

# LE DIALOGUE ENTRE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LA COUR CONSTITUTIONNELLE BELGE

(Institut des droits de l'homme du Barreau de Bruxelles, 24.05.2019)

**André ALEN, Président de la Cour constitutionnelle belge**

## **I. La Cour constitutionnelle est aussi « UN JUGE DE DROIT EUROPÉEN »**

1. Bien que la Cour constitutionnelle ne soit pas compétente pour contrôler directement la législation au regard du droit européen et international, elle a développé deux techniques afin d'exercer ce contrôle indirectement.

La première technique utilisée par la Cour depuis 1989, est le contrôle par le biais des articles 10 et 11 de la Constitution qui interdisent toute discrimination dans la jouissance de *tous* les droits et libertés, quels que soient leur origine.

La seconde technique appliquée par la Cour depuis 2004, est le contrôle par le biais des droits fondamentaux « *analogues* » : lorsque la Cour exerce un contrôle au regard d'un droit fondamental du Titre II de la Constitution, elle tient compte, même *ex officio*, des

dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues. Il peut même s'agir d'une analogie partielle<sup>1</sup>.

2. La conséquence de cette attitude ouverte au droit européen est que la Cour constitutionnelle applique amplement la jurisprudence strasbourgeoise citée dans plus ou moins un tiers de ses arrêts.

Cette attitude a plusieurs avantages :

- primo, la Cour donne aux dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux, dont la plupart n'ont pas changé depuis 1831, une interprétation évolutive;
- secundo, le principe de la primauté de la protection juridique la plus étendue est respecté et l'on évite un conflit entre la jurisprudence constitutionnelle et la jurisprudence supranationale;
- tertio, le contrôle précité maximise la protection juridique en ce qui concerne les limitations des droits fondamentaux, qui doivent satisfaire, d'une part, à la condition d'une disposition législative formelle si la Constitution l'exige, et, d'autre part, aux conditions restrictives matérielles contenues dans la Convention;
- enfin, la Cour constitutionnelle facilite le dialogue avec la CEDH. En effet, un vrai dialogue requiert, selon Jürgen

---

<sup>1</sup> Des exemples d'une analogie partielle sont l'article 16 de la Constitution et l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole additionnel à la Conv. EDH ; l'article 13 de la Constitution et l'article 6 de la Conv. EDH ; les articles 12 et 14 de la Constitution et les articles 7 de la Conv. EDH et 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

HABERMAS, un « terrain d'entente » ou l'usage d'un langage commun permettant aux discutants de se comprendre.

## II. L'influence d'un langage commun sur les rapports entre la CEDH et la Cour constitutionnelle

3. Il est évident qu'un langage commun a de conséquences sur les rapports entre la CEDH et la Cour constitutionnelle.

3.1. En premier lieu, plusieurs arrêts et décisions de la CEDH contiennent une référence à la jurisprudence constitutionnelle belge.

Ceci n'est pas seulement le cas dans les arrêts et décisions contre la Belgique, mais aussi dans d'autres affaires. L'exemple le plus célèbre concerne l'interdiction de la burqa : l'arrêt de la CEDH *S.A.S. c. France* du 1<sup>er</sup> juillet 2014, cite amplement l'arrêt de la Cour constitutionnelle belge n° 145/2012 du 6 décembre 2012, parce que les motifs pour conclure à une non-violation étaient dans les deux arrêts presque les mêmes, notamment la conception du « vivre ensemble » ou la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes comme un élément indispensable à la vie collective au sein de la société démocratique.

Cette affaire montre la réciprocité du dialogue entre les hautes juridictions. La Cour constitutionnelle belge a

amplement cité la jurisprudence strasbourgeoise dans son arrêt et l'a appliquée de manière consciente, et, après, la Cour européenne a fait référence à cet arrêt belge pour justifier une interdiction semblable dans un autre Etat membre du Conseil de l'Europe.

L'arrêt de la CEDH du 11 juillet 2017<sup>2</sup> sur l'interdiction belge est aussi intéressant parce que la Cour européenne rappelle son rôle subsidiaire en répétant que les autorités de l'Etat se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour évaluer les besoins et le contexte locaux.

3.2. En second lieu, le nombre d'arrêts de la CEDH dans lesquels la jurisprudence de la CC est critiquée, est très limité.

Le premier arrêt très connu est *Pressos Compania Naviera* (1995) lequel condamnait une rétroactivité législative de trente ans. C'était aussi la première affaire dans laquelle la CEDH a étendu le champ d'application de l'article 1<sup>er</sup> du Premier Protocole Additionnel à une espérance légitime de voir concrétiser les créances en indemnisation, si elle a une base suffisante en droit interne.

