

La compétence de la Cour constitutionnelle est-elle (indirectement) illimitée ?

Le point sur les techniques du raisonnement combinatoire et de l'ensemble indissociable

Dans le monde exigu du droit constitutionnel, les cours et ouvrages spécialisés ont progressivement adopté, depuis 1989 puis 2004¹, la même approche didactique lorsqu'il s'agit d'aborder les techniques de la méthode combinatoire et de l'ensemble indissociable. Cette approche consiste à partir du postulat que la Cour constitutionnelle ne dispose que d'une compétence juridictionnelle d'attribution et que toute extension prétorienne de celle-ci est une étape de plus dans l'inexorable transformation de la haute Cour en premier juge des droits fondamentaux en Belgique (ou vers le gouvernement des juges). Observant cette évolution, les auteurs successifs s'en émeuvent tantôt pour déplorer une « errance » de la Cour qui s'éloignerait de sa « compétence pure », tantôt pour applaudir une attitude audacieuse et bienvenue dans la protection des droits et libertés de tout citoyen.

Nous nous proposons d'aborder ces mêmes thèmes en privilégiant une approche légèrement différente. Puisque la Cour constitutionnelle peut potentiellement connaître, à titre de normes de référence, de tout instrument normatif quel qu'il soit, il convient de se demander quels sont les types de normes qui résistent encore et toujours à l'appétit des douze. Après un rappel succinct des notions de raisonnement combinatoire et d'ensemble indissociable (I), nous procéderons à cette opération de retranchement en mettant un accent tout particulier sur les années jurisprudentielles 2019 et 2020, afin d'actualiser le propos (II).

I. Rappel des notions

L'apparente restriction de son bloc de constitutionnalité, c'est-à-dire des normes à l'égard desquelles elle exerce son contrôle, n'empêche pas la Cour constitutionnelle de puiser dans une multitude d'autres normes, de toutes natures, de quoi revigorer son « anémique catalogue »². On peut affirmer que la Cour bénéficie tant de la technique du raisonnement combinatoire (A) que de la théorie de l'ensemble indissociable (B) pour ce faire. Ceux-ci permettent tous deux à la Cour de « tenir compte » de ces autres normes, principalement dans le but d'intégrer

un contrôle au regard du droit conventionnel des droits fondamentaux. Si l'ensemble indissociable constitue un instrument spécifique d'intégration d'un contrôle (indirect) de conventionalité par la Cour constitutionnelle, le raisonnement combinatoire, comme on le verra, se révèle plus protéiforme.

Quoi qu'il en soit, les frontières entre normes de référence « pures » et « impures » ont une nette tendance à la disparition. En tout cas, la Cour ne s'en formalise plus de manière très scrupuleuse, en témoignent les arrêts – principalement ceux dont la longueur et la complexité le requièrent – qui contiennent une sous-section « En ce qui concerne les normes de référence », où la Cour mélange en vrac les normes constitutionnelles (appartenant au bloc de constitutionnalité initial ou non) et internationales (combinées ou analogues)³.

A. Le raisonnement combinatoire

Comme son nom l'indique, le raisonnement combinatoire consiste à combiner les normes ordinaires de référence de la Cour avec d'autres normes (nous les appellerons « normes combinées ») afin de donner à la juridiction constitutionnelle des armes supplémentaires pour contrôler la législation qui lui est soumise. Les juges et les avocats ont désormais pris l'habitude de joindre au principe d'égalité et de non-discrimination, « enveloppe protéiforme de droits multiples »⁴, les dispositions, le plus souvent conventionnelles, qu'ils estiment idoines.

Bien qu'initialement, historiquement, et toujours majoritairement associée aux articles 10 et 11 de la Constitution, la combinaison peut toutefois être également effectuée avec d'autres normes dont la Cour a la garde (titre II et art. 143, 170, 172 et 191 de la Constitution). En synthèse, « [I]e rattachement presque systématique aux articles 10 et 11 de la Constitution n'est plus nécessaire »⁵. Force est toutefois de constater que le recours aux articles 10 et 11 de la Constitution reste le principal réflexe.

Le raisonnement combinatoire est soumis à une double condition d'admissibilité. D'une part, il doit être motivé, d'autre part, il ne peut faire apparaître un caractère de contrôle direct. Ces conditions sont cependant appréciées largement.

