

Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : *focus* sur la notion polysémique d'effet direct

Isabelle Hachez



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1261>

DOI : [10.4000/revdh.1261](https://doi.org/10.4000/revdh.1261)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Isabelle 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], 7 | 2015, mis en ligne le 27 mai 2015, consulté le 08 juillet 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1261> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1261>

Ce document a été généré automatiquement le 8 juillet 2020.

Tous droits réservés

Précision et droits de l'homme dans l'ordre juridique belge : *focus* sur la notion polysémique d'effet direct

Isabelle Hachez

- ¹ Dans les actes d'un *symposium* consacré, en 2005, aux rapports entre la Cour constitutionnelle, le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat, on peut lire que : « De l'avis général, il n'y a pas matière à interprétation lorsque le texte est clair. Ainsi [...] le Conseil d'Etat se conforme [...] à la règle classique suivant laquelle la norme ne doit être interprétée que lorsqu'elle n'est pas claire ou univoque. [...] L'idée que le texte d'une loi ou d'un règlement puisse être clair et ne doive pas être interprété est cependant critiqué. Ainsi, la doctrine contemporaine estime que la décision de considérer un texte comme clair suppose déjà une forme d'interprétation. On observe toutefois que les hypothèses dans lesquelles il peut être affirmé qu'un texte ne requiert pas d'interprétation ne sont pas rares. Le consensus général disparaît donc lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est un texte clair. L'interprétation commence déjà au moment où il faut apprécier la clarté d'un texte¹. »
- ² En dépit de la relativité de notions telles que la clarté ou la précision, celles-ci n'en continuent pas moins d'être, si pas omniprésentes, en tout cas très présentes dans les débats relatifs aux droits de l'homme - et on voit mal, il est vrai, comment on pourrait totalement s'en passer. On identifiera en tout cas deux types de débats qui mobilisent ces notions au sein de l'ordre juridique belge², tout en prenant soin de préciser que, de manière générale, on ne connaît pas, en Belgique³, de jurisprudence similaire à celle du Conseil constitutionnel français érigeant la clarté et la précision d'un texte en critères normatifs et censurant les lois qui en sont dépourvues⁴.
- ³ L'exigence de clarté apparaît, tout d'abord, dans le cadre de la mise en œuvre des droits fondamentaux et des restrictions susceptibles de leur être apportées. Sachant que l'une et l'autre prérogatives relèvent en principe de la compétence du législateur, toute délégation portant sur des éléments essentiels est subordonnée, entre autres, au fait que les critères destinés à servir de lignes directrices pour l'exécutif soient établis avec

précision⁵. Mais, ajoute Patricia Popelier, « cette jurisprudence est plus claire dans ses principes que dans ses applications concrètes⁶ ». Par ailleurs, toute intervention du législateur qui a des incidences sur les droits fondamentaux doit satisfaire à des exigences de qualité matérielle, dont l'exigence de prévisibilité : singulièrement en matière pénale, les faits sanctionnés doivent être identifiés en des termes suffisamment clairs et précis pour que le destinataire de la norme puisse évaluer préalablement de manière satisfaisante quelle sera la conséquence du comportement qu'il adopte⁷. De manière plus générale, on veut éviter le « *'chilling effect'*, c'est-à-dire la paralysie de l'exercice des [...] droits [fondamentaux] que s'impose leur titulaire en raison de l'incertitude *a priori* éprouvée quant à la portée des limites qui les affectent⁸ », parce que la norme est trop imprécise et partant imprévisible⁹. Il est cependant « exceptionnel qu'une loi soit jugée inconstitutionnelle en raison de son manque de clarté ou de précision¹⁰ ».

- 4 Le second lieu où l'exigence de clarté et de précision apparaît décisive et presque omniprésente, c'est au sujet du débat relatif à la justiciabilité des droits fondamentaux, qu'ils soient consacrés par une norme internationale ou constitutionnelle, et c'est à cette question, seulement, que sera consacrée la présente étude. En Belgique, comme ailleurs, ce débat a été ravivé à la faveur de la consécration des droits économiques, sociaux et culturels, auxquels on dénie classiquement tout effet direct - ou applicabilité directe : on tient les deux notions pour synonymes - en raison de leur caractère programmatique et de leur formulation par trop imprécise¹¹. Entendue au sens strict (I), l'applicabilité directe, qui incarne le paradigme de la justiciabilité, vise la possibilité pour le particulier de revendiquer « directement » devant le juge national la disposition internationale ou constitutionnelle pour obtenir la reconnaissance du droit subjectif qu'elle consacre ou pour écarter la norme interne qui lui est contraire, et le critère qui, traditionnellement, préside à l'établissement de cette qualité réside dans le caractère suffisamment clair et précis de la disposition considérée. La portée de ce critère fait cependant l'objet d'une remise en cause par un courant doctrinal, à ce jour minoritaire, qui propose de privilégier une approche contextualisée de ce dernier. Dans le même temps, une définition large de l'effet direct (II) est venue côtoyer la définition stricte qui lui était traditionnellement réservée, de telle sorte que la notion recouvre aujourd'hui des réalités distinctes.

I. L'effet direct au sens strict, pourvoyeur de droit subjectif

- 5 L'arrêt *Thonon* rendu par la Cour de cassation le 21 avril 1983 incarne la doctrine la plus classique sur l'effet direct (1). Si selon cette approche traditionnelle, la précision et la complétude de la norme sont déterminées au départ de son libellé, d'aucuns proposent de privilégier une approche contextualisée, consistant à apprécier ces qualités à l'aune du contexte normatif au sein duquel l'effet direct de la norme est requis (2).

1. Approche classique

- 6 Aux termes de l'arrêt *Thonon*, « La notion d'applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'Etat qui l'a conclu implique que l'obligation assumée par cet Etat 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 individus¹². »

- 7 Deux enseignements découlent de ce considérant. D'une part, l'effet direct vise le fait pour des particuliers de pouvoir directement se prévaloir en justice des dispositions internationales leur conférant des droits subjectifs¹³. C'est la définition traditionnellement réservée à l'effet direct et à laquelle nous adhérons¹⁴. D'autre part, son existence est établie sur la base de deux critères cumulatifs : un critère subjectif (les parties contractantes ont-elles eu l'intention de conférer des droits subjectifs aux particuliers ?) et un critère objectif (la disposition est-elle libellée de manière complète et précise, de telle sorte, ajouterons-nous, qu'elle ne requiert pas de mesure d'exécution de l'Etat pour être appliquée ?). En pratique, cependant, l'intention des Etats 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 norme¹⁵. 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-ci¹⁶.
- 8 Tant au travers de la définition que des critères qui se dégagent de l'arrêt *Thonon*, on aperçoit le lien qui s'établit entre l'exigence de clarté et de précision et l'existence d'un droit subjectif. Le droit subjectif vise le pouvoir d'exiger d'un tiers une prestation ou une abstention entièrement déterminée par une règle de droit objectif - d'où l'exigence traditionnelle, en matière d'effet direct, que la norme internationale ou constitutionnelle soit suffisamment précise et complète pour être source de droit subjectif -, étant entendu que le débiteur ne dispose d'aucun pouvoir discrétionnaire d'appréciation¹⁷.
- 9 On entrevoit également qu'en l'espèce, la précision et la clarté, de nature à conférer un droit subjectif, sont étroitement dépendantes d'une autre notion, à savoir le principe de la séparation des pouvoirs : le critère déterminant pour apprécier la précision de la norme, au départ de son libellé, c'est le principe de la séparation des pouvoirs. L'énoncé aura beau être extrêmement précis, si le juge estime qu'en fondant son dispositif sur le droit en question, il empiète sur les plates bandes du législateur, il sera conduit à lui dénier tout effet direct.
- 10 En général, d'ailleurs, ce n'est pas tant l'énoncé du droit fondamental qui est déterminant que le type d'obligation à charge de l'Etat que l'on peut en déduire. Ainsi, l'obligation négative est, dans cette perspective, dotée d'effet direct (l'idée étant que l'abstention postulée par le droit considéré ne laisse aucune marge d'appréciation à l'Etat) tandis que l'obligation positive en est dépourvue (les possibilités de faire respecter une disposition positive étant généralement multiples). Le Conseil d'Etat a jugé en ce sens, à propos de l'article 4.4 de la Charte sociale européenne, que « dans la mesure où elle impose aux Etats une interdiction d'adopter certaines mesures, la disposition visée est suffisamment précise pour avoir un effet direct dans l'ordre juridique interne¹⁸ ». A l'inverse, tant le Conseil d'Etat que la Cour de cassation ont estimé, à propos d'obligations positives cette fois, que les dispositions de l'article 3, § 1^{er} et 2, de la Convention relative aux droits de l'enfant « ne sont pas, en soi, suffisamment précises et complètes pour avoir un effet direct, dès lors qu'elles laissent à l'Etat plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant ; qu'elles ne

