Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne

Rasson-Roland, Anne; Rasson, Anne-Catherine

Published in:
Semper perseverans

Publication date:
2020

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Rasson-Roland, A & Rasson, A-C 2020, L'effet direct du droit de l'enfant à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne. dans *Semper perseverans: liber amicorum André Alen.* Intersentia, Antwerpen, pp. pp. 739-751.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 03. Jul. 2025

L'EFFET DIRECT DU DROIT DE L'ENFANT À CE QUE SON INTÉRÊT SOIT UNE CONSIDÉRATION PRIMORDIALE DANS TOUTE DÉCISION QUI LE CONCERNE

Anne RASSON-ROLAND
Référendaire honoraire à la Cour constitutionnelle
Professeure à l'Université catholique de Louvain

Anne-Catherine RASSON
Maître de conférences à l'Université de Namur
Membre de l'Unité Droits de l'Enfant du Centre Vulnérabilités & Sociétés de l'Université de Namur et du Centre interdisciplinaire des droits de l'enfant

INTRODUCTION

En 1995, André Alen publiait, avec Wouter Pas, un article intitulé « L'effet direct de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant ».[1] Après des considérations générales sur l'effet direct des traités, ils examinaient « dans quelle mesure les dispositions de la Convention ont un effet direct de sorte qu'elles ne requièrent plus aucune autre mesure d'exécution des organes étatiques et peuvent être invoquées devant un juge interne »[2], non sans relever qu'il ne s'agissait pas « d'une sinécure ».[3]

Ainsi, « dès avant l'assentiment parlementaire qui lui fut donné, la question de l'effet direct [de la Convention relative aux droits de l'enfant] suscita la perplexité, voire la controverse au sein de la doctrine ».[4]

1 A. ALEN et W. PAS, « L'effet direct de la Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, n° 144, avril 1995, pp. 164-171.

2 *Idem*, p. 168.

3 *Idem*, p. 164.

4 S. VAN DROOGHENBROECK, « L'applicabilité directe et ses succédanés. La Convention relative aux droits de l'enfant. Observation sous C.E., n° 209.941, 21 décembre 2010 et Cass., 11 juin 2010 », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit européen et international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 199.

Dans leur article, André Alen et Wouter Pas proposent des conclusions novatrices et didactiques qui sont encore régulièrement relayées dans la doctrine. S'agissant de la Convention relative aux droits de l'enfant, ils relevaient notamment l'importance particulière de son caractère exécutoire sur le plan interne, « étant donné que sa force exécutoire est, sur le plan international, pratiquement inexistante ».[5] Le mécanisme de contrôle se limitait, en effet, à l'obligation pour l'État de soumettre des rapports au Comité des droits de l'enfant et n'offrait pas de possibilité de recours au particulier, comme la Convention européenne des droits de l'homme, par exemple.[6] Ils soulignaient ensuite la complexité de la Convention qui regroupe à la fois des droits civils et des droits économiques, sociaux et culturels, mais relativisaient l'impact de cette complexité dès lors que, de manière générale, « même les droits fondamentaux classiques peuvent impliquer une obligation positive pour l'État et que même les droits fondamentaux socio-économiques contiennent par le biais de l'obligation de « *standstill* », des obligations négatives ».[7] Dès lors que c'est plus particulièrement au juge national de trancher l'effet direct d'une norme, les auteurs précisaient que, sous son impulsion, une « évolution des conceptions relatives à l'effet direct d'une disposition d'un traité » était permise.[8]

André Alen et Wouter Pas mentionnaient à titre d'illustration un arrêt de la Cour de cassation de France du 10 mars 1993[9], qui, recourant au critère subjectif, excluait l'effet direct de la Convention dès lors qu'elle « ne crée des obligations qu'à la charge des États parties ». Les auteurs critiquaient cette thèse, « trop peu nuancée » à leur estime, et plaidaient pour que l'attention soit portée sur « la nature de l'engagement ».[10] Ils s'interrogeaient en outre sur la généralité d'un tel jugement : seule une approche article par article était admissible à leurs yeux.

Plus concrètement, les auteurs constataient que l'effet direct des dispositions de la Convention qui reprennent ou renforcent des droits fondamentaux protégés par la Convention européenne des droits de l'homme et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne pouvait pas être contesté puisque ces deux traités ont effet direct. Ils s'attardaient enfin sur quelques dispositions de la Convention « tout particulièrement axées sur les problèmes de l'enfant ».[11]

* * *

5 A. Alen et W. Pas, *op. cit.*, p. 168.

6 Depuis lors, le 19 décembre 2011, un Protocole facultatif établissant une procédure de présentation de communications auprès du Comité des droits de l'enfant a été adopté.

