

[Christian BEHRENDT et Martin VRANCKEN,

note d'arrêt parue à la *JLMB* en juin 2015 (*JLMB*, 2015, pp. 1126-1137)]

Observations

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 ?

I. Les faits de l'espèce

1. Dans l'affaire qui donne lieu à l'arrêt commenté, la Cour de cassation est saisie d'un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles. Devant la Cour de cassation se pose la question de la conformité d'une norme législative¹ aux principes d'égalité et de non-discrimination, principes qui sont, comme on le sait, garantis à la fois, en droit interne, par les articles 10 et 11 de la Constitution et, en droit international, par l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH).

Conformément à l'article 26, paragraphe 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (ci-après LSCC), la Cour de cassation pose alors une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle et l'interroge sur la compatibilité de la disposition querellée avec les articles 10 et 11 de la Constitution, tout en prenant cependant grand soin de ne pas l'interroger sur la compatibilité de la loi aux articles 10 et 11 de la Constitution *combinés* avec des dispositions analogues de droit *international* : la question engage donc exclusivement la Cour constitutionnelle à se prononcer sur le respect des normes de droit *interne*. La question qui est ainsi adressée aux magistrats de la Place royale est libellée comme suit :

« L'article (...) viole-t-il les articles 10, 11 (...) de la Constitution ? »²

¹ À savoir l'article 9 de la loi du 5 juin 1970 « modifiant certaines dispositions relatives aux régimes de pensions des travailleurs salariés, des ouvriers, des employés, des ouvriers mineurs et des assurés libres et au revenu garanti aux personnes âgées » (*Moniteur belge*, 30 juin) en tant que celui-ci remplace l'article 27 de l'arrêté royal n°50 du 24 octobre 1967 « relatif à la pension de retraite et de survie des travailleurs salariés ».

² Cass., 27 mai 2013, *Pas.*, I, p. 1186, ici p. 1194.

Les juges constitutionnels répondent à cette question en juin 2014. Ils estiment que la norme législative déferée *satisfait* au prescrit des articles 10 et 11 de la Constitution³. Mais ils vont plus loin : ils précisent dans le dispositif – et ceci est tout sauf anodin – que la norme législative est non seulement conforme aux dispositions constitutionnelles mais qu'elle l'est aussi à ces articles « *combinés ou non* » avec l'article 14 de la Convention⁴.

2. L'histoire aurait pu s'arrêter là – mais il n'en fut rien. En effet, ayant reçu ce brevet de conformité à la Constitution *et à l'article 14 de la CEDH, norme analogue de droit international*, la Cour de cassation, tout en prenant acte du constat de conformité de la loi à la Constitution et en donnant l'impression de ne pas le remettre en cause, décide, sur les conclusions conformes de son avocat général, de procéder elle-même à un second contrôle – contrôle dont elle précise qu'il porte non sur la conformité de la disposition législative au principe de non-discrimination contenu dans la Constitution mais sur le respect du principe de non-discrimination consacré à l'article 14 de la CEDH⁵. À l'issue de cette vérification, elle affirme, au terme d'une motivation élaborée, que la norme législative est certes conforme à la Constitution mais qu'elle s'avère contraire à la CEDH. La disposition est donc *in casu* déclarée inapplicable et écartée sur la base de la doctrine *LeSki* ; le pourvoi est rejeté.

3. Nous nous trouvons de la sorte en présence d'une norme législative dont il est affirmé en dernier ressort par le juge compétent qu'elle est *respectueuse* du principe de non-discrimination, et dont il est par ailleurs affirmé, par un autre juge, statuant lui aussi en dernier ressort, qu'elle est *contraire* au principe de non-discrimination et qu'elle doit pour cette raison être écartée. Existe-t-il donc dans le droit applicable en Belgique deux principes distincts, à savoir un principe *constitutionnel* de non-discrimination et un principe *conventionnel* de non-discrimination, la conformité d'une norme à l'un n'impliquant pas sa fidélité à l'autre ? Un même article de loi peut-il s'avérer constitutionnellement discriminatoire tout en étant conventionnellement non discriminatoire ou, à l'inverse, conventionnellement discriminatoire mais constitutionnellement non discriminatoire ?

4. Il est manifeste qu'une telle lecture des choses est intellectuellement infructueuse ; elle repose sur une méconnaissance des relations qu'entretiennent les articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 14 de la CEDH.

En effet, le rapport qui existe entre ces dispositions est celui d'une règle de droit qui gouverne une *catégorie générique* (norme applicable à un *genre*) et une autre, qui régit une *sous-catégorie* (norme applicable à un *sous-genre*) : les articles 10 et 11 de la Constitution prohibent la discrimination en général⁶, tandis que l'article 14 de la CEDH, plus restrictif, défend uniquement celle qui est afférente à l'exercice d'un droit fondamental protégé par la CEDH⁷. L'article 14 de la CEDH constitue donc, normativement parlant, une règle 'de sous-genre' qui se situe à l'intérieur du champ d'application de la règle de genre formée par les articles 10 et 11 de la Constitution⁸. En droit, ces rapports entre règles de genre et de sous-genre sont tout à fait fréquents : pour n'en prendre qu'un exemple, tiré du droit pénal, il y a la règle générique prohibant le meurtre⁹ et celle, de sous-genre, défendant le parricide¹⁰.