peuvent servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers¹⁹ ».

- 11 Telle est, nous semble-t-il, la tendance dominante au sein de l'ordre juridique belge : l'invocabilité en justice d'un droit fondamental est subordonnée à son effet direct, étant entendu qu'est directement applicable la disposition dont la précision est suffisante pour conférer un droit subjectif à ses destinataires, en l'absence de toute mesure interne d'exécution. Cette tendance s'observe aussi bien au contentieux des droits subjectifs que - la Cour constitutionnelle mise à part - dans le cadre d'un contentieux de type objectif, ce qui, on y reviendra²⁰, nous paraît éminemment critiquable.

2. Approche contextualisée

- 12 Prenant distance avec l'approche traditionnelle, qui consiste à apprécier le caractère complet et précis d'une disposition normative au départ de son libellé et du type d'obligation (positive ou négative) qu'il impose, les tenants d'une approche contextualisée proposent d'évaluer ce caractère à l'aune du contexte normatif au sein duquel l'application de la norme est requise. Dans cette optique, la clarté et la précision ne résident pas dans les qualités intrinsèques de la norme, mais sont une caractéristique « du rapport que cette règle entretient avec les autres normes juridiques en vigueur dans l'ordre juridique²¹ ». Cherchant à déterminer *in concreto*, et non plus *in abstracto*, la marge d'appréciation conférée par la norme à son débiteur, l'approche contextualisée interdit de postuler l'absence d'effet direct des obligations positives, le caractère directement applicable de telles obligations devant être apprécié au cas par cas, à l'aide des ressources disponibles dans l'ordre juridique considéré.
- 13 Au-delà de ces caractéristiques communes, l'approche contextualisée est susceptible de revêtir différents degrés qu'il importe, selon nous, de bien distinguer. On peut trouver pour chacune de ses déclinaisons l'un ou l'autre cas d'application, en particulier dans le contentieux de la filiation qui a suivi le prononcé de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme²².
- 14 Dans une première déclinaison, l'approche contextualisée entendrait se départir du mythe de la clarté et de la précision de la norme considérée isolément. C'est que non seulement « la signification de ces [substantifs] n'est [...] pas toujours très précise²³ », mais surtout la reconnaissance de telles qualités procède elle-même d'une appréciation des contextes d'énonciation et d'application de la norme parfois délicate. Aussi, et contrairement à la doctrine du sens clair (*interpretatio cessat in claris*), l'interprète bénéficie-t-il toujours d'une marge d'appréciation²⁴. André Vanwelkenhuyzen a, à cet égard, très bien montré que le principe de la séparation des pouvoirs, qui est déterminant pour apprécier le caractère directement applicable ou non d'une norme, est typiquement une notion juridique à contenu variable²⁵. Ainsi comprise, cette première déclinaison de l'approche contextualisée est d'autant plus pertinente qu'au regard de la Constitution, le critère de la clarté et de la précision apparaît largement inopérant, eu égard à la largesse et à la généralité des termes avec lesquels elle est souvent rédigée²⁶. En ce sens, la prise en compte, dans le cadre d'un contrôle combiné, de l'interprétation conférée par un organe de contrôle international, et singulièrement par la Cour européenne des droits de l'homme, est de nature à préciser la portée du droit fondamental considéré²⁷. Cette première déclinaison de l'approche contextualisée - à laquelle nous souscrivons sans réserve - ne conduit cependant pas pour autant à

remettre en cause l'idée selon laquelle les obligations positives sont dépourvues d'effet direct²⁸, à telle enseigne qu'elle constitue davantage un amendement à la portée traditionnellement conférée au critère objectif. Elle est d'ailleurs systématiquement dépassée par les tenants d'une approche contextualisée.

- 15 Dans une deuxième déclinaison de l'approche contextualisée, qui entretient un lien étroit avec la première, une norme serait directement applicable dans l'hypothèse où les structures d'accueil de l'ordre juridique interne permettraient au juge national de lui donner effet sans modification normative profonde, et partant sans méconnaissance flagrante des attributions qui lui sont reconnues dans un régime de séparation des pouvoirs. Le juge devrait se poser la question suivante : sortirait-il de façon inconsidérée du rôle que lui assigne la séparation des pouvoirs s'il donnait lui-même efficacité à la norme conventionnelle invoquée devant lui ? On pourrait être tenté de rattacher à cette deuxième déclinaison un arrêt rendu par la Cour de cassation, en matière de filiation, le 21 octobre 1993²⁹. Après avoir rappelé la portée des dispositions conventionnelles, et la primauté de la norme internationale directement applicable sur la norme de droit interne qui lui est contraire, la Cour de cassation décide que « le législateur belge ne pouvait, sans porter atteinte aux articles 8, § 1^{er}, et 14 de la Convention, établir ou maintenir le régime discriminatoire en vigueur pour les successions ouvertes à partir du 13 juin 1979 ». Plutôt qu'un revirement³⁰ par rapport à la position adoptée dans ses arrêts post *Marckx* des années quatre-vingts³¹, on aurait tendance à voir une évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation, rendue possible par la conjugaison des deux facteurs suivants³² : d'une part, l'intervention du législateur en 1987, qui prend position sur la réponse à apporter à l'arrêt *Marckx*, tout en ménageant un régime transitoire dérogatoire ; d'autre part, l'arrêt n° 18/91 rendu, sur question préjudicielle, par la Cour d'arbitrage (actuelle Cour constitutionnelle) le 4 juillet 1991 et déclarant contraire au principe d'égalité la disposition transitoire de la loi du 31 mars 1987 qui maintenait applicable l'article 756 ancien du Code civil³³. Ces deux facteurs donnent à penser que la Cour de cassation n'excède pas de manière inconsidérée ses compétences en faisant droit à la prétention du demandeur : le législateur s'est prononcé en la matière et, au sujet d'une disposition analogue (art. 756 du C. civ.), la Cour constitutionnelle a déclaré la dérogation, qu'il entendait maintenir pour un temps, contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, compte tenu de l'interprétation conférée par la Cour européenne des droits de l'homme à l'article 8 de la Convention³⁴. Aussi, au moment où la Cour de cassation avait à se prononcer, la marge d'appréciation du pouvoir législatif était-elle substantiellement réduite, pour ne pas dire inexistante, et on peut comprendre que, dans ce contexte, le juge belge ait préféré éviter une troisième condamnation strasbourgeoise.
- 16 Troisième déclinaison de l'approche contextualisée de l'effet direct : d'aucuns estiment que le droit fondamental considéré reçoit toujours la complétude et la précision requise lorsqu'il est invoqué en combinaison avec le principe d'égalité. Ainsi, pour Olivier de Schutter, « la violation de l'égalité de traitement signifie [...] que le régime juridique qui s'applique au groupe favorisé doit être étendu aux membres du groupe défavorisé ; l'imprécision avec laquelle se trouvent formulés les droits à propos desquels la règle de l'égalité s'impose, dès lors, est compensée par l'existence d'un régime - celui dont bénéficient les membres du groupe favorisé - dont il suffit au juge de réaliser l'extension afin de donner effet aux droits en cause. Ce faisant, il ne se substitue pas aux pouvoirs qui, au sein de l'Etat, ont pour mission d'édicter des normes d'applicabilité générale³⁵. » C'est la voie dans laquelle se sont engagées plusieurs