Moins connus sont les arrêts *Hakimi* (2010) et *Faniel* (2011), d'après lesquels un condamné par défaut doit être informé des voies de recours applicables et des délais.

---

<sup>2</sup> *Belkacemi et Oussar c. Belgique; Dakir c. Belgique.*

Dans la plupart des cas, la CEDH est d'accord avec la vision de la Cour constitutionnelle, et ne conclut pas à une violation. Cette constatation est liée à la technique de la Cour constitutionnelle consistant à se conformer à la jurisprudence strasbourgeoise dans ses propres arrêts. Un exemple typique à cet égard est la jurisprudence en matière du principe *non bis in idem* : sur base de l'arrêt *Zolotoukhine* (2009) de la Grande Chambre de la CEDH<sup>3</sup>, la Cour constitutionnelle a annulé dans son arrêt n° 61/2014 du 3 avril 2014 plusieurs articles de la loi instaurant le principe « *una via* » dans le cadre de la poursuite des infractions à la législation fiscale. Entretemps, la Grande Chambre de la CEDH a adapté sa jurisprudence dans l'arrêt *A et B c. Norvège* (2016)<sup>4</sup>. La Cour constitutionnelle a mentionné immédiatement cet arrêt dans sa jurisprudence (par ex. n° 121/2017 ; n° 16/2018).

Il arrive aussi que la Cour constitutionnelle assure une protection plus grande que la CEDH, par ex. en matière du droit de chacun à l'établissement de sa filiation<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> Le principe est applicable « si la seconde infraction a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ».

<sup>4</sup> La Cour a accepté que l'article 4 du Protocole n° 7 n'exclut pas la conduite de procédures mixtes pourvu que certaines conditions soient remplies.

<sup>5</sup> A partir de l'arrêt n°20/2011 du 3 février 2011 (« [...] la réalité biologique et sociale prévaut sur une présomption légale »). Voir en particulier l'arrêt n° 18/2016 du 3 février 2016 (« [ce droit] doit dès lors l'emporter, en principe, sur l'intérêt de la paix des familles et de la sécurité juridique des liens familiaux »).

- 3.3. Des différences de vues peuvent aussi naître du fait que la Cour constitutionnelle s'inscrit dans le contentieux objectif, dans lequel la norme législative elle-même est jugée, tandis que la CEDH s'appuie surtout sur les faits en cause.

Ainsi, dans *l'arrêt pilote W.D. c. Belgique* du 6 septembre 2016, par lequel la CEDH condamne la Belgique à « *prendre des mesures appropriées pour que le système d'internement des personnes délinquantes soit en conformité avec les principes relatifs aux articles 3, 5 §§ 1er et 4, et 13 combiné avec l'article 3 de la Convention* », la CEDH fait référence à un arrêt de la Cour constitutionnelle du n° 142/2009, dans lequel celle-ci constate que les autorités doivent accueillir une personne internée, mais que le refus de le faire ne signifie pas que la législation en cause devient contraire à la Constitution et qu'il incombe aux cours et tribunaux et pas à la Cour de contrôler si les autorités respectent la loi dans des cas concrets. Le grand nombre de condamnations de la Belgique en matière d'internement des personnes ayant des troubles psychiatriques concerne surtout l'insuffisance de places disponibles dans des établissements spécialisés et adaptés. Une telle situation concerne l'application de la loi et échappe par conséquent à la compétence de la Cour constitutionnelle.

- 3.4. Enfin, dans quatre affaires, dans lesquelles la CEDH a condamné la Belgique, il y avait une jurisprudence divergente

entre la Cour de cassation et la Cour constitutionnelle. Parce que la jurisprudence constitutionnelle était plus protectrice, la CEDH s'y était ralliée. Il s'agit des arrêts *RTBF* (2011)<sup>6</sup>, *Silvester's Horeca Service* (2004)<sup>7</sup>, *Loncke* (2007)<sup>8</sup> et *Cottin* (2005)<sup>9</sup>.

Sans vouloir polémiquer, on peut se demander si ces arrêts ne renforcent pas l'opinion très répandue d'après laquelle le recours à la Cour constitutionnelle est une voie de recours à épuiser, bien que - il faut le dire - la jurisprudence de la CEDH à cet égard ne soit pas cohérente.