1 Voy., pour une analyse fouillée des deux décisions (n° 23/89 du 13 octobre 1989 et n° 136/2004 du 22 juillet 2004) : G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 136-164. De manière générale, étant donné le caractère succinct du présent article, le lecteur se reportera à l'ouvrage et aux pages précitées pour toute information supplémentaire sur les deux techniques constitutionnelles.

2 X. DELGRANGE, « V.1. De l'ensemble indissociable à l'interprétation conciliante », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 149.

3 Voy., pour un exemple récent, l'arrêt n° 24/2020 du 24 septembre 2020, B.7. et s.

4 G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, op. cit., p. 140.

5 B. RENAULD, « Saisir la Cour constitutionnelle d'une question préjudicielle », in P. Martens (dir.), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, coll. CUP, vol. 131, Liège, Anthemis, 2012, p. 93.

En principe, la condition principale pour que la Cour retienne la combinaison effectuée par le juge ou le requérant est d'identifier précisément les normes que l'on désire combiner avec les normes de référence ordinaires de la Cour. La mention « voire d'autres dispositions constitutionnelles » ne suffit normalement pas⁶. Malgré tout, une telle imprécision peut parfois être « réparée » d'office par la Cour. Dans l'arrêt n° 84/2020, le juge *a quo* inclut dans sa question préjudicielle la combinaison ou non avec « d'autres dispositions légales supranationales, telle la Convention européenne des droits de l'homme et notamment l'article 6 »⁷. La Cour choisit d'examiner la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, « lus en combinaison avec l'article 6 de la Convention »⁸. Cette manière de procéder est courante, mais dépend probablement également du contenu des mémoires de la partie adverse. De là à conseiller aux juges et aux parties requérantes de viser large pour permettre à la Cour d'effectuer son *cherry picking*, il y a un pas que nous ne franchissons pas.

Rajoutons que, au contentieux de l'annulation, la combinaison doit normalement être justifiée *in limine litis*. Néanmoins, il est possible d'« envisager la situation dans laquelle la Cour constitutionnelle prend en compte, dans son examen, certaines précisions avancées en cours de procédure par les parties »⁹.

Ensuite, il convient de ne pas demander à la Cour d'effectuer une application autonome des normes combinées, puisqu'il s'agit de la volonté du constituant de 2003¹⁰. Leur application se doit d'être « toujours auxiliaire »¹¹. Cette condition n'est néanmoins que de pure forme. En effet, le lien avec les articles 10 et 11 de la Constitution peut être très lâche en matière de raisonnement combinatoire, au contraire de l'ensemble indissociable qui requiert, au moins *prima facie*, de motiver l'analogie entre les dispositions. De plus, « un tel détour est devenu, en pratique, de plus en plus artificiel »¹².

Le principal avantage, pour les parties, du raisonnement combinatoire est son caractère proactif. La Cour ne combine pas d'office, mais laisse aux parties le soin de le faire. Cependant, il convient de rappeler que la Cour constitutionnelle, vu sa mission de contentieux objectif, n'est pas (ou peu) tenue par le principe dispositif. Il n'est dès lors pas rare qu'elle omette de tenir compte, sans justification, d'une ou plusieurs normes combinées. La plupart du temps, les arrêts se contenteront d'un expédient du type « l'examen ne mène pas à une autre conclusion » ou « n'est pas susceptible d'entraîner une annulation plus large ». Le caractère direct du raisonnement ne doit néanmoins pas

être confondu avec l'atteinte directe à la norme combinée¹³.

Bref, le « miracle » du raisonnement combinatoire est de mener à « une véritable « plénitude de juridiction » constitutionnelle »¹⁴. Nous tenterons de définir, dans la seconde partie, quelles sont les normes qui résistent à cette apparente plénitude.

B. L'ensemble indissociable

La théorie de l'ensemble indissociable¹⁵ (ou méthode conciliatoire) ressemble au raisonnement combinatoire en ce sens qu'elle permet également à la Cour d'apprécier la constitutionnalité des normes qui lui sont soumises au regard de toute une série de normes que l'on qualifierait d'extérieures. Toutefois, cette technique diffère de la précédente à la fois du point de vue du champ d'application (les droits fondamentaux) et de la maîtrise de la Cour de l'étendue de la prise en compte, puisque l'indissociabilité en tant que telle prête à supposer que ni les parties ni la Cour ne peuvent sciemment s'y opposer.

Ce mécanisme s'explique comme suit : « 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 »¹⁶. Le concept clé est ici l'analogie entre les normes appartenant au bloc de constitutionnalité et les autres.