juridictions de fond au lendemain du prononcé de l'arrêt *Marckx*³⁶. C'est également la solution que prônait une partie de la doctrine, à rebours de celle entérinée par la Cour de cassation dans les années 1980³⁷, et qui aurait, selon elle, permis d'éviter une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme³⁸. Il reste que, ce faisant, le juge risque d'empiéter de manière excessive sur le pouvoir d'appréciation du législateur : en étendant le régime juridique existant au plaignant qui en est exclu, il prive corrélativement le pouvoir législatif de faire une distinction de traitement qui n'est pas nécessairement discriminatoire³⁹. On ne peut cependant exclure que, dans certains cas, compte tenu de l'interprétation conférée aux droits fondamentaux considérés, la marge d'appréciation du législateur soit à ce point réduite que rien ne s'oppose à ce que le juge anticipe la solution que le pouvoir législatif devra presque inévitablement adopter⁴⁰. Plus fondamentalement, ne peut-on considérer que, suite à un arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg, le juge est fondé, durant le laps de temps nécessaire au pouvoir législatif pour adapter la législation incriminée, à aligner le traitement des personnes discriminées sur celui réservé à la catégorie avantagée, au risque, certes, d'empiéter sur la marge d'appréciation du législateur mais en vue d'éviter une nouvelle condamnation strasbourgeoise⁴¹ ? Au législateur, alors, de faire preuve de diligence pour mettre un terme à cet interventionnisme jurisprudentiel dérogeant à une conception stricte de la séparation des pouvoirs. En définitive, la réponse à réserver à ces questions dépend de la conception de la fonction de juger à laquelle on adhère et de la relativité qu'on accepte de prêter au principe de la séparation des pouvoirs au nom du respect des engagements internationaux⁴².

- 17 Enfin, dans une quatrième et dernière déclinaison de l'approche contextualisée, « le juge interne devant lequel une règle internationale est invoquée est toujours en mesure d'en assurer l'application au litige dont il est saisi⁴³ », en raison de l'existence, dans tout ordre juridique interne, d'« un 'droit commun' [...], c'est-à-dire d'un régime juridique qui est applicable à défaut de dispositions expresses réglant la matière en cause⁴⁴ ». Pour Olivier De Schutter, « la règle directement applicable fonctionne alors comme *norme de renvoi* : elle désigne, parmi les normes matérielles concurrentes, laquelle est à préférer. Elle oblige le juge à écarter, parmi l'ensemble des règles nationales, celles qui font obstacle à ce que l'Etat respecte les obligations internationales qui pèsent sur lui⁴⁵. » Toujours selon l'auteur, « Si l'on veut bien admettre l'existence d'un 'droit commun' dans tout ordre juridique quelconque [...], le juge qui prend appui sur ce 'droit commun' ne se substitue pas au législateur. Tout au plus faut-il admettre qu'il remédie à ses carences⁴⁶. » On a cependant du mal à imaginer qu'il existe un « droit commun » permettant toujours, et sans jamais porter d'atteinte excessive au principe de la séparation des pouvoirs, d'appliquer directement une norme internationale. Or, sauf à considérer que la règle internationale doit prévaloir sur les normes constitutionnelles qui régissent la répartition des compétences dans l'ordre juridique interne, rien ne justifie de nécessairement sacrifier celles-ci sur l'autel de celle-là. Parmi la jurisprudence, il nous semble que la décision rendue le 10 octobre 2008 par le tribunal civil de Liège illustre cette version radicale de la doctrine contextualiste. Sur la base de l'interprétation qu'il confère à l'article 8 de la Convention européenne de droits de l'homme, et en dehors de tout grief tiré du principe d'égalité, le tribunal fait droit, suite à l'échec d'une adoption plénière, à la demande de rétablissement de la filiation paternelle d'origine que le droit belge interdit pourtant expressément puisqu'il déclare l'adoption irrévocable. Ce faisant, le juge comble ce qu'il estime être une lacune législative⁴⁷ (le fait pour le législateur de ne pas ménager certaines exceptions au

caractère irrévocable de l'adoption). On ne peut toutefois manquer d'épingler l'appréciation pour le moins approximative de la portée de l'article 8 sur lequel le tribunal fonde son dispositif⁴⁸, « de manière à assurer le respect des engagements internationaux de la Belgique⁴⁹ ». Il est vrai qu'*in casu*, tous les intérêts convergeaient en faveur de la solution retenue par le juge, ce qui est certainement de nature à expliquer ce jugement en équité⁵⁰.

II. De l'effet direct au sens large à l'approche graduelle de l'effet direct

- 18 En Belgique, ce n'est pas seulement la manière d'apprécier la clarté et la précision de la norme qui fait l'objet d'une remise en cause. La notion même d'effet direct, telle qu'on l'a définie, a été complétée par une conception large de celui-ci. Loin de la cantonner au niveau des droits subjectifs, ses partisans situent la problématique de l'effet direct sur le plan du droit objectif⁵¹. Dans cette perspective, l'effet direct ne vise pas seulement l'aptitude d'une norme à être invoquée en justice en revendication d'un droit propre et sans nécessiter de mesures préalables d'exécution dans l'ordre juridique interne, hypothèse à laquelle se limite la conception restreinte ; elle recouvre également celle 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 prévaut⁵².
- 19 L'extension donnée à la notion d'effet direct procède de la considération selon laquelle, au contentieux objectif, il n'est nul besoin que la norme confère un droit subjectif pour être invocable (1). L'approche graduelle de l'effet direct, qui s'est essentiellement développée dans la littérature néerlandophone, 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 direct⁵³ (2).
- 20 On précise qu'au sens où nous l'entendons, l'approche contextualisée s'adosse à une conception stricte de l'effet direct (au sens subjectif), tandis que l'approche graduelle, tout en requérant également une appréciation contextualisée, postule une compréhension large de l'effet direct, présent, à des degrés divers, dans toutes dispositions normatives.

