

APPLICABILITÉ DIRECTE ET PRIMAUTÉ DES TRAITÉS INTERNATIONAUX ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE

Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge

PAR

Hervé BRIBOSIA (*)

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPÉEN, FLORENCE

SOMMAIRE

SECTION I^{re}. — APPLICABILITÉ DIRECTE DES TRAITÉS INTERNATIONAUX ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

§ 1^{er}. *Conditions d'applicabilité des traités internationaux et du droit communautaire dans l'ordre juridique belge*

- I. Conditions d'applicabilité interne des traités internationaux
- II. Conditions d'applicabilité interne du droit communautaire

§ 2. *Effets internes des traités internationaux et du droit communautaire applicables dans l'ordre juridique belge*

- I. Définition des effets internes
- II. Fondements des effets internes
- III. Effets internes du droit communautaire

Conclusions de la section I

SECTION II. — PRIMAUTÉ DES TRAITÉS INTERNATIONAUX ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

§ 1^{er}. *Conflit entre les traités ou le droit communautaire et le droit interne non constitutionnel*

- I. Avant l'arrêt *Le Ski* : *Lex posterior derogat legi priori*
 - a) Traités internationaux
 - b) Spécificité du droit communautaire
- II. L'arrêt *Le Ski* consacre la primauté sur la loi en 1971
 - a) Traités internationaux

(*) Mes remerciements vont aux professeurs Y. Lejeune et J. Verhoeven, ainsi qu'à Jean-Louis Van Boxstael et à Emmanuelle Bribosia qui ont eu la gentillesse de lire mon manuscrit et de me faire part de leurs commentaires. Bien entendu, toutes erreurs ou insuffisances ne sont imputables qu'au seul auteur.

b) Spécificité du droit communautaire

III. Après l'arrêt *Le Ski*§ 2. *Conflit entre les traités ou le droit communautaire et la Constitution*

I. Conflit entre les traités internationaux et la Constitution

II. Conflit entre le droit communautaire et la Constitution

§ 3. *Autorité des traités et du droit communautaire devant la Cour d'arbitrage*

I. Autorité des traités internationaux devant la Cour d'arbitrage

II. Autorité du droit communautaire devant la Cour d'arbitrage

Conclusions de la section II

REMARQUES FINALES

1. L'applicabilité directe et la primauté du droit international dans un ordre juridique étatique ont fait l'objet durant ces dernières décennies d'une littérature particulièrement abondante. Cette effervescence s'explique notamment par l'importance fondamentale qu'ont eue ces mécanismes pour le développement du droit communautaire, ainsi que pour assurer l'effectivité de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sans doute faut-il aussi y voir une tentative renouvelée de remettre de l'ordre dans des concepts qui ont parfois été utilisés à tort et à travers, tant par la doctrine que la jurisprudence, aussi bien au niveau national qu'eupéen.

Dans un tel contexte de surabondance, la présente étude se fixe un double objectif précis. Le premier consiste à faire la synthèse systématique de la position de l'ordre juridique belge en la matière, à la lumière du droit international ou communautaire. Cette synthèse est à la fois chronologique et actorielle : elle tente de retracer en parallèle l'évolution de la position de ses différents acteurs institutionnels, à savoir le pouvoir constituant, la doctrine et la jurisprudence. Le second objectif est de soulever des questions plus théoriques relatives aux concepts mêmes d'applicabilité directe et de primauté du droit international conventionnel, ainsi qu'à leur fondement juridique. Plus particulièrement, l'on verra comment ces questions peuvent aider à mieux comprendre de quoi relèvent les notions de monisme et de dualisme juridique, et à opérer une gradation entre ces deux pôles. En outre, une telle réflexion théorique pourrait constituer une grille d'analyse des futurs développements de l'ordre juridique belge, ainsi qu'un paradigme utile à la comparaison d'autres systèmes juridiques, étatiques, international ou communautaire.

2. Il est un autre axe dans la présente étude qui en affecte par ailleurs directement la structure, celui entre le droit international conventionnel et le droit communautaire. Ainsi, pour chaque question traitée, l'on ajoutera

celle de savoir si le droit communautaire présente, du point de vue de l'ordre juridique belge, une quelconque spécificité.

SECTION I^{re}. — APPLICABILITÉ DIRECTE
DES TRAITÉS INTERNATIONAUX ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE
DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

3. Il convient, comme hypothèse de départ, d'opérer une distinction fondamentale entre deux concepts que recouvre simultanément l'expression d'« applicabilité directe ». Dans un premier sens, elle se réfère aux *conditions d'applicabilité* des règles de droit international dans l'ordre juridique belge, et plus particulièrement aux conditions de réception des traités dans l'ordre interne. L'applicabilité est « directe », l'on préférera dire « immédiate » (1), si le droit constitutionnel ne subordonne à aucune formalité particulière l'applicabilité interne d'une règle en vigueur dans l'ordre international. La seconde signification de l'« applicabilité directe » vise les *effets internes* du droit international applicable dans l'ordre juridique belge. Il est de coutume de définir l'applicabilité directe de la norme internationale — nous parlerons aussi de ses « effets directs » — comme sa faculté de créer des droits dont les particuliers peuvent se prévaloir directement devant leurs juridictions nationales, c'est à dire sans que n'en soit nécessaire l'exécution préalable par une autorité publique interne. Nous verrons cependant que la question des effets internes d'une règle internationale mérite bien des nuances et des précisions.

La distinction dont il vient d'être question entre les deux significations de l'applicabilité directe n'est pas que purement conceptuelle. Elle est aussi généralement motivée par la thèse selon laquelle le fondement des conditions d'applicabilité interne — relevant de l'ordre constitutionnel — diffère de celui des effets internes — relevant de l'ordre international — (2). Bien que l'on tentera, au terme de cette première section, de relativiser cette thèse, l'on mettra à profit l'effort conceptuel. Ainsi le paragraphe premier s'attachera-t-il à déterminer les *conditions d'applicabilité* dans l'ordre juridique belge des traités internationaux et du droit des Communautés européennes. À cet égard, l'on prêtera une attention particulière à la nature de la loi d'assentiment des traités. L'objet du second paragraphe portera sur

(1) VERHOEVEN, J., « Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge : certitudes et vraisemblances », in *Hommages à Paul De Visscher*, Paris, Pédone, 1984, p. 14.

(2) VERHOEVEN, J., « La notion d'applicabilité directe du droit international », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, Société belge de droit international, 1980, pp. 249 et 258 (également publié dans la *R.B.D.I.*, 1980); du même auteur, « Applicabilité directe des traités et 'intention des parties contractantes' », in *Liber amicorum E. Krings*, Story-scientia, 1991, notamment pp. 896 et 900.

les *effets internes* du droit international et du droit communautaire applicables dans l'ordre juridique belge (3).

§ 1^{er}. — *Conditions d'applicabilité
des traités internationaux et du droit communautaire
dans l'ordre juridique belge*

I. *Conditions d'applicabilité interne des traités internationaux*

4-5. A l'inverse du droit international commun non écrit — à savoir la coutume et les principes généraux — qui semble faire partie du droit interne sans aucune formalité de réception ou de publicité (4), les traités internationaux ne sont pas immédiatement applicables dans l'ordre juridique belge. Les conditions d'applicabilité interne des traités sont au nombre de trois. La première exige que les traités entrent en vigueur — et sans doute qu'ils y demeurent — dans l'ordre juridique international (5). La publication des traités au *Moniteur Belge* ne constitue une seconde condition de leur application interne que dans la mesure où ils confèrent directement des droits et obligations aux individus (6). Nous ne nous attarderons pas plus longtemps sur ces deux premières conditions. La principale condition d'applicabilité interne vise la « réception » proprement dite des traités dans l'ordre étatique par les lois portant assentiment aux traités.

(3) La présente étude se borne aux effets internes des *normes* (règles générales) du droit international conventionnel et du droit communautaire. Elle laisse de côté la question des effets internes des actes de contrôle — et plus particulièrement des décisions et jugements — émanant des organes prévus par les instruments internationaux. Sur ce sujet, v. VERHOEVEN, J., « A propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », Note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1982, *R.C.J.B.*, 1984/2, p. 275 ; RIGAUX, F., « La jurisprudence belge après l'arrêt Marekx », Note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 1983, *R.C.J.B.*, 1984/4, p. 616.

(4) V. le célèbre arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1906 relatif à l'affaire de la succession de la Reine Marie-Henriette, qui consacre la maxime anglo-saxonne « *International law is part of the law of the land* » (*Pas.*, 1906, I, 95). Sur le sujet, v. DUMON, F., « Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international », in *Le nouveau droit constitutionnel*, Rapports belges au II^e Congrès mondial du droit constitutionnel, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 207 et s., et p. 215.

(5) Plus précisément, J. VERHOEVEN pose comme préalable à l'application interne d'un traité international la vérification par le juge national de son existence (en ce sens, Cass., 19 février 1976, *Lipton*, *Pas.*, 1976, I, 685), de sa validité internationale, et de son caractère autonome, « *self-sufficient* » (VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, pp. 247 à 249). Que la force obligatoire d'un traité dans l'ordre international soit une condition à son application dans l'ordre interne est souvent considéré comme une simple évidence (v. GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Réflexions sur le droit international et la révision de la Constitution », *Mercuriale* prononcée à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 2 septembre 1968, *J.T.*, 1968, p. 489 ; MASQUELIN, J., *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belges*, Bruxelles, Bruylant, 1980, pp. 351 et 352). Telle condition semble toutefois intimement liée à la nature de l'acte d'assentiment, v. *infra* n^o 6 et s..

(6) V. MASQUELIN, *op. cit.*, 1980, pp. 325 et s., spéc. p. 339. VERHOEVEN, *op. cit.*, 1984, p. 35 ; du même auteur, « Jurisprudence belge relative au droit international », *R.B.D.I.*, 1976, p. 647, et *R.B.D.I.*, 1986, p. 340.

Après avoir dressé un rapide état des lieux du contexte constitutionnel belge relatif au partage fédéral de la compétence internationale, nous nous efforcerons d'analyser la nature des lois d'assentiment aux traités internationaux.

6. La Belgique a connu au cours de ces vingt-cinq dernières années de profondes réformes institutionnelles visant à la transformer en un État fédéral. Trois Communautés et trois Régions — dont les champs d'application spatiale se superposent en partie — se sont vues attribuer des compétences matérielles en principe exclusives (7). L'autonomie ainsi conférée aux collectivités fédérées par la redistribution du pouvoir législatif (8) a progressivement été prolongée par le réaménagement de la compétence internationale.

L'article 167 de la Constitution — telle qu'elle a été révisée le 5 mai 1993 (9) et renumérotée le 17 février 1994 (10) — constitue l'aboutissement de ce réaménagement. Dans son § 2, il dispose que « Le Roi conclut les traités, à l'exception de ceux qui portent sur les matières visées au § 3. Ces traités *n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres* ». Le § 3 prévoit que « Les gouvernements de Communauté et de Région (...) concluent, chacun pour ce qui le concerne, les traités portant sur les matières qui relèvent de la compétence de leur Conseil. Ces traités *n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment du Conseil* » (11). Ainsi, le pouvoir constituant a-t-il consacré — tant au niveau de la conclusion des traités que de leur assentiment — le parallélisme entre la répartition des compétences internes et celle des compétences externes. Le principe subit certes des exceptions visant notamment à assurer une certaine cohérence de la politique extérieure de la Belgique (12). En modifiant ainsi expressément pour la première fois depuis 1831 l'ancien article 68 de la Constitution (13),

(7) Sur le sujet, v. BRIBOSIA, H., et VAN BOXSTAEL, J.L., *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, préface par E. CEREXHE, La Chartre, Bruges, 1994.

(8) Les décrets communautaires et régionaux — les ordonnances pour la Région de Bruxelles-capitale — ont « force de loi », p.à.d. qu'ils ont, sur le plan de la hiérarchie des normes, la même autorité que la loi.

(9) *M.B.*, 8 mai 1993, 1^{re} éd. ; v. aussi dans le même numéro la loi spéciale et la loi ordinaire du 5 mai 1993 sur les relations internationales des Communautés et des Régions.

(10) *M.B.*, 17 février 1994, 2^e éd.

(11) V. aussi les articles 127, 128 et 130 de la Constitution, ainsi que l'article 16 § 1 et 2 de la loi spéciale du 8 août 1980 tel que modifié par la loi spéciale du 5 mai 1993. Nous soulignons.

(12) V. principalement les limites imposées par les articles 81, § 1 à 4 et 92bis, § 4ter de la loi spéciale du 8 août 1980 telle que modifiée par la loi spéciale du 5 mai 1993, et adoptées en vertu de l'article 167, § 4 de la Constitution.

(13) L'ancien article 68 disposait notamment : « Le Roi commande les forces de terre et de mer, déclare la guerre, fait les traités de paix, d'alliance et de commerce (...). Les traités de commerce et ceux qui pourraient grever l'État ou lier individuellement les Belges, *n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres* (...) ». Nous soulignons.

l'article 167 apporte une solution simple à plusieurs controverses sur lesquelles il est inutile de nous étendre pour notre propos (14).

7. L'article 167 de la Constitution reprend la formulation apparemment simple dudit article 68 : les lois, décrets et ordonnances portant assentiment aux traités ont pour objet de leur donner *effet* dans l'ordre juridique respectif de l'État fédéral, des Communautés et des Régions. Néanmoins, la nature de la loi d'assentiment a fait (15) — et continue de faire — en Belgique l'objet d'un débat doctrinal technique dont les ambiguïtés n'ont d'égaux que les enjeux relatifs au statut du droit international conventionnel en Belgique. A la réflexion, ce débat doctrinal pourrait se résumer à une question et à une sous question.

8. La question. Les lois, décrets ou ordonnances portant assentiment aux traités internationaux (ci-après la « loi d'assentiment » ou l'« acte d'assentiment ») constituent-ils une condition d'« efficacité *interne* » (16), c'est à dire un acte visant à les rendre exécutoires, obligatoires, ou encore applicables dans l'ordre interne ? Ou s'agit-il d'une condition de constitutionnalité externe relative à la compétence de conclure les traités, et susceptible à ce titre d'affecter leur validité internationale ?

Selon le Procureur général Ganshof van der Meersch, l'assentiment est un « acte de haute tutelle » qui « autorise » ou « permet » au Roi de ratifier les traités et d'engager ainsi définitivement la Belgique sur le plan international (17). L'acte d'assentiment serait donc une formalité habilitante assimilable à une règle de compétence interne relative à la conclusion des traités dont la violation affecterait leur validité internationale. Dans une telle perspective, la validité internationale d'un traité — notamment subordonnée à l'assentiment parlementaire — constituerait une condition suffisante à son applicabilité interne (18). C'est du moins cette interprétation que le

(14) Premièrement, l'article 167 place les Régions et les Communautés sur un pied d'égalité en leur conférant un *treaty making power* qui avait été auparavant l'objet de diverses contestations. Deuxièmement, il établit que tous les traités, sans exception, doivent recueillir l'assentiment d'une assemblée pour pouvoir déployer des effets dans l'ordre interne. Il supprime ainsi les problèmes liés à la qualification des traités soumis à l'assentiment rentrant dans le champs de l'ancien article 68. Troisièmement, les articles 75, alinéa 3 et 77, 6° nouveau de la Constitution se réfèrent aux « lois portant assentiment », ce qui semble confirmer que l'assentiment ne peut prendre d'autre forme que celle d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance. V. sur le sujet LEJEUNE, Y., « § 2. — La conduite des relations internationales », in *La Belgique fédérale*, Bruylant, Bruxelles, 1994, pp. 313 et s.

(15) V. notamment DEHOUSSE, F., *La ratification des traités. Essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Recueil Sirey, Paris, 1935, spéc. pp. 134 à 150.

(16) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 250 ; La doctrine parle parfois de validité interne au sens large.

(17) *Op. cit.*, 1968, pp. 489 et 490 ; V. aussi ses conclusions préalables à l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, *Pas.*, I, 1971, pp. 894 et s.

(18) Ainsi le Procureur général affirme-t-il que « (...) la ratification (...) sera l'acte ultime qui donnera effet au traité, non seulement dans l'ordre international mais aussi dans l'ordre interne (...). La force obligatoire du traité en droit interne est lié à son entrée en vigueur en droit international » (*op. cit.*, 1968, p. 489).

professeur M. Waelbroek a retenue en la qualifiant de « résolument moniste » (19), et que par ailleurs, du moins dans une certaine mesure, il paraît avoir approuvée (20). Telle interprétation aboutirait toutefois, de nos jours, à ce qu'un traité, en vigueur dans l'ordre international mais n'ayant pas reçu l'assentiment parlementaire, déploie néanmoins ses effets dans l'ordre interne au motif que telle formalité habilitante ne constitue pas, aux yeux de l'ordre international, une violation manifeste des règles internes relatives à la conclusion des traités au sens des articles 27 et 46 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 (21).

A vrai dire, le Procureur général ne semble pas voir dans la loi d'assentiment uniquement une des « conditions extrinsèques mises par la Constitution (...) à la conclusion des traités » (22) ; il y verrait aussi, cumulativement semble-t-il, « un ordre d'exécution du traité, qui aura, en principe, pour effet de faire sortir à celui-ci ses effets » (23). Sans doute cette confusion provient-elle du fait qu'en toute hypothèse, le défaut d'assentiment parlementaire aux traités aurait empêché qu'ils ne puissent déployer leurs effets dans l'ordre interne. Il n'en reste pas moins que les deux conceptions ont trouvé leurs défenseurs (24), sans par ailleurs toujours en voir les enjeux (25).

Quoi qu'il en soit, la pratique diplomatique belge a penché en faveur de la thèse ne voyant dans l'assentiment qu'une condition d'efficacité interne. Elle rejette ainsi la conception de l'autorisation préalable susceptible d'affecter tant la constitutionnalité externe que la validité internationale des traités (26). Elle s'est néanmoins donné pour règle de ne pas ratifier un

(19) « ... La force obligatoire interne n'est pas rattachée à l'assentiment, mais à l'entrée en vigueur internationale qui, elle, dépend de l'assentiment. » (Waelbroek, M., « Considérations sur le rôle du juge belge face au droit international », *Rivista di diritto internazionale*, 1973, p. 513). Dans ce sens, v. aussi DEHOUSSE, F., *op. cit.*, 1935, pp. 134 à 142.

(20) Waelbroek, M., « Les effets internes des obligations imposées à l'État », *Miscellanea Ganshof van der Meersch*, 1972, p. 573, spéc. pp. 576 et 577.

(21) Approuvée par la loi du 10 juin 1992 (publiée au *M.B.* du 25 décembre 1993) et ratifiée par la Belgique le 1^{er} septembre 1992 ; v. le commentaire de VERHOEVEN, J., « Droit des traités, réserves et ordre public (*Ius cogens*) », *J.T.*, 1994, p. 765.

(22) GANSHOF VAN DER MEERSCH, citant H. ROLIN, *op. cit.*, 1968, p. 490.

(23) Plus loin il pose d'ailleurs la question suivante : « L'assentiment n'est-il qu'un acte qui doit donner force obligatoire au traité dans l'ordre interne ? Ou, étant une autorisation donnée au Roi de lier définitivement la Belgique par la ratification, tient-il aussi en suspens la validité internationale du traité ? » (*op. cit.*, 1968, p. 489).

(24) Sur les acteurs de cette controverse, v. les références citées par M. Waelbroek, *op. cit.*, 1973, p. 505.

(25) La sanction du défaut d'assentiment considéré comme une condition de constitutionnalité externe relative à la compétence de conclure les traités ne va pas de soi car elle implique que l'on puisse « détacher » de la ratification — acte international bi/multilatéral — un acte unilatéral du Roi sanctionnable par un juge belge. Comp. cependant avec l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 4 avril 1959 (*J.T.*, 1959, p. 582) cité et commenté par ERGEC, R., « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve de pouvoir discrétionnaire », *R.D.I.D.C.*, 1986, pp. 111 à 113.

(26) En ce sens, VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 250 ; ERGEC, *op. cit.*, *R.D.I.D.C.*, 1986, p. 111, note infrapaginale n° 124 ; LEJEUNE, *op. cit.*, 1994, p. 320.

traité avant de recevoir l'assentiment parlementaire afin d'éviter toute discordance entre l'ordre interne et l'ordre international (27).

9. La sous question. Si l'on accepte qu'en toute hypothèse l'acte d'assentiment aux traités constitue au moins une condition de leur efficacité interne, encore faut-il savoir quelle est la nature exacte de cet acte. S'il est vrai que l'idée même d'une formalité constitutionnelle déterminant l'applicabilité interne d'une règle internationale implique déjà une conception dualiste des ordres juridiques, la nature de cette formalité ne manque pas de renforcer ou d'assouplir ce dualisme. Elle se répercute en effet, on le verra, tant sur la nature que sur l'autorité de la norme conventionnelle internationale rendue applicable dans l'ordre juridique interne.

La loi d'assentiment consiste-t-elle, de par son origine organique, en une loi purement *formelle* dont la fonction se résumerait à « ouvrir la porte » de l'ordre juridique interne afin d'y introduire le traité et de l'y appliquer en tant que tel, c'est à dire en gardant sa nature de norme internationale ? Ou au contraire faut-il considérer cette loi comme une loi *matérielle* qui incorpore le contenu normatif du traité, de sorte que celui-ci s'applique dans l'ordre juridique interne en tant que loi belge ?

10. La jurisprudence de la Cour de Cassation n'a pas toujours été des plus cohérentes en la matière (28). L'on a pu dénoter une « consonance dualiste » (29) dans certains de ses arrêts selon lesquels une convention devenait par l'approbation législative un acte « équipollent à une loi » (30).

Dans sa mercuriale de 1968, le Procureur général Ganshof van der Meersch semblait avoir mis fin aux controverses en déniaut à la loi d'assentiment le caractère d'une loi matérielle. Il y démontre que « *C'est le traité*

(27) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1968, p. 490 ; WAELBROEK, *op. cit.*, 1973, p. 506.