Yves Lejeune relevait deux avantages à l'ensemble indissociable, à savoir faire disparaître la liberté interprétative due au certain laconisme de la Constitution et aligner la jurisprudence de la Cour constitutionnelle sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷. Du point de vue des magistrats constitutionnels, la technique conciliatoire offre principalement l'avantage de ne pas dépendre du bon vouloir du juge *a quo* ou des parties, puisque le rapprochement entre les dispositions dites analogues est effectué d'office sans l'entremise d'une combinaison initiale¹⁸.

Si l'on compare l'ensemble indissociable aux deux conditions vues ci-dessus du raisonnement combinatoire (justification de la combinaison et apparence de caractère indirect), on s'aperçoit que ces minces barrières ont tendance à disparaître, également pour la méthode conciliatoire.

6 C. const., 7 mai 2020, arrêt n° 64/2020.

7 C. const., 18 mai 2020, arrêt n° 84/2020, nous soulignons.

8 *Ibid.*, B.2.1, nous soulignons.

9 X. MINY, « Les compétences et les modes de saisine de la Cour constitutionnelle : état des lieux au lendemain de la sixième réforme de l'État », in *La Cour constitutionnelle – De l'art de modeler le droit pour préserver l'égalité*, Conférence libre du jeune barreau de Liège, Limal, Anthemis, 2016, p. 57.

10 Voy. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 124-125.

11 C. HOREVOETS, « IV.1. - Le « contrôle combiné » de la Cour constitutionnelle », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 90.

12 *Ibid.*, p. 88.

13 H. DUMONT et C. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 192.

14 G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, *op. cit.*, pp. 136-137.

15 Parfois, la Cour utilise les mots « tout indissociable ». Voy., p. ex., par rapport au principe de légalité pénale : C. const., 27 juillet 2020, arrêt n° 112/2020, ou par rapport au droit à la vie privée : C. const., 7 mai 2020, arrêt n° 58/2020.

16 C. const., 22 juillet 2004, arrêt n° 136/2004, B.5.3. La formulation reste identique seize ans plus tard, voy., p. ex., C. const., 12 mars 2020, arrêt n° 43/2020, B.39.3.

17 Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 218.

18 *Ibid.*, p. 217.



D'une part, l'analogie des dispositions « indissociables » n'est pas toujours justifiée, ce qui est parfois âprement critiqué¹⁹. D'autre part, le caractère artificiel du contrôle indirect est encore plus prégnant²⁰. La Cour passe allègrement de l'inconventionnalité à l'inconstitutionnalité par des formulations comme « violerait donc », « est constitutive d'une violation des articles 10 et 11 », « se confond dès lors avec celui de sa compatibilité », « l'examen de la violation coïncide avec », etc.²¹.

Indiquons dès à présent que les hypothèses classiques et topiques de l'ensemble indissociable sont la correspondance en matière de droit de propriété entre l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après, « CEDH ») et l'article 16 de la Constitution²², ainsi que celle, plus fréquente encore, opérée entre l'article 8 de la CEDH et l'article 22 de la Constitution que la Cour motive systématiquement par le recours aux travaux préparatoires de la disposition constitutionnelle.

II. Les résistances à la compétence indirecte absolue

Il ressort de ce bref exposé que la Cour constitutionnelle semble peu freinée lorsqu'il s'agit d'étendre son contrôle de la compatibilité des normes législatives qui lui sont soumises, principalement au regard du droit international. Cette conclusion apparaît d'autant plus irrésistible que les arrêts de la Cour sont rendus en dernier ressort²³. Nonobstant, il est toujours des cas où la Cour refuse de combiner (ou de concilier) et d'autres où la Cour y pose des conditions. À la lumière de la jurisprudence la plus récente, nous aborderons successivement les instruments non contraignants (A), les normes infraconstitutionnelles (B), les autres normes constitutionnelles (C), les normes internationales (D) et les principes généraux (E).

A. Les instruments non contraignants

Affirmer que seules les normes contraignantes peuvent être considérées par la Cour constitutionnelle dans son contrôle indirect paraît évident, pourtant il convient de le réaffirmer. Il s'agit de l'argument classique lorsque l'on

discute de l'applicabilité de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948²⁴. Le caractère non contraignant d'une norme juridique se distingue de l'effet direct en droit interne. En effet, la Cour rejette désormais systématiquement l'exception tirée de l'absence d'effet direct, mais se focalise plutôt sur la méconnaissance discriminatoire des engagements internationaux de la Belgique²⁵.