1. Types de contentieux et effet direct

- 21 Disons-le d'emblée : l'exigence d'effet direct au sens strict ne nous apparaît pertinente - et encore la question mériterait d'être approfondie⁵⁴ - que lorsqu'est poursuivie devant le juge la revendication d'un droit subjectif que le justiciable prétend puiser dans le droit fondamental consacré par la norme internationale ou constitutionnelle qu'il invoque à cette fin.
- 22 Tant la Cour constitutionnelle que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat sont en charge d'un contentieux de type objectif, ayant pour finalité de préserver la légalité au sein de l'ordre juridique belge⁵⁵. La procédure de contentieux objectif « ne protège les particuliers que par ricochet ; et encore protège-t-elle leurs *intérêts*, et non leurs *droits*, et même si elle protège aussi leurs droits, ce n'est pas en raison de leur qualité juridique, mais en considérant la part d'intérêt qui y est incluse⁵⁶ ». Autrement

dit, l'existence d'un droit subjectif n'est pas une condition de l'action ; la démonstration d'un intérêt à agir suffit pour que le juge se déclare compétent. Il en va de la recevabilité comme au fond : peu importe que la norme à l'aune de laquelle le contrôle de conformité est exercé confère ou non des droits subjectifs au requérant. L'effet direct au sens strict n'est pas requis au contentieux objectif⁵⁷. Quoique différemment (en élargissant la notion d'effet direct), les auteurs qui proposent une définition large de cette notion, ou une approche graduelle, partagent la même conclusion.

- 23 Sur le plan des principes, cette conclusion nous paraît certaine, et, dans un arrêt n° 106/2003, la Cour constitutionnelle s'est fort heureusement décidée à la faire sienne⁵⁸. Rompant avec une jurisprudence constante qui, dans le cadre d'un contrôle combiné, conditionnait l'invocabilité des dispositions internationales à leur effet direct⁵⁹, la Cour déclare que « lorsqu'elle est interrogée sur une violation [des articles 10 et 11 de la Constitution] combiné[.]s avec une convention internationale, [elle doit] non pas examiner si celle-ci a effet direct dans l'ordre interne, mais apprécier si le législateur n'a pas méconnu de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique⁶⁰ ». Autrement dit, l'effet direct des dispositions internationales invoquées importe peu ; il suffit qu'elles lient la Belgique pour être prises en compte dans le cadre d'un contrôle du principe d'égalité (art. 10 et 11 de la Constitution)⁶¹, voire en combinaison avec une disposition constitutionnelle analogue dont la Cour assure le respect⁶². Depuis lors, la Cour ne semble plus - sauf rares exceptions - s'encombrer de considérations relatives à l'effet direct des dispositions dont elle assure le respect.
- 24 Si l'un ou l'autre arrêts isolés mais néanmoins bien inspirés du Conseil d'Etat avaient anticipé le prononcé de l'arrêt n° 106/2003 de la Cour constitutionnelle⁶³, force est de reconnaître que la jurisprudence du Haut Conseil en la matière se caractérise globalement par un certain éclectisme et une forte tendance à ériger l'effet direct (au sens strict) en condition *sine qua non* du contrôle qu'il exerce⁶⁴. De ce point de vue, elle apparaît bien plus restrictive que celle de la Cour constitutionnelle.
- 25 Contrairement à la Cour constitutionnelle et au Conseil d'Etat, les cours et tribunaux judiciaires sont principalement en charge d'un contentieux portant sur des droits subjectifs⁶⁵. D'où l'exigence traditionnelle d'effet direct, au sens strict, dans ce type de contentieux. On doit toutefois se demander si lorsque, dans le cadre d'un litige de droits subjectifs, intervient à titre incident un conflit de normes de droit objectif, il est toujours pertinent d'exiger l'effet direct de la norme internationale invoquée. Sans doute, on l'a dit, lorsque le particulier entend fonder la revendication de son droit sur la norme en question⁶⁶. Mais l'invocation de la norme internationale ne peut-elle avoir pour « seul » objet d'écartier l'application d'une norme interne contraire, étant entendu qu'une fois écartée, le particulier serait en mesure de fonder sa prétention sur un autre titre⁶⁷ ? Sauf erreur, l'article 159 de la Constitution⁶⁸ n'exige du reste pas l'effet direct de la règle hiérarchiquement supérieure au profit de laquelle s'efface le règlement (ou toute règle hiérarchiquement inférieure) qui la contrarie. Plus fondamentalement, les cours et tribunaux connaissent, certes dans une moindre mesure, de contentieux dont l'objet consiste en soi (à titre principal, et non incident) à trancher un conflit de normes⁶⁹. Dans ce cas, et dans la ligne du constat posé à propos du contentieux objectif, l'exigence d'effet direct apparaît infondée.

2. Manifestations de l'approche graduelle de l'effet direct

- 26 L'idée selon laquelle l'effet direct au sens strict n'est pas requis au contentieux objectif ne dispense pas la norme de référence de présenter un caractère suffisamment clair et précis, ou, autrement dit, une certaine densité normative, pour servir utilement de fondement au contrôle de conformité de la norme litigieuse. Mais l'allusion au caractère suffisamment clair et précis de la norme qu'on s'autorise diffère, en termes de degré, de la complétude de la norme requise pour conférer un droit subjectif. Pour le dire autrement, si on mobilise ici aussi le critère objectif présidant à l'établissement de l'effet direct au sens strict, c'est à d'autres fins (celle du contentieux objectif) et avec une intensité moindre. Du reste, ici comme ailleurs⁷⁰, cette précision pourra être cherchée ailleurs que dans le seul énoncé de la norme de contrôle considérée. Il s'agira tantôt de préciser, du haut de l'ordre juridique international, les contours d'un droit considéré (1), tantôt d'aller puiser par le bas, dans les ressources de l'ordre juridique interne, des données de nature à clarifier son libellé (2).
- 27 Si d'aucuns rendent compte de ces potentialités sous l'appellation d'effet direct graduel⁷¹, on peut tout aussi bien aboutir au même résultat – la reconnaissance de formes de justiciabilité autres que la seule applicabilité directe au sens strict – sans recourir à la notion polysémique d'effet direct⁷².

1. Contrôle de conformité de facture classique

- 28 A défaut d'être directement applicable au sens strict du terme, le droit fondamental doit présenter un degré de précision suffisant pour autoriser, avec quelque chance de succès et dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs (encore et toujours lui), un contrôle de conformité à son aune⁷³.
- 29 En ce sens, on l'a déjà souligné, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont de nature à éclairer la portée des dispositions dont elle assure le respect. Mise à part cette jurisprudence à laquelle l'ordre juridique belge se montre particulièrement réceptif⁷⁴, les références aux enseignements délivrés par les organes internationaux de contrôle demeurent extrêmement rares⁷⁵. Un rapport de la Commission de Venise, une constatation du Comité des droits de l'homme, une observation générale du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, ... constituent pourtant autant de sources de nature à préciser un droit fondamental considéré⁷⁶.
- 30 Que l'on songe également à l'invocation d'un droit fondamental en combinaison avec le principe d'égalité et de non discrimination, qui est très tôt apparu comme une des manières les plus commodes de conférer une certaine justiciabilité aux droits fondamentaux qui en étaient dépourvus⁷⁷.
- 31 Dans un cas comme dans l'autre, on assiste à un contrôle de conformité de facture classique, conduisant à vérifier la conformité d'une norme hiérarchiquement inférieure par rapport à une ou plusieurs norme(s) supérieure(s).
- 32 L'absence d'exigence d'un droit subjectif n'a cependant pas pour conséquence de faire disparaître le spectre du « gouvernement des juges », qui réapparaît au bénéfice de la marge d'appréciation que s'arroge la juridiction pour interpréter la norme de contrôle⁷⁸. En revanche, la distance prise avec cette exigence diminue l'enjeu lié à la question de savoir s'il convient d'envisager la norme litigieuse sous l'angle des obligations positives requises de l'Etat ou des obligations négatives qui lui sont

traditionnellement imposées⁷⁹. Diminue mais ne supprime pas tout enjeu, si l'on s'accorde à reconnaître que, contrairement aux obligations négatives, toute obligation positive produit un effet de standstill, dont la prise en compte peut le cas échéant contribuer au respect du principe de la séparation des pouvoirs.