Or, une règle applicable à un sous-genre ne peut se trouver enfreinte sans que le soit aussi celle qui gouverne le genre entier : ainsi, lorsqu'est établi le parricide, nécessairement, le

³ Et au prescrit des articles 16 et 191 de celle-ci, mais cela n'est pas important pour la suite du présent exposé.

⁴ C. const., arrêt 86/2014 du 6 juin 2014, dispositif.

⁵ Celui-ci étant lu en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel.

⁶ C.A., arrêt 23/89, *Biorim*, du 13 octobre 1989, cons. B.1.2.

⁷ « Article 14 only applies in respect of the enjoyment of the rights and freedoms as set forth in the Convention. » (Francis JACOBS, Robin WHITE and Clare OVEY, *The European Convention on Human Rights*, 6^eéd., Oxford, Oxford University Press, 2014, p. 576).

⁸ Le fait que les deux règles soient inscrites dans des ordres juridiques différents – l'ordre interne et l'ordre international – est de ce point de vue sans incidence.

⁹ Article 393 du Code pénal.

¹⁰ Article 395 du Code pénal.

meurtre l'est également. De même, la conformité à la règle applicable au genre établit aussi celle au sous-genre : lorsqu'il est conclu à l'absence de meurtre, il y a nécessairement absence de parricide.

Par contre, la règle de genre peut être transgressée sans que ne le soit concomitamment la règle applicable au sous-genre : il peut en effet y avoir meurtre sans parricide (car la loi de genre, dotée d'un champ d'application plus large que la loi de sous-genre, peut se trouver enfreinte sans que l'autre ne le soit à son tour). Pour appliquer ceci au principe de non-discrimination, il est donc possible que soient violés les articles 10 et 11 de la Constitution (règle de genre) sans que ne le soit l'article 14 de la CEDH (règle de sous-genre) ; tel serait le cas si l'on avait affaire à une discrimination qui concernerait un droit fondamental *non* garanti par la CEDH.

5. Or, dans la constellation qui nous occupe en l'espèce, la Cour de cassation s'inscrit précisément dans le scénario opposé, celui que les règles de la logique excluent : elle conclut à la violation de la règle de sous-genre (article 14 CEDH) alors même que la Cour constitutionnelle a jugé qu'il y a conformité à la règle de genre. Pour prendre l'analogie du droit pénal, c'est affirmer établi le parricide en l'absence de meurtre.

6. On s'aperçoit donc que pour être logiquement valide, l'arrêt de la Cour de cassation suppose *inexacte* la détermination effectuée par la Cour constitutionnelle : le parricide supposant le meurtre, en constatant le premier, la Cour de cassation suppose établi le second.

* *

7. Pour voir un peu plus clair dans cette constellation où deux arrêts, l'un émanant de la Cour constitutionnelle et l'autre de la Cour de cassation, débouchent, au cours de la même procédure et à propos d'une même norme législative, sur des positions logiquement incompatibles, il paraît opportun de rappeler l'obligation de principe qui incombe au juge de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle lorsqu'il se trouve en présence d'un droit fondamental qui est garanti à *la fois* par un texte constitutionnel et par une disposition internationale. Comme on le sait, ce phénomène de coexistence normative est appelé « concours de droits fondamentaux »¹¹.

Or, en présence d'un tel concours, il devient important de déterminer dans quelle mesure le juge qui a saisi la Cour constitutionnelle sera « tenu » (pour reprendre le prescrit même de l'article 28 de la LSCC) de « se conformer à l'arrêt » que cette Cour lui adressera. Autrement dit, jusqu'où vont, dans l'hypothèse du concours, les prérogatives du juge constitutionnel à son égard ?

II. L'obligation pour le juge de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle en cas de concours de droits fondamentaux

8. Compte tenu de la nécessaire concision d'une note d'arrêt, il ne nous est pas possible d'exposer ici l'historique et l'intégralité des implications de la notion de « concours de droits

¹¹ Le « concours de droits fondamentaux » se définit comme la situation dans laquelle un même droit fondamental est garanti d'une manière totalement ou partiellement analogue par différentes normes, l'une de nature constitutionnelle, l'autre internationale. Voy. Jan VELAERS, « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2005, pp. 297-318, ici p. 297.

fondamentaux », notion qui a déjà fait l'objet de nombreuses analyses de grande qualité¹². Il nous suffit de dire qu'il existe dans notre ordre juridique deux systèmes de contrôle des droits fondamentaux, à savoir

- celui de la Cour constitutionnelle, qui vérifie le respect par le législateur du Titre II de la Constitution, et
- celui des juridictions de l'Ordre judiciaire et des juridictions administratives, qui vérifie la conformité des normes, en ce compris législatives, aux droits qui sont garantis par des conventions internationales ratifiées par l'État belge.

9. Désireux d'assurer une coexistence plus harmonieuse entre ces deux systèmes de contrôle¹³, le législateur a inséré en 2009 un quatrième paragraphe dans l'article 26 de la LSCC¹⁴, paragraphe qui crée, en cas de concours de droits fondamentaux, une *règle de priorité* au profit de la Cour constitutionnelle (alinéa 1^{er}), tout en ménageant quelques exceptions à l'obligation pour le juge saisi du litige¹⁵ de poser une question préjudicielle (alinéa 2).