(28) La Cour a refusé à plusieurs reprises de voir dans la loi d'assentiment une loi matérielle ayant un caractère normatif (V. la jurisprudence citée par MASQUELIN, J., *op. cit.*, 1980, p. 233). En revanche, elle impose, lors des pourvois formés à l'encontre d'une violation d'un traité, d'y indiquer la loi d'assentiment correspondante (V. la jurisprudence citée par MASQUELIN, J., *op. cit.*, 1980, p. 532). On a pu en conclure que la Cour refusait de voir le traité comme une règle matérielle faisant partie de l'ordre interne, et partant, considérait comme une règle matérielle la loi d'assentiment elle-même (MASQUELIN, *op. cit.*, 1980, p. 533). Dans sa mercuriale de 1968, le Procureur général Ganshof van der Meersch affirme que l'obligation de mentionner la loi d'assentiment ne se justifie que « si elle est dictée par la considération que la 'loi' indiquée comme violée ne peut-être qu'une loi en vigueur. (...) ce n'est pas au titre de 'loi violée' que l'acte d'assentiment doit être indiqué. L'acte équivalent à la loi, c'est le traité et non l'acte d'assentiment au traité » (*op. cit.*, 1968, p. 491).

(29) DE VISSCHER, P., « La Constitution belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1966, p. 28.

(30) Arrêt du 27 novembre 1950, *Pas.*, I, 185. V. aussi les conclusions du ministère public avant Cass., 25 novembre 1955, *Pas.*, I, 289. La reconnaissance d'équipollence entre le traité et la loi avait pour but principal de conférer une autorité hiérarchique au premier dans l'ordre juridique belge. L'on a toutefois aussi pu croire que la Cour considérait comme équipollent à la loi, non le traité en tant que tel, mais plutôt la loi d'assentiment qui se serait en quelque sorte « approprié » le traité. L'on verra dans la seconde section comment le principe même de l'équipollence entre la loi et le traité approuvé a été remis en question (*infra*, n° 34.)

lui même qui est le siège des normes et non point l'acte d'assentiment » (31). Selon lui, l'acte d'assentiment n'est pas une loi, ni du point de vue matériel, ni même au point de vue de sa forme ou de ses effets. Le Procureur général paraît fonder son raisonnement sur le fait que la fonction de faire les traités appartient au Roi (32). C'est lui qui détient le *ius tractati* et qui a le loisir de ne pas ratifier un traité préalablement approuvé. De même, seul le Roi peut dénoncer les traités, sans devoir requérir l'approbation des Chambres, alors même qu'ils auraient déployé leurs effets dans l'ordre juridique belge. Dans cette perspective, le traité n'entre pas en vigueur dans l'ordre interne par le seul fait que la loi d'approbation a été sanctionnée, promulguée et publiée, comme c'est le cas pour les autres lois. De même ne peut-il cesser d'y être en vigueur par un acte du législateur (33).

11. Si, pendant plusieurs années, la jurisprudence des Cours et tribunaux et la doctrine se sont ralliées aux thèses du Procureur général, celles-ci ont été ébranlées par certains auteurs (34), et surtout, par un aspect de la compétence de la Cour d'arbitrage déterminé par le législateur lui-même.

La Cour d'arbitrage est une Cour constitutionnelle à « vocation limitée », créée en 1983 pour faire respecter le partage de la compétence législative entre les législateurs fédéral, communautaires et régionaux. A cette fin, elle statue par voie d'arrêt — lors de recours en annulation ou à titre préjudiciel — sur la violation, par une loi, un décret ou une ordonnance, des règles répartitrices des compétences respectives du législateur fédéral et des différents législateurs fédérés. Depuis 1989, elle est également compétente pour connaître de la violation, par les différentes règles de valeur législative, du

(31) *Op. cit.*, 1968, pp. 487 et s. MÜLLS écrivait déjà en 1934 « pas plus que le traité approuvé par les Chambres ne constitue une loi, pas plus le traité non soumis à l'approbation des Chambres ne peut être assimilé à un arrêté royal », *Le traité international et la Constitution belge*, Bruxelles, 1934, p. 31 (également publié dans *R.D.I.L.C.*, 1934, n° 3) ; « (...) les tribunaux (...) n'appliquent pas la loi approbative, mais le traité lui-même (...) », p. 39. Ganshof van der Meersch rappelle également que certains traités ne devaient pas — sous l'empire de l'ancien article 68 de la Constitution — être approuvés pour sortir leurs effets dans l'ordre interne (*op. cit.* 1968, p. 491).

(32) *Op. cit.*, 1968, p. 488.

(33) En outre, le Procureur général faisait remarquer que la loi d'assentiment n'a pas exactement le même effet que la loi dans le temps puisque le traité approuvé ne peut que suspendre les effets de la loi matérielle interne sans pouvoir l'abroger. Enfin, pour ce qui relève de la forme de la loi d'assentiment, il soutenait que l'assentiment au traité ne devait pas nécessairement se traduire par une loi, et qu'une simple résolution des Chambres aurait suffi à approuver le traité. De même, la procédure d'adoption des lois d'approbation connaîtrait des particularités (*contra MASQUELIN, op. cit.*, 1980, p. 233).

(34) Parmi les auteurs réticents à ne voir dans la loi d'assentiment qu'une loi formelle, l'on peut relever MASQUELIN, J. (*op. cit.*, 1980, p. 234). L'auteur assimile l'approbation législative à « un procédé de législation indirecte par lequel le législateur fait sien un acte dont il n'est pas l'auteur ». L'auteur compare également l'approbation législative des traités au procédé de ratification législative des arrêtés de pouvoirs spéciaux. R. ERCEC montre — justement selon nous — que cette assimilation n'est pas relevante car le Roi détient les pouvoirs spéciaux d'une loi d'habilitation alors qu'il tire son *treaty making power* directement de la Constitution, (« La Cour d'arbitrage et l'assentiment aux traités internationaux », in *Mélanges Vander Elst*, Bruxelles, 1986, Éditions Némésis).

principe d'égalité (articles 10 et 11 de la Constitution) et des règles constitutionnelles relatives à l'enseignement (article 24 de la Constitution) (35). Ce qui intéresse notre propos, c'est que la Cour constitutionnelle se voit également reconnaître la compétence de sanctionner la validité, dans les limites de ses attributions, des lois, décrets et ordonnances *par lesquels un traité reçoit l'assentiment* (36). Comment dès lors expliquer que la Cour puisse être compétente pour contrôler la constitutionnalité matérielle (c'est à dire, du contenu normatif) d'une loi d'assentiment si ce n'est en considérant cette dernière précisément comme une règle matérielle ? Comment expliquer que l'inconstitutionnalité matérielle d'un traité puisse rejaillir sur l'acte d'assentiment sans que ce dernier n'en ait incorporé le contenu normatif ? Une réponse a été proposée suite au premier arrêt de la Cour mettant en œuvre sa compétence de contrôler la constitutionnalité des lois d'assentiment (37) : la loi d'assentiment correspondrait à une « décision individuelle » consentant à introduire en droit belge le traité dont elle « s'approprierait » l'inconstitutionnalité éventuelle (38). Cette solution technique semble, il est vrai, la seule qui puisse concilier la formulation de la compétence de la Cour d'arbitrage avec les thèses du Procureur général Ganshof van der Meersch auxquelles la doctrine et la jurisprudence se sont majoritairement ralliées.

II. Conditions d'application interne du droit communautaire

12. S'il est fait un titre à part pour les conditions d'application du droit communautaire, ce n'est pas pour relever une particularité quelconque des traités communautaires : ceux-ci sont rendus applicables dans l'ordre interne de la même manière que n'importe quel autre traité international. A dire vrai, le droit communautaire dérivé ne paraît pas non plus présenter beaucoup de spécificité à cet égard. Le problème de l'immédiateté d'application — c'est à dire, répétons le, sans aucune formalité de réception — du droit dérivé des Communautés européennes, et plus généralement des organisations internationales, n'est pas beaucoup traité par la doctrine belge, ni toujours très clairement (39).

(35) Articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage (*M.B.*, 7 janvier 1989) qui remplace la loi du 28 juin 1983, adoptée sur la base de l'article 142 (anciennement 107^{ter}) de la Constitution.

(36) Article 3, § 2, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage. Nous soulignons.

(37) Arrêt du 16 octobre 1991, n° 26/91. Plus récemment, v. les arrêts du 3 février 1994, n° 12/94, et du 26 avril 1994, n° 33/94. L'on reviendra plus longuement dans la seconde section sur ces arrêts dont on devine les implications sur le conflit entre le traité et la Constitution.

(38) BROUWERS, Ph., et LEJEUNE, Y., « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, p. 673. Comp. avec DUMON qui parle de « décision approbative » *op. cit.*, 1987, p. 214.

(39) Ainsi J. MASQUELIN posait le principe selon lequel les actes de droit dérivé d'une organisation internationale devaient être approuvés par les Chambres chaque fois que ceux-ci rencontraient les critères définis à l'ancien article 68 alinéa 2 de la Constitution (MASQUELIN, *op. cit.*,

13. Les conditions d'applicabilité interne du droit communautaire dérivé sont régies par les traités eux-mêmes. Les juridictions belges, pas plus que celles d'autres États, n'ont remis en cause la jurisprudence de la Cour de justice tendant à affirmer le principe général d'applicabilité immédiate du droit dérivé, généralisant ainsi la portée de l'article 189 al. 2 du traité C.E. qui prévoit expressément l'applicabilité « directe » des seuls règlements.

Encore convient-il de dire un mot sur les directives, qui s'adressent aux États. L'on a pu se demander si la compétence qui leur est réservée « quant à la forme et aux moyens » (art. 189 al. 3 du traité CE) correspondait à une compétence d'exécution de la règle communautaire par ailleurs immédiatement applicable dans leur ordre interne, ou si elle correspondait à un pouvoir — et même un devoir — d'introduction de la directive par et dans l'ordre étatique. Selon K. Lenaerts, les directives ne deviennent applicables (*binding as such*) dans l'ordre juridique interne — à l'instar des traités — qu'après leur *formal incorporation* dans l'ordre interne (40). L'on peut toutefois douter que telle soit la position actuelle de la Cour de justice, même s'il est vrai que sa jurisprudence relative à l'exécution des directives n'est pas toujours dénuée d'ambiguïtés (41).

Quoiqu'il en soit, le Conseil d'État a implicitement reconnu l'immédiateté d'application des directives — du moins après l'expiration des délais de transposition — lorsqu'il donna effet à une directive non encore transposée en annulant un arrêté ministériel d'expulsion qui lui était contraire (42). De même, la Cour d'arbitrage n'a pas hésité dans plusieurs arrêts à se référer — par le biais du principe constitutionnel d'égalité (43) — à des directives européennes non encore transposées par et dans l'ordre interne (44).

1980, p. 31.). Comp. avec J. VERHOEVEN selon qui l'assentiment donné à un traité constitutif d'une organisation internationale emporte la présomption de l'approbation anticipée des actes que celle-ci est habilitée à adopter (VERHOEVEN, *op. cit.*, 1984, p. 36.). D'autres auteurs fondent l'immédiateté d'application de tels actes dans l'article 34 (anciennement 25bis) de la Constitution aux termes duquel « L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international public » (LENAERTS, K., « The Application of Community Law in Belgium », *C.M.L.B.*, 1986, p. 260).

(40) V. LENAERTS, *op. cit.*, 1986, p. 261. Comp. avec M. WAELEBROEK selon qui l'expiration du délai imposé par la directive pour la transposer la rend applicable dans l'ordre interne (*op. cit.*, 1972, p. 580).

(41) V. par exemple son arrêt du 6 mai 1980 (*Commission c. Belgique*, aff. n° 102/79, *Rec.* p. 1473) interprété par K. LENAERTS comme exigeant une *formal reception* des directives, qui ne bénéficient donc pas de l'immédiateté d'application (*direct applicability*, dans le vocabulaire de K. LENAERTS), *op. cit.*, 1986, pp. 263 à 265. Sur cet arrêt, v. aussi *infra*, n° 26.

(42) Arrêt du Conseil d'État du 7 octobre 1968, *Corveleyn*, publié au *J.T.*, 1969, note VERHOEVEN, J.. Sur les effets internes de cette directive, v. *infra*, n° 27.

(43) Sur la compétence de la Cour d'arbitrage par rapport au droit international et communautaire v. *infra*, n°s 48 et s. ; n°s 57 et s.

(44) C.A., arrêts du 2 février 1995, n°s 7/95, 8/95 et 10/95 (écotaxes).

§ 2. — *Effets internes des traités internationaux
et du droit communautaire
applicables dans l'ordre juridique belge*

14. Le présent paragraphe a pour objet d'analyser les effets internes que peuvent produire les dispositions de droit international conventionnel rendues applicables par et dans l'ordre juridique belge, ainsi que le droit communautaire dérivé immédiatement applicable. La matière a abondamment été étudiée par la doctrine belge. Les problèmes qu'elle continue de susciter aujourd'hui touchent aux concepts mêmes d'« effets directs » et d'« effets internes » des traités internationaux. Aussi commencera-t-on par une tentative de *définition* des effets internes, directs et « indirects », des traités applicables dans l'ordre juridique belge (I). En réalité, c'est le problème du *fondement* de ces effets qui pose des questions d'autant plus délicates qu'elles sont liées au problème de définition, et dont les enjeux ne sont pas que purement théoriques (II). L'on terminera par l'examen de l'éventuelle spécificité du droit communautaire en la matière (III).

I. *Définition des effets internes*

15-16. Au *sens restreint*, mais aussi le plus courant, l'*effet direct* d'une norme de droit international se définit comme son aptitude « à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution, des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État où cette règle est en vigueur » (45). Les juridictions belges se sont depuis longtemps déclarées compétentes pour décider que des traités affectent directement les droits et obligations des individus et les appliquer aux litiges dont elles étaient saisies. Elles n'ont à cet égard pas attendu l'avis de la Cour permanente de justice internationale du 3 mars 1928 dans l'affaire du statut des fonctionnaires de la ville libre du Dantzig, ni les développements de la jurisprudence de la Cour de justice (46). L'on ne veut ici passer en revue la très copieuse jurisprudence belge consacrant les effets directs ainsi définis, et qui s'est principalement développée lors de l'application judiciaire de divers instruments internationaux consacrés aux droits fondamentaux (47) et du droit communautaire.

(45) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 243.

(46) Ainsi F. MUÛLS rapporte dans un livre édité en 1934 plusieurs cas dans lesquels les tribunaux ont appliqué au profit ou au dépend des particuliers des dispositions de traités internationaux, par exemple du Traité de Versailles issu de la première guerre mondiale (Cass., 8 janvier 1925, *Ossram, J.T.*, 1925, p. 52), ou encore d'une convention pour la protection de la propriété industrielle, et d'une manière générale « toutes les conventions relatives à l'unification des législations en certaines matières, c'est à dire des traités-lois qui ont pour but direct les modifications des droits civils (...) », telles celles concernant les privilèges et hypothèques maritimes (MUÛLS, *op. cit.*, 1934, pp. 31 à 39, spéc. pp. 31, 32 et 34).

(47) V. notamment VELU, J., « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, S.B.D.I., Collection de

Une version plus générale de cette conception restreinte de l'applicabilité directe ne distingue pas parmi les sujets de droit de l'ordre interne entre les personnes privées et les autorités publiques, ni entre les droits et les obligations issus de la règle internationale. Il importe seulement que ces sujets de droit puissent — sans que ne soit nécessaire l'exécution de la règle internationale par une norme générale dans l'ordre interne — se prévaloir des premiers ou subir les secondes devant une autorité publique juridictionnelle, voire administrative, pourvu que cette autorité prenne des décisions individuelles (48).

L'on utilisera l'expression d'applicabilité directe *subjective* ou d'effets directs *subjectifs* pour se référer à cette conception restreinte, plus ou moins complète, de l'applicabilité directe qui cumule les critères d'application individuelle et d'application sans exécution interne préalable.

17. Pour certains, les *effets internes* des traités internationaux applicables en Belgique se résument à leurs effets directs subjectifs. C'est la conception étroite des effets internes (49). Les traités qui ne peuvent atteindre les sujets de droit qu'après avoir été exécutés sur le plan interne n'y produiraient aucun effet juridique. Autrement dit, les traités qui obligent les États à mettre leur législation en concordance avec les dispositions de ceux-ci, de transposer de telles dispositions dans l'ordre interne, de régler une matière en respectant certains principes, ou encore d'adopter des mesures complémentaires d'exécution proprement dites (50), ne produiraient d'obligations que dans l'ordre juridique international, et sanctionnables uniquement dans cet ordre. Les dispositions internationales non directement applicables « subjectivement » seraient donc tout simplement inapplicables dans l'ordre interne nonobstant l'acte interne de réception.

Pareille conception des effets internes des traités se limitant à leurs dispositions *self-executing* (effets directs subjectifs) semble celle que proposa dès 1963 le Procureur général près la Cour de cassation Hayoit de Termicourt (51). Elle fut retenue une année plus tard tant par la Cour de Cassa-

droit international, 1980, pp. 293 et s. (version intégrale publiée sous le même titre dans la collection « Prolegomena », Swinnen, Bruxelles, 1981) ; BOSSUYT, M., « The direct applicability of international instruments on human rights », in *L'effet direct en droit belge ...*, *ibidem*, 1980, pp. 325 et s. ; LAMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruxelles, 1987. V. aussi la jurisprudence plus récente citée par LEROY, M., « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges » Observations sous C.E., 6 sept. 1989, n° 32.989, *R.T.D.E.*, 1990, p. 195, ainsi que la jurisprudence rapportée par VERHOEVEN, J., et LHOEST, O., « Jurisprudence belge relative au droit international public », *R.B.D.I.*, 1992/2, p. 605.

(48) Comp. VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, pp. 243 à 246.

(49) En ce sens, MASQUELIN, *op. cit.*, 1980, particulièrement pp. 390 à 400, et 473 ; LEJEUNE, *op. cit.*, 1994, p. 320. V. la doctrine citée par WAELEBROEK, M., « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux » (note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1983), *R.C.J.B.*, 1985, p. 33.

(50) Sur la notion d'exécution normative des traités, v. MASQUELIN, *op. cit.*, 1980, pp. 473 et s.

(51) HAYOIT DE TERMICOURT, R., « Le conflit 'traité-loi interne' », *J.T.*, 1963, p. 483.

tion (52) que par le Conseil d'État (53). Enfin, la Cour de cassation la consacrera dans son célèbre arrêt *Le Ski* (54), puis la confirmera dans plusieurs arrêts (55), même si ce n'est souvent que de manière implicite.

18. Cette conception étroite des effets internes des traités semble actuellement remise en question par certaines décisions juridictionnelles, influencées par une doctrine devenue majoritaire, qui dégagent une conception large des effets internes. L'on prendra garde aux termes employés pour se référer à cette conception : les tenants de la définition restreinte des effets directs désigneront par là des phénomènes d'application de dispositions non directement applicables, qui auraient des effets non directs, ou encore « indirects » ; d'autres n'hésiteront pas à se référer à une conception large de l'applicabilité directe des traités qui se démarque de la conception restreinte en ce qu'elle ne retient pas le critère d'application — subjective — individuelle : un traité est directement applicable si et seulement si son applicabilité interne n'est pas suspendue à son exécution interne (56).

Ainsi, la doctrine actuelle considère-t-elle que la disposition d'un traité obligeant d'une manière ou d'une autre l'État belge à exercer sa compétence normative interne constituerait — pour peu qu'elle ait été rendue applicable dans l'ordre juridique belge — une source de légalité interne. Sans nécessairement pour autant conférer d'elle-même aux particuliers des droits dont ils pourraient directement se prévaloir devant les autorités nationales, ni la possibilité de contraindre les organes de l'État à respecter ses obligations internationales, pareille disposition ferait partie de la légalité objective (57). Les individus pourraient à ce titre, dans le cadre de procédures appropriées, requérir le refus d'application, voire l'annulation de la règle étatique qui ne serait pas conforme à ladite disposition du traité (58). Ils pourraient également intenter une action en réparation du dommage

(52) Arrêt du 13 avril 1964, *Ananou, Pas.*, 1964, I, 849.

(53) L'arrêt du Conseil d'État du 13 mars 1964, (*Lippens*, n° 10.501), déclare irrecevable le recours introduit contre un arrêté ministériel conforme à la loi sur la chasse, mais contraire à la convention de Paris du 18 octobre 1950 pour la protection des oiseaux ne contenant pas de dispositions de droit directement applicables. Dans le même sens, v. les références à des avis de Conseil d'État, citées par MASQUELIN, J., *op. cit.*, 1980, p. 399. Plus récemment, v. aussi l'arrêt du 12 avril 1989, *Group. unions prof. belges médecins spéc.*, n° 32.346, *A.P.M.*, 1989, p. 58.

(54) V. *infra*, n°s 36 et s.

(55) V. par exemple les arrêts du 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1122 ; du 6 mars 1986, *ibid.*, 1986, I, p. 853 ; et du 20 décembre 1990, *ibid.*, 1991, I, p. 392.

(56) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 244.

(57) VERHOEVEN, J., note sous Conseil d'État, arrêt du 7 octobre 1968, *Corveleyn, J.T.*, 1969, pp. 697 à 699 ; du même auteur, *op. cit.*, 1992, p. 904, et *op. cit.*, 1980, p. 264. LEROY, *op. cit.*, 1990, p. 197 et 198. WAELEBROEK, M., « Le juge belge devant le droit international et le droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1965/2, pp. 356 et s. ; du même auteur, *op. cit.* 1972, pp. 574 et s., et *op. cit.*, 1985, pp. 33 et 34. COPPENS, Ph., Observations sous C.E., 10 novembre 1989, *J.T.*, 1990, p. 611. SALMON, J., « Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation », *J.T.*, 1971, p. 535. ERGEC, *op. cit.*, *R.D.I.D.C.*, 1986, p. 104, et spéc. les références citées en note *infrap.* n°s 111 et 112.

(58) M. WAELEBROEK envisage également que la mesure interne — dont l'illégalité pourrait être constatée pour contrariété à un traité — puisse être d'origine privée, *op. cit.*, 1985, p. 34.

causé par la violation par une autorité publique de la légalité objective (59). Partant, l'applicabilité directe au sens large comprend, outre les effets directs subjectifs, des effets directs que l'on peut qualifier d'*objectifs*.