2. Contrôle de conformité affiné par la prise en compte du principe de standstill

- 33 Pour André Alen et Wouter Pas, qui défendent tous deux une approche graduelle de l'effet direct, en vertu de laquelle celui-ci « connaît [...] des gradations, en fonction de la liberté d'action qui est laissée à l'Etat [...], [u]ne forme particulière d'effet direct se rencontre lorsqu'il s'agit de ce qu'on appelle l'obligation 'standstill'⁸⁰ ».
- 34 De façon désormais constante, les organes de contrôle belges définissent comme suit l'obligation de standstill déduite des droits économiques, sociaux et culturels garantis par l'article 23 de la Constitution : « L'obligation de standstill [...] fait obstacle à ce que le législateur compétent réduise de manière sensible le niveau de protection qu'offre la législation applicable sans qu'existent pour ce faire des motifs liés à l'intérêt général⁸¹. »
- 35 Le principe de standstill impose de composer avec trois termes. Premièrement, la « norme de référence », qui est la norme internationale ou constitutionnelle dont est déduite une obligation de standstill. Deuxièmement, la « norme litigieuse » ou, autrement dit, la norme prétendument régressive. Enfin, le troisième terme est « la norme de base », c'est-à-dire celle qui établit le niveau de protection à prendre en considération pour apprécier l'éventuel recul opéré par la norme litigieuse, ces deux normes étant nécessairement hiérarchiquement inférieures à la norme de référence. L'obligation de standstill offre donc au juge de vérifier la conformité d'une norme litigieuse à la norme de référence *telle qu'elle était auparavant garantie par les autorités publiques nationales* dans la norme de base, plutôt qu'à l'aune du seul libellé par trop programmatique de la norme de référence. En ce sens, le contrôle de standstill n'est jamais qu'une version affinée du contrôle de conformité, qui, en définitive, conduit à comparer le niveau de protection garanti par la norme litigieuse avec celui résultant de la norme de base. Ce faisant, le principe de standstill ne balise pas seulement l'intervention du législateur. Il limite également la marge d'appréciation du juge en la cantonnant dans le périmètre tracé par les interventions successives du pouvoir législatif.
- 36 En droit belge, ce principe fut reconnu par la jurisprudence en matière de droits créances et à propos du droit à la protection d'un environnement sain⁸², comme substitut à l'effet direct au sens strict qui leur était traditionnellement dénié. Mais, à de rares exceptions près⁸³, les juges, aussitôt le principe affirmé, ont tendance à le vider de sa substance⁸⁴, de sorte qu'au total, l'effectivité des droits fondamentaux ne sort que très faiblement renforcée de sa reconnaissance comme forme de justiciabilité.

Conclusion

- 37 L'ordre juridique belge compte encore nombre de décisions jurisprudentielles conditionnant l'invocabilité des droits de l'homme au degré de précision qui caractérise leur énoncé, augmenté, le cas échéant, de l'interprétation que leur réserve un organe de contrôle autorisé. Dans la majorité des cas, cette référence au caractère

suffisamment précis de la disposition concernée est articulée à la reconnaissance, à celle-ci, d'un effet direct au sens strict, que le justiciable poursuive, sur cette base, la revendication d'un droit subjectif ou suscite un simple contrôle de conformité dans le cadre d'un contentieux de type objectif : que le droit de l'homme invoqué soit reconnu directement applicable et la prétention formulée sur cette base aura des chances d'aboutir ; qu'au contraire il se voit dénié tout effet direct et la porte du prétoire risque fort de se refermer. Au contentieux objectif, en tout cas, on peut penser que la subordination de l'invocabilité d'un droit fondamental au droit subjectif qu'il confère participe d'une forme de politique jurisprudentielle.

- 38 L'impression selon laquelle l'effet direct, au sens restreint, continue à caractériser la jurisprudence belge gagnerait cependant à être confirmée, et ce, pour deux raisons au moins. Premièrement, parce que lorsque les juges recourent à la notion d'effet direct, ils en précisent rarement le contenu, évoquant parfois, mais pas nécessairement, ses critères d'application ; sous cet angle, la motivation des décisions jurisprudentielles manque souvent de rigueur et de précision⁸⁵. Deuxièmement, parce qu'à notre connaissance, on ne dispose pas à ce jour d'une étude d'envergure appréciant de manière systématique la mesure dans laquelle, dans le discours du juge belge, l'exigence d'effet direct, entendue au sens strict, continue effectivement à conditionner l'invocabilité des droits de l'homme. Il y aurait là assurément matière à une belle thèse de doctorat, qui, plus fondamentalement et dans le prolongement des travaux précités de Thierry Léonard, gagnerait à interroger la notion même d'effet direct et le lien qu'on lui prête avec celle de droit subjectif.
- 39 On peut en tout cas voir un signe de l'attachement de l'ordre juridique belge à la notion d'effet direct dans le fait que, même lorsque le juge ne s'y réfère pas, la meilleure doctrine belge en matière de droits de l'homme a tendance à interpréter ce silence comme une reconnaissance implicite du caractère directement applicable de la norme internationale appliquée⁸⁶. Reste à savoir si pareil silence ne traduit pas davantage, dans le chef des juges qui l'observent, une prise de distance délibérée à l'égard d'une exigence estimée superflue et qu'aucun texte n'a du reste jamais imposée, ni en droit interne, ni en droit international.
- 40 Si, pour sa part, l'approche graduelle de l'effet direct fédère adéquatement les différentes formes de justiciabilité susceptibles d'être reconnues aux droits fondamentaux, on peut se demander si, plutôt que de l'étendre - en ce compris aux dispositions constitutionnelles -, 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 matière⁸⁷, 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. Apprécié de manière graduelle et contextualisée, le seul recours au critère de la complétude ou de la précision de la norme considérée rencontrerait sans doute bien plus adéquatement l'objectif recherché : identifier, dans les circonstances de l'espèce, les normes se prêtant à un contrôle de conformité et/ou à la revendication d'un droit (ou en tout cas la poursuite d'un intérêt légitime) dans le chef des particuliers⁸⁸. Si ce critère 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.

