, voy. notamment H. VUYE et K. STANGHERLIN, « L'Etat belge responsable de l'arriéré judiciaire et pourquoi (pas) ? Observations sur la responsabilité des pouvoirs publics en droit belge », obs. sous Trib. première instance de Bruxelles du 6 novembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 18-26 ; Bruxelles, 4 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1184-1196 ; H. VUYE, « Libertés publiques et arriéré judiciaire : l'article 6, §1er et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 498-500.

¹⁵⁴ L'arrêt du 28 septembre 2006 posant la responsabilité du législateur *pour carence inconventionnelle* semble ainsi constituer une étape ultérieure du raisonnement suivi par la Cour de cassation dans son arrêt du 1er juin 2006, dans lequel la haute Cour n'exclut pas que le législateur puisse, par sa faute, engager la responsabilité de l'Etat, mais qu'en l'espèce, le voile de l'article 58 de la Constitution empêche l'application des articles 1382 et 1383 du Code civil aux opinions émises dans le cadre d'une commission d'enquête parlementaire, cassant ainsi l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles du 28 juin 2005 (sur cet arrêt, voy. notamment K. MUYLLE, « Luidt artikel 1382 B.W. de doodsklok over artikel 58 G.W. ? », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 666-675 ; M.-F. RIGAUX, « La responsabilité de l'Etat pour faute commise

international est la plus commode source d'évolution de la jurisprudence, puisque le droit international (conventionnel en l'espèce) permet ainsi au pouvoir judiciaire de parfaire le principe de la responsabilité de l'Etat dans la trilogie des pouvoirs.

A ce stade de la réflexion, le problème qui se pose est de savoir si, *outré ou indépendamment d'un arrêt rendu sur question préjudicielle*, le parcours du requérant devant Strasbourg s'étend au recours civil en dommage-intérêts pour faute de l'Etat pour inconstitutionnalité de la loi ou pour inconstitutionnalité de la loi dans le respect des conditions prévues par l'article 1382 du Code civil.

58. En ce qui concerne l'inconstitutionnalité de la loi, indépendamment d'un éventuel arrêt rendu sur question préjudicielle et du constat de violation ou non-violation de la Convention que cet arrêt peut impliquer, il semble résulter de la récente jurisprudence de la Cour de cassation que le législateur peut devoir indemniser le dommage résultant de la faute législative que constitue une inconstitutionnalité.

En vertu de la jurisprudence *Le Ski*, le constat d'une inconstitutionnalité relève directement du juge judiciaire, sans imposer un « détour » préjudiciel par la Cour constitutionnelle, et c'est également ce juge judiciaire qui devra déterminer si cette inconstitutionnalité est fautive et en lien causal avec un dommage.

Dans le cas qui était soumis à la Cour de cassation, l'identité entre l'inconstitutionnalité et la faute du législateur repose essentiellement sur le caractère des obligations conventionnelles, qui sont des *obligations de résultat*, ce qui limite dès lors la nécessité d'apprécier la faute à l'aune du comportement de référence du « bon législateur », honnête, diligent et prudent.

par une commission d'enquête parlementaire », *J.T.*, 2005, pp. 598-602 ; M. UYTENDAELE, « Réflexions à froid sur un petit coup d'Etat jurisprudentiel », *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1590-1600 ; H. VUYE, « Overheidsaansprakelijkheid voor het doen en laten van parlementaire onderzoekscommissies... waarom niet en waarom wel ? », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 503-514 ; J. WILDEMEERSCH, « Quand le pouvoir judiciaire se mêle du pouvoir législatif... », *J.L.M.B.*, 2005 pp. 1600-1611). Sur l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juin 2006, voy. notamment S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous l'arrêt précité, *J.T.*, 2006, pp. 462-463 ; K. MUYLLE, « Overheidsaansprakelijkheid voor een fout van het Parlement na het sektenarrest van het Hof van cassatie », *T.B.P.*, 2006, pp. 438-441 ; J.-C. SCHOLSEM, « L'article 58 de la Constitution : deux visions du droit ? », in *Liber Amicorum Paul Martens - L'humanisme dans la résolution des conflits. Utopie ou réalité ?*, Larcier, Bruxelles, 2007, pp. 475-483 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van het Parlement : wel in de uitoefening van de wetgevende activiteit, maar niet voor de werkzaamheden van een parlementaire onderzoekscommissie », *R.W.*, 2006-2007, pp. 222-227 ; I. WOUTERS et Y. THIELS, « La responsabilité des pouvoirs publics - Le pouvoir législatif mis en cause : révolution ou simple évolution ? », *J.L.M.B.*, 2006, pp. 1526-1548.