Ainsi, des déclarations ou recommandations auxquelles la Belgique n'est pas liée sont rejetées. À titre d'exemple, dans un arrêt de septembre 2020, la Cour s'estime incompétente pour contrôler des normes législatives au regard de la Déclaration universelle sur le génome humain, ainsi que des recommandations du Comité des droits des personnes handicapées²⁶. Cette situation est à distinguer d'un instrument sans effet direct, mais contraignant au sens d'un engagement de la Belgique, comme la Convention relative aux droits de l'enfant, que la Cour exploite désormais abondamment comme norme de référence²⁷, notamment quant à la notion d'intérêt de l'enfant dont il n'est pas exclu que le contenu analogue à celui de l'article 22*bis* justifie une mobilisation au titre d'ensemble indissociable en l'absence de combinaison expresse dans le futur.

B. Les normes infraconstitutionnelles

Il importe immédiatement de constater que, lorsque la Cour tient compte de normes infraconstitutionnelles en tant que normes de référence indirectes, celles-ci sont habituellement liées à un principe général qu'elles vendraient affirmer ou confirmer.

Ainsi, l'exemple paradigmatique a longtemps été celui du décret d'Allarde qui garantissait la liberté de commerce et d'industrie. La prise en compte de cette liberté, que le constituant originaire ne jugeait pourtant « pas assez noble pour que ce principe méritât d'être érigé en principe constitutionnel »²⁸, achève par ailleurs de convaincre, s'il le fallait encore, que la Cour n'est pas friande de la méthode interprétative originaliste. Depuis son abrogation, la Cour continue d'intégrer ce principe par le biais d'une autre norme infraconstitutionnelle, à savoir l'article II.3 du Code de droit économique²⁹, auquel elle peut ajouter une autre norme de même nature, l'article 6, § 1^{er}, VI,

19 *Ibid.*, pp. 222-223.

20 En témoigne le sort du « *ipso facto* », voy., pour les détails, G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, *op. cit.*, p. 842.

21 Voy. la jurisprudence citée par *Ibid.*, pp. 842-843.

22 Voy. not. pour ces deux dernières années : C. const., 24 septembre 2020, arrêt n° 119/2020 ; 9 juillet 2020, arrêt n° 106/2020 ; 18 juin 2020, arrêt n° 91/2020 ; 7 novembre 2019, arrêt n° 171/2019 ; 28 février 2019, arrêt n° 37/2019.

23 Nous ne nions bien sûr pas qu'en tout état de cause, ces techniques constitutionnelles n'empêchent en rien les autres juridictions, et surtout la Cour de cassation, d'exercer librement leur propre contrôle de conventionnalité au regard des dispositions internationales en application de sa jurisprudence *Le Ski* (Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, *op. cit.*, p. 229). Voy. C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination ... et le principe de non-discrimination. - Qui, de la Cour constitutionnelle ou de la Cour de cassation, a le dernier mot en matière de droits fondamentaux ? », *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1126-1137.

24 Voy. les arrêts cités et commentés par S. VAN DROOGHENBROECK, « Les instruments pertinents », in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 15-48. On peut se poser la question de savoir si la DUDH constitue du droit non contraignant (oxymore, selon nous) ou simplement du non-droit, en fonction de la théorie juridique que l'on adopte. Cette interrogation sort toutefois du cadre du présent article.

25 Voy. C. const., 9 juillet 2020, arrêt n° 101/2020, B.8.2. « Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, non pas examiner si celle-ci a un effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique ».

26 C. const., 24 septembre 2020, arrêt n° 122/2020, B.8.

27 Voy. not. C. const., 23 janvier 2019, arrêt n° 3/2019 ; 14 février 2019, arrêt n° 27/2019 ; 14 mars 2019, arrêt n° 44/2019 ; 6 juin 2019, arrêt n° 95/2019 ; 29 août 2019, arrêts n°s 118/2019 et 119/2019 ; 7 mai 2020, arrêts n°s 58/2020 et 64/2020.

28 L. FRANÇOIS, *Introduction au droit social*, Liège, Université de Liège, Faculté de droit, 1974, p. 37.

29 C. const., 17 octobre 2019, arrêt n° 141/2019, B.10.1.

alinéa 3, de la loi spéciale du 8 août 1980³⁰, ainsi que les libertés de circulation de l'Union européenne³¹.