- 41 On précise, à cet égard, que compte tenu du *self restraint* que les juges observent généralement en matière de droits fondamentaux, ayant plutôt tendance à observer ce principe d'une manière qu'on pourrait parfois juger excessive qu'à s'en départir par une jurisprudence que l'on qualifierait de trop audacieuse, le principe de la séparation des pouvoirs fut, nous semble-t-il, relativement peu brandi et discuté en doctrine ces derniers temps⁸⁹. Il pourrait bien, cependant, revenir à l'avant plan si l'idée - peu approfondie actuellement en droit belge - d'un noyau dur des droits fondamentaux à garantir et respecter de manière inconditionnelle en tout temps, en ce compris donc en période de crise ou de restrictions budgétaires⁹⁰, gagnait du terrain⁹¹. Mais définir avec précision la substance des droits de l'homme, c'est encore une autre affaire : à nouveau davantage, sans doute, une question de volonté ou de politique jurisprudentielle que d'énoncés⁹².

NOTES

1. MARTENS Paul et RENAULD Bernadette, « L'interprétation et la qualification de la norme de contrôle et de la norme contrôlée », in *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat*, ARTS Alex et al. (dir.), Actes du symposium du 21 octobre 2005, Brugge, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 21 et 22.
2. Voy. par ailleurs DUMONT Hugues et HOREVOETS Christine, « L'interprétation des droits constitutionnels », in *Les droits constitutionnels en Belgique*, vol. 1, VERDUSSEN Marc et BONBELED Nicolas (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, spéc. p. 164 et 165.
3. Cependant en ce sens, en droit belge, la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat, conseillère juridique des autorités publiques (quoique celle-ci se soit récemment montrée plus clémentine à l'égard de dispositions dépourvues de caractère normatif : cf. l'avis n° 53.538/4, donné le 11 juillet 2013, sur un avant-projet de décret « relatif à l'inclusion de la personne handicapée », Doc., Ass. Cocof, sess. 2012-2013, n° 96/1, p. 41. Compar. avec l'avis n° 46.112/2 du Conseil d'Etat sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 30 avril 2009 organisant un encadrement différencié au sein des établissements scolaires de la Communauté française afin d'assurer à chaque élève des chances égales d'émancipation sociale dans un environnement pédagogique de qualité, Doc., Parl. Com. fr., sess. 2008-2009, n° 698/1, p. 58 : « un texte destiné à produire des effets de droit doit être rédigé avec clarté, précision et rigueur »).
4. Voy. par ex. C.C.fr., n° 2005-512 DC, 21 avril 2005. De manière générale, voy. sur cette question la contribution tout en nuances de DELGRANGE Xavier et DETROUX Luc, « La *soft law* intralégislative : les lois dépourvues de contenu normatif ou *mollis lex sed lex ?* », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, Normes internes infraconstitutionnelles, HACHEZ Isabelle et al. (dir.), Limal, Anthémis, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2012, p. 147 à 197. Le recours à la qualification de *soft law* intralégislatif, que l'on s'est, un temps, risquée à proposer pour désigner les normes « *hard* » dans leur forme mais « *soft* » dans leur contenu en raison de l'imprécision qui caractérise leur libellé, avait notamment pour mérite de faire écho à la jurisprudence du Conseil constitutionnel français, selon laquelle un texte qui manque de

précision est dépourvu de portée normative et peut à ce titre être censuré (HACHEZ Isabelle, « Balises conceptuelles autour des notions de 'source du droit', 'force normative' et 'soft law' », in *R.I.E.J.*, 2010, spéc. p. 51-56). Dans le cadre d'une recherche collective sur les sources du droit revisitées, cette qualification a donné lieu à plusieurs contributions : celle précitée de Xavier Delgrange et Luc de Detroux, d'une part, et celle de Charles-Hubert Born et Marc Verdussen sur le *soft law* intraconstitutionnel, d'autre part (in *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles*, op. cit., p. 513 à 536. Voy. en outre, dans ce même volume, la contribution de Nathalie van Leuven sur les « droits et principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : pas d'opposition simple entre *hard law* et *soft law* », *ibidem*, p. 463 à 494). Au terme de cette recherche, on a cependant revu à la baisse le degré de pertinence qu'on avait, dans un premier temps, cru pouvoir prêter à cette qualification (Voy., pour une explication, HACHEZ Isabelle, « Le *soft law* : qui trop embrasse mal étreint ? », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, op. cit., spéc. p. 561 à 572, p. 585 et 586).

5. POPELIER Patricia, « La loi aujourd'hui (le principe de légalité) », in *Les sources du droit revisitées*, vol. 2, *Normes internes infraconstitutionnelles*, op. cit., p. 39.

6. *Ibid.*, p. 40, n° 45.

7. Cette exigence trouve sa source dans le principe de légalité pénale garanti, entre autres, par les articles 12, al. 2, et 14 de la Constitution. Cf. DELGRANGE Xavier et DETROUX Luc, op. cit., p. 162 et 163, n° 21, en ce compris les références aux arrêts de la Cour constitutionnelle ; POPELIER Patricia, op. cit., p. 41.

8. VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 662, et la référence citée à la note 261.

9. Au-delà de la matière pénale et dans le cadre des restrictions apportées aux droits fondamentaux, l'exigence de prévisibilité résulte du principe de légalité consacré, notamment, par les § 2 des articles 8 à 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, tels qu'interprétés par la Cour éponyme.

10. POPELIER Patricia, op. cit., p. 42. Voy. aussi DUMONT Hugues et HOREVOETS Christine, op. cit., p. 231 et 232.

11. En droit constitutionnel belge, l'évocation de l'effet direct des dispositions constitutionnelles fut d'ailleurs concomitante au débat sur la reconnaissance, par la Constitution, des droits économiques, sociaux et culturels.

12. Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note WAELBROEK Michel, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux ». En l'espèce, un particulier entendait obtenir, en vertu d'une convention bilatérale conclue entre le Zaïre et la Belgique, le paiement d'indemnités et intérêts destinés à compenser la nationalisation de son exploitation commerciale au Zaïre. Dans la ligne de cet arrêt, voy. e.a. Trib. trav. Bruxelles, 9 décembre 2004, *Chron. dr. soc.*, 2005, n° 3, p. 137, qui en explicite les critères ; Cass., 11 mai 2001, *R.W.*, 2002-2003, p. 658 et s. Voy. aussi Cass., 26 mai 2008, S.06.0105.F, déniait l'effet direct aux articles 2.1 et 26.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant et aux articles 2.1, 9 et 10.3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels : « Il résulte de leur texte même que ces dispositions sont sans effet direct et ne créent pour les justiciables aucun droit individuel garanti par les instances nationales. »

13. La question de l'effet direct doit donc clairement être distinguée de celle de l'immédiateté d'application, qui vise la question de savoir si l'application d'une règle juridique internationale par les autorités nationales est ou non conditionnée à des formalités internes de réception. En droit belge, l'article 167 de la Constitution prévoit à cet égard qu'un traité ne produira d'effets dans l'ordre juridique national qu'à condition qu'il ait reçu l'assentiment de la Chambre des représentants ou, selon le cas, des Parlements communautaires ou régionaux. Une fois la loi

d'assentiment adoptée et le traité entré en vigueur dans l'ordre juridique international, le traité est applicable en droit interne, autrement dit, il fait partie du droit objectif belge, au même titre que les règles juridiques qui puisent leur origine en son sein. Ce n'est qu'alors que la question de l'effet direct trouve le cas échéant à se poser. On ajoutera que, ramenée à la question de savoir si une disposition normative consacrant un droit fondamental confère ou non un droit subjectif, on ne perçoit, en matière de droits fondamentaux, aucun motif de limiter la problématique de l'effet direct aux dispositions internationales, à l'exclusion de celles de la Constitution. A notre estime, le caractère objectif des droits de l'homme conduit, du point de vue de leur invocabilité par un particulier au sein de l'ordre juridique interne, à gommer la différence de nature entre traité et Constitution (acte juridique bi- ou multilatéral *versus* acte juridique unilatéral, conclus au sein d'ordres juridiques distincts). Cf. à ce sujet HACHEZ Isabelle, obs. sous C.C., n° 106/2003, *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), Bruxelles, Larcier, 2014, p. 174 et s.