7 A. Alen et W. Pas, *op. cit.*, p. 169.

8 *Idem*, p. 167.

9 La jurisprudence de la Cour de cassation de France a, depuis cet arrêt, considérablement évolué. *Cf. infra* point II.

10 Alen et W. Pas, *op. cit.*, p. 169.

11 *Idem*, pp. 169-171.

Vingt-cinq ans plus tard, le débat sur l'effet direct de la Convention relative aux droits de l'enfant est encore ouvert et s'est prolongé en droit constitutionnel belge avec l'insertion dans la Constitution de l'article 22*bis*, qui consacre certains droits spécifiques de l'enfant.

Nous avons choisi de consacrer les lignes qui suivent à cette thématique, en hommage à celui que nous honorons dans cet ouvrage. Dans le cadre limité de cette contribution, nous nous concentrerons sur la question de l'effet direct de l'un des droits spécifiques de l'enfant, à la fois original[12] et incontournable, son droit à ce que son intérêt soit une considération primordiale dans toute décision qui le concerne.

Tout d'abord, nous évoquerons brièvement la notion d'effet direct. Ensuite, nous nous attarderons sur les décisions des hautes juridictions belges s'agissant de l'effet direct de l'article 3.1 de la Convention et de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution. Enfin, nous proposerons, modestement, quelques réflexions critiques ouvrant sur de nouvelles perspectives.

I. PROLÉGOMÈNES : LA NOTION D'EFFET DIRECT

A. L'EFFET DIRECT DE LA NORME INTERNATIONALE

« Aborder l'effet direct revient à s'engager dans une voie à l'issue incertaine tant sont nombreux les obstacles qui la jalonnent ».[13] Les divergences de point de vue et l'abondance de littérature en la matière sont tels que la synthèse que nous esquissons ici sera inévitablement très schématique et peu nuancée.

L'effet direct ou l'applicabilité directe que nous considérons, à l'instar d'autres auteurs, comme synonymes[14] est la « caractéristique d'une disposition de droit international conférant à son destinataire le droit de s'en prévaloir en justice ».[15]

Dans une conception restrictive, l'effet direct est « l'aptitude d'une règle 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 ».[16] Cette aptitude permet ainsi « aux justiciables de tirer des droits et obligations d'une norme au

12 S. Van Drooghenbroeck, *op. cit*, p. 200.

13 I. Hachez, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversabilité relative*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 257.

14 I. Hachez, « Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : *focus* sur la notion polysémique d'effet direct », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 27 mai 2015, p. 2.

15 J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 413.

16 J. Verhoeven, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, p. 243.

sujet de laquelle des États ont assumé des obligations réciproques ».[17] Il s'agit d'une conception « subjectiviste », qui implique le fait que l'effet direct doit conférer des droits subjectifs pour être reconnu. Dans la conception large, l'effet direct se situe « sur le plan du droit objectif »[18] et recouvre « l'hypothèse dans laquelle une norme sert de base à l'exercice d'un contrôle de conformité des mesures étatiques et ce, quand bien même la norme en question ne conférerait pas de droit subjectif à celui qui s'en prévaut »[19], se confondant, si l'on veut, avec le concept d'invocabilité. L'approche graduelle, développée entre autres par André Alen et Wouter Pas, « s'adosse à cette conception large de la notion, tout en l'affinant, l'idée étant que chaque disposition normative présente un certain degré d'effet direct ».[20]

Suivant la jurisprudence classique, « la notion d'applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'État qui l'a conclu implique que l'obligation assumée par cet État soit exprimée d'une manière complète et précise [critère objectif] 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 [critère subjectif] ».[21] Isabelle Hachez souligne qu'« en pratique, cependant, l'intention des États parties est rarement exprimée de manière explicite, à telle enseigne qu'elle est recherchée au travers de la précision et de la clarté de la norme. Dans ce cas, le critère subjectif tend à se confondre avec le critère objectif. Sous l'impulsion du droit européen, la tendance générale consiste aujourd'hui à privilégier la clarté et la précision de la norme par rapport à l'intention des parties, voire même en contradiction de celle-ci ».[22] André Alen et Wouter Pas écrivent dans le même sens que « la nature de l'engagement, tel qu'il est exprimé suffisamment clairement dans une règle qui est formulée de manière complète et précise, est déterminante. C'est sur cette considération que le juge doit s'appuyer pour conclure éventuellement à l'effet direct même si les parties contractantes ne l'ont pas voulu expressément ».[23] Jacques Fierens ajoute finement que « ce n'est finalement pas tant la précision qui permet le contrôle des tribunaux que

17 A. Alen et W. Pas, *op. cit.*, p. 165.

18 I. Hachez, *Le principe …*, *op. cit.*, p. 259.

19 *Idem*. Voy. Aussi O. De Schutter note sous Cass., 20 décembre 1990, in O. De Schutter et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 118 et 119.