Il convient de rappeler, comme il a été dit ci-dessus, que la combinaison effectuée ne peut se passer d'une justification adéquate³². Cette condition paraît renforcée lorsque la combinaison porte sur des dispositions infraconstitutionnelles, moins immédiatement évidentes comme normes de référence. Il en a, par exemple, été question dans un arrêt de mai 2020³³. La partie requérante avait pris un moyen de la violation des articles 10 à 12 de la Constitution, lus en combinaison notamment avec les articles 3 et 4 du Code pénal et avec les articles 6 à 14 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale. La Cour juge : « La partie requérante n'expose pas en quoi les dispositions attaquées violeraient l'article 12 de la Constitution, lu en combinaison avec les articles 3 et 4 du Code pénal, avec les articles 6 à 14 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale et avec le principe de la double incrimination. En ce qu'il est pris de la violation de ces dispositions et de ce principe, le moyen est irrecevable »³⁴. On remarquera par là que la Cour peut restreindre son examen tant quant aux normes de référence « ordinaires » que quant aux normes combinées.

La Cour motive le refus de contrôler au regard d'articles combinés pour lesquels aucune justification n'était apportée par le fait que « [p]ermettre qu'une telle question préjudicielle soit posée compromettrait le caractère contradictoire de la procédure devant la Cour, dès lors que les parties qui, le cas échéant, souhaitent intervenir à la cause devant la Cour n'ont pas la possibilité de la faire efficacement. Cela vaut en particulier pour la partie qui interviendrait pour défendre la disposition en cause et qui ne serait alors pas en mesure de fournir une défense utile »³⁵.

C. Les normes constitutionnelles

L'on peut se demander quelles sont les normes de rang constitutionnel qui échappent encore à leur prise en compte par la Cour si elles sont combinées avec une disposition dont elle est formellement la gardienne. La prise en compte d'autres dispositions constitutionnelles dans l'ensemble indissociable peut être *a priori* écartée, puisqu'il est de la nature de ce mécanisme de concerner des instruments conventionnels.

En plus du titre II et des articles 143, 170, 172 et 191 de la Constitution, il convient d'abord d'intégrer les dispositions qui peuvent être considérées comme des règles répartitrices de compétences. Certaines parlent d'elles-mêmes,

puisqu'elles ont trait à la répartition matérielle des compétences (le chapitre IV de la Constitution), d'autres, qui ont trait au volet financier, ont également pu être considérées comme telles, par exemple, l'article 177³⁶.

À notre sens, il est difficile de pointer une catégorie de normes constitutionnelles qui ne puisse, un jour, être engloutie dans la compétence indirecte de la Cour. On songe à l'article 150 de la Constitution, qui instaure le jury en toute matière criminelle et qui a servi de norme de référence à l'occasion du fameux arrêt « Pot-pourri II » qui annule la correctionnalisation massive des crimes³⁷, dans lequel l'on peine à démêler les méandres d'un raisonnement indirect.

La digue la plus solide nous semble celle de la catégorie des normes formelles du processus législatif ou exécutif. Le cas d'école est celui de l'article 53 de la Constitution, qui fixe la règle ordinaire de quorum et de majorité à la Chambre des représentants. La Cour a notamment pu formellement rejeter la combinaison avec l'article 54 (sonnette d'alarme)³⁸ ou 77 (procédure bicamérale)³⁹. Est-il pour autant exclu que cette catégorie soit, elle aussi, un jour prise en compte par la Cour ? La combinaison avec l'article 133 de la Constitution, qui porte sur l'interprétation authentique, n'a, par exemple, pas été écartée⁴⁰, il en est de même de l'article 106⁴¹.

En réalité, la Cour prête de moins en moins d'attention à sa « compétence pure » au regard de la Constitution, tant que le contrôle de constitutionnalité n'est pas *frontalement et seulement* dirigé envers une norme qui n'appartient pas à son bloc de constitutionnalité, en témoigne un arrêt récent en matière de pensions, qui ne prend même pas la peine de placer l'article 107 de la Constitution, pour lequel elle n'est pas formellement compétente, après les mots « lus en combinaison avec », mais le maintient aux côtés des articles 10 et 11⁴².

D. Les normes internationales

A priori, plus aucune norme internationale ne résiste au raisonnement combinatoire. En ce qui concerne l'ensemble indissociable, la porte d'entrée qu'est le critère d'analogie pousse à croire en l'augmentation progressive

30 G. ROSOUX, « Les principes de répartition des compétences dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle », *A.P.T.*, 2018, vol. 2018, n° 4, p. 412.