14. Parmi les auteurs partisans de cette définition stricte, cf. aussi les références citées par BRIBOSIA Hervé, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », in *R.B.D.I.*, 1996, p. 45, note 49 ; LEJEUNE Yves, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 99 et s., n° 134 et 135 ; VANDE LANOTTE Johan et GOEDERTIER Geert, avec la collaboration de DE PELSMACKER Tom, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 7^{ème} éd., 2013, spéc. n° 180 et 461 ; VERHOEVEN Joe, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », in *R.B.D.I.*, 1980, p. 243 et 244.

15. Cf. déjà, à cet égard, l'avis du 3 mars 1928 de la Cour permanente de justice internationale sur la compétence des tribunaux de Dantzig, où l'intention décisive des Etats contractants était appréciée au départ du contenu de l'accord (*Publications de la Cour permanente de justice internationale - Recueil des avis consultatifs*, série B, n° 15). Cet avis incarne la doctrine la plus classique sur l'effet direct en droit international et a eu une influence considérable en droit belge (cf. RIGAUX François, obs. sous C.J.C.E., 5 février 1963, *J.T.*, 1963, p. 190, et les références mentionnées aux notes 5 et 6). Cet avis est encore très souvent cité aujourd'hui (cf. BAILLEUX Antoine, « Le droit international, (res)source du droit de l'Union européenne », *Les sources du droit revisitées*, vol. 4, *Théorie des sources du droit*, op. cit., p. 367 ; DOPAGNE Frédéric, « L'effet direct est-il une condition de la primauté du droit international sur le droit belge ? », in *R.B.D.I.*, 2/2012, p. 463).

16. VANDERLINDEN Henri, « Effectiviteit van de sociale grondrechten in het Belgische recht, mythe of realiteit ? », *R.W.*, 2008-2009, n° 29, p. 1205.

17. On signale toutefois, dès à présent, les écrits de Thierry Léonard, qui, depuis un point de vue privatiste, remettent en cause le fait qu'en matière de droits fondamentaux, ce soit bien la revendication de droits subjectifs qu'on poursuit en justice et pas davantage la protection de libertés civiles, de principes sociaux ou d'intérêts légitimes consacrés par le droit objectif (voy. e.a. LÉONARD Thierry, *Conflicts entre droits subjectifs, libertés civiles et intérêts légitimes. Un modèle de résolution basé sur l'opposabilité et la responsabilité civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, spéc. n° 54, 136 et 137).

18. C.E. (annulation), *Verdoodt*, n° 182.454, 28 avril 2008, cons. 8.5, traduction libre de DE BROUX Pierre-Olivier, in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, op. cit., p. 187. Avec la particularité qu'« en l'espèce, l'interdiction de licencier un fonctionnaire sans un délai de préavis raisonnable (obligation négative) a été déduite par le Conseil d'Etat de l'obligation (positive) pour la Flandre de reconnaître et protéger le droit à un préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi » (*ibid.*, p. 193). Le Conseil d'Etat précise par ailleurs que « la question de savoir si et dans quelle mesure cette disposition a également un effet direct lorsqu'elle impose aux Etats l'obligation de prendre certaines mesures protectrices, ne se pose

pas en l'espèce. Le requérant ne se plaint pas, en effet, de l'absence d'une mesure qui aurait dû être adoptée par l'autorité publique ou de l'insuffisance d'une mesure existante, mais du fait que l'autorité publique a pris, à son égard, une mesure restrictive » (*ibid.*, p. 188 ; voy. plus généralement sur la pertinence de la distinction entre obligations positives et négatives, HACHEZ Isabelle, obs. sous Cass., 6 mars 1986 et 21 octobre 1993, in *Le droit international ...*, *op. cit.*, p. 212 et 213 et les références citées). Compar. avec l'arrêt rendu en suspension dans la même affaire, où, de manière très restrictive, le Conseil d'Etat avait jugé « qu'une règle de droit international est dépourvue d'effet direct quand elle impose à l'Etat d'agir, ou de ne pas agir, selon les principes qui y sont énoncés », l'idée étant que le simple fait qu'elle s'adresse à l'Etat, et non aux particuliers, témoigne de la nécessité de l'adoption d'une mesure interne d'exécution par celui-ci (C.E. (suspension), *Verdoodt*, 16 octobre 1997, n° 68914, cons. 3.3.2.3.2 ; Cass., 31 mars 1999, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1430 et s. ; C.E., *Diallo*, n° 209.941, 21 décembre 2010).

19. Cass., 4 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 667. Dans un sens similaire : Cass., 2 mars 2012, C. 10.0685.F. ; C.E., n° 209.941, 21 décembre 2010 ; C.E., n° 223.630, 29 mai 2013.

20. Voy. *infra*, point II.1.

21. DE SCHUTTER Olivier, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 123.

22. C.E.D.H., *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979. Cet arrêt conclut à la violation par la Belgique des articles 8 (et 14) de la Convention européenne des droits de l'homme en raison du sort défavorable que la législation belge réservait aux enfants nés hors mariage pour la détermination de la filiation et du point de vue de l'étendue des droits successoraux. Se posa alors la question de savoir si un particulier (un enfant majeur « naturel », par exemple) pouvait revendiquer, devant les cours et tribunaux judiciaires belges, le bénéfice d'une obligation positive imposée par la Convention.

23. BRIBOSIA Hervé, *op. cit.*, p. 49, note 72.

24. Voy. : VAN DE KERCHOVE Michel, « La doctrine du sens clair des textes et la jurisprudence de la Cour de Cassation de Belgique », in *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1978, p. 13 à 50 ; « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », in *Arguments de raison et arguments d'autorité en droit*, HAARSCHER Guy, INGBER Léon et VANDER ELST Raymond (dir.), Bruxelles, Némésis, 1988, p. 291-315 ; OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, p. 94-103. Aux antipodes de la doctrine traditionnelle de l'acte clair, on signalera la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne selon laquelle ce n'est pas parce qu'une disposition européenne fait l'objet d'une question préjudicielle en interprétation qu'elle manque de clarté (cf. par ex. : C.J.U.E., *Ogieriakhi*, 10 juillet 2014, C-244/13).

25. VANWELKENHUYZEN André, « La séparation des pouvoirs, notion à contenu variable », in *Les notions à contenu variable en droit*, PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), Bruxelles, Bruylant, 1984, p. 124.