20 I. Hachez, « La pertinence de l'exigence d'applicabilité directe selon le type de contentieux. Observation sous C.C. n° 106/2003, 22 juillet 2003 », in S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le droit européen…*, *op. cit.*, p. 179. Voy. A. Alen et W. Pas, *op. cit.* pp. 166-167 et P. Lemmens, « De rechten van het kind als grondrechten in de belgische rechtsorde », *Kinderrechten in België*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 43-44.

21 Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note Michel Aelbroek.

22 I. Hachez, « Précision…, *op. cit.*, p. 3. Voy. aussi H. Vanderlinden, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », *R.W.*, 2008-2009, n° 29, p. 1205.

23 A. Alen et W. Pas, *op. cit.*, p. 166.

le contrôle des tribunaux qui donne la précision ».[24] Dans ce contexte, certains auteurs proposent une approche contextualisée de l'effet direct qui vise à l'examiner « à l'aune du contexte normatif au sein duquel l'application de la norme est requise » et « à déterminer *in concreto*, et non plus *in abstracto*, la marge d'appréciation conférée par la norme à son débiteur ».[25] Le juge détient ici un rôle dynamique qui permet une évolution des conceptions relatives à l'effet direct.[26]

B. L'EFFET DIRECT DE LA NORME CONSTITUTIONNELLE : L'EXEMPLE DE L'ARTICLE 22*bis* DE LA CONSTITUTION

Les principes qui précèdent concernent aussi certaines dispositions constitutionnelles, dont l'article 22*bis* de la Constitution.[27]

Adopté, dans une première mouture, en 2000, il affirme le droit à la protection de l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle de l'enfant. Il a, ensuite, été complété en 2008 pour intégrer les principes directeurs de la Convention relative aux droits de l'enfant, soit le droit de participation des enfants (alinéa 2), leur droit au développement (alinéa 3) et la prise en considération de leur intérêt de manière primordiale dans toute décision qui les concerne (alinéa 4). Comme le relève la Cour constitutionnelle, les alinéas 2 à 4 de l'article 22*bis* de la Constitution ont pour objet de « mettre l'accent sur la place de l'enfant au sein de la société et sur son droit d'expression » et ont avant tout « un rôle de passerelle vers la Convention relative aux droits de l'enfant ».[28]

Si le droit au respect de l'intégrité a incontestablement un effet direct en ce qu'il vient renforcer le droit au respect de la vie privée visé à l'article 22 de la Constitution, les nouveaux droits consacrés au profit des enfants en 2008 en sont dépourvus si l'on prend en compte la volonté du Constituant.[29] Néanmoins, pour la norme constitutionnelle, c'est aussi le critère objectif de l'effet direct qui prédomine[30] de telle sorte qu'il n'est pas exclu que les juridictions reconnaissent à l'avenir, dans une approche contextualisée, un effet direct à certains de ces droits.[31] Quelle fut alors la position des hautes juridictions belges ?

24 J. Fierens, « L'efficacité juridique de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels ». *Le point sur les droits de l'homme*, Liège, Commission Université Palais, n° 39, Formation Permanente CUP, 2000, p. 191.

25 I. Hachez, « Précision…, *op. cit.*, p. 4 ; Avis de S. van Drooghenbroeck in *Doc. parl.*, Sénat, sess. 2004-2005, n° 3-265/3, p. 22.

26 A. Alen et W. Pas, *op. cit.*, p. 167.

27 La question s'est tout particulièrement posée lors de l'intégration des droits économiques, sociaux et culturels à l'article 23 de la Constitution.

28 C.C., 29 octobre 2015, n° 153/2015, B.11.3. La Cour se base sur les travaux préparatoires de l'article 22*bis* de la Constitution (*Doc. parl.*, Chambre, 2007-2008, 52-0175/005, pp. 6 et 7).

29 *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2003-2004, n° 3-265/1, p. 3.