### III. Le Protocole n° 16

4. Certainement, il y a un dialogue indirect entre la Cour constitutionnelle belge et la CEDH.

J'ai déjà mentionné comment la Cour constitutionnelle incorpore la jurisprudence strasbourgeoise dans ses arrêts. Comme le Conseil de l'Etat belge, la Cour constitutionnelle est membre du « Réseau des

---

<sup>6</sup> L'interdiction par un juge des référés de l'émission d'un reportage sur les pratiques d'une médecin (violation des articles 6, § 1 et 10).

<sup>7</sup> L'accès au juge en cas d'amende administrative (violation de l'article 6, § 1).

<sup>8</sup> L'obligation de cosigner l'amende TVA avant de l'attaquer devant un juge (violation de l'article 6, § 1).

<sup>9</sup> Le caractère contradictoire des rapports d'un expert judiciaire en matière pénale (violation de l'article 6, § 1).

cours supérieures », créé par la CEDH visant à l'échange d'informations entre la CEDH et les hautes cours nationales.

La CEDH s'explique aussi quand elle modifie sa jurisprudence suite à une critique des hautes cours nationales. L'arrêt *Al-Khawaja et Tahery* (2011) concernant l'admissibilité de « *hearsay evidence* », et l'arrêt *Lautsi* (2011) concernant les crucifix dans l'école, en sont les meilleurs exemples.

5. Depuis le 1<sup>er</sup> août 2018, date de l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, il y a un instrument pour un dialogue direct avec les plus hautes juridictions, qui *peuvent*, dans le cadre d'une affaire pendante devant elles, adresser à la CEDH des demandes d'avis consultatifs - et donc pas contraignants – sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles. Néanmoins, cette possibilité n'existe pas encore pour les hautes juridictions belges, parce que la Belgique, bien qu'elle ait signé le Protocole le 8 novembre 2018, ne l'a pas encore ratifié.

J'ai retrouvé les réponses des trois hautes juridictions belges, de novembre 2012 à la Direction générale de la Législation et des Libertés et droits fondamentaux du SPF Justice, et, de septembre 2013 à la Ministre de la Justice. Ces réponses étaient plutôt négatives pour plusieurs raisons, comme la crainte d'importants retards et l'intérêt limité de la procédure dans la pratique quotidienne des hautes juridictions. Malgré ces réactions, la Belgique a signé le

Protocole, vraisemblablement suite à la Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015.

Dans mes publications académiques, j'ai toujours défendu le Protocole n° 16, notamment parce qu'il institutionnalise le dialogue et l'ouvre dans les deux sens avec la possibilité pour les plus hautes juridictions nationales d'exprimer leurs objections à propos de certaine jurisprudence strasbourgeoise et d'indiquer de quelles spécificités et de quels intérêts nationaux il doit être tenu compte, ce qui pourrait inciter la CEDH à revoir sa jurisprudence en la matière ou au moins à élargir la marge d'appréciation. Le renvoi préjudiciel met aussi l'accent sur le rôle du juge national dans le contrôle du respect de la Convention. Enfin, un renvoi peut éviter de nombreuses requêtes répétitives.

6. Je dois vous avouer que mon opinion n'est plus tellement nette, et que je subis l'influence de la grande division entre les partisans et les adversaires du Protocole. Par exemple, lors de la réunion annuelle de la « Heidelberger Gesprächskreis » coordonnée par le Max-Planck-Institut, plusieurs intervenants ont fait état de leurs objections au Protocole n° 16. Leur première objection était que l'ordre juridique risque d'être trop institutionnalisé. Leur seconde objection était une « faute de construction », à savoir l'incompatibilité du renvoi préjudiciel avec la pierre angulaire de la Convention qu'est le droit de recours individuel.

En outre, un intervenant nous a expliqué que la première demande d'avis consultatif de la Cour de cassation française a été inspirée par sa volonté d'échapper à une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel.

Bien que la ratification du Protocole n° 16 soit une compétence du pouvoir exécutif et bien que je ne puisse pas lier ici la Cour constitutionnelle, il me semble raisonnable de demander des garanties afin que le Protocole n° 16 ne puisse pas porter atteinte à l'article 26, § 4, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle réglant le concours des droits fondamentaux. En effet, cette disposition est le résultat d'une longue discussion parlementaire après une consultation des trois hautes juridictions. Le Protocole n° 16 ne peut pas briser la paix judiciaire. Lors de la ratification, on pourrait prévoir une déclaration, parce qu'une réserve est interdite par l'article 9 du Protocole. Un auteur a suggéré une solution en réservant à la Cour constitutionnelle le monopole d'adresser des demandes d'avis consultatifs, lorsqu'il s'agit de normes législatives.