L'on ne s'étonnera donc point que — dans des affaires qui impliquaient comme règle de référence l'article 13, 2 du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en matière d'accès à l'enseignement — ce soit le Conseil d'État (60), et plus récemment la Cour d'arbitrage (61), juridictions de contentieux objectif par excellence, qui aient révisé leur jurisprudence en emboîtant le pas de la doctrine. A vrai dire, la reconnaissance d'effets directs objectifs par la Cour d'arbitrage à une convention internationale est en soi remarquable, voire excessive : l'on aurait en effet pu comprendre que la Cour continue de se confiner aux effets directs subjectifs de leurs dispositions puisque la référence à ces dernières ne peut s'opérer qu'à travers le prisme du principe constitutionnel d'égalité des *droits et libertés reconnus aux individus* (62). Quant aux Cours et tribunaux de l'ordre judiciaire, si le contentieux qui leur est assigné est pour l'essentiel de type subjectif, il n'en reste pas moins qu'ils sont aussi susceptibles de reconnaître des effets directs objectifs aux conventions internationales par le biais de l'exception d'illégalité (63) (voire du contentieux de la responsabilité). La Cour de cassation semble toutefois s'être prononcée récemment en sens contraire dans une affaire qui impliquait aussi l'article 13, 2 cité plus haut (64).

19. Avant de passer au problème du fondement des effets internes, il convient de nuancer l'assimilation que l'on a faite jusqu'à présent entre les effets internes des traités et leurs effets directs définis au sens strict ou au

(59) ERGEC, *op. cit.*, R.D.I.D.C., 1986, p. 104.

(60) « ... que la question ainsi posée n'est pas de savoir si le pacte (...) a conféré aux particuliers des droits subjectifs dont ils pourraient se prévaloir devant les tribunaux, mais de vérifier si la législation belge est compatible avec l'objectif inscrit dans la règle claire et précise de l'article 13, 2, a) du pacte (gratuité de l'enseignement primaire) » (arrêts du 6 septembre 1989, n° 32.989 et 32.990, R.A.C.E., 1989, pp. 66 et 71).

(61) « L'article 13, 2, b) et c) du pacte (relatif à l'enseignement secondaire et supérieur) (...) n'a pas d'effets directs dans l'ordre juridique interne, et, en soi, ne fait pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement autre que primaire. Ces dispositions s'opposent toutefois, tout comme le litera a du même article, à ce que la Belgique, après l'entrée en vigueur du pacte à son égard, prenne des mesures qui iraient à l'encontre de l'objectif de gratuité qui doit être immédiatement atteint en ce qui concerne l'enseignement primaire et progressivement instauré en ce qui concerne les enseignements secondaire et supérieur » (arrêt du 19 mai 1994, n° 40/94, A.P.M., juin 1994, p. 109 ; dans le même sens, v. aussi l'arrêt du 7 mai 1992, n° 33/92, B.4.1.).

(62) Sur la compétence de la Cour d'arbitrage par rapport au droit international et communautaire v. *infra*, n°s 48 et s. ; n°s 57 et s.

(63) Soit en se fondant sur l'article 159 de la Constitution pour écarter les actes administratifs, soit par extension de la jurisprudence *Le Ski* pour écarter les lois, voire la Constitution. V. *infra* n°s 36 et s.

(64) Arrêt de la Cour de cassation du 20 décembre 1990, *Najimi, Pas.*, 1991, I, p. 392. *Contra* l'arrêt atypique du 16 février 1970, où la Cour semble avoir reconnu des effets directs *objectifs* à une convention relative au statut des réfugiés (*Pas.*, 1970, I, p. 533). Comp. avec la jurisprudence citée par ERGEC, R., *op. cit.*, R.D.I.D.C., 1986, p. 106, note n° 112.

sens large. En effet, une règle de droit international conventionnel non directement applicable est susceptible d'être « prise en considération » lors de l'application et l'interprétation d'une règle interne (65), ou encore pour résoudre des questions préjudicielles nécessaires à la solution d'un litige (66).

II. *Fondements des effets internes*

20. Dans l'affaire de la compétence des tribunaux de Dantzig, la Cour permanente de justice internationale a affirmé que « l'intention des Parties » au traité était « décisive » pour pouvoir déterminer si celui-ci contenait des règles « créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux » (67). La volonté des parties contractantes est la condition nécessaire et suffisante pour juger du caractère directement applicable des traités (68). Tel semble du moins le point de vue de l'ordre juridique international, et plus particulièrement de l'ordre juridique communautaire et de celui de la convention européenne des droits de l'homme (69). Ce n'est pas nécessairement celui des ordres étatiques.

Le problème du fondement des effets internes des traités est rendu difficile pour deux raisons supplémentaires. Premièrement, la question posée à l'ordre juridique belge ne se résume pas seulement à déterminer l'ordre juridique — *interne* ou *international* — de fondement des effets internes des traités. Il doit en outre décider si cet ordre juridique se satisfait d'un critère *objectif* — se basant sur la clarté et la précision de la règle en cause —, ou impose un critère *subjectif* — se basant sur la volonté des parties contractantes, voire celle des autorités étatiques contribuant à la conclusion et à la réception des traités —. Deuxièmement, les difficultés rencontrées lors de la définition des effets internes, particulièrement la distinction entre les effets directs subjectifs et objectifs, semblent pour certains se répercuter sur la question de leur fondement.

21. Dans l'ordre juridique belge, la conception classique tant doctrinale (70) que jurisprudentielle (71) du fondement des effets directs des

(65) VERHOEVEN, J., « Jurisprudence belge relative au droit international », *R.B.D.I.*, 1978-79, p. 726 ; du même auteur, *op. cit.*, 1984, p. 48, et *op. cit.*, 1969, p. 699. V. aussi l'arrêt du Conseil d'État du 8 mai 1958, n° 6220, *Pas.*, 1959, IV, 71.

(66) DE VISSCHER, P., « Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution des traités », *R.B.D.I.*, 1965, p. 137 ; ERGEC, *op. cit.*, *R.D.I.D.C.*, 1986, p. 102

(67) *Publications*, Série B, n° 15, p. 18.

(68) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 259. V. aussi MASQUELIN, *op. cit.*, 1980, p. 400 ; GANSHOFF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1980, p. 349 ; WAELEBROEK, *op. cit.*, 1985, p. 37.

(69) VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1992, p. 900.

(70) V. MUÏLS citant un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles de 1875 (*op. cit.*, 1934, pp. 33, 34 et 37) ; VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, pp. 256 et s., spéc. références. citées note *infrap.* nos 22 et 23 ; du même auteur, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, pp. 809 et s. ; LEROY, *op. cit.*, 1990, p. 196, et réf. citées.

(71) V. par exemple l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1983 qui déclare « que la notion d' applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'État qui l'a conclu implique que

traités est conforme à celle de l'ordre juridique international : ceux-ci doivent être recherchés dans la volonté des parties contractantes (*fondement « subjectif » international*). Dans cette perspective, le caractère *self-sufficient* des dispositions — à savoir leur caractère suffisamment clair, précis et complet (72) — constitue certes une condition nécessaire, mais insuffisante à leur applicabilité directe. Encore faut-il que les parties contractantes fassent clairement apparaître leur volonté à ce propos. Autrement, la clarté et la précision des termes d'un traité fournissent au mieux des indices pour déterminer l'intention des parties contractantes (73). A l'inverse de cette conception traditionnelle, la tendance actuelle tant dans la doctrine (74) que dans la jurisprudence (75) consiste à assimiler les dispositions directement applicables des traités régulièrement introduits dans l'ordre interne avec celles qui sont *self-sufficient* (*fondement « objectif »*), sans se soucier outre mesure de la volonté des rédacteurs desdits traités, voire en contredisant celle-ci (76).

22. Le raisonnement juridique qui est à la base des deux thèses en présence n'est pas toujours clairement mis en évidence. Les raisons ne semblent par ailleurs pas uniquement juridiques (77).

La thèse du fondement objectif paraît impliquer que ce fondement réside dans l'ordre juridique étatique (*fondement « objectif » interne*). En effet, il suffit que la règle internationale ait été réceptionnée conformément au prescrit constitutionnel par l'ordre interne pour y être applicable, et y être

l'obligation assumée par cet État soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus » (*R.C.J.B.*, 1985, p. 26.). Nous soulignons. *Adde.* jugement du tribunal civil de Bruxelles du 23 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 114.

(72) La signification de ces adjectifs n'est elle même pas toujours très précise. Ils semblent poser une condition technique d'application d'une règle générale à un cas particulier : il faut que la règle générale susceptible d'être appliquée contienne un minimum d'information quant aux destinataires de la règle, quant aux conditions matérielle, spatiale et temporelle d'application, ainsi quant à l'objet des dispositifs adoptables dans les décisions individuelles. En outre, il semble que ces conditions techniques d'application soient plus exigeantes pour l'application directe subjective que l'application directe objective.

(73) VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, p. 903.

(74) Sur ce point, V. VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, p. 897. En ce sens, v. notamment ERGEC, *op. cit.*, 1986, p. 104 ; WAELBROEK, *op. cit.*, 1972, pp. 574 et s.

(75) V. les arrêts du Conseil d'État n° 32.989 et 32.990 précités, et la note d'observation de M. LEROY, *op. cit.*, 1990, pp. 196 et 198 ; comp. COPPENS, *op. cit.*, 1990. V. aussi l'arrêt du Conseil d'État du 4 juillet 1989, n° 32.945, *A.P.M.*, 1989, p. 103, ainsi que les arrêts de la Cour de cassation du 10 mai 1985 et du 6 mars 1986 précités. *Adde.* Trib. trav. Nivelles, 15 novembre 1991, et Civ. Arlon (réf.) du 4 février 1992 (cités par VERHOEVEN, J., et LHOEST, O., « Jurisprudence belge relative au droit international public international », *R.B.D.I.*, 1994/2, pp. 693 et 694).

(76) LEROY, *op. cit.*, 1990, p. 196.

(77) Ainsi, le recours à des critères objectifs s'explique d'abord par l'influence de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. En outre, dans un contexte international qui voit s'accroître tant le nombre de traités que celui de leurs contractants, cette méthode simplifie la tâche du juge, et lui permet, en tant qu'organe étatique, d'éviter d'engager la responsabilité internationale de l'État en interprétant le droit interne, dans la mesure du possible, conformément aux engagements internationaux (WAELBROEK, *op. cit.*, 1985, p. 38. VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, pp. 897 et 898).

applicable de la même manière que le droit interne, à savoir directement ou après avoir été normativement exécutée selon son degré de précision et de clarté (78). Au demeurant, il n'existe pas de règle internationale générale précisant des conditions objectives d'application directe (79).

Nous ne nous étendrons pas ici sur une autre thèse selon laquelle l'applicabilité directe se fonderait sur l'intention du Roi en tant qu'autorité constitutionnelle compétente pour conclure les traités, voire dans l'acte d'assentiment des assemblées législatives (*fondement « subjectif » interne*). Cette thèse suppose que le respect de l'équilibre constitutionnel par les juges de l'ordre interne l'emporte sur l'intention commune des parties. Elle semble surtout contredire la nature formelle de l'acte d'assentiment (80).

Le problème du fondement semble donc se résumer à l'alternative suivante : fondement objectif interne ou fondement subjectif international.

23. Les raisons avancées, lorsqu'elles le sont, pour justifier le fondement international de l'applicabilité directe des traités internationaux dans la volonté de leurs auteurs ne sont pas toujours faciles à cerner (*fondement « subjectif » international*). L'on a fait remarquer que l'on ne peut conclure au fondement interne de l'applicabilité directe du seul fait que cette applicabilité dépende dans les faits des « structures d'accueil » étatiques (81). L'observation est exacte. Elle se borne cependant à montrer que le degré d'effectivité de la sanction interne d'un droit subjectif (voire d'une règle de droit objectif) issu d'un traité ne préjuge pas de l'existence de ce droit dans l'ordre interne ; elle n'explique pas pourquoi la reconnaissance interne d'un tel droit se fonde dans la volonté des parties contractantes. De même est-il juste de noter que l'applicabilité directe d'un traité correspond à la portée des obligations qui en découlent, autrement dit au contenu de leur objet, ainsi que d'évoquer la règle selon laquelle un État ne peut exciper de son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales (82). Il n'est cependant toujours pas expliqué pourquoi l'obligation internationale

(78) Du moins en principe, car l'on ne peut théoriquement pas exclure la faculté, par exemple pour un législateur de suspendre expressément l'application d'une loi *self-sufficient* à des mesures d'exécution.

(79) VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, p. 901. Sur l'hypothèse d'un fondement objectif communautaire des effets internes du droit communautaire, v. *infra*, n° 26.

(80) *Supra*, n° 9 et s. V. VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, p. 898, ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 28 janvier 1976, *Pas.*, II, 206, cité par VERHOEVEN, J., « Jurisprudence belge ... », *R.B.D.I.*, 1978-79, p. 725. Comparer avec l'arrêt du 3 octobre 1957 qui semble fonder l'applicabilité directe dans l'intention de l'auteur de la loi d'approbation (cité par WAELBROEK, M., *op. cit.*, 1985, p. 37).

(81) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, pp. 257 à 260 ; du même auteur, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, part. pp. 899 à 902. L'expression est de Ph. COMTE, cité par VERHOEVEN, J., *op. cit.*, 1980, p. 260 ; d'une manière générale, elle peut se référer, tant à l'organisation institutionnelle étatique, et plus particulièrement aux règles de compétence et de recevabilité des tribunaux nationaux, qu'aux catégories juridiques ou aux méthodes d'interprétation propres aux droits nationaux.

(82) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, pp. 258 et 259.

d'appliquer directement un traité dans l'ordre interne est rendue juridiquement obligatoire dans l'ordre interne.

Il semble que les tenants du fondement dans la volonté des parties contractantes soient mus par un motif sous-entendu. Il réside dans la nature de l'acte interne de réception des traités. L'on a vu en effet que la loi d'assentiment a pour objet d'introduire une convention internationale dans l'ordre interne, et a pour effet de l'y rendre applicable *comme telle*. Autrement dit, c'est la loi d'assentiment qui introduit le contenu normatif des traités dans l'ordre interne, et partant, l'intention de leurs auteurs, y compris celle relative à l'applicabilité directe.

24. Curieusement, la thèse du fondement international des effets directs dans la volonté des parties contractantes ne s'est développée que dans le cadre de la notion restreinte (subjective) de l'applicabilité directe. Certains auteurs vont même jusqu'à faire la distinction entre ce que nous avons appelé les effets directs subjectifs et objectifs, fondant les premiers dans l'intention des auteurs des traités et les seconds dans l'ordre interne, et plus particulièrement sur le caractère objectivement précis et complet des dispositions en cause (83).

Il est vrai, et guère étonnant, que la thèse du fondement objectif se soit formée parallèlement à l'élargissement de la notion d'applicabilité directe objective. En effet, bien que la signification de l'adjectif « *objectif* » soit différente selon qu'il se réfère au fondement ou au type d'effets directs, il est un fait que l'*objectivation* tant du fondement de l'applicabilité directe que de sa définition concourt, d'une manière générale, à une application interne généreuse des traités. Plus particulièrement, fonder l'applicabilité directe d'un traité sur son caractère suffisamment précis ou complet favorise la reconnaissance d'effets directs objectifs puisque ceux qui sont amenés à l'appliquer ne doivent pas se préoccuper de l'intention des auteurs qui, lorsqu'elle s'exprime clairement, ne concerne bien souvent que les effets directs subjectifs. Il semble ainsi que la thèse du fondement objectif ait effectivement favorisé l'élargissement de la notion d'applicabilité directe aux effets objectifs.

Néanmoins, d'un point de vue théorique, nous ne croyons que l'on puisse différencier l'origine du fondement des effets directs selon qu'ils sont subjectifs ou objectifs. Si la volonté des parties contractantes sert de référence pour déterminer si une disposition d'un traité doit faire l'objet d'une exécu-

(83) WAELBROEK, *op. cit.*, 1985, par. 8. C'est aussi semble-t-il la position de J. VERHOEVEN selon qui le caractère obligatoire d'un traité dans l'ordre interne, ne peut logiquement, faute d'être directement applicable (au sens restreint, subjectif), que s'imposer à l'État, et plus précisément à ses organes dans le cadre de leur compétence, et ce, sans envisager que l'on puisse à cet égard se référer à quelconque intention des parties au traité (*op. cit.*, 1969, p. 698) ; l'auteur a confirmé sa position, bien qu'avec des nuances (*op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, pp. 904 et 905).

tion normative interne avant de créer des droits et obligations dont pourraient se prévaloir les sujets de droit devant leurs instances internes, pourquoi n'en serait-il pas de même lorsqu'il s'agit de déterminer si la disposition peut directement, ou non, relever de la légalité objective interne, ou du moins être sanctionnée objectivement dans l'ordre interne. Il vrai que, nous l'avons évoqué, les effets directs objectifs font, moins encore que les effets directs subjectifs, rarement l'objet d'une intention claire de la part des auteurs d'une convention internationale. Pour théorique que soit l'hypothèse d'une volonté clairement exprimée de la part des États contractants de refuser des effets directs objectifs (84), il n'en résulte pas pour autant que le fondement soit à rechercher dans l'ordre interne ; ici aussi il s'agit plutôt d'un problème d'interprétation de la volonté des parties au traité. En outre, il y a fort à parier que les auteurs d'un traité trouvent autant d'intérêt à se prononcer sur son applicabilité directe objective que son applicabilité directe subjective. En effet, l'important pour les parties contractantes n'est pas tant de se prononcer sur le type d'effets internes — subjectifs et/ou objectifs — produits par le traité une fois qu'il sera introduit régulièrement par et dans l'ordre interne ; elles pourraient attacher plus d'importance au fait de décider si les effets internes, quels qu'ils soient, seront directs, ou au contraire, s'ils seront suspendus à l'adoption d'un acte d'exécution, ou plus généralement d'un acte normatif interne. Les raisons pour les gouvernements de vouloir suspendre les effets internes d'un traité à l'intervention normative du législateur ou du gouvernement national peuvent être nombreuses et importantes nonobstant le caractère objectivement clair et précis de ses dispositions. L'objectif pourrait être d'en retarder les effets internes ; de laisser aux dites autorités nationales un certain pouvoir discrétionnaire, au lieu de le laisser aux juges ou à l'administration ; d'en appliquer le contenu par le biais d'une transposition en droit interne afin d'en accroître l'effectivité interne.

25. En résumé, tant la thèse du fondement objectif interne que celle du fondement subjectif international des effets internes des traités reposent en dernière analyse sur l'acte étatique de réception des traités. La thèse du fondement subjectif international semble plus logique en ce qu'elle postule l'application du contenu des traités régulièrement introduits dans leur totalité, y compris ce qu'ils disposent quant à leur applicabilité directe. Celle du fondement objectif interne favorise une application large des traités dans l'ordre interne. Toutefois, distinguer l'origine du fondement de l'applicabilité directe selon le type d'effet direct — objectif ou subjectif — paraît irrelevante.

(84) VERHOEVEN, *op. cit.*, *Liber amicorum E. Krings*, 1991, p. 904.

III. Effets internes du droit communautaire

26. Nous avons déjà dit que la Cour de justice avait généralisé, à partir de l'article 189 al. 2 du traité CE, le principe d'applicabilité *immédiate* de l'ensemble du droit dérivé obligatoire. De même, en l'absence de disposition expresse dans les traités comme dans la plupart des actes de droit dérivé eux-mêmes, la Cour de justice tend à conférer, éventuellement en se référant à l'article précité, une présomption générale favorable au caractère directement applicable à l'ensemble du droit communautaire, conventionnel comme dérivé (85). Toutefois, l'on a pu qualifier la jurisprudence de la Cour de justice reconnaissant des effets directs à certaines directives non préalablement transposées d'« accident de parcours », résultant de la mise en œuvre d'un principe analogue à celui, anglo-saxon, de l'*estoppel*, ou à celui, continental, *Nemo auditur suam propriam turpitudinem allegans* (86). Il est vrai que la Cour de justice ne manqua pas d'ambiguïté lorsqu'elle obligea la Belgique à prendre les « mesures d'application adéquates à l'objet de chaque directive » alors même que sa pratique administrative, voire judiciaire, était en fait conforme aux dites directives, et que la Belgique était prête à leur reconnaître des effets directs (87).

En tout état de cause, puisque la Cour de justice se déclare compétente pour juger des effets directs du droit communautaire, il ne fait aucun doute que, du moins de son point de vue, ces effets directs trouvent leur fondement dans l'ordre juridique communautaire. Grâce à une technique d'interprétation téléologique destinée à objectiver la volonté des parties, la Cour recherche les effets directs de la règle de droit communautaire dans « l'esprit, l'économie, et les termes », voire « la nature » de celle-ci (88). Ainsi que l'a mis en évidence J. Verhoeven, l'originalité de la jurisprudence de la Cour de justice « n'est pas d'avoir construit une notion d'applicabilité directe distincte de la notion classique du droit international, ni d'avoir soumis cette applicabilité à quelque autre condition objective que la volonté des parties contractantes. C'est exclusivement d'avoir recherché celle-ci sur base de critères qui ont permis de lui conférer une extension insoupçonnée (89) ».

(85) Sur le sujet, v. notamment MARESCAU, M., « De direkte werking in het europees gemeenschapsrecht », in *L'effet direct en droit belge*..., 1980, pp. 265 et s.

(86) V. LENAERTS, *op. cit.*, 1986, pp. 263 à 265.

(87) Arrêt du 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, aff. n° 102/79, précité *supra* n° 13. L'on pourrait comprendre que seul le souci de sécurité juridique justifie l'obligation de transposer une directive, indépendamment de son applicabilité directe.

(88) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 262 ; v. la jurisprudence citée. Ainsi, la Cour examinera le caractère complet, clair, précis et juridiquement parfait des règles dont elle doit décider du caractère éventuellement directement applicable. Le caractère juridiquement parfait d'une règle paraît correspondre au pouvoir plus ou moins discrétionnaire ou lié — tant au niveau des conditions d'application que des dispositifs adoptables — laissé aux autorités nationales dans l'application de la règle, surtout quant elle implique dans leur chef une obligation positive de faire (Cour de justice, 3 avril 1968, aff. n° 28/67, REC., XIV, pp. 211 et s.).