30 I. Hachez, *Le principe …*, *op. cit.*, p. 276.

31 Avis de S. van Drooghenbroeck, précité, p. 21.

II. LA POSITION DES HAUTES JURIDICTIONS EN BELGIQUE

A titre liminaire, rappelons que l'effet direct est vérifié par le pouvoir judiciaire, dans le contentieux subjectif, et par le Conseil d'État, dans le contentieux objectif. La Cour constitutionnelle, quant à elle, a estimé, en 2003, que, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de normes constitutionnelles combinées avec une convention internationale, elle ne doit pas examiner si cette convention a un effet direct dans l'ordre interne, mais doit « apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique ».[32]

A. LA COUR DE CASSATION

La Cour de cassation refuse, depuis 1999, un effet direct à l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant : « bien qu'elles soient utiles à l'interprétation des textes, ces dispositions (...) ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes que pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant ; elles ne peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers ».[33] En 2012, la Cour de cassation a encore confirmé sa position à propos de l'article 3.1 et a également déclaré que les articles 24.2 et 24.3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 12 décembre 2007 n'étaient pas non plus suffisamment précis et complets pour qu'un effet direct puisse leur être reconnu.[34]

La Cour de cassation a aussi été invitée à se prononcer à plusieurs reprises sur des moyens pris de la violation de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution, dans le cadre d'un contrôle de conformité d'une norme législative.[35] Conformément à l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, elle a dû poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle de telle sorte que la question de l'effet direct ne s'est pas posée.

Enfin, l'on ne peut s'empêcher de relever le passage suivant d'un arrêt prononcé le 20 octobre 2010 :

32 C.C., 22 juillet 2003, n° 106/2003.

33 Cass., 4 novembre 1999, *Pas.*, 1999, p. 588 ; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999 p. 1481.

34 Cass., 2 mars 2012, *Rev. trim. dr. fam.*, 2012/3, p. 712. Antoine Bailleux relève la confusion opérée en l'espèce par la Cour de cassation entre la notion d'effet direct au sens large (invocabilité des dispositions internationales) et celle d'effet direct au sens strict (reconnaître des droits subjectifs aux requérants) (A. Bailleux, « La Charte des droits fondamentaux et son application sectorielle. Observation sous Cass., 2 mars 2012 », in S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le droit européen...*, *op. cit.*, p. 39, note 2).

35 Cass., 11 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, pp. 119-125 ; Cass., 2 mars 2012, *Pas.*, 2012/3, pp. 470-490 ; Cass., 19 mars 2015, *Pas.*, 2015/3, pp. 776-781.

> « Les articles 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant et 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution énoncent le principe que l'intérêt de l'enfant doit être une considération primordiale dans toutes les décisions qui le concernent. Ces règles (...) ne sont pas applicables aux poursuites pénales mues à charge de ses parents, comme celles intentées du chef d'infraction à l'article 432 du Code pénal. En tant qu'il invoque ces dispositions, le moyen, en cette branche, manque en droit. »[36]

L'article 3.1 n'est donc pas écarté pour absence d'effet direct. Cet arrêt, dans lequel les articles 3.1 et 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution sont combinés, reste cependant isolé et le courant classique de la Cour a depuis lors été confirmé.[37]

B. LE CONSEIL D'ÉTAT

Le Conseil d'État a estimé à plusieurs reprises, lui aussi, que l'article 3.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant est dépourvu d'effet direct.[38]

S'agissant de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution, il déclare en 2013 :

> *« Dergelijke algemene bepaling volstaat op zichzelf niet om toepasbaar te zijn zonder dat verdere uitwerking of precisering ervan nodig is. Dit blijkt reeds hieruit dat naar luid van het vijfde lid van hetzelfde artikel de wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel deze rechten van het kind waarborgen. »*

Il se réfère ensuite aux travaux préparatoires de la révision constitutionnelle de 2008 pour conclure :

> *« Bij gebrek aan directe werking van artikel 22bis, vierde lid, van de Grondwet kunnen de verzoekers zich niet rechtstreeks op deze bepaling beroepen om tot een onwettigheid in het bestreden arrest te besluiten. (...) ».*[39]

36 Cass., 20 octobre 2010, *Rev. dr. pén.*, 2011/2, p. 198-208, note L. Nouwynck.

37 Dans un arrêt récent du 29 janvier 2020, la Cour de cassation statue à nouveau sur un moyen pris, notamment, de la violation de l'article 22*bis* de la Constitution sans se prononcer sur la question de son effet direct. Il est cependant difficile de pouvoir en déduire un potentiel revirement de jurisprudence dès lors que le moyen n'est *in fine* pas accueilli, que l'argumentation de la Cour est très succincte et qu'elle n'y mentionne pas l'intérêt de l'enfant (Cass., arrêt n° F-20200129-3 (P.19.1003.F), 29 janvier 2020, Juridat, 25/03/2020, www.juridat.be). Voy. aussi Cass., 24 février 2014, *Pas.*, 2014/1, pp. 225-236.