L'article 26, paragraphe 4, alinéa 1^{er}, de la LSCC¹⁶ prévoit ainsi :

« Lorsqu'est invoquée devant une juridiction la violation, par une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution, d'un *droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international*, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution. Lorsqu'est uniquement invoquée devant la juridiction la violation de la disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de vérifier, même d'office, si le titre II de la Constitution contient une disposition totalement ou partiellement analogue. Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne. »

10. En l'espèce, dès lors qu'était invoquée devant la Cour de cassation la violation des articles 10 et 11 de la Constitution¹⁷ et de l'article 14 de la CEDH¹⁸, les conditions d'un concours de droits fondamentaux étaient réunies¹⁹ ; conformément à l'article 26, paragraphe 4, de la LSCC, elle a donc posé une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.

¹² Voy. avant tout les travaux de Jan VELAERS, « 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 : *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruges, La Chartre, 2006, pp. 125-149 ; « Samenloop van grondrechten : het Arbitragehof, titel II van de Grondwet en de internationale mensenrechtenverdragen », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2005, pp. 297-318 ; « Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof : naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten », *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht*, 2010, pp. 387-410 ; voy. aussi Toon MOONEN, « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *Rev. b. dr. const.*, 2011, pp. 111-142 ; et Géraldine ROSOUX, *Vers une 'dématérialisation' des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, thèse de doctorat, soutenue à Liège le 28 novembre 2014 (à paraître).

¹³ *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 2007, n°4-12/1, p. 4.

¹⁴ Cette insertion s'est faite par une loi spéciale du 12 juillet 2009, *Moniteur belge*, 31 juillet, 2^e édition.

¹⁵ Nous écrivons à dessein « juge saisi du litige » et non « juge du fond », car lorsque la Cour de cassation est concernée, l'appellation « juge du fond » serait inexacte.

¹⁶ Tel que modifié par loi spéciale du 4 avril 2014, *Moniteur belge*, 15 avril.

¹⁷ Cass., 27 mai 2013, *Pas.*, I, p. 1186, ici p. 1187 : « Le demandeur [en cassation] présente un moyen libellé dans les termes suivants : Dispositions légales violées : article 14 de la Convention [EDH], (...) articles 10, 11 (...) de la Constitution (...). »

¹⁸ Lu en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel.

¹⁹ Sur ce point, voy. aussi les passages intéressants dans les travaux préparatoires : *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 2007, n°4-12/1, pp. 6 et 7.

III. La réception de la réponse de la Cour constitutionnelle par le juge *a quo*

11. Le problème que soulève l'arrêt commenté se situe cependant non en amont, mais en aval, au niveau de la réception par la Cour de cassation de la réponse que va lui fournir la Cour constitutionnelle. En effet, on sait que la Cour constitutionnelle, s'appuyant sur les articles 10 et 11 de la Constitution, a inclus dès 1990 le droit international des droits de l'homme dans le contrôle qu'elle exerce sur les normes législatives, en jugeant que

« [p]armi les droits et libertés garantis aux Belges par l'article 6bis de la Constitution [aujourd'hui article 11] figurent bien les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment. Il en est ainsi à tout le moins des droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct »²⁰.

La Cour a ensuite parachevé cette évolution en 2004 par la jurisprudence dite de « *l'ensemble indissociable* », jurisprudence dont l'énoncé central porte comme suit :

« lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles (...), les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un *ensemble indissociable* avec les garanties inscrites dans les dispositions conventionnelles en cause »²¹,

de sorte que la Cour constitutionnelle « tient compte »²², dans son examen, des dispositions de droit international en question.

12. Si les documents parlementaires montrent que l'adoption de l'article 26, paragraphe 4, de la LSCC n'a pas remis en cause cette jurisprudence de « l'ensemble indissociable »²³, cette dernière doit néanmoins être conciliée avec la faculté dont dispose toute autre juridiction – du juge de paix jusqu'à la Cour de cassation, en passant par les juridictions administratives – de contrôler elle-même, en vertu de la doctrine *LeSki*, le respect par le législateur des dispositions internationales dotées d'un effet direct.

La question se pose dès lors de savoir quelle autorité de la chose jugée les arrêts préjudiciels de la Cour constitutionnelle ont vis-à-vis du juge *a quo* : lorsque celui-ci soumet une norme législative au contrôle de la juridiction constitutionnelle, il est incontesté qu'il est ensuite tenu, lorsqu'il reçoit l'arrêt de réponse, de se soumettre à l'appréciation de la Cour quant à la conformité de la norme législative par rapport aux règles *constitutionnelles*. Mais ce juge *a quo* est-il également tenu de se soumettre à l'appréciation que la Cour aura le cas échéant donnée à propos de la conformité de la norme législative aux règles *internationales* ?

13. Il paraît indiqué d'aborder ce problème à l'aide des simples règles de la méthodologie juridique, en nous limitant par ailleurs ici expressément aux seuls rapports qu'entretiennent les articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 14 de la CEDH. Comme nous avons pu l'exposer plus haut (n^{os} 4 et 5), la norme constitutionnelle forme en l'occurrence la règle de genre et la norme conventionnelle la règle de sous-genre. Or, une fois la conformité d'une norme à la règle de genre établie, il n'est pas possible, en logique, de malgré tout déceler une transgression de la règle de sous-genre : l'absence de violation du principe *général* de non-discrimination consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution établit nécessairement l'absence de violation de la règle particulière, de sous-genre, consacrée à l'article 14 de la CEDH.