31 C. const., arrêt n° 146/2019 du 17 octobre 2019. Voy. aussi H. BORTELS, « Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof 2018 en 2019 – Bevoegdheid en rechtspleging », *T.B.P.*, 2020, vol. 2020, n° 10, p. 517.

32 J.-T. DEBRY, « Saisir la Cour constitutionnelle d'un recours en annulation », in P. MARTENS (dir.), *Saisir la Cour constitutionnelle et la Cour de justice de l'Union européenne*, coll. CUP, vol. 131, Liège, Anthemis, 2012, pp. 31-32.

33 C. const., 7 mai 2020, arrêt n° 57/2020.

34 *Ibid.*, B.20.2.

35 C. const., 22 octobre 2020, arrêt n° 142/2020, B.6.1.

36 C. const., 16 janvier 2020, arrêt n° 3/2020.

37 C. const., 21 décembre 2017, arrêt n° 148/2017, comm. J. DE HERDT et J. ROZIE, « Correctionnaliseerbaarheid en strafvoetmeting na de gedeeltelijke vernietiging van de Potpourri II-wet », *N.C.*, 2018, pp. 18-28.

38 C. const., 16 juillet 2009, arrêt n° 125/2009, B.8.

39 *Ibid.*, B.3.

40 C. const., 8 mai 2019, arrêt n° 65/2019.

41 C. const., 14 mai 2020, arrêt n° 67/2020.

42 C. const., 31 août 2020, arrêt n° 113/2020.



des instruments qui y seront attachés⁴³. Rappelons en effet que « [c]’est le juge du fond saisi qui, en déterminant l’existence d’une analogie, dispose du pouvoir de définir le champ d’application de l’article 26, § 4 [de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle] »⁴⁴, et dès lors aussi les parties qui font la demande d’une question préjudicielle devant le juge, de même que, au contentieux de l’annulation, les requérants.

Si on lit attentivement les arrêts de la Cour qui concluent à l’irrecevabilité d’un moyen tiré de la violation de normes internationales pour la raison spécifique que ces normes ne peuvent être considérées comme des normes de référence, force est de constater l’absence d’exclusion claire et définitive. Si l’on écarte les questions ou recours qui ont omis, par distraction ou à dessein, de formellement « combiner » ces normes, plusieurs hypothèses peuvent se présenter. Le moyen peut déjà être écarté sur le fondement de la disposition constitutionnelle, auquel cas il est certainement dans l’intérêt de la Cour de conclure à l’irrecevabilité des normes en combinaison pour rappeler qu’elle ne peut exercer un contrôle direct des dispositions de droit international. Ou encore, la combinaison est effectuée entre des règles répartitrices de compétences et des normes internationales qui ne peuvent être considérées comme des règles répartitrices de compétences, ce qui rend le moyen irrecevable⁴⁵.

Quant à la justification du bien-fondé de la « combinaison » en tant que telle, la Cour fait preuve de plus en plus de latitude et l’analyse des arrêts de ces deux dernières années ne vient aucunement infléchir ce ressenti. Il a ainsi été jugé que, puisque « [t]ous les griefs sont pris de la violation d’une ou de plusieurs règles dont la Cour garantit le respect », « [e]n ce que les parties requérantes invoquent en outre des dispositions conventionnelles [...], la Cour ne les examine que pour autant que les parties requérantes dénoncent la violation des dispositions constitutionnelles précitées, lues en combinaison avec les dispositions et actes visés. Dans cette mesure, les griefs sont recevables »⁴⁶. Il est cependant vrai que, dans cette affaire-fleuve aux vingt-deux moyens et quatre affaires jointes, cette formulation vague a pu être jugée comme nécessaire *in casu*. Il n’en reste pas moins que ce constat, couplé à celui de l’acceptation par la Cour de la simple mention d’un « droit fondamental dématérialisé » comme

norme de référence⁴⁷, réduit à peau de chagrin les chances de succès de l’argument tiré du seul non-respect de la « compétence pure » de la Cour pour rejeter la prise en compte du droit international.

Qu’en est-il des normes de l’Union européenne ? Il y a huit ans, Marc Verdussen relevait que « le droit de l’Union européenne se fraye progressivement une place de plus en plus importante dans les raisonnements de la Cour »⁴⁸. Si cette dernière a pu être critiquée comme se profilant en « auxiliaire zélé de la Cour de Luxembourg »⁴⁹, l’utilisation croissante du droit de l’Union n’a pas été démentie par le temps, tant pour le droit primaire que pour le droit dérivé⁵⁰.