(89) VERHOEVEN, *op. cit.*, 1980, p. 262.

27. D'une manière générale, les juridictions belges paraissent reconnaître à la Cour de justice, par l'intermédiaire du recours préjudiciel organisé par l'article 177 du traité CE, le pouvoir ultime d'appréciation du caractère directement applicable d'une règle de droit communautaire dans l'ordre interne, ce qui ne les empêche pas ailleurs pas d'appliquer souvent directement une règle de droit communautaire sans recourir au dit mécanisme (90). Ainsi l'arrêt du Conseil d'État *Corveleyn* du 7 octobre 1968 a-t-il annulé un arrêté ministériel d'expulsion d'une française pour violation des articles 2 et 3 de la directive du 25 février 1964 qui n'avait pas été transposée en droit belge (91). La doctrine en a déduit que le Conseil d'État en avait fait une application directe (92). L'arrêt du Conseil d'État précède ainsi de plusieurs années l'arrêt de la Cour de justice du 4 juin 1974 *Van Duyn* (93) consacrant le principe de l'applicabilité directe des directives, voire son arrêt du 1^{er} février 1977 *Verband van Nederlandse Ondernemingen* (94) leur reconnaissant des effets directs que nous avons qualifiés d'« objectifs » (95).

Sous réserve de quelques exceptions (96), la jurisprudence des Cours et tribunaux confirmera l'applicabilité directe de certaines directives (97), du moins dans leur dimension verticale (98), conformément à la jurisprudence *Marshall* de la Cour de justice (99). La jurisprudence de la Cour d'arbitrage n'est pas en reste. Non seulement, nous l'avons dit, elle se réfère à des directives non transposées ; mais les directives auxquelles elle se réfère sont parfois loin de conférer aux particuliers des droits subjectifs (100). Ici

(90) V. la jurisprudence récente citée par WYTINCK, P., « The Application of Community Law in Belgium (1986-1992) », *C.M.L.R.*, 1993, p. 986. *Contra*, Trib. trav. Bruxelles, 29 juin 1992, *J.D.S.B.L.N.*, 1992, p. 386. Sur la Cour d'arbitrage, v. *infra*, n° 60 et s.

(91) N° 13.146, *R.J.D.A.*, 1969, p. 262 ; également publié dans les *C.D.E.*, 1969, p. 343 avec note de P. GIGON, ainsi que dans le *J.T.*, 1969, p. 694 avec note de J. VERHOEVEN, et dans le *R.J.D.A.*, 1969, p. 262 avec note de P. SOLDATOS. Comp. les arrêts du Conseil d'État du 24 mars 1967, *Guissart*, n° 12308, *R.J.D.A.*, 1967, p. 177, et du 5 juin 1969, n° 13.607.

(92) En ce sens GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Le juge belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1970/2, p. 425 ; SALMON, J., *Conseil d'État — contentieux de l'indemnité — contentieux de l'annulation*, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 150 ; WAELEBROEK, *op. cit.*, 1972, p. 573. Comp. J. VERHOEVEN qui y voit la reconnaissance d'effets directs que nous avons qualifié d'« objectifs », voire le recours à la technique d'interprétation conforme (*op. cit.*, 1969, p. 699).

(93) Aff. 41/74, *Rec.* p. 1337, concl. MAYRAS.

(94) Aff. 51-76, *Rec.*, 1977, p. 127, n° 24

(95) Sur les effets directs « objectifs » des directives, v. WAELEBROEK, *op. cit.*, 1972, pp. 580 et 581.

(96) Trib. corr. Bruxelles, 24 février 1976, *Pas.*, III, p. 24.

(97) Cass., 7 janvier 1977, *Pas.*, I, p. 492 ; Trib. corr. Malines, 28 septembre 1987, *J.T.*, 1988, p. 48.

(98) Sur le refus de reconnaître aux directives des effets directs horizontaux, v. les décisions belges citées par WYTINCK, P., *op. cit.*, 1993, notes *infrag.* n° 32, 33 et 35, pp. 986 et 987.

(99) V. aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 20 mai 1992 qui — conformément à l'arrêt de la Cour de justice *Marleasing*, aff. 106/89 — réforme un jugement du premier degré pour ne pas avoir interprété le droit national en tenant compte d'une directive non encore transposée en droit belge, nonobstant le fait qu'elle fut invoquée dans une relation horizontale (*R.D.C.*, 1993, p. 254, cités par WYTINCK, P., *op. cit.*, 1993, p. 988).

(100) C.A., arrêts du 2 février 1995, n° 7/95 et 8/95 et 10/95. V. *infra*, n° 59 et s.

encore l'on peut s'interroger sur la reconnaissance d'effets directs « objectifs » à des directives auxquelles la Cour d'arbitrage ne peut au plus se référer qu'indirectement — par l'entremise du principe constitutionnel d'égalité des *droits et libertés reconnus aux belges* (101).

Conclusions de la section I^{re}

28. En guise de conclusion, l'on voudrait tempérer la thèse selon laquelle les conditions d'application, et particulièrement d'introduction, des traités internationaux relèveraient uniquement de l'ordre constitutionnel, tandis que la question de leurs effets internes s'adresserait exclusivement à l'ordre international.

Pour ce qui est des conditions d'application, l'on imagine certes difficilement que les traités internationaux prévoient de s'incorporer de plein droit dans un ordre juridique étatique ; de même est-il peu fréquent qu'un traité régie les procédures internes relatives à sa réception interne (102), ou oblige expressément les États contractants à l'incorporer dans l'ordre interne. Par contre, de la même manière que les conventions internationales peuvent suspendre leurs effets internes, quels qu'ils soient, à un acte interne d'exécution normative, rien ne les empêche de répudier toute application interne, nonobstant l'existence d'un acte interne de réception. Pareille situation n'impliquerait pas de conflit à résoudre par la déclaration de la primauté d'un système sur un autre (103), du moins s'il l'on applique le traité introduit tel quel, conformément à la nature formelle de la loi d'assentiment, c'est à dire en respectant d'abord les modalités qu'il a prévues lui-même en ce qui concerne son application interne.

Quant aux effets internes, l'on a vu que leur fondement traditionnel dans la volonté des parties contractantes est, dans la pratique, de plus en plus souvent battu en brèche par la thèse du fondement interne qui se satisfait des critères objectifs de clarté et de précision de la règle. En outre, l'on a montré que même la thèse du fondement subjectif international reposait en dernière analyse sur l'acte interne de réception, et plus particulièrement sur sa nature formelle : la volonté des auteurs relative à l'applicabilité directe — subjective et objective — n'a de force obligatoire dans l'ordre interne que parce qu'elle y a été introduite par une loi d'assentiment.

Cela nous amène à situer plus précisément la position de l'ordre juridique belge sur l'échelle du monisme — dualisme. Elle se trouve quelque part entre les deux. Elle n'est pas pleinement moniste puisque l'applicabilité

(101) Sur la compétence de la Cour d'arbitrage par rapport au droit communautaire, v. *infra*, n^{os} 57 et s.

(102) V. toutefois le traité CE contenant une interdiction de réception interne des règlements, et une obligation de transformation des directives, DE WITTE, B., « Retour à 'Costa' — La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D.E.*, 1984, p. 429.

(103) Comp. VERHOEVEN, *op. cit.*, *Libet amicorum E. Krings*, 1991, p. 904.

interne des traités — fussent-ils communautaires — est subordonnée à l'adoption d'un acte interne de réception. Elle n'est pas non plus tout à fait dualiste car une fois introduits par et dans l'ordre interne, les traités sont appliqués en tant que tels. Afin d'affiner la gradation, l'on peut maintenant ajouter que l'attitude de l'ordre juridique étatique sera d'autant plus moniste qu'il accepte, lorsqu'il applique un traité par l'entremise de sa loi d'assentiment, de se référer également à ce que ce traité aurait disposé quant à son applicabilité interne ou quant au type d'effet interne, et d'autant plus dualiste qu'il cherche en lui-même la réponse à ces questions.

Dans une telle perspective, la « spécificité communautaire » paraît résider dans la reconnaissance par l'ordre juridique belge de la compétence exclusive de la Cour de justice pour statuer, en tant qu'interprète authentique des traités communautaires, sur l'applicabilité immédiate du droit dérivé, et sur les effets directs du droit communautaire primaire et dérivé.

SECTION II. — PRIMAUTÉ DES TRAITÉS INTERNATIONAUX ET DU DROIT COMMUNAUTAIRE DANS L'ORDRE JURIDIQUE BELGE

29. Dans la première section de cette étude, l'on a examiné les conditions et les modalités de l'applicabilité interne d'un traité ou d'une règle de droit communautaire. Cette question ne préjuge pas de l'autorité reconnue à ces normes dans l'ordre juridique étatique, particulièrement si elles entrent en conflit avec une norme de droit interne. Par contre, il est évident que le problème de cette autorité ne se pose que pour les dispositions internationales ou communautaires dont l'applicabilité interne n'est pas contestée.

Dans l'ordre international, il ne fait aucun doute que les règles internationales l'emportent sur les règles de droit interne. Le principe, consacré par l'article 27 de la Convention de Vienne, exige que les États ne puissent invoquer leur droit interne pour échapper à leurs obligations respectives, et partant à leur responsabilité internationale (104). À côté de cette « primauté internationale », la « primauté interne » pose la question, devant les organes étatiques, de l'autorité interne des traités (105). Avant d'étudier la position de l'ordre juridique belge en cette matière, il convient d'évoquer le point de vue de l'ordre juridique international et communautaire.

30. D'une manière générale, le droit international ne règle pas les questions formelles relatives à l'application interne des traités. Certes le contenu de ceux-ci, notamment concernant leur impact interne, doit être respecté par les États, sous peine d'engager leur responsabilité internationale. Mais

(104) En réalité, l'on peut se demander s'il ne s'agit pas d'un problème d'applicabilité internationale de règles de droit étatique, plutôt que d'un problème d'autorité de ces dernières dans l'ordre international.

(105) Sur cette distinction, v. DE WYTTÉ, *op. cit.*, 1984, spéc. p. 427 et la doctrine citée.

les États ont une certaine marge de discrétion quant aux moyens formels d'appliquer les traités dans leur ordre interne. Discrétion quant à l'incorporation interne même des traités, discrétion quant au mode d'incorporation (par introduction ou transformation), discrétion quant aux effets internes, et discrétion quant à l'autorité formelle.

Il convient cependant de nuancer le propos. Dans certaines circonstances, l'application d'une règle nationale clairement incompatible avec la disposition d'un traité peut constituer un fait illicite international (106). En outre, l'on ne peut théoriquement exclure que le traité lui-même prévoie expressément la primauté interne de ses dispositions, de la même manière que, on l'a vu, il peut lui arriver de régler les modalités relatives à la réception interne, et plus fréquemment, celles relatives aux effets internes. Les traités communautaires paraissent illustrer cette hypothèse : la primauté interne du droit communautaire semble ne pas traduire autre chose que l'expression de la volonté des parties contractantes telle que révélée par la Cour de justice (107).

31. Reste la question qui intéresse plus directement notre propos. Quelle autorité les organes étatiques doivent-ils reconnaître aux dispositions conventionnelles internationales et communautaires ? Où fonder cette autorité ?

Dans une perspective purement dualiste, le problème de l'autorité interne des traités ne se pose guère : la norme internationale est transformée en droit interne, et acquiert en principe dans l'ordre interne l'autorité de la norme qui l'y a transformée (108). Dans une perspective purement moniste, la question n'est pas beaucoup plus compliquée : soit l'ordre juridique étatique, soit l'ordre juridique international (ou communautaire) est considéré comme un sous-système dont la validité est subordonnée à l'autre ordre. Or les situations pures, en droit comme ailleurs, sont rares. L'on a montré dans la première section en quoi la position de l'ordre juridique belge était médiane. Cette position médiane rend d'autant plus difficile le problème de l'autorité des traités dans l'ordre interne que la Constitution est muette à cet égard.

Ainsi que nous allons le voir, deux points de vue sont possibles. Le premier, à tendance moniste, considère que les traités deviennent, dès leur introduction dans l'ordre interne, les normes supérieures d'un ordre global, y compris donc aux normes constitutionnelles. Le second, à tendance dualiste, considère que les traités, comme toutes les autres normes internes qui trouvent leur fondement dans la Constitution, restent subordonnés à la Constitution. Bien que l'on perçoive donc l'intérêt de répondre à la question

(106) DE WITTE, *op. cit.*, 1984, pp. 428 à 432.

(107) Sur la non spécificité du fondement communautaire de la primauté interne du droit communautaire, v. DE WITTE, *op. cit.*, 1984, pp. 436 et s.

(108) DE WITTE, *op. cit.*, 1984, p. 430.

du conflit entre la Constitution et les traités avant d'envisager le conflit entre ces derniers et le droit interne non constitutionnel, ladite question est longtemps restée théorique en Belgique en raison de l'absence de contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois et des traités (paragraphe II). L'on abordera dès lors le problème de la primauté de la même manière qu'il s'est posé dans l'ordre juridique belge, à savoir à travers le conflit entre la loi interne et les traités (paragraphe I). Enfin, l'on examinera comment la compétence de la Cour d'arbitrage se répercute sur la question de l'autorité interne des traités et du droit communautaire (paragraphe III).

§ 1^{er}. — *Conflit entre les traités ou le droit communautaire
et le droit interne non constitutionnel*

I. *Avant l'arrêt Le Ski : Lex posterior derogat legi priori*

32. a) *Traités internationaux*

La jurisprudence de la Cour de cassation relative au conflit entre le traité approuvé par le législateur et la loi *antérieure* a toujours été la même : le traité postérieur « arrête les effets de la loi » (109). L'expression a été qualifiée par la doctrine d'« heureuse » car en évitant de reconnaître au traité approuvé par la loi un effet abrogatoire sur la loi antérieure incompatible, la Cour permettait que cette dernière redevienne applicable dès l'instant que le traité cessait d'être en vigueur. En outre, l'on suggérait une différence de nature entre un traité approuvé par une loi et une loi (110). Mais comment dès lors justifier l'application d'un traité au dépens d'une loi antérieure en conflit ? Ainsi que l'a souligné Hayoit de Termicourt, la Cour de cassation n'a jamais donné de justification très précise (111).

Il semble qu'il faille trouver la réponse dans la solution que la Cour a donnée au conflit entre le traité et la loi *postérieure* en faisant prévaloir la seconde : cette solution postulait, du moins sur le plan de l'autorité, et malgré la contradiction relative à l'effet non abrogatoire indiqué ci-dessus, l'assimilation du traité à la loi permettant l'application de l'adage *Lex posterior derogat legi priori* (112). C'est du moins de cette manière que fut interprété pendant près de quarante ans un attendu de l'arrêt du

(109) Arrêt du 8 janvier 1925, *Ostram, Pas.*, I, p. 101. V. la jurisprudence citée par MUÛLS, *op. cit.*, 1934, pp. 31 et 32 ; par HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, note infrapaginale n° 27 et 33, pp. 482 et 483 ; par SALMON, J., *op. cit.*, 1971, p. 516, note infrapaginale n° 60 ; et par WAELEBROEK, M., *op. cit.*, 1965, p. 352.

(110) HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 482 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Vues comparatives sur l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national dans les droits belges, néerlandais et luxembourgeois », *R.I.D.C.*, 1966, p. 803, et *op. cit.*, 1968, p. 488.

(111) HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 483.

(112) V. toutefois l'arrêt du 27 mai 1927 déclarant que « le droit des gens prime le droit national », mais dont la portée semble devoir être relativisée (HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 483).

26 novembre 1925 (113) : « (...) il appartient au législateur belge, lorsqu'il édicte des dispositions en exécution d'une convention internationale, d'apprécier la conformité des règles qu'il adopte avec les obligations liant la Belgique par traité ; que les tribunaux n'ont pas le pouvoir de refuser d'appliquer une loi pour le motif qu'elle ne serait pas conforme, prétendument, à ces obligations » (114). L'assimilation sur le plan de l'autorité hiérarchique dans l'ordre interne du traité régulièrement approuvé à la loi est annoncée par l'arrêt du 20 mai 1916 qui reconnaît au premier la « force de loi » (115), et confortée par l'arrêt du 27 novembre 1950 aux termes duquel les conventions deviennent un acte « équipollent à une loi » (116).

33. Le conflit entre un « règlement » au sens large — actes administratifs généraux ou individuels émanant du pouvoir exécutif ou des collectivités décentralisées et hiérarchiquement inférieurs à la loi — et un traité, par hypothèse équipollent à la loi, se résolvait donc logiquement en faveur de ce dernier. Les traités internationaux ont donc toujours constitué une source de légalité interne pour le droit administratif (117).

34. La solution du conflit entre le traité et la loi postérieure va progressivement prendre une autre configuration. D'un conflit de lois dans le temps, il devient un conflit entre deux normes de valeur hiérarchique différente. A cet effet, HAYOIT DE TERMICOURT s'est notamment attaché à réinterpréter l'arrêt précité du 26 novembre 1925 comme ne fournissant aucune conclusion concernant le conflit entre les dispositions *self-executing* d'un traité (effets directs subjectifs) et une loi postérieure (118). Et de conclure *de lege ferenda* sa mercuriale : les traités *self-executing* doivent prévaloir sur la loi postérieure inconciliable, sauf si une disposition législative ou constitutionnelle oblige expressément les juges à faire le contraire (119). Autrement dit,

(113) Arrêt *Schieble, Pas.*, 1926, I, p. 76. HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 483.

(114) V. aussi l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 3 juillet 1953, publié dans *J.T.*, 1953, p. 518, commenté et fortement critiqué par H. ROLIN, « La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge », *J.T.*, 1953, p. 561. Une autre interprétation fut d'y voir l'application du principe consacré par la jurisprudence belge selon lequel les juges sont incompétents pour contrôler la constitutionnalité des lois. Pour une critique de cette interprétation, v. HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 488.

(115) *Pas.*, 1915-1916, I, p. 416.

(116) *Pas.*, 1951, I, p. 185.

(117) Du moins ceux déployant des effets directs subjectifs. V. WAELBROECK, *op. cit.*, 1965/2, p. 358.

(118) Il affirme en effet que la loi prétendument non conforme au traité que la Cour aurait refusé de ne pas appliquer ne serait, selon ses dires, qu'une disposition exécutant une obligation internationale qui ne lie l'État belge que dans l'ordre international. La convention internationale ne crée pas de droits et obligations dans la personne des individus ; elle ne pourrait dès lors pas entrer en conflit avec une loi interne, HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 483. En limitant la primauté du droit international conventionnel ou dérivé aux règles directement applicables aux particuliers, on touche, non au problème de la primauté en tant que telle, mais bien à la définition plus ou moins large des effets internes, v. *supra*, n^{os} 15 et s.

(119) HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, p. 486. Cette réserve a fait dire à R. Joliet que le principe qui avait été ainsi consacré n'était pas tant celui de la primauté des traités, mais plu-

il était présumé que le conflit entre un traité et une loi postérieure provenait le plus souvent d'une inadvertance du législateur, et que seulement en ce cas, le juge se devait de la corriger.

35. b) *Spécificité du droit communautaire*

Les développements du Procureur général Hayoit de Termicourt dans sa mercuriale de 1963 font apparaître un point de vue paradoxal (120). D'un côté, il ne manque pas de relever des spécificités propres aux Communautés européennes qui ont par ailleurs motivé pour l'essentiel ses recommandations relatives au traitement du conflit entre le traité et la loi. De l'autre, les conséquences juridiques qu'il déduit de cette spécificité n'apparaissent pas : une disposition constitutionnelle ou légale expresse pourrait, selon lui, imposer au juge d'appliquer une loi postérieure contraire au droit communautaire de la même manière que pour les traités. Dans cette logique, force est de déduire que Hayoit de Termicourt, même s'il ne l'affirme pas explicitement, fondait la primauté du droit communautaire dans l'ordre juridique constitutionnel.

Au contraire, le Procureur général Ganshof van der Meersch affirmait que la finalité et la nature spécifique du droit communautaire « interdisent de lui voir opposer judiciairement un droit interne quelconque, *constitutionnel ou autre*, à peine de lui voir perdre, par le fait même, son caractère communautaire, qui est à la fois son principe et sa raison d'être ». Il poursuit en expliquant — et il y a là une vision franchement fédéraliste — que l'idée même de primauté n'est pas indispensable pour résoudre les conflits entre le droit communautaire et le droit interne : le juge national peut résoudre ceux-ci — éventuellement après avoir posé une question préjudicielle à la Cour de justice — en examinant s'il y a eu ou non un transfert de compétence au profit de la Communauté en la matière. En effet, précise-t-il, « le transfert d'attributions, sans limite dans le temps, décidé par l'État a entraîné une restriction définitive de ses pouvoirs souverains, et notamment de son pouvoir de légiférer... » (121).

II. *L'arrêt Le Ski consacre en 1971 la primauté sur la loi*

36. a) *Traités internationaux*

S'il est vrai que l'arrêt *Fromagerie Franco-Suisse Le Ski c. État belge* rendu par la Cour de cassation le 27 mai 1971 (122) ne fait que consacrer

tôt celui de la technique d'interprétation conforme (*Le droit institutionnel des Communautés européennes*, Faculté de Droit, d'économie et de Sciences sociales, 1983, p. 357).

(120) HAYOIT DE TERMICOURT, *op. cit.*, 1963, pp. 484 à 486.

(121) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1966, pp. 809 et 810 ; nous soulignons.

(122) *Pas.*, 1971, I, 896 et s., Conclusions du Procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH. Également publié au *J.T.*, 1971, p. 471 et dans *I.L.R.*, 93, p. 203.

un mouvement jurisprudentiel (123) et doctrinal amorcé près de dix ans plus tôt, il est célèbre en Belgique comme à l'étranger pour avoir fixé la position de l'ordre juridique belge quant à ses relations avec l'ordre juridique international et communautaire (124). A la veille de la dissolution du Parlement en septembre 1971, les membres de la Commission de la Révision de la Constitution semblaient s'être mis d'accord sur l'insertion d'un article 107bis dont le libellé était manifestement influencé par l'arrêt *Le Ski* (125).