Il n'est donc guère utile – et même erroné – de vouloir bâtir une argumentation sur le fait que la Cour de cassation n'a, à dessein, *pas posé* à la Cour constitutionnelle la question de sa-

²⁰ C.A., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, considérant B.11 .3.

²¹ C.A., arrêt n° 136/2004 du 22 juillet 2004, considérant B.5.3.

²² Même arrêt, considérant B.5.4.

²³ *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 2007, n° 4-12/1, p. 6.

voir si l'article 14 de la CEDH était violé, et d'ensuite affirmer que cette dernière Cour, en répondant tout de même à cette question, aurait tranché un point de droit dont elle n'aurait pas été saisie : c'est oublier que, appelée à statuer sur le respect de la loi de genre et en y répondant négativement (« les articles 10 et 11 de la Constitution ne sont pas violés »), la Cour constitutionnelle a nécessairement établi le respect de la règle de sous-genre (« l'article 14 de la CEDH n'est pas violé »). En effet, et pour reprendre le parallèle avec le droit pénal, lorsqu'une juridiction est appelée à déterminer s'il y a un meurtre et qu'elle conclut à l'absence de cette prévention, la question de l'éventuelle présence d'un parricide est de ce fait également tranchée, et cela même si la juridiction n'aura pas été expressément chargée de l'examiner.

On aperçoit donc, puisque la Cour constitutionnelle a jugé que les articles 10 et 11 de la Constitution n'étaient pas violés, il est *sans intérêt* de se demander si elle la question préjudicielle qui lui a été déférée faisait oui ou non expressément mention de l'article 14 de la CEDH ; *et qu'il est également sans intérêt de savoir si elle y a répondu* : car même si elle s'était bornée, comme le lui avait demandé la Cour de cassation, à simplement examiner la conformité de la norme législative aux articles 10 et 11 de la Constitution, sans prendre attitude sur la conformité de la loi à l'article 14 CEDH, force est de constater qu'en jugeant la loi conforme aux articles 10 et 11 de la Constitution – donc à la loi de genre – elle établissait *ipso facto* sa conformité à l'article 14 de la CEDH.

14. Voilà donc pour la théorie, et l'application des règles de la méthodologie juridique.

La difficulté toutefois – et elle est absolument majeure – provient du fait que le législateur spécial, en insérant l'article 26, paragraphe 4, en 2009, s'est *largement affranchi* des canons de la méthodologie : il permet l'existence (ou plus exactement : il *continue* de permettre l'existence) du 'mouton à cinq pattes', c'est-à-dire d'une situation dans laquelle il est effectivement *possible* de conclure à violation d'une règle de sous-genre sans pour autant admettre la violation concomitante de la règle de genre qui l'englobe. Autrement dit, le législateur accrédite l'idée du *parricide sans meurtre*. Ce point ressort clairement des travaux préparatoires²⁴, dès lors que ceux-ci font expressément état de l'hypothèse où

« le droit fondamental en question est garanti à la fois par une norme de droit international ou européen et par une disposition constitutionnelle (l'hypothèse du concours) »

et qu'ils relèvent ensuite que

« dans ce cas, le juge ordinaire ou administratif est tenu de poser une question à la Cour constitutionnelle, sur la base de l'article 26, § 4, de la loi spéciale ».

Mais c'est dans le passage directement consécutif que se loge le considérant crucial :

« Si la Cour constitutionnelle ne constate aucune violation de la Constitution, *le juge ordinaire ou administratif redevient pleinement compétent pour contrôler la disposition en cause au regard de droits fondamentaux analogues*, tels qu'ils sont garantis par des dispositions de droit international ou européen ayant effet direct. »²⁵

C'est précisément cette hypothèse qui s'est réalisée dans l'arrêt commenté : la Cour constitutionnelle ayant déclaré la loi conforme à la Constitution, la Cour de cassation dispose ensuite de la prérogative de procéder elle-même à un second contrôle de compatibilité de la norme législative, limité au seul respect de l'article 14 de la CEDH²⁶, et est parfaitement au-

²⁴ Comme nous l'avons dit, l'article 26, paragraphe 4, de la LSCC a été modifié en 2014 (voy. *supra*, note 14) ; c'est aux travaux préparatoires de cette modification, qui en établit la version la plus récente, que nous nous référons ici.

²⁵ *Doc. parl.*, Sénat, 2013-14, 5-2438/1, pp. 5-6 (nous soulignons).

²⁶ Lu en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel.

torisée à arriver à un résultat différent. L'objection qui s'impose d'elle-même – à savoir que la conformité à une règle de genre établit *par hypothèse* celle à la règle de sous-genre, de sorte que la non-violation des articles 10 et 11 de la Constitution établit *ipso facto* la non-violation de l'article 14 de la CEDH (chose que la Cour constitutionnelle relève d'ailleurs à juste titre au dispositif²⁷) – n'est pas rencontrée.

15. Le législateur, en procédant à la réforme de 2009, aurait-il souffert d'un manque d'information ? Ce problème de contradiction patente, personne ne l'a-t-il vu venir ?