38 C.E., 11 juin 1996, n° 60.097, *Jour. dr. jeun.*, 1997, p. 519 ; C.E., 30 mars 2005, n° 142.729 ; C.E., 5 août 2013, n° 224.459 ; C.E., 27 février 2014, n° 226.576 ; C.E., 6 janvier 2015, n° 229.729.

39 C.E., 29 mai 2013, n° 223630. Voy. aussi : C.E., n° 225.957, 27 décembre 2013. D'autres requêtes ont été fondées sur une violation de l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution, mais ont été rejetées pour d'autres motifs d'irrecevabilité (voy. par exemple C.E., 14 juin 2018, n° 241.794 ; n° 244.846 du C.E., 19 juin 2019, n° 246.321 ; C.E., 5 décembre 2019, n° 246.321).

III. PLAIDOYER POUR UNE RECONNAISSANCE DE L'EFFET DIRECT DU DROIT DE L'ENFANT À CE QUE SON INTÉRÊT SOIT UNE CONSIDÉRATION PRIMORDIALE DANS TOUTE DÉCISION QUI LE CONCERNE

Sans pouvoir développer ici d'autres approches dignes d'intérêt[40], nous voudrions questionner l'effet direct des dispositions relatives à l'intérêt de l'enfant, d'une part, à la lumière des critères de l'effet direct (A), d'autre part, au regard de la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle relative à l'intérêt de l'enfant (B).

A. LES CRITÈRES DE L'EFFET DIRECT

Comme développé ci-dessus, c'est plus particulièrement le critère objectif de l'effet direct d'une norme, soit le fait qu'elle soit suffisamment précise et complète pour être invoquée devant le juge sans requérir de mesure complémentaire d'exécution, qui retient l'attention.

Or, les termes des articles 3.1 de la Convention et de l'article 22*bis*, alinéa 4, sont, à notre estime, suffisamment clairs et complets. La notion d'« intérêt de l'enfant » est certes une notion ouverte, mais le droit fondamental proclamé est

40 Nous songeons, notamment, à la non-pertinence de la vérification de l'effet direct dans le cadre du contentieux objectif porté devant le Conseil d'État – qui pourrait ainsi s'aligner sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle amorcée depuis l'arrêt n° 106/2003 – ou dans le cadre d'un contrôle de conformité d'une norme par le prisme de la jurisprudence *Le Ski* de la Cour de cassation ou de l'article 159 de la Constitution (e. a. I. Hachez, « La pertinence…, *op. cit.*, pp. 180-186 ; Idem, « Précision…, *op. cit.*, pp. 7-8 ; P. Martens, « Les questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle », M. Leroy (dir.), *Actualités du droit public*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 11) ainsi qu'à l'idée séduisante de Jacques Fierens selon laquelle le droit fondamental de l'enfant à ce que son intérêt soit pris en considération de façon primordiale devrait être érigé en principe général de droit, mettant ainsi un terme au débat de l'effet direct le concernant (« L'intérêt supérieur de l'enfant et les mutilations génitales féminines », in *Prévenir et réprimer une forme de maltraitance issue de la tradition : le cas des mutilations génitales féminines*, Colloque organisé par Intact ASBL, 14 novembre 2014, [En ligne], pp. 18-19). L'on relèvera enfin que, sauf exception, la question de l'effet direct de l'article 3.1 de la Convention est devenue anecdotique, s'agissant du contrôle des normes législatives par le pouvoir judiciaire, puisque l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle priorise le contrôle de constitutionnalité au contrôle de conventionnalité (C. Horevoets, « Concours de droits fondamentaux et répartitions des compétences entre juridictions dans le contrôle de compatibilité de la loi avec les droits fondamentaux », in S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le droit européen…*, *op. cit.*, pp. 108-109).

quant à lui, selon nous, précis[41] : l'intérêt de l'enfant doit être pris en compte de façon primordiale lorsqu'une décision concerne cet enfant.[42]

Les hautes juridictions françaises, qui fondent leurs raisonnements en matière d'applicabilité directe sur « des principes analogues » à ceux des juridictions belges[43], reconnaissent d'ailleurs un effet direct à l'article 3.1 de la Convention, depuis 1997 pour le Conseil d'État[44] et depuis 2005 pour la Cour de cassation.[45] Dans son arrêt du 14 juin 2005, cette dernière précise qu'« en vertu de l'article 3.1, de la Convention de New York relative aux droits de l'enfant, disposition qui est d'application directe devant la juridiction française, ces circonstances doivent être appréciées en considération primordiale de l'intérêt supérieur de l'enfant ».[46] En Belgique, de nombreuses juridictions de fond statuent elles aussi au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant[47], que certaines considèrent en outre comme relevant de l'ordre public.[48]