En outre, le cas d'espèce concernait une *lacune législative, une omission, une abstention de faire*, ce qui ne permettait donc pas de saisir préalablement la Cour constitutionnelle par une question préjudicielle qui combine Convention et Constitution. Autrement dit, il n'y avait pas dans le cas d'espèce de possibilité de rompre le lien de causalité entre l'inconventionnalité et le dommage par un arrêt préjudiciel constatant une inconstitutionnalité-inconventionnalité, et entraînant la non-application de la norme.

Par-delà les incertitudes que laisse subsister cette évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, il semble que le recours en dommage-intérêts pour inconventionnalité fautive pourrait être considéré comme « effectif » au sens de la Convention, et devrait dès lors être épuisé.

59. Tout autre est, selon nous, la question de la responsabilité du législateur pour inconstitutionnalité. Tout d'abord, compte tenu du monopole de principe de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne le constat d'inconstitutionnalité des normes législatives, l'identification d'une inconstitutionnalité législative ne peut être opérée *proprio motu* par le juge judiciaire lui-même, mais impose en principe¹⁵⁵ un « détour » préjudiciel par la Cour constitutionnelle.

Or, en cas de constat d'inconstitutionnalité de la loi, la non-application de la norme législative *rompra* le lien de causalité entre la faute du législateur (pour autant que cette faute soit constatée par le juge) et le dommage à l'égard de la partie au litige qui a donné lieu à la question préjudicielle ainsi qu'à l'égard des autres personnes intéressées, dès lors qu'il existe pour celles-ci la possibilité d'obtenir l'annulation subséquente de la disposition déclarée inconstitutionnelle et que c'est leur *inaction en annulation* qui est susceptible de causer le dommage, rompant ainsi le lien de causalité entre la faute éventuelle et le dommage.

Par ailleurs, si le législateur doit respecter les normes constitutionnelles, dans le respect de la hiérarchie des normes, il n'y a toutefois *pas d'obligation de résultat* qui permette de considérer que toute inconstitutionnalité s'identifie à une faute. Même dans le cas de carence législative *totale ou partielle*¹⁵⁶ face à une obligation

¹⁵⁵ En principe, car cela suppose qu'il existe une norme législative qui permette de saisir la Cour, ce qui, par hypothèse, n'est pas possible lorsque la critique port sur une carence totale du législateur.

¹⁵⁶ En cas d'*abstention pure et simple*, il n'y a en principe pas de possibilité de saisir la Cour constitutionnelle par voie préjudicielle sur le « néant ». Par contre, en cas de carence, d'*omission « partielle »*, la Cour a déjà constaté sur question préjudicielle ou sur recours en annulation, l'existence de lacunes législatives. Sur cette question des lacunes législatives, voy. notamment A. ALEN, « Ongrondwettige lacunes in de wetgeving volgens de rechtspraak van het Arbitragehof », in *Liber*

positive constitutionnelle découlant du titre II de la Constitution, ce n'est selon nous que par l'écoulement d'un délai non-raisonnable que la carence législative est susceptible de devenir fautive.