La réponse à cette question est clairement négative : le législateur était bel et bien au courant. Ainsi peut-on lire dans les recommandations du groupe de travail *ad hoc* constitué préalablement à la réforme qu'

« [a]fin de prévenir que les plus hautes juridictions *rendent des arrêts manifestement contradictoires*, il est nécessaire de souligner que les arrêts dans lesquels la Cour d'arbitrage contrôle des lois, des décrets ou des ordonnances au regard des droits fondamentaux inscrits au titre II de la Constitution, lus en combinaison avec les *dispositions analogues de conventions internationales*, ont l'autorité, *y compris en ce qui concerne ces dernières* »²⁸,

Or, cette recommandation n'a pas été suivie²⁹, avant tout en raison de l'importance de la doctrine *LeSki*, doctrine dont il est tout sauf certain que le législateur, fût-il assuré de la majorité spéciale, puisse réduire ou annihiler l'application³⁰.

16. Il faut donc dire les choses telles qu'elles sont : actuellement, dans notre droit, la survenance de décisions contradictoires entre la Cour constitutionnelle et les juridictions de l'Ordre judiciaire est possible. Légalistes, nous devons constater que constituant et législateur spécial, *conscients du problème* (nous venons de citer le rapport d'experts qui le signalait aux parlementaires), ont préféré ne pas en prévenir l'émergence. Sur le plan formel, on mentionnera aussi que la Constitution elle-même donne un argument de poids en faveur de cette thèse : à l'article 142 – là où sont énumérées les prérogatives de la Cour constitutionnelle – la Cour se voit reconnaître le pouvoir de contrôler des normes législatives au regard des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, ainsi qu'aux « articles de la Constitution » qu'une loi spéciale détermine. On aura bien lu : « articles de la Constitution »³¹ et non « articles de conventions internationales ». Autrement dit, lorsque la Cour constitutionnelle se prononce – fût-ce indirectement – sur la compatibilité d'une norme législative avec *la CEDH*, elle rend une décision qui, si on procède à une lecture formaliste de l'article 142, n'est pas expressément couverte par le texte constitutionnel, aussi puissants – et à notre sens décisifs – que puissent s'avérer les arguments de méthodologie et de cohérence globale du système qui alimentent la thèse opposée.

²⁷ En précisant que la disposition législative ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, « combinés ou non » avec l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (C. const., arrêt n°86/2014 du 6 juin 2014, dispositif).

²⁸ Vincent THIRY, Jan VELAERS et Géraldine ROSOUX, « 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 », spéc. le paragraphe 4, point II « Recommandations du groupe de travail », in : A. ARTS, I. VEROUGSTRAETE, R. ANDERSEN et al. (éds.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, Bruges, La Charte, 2006, pp. 99-149, ici p. 147 ; c'est nous qui soulignons.

²⁹ En ce sens, *Doc. parl.*, Sénat, S.E. 2007, n°4-12/1, p. 8.

³⁰ De nombreux auteurs reconnaissent en effet à la jurisprudence *LeSki* un statut de principe général de droit de rang constitutionnel (voy. *i.a.* François TULKENS et Sébastien VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 131 ; Hugues DUMONT, « Les principes généraux du droit à 'valeur constitutionnelle' », in *Les sources du droit revisitées, volume 1, Normes internationales et constitutionnelles*, p. 577 ; voy. cependant Lucien FRANÇOIS, « Le recours à une philosophie du droit dans la motivation de décisions juridictionnelles », *J.T.*, 2005, pp. 261-266). Partant, pour la rendre inopérante au regard des droits fondamentaux garantis de manière analogue dans la Constitution et en droit international, certains auteurs estiment qu'il aurait fallu une révision de la Constitution qui opère un élargissement des normes de compétence de la Cour constitutionnelle (pour un relevé de ces auteurs, voy. p. ex., Géraldine ROSOUX, *thèse précitée*, à paraître, n°s 44.4 et 116.1).

³¹ Article 142, alinéa 1^{er}, 3^o, de la Constitution,

17. Que faut-il donc retenir de l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2014 ? La décision appelle plusieurs observations de notre part, et nous souhaiterions en proposer trois.

18. La *première* est que l'arrêt commenté est, nous venons de le voir, *conforme aux prérogatives légalement établies de la Cour de cassation*. Il faut être clair sur ce point. Certes, l'article 28 de la LSCC lui impose, comme à toute juridiction, « de se conformer à l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle » lorsqu'elle « a posé [une] question préjudicielle », mais cet article 28 doit s'interpréter à la lumière de l'article 26, paragraphe 4, de la même loi (paragraphe qui est d'ailleurs d'adoption plus récente). Or, cette dernière disposition a précisément instauré un mécanisme qui préserve dans le chef des juridictions judiciaires et administratives la prérogative de vérifier elles-mêmes le respect des droits issus du droit international et européen. Le législateur spécial a donc permis que les juridictions judiciaires puissent, pour reprendre l'image, déterminer s'il y a parricide, et cela *indépendamment* de la question de savoir si la Cour constitutionnelle a préalablement conclu au meurtre : certes, c'est là une solution intellectuellement boiteuse, mais c'est une solution de compromis.