L'on relèvera aussi que les « tribunaux » sont explicitement visés à l'article 3.1 de la Convention. Refuser un effet direct à cet article revient à contredire la lettre même du texte[49] et pourrait conduire à un raisonnement incongru : les tribunaux, qui doivent respecter le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans leurs décisions, ne le pourraient finalement pas, à cause de l'absence d'effet direct de la norme. Carine Laurent-Boutot, commentant les arrêts de la Cour de cassation française susmentionnés, souligne aussi que, même si l'intérêt supérieur de l'enfant est « un concept relativement flou », la position de la Cour « est adaptée aux exigences posées par le traité qui précise qu'il revient particulièrement aux tribunaux, dans leurs décisions, de prendre en compte cet intérêt supérieur. Dès lors, l'enfant dispose d'un véritable droit

41 *Contra* S. Van Drooghenbroeck, « L'applicabilité… », *op. cit.*, p. 201.

42 Dans le même sens M. Verhaegen, « L'intégration des droits de l'enfant dans la Constitution. Un progrès ? », *J.D.J.*, 2010/8, p. 18. Nous ne partageons par contre pas l'analyse de cette auteure qui distingue des obligations négatives (prendre une décision conforme à l'intérêt supérieur de l'enfant) et positives (la primauté de l'intérêt de l'enfant dans les décisions prises par les institutions) dans le droit proclamé à l'article 3.1 de la Convention. Nous ne percevons pas le fondement de cette distinction.

43 J. Fierens, « La protection de la jeunesse « communautarisée » et l'Observation générale n° 24 du Comité des droits de l'enfant – Partie I », *Act. dr. fam.*, 2019/9, p. 304.

44 C.E. fr., *Cinar*, 22 septembre 1997.

45 Cass. fr., 18 mai 2005, *Dr. famille*, 2005, comm. 156, obs. A. Gouttenoire ; Cass. fr., 14 juin 2005, *J.D.J. fr.*, pp. 58-59, comm. Jean-Luc Rongé.

46 Cass. fr., 14 juin 2005, *J.D.J. fr.*, p. 58. Voy. également e.a. Cass. fr., 20 octobre 2010, arrêt n° 933.

47 J. Fierens, « La protection… », *op. cit.*, p. 304, note 20 ; G. Mathieu, *Le secret des origines en droit de la filiation*, Waterloo, Kluwer, 2015, pp. 45 et s.

48 « Le Ministère public peut agir, indépendamment de ce débat, s'il estime que l'ordre public – soit au premier chef l'intérêt de l'enfant garanti constitutionnellement – exige son intervention » (Trib. fam. Namur, 20 mars 2019, n° 17/320/A). Voy. aussi Cass., 11 juin 2010, *Rev. trim. dr. fam.*, 2011/1, pp. 119-125.

49 Sur l'interprétation par le Comité des droits de l'enfant de la notion de « tribunaux » visée à l'article 3.1, voy. Observation générale n° 14 sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale, (art. 3, para. 1), 2013, §§ 27-29.

s'imposant aux juridictions nationales comme une obligation de le prendre en considération. »[50]

Enfin, le Comité des droits de l'enfant des Nations unies[51] souligne que l'incorporation de la Convention dans l'ordre interne, « devrait signifier que les dispositions de la Convention peuvent être directement invoquées devant les tribunaux et appliquées par les autorités nationales et que c'est la Convention qui prime en cas de conflit avec la législation nationale ou la pratique courante ».[52] S'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant, le Comité des droits de l'enfant considère que l'article 3.1 crée « une obligation intrinsèque pour les États, est directement applicable (auto-exécutoire) et peut être invoqué devant un tribunal ».[53] L'on sait que, sauf exception, ce n'est pas le rôle des instances internationales de décider des règles relatives à l'applicabilité directe d'une convention internationale dans l'ordre interne.[54] Il s'agit cependant d'un indice quant au caractère suffisamment précis et complet de la norme concernée.

B. UN MODÈLE DE JUSTICE PROCÉDURALE ET CASUISTIQUE

Ce caractère suffisamment précis et complet des dispositions analysées est encore renforcé par la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle qui place l'intérêt de l'enfant au centre des décisions judiciaires le concernant.