L'on ne veut ici en retracer tout le contexte (126). En substance, la Cour de cassation écarta l'application d'une loi de 1968 qui ratifiait les effets d'arrêtés royaux sur la base desquels l'État belge avait perçu des droits spéciaux à l'importation contrairement à l'obligation communautaire de *standstill* prévue par l'article 12 du traité CEE (127).

37. Pour justifier la primauté du droit international conventionnel directement applicable, la Cour choisit de se ranger derrière la thèse de son Procureur général en déniait à la loi d'assentiment l'effet de conférer au traité qu'elle rend applicable dans l'ordre interne l'autorité d'une loi interne, et en fondant la primauté du droit international dans l'ordre international, plus précisément dans la « nature même du droit international ». Ainsi que le relève C. Naômé, cette position doctrinale n'a pas fait l'objet de nombreux développements théoriques approfondis (128). Dans ses conclusions (129), Ganshof van der Meersch ne rajoute pas grand chose à ce qu'il

(123) V. par exemple la jurisprudence exposée par GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1966, pp. 805 et 806, ainsi que par SALMON, *op. cit.*, 1971, pp. 518 et 519. V. aussi le jugement du Tribunal civil de Bruxelles du 8 novembre 1966 faisant prévaloir la Convention européenne des droits de l'homme sur la législation relative à l'emploi des langues (exposé par DE VISSCHER, P., « Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, 1968, p. 611) ; v. encore le jugement largement motivé du juge de paix d'Anvers du 24 décembre 1968, *C.D.E.*, 1969, p. 603, note VERHOEVEN, p. 702.

(124) Il a fait l'objet d'un nombre impressionnant de commentaires, v. les références citées par NAÔMÉ, C., « Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *R.D.I.D.C.*, 1994, p. 37.

(125) « Les Cours et tribunaux n'appliqueront les lois et arrêtés qu'autant qu'ils sont conformes aux dispositions directement applicables des traités en vigueur régulièrement publiés ».

(126) Pour une description détaillée de l'affaire, v. SALMON, *op. cit.*, 1971, pp. 529 et s.

(127) La Cour déclara : « lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel ; »

« le juge (la Cour d'appel) avait le devoir d'écarter l'application des dispositions de droit interne qui sont contraires à (l'article 12) du traité ; (...) l'arrêt attaqué a pu décider (...) que les effets de la loi du 19 mars 1968 étaient 'arrêtés' dans la mesure où elle était en conflit avec une disposition directement applicable du droit international conventionnel ». Comp. avec l'arrêt de la Cour de justice du 28 juin 1978, aff. 70/77, *Simmenthal*.

(128) *op. cit.*, 1994, p. 39.

(129) Conclusions, *Pas.*, 1971, pp. 896 à 900.

avait déjà dit dans sa mercuriale de 1968 (130). L'idée de départ est que la supériorité de l'ordre juridique international conditionne son existence même. Un ordre juridique est nécessairement supérieur à ses sujets ; l'ordre international est donc supérieur aux États, ainsi qu'à leur droit. Cette conception ne serait pas très originale si l'on se référait à la primauté du droit international dans l'ordre international. Pour expliquer que cette primauté du droit international se répercute dans l'ordre interne — et l'on touche ici au postulat de base du raisonnement — le Procureur général présume que les ordres juridiques internes et international constituent un ordre juridique unique dans lequel « une même norme ne peut être à la fois valable et non valable, obligatoire et non obligatoire » (131).

Cette position moniste est renforcée par deux autres points exposés par le Procureur général dans ses conclusions et qui découlent naturellement du postulat de base. Premièrement, une disposition expresse de la Constitution affirmant une telle primauté ne lui semble pas indispensable ; elle n'aurait qu'un « caractère déclaratif » (132). Ensuite, la réserve selon laquelle les tribunaux devraient se plier devant la loi qui leur imposerait expressément de l'appliquer nonobstant son éventuelle contradiction avec un traité est vigoureusement condamnée (133). A d'autres égards, cette position moniste est déforcée en ce que le Procureur général limite la primauté du droit international aux conventions internationales, et seulement à leurs dispositions directement applicables au sens étroit, ainsi qu'en ce qu'il exprime des réserves quant à la primauté de celles-ci sur la Constitution (134).

38. L'État belge, demandeur en cassation, contestait que les Cours et tribunaux fussent compétents pour refuser d'appliquer une loi postérieure à un traité pour le motif que « le pouvoir législatif, souverain dans son domaine, apprécie seul la conformité des lois à la Constitution et aux traités liant la Belgique ». Le Procureur général (135), tout comme la Cour, évita de répondre à cet argument qui épingle le principe unanimement admis en Belgique selon lequel les juges ne peuvent contrôler la constitutionnalité des lois (136). Il est vrai qu'en fondant dans l'ordre international, et non dans l'ordre constitutionnel, la primauté du droit international, le juge

(130) « L'ordre juridique international et l'ordre juridique de l'État ne sont pas séparés, mais doivent être considérés comme des sphères de l'ordre juridique général. (...) le droit ne peut être qu'un, à peine de ne pas être ». Il justifie la supériorité du droit international de par sa « nature même », « pour des raisons de morale sociale », (... et parce que...) « si le droit international ne devait pas prévaloir, il ne serait plus ». C'est ainsi que, poursuit l'éminent juriste, la primauté du droit international « trouve son fondement dans l'ordre juridique international » (GANSHOR VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1968, pp. 494 et 495).

(131) Conclusions, *Pas.*, 1971, pp. 896 et 897, citant J. MASQUELIN.

(132) Conclusions, *Pas.*, 1971, pp. 889 et 899.

(133) Conclusions, *Pas.*, 1971, pp. 904.

(134) V. *infra* n° 45.

(135) Les conclusions sont sur point très ambiguës, *Pas.*, 1971, pp. 893 à 896.

(136) JOLIET, *op. cit.*, 1983, p. 369. Pour une critique de cette justification, v. HAYOT DE TERMICOURT, 1963, *op. cit.*, p. 488.

n'opère pas — en écartant les effets de la loi interne contraire aux traités — un contrôle de constitutionnalité proprement dit. L'objection subsiste néanmoins que refuser d'appliquer une loi contraire à un traité réalise fondamentalement, comme pour le contrôle de constitutionnalité des lois, une censure de la loi : dans les deux cas, c'est la souveraineté du législateur qui est remise en cause. Contre ce dernier argument, l'on peut toutefois rétorquer que l'assimilation du contrôle de constitutionnalité des lois au contrôle de compatibilité de ces dernières avec les traités paraît inconciliable avec le fait que, on l'a vu, les juges ont toujours accepté de « censurer » la loi en conflit avec un traité postérieur, alors qu'ils ne pourraient en principe pas sanctionner une loi en conflit avec une disposition constitutionnelle postérieure à celle-ci. Il semble que la doctrine dans sa majorité se soit ralliée à un tel rééquilibrage des pouvoirs, invoquant le pouvoir du législateur de ne pas approuver un traité, ou d'engager l'exécutif à entreprendre les démarches nécessaires pour dénoncer ou modifier un traité (137).

39. b) *Spécificité du droit communautaire*

Si tout le raisonnement de la Cour de cassation concerne le droit international, et se fonde plus précisément sur sa nature, il ne faut pas perdre de vue que l'affaire *Le Ski* mettait en cause une disposition des traités communautaires. Après avoir posé le principe de la primauté du droit international directement applicable, la Cour ajoute :

« (...) qu'il en est a fortiori ainsi lorsque le conflit existe, comme en l'espèce, entre une norme de droit interne et une norme de droit communautaire ;

Qu'en effet, les traités qui ont créé le droit communautaire ont institué un nouvel ordre juridique au profit duquel les États membres ont limité l'exercice de leurs pouvoirs souverains dans les domaines que ces traités déterminent »

Ainsi la Cour reconnaît-elle un certain réaménagement des souverainetés en des termes qui sont empruntés au célèbre arrêt de la Cour de justice de 1964 dans l'affaire *Costa c. ENEL*, à l'exception toutefois de l'expression se référant à la limitation de l'exercice des pouvoirs souverains, alors que l'arrêt précité de la Cour de justice évoquait une *limitation définitive des droits souverains*.

40. Malgré ce léger « retrait » dans le choix des termes de la Cour de cassation, la doctrine s'est posé la question de savoir si la Cour avait consacré une différence de nature entre le droit communautaire et les autres traités internationaux, normatifs voire institutionnels, ou seulement une différence de degré ou d'intensité entre les deux phénomènes. Toutes les opinions ont

(137) V. SALMON (*op. cit.*, 1971, p. 535) et WAELEBROEK (*op. cit.*, 1973, p. 521) qui abondent ainsi dans le sens des conclusions du Procureur général (Conclusions, *Pas.*, 1971, p. 905).

été émises (138), y compris celle que la Cour n'avait pas répondu à cette question « somme toute théorique » (139). Dans un passage de ses conclusions, Ganshof van der Meersch semble accepter la primauté du droit communautaire sur la Constitution (140), confirmant en cela ce qu'il disait déjà en 1966 (141). Cet extrait contraste avec les incertitudes relatives à la primauté du droit international conventionnel directement applicable sur la Constitution (142). Le monisme juridique entre les ordres communautaire et étatique semble donc plus profond que celui que le Procureur général avait postulé entre les ordres étatiques et l'ordre international.

41. Quoi qu'il en soit de la spécificité du droit communautaire, ou de ce que celle-ci constitue un titre particulier à sa primauté sur le droit étatique, la doctrine a salué l'arrêt *Le Ski* pour ne pas avoir, du moins dans le principe, discriminé le droit international quant à son autorité dans l'ordre interne (143). Ainsi que le relève justement J.V. Louis, cette orientation n'allait pas de soi. En effet, certains auteurs interprètent l'article 34 (anciennement 25*bis*) de la Constitution comme fondement de la primauté du droit communautaire, celle-ci étant le corollaire du transfert de pouvoir « à des institutions de droit international » (144). L'on peut toutefois se demander si l'article 34 de la Constitution ne fonderait pas, au plus, la primauté du seul droit dérivé, c'est à dire du droit créé en vertu des attributions de pouvoirs (145). Quoiqu'il en soit, en n'ayant pas retenu cette base juridique, la Cour de cassation a évité deux écueils. D'abord celui d'engendrer une interprétation *a contrario* quant à l'autorité, dans l'ordre interne, du droit international conventionnel. Ensuite celui de limiter la portée et les effets de la primauté du droit communautaire. En effet, la sanction par

(138) Comparer SALMON, voyant une différence de degré (*op. cit.*, 1971, p. 534), et PESCATORE, voyant plutôt une différence de nature (PESCATORE, P., note d'observations sous l'arrêt *Le Ski*, C.D.E., 1971, 580).

(139) WAELBROEK, *op. cit.*, 1973, p. 520.

(140) « ... le droit communautaire est un droit spécifique et autonome qui s'impose aux juridictions des États membres et ne permet pas de lui opposer un droit interne quel qu'il soit. La nature même de l'ordre juridique institué par les traités de Rome confère à cette primauté un *fondement propre, indépendant des dispositions constitutionnelles des États*. Ce caractère spécifique du droit communautaire tient aux objectifs du traité qui a en vue la création d'un ordre juridique nouveau dont les sujets sont non seulement les États mais aussi les ressortissants de ces États. » (Conclusions, *Pas.*, 1971, p. 903, nous soulignons).

(141) GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1966, p. 809.

(142) *Infra*, n° 45.

(143) SALMON, *op. cit.*, 1971, p. 533 ; PESCATORE, *op. cit.*, 1971, p. 581 ; LOUIS, J.V., « La primauté du droit international et du droit communautaire après l'arrêt 'Le ski' », in *Mélanges Fernand Dehousse*, Bruxelles, 1979, p. 237.

(144) LOUIS, *op. cit.*, 1979, p. 237, ainsi que les références citées. L'article 34 de la Constitution dispose que « L'exercice de pouvoirs déterminés peut être attribué par un traité ou par une loi à des institutions de droit international ». Il fait suite à l'ancien article 33 (anciennement 25) de la Constitution aux termes duquel « Tous les pouvoirs émanent de la Nation. Ils sont exercés de la manière établie par la loi ». Comp. avec LENAERTS qui voit dans l'article 34 le fondement de l'immédiateté d'application du droit communautaire dérivé, *supra* n° 12.

(145) En ce sens, *op. cit.*, NAÔMÉ, 1994, p. 54. V. aussi DE WITTE, *op. cit.*, pp. 437 et 438.

les juridictions belges de la primauté du droit communautaire se ramènerait alors à un contrôle de constitutionnalité qu'elles sont en principe incompétentes à exercer sur les lois. De plus, fonder la primauté du droit communautaire sur une règle de compétence constitutionnelle reviendrait logiquement à nier que cette primauté puisse avoir pour effet d'écarter l'application de la Constitution elle-même.

III. Après l'arrêt *Le Ski*

42. Après l'arrêt *Le Ski*, une partie de la doctrine posa la question de savoir s'il était opportun de cristalliser la nouveauté dans un texte constitutionnel, ou s'il n'était pas préférable de laisser la jurisprudence peaufiner son œuvre. Il était aussi avancé que l'article 68 ancien de la Constitution (actuellement 167) constituait une base suffisante pour fonder la primauté des traités sur la loi, tout comme l'était l'article 25 *bis* (actuellement 34) pour fonder la primauté du droit communautaire (146). S'il ne se trouve toujours pas à l'heure actuelle de disposition constitutionnelle relative à l'autorité du droit international/communautaire en Belgique, les initiatives du législateur préconstituant en la matière se sont poursuivies jusqu'à ce jour (147).

43. Il convient cependant de relever d'autres projets émanant des milieux parlementaires qui sont toujours formulés ou abandonnés par référence à l'arrêt *Le Ski*. Ainsi, une proposition de loi de 1972 s'opposait fermement à cet arrêt, et prévoyait que tout problème de conformité du droit interne au droit international dût faire l'objet d'une question préjudicielle posée aux Chambres législatives (148). En 1975, un sénateur reprenait à son compte une proposition émise dès 1968 par Ganshof van der Meersch de renvoyer pareille question préjudicielle devant la Cour de cassation (149). En 1980, c'est à la Cour d'arbitrage qu'une initiative gouvernementale proposa, lors des travaux relatifs à la création de celle-ci, de conférer la compétence de répondre à de telles questions préjudicielles (150). Réserver une

(146) SALMON, *op. cit.*, 1971, p. 535 ; WIGNY, P., *La troisième révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 364.

(147) La dernière assemblée constituante (1991-1995) ne s'est pas prononcée sur le texte adopté par la Commission de révision de la Constitution de la Chambre : « *Les cours et tribunaux n'appliqueront les lois, les décrets, les règles visées à l'article 26bis (les ordonnances), les arrêtés et les règlements qu'autant qu'ils sont conformes aux normes des institutions de droit international public ayant effet direct* », Doc. Parl., Ch., s.e. 1991-92, n° 626/6 (v. aussi les documents 1992-1993, n° 626/2 à 626/5).

(148) Doc. parl., 1971-1972, chambre, 200/1, 27 avril 1972. En réalité, c'est le principe même de la primauté des traités et du droit communautaire qui semblait être remis en cause au profit des représentants élus de la Nation. Cette proposition fut vivement critiquée par LOUIS, J.V., « Le droit belge et l'ordre juridique international », *J.T.*, 1972, p. 437.

(149) Sénat, A.P., 26 juin 1975, p. 2677.

(150) Doc. parl., Sénat, s.e., 1979, n° 100/14 (sur le projet d'insertion dans la Constitution d'un article 107bis) et Doc. parl., Sénat, s.e., 1979-1980, n° 435/1 (sur le projet de loi déposé le 23 mai 1980).

compétence exclusive à la Cour d'arbitrage dans ce domaine avait pour but, selon l'exposé des motifs du projet de loi, de concentrer le contrôle de validité directement entre les mains d'une autorité prenant une décision définitive. Ce dernier projet fut abandonné principalement pour deux motifs. D'abord, il contredisait certaines implications de la jurisprudence *Le Ski* en ce que les juridictions nationales se voyaient retirer leur compétence de statuer sur les conflits entre les traités directement applicables et le droit interne. Ensuite, il s'avérait incompatible avec la jurisprudence *Simmenthal* de la Cour de justice qui exige que toutes les juridictions nationales soient compétentes pour refuser d'appliquer le droit national incompatible avec le droit communautaire, de leur « propre autorité (...) sans qu'il y ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de (la législation nationale) par voie législative ou par tout autre moyen constitutionnel » (151).

44. Dans la doctrine, l'on a pu relever, non pas des réticences quant au principe même de la primauté, mais des propos relativisant la portée de l'arrêt *Le Ski* (152), ou encore contestant son fondement dans l'ordre international ou communautaire (153). La jurisprudence des Cours et tribunaux postérieure à l'arrêt *Le Ski* révèle quant à elle que ces juridictions, à part quelques décisions isolées, en ont pris bonne note (154). Le Conseil d'État se référait déjà — bien avant la jurisprudence *Le Ski* — aux traités directement applicables pour décider de la validité interne des « actes administratifs ». Il s'est en outre facilement aligné sur l'enseignement de la Cour de cassation en se déclarant compétent pour valider (155) ou invalider (156) des « actes administratifs » (ou des élections) après avoir écarté l'effet de la loi de référence contraire à une convention internationale directement applicable.

(151) Arrêt du 9 mars 1978, aff. n° 106/77, *Simmenthal*, *Rec.*, 1978, p. 629.

(152) VERHOEVEN, 1984, *op. cit.*, pp. 40 et 41.

(153) JOLIET, *op. cit.*, 1983, pp. 367 et 368.

(154) Pour un relevé de cette jurisprudence, v. LOUIS, *op. cit.*, 1979, p. 236 ; VELU, J., *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Discours prononcé par M. J. VELU, premier avocat général, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 60 à 68 et 129 (également publié en version abrégée dans le *Journal des tribunaux*, 1992, pp. 729 et s., et pp. 749 et s.)

(155) Dans un arrêt du 17 février 1989, le Conseil d'État a refusé d'annuler des élections communales qui avaient enfreint l'article 5 de la loi du 18 juillet 1985 relative à la publication des sondages d'opinion au motif que cette loi était contraire à l'article 10 de la Convention des droits de l'homme consacrant la liberté d'expression (*J.T.*, 1989, p. 254, note de M. LEROY).

(156) Ainsi, dans un arrêt du 10 novembre 1989, le Conseil d'État juge recevable l'action tendant à annuler un arrêté royal confirmé par une loi dans la mesure où telle loi doit être écartée si, en confirmant un acte réglementaire contraire à une convention internationale, elle a pour effet de le faire échapper à la compétence d'annulation du Conseil d'État (*J.T.*, 1990, p. 608, observations de Ph. COPPENS).

§ 2. — *Conflit entre les traités
ou le droit communautaire et la Constitution*

I. *Conflit entre les traités internationaux et la Constitution*

45. L'arrêt *Le Ski* ne s'est pas expressément prononcé sur la relation hiérarchique entre le traité et la Constitution. La Cour de cassation n'avait pas à le faire. La doctrine en a tiré des arguments à la fois *a contrario* et *a fortiori*. Les conclusions du Procureur général Ganshof van der Meersch ne permettent pas non plus de prendre parti. D'un côté, en relevant « l'absence de toute incompatibilité non seulement du texte, mais du système constitutionnel avec la primauté de la règle de droit international » (157), il semble faire allusion à la réserve, sans toutefois la réitérer expressément, qu'il avait faite dans sa mercuriale de 1968, à savoir exclure la primauté des traités sur la Constitution (158). De l'autre, l'argumentation sous-jacente à la primauté du droit international sur le droit interne implique logiquement que la Constitution ne fasse pas exception à la règle. Ainsi, dans la mercuriale qu'il prononça le 1^{er} septembre 1992 à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, le Procureur général J. Velu, alors premier avocat général, rappelle à la Cour le fondement moniste de son arrêt du 27 mai 1971 *Le Ski* selon lequel « le droit ne peut être qu'un à peine de ne pas être » : « l'ordre international et l'ordre constitutionnel ne sont que les sphères d'un seul ordre juridique plus large, non des ordres juridiques séparés ». Il explique que si la Cour en a déduit la primauté des traités directement applicables sans faire de distinction entre les normes constitutionnelles et les autres normes, « c'est qu'une telle distinction ne se justifie pas » (159).

Le problème des rapports qu'entretiennent la Constitution et les traités internationaux fut abordé récemment par la Commission de la révision de la Constitution de la Chambre des Représentants, lors de l'examen d'une proposition déjà évoquée d'insertion d'un article 107bis visant à consacrer la jurisprudence *Le Ski* dans la Constitution. Un membre de la Commission a convaincu ses pairs qu'il n'y avait « pas d'unanimité pour dire que ces normes internationales priment également la Constitution », et d'ajouter :

(157) Conclusions, *Pas.*, 1971, p. 899.

(158) Commentant dans sa mercuriale de 1968 le projet d'insertion d'un article 107bis dans la Constitution, GANSHOF VAN DER MEERSCH observe qu'« on a entendu exclure le refus d'application de la Constitution elle-même. Et c'est sage, bien que ce soit une atténuation au principe de la primauté (...). Le gouvernement a eu égard aux principes fondamentaux inscrits dans les articles 130 et 131 (aujourd'hui 187 et 195), sur lesquels la Constitution elle-même repose et subsiste ; l'article 130 interdit de suspendre la Constitution ; l'article 131 ne permet pas de la modifier ou d'y déroger autrement que par la voie de révision. (...) La Constitution continue à s'imposer au juge, qui tient d'elle ses pouvoirs, et à régir ses devoirs vis-à-vis de l'État », (GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, 1968, p. 496).

(159) VELU, *op. cit.*, *J.T.*, 1992, p. 758.

« Ce problème ne pouvant donc être résolu par des arguments juridiques, une décision politique s'impose » (160).