De la même manière que pour les instruments internationaux précités, la combinaison ou l’analogie avec des normes de droit de l’Union européenne semblent ne connaître aucune limite, si ce n’est, naturellement, la condition classique de rattachement⁵¹. Ainsi, un panachage des normes entre les différents ordres européens peut présenter un atout non négligeable pour le praticien.

E. Les principes généraux

La Cour peut tenir compte, dans le cadre de son contrôle au regard du principe d’égalité, de principes généraux du droit⁵². La prise en compte des principes généraux dépend *in fine* de leur acceptation sociale telle que jugée par la Cour. Elle reconnaît, par exemple, les principes généraux de bonne administration qui comprennent le principe de sécurité juridique et de confiance⁵³, le principe général de la non-rétroactivité des lois en matière pénale⁵⁴ ou encore la séparation des pouvoirs⁵⁵. Ceux-ci n’échappent cependant assurément pas à la condition de justification⁵⁶. On peut signaler en outre que la Cour constitutionnelle prend acte, dans l’évaluation du caractère de principe général, de la jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁷.

Conclusions

Si la Cour constitutionnelle rend toujours chaque année de nombreux arrêts d’incompétence quant aux normes

43 Sur ces deux dernières années, au-delà des articles 22 et 16 de la Constitution avec leurs analogues internationaux, on peut citer entre autres : le droit d’accès aux informations du secteur public (art. 10 CEDH et art. 32 Const.), C. const., 12 mars 2020, arrêt n° 43/2020, B.39.4 ; le principe de légalité en matière pénale (art. 7, § 1^{er}, CEDH, art. 15, § 1^{er}, PICP et art. 12, al. 2, et 14 Const.), C. const., 27 juillet 2020, arrêt n° 112/2020, B.10, 7 mai 2020, arrêt n° 57/2020, B.32.2, 20 février 2020, arrêt n° 26/2020, B.4.3 et bien d’autres ; le droit d’exprimer sa religion (art. 9 CEDH, art. 18 PICP et art. 19 Const.), C. const., 19 décembre 2019, arrêt n° 203/2019, B.33.2 et 14 novembre 2019, arrêt n° 178/2019, B.6.1 ; le droit à un logement suffisant (art. 11 PIESC et art. 23, al. 3, 3^o, Const.), C. const., 17 octobre 2019, arrêt n° 136/2019, B.24 ; la liberté d’association (art. 11 CEDH et art. 27 Const.), C. const., 28 mai 2019, arrêt n° 84/2019, B.17.2. Voy. aussi H. BORTELS, « Rechtspraakoverzicht Grondwettelijk Hof 2018 en 2019 – Bevoegdheid in rechtspleging », *op. cit.*

44 G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, *op. cit.*, p. 267.

45 C. const., 20 février 2020, arrêt n° 27/2020, B.3.2.

46 C. const., 12 mars 2020, arrêt n° 43/2020, B.5.2.

47 G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, *op. cit.*

48 M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, *op. cit.*, p. 129.

49 Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge : fondements et institutions*, *op. cit.*, pp. 213-215.

50 Voy. not. P. SCHOLLEN et T. MOONEN, « De impact van het Europees Unie recht op de toetsingspraktijk van het Grondwettelijk Hof », in *Actualia rechtsbescherming tegen de overheid*, Mortsels, Intersentia, 2014, pp. 131-165.

51 Cette condition est parfois lâche, ainsi, nous avons notamment vu plus haut que le droit de l’Union servait notamment à pallier l’abrogation du décret d’Allarde.

52 C. const., 27 novembre 2014, arrêt n° 170/2014, B.27.2, en ce qui concerne le principe de sécurité juridique.

53 Voy. not. C. const., 12 mars 2020, arrêt n° 44/2020.

54 Voy. not. C. const., 16 janvier 2020, arrêt n° 1/2020.

55 Voy. not. C. const., 4 octobre 2018, arrêt n° 128/2018.

56 C. const., 7 mai 2020, arrêt n° 57/2020, B.37.

57 Ainsi, il a été jugé en ce sens que « la règle contenue dans l’article 53 du Code judiciaire ne constitue pas un principe général de droit (Cass., 10 octobre 1985) », C. const., 2 juillet 2015, arrêt n° 99/2015, B.4.

contrôlées, pour lesquelles elle se montre particulièrement scrupuleuse⁵⁸ et au premier rang desquelles se trouve sans conteste l'augmentation des « choix du constituant »⁵⁹, il n'en est pas de même pour les normes de référence (directes ou indirectes).