Au préalable, relevons avec Geoffrey Willems que, dans sa jurisprudence en matière de droit de la personne et de la famille, la Cour européenne des droits de l'Homme, privilégie « un modèle de justice casuistique et procédural qui tend à s'imposer non seulement dans le cadre de sa propre fonction de juger, mais aussi et peut-être surtout comme référence pour les États parties à la Convention. (...) Dans une perspective où le champ de ce qui peut faire l'objet d'une décision

50 C. LAURENT-BOUTOT, *La Cour de cassation face aux traités internationaux protecteurs des droits de l'Homme*, Thèse de doctorat [En ligne], 6 décembre 2006, p. 76.

51 Nous ne pourrons pas approfondir ici la question de la valeur juridique des travaux des comités onusiens et de la *soft jurisprudence*. Relevons simplement que la doctrine la plus autorisée relève que « cette vision classique, opposant de manière binaire le *dur* au *mou* et récusant la possibilité de degrés tiers de juridicité – ni tout à fait *dur*, mais pas complètement *mou* –, est en passe d'être largement dépassée par les « métissages juridiques » auxquels se livre entre autres la Cour européenne des droits de l'Homme à doses sans cesse plus élevées » (S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? A propos de l'autorité de la « jurisprudence » du Comité des droits de l'enfant », in G. MATHIEU et al. (dir.), *Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 202). L'interprétation de la Convention relève en outre certainement des compétences du Comité des droits de l'enfant (J. FIERENS, « La protection... », *op. cit.*, p. 303).

52 Observation générale n° 5 sur les mesures d'application générales de la Convention relative aux droits de l'enfant (art. 4, 42 et 44, par. 6), 2003, §§ 19 et 20.

53 Observation générale n° 14, précitée, § 6.

54 J. FIERENS, « La protection... », *op. cit.*, p. 304.

individualisée prenant en considération les spécificités de chaque cas concret est appelé à s'élargir constamment, la méthode du droit se transforme et tend à garantir, en tout premier lieu, l'accès au juge (ou à une autre instance) et des garanties de qualité procédurale ».[55]

L'auteur poursuit encore :

> « Le « plébiscite » par la Cour d'un modèle de justice « casuistico-procédural » envoie d'ailleurs aux États un message assez clair. Ils sont progressivement poussés à préférer eux aussi les « règles ouvertes » permettant une prise en considération des spécificités de chaque situation particulière aux règles générales et abstraites « automatiques » ou « absolues » dont la mise en oeuvre est nécessairement « mécanique », en assortissant pareille faveur de garanties procédurales de nature à contrer le risque d'arbitraire induit par la méthode du cas par cas. (...) ».[56]

Ce modèle de justice individuelle et procédurale mis ainsi en évidence dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a été relayé dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. La Cour précise dans plusieurs arrêts récents que « lorsqu'il élabore un régime légal en matière de filiation, le législateur doit en principe permettre aux autorités compétentes de procéder *in concreto* à la mise en balance des intérêts des différentes personnes concernées, sous peine de prendre une mesure qui ne serait pas proportionnée aux objectifs légitimes poursuivis. Tant l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution que l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant *imposent aux juridictions de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant*. La Cour européenne des droits de l'homme a précisé que, dans la balance des intérêts en jeu, il y a lieu de faire prévaloir les intérêts de l'enfant (...), bien qu'ils n'aient pas un caractère absolu (...) ».[57] La Cour précise encore dans l'arrêt n° 11/2018 que « tant le ministère public que les juridictions doivent appliquer l'article 347-1, 3°, du Code civil à la lumière de l'intérêt de l'enfant, tel qu'il est garanti par l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution et par l'article 3, paragraphe 1, de la Convention relative aux droits de l'enfant. Par conséquent, une nouvelle adoption doit être requise et autorisée chaque fois que l'exige une mise en balance des différents intérêts en jeu, l'intérêt de l'enfant étant pris en compte de manière primordiale ».[58]

55 G. WILLEMS, *Le droit de la personne et de la famille au prisme de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse de doctorat non publiée, Louvain-la-Neuve, 2014, pp. 261-262.

56 *Idem*.

57 C.C., 1er février 2018, n° 11/2018, B.7. Nous soulignons.
Voy. aussi notamment C.C., 16 février 2017, n° 24/2017, B.5., C.C., 25 mai 2016, arrêt n° 77/2016, B.5., C.C., 24 septembre 2015, n°126/2015, B.4.3., C.C., 2 juillet 2015, n°s 101 et 102/2015, B.8., C.C., 19 mars 2015, n° 38/2015, B.4.3. et C.C., 7 mai 2020, n° 58/2020, B.13, B.27.4, B.28.2.