46. En réalité, si le problème n'a pas été beaucoup traité par la doctrine, c'est parce qu'avant la création de la Cour d'arbitrage, il se ne se posait que de façon purement théorique devant les Cours et tribunaux et le Conseil d'État. En effet, aussi longtemps que l'on assimilait — du moins sur le plan de la hiérarchie des normes — le traité à la loi, le conflit entre le traité et la Constitution se réglait de la même manière qu'un conflit entre la loi et la Constitution : on appliquait le traité tout comme on appliquait la loi dont le contrôle de constitutionnalité ne relève, pas plus aujourd'hui qu'hier, de la compétence des Cours et tribunaux, ni du Conseil d'État. La Constitution était donc formellement supérieure au traité comme à la loi. Mais la primauté de fait revenait au traité comme à la loi. A partir du moment où l'on a envisagé la supériorité des traités internationaux sur la loi interne, deux positions ont pu être défendues. Soit que les traités priment également la Constitution, et suspendent les effets de celle-ci dans la mesure d'un conflit (161). Soit que la Constitution l'emporte sur les traités (162) ; mais cette primauté est à nouveau restée purement formelle car les juges ont continué de refuser de contrôler la constitutionnalité des traités, tout comme celle des lois (163). Bref, en toute hypothèse, l'on a appliqué les traités, fussent-ils jugés inconstitutionnels.

II. Conflit entre le droit communautaire et la Constitution

47. Les traités CECA, CEE et EURATOM ont été ratifiés sans attendre une révision de la Constitution autorisant des transferts de pouvoirs à des

(160) *Doc. parl.*, Chambre, s. o. 1993-1994, n° 626/4 — 92/93.

(161) V. par exemple l'arrêt récent de la Cour de cassation du 12 février 1996 dans l'affaire *Inusop* (publié dans le *Journal des Procès* du 23 février 1996, n° 299, p. 25, et commenté par SOHIER, J., et TULKENS, F., « Palliatifs jurisprudentiels à l'incurie séculaire du législateur », *ibidem*, p. 27) : la Cour y reconnaît l'incompatibilité de l'article 134 ancien de la Constitution — lui conférant un pouvoir discrétionnaire de caractériser les délits et de déterminer les peines à infliger aux ministres poursuivis devant elles — avec l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. V. aussi l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Bruxelles le 25 février 1974 (*J.T.*, 1974, p. 444.), cité par J. VELU (*op. cit.*, Bruylant, 1992, pp. 130 et 131) : l'arrêt affirme que l'ancien article 50, 3° de la Constitution — qui prévoyait comme condition d'éligibilité d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans accompli — *n'était pas contraire*, ni à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni à l'article 3 de son premier protocole consacrant le principe d'élections libres.

(162) V. la doctrine en ce sens exposée par J. VELU, *op. cit.*, Bruylant, 1992, pp. 141 et 142. Les arguments proprement juridiques appelés à fonder la primauté de la Constitution sont également synthétisés dans BROUWERS, Ph., et SIMONART, H., « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, pp. 14 à 16.

(163) *Contra.*, le Procureur général émérite F. DUMON reconnaissait une compétence indirecte au Cours et tribunaux d'écarter l'application d'une loi approuvant un traité contenant des dispositions incompatibles avec la Constitution, *op. cit.*, 1987, pp. 215 et s., et 222. Comp. avec la compétence de la Cour d'arbitrage, *infra*, n° 52 et s.

organisations supranationales : l'adaptation constitutionnelle n'eut lieu qu'en 1970, avec l'insertion de l'ancien article 25*bis* (164). Il en fut de même pour le traité de Maastricht. Celui-ci a été approuvé par les assemblées parlementaires et ratifié par le gouvernement alors même que l'avis du Conseil d'État avait souligné la contrariété entre l'article 8 B, § 1^{er} du traité de Maastricht — qui confère aux ressortissants européens le droit de vote et d'éligibilité pour les élections communales — et l'ancien article 4 (aujourd'hui 8) de la Constitution — réservant aux seuls belges la capacité électorale (165). Il fallait donc réviser la Constitution avant d'approuver et de ratifier le traité de Maastricht. Le gouvernement refusa de suivre le Conseil d'État. Parmi les divers arguments avancés (166), le Premier ministre J.L. Dehaene déclara qu'une fois en vigueur, le traité de Maastricht primerait de toute manière la Constitution (167). Pour abusive qu'elle soit avant la ratification d'un traité, l'affirmation n'en reste pas moins remarquable (168). Elle n'est pas pour autant nouvelle : nous avons déjà développé la position du Procureur général Ganshof van der Meersch en la matière (169).

Devant les Cours et tribunaux, la question du conflit entre le droit communautaire et la Constitution ne s'est posée que de manière purement théorique, comme pour les traités internationaux. Soit l'on fait primer le droit

(164) Sur l'historique et la portée de cette disposition, v. MELCHIOR, M., « Constitution et organisations internationales. Le problème de la supranationalité », in : *Le nouveau droit constitutionnel*, Rapports belges au II^e Congrès mondial du droit constitutionnel, Bruxelles, Bruylant, 1987, pp. 325 et s.

(165) C.E., section législation, avis du 6 mai 1992 sur l'avant-projet de loi portant approbation du traité de Maastricht, *Doc. parl.*, Chambre, s.e., 1991-1992, 482/1, pp. 69 à 72.

(166) Le gouvernement prétendait que l'article 8 B n'avait pas d'effet immédiat puisque le Conseil européen devait encore arrêter les modalités d'exercice du droit de vote et d'éligibilité avant le 31 décembre 1994, et qu'il était préférable d'attendre ces modalités pour réviser la Constitution en connaissance de cause.

(167) VELU, *op. cit.*, J.T., 1992, p. 737. Le gouvernement a d'ailleurs soutenu le même argument devant la Cour d'arbitrage dans l'affaire 76/94, A.2.3, commentée *infra*, n° 63.

(168) Le gouvernement avait déjà eu l'occasion quelque temps auparavant de se prononcer sur les rapports qu'entretiennent entre eux la Constitution et le droit communautaire. Dix ans après que la Belgique ait été condamnée par le Cour de justice pour avoir violé l'article 48 du traité CEE en requérant la nationalité belge — conformément à l'ancien article 6 (aujourd'hui 10) de la Constitution — pour pouvoir accéder à tous les emplois publics sans distinction (Arrêt du 17 décembre 1980, aff. 149/79, *Rec.*, 1980, p. 3881), le ministre de l'intérieur répondit, le 25 octobre 1990, à une question parlementaire sur le sujet en ces termes : « Les dispositions du Traité de Rome telles qu'elles sont, le cas échéant, interprétées par la Cour de justice de Luxembourg, sont directement applicables dans l'ordre juridique interne des États membres. Il convient, en effet, de leur reconnaître la primauté à l'égard de toutes les normes juridiques internes, y compris constitutionnelles. (...) l'article 6 de la Constitution qui réserve les emplois publics aux Belges a donc en droit cessé d'être effectif (...) » (Cité par J. VELU, *op. cit.*, J.T., 1992, p. 736. Nous soulignons).

(169) V. *supra* n° 35 et 40.

communautaire en écartant l'application d'une règle constitutionnelle (170). Soit l'on affirme la primauté de la Constitution mais sans pouvoir la sanctionner. Le droit communautaire n'a donc jamais été écarté au profit de la Constitution, du moins à notre connaissance.

§ 3. — *Autorité des traités et du droit communautaire
devant la Cour d'arbitrage*

48. La création de la Cour d'arbitrage en 1983 a eu pour effet de reconsidérer les relations entre les ordres juridiques international/communautaire et interne, et particulièrement de raviver la controverse se rapportant au conflit Traité-Constitution (171).

L'on sait que la compétence de la Cour constitutionnelle se résume à contrôler le partage des compétences dans la Belgique fédérale, ainsi que le respect des principes constitutionnels d'égalité, de non discrimination, et relatifs à la liberté d'enseignement. Ainsi que la Cour d'arbitrage l'a maintes fois répété, elle n'est pas compétente « pour connaître de moyens qui sont pris directement de la violation de dispositions de droit international ou de droit communautaire » (172).

Il en avait pourtant été question à deux reprises lors de l'élaboration des lois concernant le statut de la Cour d'arbitrage : la première en 1983, la deuxième appelée à remplacer la première en 1989 (173). L'idée, d'origine parlementaire, n'était plus de conférer à la Cour d'arbitrage, par le biais du contentieux préjudiciel, une compétence — exclusive — pour statuer sur la conformité du droit interne au droit international ou communautaire (174) ; il s'agissait de lui reconnaître une compétence — non exclusive — de statuer sur de tels conflits, à l'occasion de recours en annulation, quitte à ce que la Cour pose systématiquement, lorsqu'elle se réfère au droit communautaire, une question préjudicielle à la Cour de Luxembourg. Cette nouvelle compétence aurait donc eu pour conséquence principale de centraliser, dans une Belgique composite, le respect dû au droit communautaire, ainsi que de renforcer l'effectivité interne de celui-ci et d'autres instruments

(170) V. par exemple le jugement rendu par le Tribunal civil de Bruxelles le 9 février 1990, (*J.L.M.B.*, 1990, p. 796, note de C. NAÏMÉ), cité par J. VELU (*op. cit.*, Bruylant, 1992, pp. 130 et 131) : ce jugement a implicitement sanctionné la contrariété de l'ancien article 6, alinéa 2 (aujourd'hui 10) de la Constitution — réservant les emplois dans l'administration publique aux belges — avec l'article 48 du traité C.E.E. établissant le principe de la libre circulation des travailleurs.

(171) Sur le sujet, v. DELVA, J., « De impact van het Europese verdragsrecht op de rechtspraak van het Arbitragehof — Een poging tot kritische doorlichting », *T.B.P.*, 1995, p. 637.

(172) Arrêts précités n° 11/94, B.5.2, et n° 5/95, B.18. V. aussi, entre autres, les arrêts du 14 juillet 1990, n° 26/90, 6.B.2. ; du 4 juillet 1991, n° 22/91 ; du 9 juillet 1992, n° 53/92.

(173) *Doc. parl.*, Ch., 1982-1983, n° 647 (amendement déposé par M. DIERICKX). *Doc. parl.*, Ch., 1988-1989, n° 483/2 ; sur ces deux propositions, v. VELU, *op. cit.*, Bruylant, 1992, pp. 79 à 85.

(174) *Supra*, n° 43.

internationaux, sans toutefois porter atteinte aux attributions reconnues au juge judiciaire et administratif par la jurisprudence *Le Ski* ou *Simmenthal* (175).

Toujours est-il que l'incompétence de principe de la Cour d'arbitrage ne l'a pas empêchée de se référer — indirectement — à des instruments internationaux ou au droit communautaire pour opérer son contrôle de constitutionnalité. La règle internationale peut aussi faire — indirectement — l'objet de son contrôle. Dans les deux cas, cette compétence indirecte affecte la question de l'autorité interne des traités et du droit communautaire. Cependant, la question ne se pose plus en terme de conflit avec la loi ou avec la Constitution. Elle se pose dorénavant en terme de rapports entre les traités et le droit communautaire et, d'une part les règles — constitutionnelles et légales — auxquelles se réfère la Cour d'arbitrage, d'autre part les règles législatives soumises à son contrôle.

I. *Autorité des traités internationaux devant la Cour d'arbitrage*

49. Depuis plusieurs années, la Cour d'arbitrage n'hésite pas à se référer à divers instruments internationaux pour juger de la validité constitutionnelle des règles législatives soumises à son contrôle. Il s'agit pour l'essentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais aussi du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de la Charte sociale européenne, des conventions de l'Organisation internationale du travail... (176). Elle effectue ce contrôle de manière indirecte. Soit par l'intermédiaire des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination (articles 10 et 11 de la Constitution) qui, affirme la Cour, « sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct » (177) ; soit par le détour du droit à l'enseignement dans le respect des libertés et droits fondamentaux (article 24 de la Constitution), qui « résultent non seulement des autres dispositions du titre II de la Constitution mais également des traités internationaux portant sur cet objet... » (178). Autrement dit, la Cour s'estime compétente pour se référer aux instruments internationaux chaque fois que

(175) En ce sens, VELU, *op. cit.*, Bruylant, 1992, p. 85. Cette attribution légale de compétence au profit de la Cour d'arbitrage eût cependant été contraire à l'ancien article 107ter (142 nouveau).

(176) V. par exemple l'arrêt significatif du 14 décembre 1995, n° 81/95, qui se réfère à tous les instruments évoqués.

(177) Arrêt du 14 novembre 1991, n° 33/91, 6.B.15. ; v. aussi entre autres les arrêts du 23 mai 1990, n° 18/90 ; du 5 juin 1990, n° 25/90 ; du 19 décembre 1991, n° 39/91 ; du 14 juillet 1994, n° 61/94.

(178) Arrêt du 7 mai 1992, n° 33/92. V. aussi l'arrêt du 2 avril 1992, n° 25/92 dans lequel la Cour se réfère au premier protocole additionnel à la Convention relatif au droit à l'instruction.

la violation de ceux-ci peut également se traduire en une violation des principes constitutionnels d'égalité ou de la liberté d'enseignement.

50. L'on ne veut ici relever la jurisprudence de la Cour, abondante en la matière, ni critiquer l'extension croissante de sa compétence, notamment en utilisant cette technique de référence à un traité dont le détour par le principe constitutionnel d'égalité se révèle de plus en plus souvent très ténu, voire fictif (179). Deux remarques toutefois.

D'abord, bien que la compétence de la Cour d'arbitrage soit spécialisée à un contrôle de constitutionnalité autonome et limité des lois, décrets et ordonnances, cette technique utilisée par la Cour d'arbitrage permet d'assurer une primauté de fait aux instruments internationaux qu'elle vise sur les règles législatives soumises à son contrôle, voire sur l'une des règles légales qui lui servent de référence (180). Dans ses effets, cette compétence indirecte de la Cour d'arbitrage s'apparente donc à une compétence directe de se référer à certaines dispositions internationales, tout comme à la compétence générale du Conseil d'État de se référer sans détour aux traités directement applicables pour juger de la validité des actes administratifs.

Ensuite, cette compétence indirecte de se référer à des conventions internationales n'en reste par moins formellement une compétence indirecte, un contrôle de constitutionnalité autonome (181) : elle ne peut se substituer au pouvoir réservé aux Cours et tribunaux — conformément à la jurisprudence *Le Ski* — de confronter directement une loi à un traité ayant des effets directs sans devoir poser une question préalable à la Cour d'arbitrage. Autrement dit, le juge judiciaire ou administratif devrait certes écarter l'application d'une règle législative invalidée par la Cour d'arbitrage — fût-ce en se référant indirectement à un traité ; mais il garderait la possibilité d'écarter un règle législative jugée incompatible avec un traité, alors même qu'elle aurait bénéficié préalablement d'un certificat de validité par la Cour d'arbitrage — fût-ce en se référant indirectement à un traité. C'est là la

(179) Sur ce sujet, v. ERGEC, R., « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen », in DELFÈRÉE, F., RASSON-ROLAND, A., et VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruylant, Bruxelles, 1995, pp. 208 et s. ; du même auteur, « Note. Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1991, p. 632 ; VERDUSSEN, M., « La Cour d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1994, p. 438. BRIBOSIA et VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, 1994, pp. 32 à 34, et 168 à 169. V. aussi, Cour d'arbitrage de Belgique, Rapport à la IXième conférence des Cours constitutionnelles du 10 au 13 mai 1993, présenté par M. MELCHIOR et L. DE GREVE, *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité*, Bruxelles, décembre 1992, ronéotypé (ci-après, « Rapport de la Cour d'arbitrage »).

(180) C.A., 4 juillet 1991, n° 18/91 (cité par ERGEC, *op. cit.*, 1995, p. 210).

(181) A ce titre, la Cour d'arbitrage ne serait pas formellement liée par les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Comp. avec VERHOEVEN, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1984/2 ; et RIGAUX, *op. cit.*, *R.C.J.B.*, 1984/4.

conséquence du partage d'attributions entre le juge judiciaire et administratif et le juge constitutionnel (182).

51. La jurisprudence *Le Ski* ne concerne pas la Cour d'arbitrage, pas plus que le Conseil d'État, dans la mesure où ces juridictions de contentieux objectif ne sont pas appelées à « appliquer » les règles soumises à leur contrôle. En revanche, ne la concerne-t-elle pas dans la mesure où elle « applique » les règles qui lui servent de référence ? En d'autres mots, la Cour d'arbitrage ne devrait-elle pas, à l'instar du Conseil d'État (183), écarter une de ses règles de référence — légales, voire constitutionnelles si l'on accepte l'extension de la jurisprudence *Le Ski* au conflit entre le traité et la Constitution (184) — au motif qu'elle serait contraire à une disposition internationale ?

La doctrine a répondu à cette question par la négative en arguant qu'un tel contrôle ne relevait pas des attributions de la Cour telles qu'elles sont définies par la Constitution et par la loi spéciale (185). La jurisprudence de la Cour semble s'inscrire dans ce sens (186). L'on peut toutefois objecter que le prétendu monopole des juridictions judiciaires et administratives pour refuser l'application du droit interne contraire au droit international directement applicable réside, non dans des règles de compétence judiciaire internes, mais dans la jurisprudence *Le Ski* qui a une portée générale, voire, par son intermédiaire, dans « la nature même du droit international ». Il est donc permis de penser que l'inapplication de la jurisprudence *Le Ski* par la Cour d'arbitrage à l'égard de ses normes de référence constitue une limite à la primauté des traités, tant sur les lois que la Constitution. Il est vrai que la question demeure aujourd'hui relativement théorique étant donné le nombre limité de règles de référence susceptibles de contrevenir à une norme de droit international. La question deviendra brûlante si la compétence de la Cour est appelée à s'étendre au contrôle du respect de l'ensemble de la Constitution (187).

(182) En ce sens, v. ERGEC, *op. cit.*, 1995, pp. 214 et s.

(183) *Supra*, n° 44.

(184) *Supra*, n°s 45 et s.

(185) ERGEC, R., « Note. Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1991, p. 648 ; VELU, *op. cit.*, Bruylant, 1992, p. 114.

(186) C.A., 23 mai 1990, n° 18, B.14.2. L'on ne peut toutefois déterminer avec certitude si la Cour s'est déclarée incompétente pour écarter l'application d'une norme constitutionnelle contraire à la Convention des droits de l'homme ou au Pacte de New-York, ou si elle a refusé de reconnaître la supériorité formelle des Conventions internationales directement applicables sur la Constitution (cité par R. ERGEC, *op. cit.*, 1991, pp. 647 et 648).

(187) La compétence de la Cour peut être étendue sans révision constitutionnelle, par une loi spéciale (article 142 de la Constitution). L'on pourrait aussi imaginer que par le biais du principe constitutionnel d'égalité, de nombreuses autres dispositions constitutionnelles entrent en conflit avec un instrument international.

52. En réalité, ce serait le législateur spécial lui-même qui empêcherait la Cour d'arbitrage d'écarter une de ses normes de référence incompatible avec un traité. Il ressort en effet des articles 1^{er} et 3 §, 2 de loi spéciale sur la Cour d'arbitrage que la Cour est compétente pour *annuler* les lois, décrets et ordonnances portant assentiment aux traités lorsqu'ils violent les règles du partage fédéral des compétences (188), ou les prescrits constitutionnels consacrant le principe d'égalité et définissant la liberté d'enseignement. Les traités constitueraient donc indirectement — par le biais de leur loi d'assentiment — une norme susceptible d'être contrôlée par la Cour d'arbitrage, et non une règle propre à invalider ses règles de référence. Les traités seraient donc hiérarchiquement inférieurs aux règles constitutionnelles et légales qui servent de référence à la Cour d'arbitrage.

53. La compétence ainsi attribuée à la Cour d'arbitrage est au centre d'une controverse entre la Cour constitutionnelle et le Procureur général près la Cour de cassation J. Velu, et a motivé l'essentiel de la mercuriale que ce dernier prononça en 1992.

L'on a vu dans la première section qu'en attribuant une telle compétence à la Cour d'arbitrage, le législateur spécial n'entendait pas nécessairement remettre en cause la nature de la loi d'assentiment en l'assimilant à une règle matérielle incorporant le contenu normatif du traité. Cette compétence postule néanmoins que la loi d'assentiment, en introduisant un traité contrevenant à certaines dispositions constitutionnelles, « s'approprie » le vice d'inconstitutionnalité (189). Il ne fait donc aucun doute, ni pour la Cour (190) ni pour le Procureur général (191), que le contrôle de constitutionnalité des lois d'assentiment implique la confrontation des dispositions des traités avec celle de la Constitution. Autrement dit, il est certain que le législateur spécial a organisé lui-même un contrôle de constitutionnalité des traités, ce qui postule la supériorité de la Constitution, du moins de certaines de ses dispositions, sur les traités. Il s'agit même d'un contrôle de légalité des traités — postulant la supériorité de certaines lois sur ces derniers — qui a ainsi été créé puisque c'est principalement dans la loi que se retrouvent les règles de partage des compétences servant de référence à la Cour (192). Là où le Procureur général diverge fondamentalement de la

(188) C'est à dire lorsqu'ils approuvent un traité conclu dans une matière qui ne relève pas de la collectivité qui l'a conclu. V. ERGEC, *op. cit.*, 1986, p. 271 ; LEJEUNE et BROUWERS, *op. cit.*, 1992, p. 674.

(189) *Supra*, n° 11.

(190) Arrêts du 16 octobre 1991, n° 26/91, B.4. (Commune de Lanaken) ; du 3 février 1994, n° 12/94, B.6. (école européenne) ; et du 26 avril 1994, n° 33/94. Sur ces trois arrêts, v. BROUWERS et SIMONART, *op. cit.*, 1995, pp. 8 à 12.

(191) VELU, *J.T.*, *op. cit.*, 1992, p. 741 ; v. aussi, LEJEUNE et BROUWERS, *op. cit.*, 1992, p. 673.

(192) L'on ne manquera pas de relever une incohérence dans le système puisque les lois répartitrices de compétences sont ainsi à la fois supérieures aux traités, et soumises à ceux-ci par le détour du principe constitutionnel d'égalité (C.A, 4 juillet 1991, n° 18/91, cité *supra*, n° 50).