En résumé, tout dépendra de la nature de la norme dont on demande à la Cour de tenir compte et de son caractère contraignant. Ainsi, la Cour opère une restriction particulière lorsqu'elle se trouve face à des normes combinées infraconstitutionnelles. Ces dernières ne paraissent recueillir son aval que lorsqu'elles ont pour objet d'affirmer ou de renforcer un principe (général) de droit, ou qu'elles constituent des règles répartitrices de compétences. En ce qui concerne les normes de rang constitutionnel et les instruments juridiques internationaux, aucune restriction globale ne paraît exister, si ce n'est l'aspect de processus formel d'adoption des lois pour les dispositions constitutionnelles, et le caractère « contraignant » pour le droit international, auquel on peut ajouter la condition de rattachement lorsqu'il s'agit du droit de l'Union. Toutes ces conditions sont néanmoins analysées largement. Il en va de même de celle, générale, de la justification des moyens.

Par ailleurs, il faut se garder d'émettre un quelconque jugement de valeur sur l'utilisation de ces méthodes d'intégration indirecte. Si elles permettent d'intégrer la jurisprudence des juridictions internationales, au premier chef desquelles se trouve la Cour de Strasbourg, la Cour constitutionnelle reste toutefois maîtresse de cette jurisprudence empruntée. Ainsi, la juridiction belge peut

tantôt aller plus loin que son homologue⁶⁰, tantôt moins loin, dans la protection offerte. Il ne faut pas oublier que la théorie de l'ensemble indissociable peut être mobilisée « non plus pour enrichir la Constitution, mais pour la raboter, puisque d'apparement absolue, la liberté qu'elle consacre devient "restreignable" »⁶¹. De la même manière, l'exemple de l'arrêt n° 67/2020 sur le droit de grève est intéressant à cet égard. La Cour accepte d'effectuer un contrôle en tenant compte de nombreuses Conventions de l'OIT, citées *in extenso*. Ici, le rejet (quasi) total du recours intenté contre le service minimal à la SNCB voit sa légitimité renforcée par la prise en compte des instruments internationaux censément plus protecteurs.

Tenir compte d'autres normes dans le contrôle de constitutionnalité constitue finalement le quotidien de la Cour. Il en est, par exemple, également le cas lorsqu'est en jeu un principe de *standstill*, ou encore lorsqu'il s'agit d'analyser des lacunes. Dépassant la « stratégie d'occupation du pouvoir juridictionnel face à la Cour de cassation et au Conseil d'État »⁶², la combinaison et l'ensemble indissociable permettent surtout de rendre compte du pluralisme juridique inévitable du monde moderne, et des aspirations inconscientes qui en découlent pour les citoyens. En définitive, le regard porté sur la jurisprudence récente de la place Royale montre que la « longue portée »⁶³ des articles 10 et 11 n'a jamais paru aussi illimitée.

Quentin PIRONNET

*Référéndaire à la Cour constitutionnelle
Maître de conférences à l'ULiège*

58 Voy. encore récemment, en matière de mesures sanitaires liées à l'épidémie de Covid-19, l'arrêt n° 83/2020 du 4 juin 2020 qui rappelle qu'un arrêté royal de pouvoirs spéciaux doit être confirmé pour pouvoir être porté devant la Cour constitutionnelle. On peut également citer le cas d'une circulaire administrative (arrêt n° 65/2020 du 7 mai 2020), d'un recueil de règles professionnelles (arrêt n° 114/2019 du 18 juillet 2019) ou encore d'une norme interprétative (arrêt n° 99/2020 du 25 juin 2020).

59 Pour une analyse précise, voy. N. BERNARD, « Les choix légistiques du Constituant comme limites formelles au contrôle de la Cour constitutionnelle », *Rev. b. dr. const.*, 2018, pp. 459-482.

60 X. DELGRANGE, « V.1. De l'ensemble indissociable à l'interprétation conciliante », *op. cit.*, p. 153. L'auteur mentionne le cas de l'article 191 de la Constitution.

61 *Ibid.*, p. 157.

62 *Ibid.*, p. 152.

63 X. DELGRANGE, « Les articles 6 et 6bis de la Constitution – Des dispositions longue portée », *Rev. rég. dr.*, 1990.