19. Aussi, plusieurs auteurs avaient *prédit* que ce système, malgré ses nombreuses qualités dont la première est la conciliation entre juridictions, était susceptible de générer des décisions contradictoires et logiquement inconciliables³². Ainsi, dans une intervention prononcée en 2008 lors des travaux parlementaires préalables à l'insertion de l'article 26, paragraphe 4, dans la LSCC, le président d'alors de la Cour constitutionnelle, Marc BOSSUYT, avait signalé qu'il y aura matière à difficultés le jour où un juge (judiciaire ou administratif) allait tenir une loi pour contraire à un traité, après que la Cour constitutionnelle l'aura jugée *conforme* à une norme constitutionnelle qui garantit un droit fondamental analogue à celui protégé par le traité³³. Cette prédiction fut pertinente – elle se réalise aujourd'hui. Aussi, on ne perdra pas de vue que la doctrine *LeSki* opère au bénéfice de *l'intégralité* des juridictions du sommet jusqu'au pied de la pyramide, et non seulement au bénéfice de la Cour de cassation. Dans son intervention, le président BOSSUYT reconnaissait cependant aussi, et ceci également à raison, les mérites de la réforme réalisée en 2009, en signalant l'avantage qu'elle présente d'emporter l'adhésion des trois cours suprêmes du Royaume³⁴.

20. On aperçoit donc que l'arrêt de la Cour de cassation du 15 décembre 2014 constitue ce que l'on pourrait qualifier de « faille » – prévisible et prévue – du système : à une même question de droit (à savoir celle de savoir si une norme législative respecte le principe de non-discrimination), les appréciations respectives de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation se séparent, et ce alors – on ne saurait taire ce détail – que les deux Hautes juridictions s'appuient sur les mêmes arrêts rendus par la Cour européenne des droits de

³² Voy. notamment Toon MOONEN, « Concours de droits fondamentaux ou concours de juridictions ? Évaluation des réformes de 2009 de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle », *Rev. b. dr. const.*, 2011, pp. 138-139.

³³ *Doc. parl.*, Sénat, 2008-09, n°4-12/4, pp. 29-30.

³⁴ *Doc. parl.*, Sénat, 2008-09, n°4-12/4, p. 9.

l'homme³⁵. Sur le plan des principes, nous l'avons dit, les deux arrêts sont logiquement incompatibles et les solutions qu'ils proposent s'excluent mutuellement³⁶.

21. Ceci nous amène à notre *seconde* constatation. Nous n'avons pas pour intention de trancher la question spécifique de savoir si la disposition législative précise qui fut l'objet de l'arrêt en question – une disposition datant du printemps 1970³⁷ – est ou non conforme au principe de non-discrimination. En dernier ressort, c'est à la Cour de Strasbourg, dépositaire de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il appartiendrait d'éventuellement juger du respect par le législateur de l'article 14 de la Convention, lu en combinaison avec l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel. Plutôt que de nous pencher sur cette loi prise isolément, notre seconde observation est donc plus globale et s'intéresse au système dans son ensemble. Elle porte sur la dynamique qui devrait selon nous présider à la protection des droits fondamentaux par les juridictions en Belgique, à la lumière de principes tels que la légitimité du juge et la bonne administration de la justice.

22. Il est exact que, avant 2009, la Cour de cassation avait déjà procédé, à plusieurs reprises, à un contrôle direct de conventionnalité d'une norme législative alors même que la Cour constitutionnelle, sur recours en annulation ou sur question préjudicielle, l'avait préalablement validée au regard non seulement de la Constitution, mais également de normes internationales ou européennes³⁸. Mais l'article 26, paragraphe 4, de la LSCC n'existait alors pas encore³⁹. L'hypothèse que soulève l'arrêt ici commenté est donc à notre connaissance inédite, puisqu'elle intervient, *ratione temporis*, après l'adoption de l'article 26, paragraphe 4, de la LSCC et, *ratione materiae*, dans le cadre du contentieux préjudiciel.

23. La concomitance des textes, en droit interne comme en droit international, qui garantissent des droits fondamentaux analogues est un fait qui n'aura échappé à personne. Elle va de pair en Belgique avec une concurrence entre juridictions, concurrence qu'il est sage de canaliser. C'était là tout l'objet de l'intervention du législateur spécial en 2009.

24. Cette concurrence doit-elle pour autant être *annihilée* ? Nous ne le croyons pas. La mise en place d'un système de contrôle concentré de conventionnalité au profit d'une juridiction unique, compétente d'une manière monopolistique, créerait un organe doté d'un pouvoir considérable. Même en République fédérale d'Allemagne, où la Cour constitutionnelle fédérale bénéficie d'un tel monopole, le constituant a prudemment prévu l'existence au sein de cette juridiction de deux chambres distinctes, appelées « Sénats », évitant par là une trop grande concentration de pouvoir : la prérogative de contrôler les lois au regard de la Loi fon-

³⁵ La Cour constitutionnelle reprend fidèlement l'intitulé des différents arrêts de la Cour de Strasbourg dans son arrêt, tandis que la Cour de cassation se limite à citer les dispositions conventionnelles applicables, conformément à ses traditions. C'est dans les conclusions conformes de l'avocat général GENICOT qu'on peut trouver la référence à ces mêmes arrêts.