Le recours pour inconstitutionnalité fautive semble donc, en l'état actuel de la jurisprudence¹⁵⁷ et de son évolution, loin de pouvoir être considéré comme « effectif », en raison notamment des controverses¹⁵⁸ liées à l'admission du principe

amicorum Roger Blanpain, Die Keure, Bruges, 1998, pp. 655-672 ; C. COURTOY, « Les relations entre les cours constitutionnelles et les autres juridictions nationales, y compris l'interférence, en cette matière, de l'action des juridictions européennes – Rapport établi par la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 244-247 ; R. ERGEC, « La responsabilité du fait de la carence législative », in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 287-303 ; S. LUST et P. POPELIER, « Rechsthandhaving door het Arbitragehof en de Raad van State door de uitoefening van de vernietigingsbevoegdheid : de positieve en negatieve bijdrage aan de rechtsvorming », *R.W.*, 2001-2002, pp. 1210-1224 ; G. MAES, « Sancties bij en door het Arbitragehof vastgestelde ongrondwettige afwezigheid van wetgeving », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1201-1209 ; T. MESSIAEN, « Rechtzetting van een wetgevingslacune », obs. sous Trib. Trav. Gand 17 novembre 1998, *T.G.R.*, 1999, pp. 21-22 ; P. POPELIER, « De beoordeling door het Arbitragehof van het ontbreken van een wettelijke regeling », *R.W.*, 1996-1997, pp. 1249-1252 ; P. POPELIER, « De vaststelling door het Arbitragehof van een onrechtmatige lacune in de wetgeving », obs. sous C.A., n° 116/99, *T.v.W.*, 1999, pp. 376-378 ; P. POPELIER, « Lacunes in de wetgeving : het Hof van Cassatie versus het Arbitragehof », obs. sous Cass. 28 avril 1999, *R.W.*, 1999-2000, pp. 1134-1136 ; P. POPELIER, « De rechtspraak van het Arbitragehof over lacunes in de wetgeving », *T.B.P.*, 2005, pp. 284-296 ; D. RIBES, « Existe-t-il un droit à la norme ? Contrôle de constitutionnalité et omission législative », *R.B.D.C.*, 1999, pp. 237-274 ; J.-C. SCHOLSEM, « Les lacunes législatives : du juge ordinaire au juge constitutionnel », in *Liber Amicorum Paul Delnoy*, Larcier, Bruxelles, 2005, pp. 1099-1110 ; J.-C. SCHOLSEM, « La Cour d'arbitrage et les lacunes législatives », in A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN e.a. (éd.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, La Chartre, Bruxelles, 2006, pp. 213-237 ; H. SIMONART, obs. sous C.A., n° 31/96 du 15 mai 1996, *J.T.*, 1997, pp. 3-5 ; A. VAN OEVELEN, « De materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de staat door de niet-uitvoering van zijn regelgevende bevoegdheid : een vergelijking tussen de rechtspraak van het Europees Hof van justitie en die van het Hof van cassatie », in *Publiek recht, ruim bekeken – Opstellen aangeboden aan Prof J. Gijssels*, Maklu, Anvers-Apeldoorn, 1994, pp. 427-444 ; A. VAN OEVELEN et P. POPELIER, *De gevolgen van onrechtmatige wetgeving in het Belgische recht*, Tjeenk willink, Zwolle, 1995, 65 p. ; V. VERLINDEN, « Lacunes in de wet. Wat doet het Arbitragehof (niet) ? », *R.W.*, 2003-2004, pp. 1018-1021.

¹⁵⁷ Un jugement du tribunal civil de Liège a posé les jalons d'une possible condamnation de l'Etat belge pour faute commise par le législateur en maintenant en vigueur une loi dont la Cour constitutionnelle a constaté l'inconstitutionnalité sur question préjudicielle (Civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 299-303 et note Y.-H. LELEU, « L'Etat responsable pour inertie législative en matière de filiation ? »). Un arrêt de la cour d'appel de Bruxelles estime également que le constat d'inconstitutionnalité sur question préjudicielle par la Cour constitutionnelle établit une illégalité *de sorte qu'il en résulte que la faute du législateur est établie*, voy. Bruxelles, 7 décembre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 385-387 (Cet arrêt à toutefois été cassé, pour d'autres motifs, par un arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 2002, *J.T.*, 2003, p. 211). Certaines décisions judiciaires semblent aussi admettre le principe d'une possible responsabilité de l'Etat législateur suite à un arrêt préjudiciel qui constate une inconstitutionnalité, voy. Rb. Brussel, 16 februari 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 306 ; Liège, 16 décembre 2004, *R.R.D.*, 2005, pp. 9-11, et sur cet arrêt, J. MARTENS, « L'Etat condamné au civil à la suite d'un arrêt de la Cour d'arbitrage », *Journ. Juriste*, 24 mai 2005, n° 42, p. 12.