Cour d'arbitrage, c'est quant au *moment* du contrôle de constitutionnalité — ou de légalité — des traités, et partant la nature de ce contrôle.

54. Pour J. Velu (193), le contrôle de constitutionnalité d'un traité par le biais de sa loi d'assentiment est *préalable* à son entrée en vigueur dans l'ordre juridique international et partant dans l'ordre interne. Selon lui, il serait contraire à l'esprit de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage que le Roi ratifie et engage la Belgique sur le plan international avant que le délai — raccourci de six à deux mois — pour introduire un recours en annulation contre la loi d'assentiment ne soit écoulé, ou avant que la Cour n'ait statué sur un tel recours. Dans une telle perspective, la compétence de la Cour d'arbitrage s'apparenterait au contrôle préventif assuré par la section législation du Conseil d'État, à la différence que ce dernier rend un *avis*, et qu'il examine la conformité du *projet* de la loi d'assentiment à l'*ensemble* de la constitution. Et de conclure : « une fois que le traité ayant des effets directs est entré en vigueur à l'égard de l'État, les juridictions non plus que les autres organes étatiques, ne sauraient, sous prétexte de son inconstitutionnalité intrinsèque, entraver son exécution ou méconnaître ses effets » (194).

55. En concluant de la sorte sa mercuriale, le Procureur général s'adresse directement à la Cour d'arbitrage qui, un an plus tôt, s'était déclarée compétente pour répondre à une *question préjudicielle* relative à la conformité d'une loi approuvant une convention belgo-hollandaise (195) — en vigueur — par rapport au principe d'égalité consacré par les anciens articles 6 et 6bis (aujourd'hui 10 et 11) de la Constitution. Elle estima en effet que l'article 3, § 2, de la loi sur la Cour d'arbitrage, bien que ne visant que le recours en annulation, n'excluait pas sa compétence de répondre à une question préjudicielle en vertu de l'article 26 de la même loi qui ne distingue pas — parmi les lois, décrets et ordonnances soumis à son contrôle — ceux portant assentiment aux traités des autres. Si en l'espèce, la Cour n'a pas conclu à une inconstitutionnalité de la convention, il faut bien comprendre toute la portée d'un arrêt préjudiciel invalidant une loi d'approbation (196).

(193) VELU, *J.T.*, *op. cit.*, 1992, pp. 737 à 741, et 760.

(194) VELU, *J.T.*, *op. cit.*, 1992, pp. 761.

(195) N° 26/91, précité. Cette convention tendait à éviter les doubles impositions en matière fiscale.

(196) V. LEJEUNE et BROUWERS, *op. cit.*, 1992, p. 672. Ainsi que le relèvent les auteurs, « la déclaration d'inconstitutionnalité rendue sur question préjudicielle aura une incidence sur le litige dont le règlement requiert la clarification de cette question puisque le juge *a quo* ne pourra plus appliquer le traité auquel la loi d'assentiment conférerait en principe, sa force obligatoire en droit interne ». La Cour d'arbitrage reconnaitra d'ailleurs un peu plus tard, dans le rapport qu'elle soumit à la IX^{ième} conférence des Cours constitutionnelles européennes : « La réponse à une question préjudicielle laisse présents dans l'ordre interne l'acte d'assentiment et le traité auquel il se rapporte, toutefois dans la pratique ces instruments seront en fait dépourvus d'effets dans l'ordre interne. Devant cette situation, il appartiendra à la Belgique de dénoncer le traité ou d'en demander l'amendement aux autres parties » (Rapport de la Cour d'arbitrage, pp. 36 à 42, spéc. pp. 41 et 42.)

Dans un arrêt du 3 février 1994, la Cour d'arbitrage, loin de se rallier aux thèses du Procureur général J. Velu, se déclarait à nouveau compétente pour répondre à la question préjudicielle de savoir si les lois approuvant certains instruments internationaux en vigueur relatifs au Statut de l'école européenne étaient conformes à l'ancien article 17 (aujourd'hui 24) de la Constitution consacrant notamment la gratuité de l'enseignement public (197). Au lieu de relativiser, comme elle l'avait fait dans l'arrêt précédent, les effets dans l'ordre interne d'une réponse à une question préjudicielle, elle affirme que :

« Au demeurant, le Constituant, qui interdit que le législateur adopte des normes législatives internes contraires aux normes visées par l'article 107ter (aujourd'hui 142) de la Constitution, ne peut être censé autoriser ce législateur à le faire indirectement par le biais de l'assentiment donné à un traité international. »

Et d'ajouter ce curieux paragraphe :

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

56. Il est sans doute trop tôt pour évaluer la portée exacte de telles affirmations. L'on peut conclure toutefois que, contrairement à l'opinion exprimée longuement par le plus haut représentant de l'ordre judiciaire, la Cour d'arbitrage considère que la Constitution est hiérarchiquement supérieure aux traités en vigueur, et notamment à la Convention européenne des droits de l'homme (198). Elle estime ne pas porter atteinte à l'arrêt *Le Ski* qui consacre la primauté des traités sur les lois, cette primauté n'étant réservée « qu'à ceux d'entre eux qui ne sont pas contraires à la Constitution » (199). La Cour d'arbitrage entend bien sanctionner la primauté de la Constitution, du moins chaque fois qu'elle estime en avoir la compétence. A cet égard, il est remarquable qu'elle ait indiqué dans le rapport précité que, dans certaines circonstances, le délai de deux mois déterminant la recevabilité des *recours en annulation* des lois portant assentiment aux traités n'impliquait pas nécessairement que ces recours portent sur des traités non encore applicables dans l'ordre juridique belge (200). Autrement dit, ce ne serait pas uniquement par le biais de la question préjudicielle que la Cour d'arbitrage est susceptible de remettre en cause la constitutionnalité d'un

(197) N° 12/94, *École européenne*, précité, B.4.

(198) V. l'arrêt rendu par la Cour sur question préjudicielle du 26 avril 1994, n° 33/94 jugeant qu'à la lumière de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 6, § 1^{er} de ladite Convention « et, partant, la loi d'approbation du 13 mai 1955 ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution » (B.8.).

(199) Rapport de la Cour d'arbitrage, *op. cit.*, 1992, p. 43.

(200) Rapport de la Cour d'arbitrage, *op. cit.*, 1992, pp. 32 et 35.

traité en vigueur, cela pourrait aussi être par le biais des recours en annulation (201).

La Cour d'arbitrage n'est en Belgique pas la seule juridiction qui reconnaisse, du moins implicitement, la primauté de la Constitution sur les traités. En effet, pour que la Cour puisse répondre à des questions préjudicielles relatives aux lois d'assentiment à des traités en vigueur, il faut bien que des juridictions les posent, et admettent dès lors la compétence de la Cour en la matière. Dans sa mercuriale, le Procureur général J. Velu a pris conscience de l'influence que peut avoir — par le biais du mécanisme préjudiciel — la jurisprudence de la Cour d'arbitrage sur celle des Cours et tribunaux et du Conseil d'État en ce qui concerne la solution à donner au conflit entre la Constitution et les traités. C'est pourquoi il conclut en recommandant que « quelle que soit la réponse de la Cour d'arbitrage, il appartiendra (...) à la juridiction de contrôler s'il y a conflit entre la norme constitutionnelle et la norme du traité et, dans l'affirmative, de décider que les effets de la norme constitutionnelle sont arrêtés dans la mesure où elle est incompatible avec la norme du traité » (202). L'avenir dira si l'on assiste ici au prémisses d'un conflit entre juridictions (203), et d'une controverse en doctrine (204).

II. *Autorité du droit communautaire devant la Cour d'arbitrage.*

57. A l'instar de l'autorité des traités internationaux, il y a lieu d'envisager l'autorité du droit communautaire devant la Cour d'arbitrage à travers sa compétence indirecte de s'y référer pour effectuer son contrôle de constitutionnalité, ou sa compétence indirecte de l'envisager comme l'objet de son contrôle. Ici donc aussi, il convient de considérer les rapports entre le droit communautaire, et d'une part les règles législatives soumises à son contrôle, d'autre part ses règles — légales et constitutionnelles — de référence.

58. S'agissant des lois, décrets et ordonnances qui lui sont déférés, la Cour ne peut se référer au droit communautaire qu'indirectement pour opérer son contrôle de constitutionnalité : par le détour des articles 10, 11 et

(201) L'on rappellera également que le délai pour introduire un recours en annulation contre une règle de valeur législative reprend cours après qu'un arrêt préjudiciel ait invalidé la même règle (art. 4, 2° de la loi spéciale précitée sur la Cour d'arbitrage).

(202) VELU, *op. cit.*, *J.T.*, 1992, p. 761.

(203) Ainsi Ph. BROUWERS et H. SIMONART affirment-ils que « C'est à une véritable rébellion que les juridictions judiciaires et administratives sont conviées », *op. cit.*, 1995, p. 18.

(204) V. par exemple le commentaire critique par J.V. LOUIS, dans la lignée des thèses du Procureur général J. VELU, sur l'article précité de Ph. BROUWERS et H. SIMONART favorable à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, (« La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, pp. 23 et s.). Notons cependant que les protagonistes sont tous, sous différentes formes, partisans d'un contrôle préventif de la constitutionnalité des traités.

24 de la Constitution, mais aussi par le biais des règles de compétence qui y renvoient.

La seconde hypothèse est illustrée par l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 3 de la loi spéciale du 8 août 1980 (205). L'on peut aujourd'hui traduire cette disposition comme une limite générale aux compétences communautaires et régionales (206), tracée notamment par les règles de droit communautaire relatives à l'union économique et monétaire (207). La Cour ne semble toutefois pas encore avoir eu recours à cette règle de compétence pour se référer au droit communautaire. A d'autres occasions, la Cour n'a pas hésité à se reporter à des règles de droit communautaire au titre des « normes générales et sectorielles » au respect desquelles est subordonnée la compétence régionale en matière de protection de l'environnement (208), ou à définir certains concepts de la loi spéciale conformément au sens du droit communautaire (209).

59. Mais le développement le plus remarquable de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage au cours de ces trois dernières années se situe dans la prise en compte du droit communautaire par le détour du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. De nombreuses dispositions du traité CE ont ainsi été visées, telles que l'article 119 (égalité des sexes) (210), l'article 39 (politique agricole commune) (211), l'article 52 (liberté d'établissement) (212), l'article 30 (libre circulation des marchandises) (213), l'article 95 (fiscalité) (214), les articles 3 *littera* f, 86 et 90 (concurrence) (215), l'article 48 (libre circulation des travailleurs) (216). La plupart de ces arrêts ont été rendus sur la base de recours en annulation (217).

(205) « En matière économique, les Régions exercent leurs compétences (...) dans le respect du cadre normatif général de l'union économique et l'unité monétaire, tel qu'il est établi par ou en vertu de la loi, et par ou *en vertu des traités* ».

(206) V. les arrêts de la Cour d'arbitrage du 25 février 1988, n° 47, et du 14 novembre 1991, n° 32/91, 5.B.1.7. *Adde* BRIBOSIA et VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, 1994, pp. 73 et s.

(207) VAN YPERSELE, P., « Quelques réflexions 'catastrophistes' sur les risques que comportent les divergences de contrôle en matière d'union économique et d'unité monétaire », in : DELGRANGE, X., (coord.) *L'union économique et monétaire en Belgique*, Actes de la journée d'étude du 15 mai 1992, La Chartre, 1993, pp. 129 à 136 ; comp. avec pp. 145 et 146 ; DELGRANGE, X., et KEPPENNE, J.P., « Convergences et divergences dans le contrôle constitutionnel de la non-discrimination et de l'union économique et de l'unité monétaire », in : *ibidem*, p. 93.

(208) V. les arrêts n° 47 précité, et du 26 mai 1988, n° 55, à propos de l'article 6, § 1^{er}, II, 1° de la loi spéciale.

(209) Sur la notion d'enlèvement et de traitement des déchets, v. les arrêts du 23 décembre 1987, n° 44, et du 17 mars 1988, n° 50 et 51.

(210) C.A., 15 juillet 1993, n° 63/93, B.1. (pension)

(211) C.A., 7 octobre 1993, n° 72/93, B.2.4. (T.V.A. sur produits agricoles)

(212) C.A., 29 septembre 1993, n° 68/93, B.8.3. ; C.A., 10 mai 1994, n° 37/94, B.6.3. (laboratoire de biologie clinique)

(213) C.A., 2 février 1995, n° 7/95, B.4.2., et 8/95, B.15.2. (écotaxes)

(214) Arrêt n° 7/95 précité, B.4.3

(215) C.A., 25 avril 1995, n° 37/95, B.7.3. (Belgacom)

(216) C.A., 14 décembre 1995, n° 81/95, B.7.4. et B.8.1 (statut du personnel militaire).

(217) V. toutefois l'arrêt n° 63/93 précité qui répond à une question préjudicielle.

La relation entre ces dispositions et le principe constitutionnel d'égalité n'est pas souvent très explicite, ni évidente (218). Elle est pour le moins ténue lorsque la Cour se réfère à certaines directives européennes non transposées, et qui ne reconnaissent pas aux belges « des droits et des libertés » (219). Ainsi les arrêts n° 7/95 et n° 8/95 visent la directive 83/189 CEE du 28 mars 1983 imposant une procédure de notification préalable à l'adaptation de toute réglementation technique étatique, et décident que les dispositions attaquées ne rentrent pas dans son champ d'application (220). D'ailleurs, à propos de l'article 7 de la directive 91/157 CEE du 18 mars 1991 instaurant une obligation de consultation des parties concernées préalable à l'organisation d'un système de collecte séparée de piles dangereuses, l'arrêt n° 8/95 conclut plus justement que « les parties requérantes ne démontrent pas et la Cour n'aperçoit pas en quoi elles seraient de la sorte discriminées dans l'un de leurs droits » (221).

60. En se référant ainsi, formellement indirectement, à des règles de droit communautaire, la Cour d'arbitrage tend à leur conférer — à l'instar des conventions internationales — une primauté de fait sur les règles législatives déferées à son contrôle.

Toutefois, l'on a reproché à la Cour de s'estimer souveraine pour interpréter le droit communautaire et juger de la validité des lois, décrets et ordonnances au regard de celui-ci : elle n'a posé de question préjudicielle dans aucune des affaires évoquées ci-dessus, alors qu'à deux reprises au moins elle y avait été expressément invitée par les parties requérantes, fût-ce à titre subsidiaire (222). Pour justifier, dans ces deux affaires, son refus de saisir la Cour de justice, il semble que la Cour d'arbitrage ait implicitement fait allusion aux tempéraments que la première a formulés relativement à l'obligation imposée aux juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours (article 177, alinéa 3 du traité CE) (223). Outre

(218) V. par exemple l'arrêt n° 72/93 précité qui n'hésite pas à se prononcer sur la répartition des compétences entre la Communauté européenne et l'État belge en matière de politique agricole (B.2.4.).

(219) En ce sens, ERGEC, *op. cit.*, 1995, p. 221. Sur l'applicabilité immédiate et l'applicabilité directe objective des directives, v. *supra* n° 13 et 27.

(220) Arrêts n° 7/95, B.5., et n° 8/95, B.14., précités.

(221) Arrêt n° 8/95, B.16, précité. L'arrêt dispose également que l'égalité de traitement entre les piles dangereuses et les autres n'empêche pas que d'autres mesures puissent être prises à l'égard des seules piles dangereuses pour satisfaire à la directive 91/157 CEE, notamment son article 6 qui oblige les États membres à promouvoir la mise sur le marché de piles moins dangereuses et/polluantes (B.15.5). V. aussi l'arrêt du 2 février 1995, n° 10/95 (B.3.5.) visant la directive 85/339 CEE du 27 juin 1985 relative aux emballages, et l'arrêt n° 37/95 précité (B.7.4.).

(222) V. les arrêts « écotaxes » n° 7/95 et 8/95, précités.

(223) Une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours est dispensée de poser une question préjudicielle à la Cour de justice si cette juridiction constate « que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition communautaire en cause a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable » (Arrêt du 6 octobre 1982, aff. 283/81, *Cilfit*, *Rec.*, 1982, p. 3415).

que cette motivation pourrait être plus explicite, elle apparaît en l'occurrence insoutenable (224). Les autres arrêts précités visant une règle de droit communautaire font apparaître un laconisme du même acabit.

61. La Cour d'arbitrage viole-t-elle vraiment l'article 177 alinéa 3 du traité CE en ne soumettant pas à la Cour de justice des questions relatives à l'interprétation du droit communautaire ? Nous ne le croyons pas.

Si la Cour constitutionnelle était compétente pour centraliser le contrôle de compatibilité des règles belges de nature législative avec le droit communautaire, et partant pour les y confronter directement, il ne fait aucun doute qu'elle serait obligée de saisir la Cour de justice. L'on pourrait d'ailleurs admettre que tel serait le cas lorsque des règles répartitrices de compétence auxquelles doit se référer la Cour d'arbitrage visent des dispositions de droit communautaire (225).

En revanche, lorsque la Cour vise une règle de droit communautaire par le biais du principe constitutionnel d'égalité, elle applique formellement le second, et pas la première. Sans doute est-elle amenée à statuer sur une question d'interprétation du droit communautaire au sens de l'article 177 du traité CE (226). Mais cette question fait partie de son contrôle de constitutionnalité autonome qui ne préjuge en rien du pouvoir réservé — par la jurisprudence *Simmenthal* et la jurisprudence *Le Ski* — aux Cours et tribunaux et au Conseil d'État de confronter directement la loi belge avec le droit communautaire, le cas échéant en adressant une question préjudicielle en interprétation à la Cour de justice (227). Autrement dit, le partage d'attributions entre le juge de fond et le juge constitutionnel exige que l'autorité de la chose jugée attachée aux arrêts de la Cour d'arbitrage — qu'il s'agisse au demeurant d'un arrêt préjudiciel ou d'un arrêt issu d'un recours en annulation — s'apprécie au regard de sa compétence. Il en découle que

(224) MISSONE, D., « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière d'écotaxes », *Aménagement — Environnement*, 1995/3, pp. 163 et s. V. aussi, ERGEC, *op. cit.*, 1995, p. 223 ; DELGRANGE, X., et VAN YPERSELE, P., « Le juge du fond, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice », *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 1995/4, p. 430.

(225) V. *supra* n° 58 ; Dans ce cas, la jurisprudence *Simmenthal* s'opposerait sans doute à ce que les Cours et tribunaux soient empêchés d'adresser directement une question préjudicielle à la Cour de justice ; la Cour d'arbitrage ne pourrait donc connaître que de recours en annulation, et conférer le cas échéant un certificat de validité au regard du droit communautaire s'imposant au juge du fond. V. *supra* n° 48.

(226) Par analogie, la Cour de justice s'est déclarée compétente pour interpréter à titre préjudiciel des règles nationales substantiellement similaires à celles du droit communautaire (arrêts cités par X. DELGRANGE et P. VAN YPERSELE, *op. cit.*, 1995/4, p. 419, note 14).

(227) Si une même règle législative est déclarée compatible par la Cour d'arbitrage avec le principe constitutionnel d'égalité combiné à une disposition communautaire, et incompatible par la Cour de justice avec la même disposition communautaire — ou inversement —, le juge du fond en écartera l'application, se conformant ainsi à l'arrêt d'invalidation sans contrevenir à l'arrêt de validation. Comp. DELGRANGE et VAN YPERSELE, *op. cit.*, 1995/4, p. 426 ; l'hypothèse envisagée par les auteurs d'une règle législative s'avérant contraire à une règle supérieure, mais nécessaire au respect d'une autre, correspond en réalité au problème du rapport hiérarchique entre le droit communautaire et les règles de références de la Cour d'arbitrage, v. *infra*.

la Cour d'arbitrage ne statue pas *en dernier recours* sur une question de droit communautaire, et donc peut s'adresser à la Cour de justice, sans toutefois y être obligée (art. 177, al. 2 Traité CE) (228).

62. Comment la Cour d'arbitrage va-t-elle envisager les *rapports entre ses règles de référence — constitutionnelles et légales — et le droit communautaire* — conventionnel et dérivé — ? L'on sait que par le biais des questions préjudicielles en interprétation, la Cour de justice est appelée à se prononcer, fût-ce indirectement, sur la compatibilité du droit national avec le droit communautaire. L'on sait également que sa jurisprudence, en particulier l'arrêt *Simmenthal*, impose aux juridictions nationales de reconnaître la primauté du droit communautaire sur le droit national, y compris constitutionnel, et le cas échéant d'écarter l'application de la règle nationale incompatible. En principe, ce régime vaut également pour la Cour d'arbitrage qui devrait écarter « l'application » d'une de ses règles de référence contraire au droit communautaire (229). Si une question d'interprétation du droit communautaire se pose à cet égard devant la Cour d'arbitrage, l'on peut ici soutenir qu'elle constitue une juridiction de dernier recours qui devrait, à ce titre, s'adresser obligatoirement à la Cour de justice.

63. Pourtant, si la Cour d'arbitrage devait rester logique avec la jurisprudence qu'elle a développée à l'égard des traités internationaux, la remise en question constitutionnelle, voire légale, des traités communautaires — voire du droit dérivé — par le biais de leur loi d'assentiment relèverait de l'ordre du possible. A cet égard, la Cour a été saisie d'un recours en annulation contre la loi du 26 novembre 1992 portant approbation du Traité sur l'Union européenne en ce que son article 8 B instaurant une citoyenneté européenne contrevient au principe constitutionnel d'égalité combiné avec l'article 8 de la Constitution (anciennement article 4, alinéa 2) réservant aux seuls Belges la capacité électorale (230). Si la Cour ne s'est pas prononcée sur l'issue du conflit de norme en jugeant le recours irrecevable pour défaut d'intérêt (231), partie n'est que remise lorsqu'elle sera saisie d'une question préjudicielle portant sur la validité de ladite loi d'approbation.