³⁶ On observera que si, en l'occurrence, ce fut la Cour constitutionnelle qui a eu le soin de vérifier le respect de la règle de genre et la Cour de cassation celui de la règle de sous-genre, c'était parce que le champ d'application du droit fondamental en cause (le principe de non-discrimination) est plus large en droit constitutionnel qu'en droit international (CEDH). Les attributions respectives de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation sont toutefois susceptibles de se présenter sous un rapport inversé lorsqu'il s'agit de vérifier le respect d'un *autre* droit fondamental, droit dont le champ d'application serait plus large en droit international qu'en droit constitutionnel : ce sera alors à la Cour de cassation qui sera la gardienne de la règle de genre et la Cour constitutionnelle celle de norme de sous-genre. Enfin, troisième constellation, le champ d'application des règles constitutionnelle et conventionnelle peut aussi être identique (on parle alors de droits fondamentaux « complètement analogues ») : ici le risque de contradictions de jurisprudence est naturellement le plus grand.

³⁷ Voy. *supra*, note 1.

³⁸ Voy. not. Cass., 19 avril 1991, *Pas.*, I, p. 746, *J.T.*, 1992, p. 222 ; Cass., 8 décembre 2008, *Pas.*, I, p. 2872.

³⁹ On notera en passant qu'en 2010, le Conseil d'État s'était lui aussi estimé compétent pour effectuer un contrôle de conventionnalité distinct, sur les mêmes points de droit que ceux tranchés par la Cour constitutionnelle dans un arrêt rendu deux ans plus tôt (C. const., arrêt n° 102/2008 du 10 juillet 2008), en arrivant à un résultat identique à celui de la Cour constitutionnelle (C.E., arrêt n° 206.397 du 2 juillet 2010, *Orde van Vlaamse Balies en de Nederlandse Orde van Advocaten bij de Balie van Brussel c. État belge*, commenté par Sébastien VAN DROOGHENBROECK in : *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, 2014, pp. 132-144).

damentale et du droit international est donc divisée⁴⁰, et les deux Sénats, qui décident d'une manière autonome, sont également compétents pour vérifier le respect du principe d'égalité et de non-discrimination, précepte matriciel de tout l'ordre juridique⁴¹. Aussi, des séances en formation plénière (appelées *Plenum*) sont certes théoriquement possibles, mais en raison de la saine concurrence qui existe entre les deux Sénats, elles ne sont presque jamais convoquées (en plus de soixante ans d'existence et des milliers de décisions rendues, *seules cinq d'entre elles* l'ont été en formation plénière). Fait révélateur aussi, le président de la Cour ne dispose pas de la prérogative de convoquer à lui seul une telle séance⁴² : on voit que le constituant n'entendait pas en favoriser la tenue.

Le système allemand est ainsi la preuve même du caractère indispensable d'un pluralisme juridictionnel minimal : intervenant quatre ans seulement après la libération des camps et infiniment conscient de l'importance centrale de la protection des droits de l'homme dans le nouvel État à bâtir sur les ruines d'un régime totalitaire et inhumain, le constituant allemand de 1949 a *redouté la création d'une instance qui, statuant en dernier ressort, ne trouverait plus, au sein du système juridictionnel, de contradicteur légitimé du même rang*. D'où son idée, simple mais remarquable, de créer une juridiction composée de deux chambres – chambres qui *ne se mélangent pas* et dont chacune, isolément prise, constitue déjà, en droit, « La Cour constitutionnelle fédérale »⁴³. Le premier garde-fou contre la puissance de la Cour a donc, de la volonté même du constituant, été... *la Cour elle-même*, chacun de ses deux Sénats étant également suprême.

25. Ce regard outre-Rhin peut sans doute nous aider à gagner une meilleure perception de notre propre système, et des vertus, même insoupçonnées, qu'il est susceptible de receler.

En adoptant la réforme de 2009 et, avec elle, l'article 26, paragraphe 4, de la LSCC, le législateur a mis en place un droit de *priorité* au bénéfice de la Cour constitutionnelle. C'est un avantage qui lui est accordé mais qui, pour être certain, n'est pas décisif : le législateur spécial n'a ainsi mis en place qu'une *préséance précaire, qui connaît des exceptions*. Les juridictions de l'Ordre judiciaire, à l'instar des juridictions administratives, demeurent en effet compétentes pour procéder elles-mêmes à un contrôle de conventionnalité des normes législatives. La Cour de cassation le rappelle sans ambiguïté dans l'arrêt du 15 décembre 2014. Cela étant, il importe tout autant – et ceci est également central – de préserver l'effet utile des décisions de la Cour constitutionnelle. L'arrêt de la Cour de cassation ne peut pas et ne doit pas être compris comme un blanc seing à la discordance. Le pouvoir du juge *a quo*, qui dispose grâce à la doctrine *LeSki* du droit de porter *un second regard*, s'inscrit, au contraire, dans un schéma de *checks and balances*⁴⁴, pouvoir qui, pour être fructueux, doit être exercé avec la plus grande parcimonie et en toute transparence – sous peine de faire basculer le système entier dans l'anarchie et d'ébranler la confiance du justiciable dans les juridictions.