¹⁵⁸ Sur cette question, voy. notamment G. ROSOUX et F. TULKENS, « Considérations théoriques et

que toute inconstitutionnalité constitue une faute.

60. Indépendamment du caractère effectif ou non des recours en responsabilité du législateur pour inconstitutionnalité ou pour inconstitutionnalité, il nous semble cependant qu'une *réparation par équivalent* ne pourrait, comme telle, être considérée comme « adéquate » au sens de la Convention, puisque, par définition, des dommages-intérêts réparent une violation des droits garantis par la Convention, mais ne permettent pas de l'éviter.

Les recours civils liés à une inconstitutionnalité (ou une inconstitutionnalité-inconstitutionnalité) ne semblent dès lors pas constituer des recours à épuiser pour satisfaire à l'épuisement des voies de recours internes.

Conclusions

61. Les conclusions sont souvent superflues.

Les conclusions d'un commentaire juridique constituent généralement soit l'occasion d'un effort de synthèse qui vise les lecteurs pressés, soit une manière de paraphraser ce qui a déjà été dit auparavant (*non nova sed nove*), soit le lieu de l'audace « non-juridique », de la digression qui permet de développer une critique ou une opinion personnelle qui n' « engage que son auteur ».

Sacrifions donc à l'immémoriale coutume doctrinale des conclusions et dédions cet exercice de style aux lecteurs pressés, inattentifs, insatisfaits ou insatiables.

62. La règle de droit devient ce que les juridictions en font.

Si le précepte valait déjà lorsque le juge appliquait la loi, il s'impose d'autant plus que le juge, national ou européen, *contrôle* désormais la loi, la censure, la façonne, y apporte, ici et là, des retouches.

Dans le nouvel équilibre qui s'installe entre les différentes sources et les multiples auteurs du droit, les textes consacrant des consensuels « droits de l'homme » constituent pour le juge l'instrument privilégié au nom duquel il

pratiques sur la portée des arrêts de la Cour d'arbitrage », *op. cit.*, pp. 146-151. En faveur de l'identité entre l'inconstitutionnalité constatée et la faute du législateur, voy. notamment G. MAES, « Algemene zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid voor de wetgevende macht », *N.j.W.*, 2004, pp. 398-404, ici p. 399.

s'autorise à retoucher le droit, le modifier, l'infléchir dans un sens qui participe au « progrès juridique », tel que le juge le conçoit.

Lorsqu'elle contrôle le respect de la règle de l'épuisement des voies de recours internes, règle procédurale qui consacre le rôle subsidiaire de la juridiction conventionnelle, la Cour de Strasbourg lui confère une portée qui tend à l'application prioritaire, par le droit interne, du contenu matériel de la Convention¹⁵⁹, *telle qu'elle a été interprétée par Strasbourg*. La circularité qui découle ainsi de la règle de l'épuisement des voies de recours internes aboutit donc à une mutation du droit interne « *par absorption* » de la Convention.

Cette subsidiarité bien entendue de l'épuisement des voies de recours internes n'opérant que si des recours internes existent, la conventionnalisation de l'ordre juridique interne s'effectue ainsi *par le vecteur des juridictions*¹⁶⁰. La règle de l'épuisement des voies de recours internes, c'est l'exhortation strasbourgeoise aux dialogues multiples entre les juges, conventionnellement érigés en nouveaux créateurs de droits.

63. Lorsque les normes critiquées devant Strasbourg sont *des normes constitutionnelles*, comme dans le contexte irlandais relatif à l'avortement et à la décision commentée, le dialogue des juges qui en résulte se situe *entre ordres juridiques*, entre la sphère conventionnelle européenne et la sphère constitutionnelle interne, mais un dialogue invisible, larvé, *forcé*, puisqu'il touche à la Charte fondamentale des Etats et aux valeurs que celle-ci reflète¹⁶¹.