58 Arrêt cité, B.8.2.

Dans l'arrêt n° 24/2017, la Cour juge que « la réponse à la question de savoir si l'enfant a davantage intérêt à la reconnaissance par la femme qui a consenti à sa conception qu'à la reconnaissance par un tiers dépendra des circonstances concrètes de chaque cas »[59], ce qui implique que le respect effectif du droit de l'enfant, en ce compris son droit de voir pris en compte son intérêt de manière primordiale, ne peut être assuré que par le juge chargé de statuer sur ses droits civils.

Chaque juge est donc tenu de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant dans une balance des intérêts *in concreto*. La loi qu'il doit appliquer ne peut pas faire écran à cet égard. Si elle est directement en contradiction avec l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution, combiné avec l'article 3.1. de la Convention relative aux droits de l'enfant, il lui revient de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle.[60]

Une lacune législative peut également être inconstitutionnelle. Dans son arrêt n° 94/2015, la Cour relève ainsi qu'en ce que la disposition en cause ne permet pas l'adoption d'un enfant dans les circonstances définies en B.4.2, elle n'est pas compatible avec l'article 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 21 de la Convention relative aux droits de l'enfant.[61] Et c'est au juge saisi du litige qu'il revient de corriger cette inconstitutionnalité : « dès lors que le constat de la lacune qui a été fait en B.10.1 est exprimé en des termes suffisamment précis et complets qui permettent l'application de la disposition en cause dans le respect des normes de référence sur la base desquelles la Cour exerce son contrôle, il appartient au juge *a quo* de mettre fin à la violation de ces normes ».[62]

Ces arrêts, certes rendus dans un contentieux spécifique[63], imposent ainsi au juge de vérifier dans toute décision qui concerne les enfants si une balance a été opérée entre les droits et intérêts des différentes parties et si, dans cette balance, au regard de la vulnérabilité de l'enfant, son intérêt a été une considération primordiale (mais non absolue). Comment pourrait-il satisfaire cette exigence en refusant de reconnaître un effet direct à l'article 3.1 ou 22*bis*, alinéa 4, de la Constitution ? Il s'agit là d'un indicateur important permettant de croire qu'un droit subjectif fondé sur ces dispositions peut être revendiqué devant le juge aujourd'hui.

59 Arrêt cité, B.8.2.

60 Voy. l'article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989.

61 C.C., 25 juin 2015, n° 94/2015, B.10.1.

62 Arrêt cité, B.11.

63 Il sera bien évidemment très intéressant de prolonger cette étude dans d'autres domaines.

CONCLUSION

Comme nous le souhaitions déjà en 2011[64] et comme Jacques Fierens l'écrit encore en 2019, « une évolution de la jurisprudence peut être espérée ».[65] S'il peut difficilement être plaidé que l'effet direct soit reconnu à l'ensemble des dispositions de la Convention, cet effet devrait être admis pour le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit pris en considération dans toutes les décisions le concernant. Au regard des arguments pointés et de la jurisprudence récente tant des juridictions de fond que de la Cour constitutionnelle et de la Cour de cassation française, l'espoir est permis.

Plus largement, nous pensons que la notion d'effet direct, en tant que telle, mérite d'être questionnée. Comme le relève Isabelle Hachez, l'on peut se demander « si on ne gagnerait pas tout simplement à abandonner, en matière de droits de l'Homme, la notion polysémique d'effet direct. Invocable, le traité l'est par nature, en la matière, dès lors qu'il a reçu l'assentiment des législateurs compétents. Les qualités requises de ses dispositions normatives dépendront des effets qu'on entend leur faire produire, compte tenu des limites de compétences de l'organe de contrôle sollicité et du contexte juridique au sein duquel il est appelé à statuer. (...) [Si cette approche] maintient certes un large pouvoir d'appréciation au profit du juge, sa contrepartie ne peut résider que dans une motivation accrue des décisions de justice, seule gage d'un minimum de sécurité juridique, tout comme il doit, à notre estime, continuer à composer avec le principe de la séparation des pouvoirs. »[66]

Nous plaidons ainsi pour l'évaporation du critère de l'applicabilité directe des normes internationales et constitutionnelles au profit d'un examen contextualisé de celles-ci, eu égard au métissage des normes dans un droit en réseau, tout en préservant le principe de la séparation des pouvoirs. L'effectivité des droits de l'enfant et plus généralement des droits humains serait ainsi concrètement renforcée.

64 A. Rasson-Roland et A.-C. Rasson, « Les droits constitutionnels des enfants », *in* M. Verdussen et N. Bonbled (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 1616 (s'agissant plus spécialement de l'article 22*bis* de la Constitution).

65 J. Fierens, « La protection... », *op. cit.*, p. 304.

66 I. Hachez, « Précision... », *op. cit.*, p. 11.