26. Notre *troisième* et dernier constat a trait au respect des règles de la méthodologie juridique. Il est en effet manifeste que la protection des droits fondamentaux ne peut que souffrir de la présence d'un illogisme patent, résultant de deux décisions de justice incompatibles : le justiciable profane est frappé d'incompréhension lorsqu'il reçoit de deux juridictions, statuant toutes deux en dernier ressort, deux interprétations différentes à ce qui lui semble bien être

⁴⁰ Ceci à la différence notable, par exemple, de la Cour suprême américaine ou du Conseil constitutionnel français, qui décident toutes les affaires dans la même composition, en chambre unique.

⁴¹ Paragraphe 14 de la *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*. La répartition des compétences entre les deux chambres opère en effet en fonction du mode de saisine, et non en fonction de la disposition constitutionnelle dont la violation est alléguée. Ceci est également astucieux.

⁴² Paragraphe 16 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgerichtsgesetz*).

⁴³ Voy. p. ex. Gerd ROELLECKE : « Die beiden Senate sind einander gleichgeordnet und entscheiden selbständig. Jeder Senat ist "Das Bundesverfassungsgericht". » (Gerd ROELLECKE, « Aufgaben und Stellung des Bundesverfassungsgerichts », in : Josef ISENSEE et Paul KIRCHHOF, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, tome II, Heidelberg, C.F. Müller, 1998, p. 667).

⁴⁴ PUBLIUS [James MADISON], *Federalist Paper n° 48*, du 1^{er} février 1788, publié in : Jacob E. COOKE (éd.), *The Federalist*, Middletown (Connecticut), Wesleyan University Press, 1961.

une seule et même question de droit. Dans son esprit – et il a vu juste – il n’y a en effet qu’une seule principe de non-discrimination en jeu.

L’avis du profane, du citoyen-électeur, est d’autant plus important que c’est lui qui est, au travers de son suffrage, à la base de la légitimité de nos institutions, y compris juridictionnelles. La Cour constitutionnelle et la Cour de cassation étant des institutions de la Nation belge, Nation dont émanent, dans une démocratie parlementaire comme la nôtre, « tous les Pouvoirs » (art. 33 Const.), et les citoyens étant tous égaux devant la loi, on ne peut adhérer, dans une matière aussi directement liée à la dignité humaine que celle des droits fondamentaux, à de savantes théories qui ne sont intelligibles que pour ceux qui les ont conçues, et utiles que pour ceux qui les appliquent. Convenons donc : quand on dit dans la Constitution que nul ne peut être discriminé et qu’on affirme dans la Convention européenne des droits de l’homme que nul ne peut être discriminé, il est déraisonnable de soutenir que ceci revient à affirmer deux choses différentes. Il y a là un énoncé prescriptif, fût-il matérialisé dans deux sources textuelles ; il y a là une seule mission à accomplir – celle de la lutte contre les discriminations injustifiées, défi immense pour tout État de droit et préoccupation saine de tout juriste consciencieux.

27. Ce constat, qui met en exergue le fait qu’il s’agit d’une seule et même partition que la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation sont appelées à jouer, n’exclut cependant pas que des disharmonies puissent survenir. En effet, même dans les œuvres de grands compositeurs – compositeurs qui maîtrisent pourtant à la perfection les règles de l’harmonie – on peut déceler des notes à dessein disharmonieuses⁴⁵. Or, ce qui fait le génie de ces compositeurs n’est pas tant d’en avoir placées, mais d’y avoir recouru à très bon escient, et, mesuré à l’aune de leur œuvre globale, avec une rareté consommée. De ce point de vue, le fait qu’il existe dans la partition que la Cour constitutionnelle et la Cour de cassation jouent ensemble depuis 2009, une seule suite de notes disharmonieuses, parmi une grande multitude de notes, ne nous conduit pas à considérer que l’un des deux artistes aurait mal exécuté sa prestation. Aussi, dès lors qu’on s’accorde à voir dans la notion de non-discrimination un seul principe, indissociable, cette disharmonie, dont la rareté est grande – la première en six ans – est digne de respect, le citoyen n’étant point lésé, que du contraire, lorsqu’en matière de non-discrimination, les décisions de l’autorité publique font l’objet de deux vérifications successives, par des magistrats indépendants et impartiaux.

À partir du moment où l’on parvient à convenir que les deux juridictions jouent une seule et même partition – celle qui met en œuvre le principe de non-discrimination et non des principes de non-discrimination – et qu’on relègue par là-même aux oubliettes la chimérique théorie du « parricide sans meurtre », les académiques peuvent, quant à eux, entreprendre un travail de réflexion sur la question de savoir qui des deux juridictions a, à leurs yeux, fait dans le cas d’espèce l’application la plus fidèle du principe en question : ce sera leur contribution au débat.

Christian BEHRENDT

Professeur de droit constitutionnel à l’Université de Liège et à l’École Royale Militaire

Assesseur au Conseil d’État

et Martin VRANCKEN

Assistant en droit constitutionnel à l’Université de Liège

Praktijkassistent aan de Universiteit Hasselt

⁴⁵ Comme par exemple dans plusieurs œuvres de BACH, notamment les fugues, ou encore, exemple marquant, chez MOZART dans le sextuor en fa majeur (KV 522), *Ein Musikalischer Spaß – Die Dorfmusikanten*, où sont imités des musiciens de village qui, maîtrisant mal leurs instruments, jouent faux.