Dans le raisonnement presque *in-humain* de la décision *D. c. Irlande*, la Cour européenne estime donc que la requérante devait, indépendamment de sa situation personnelle, tenter de « faire jurisprudence »¹⁶² pour infléchir le droit constitutionnel dans un sens qui s'inscrive la conception « européenne » de l'avortement en Irlande, telle que Strasbourg l'avait initiée dans l'arrêt *Open Door*¹⁶³.

En incitant les « victimes » irlandaises à tenter, coûte que coûte, de faire évoluer le droit par les juridictions de droit coutumier, le raisonnement suivi dans la décision commentée fait des requérants individuels les instruments d'une

¹⁵⁹ Voy. *supra*, points 18 et 19.

¹⁶⁰ Voy. *supra*, point 28.

¹⁶¹ Voy. *supra*, points 24 à 27.

¹⁶² Voy. *supra*, points 4 et 5.

¹⁶³ Voy. *supra*, points 8 à 11.

conventionnalisation *juridictionnelle* du droit constitutionnel irlandais¹⁶⁴, et élève ainsi la jurisprudence en source première de création des droits fondamentaux¹⁶⁵, au mépris du *texte* constitutionnel.

64. Lorsque les normes critiquées devant Strasbourg concernent des normes législatives, pour lesquelles existe un système de renvoi préjudiciel à une Cour constitutionnelle, comme en Belgique, le dialogue des juges que Strasbourg incite est un dialogue institutionnalisé au niveau interne, qui se situe *entre ordres juridictionnels d'un même Etat*, entre le pouvoir judiciaire, les juridictions administratives et la juridiction constitutionnelle.

Mais ce dialogue institutionnalisé n'est pas davantage que le dialogue invisible entre ordres juridiques dépourvu de rapport de forces. Ainsi, la problématique que la doctrine appelle le « concours des droits fondamentaux »¹⁶⁶ – la prémisse de la question de l'épuisement des voies de recours internes en Belgique – n'est que le résultat de jurisprudences concurrentes de juridictions suprêmes qui visent, de l'arrêt *Le Ski* à l'arrêt *Vlaams Blok*¹⁶⁷ de la Cour de cassation, ou du « raisonnement combinatoire »¹⁶⁸ à l'« ensemble indissociable »¹⁶⁹ de la Cour constitutionnelle, à occuper, de manière prétorienne, un même territoire.

Dans ce combat que le législateur n'a pas (encore ?) voulu arbitrer, la priorité est donc donnée, pour respecter l'épuisement des voies de recours internes, à l'invocation « en substance » de droits fondamentaux, détachés de leurs fondements textuels, planant dans une sphère « transversale » des droits de l'homme. Cette *dématérialisation des droits fondamentaux*¹⁷⁰ est un facteur qui accélère d'autant plus la conventionnalisation du droit belge que cette conventionnalisation juridictionnelle est *volontaire*, dès lors que chaque juridiction a un *intérêt prétorien*¹⁷¹ à appliquer ou à intégrer le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁶⁴ Voy. *supra*, points 23 et suivants.

¹⁶⁵ Voy. *supra*, point 7.

¹⁶⁶ Voy. *supra*, point 40.

¹⁶⁷ Voy. *supra*, point 44.

¹⁶⁸ Voy. *supra*, points 37 et 38.

¹⁶⁹ Voy. *supra*, points 41 et 42.

¹⁷⁰ Voy. *supra*, points 21, 42 et 43.

¹⁷¹ Voy. *supra*, point 43.

65. Par le prisme de deux pays *in-comparables*, nous avons voulu démontrer que, dans le cadre de ces recours internes, à épuiser ou non, les juridictions *participent*, de gré ou de force, à une conventionnalisation qui apparaît inéluctable.

Les juges nationaux ont trouvé dans la Convention européenne des droits de l'homme un instrument susceptible d'assouvir leur tentation totalitaire, et dans la Cour européenne des droits de l'homme leur nouvelle Pythie.

Le 10 avril 2007