64. Dans son Rapport à la Conférence des Cours constitutionnelles européennes de 1992, la Cour indique seulement que le contrôle de constitutionnalité des traités européens « ne pourra être pris en compte sans tenir compte de l'article 25bis (aujourd'hui 34) de la Constitution relatif à l'attribution de pouvoirs déterminés à des institutions de droit international

(228) *Contra*, ERGEC, *op. cit.*, 1995, p. 225 ; comp. avec p. 215. V. aussi *supra*, n° 50.

(229) Comp. *supra*, n° 51.

(230) X. DELGRANGE et P. VAN YPERSELE évoquent également la possibilité de voir un conflit entre l'article 4 de la Constitution et le droit communautaire, *op. cit.*, 1995/4, p. 427.

(231) C.A., 18 octobre 1994, n° 76/94. Pour une critique de cet arrêt, v. DELGRANGE, X., « La Cour d'arbitrage et le citoyen », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, *op. cit.*, 1995, pp. 242 à 244.

public telles que les Communautés européennes » (232). Toutefois, l'on a déjà dit que l'article 34 de la Constitution réussit au mieux à fonder la primauté du seul droit dérivé. En toute hypothèse, l'on a aussi montré les inconvénients à fonder la primauté du droit communautaire dans l'article 34 de la Constitution : difficulté logique d'en déduire la primauté sur la Constitution elle-même, incompétence de la Cour pour se référer à l'article 34 de la Constitution (233).

65. L'on doit enfin relever l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 1990 statuant sur le recours en annulation de certaines dispositions de la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du parlement européen (234). La Cour jugea :

« aucune disposition de l'Acte du Conseil des Communautés européennes du 20 décembre 1976 ne peut être interprétée en ce sens que celui-ci permettrait au législateur de négliger les dispositions constitutionnelles lors de l'élaboration de la procédure d'élection. Le principe général de droit en vertu duquel l'Acte du Conseil prime le droit interne et même la règle constitutionnelle n'est, dès lors, pas pertinent en la matière ».

Faut-il comprendre *a contrario* que la Cour est prête à écarter une de ses règles de référence constitutionnelle — et partant l'article 3, § 2 de la loi spéciale précitée — lorsque la règle communautaire le lui « permettrait » expressément ? L'on ne peut qu'attendre l'évolution de la jurisprudence de la Cour pour pouvoir comprendre toute la portée d'une telle affirmation (235).

Conclusions de la section II

66. En toile de fond à la controverse entre le Procureur général près la Cour de cassation J. Velu et la Cour d'arbitrage apparaissent deux positions théoriques fondamentales différentes concernant la question des rapports entre le droit interne et le droit international conventionnel ou le droit communautaire

Celle du Procureur général défend la primauté des traités sur le droit interne, y compris la Constitution, du moins dès que ceux-ci ont été introduits dans l'ordre interne. Cette conception, d'inspiration moniste, semble postuler que la loi d'assentiment participe au processus de création d'un ordre juridique unique fusionnant l'ordre juridique étatique à celui des traités réceptionnés. Dans la lignée de l'arrêt *Le Ski*, elle fonde la primauté de ces derniers sur la « nature même » du droit international. Si cette thèse a la mérite de la cohérence et fait part d'un internationalisme de bon aloi, elle paraît quelque peu excessive puisque, on l'a dit, le droit international

(232) Rapport de la Cour d'arbitrage, *op. cit.*, 1992, p. 44.

(233) V. *supra*, n° 41.

(234) N° 26/90, 3.B.3.

(235) Sur cet arrêt, v. VELU, *op. cit.*, Bruylant, 1992, p. 135 ; ERGEC, *op. cit.*, 1991, p. 647.

général ne se prononce pas sur le problème de l'autorité interne des traités. Au mieux pourrait-on interpréter notre système constitutionnel comme prévoyant une règle de conflit donnant priorité aux traités, y compris sur la Constitution. Mieux encore, le pouvoir constituant pourrait énoncer lui-même expressément une telle règle de conflit.

La position de la Cour d'arbitrage consacre quant à elle la primauté de la Constitution, voire de certaines lois. Faut-il rappeler que nul juge n'est en droit, dans l'ordre juridique belge, de contrôler directement la constitutionnalité des traités, ni en tant que tels, ni par le biais d'un éventuel acte du Roi détachable de la convention bi/multilatérale. Par contre, la Cour d'arbitrage serait compétente, selon elle, pour sanctionner dans une certaine mesure la constitutionnalité de traités en vigueur par l'entremise de la loi d'assentiment. Ce serait le législateur spécial lui-même qui le lui enjoindrait. Cette position nous semble raisonnable, du moins tant que le législateur spécial ne manifeste pas une volonté contraire. D'un point de vue théorique, cette thèse de tendance dualiste suppose que les traités, comme toutes les autres règles de droit interne qui trouvent leur fondement dans la Constitution, restent subordonnés à la Constitution.

67. Comment situer la jurisprudence de la Cour d'arbitrage relative au droit international conventionnel face à la jurisprudence *Le Ski* de la Cour de cassation ? Même en admettant que l'arrêt *Le Ski* ne se prononce pas sur les conflits impliquant la Constitution, la question mérite d'être posée à un double titre.

D'abord parce que la Cour d'arbitrage compte, parmi ses normes de référence, des règles de valeur légale. Ainsi, dans deux cas de figure — qui ne font par ailleurs qu'exprimer deux facettes d'une même question —, la Cour d'arbitrage pourrait mettre à mal le principe de la primauté des traités sur la loi interne : soit en négligeant d'évaluer la compatibilité de ses normes de référence légales avec les dispositions internationales comme le fait le Conseil d'État, soit en opérant un contrôle indirect de légalité des traités par l'intermédiaire de leur loi d'assentiment.

Ensuite et surtout, la Cour d'arbitrage a implicitement, mais sûrement, remis en cause le fondement théorique moniste de la primauté interne des traités dans la nature du droit international. On aperçoit donc l'utilité que le pouvoir constituant insère dans la Constitution une disposition telle que son antique projet d'article 107 *bis* afin de prévoir expressément la primauté des traités sur la loi postérieure (236). Comme alternative, il nous paraît difficile de fonder la primauté des traités sur la loi interne dans l'ar-

(236) L'article 3, § 2 de la loi spéciale précitée sur la Cour d'arbitrage deviendrait du même coup inconstitutionnel, du moins en ce qu'il implique la primauté de certaines lois sur les traités.

ticle 167 de la Constitution (237). C'est le même type de raisonnement qui fonderait, plus aisément, la primauté du droit dérivé des organisations internationales dans l'article 34 de la Constitution. Ceci dit, il faut rappeler le danger de fonder la primauté des traités ou du droit dérivé dans la Constitution : la sanction judiciaire de cette primauté reviendrait à un contrôle de constitutionnalité des lois qu'il faudrait alors expressément admettre.

68. Qu'en est-il de la spécificité communautaire en ce qui concerne la primauté interne. L'ordre juridique belge ne l'a jamais contestée, sans pour cela en tirer des conséquences juridiques particulières, si ce n'est la reconnaissance plus aisée de la primauté du droit communautaire sur la Constitution. Même la Cour d'arbitrage semble disposée à envisager cette hypothèse. Reste que, à moins de se rallier aux thèses monistes de J. Velu qui s'appliquent *a fortiori* au droit communautaire, le fondement théorique de la primauté du droit communautaire reste incertain. Les remarques faites au paragraphe précédent sur le fondement constitutionnel de la primauté restent valables pour le droit communautaire. Certes l'arrêt *Le Ski* se réfère à la limitation de l'exercice des pouvoirs souverains des États, paraphrasant en cela l'arrêt de la Cour de justice *Costa c. ENEL*. La faiblesse de l'argument — qui, à la limite, peut justifier la primauté du droit dérivé, mais pas celle des traités communautaires eux-mêmes — a été montrée ailleurs (238).

Comment alors justifier dans l'ordre interne la primauté du droit communautaire. Nous avons émis l'hypothèse dans l'introduction à cette seconde section que la primauté « interne » du droit communautaire ne faisait que traduire l'expression de la volonté des parties contractantes telle que révélée par la Cour de justice. Ainsi, en introduisant dans l'ordre interne les traités communautaires en tant que tels, conformément à la nature de la loi d'assentiment, on introduit également la règle de la primauté interne, y compris sur la Constitution pour autant que telle en soit l'interprétation qu'en fait la Cour de justice dont les décisions sont immédiatement applicables dans l'ordre interne (239).

(237) V. *supra* n° 42. La thèse mérite cependant réflexion. On pourrait en effet voir dans l'article 167 de la Constitution une sorte de règle de compétence conjointe du Roi et des Chambres pour participer au processus de création de traités applicables comme tels dans l'ordre interne. Cette compétence serait concurrente à celle du pouvoir législatif (dont fait aussi partie le Roi) qui peut régler les mêmes matières. S'il s'agissait d'une compétence concurrente *cumulative*, force serait de déceler dans l'article 167 une règle de conflit. Le risque serait d'y trouver plus facilement le principe '*Lex posterior...*' que la règle de primauté des traités. En revanche, l'on pourrait aussi y voir une compétence concurrente *alternative* au profit des traités. Sur la notion de compétence concurrente, voir BRIBOSIA et VAN BOXSTAEL, *op. cit.*, 1994, pp. 57 et s., et 79 et s. Comp. BROUWERS et SIMONART, *op. cit.*, 1995, p. 15.

(238) DE WITTE, *op. cit.*, 1984, p. 438.

(239) Comp. avec la décision de 9 juin 1971 du Bundesverfassungsgericht, citée par B. DE WITTE, *op. cit.*, 1984, p. 451.

REMARQUES FINALES

69. En guise de conclusion, l'on voudrait émettre l'hypothèse que la position plus ou moins moniste ou dualiste d'un ordre juridique étatique ne tient pas tant à sa tendance à appliquer directement des traités ou à leur reconnaître la primauté dans l'ordre interne ; cette position s'analyse plus fondamentalement à la lumière des exigences constitutionnelles relatives à l'applicabilité interne proprement dite de ceux-ci. En Belgique, comme ailleurs, cette problématique se focalise sur deux questions. Quelle est la nature de la loi d'assentiment aux traités ? Dans quelle mesure l'applicabilité interne des traités peut-elle être remise en cause par un organe étatique ?

La conception — moniste par excellence — de la loi d'assentiment y voit, non un acte de réception interne, mais une formalité habilitante déterminant seulement la constitutionnalité extrinsèque de l'acte du Roi lorsqu'il conclut un traité. Dans une telle perspective, l'applicabilité interne du traité ne dépend que de son entrée en vigueur dans l'ordre international. En outre, il est peu probable — du moins dans l'état actuel du droit belge — qu'un tel manquement à cette formalité puisse d'aucune manière être sanctionné, et partant, que l'applicabilité interne du traité soit remise en question. L'autre conception de la loi d'assentiment est d'y voir un acte de réception interne. La plus dualiste y voit même un acte de transformation des traités dont l'intangibilité est la même que celle de la norme interne qui en a incorporé le contenu, indépendamment de leur obligatorité internationale.

En Belgique, il est généralement accepté que l'acte d'assentiment corresponde à une loi formelle (plus précisément, une décision individuelle) qui introduit les traités dans l'ordre interne, ce qui les y rend applicables comme tels. Ici encore, l'on peut considérer que l'attitude de l'ordre juridique étatique sera considérée comme d'autant moins dualiste que ses organes acceptent de se référer aux termes mêmes des traités — pour peu qu'ils se soient exprimés — pour statuer sur leur applicabilité interne. Si la réponse est positive, les organes étatiques peuvent également se référer à la volonté des parties contractantes pour prendre acte des modalités de réception interne (applicabilité immédiate ?, transformation ou introduction ?), pour décider du type d'effet interne (direct ?, subjectif et/ou objectif ?), voire pour en déterminer l'autorité interne (primauté ?). Enfin, la marque du monisme se retrouve également dans l'intangibilité des traités applicables dans l'ordre interne tant qu'ils sont en vigueur dans l'ordre international. Telle fut la position de la Belgique pendant de nombreuses années. Le législateur ne pouvait — et ne peut toujours pas — supprimer l'applicabilité interne des traités en vigueur en abrogeant simplement leur loi d'assentiment ; les juges ne pouvaient statuer sur la constitutionnalité des traités, ni directement, ni indirectement. L'on a vu qu'il n'en va plus de

même depuis la création de la Cour d'arbitrage qui se reconnaît la compétence d'exercer un contrôle de constitutionnalité des traités, fût-il limité, par l'entremise de leur loi d'assentiment.

RÉFÉRENCES

- BOSSUYT, M., « The direct applicability of international instruments on human rights », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, S.B.D.I., Collection du droit international, 1980.
- BRIBOSIA, H., et VAN BOXSTAEL, J.L., *Le partage des compétences dans la Belgique fédérale*, préface d'E. CEREXHE, La Charte, Bruges, 1994.
- BROUWERS, Ph., et LEJEUNE, Y., « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », obs. sous C.A., arrêt du 16 octobre 1991, *J.T.*, 1992, p. 670.
- BROUWERS, Ph., et SIMONART, H., « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, p. 7.
- COPPENS, « Observations sous C.E., 10 novembre 1989 », *J.T.*, 1990, p. 611.
- Cour d'arbitrage de Belgique, Rapport à la IX^{ième} conférence des Cours constitutionnelles du 10 au 13 mai 1993 présenté par M. MELCHIOR et L. DE GREVE, *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité*, Bruxelles, décembre 1992, ronéotypé.
- DEHOUSSE, F., *La ratification des traités. Essai sur les rapports des traités et du droit interne*, Recueil Sirey, Paris, 1935.
- DELGRANGE, X., et KEPPELNE, J.P., « Convergences et divergences dans le contrôle constitutionnel de la non-discrimination et de l'union économique et de l'unité monétaire », in : DELGRANGE, X., (coord.) *L'union économique et monétaire en Belgique*, Actes de la journée d'étude du 15 mai 1992, La Charte, 1993, p. 90.
- DELGRANGE, X., et VAN YPERSELE, P., « Le juge du fond, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice », *Revue Belge de Droit Constitutionnel*, 1995/4, p. 413.
- DELGRANGE, X. « La Cour d'arbitrage et le citoyen », in *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, op. cit., 1995, pp. 242 à 244.
- DELVA, J., « De impact van het Europese verdragsrecht op de rechtspraak van het Arbitragehof — Een poging tot kritische doorlichting », *T.B.P.*, 1995, p. 637.
- DE STEXHE, P., *La révision de la Constitution belge 1968 — 1971*, Bruxelles, Larcier, 1972.
- DE VISSCHER, P., « Droit et jurisprudence belges en matière d'inexécution de conventions internationales », *R.B.D.I.*, 1965, p. 123
- DE VISSCHER, P., « Les positions actuelles de la doctrine et de la jurisprudence belges à l'égard du conflit entre le traité et la loi », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève 1968, p. 605.
- DE VISSCHER, P., « La constitution belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1986, p. 5.
- DE WITTE, B., « Retour à 'Costa' — La primauté du droit communautaire à la lumière du droit international », *R.T.D.E.*, 1984, p. 429.

- DUMON, F., « Conflits entre les normes résultant des traités ayant institué les Communautés européennes et celles des droits nationaux des États membres », *R.I.D.C.*, 1965.
- DUMON, F., « Les rapports entre le droit constitutionnel et le droit international », in : *Le nouveau droit constitutionnel*, Rapports belges au II^e Congrès mondial du droit constitutionnel, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 205.
- ERGECE, R., « La Cour d'arbitrage et l'assentiment aux traités internationaux », in *Mélanges Vander Elst*, Ed. Némésis, 1986, p. 267.
- ERGECE, R., « Le contrôle juridictionnel de l'administration dans les matières qui se rattachent aux rapports internationaux : actes de gouvernement ou réserve de pouvoir discrétionnaire ? », *R.D.I.D.C.*, 1986, p. 72.
- ERGECE, R., « Note. Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1991, p. 622.
- ERGECE, R., « La Cour d'arbitrage et le juge international et européen », in DELPÉRÉE, F., RASSON-ROLAND, A., et VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage. Dix ans de jurisprudence constitutionnelle*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 205.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Vues comparatives sur l'ordre juridique communautaire et l'ordre juridique national dans les droits belges, néerlandais et luxembourgeois », *R.I.D.C.*, 1966, p. 797.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Réflexions sur le droit international et la révision de la constitution », discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation du 2 septembre 1968, *J.T.*, 1968.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire », traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation du 1^{er} septembre 1969, *J.T.*, 1969, p. 537 ; également publié avec quelques modifications sous le titre « Le juge belge et le droit international », *R.B.D.I.*, 1970/2, p. 409.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., conclusions avant Cour de Cassation, 27 mai 1971, *Bull. et Pasirisie*, 1971, I, 886.
- GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « La règle d'application directe — Conclusions », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, S.B.D.I., Collection de droit international, 1980.
- HAYOIT DE TERMICOURT, R., « Le conflit traité — loi interne », traduction du discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation du 2 septembre 1963, *J.T.*, 1963, p. 481.
- JOLIET, R., *Le droit institutionnel des Communautés européennes*, Faculté de Droit, d'économie et de Sciences sociales, 1983.
- LAMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruxelles, 1987.
- LEJEUNE, Y., « § 2. — La conduite des relations internationales », in *La Belgique fédérale*, Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 313.
- LENAERTS, K., « The Application of Community Law », *C.M.L.R.*, 1986, p. 253.
- LEROY, M., « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », Observations sous C.E., 6 septembre 1989, n° 32.989, *R.T.D.H.*, 1990, p. 190.
- LOUIS, J.V., « Le droit belge et l'ordre juridique international », *J.T.*, 1972, p. 437.
- LOUIS, J.V., « La primauté du droit international et du droit communautaire après l'arrêt 'Le ski' », in *Mélanges Fernand Dehousse*, Bruxelles, 1979, p. 235.

- LOUIS, J.V., « Cour d'arbitrage, droit international et droit communautaire », *J.T.*, 1980, p. 436.
- LOUIS, J.V., « La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, p. 23.
- MARESCEAU, M., « De directe werking in het europees gemeenschapsrecht », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, S.B.D.I., Collection de droit international, 1980.
- MASQUELIN, J., *Le droit des traités dans l'ordre juridique et dans la pratique diplomatique belges*, Bruxelles, Bruylant, 1980.
- MELCHIOR, M., « Constitution et organisations internationales. Le problème de la supranationalité », in : *Le nouveau droit constitutionnel*, Rapports belges au II^e Congrès mondial du droit constitutionnel, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 321.
- MISSONE, D., « La jurisprudence de la Cour d'arbitrage en matière d'écotaxes », *Aménagement — Environnement*, 1995/3, p. 151.
- MUÛLS, F., *Le traité international et la Constitution belge*, Bruxelles 1934, (également publié dans la *R.D.I.L.C.*, 1934, p. 451).
- NAOMÉ, C., « Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *B.D.I.D.C.*, 1994, p. 24.
- PESCATORE, P., note d'observations sous l'arrêt *Le Ski*, *C.D.E.*, 1971, p. 564.
- PLOUVIER, « La primauté du droit international et du droit communautaire en Belgique », *R.M.C.*, 1972, p. 171.
- RIGAUX, F., « La jurisprudence belge après l'arrêt Marckx », Note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 3 octobre 1983, *R.C.J.B.*, 1984/4, p. 616.
- ROLIN, H., « La force obligatoire des traités dans la jurisprudence belge », *J.T.*, 1953, p. 561.
- SALMON, J.J.A., « Le rôle de la Cour de Cassation belge à l'égard de la coutume internationale », *Miscellanea Gansof van der Meersch*, 1972.
- SALMON, J., « Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de Cassation », *J.T.*, 1971, p. 509 et s. et 529 et s.
- SALMON, J., *Conseil d'État — contentieux de l'indemnité — contentieux de l'annulation*, Bruxelles, Bruylant, 1987.
- VAN YPERSELE, P., « Quelques réflexions 'catastrophistes' sur les risques que comportent les divergences de contrôle en matière d'union économique et d'unité monétaire », in : DELGRANGE, X., (coord.) *L'union économique et monétaire en Belgique*, Actes de la journée d'étude du 15 mai 1992, La Charte, 1993.
- VERDUSSEN, M., « La Cour d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1994, p. 438.
- VELU, J., « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, S.B.D.I., Collection de droit international, 1980.
- VELU, J., *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Discours prononcé par M. J. Velu, premier avocat général, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992 ; également publié en version abrégée dans le *Journal des tribunaux*, 1992, p. 729 et s. et p. 749 et s.
- VERHOEVEN, J., « Jurisprudence belge relative au droit international », *R.B.D.I.*, 1973, p. 636 ; 1975, p. 677 ; 1976, p. 648 ; 1978-1979, p. 722 ; 1981-1982, p. 271 ; 1983, p. 759 ; 1986, p. 342.

- VERHOEVEN, J., note sous Conseil d'État, 7 octobre 1968, *Corveleyn, J.T.*, 1969, p. 694.
- VERHOEVEN, J., « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », in *L'effet direct en droit belge des traités internationaux en général et des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme en particulier*, S.B.D.I., Collection de droit international, 1980.
- VERHOEVEN, J., « A propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », Note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 1982, *R.C.J.B.*, 1984/2, p. 275.
- VERHOEVEN, J., « Sources et principes du droit des gens et ordre juridique belge : certitudes et vraisemblance », *Hommage à Paul De Visscher*, Paris, Pédone, 1984.
- VERHOEVEN, J., « Applicabilité directe des traités et 'intention des parties contractantes' », *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 895.
- WAELEBROEK, M., « Le juge belge devant le droit communautaire », *R.B.D.I.*, 1965/2, p. 348.
- WAELEBROEK, M., « Effets internes des obligations imposées à l'État », *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles, 1972, p. 575.
- WAELEBROEK, M., « Considérations sur le rôle du juge belge face au droit international », *Rivista di diritto internazionale*, LVI, 1973.
- WAELEBROEK, M., Note après l'arrêt de la Cour de cassation du 21 avril 1983, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux », *R.C.J.B.*, 1985.
- WIGNY, P., *La troisième révision de la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 363 et s. ;
- WYTINCK, P., « The Application of Community Law in Belgium (1986-1992) » *C.M.L.R.*, 1993, p. 981.