26. Au nom d'une nécessaire sécurité juridique, les dispositions constitutionnelles ont en effet vocation à durer. Par conséquent, elles doivent présenter une certaine souplesse afin de pouvoir épouser les évolutions sociales qu'elles encadrent, sans devoir pour autant être révisées. Dans cette perspective, il devient problématique de se référer aux seuls critères de la clarté et de la précision pour se prononcer sur l'effectivité d'une disposition de la Constitution. On se souviendra, à cet égard, que les opposants à un contrôle de constitutionnalité des lois se prévalaient entre autres du caractère vague et lacunaire des dispositions constitutionnelles. Selon eux, puisque l'interprétation de la Constitution relevait d'une responsabilité politique, le privilège du dernier mot ne pouvait appartenir au juge ; il revenait au seul législateur (voy. à ce propos DUMONT Hugues, « Le contrôle de constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique », in *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-

Louis, 1983, spéc. p. 149 et 150). La généralisation de la justice constitutionnelle montre que le constituant lui-même a accepté que des juges contrôlent les lois malgré les caractéristiques des textes constitutionnels. Sur les spécificités de l'interprétation constitutionnelle, voy. DUMONT Hugues, « Les spécificités de l'interprétation constitutionnelle au seuil du XXI^e siècle », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraire d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 475 à 500.

27. Hugues Dumont et Christine Horevoets ont à cet égard montré que la directive d'interprétation conforme au droit international est la seule qui soit constamment privilégiée dans la pratique des juridictions belges (voy. DUMONT Hugues et HOREVOETS Christine, *op. cit.*, spéc. p. 175 et s.).

28. Voy. en ce sens les arrêts rendus par la Cour de cassation postérieurement au prononcé de l'arrêt *Marckx*, mais antérieurement à la première réforme du droit belge de la filiation. Jugé, dans l'un d'eux, qu'« en tant qu'elle oblige l'Etat dans la fixation du régime des liens de famille, tels ceux des droits successoraux des enfants naturels sur les biens de leur mère décédée, à agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie de famille normale, cette disposition n'est pas suffisamment précise et complète pour avoir des effets directs ; qu'en effet, en cette matière, diverses possibilités s'offrent au choix de l'Etat pour réaliser cet impératif, que dans cette mesure ledit article 8, § 1^{er}, n'impose à l'Etat qu'une obligation de faire dont le législateur assume la responsabilité mais qui ne saurait être invoquée comme source de droits subjectifs et d'obligations pour des particuliers » (Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, p. 853 et 854). Voy. en ce sens également : Cass., 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1122 ; Cass., 12 février 1987 (inédit) ; Cass., 19 septembre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, p. 48, note LELEU Yves-Henri.

29. On reconnaît toutefois que cet arrêt emprunte également en partie à la deuxième déclinaison. Etait en cause, en l'espèce, le régime transitoire prévu par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, qui, par dérogation à la solution qu'elle entérinait dans la ligne de l'arrêt *Marckx*, maintenait l'ancien régime (articles 765 et 766 du C. civ) applicable pour les successions ouvertes entre le prononcé dudit arrêt et la date de sa propre entrée en vigueur, le 6 juin 1987.

30. En ce sens : LELEU Yves-Henri, « Les actions en recherche de paternité tardives », note sous Cass., 19 septembre 1997, in *R.G.D.C.*, 1999, p. 56, n° 13.

31. A savoir l'absence d'effet direct des obligations positives postulées par les articles 8 et 14 de la Convention, tels qu'interprétés par l'arrêt *Marckx*. Cf. les arrêts de la Cour de cassation précités note 27.

32. En ce sens : DE SCHUTTER Olivier, obs. sous Cass., 21 octobre 1993, in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, DE SCHUTTER Olivier et VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), Bruxelles, Larcier, 1999, p. 188 et 189.

33. L'article 756 ancien du Code civil, en cause dans l'arrêt n° 18/91, concerne le *droit de l'enfant naturel de succéder à ses auteurs* (cette disposition était également en cause dans les arrêts de la Cour de cassation du 6 mars 1986 du 12 février 1987, cités note 27), tandis que les dispositions nationales en cause dans le présent arrêt (21 octobre 1993) étaient les articles 765 et 766 du C. civ. relatifs à la *succession des enfants naturels*.

34. On insiste sur la prise en compte cumulative de ces deux facteurs, étant entendu que le premier d'entre eux était d'ores et déjà rencontré lorsque la Cour de cassation rendit son arrêt du 12 février 1987, dans la ligne de sa jurisprudence antérieure, ce qui valut d'ailleurs à la Belgique une nouvelle condamnation strasbourgeoise (C.E.D.H., *Vermeire c. Belgique*, 29 novembre 1991).

35. DE SCHUTTER Olivier, obs. sous Cass., 20 décembre 1990, *op. cit.*, p. 117.

36. Cf. les différentes décisions relatées et référencées par RIGAUX François, in « La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx* », note sous Cass., 3 octobre 1983, in *R.C.J.B.*, 1984, p. 617 à 619, n° 2 à 6 ; « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », in *R.C.J.B.*, 1987, p. 12, note 2.

37. Cf. les références citées *supra*, note 27.
38. Cf. e.a. DE SCHUTTER Olivier, obs. sous Cass., 6 mars 1986, *Droit international ...*, *op. cit.*, p. 71 et 72 ; PIERET Julien, « L'influence du juge belge sur l'effectivité de la Convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct », *Entre ombres et lumières : cinquante ans d'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 130.
39. Cf. notamment en ce sens : RIGAUX François, « La jurisprudence belge ... », *op. cit.*, spéc. p. 630 et 631, n° 23 ; LELEU Yves-Henri, *op. cit.*, p. 57 et 58, n° 14.
40. Cf. par exemple Trib. jeun. Bruxelles, 27 novembre 1981, 27 novembre 1981, *R.W.*, col. 1861 et s. (réformé en appel par Bruxelles (jeun.), 29 avril 1982, *R.W.*, col. 1856 et s.), et le commentaire que Patrick Senaevé consacre à ces deux décisions (« Het E.V.R.M. en de adoptiewetgeving », noot onder Brussel, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-1983, col. 1859, pt c). Adde RIGAUX François, « La jurisprudence ... », *op. cit.*, p. 618, n° 4 *in fine*.
41. Cf. DE SCHUTTER Olivier, « La coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et le juge national », in *R.B.D.I.*, 1997, p. 52 et 53.
42. En tout état de cause, il importe peu que la discrimination imputable au législateur soit envisagée sous l'angle des obligations négatives (ingérence illicite dans la mesure où elle est entachée d'une discrimination) ou sous celui des obligations positives (défaillance dans l'aménagement du droit au respect de la vie privée en raison de la rupture du principe d'égalité) (compar. : LELEU Yves-Henri, *op. cit.*, p. 57, n° 14). Quel que soit l'angle envisagé, la seule question à se poser dans le cadre d'un contentieux subjectif est celle de savoir si, une fois la norme interne écartée et compte tenu de la portée conférée au droit considéré, le juge peut fonder son dispositif par référence à ce droit, sans attendre l'intervention du législateur.
43. O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger ...*, *op. cit.*, p. 151.
44. *Ibid.*, p. 162. Voy., plus généralement, p. 153-164.
45. *Ibid.*, p. 161.
46. *Ibid.*, p. 162. Sans qu'on aperçoive l'articulation entre ces différents passages, Olivier De Schutter reconnaît cependant, par ailleurs, que « l'applicabilité 'directe' n'aura lieu [...] qu'au terme d'une mise en balance des deux règles en conflit : celle qui définit les compétences du juge interne, d'une part, celle qui impose le respect de la règle internationale, d'autre part » (*ibid.*, p. 153) et que « la véritable question posée par l'applicabilité directe du droit international [...] est celle du rapport entre le juge et le législateur, dans l'organisation interne des pouvoirs » (*ibid.*, p. 162).
47. Le terme est utilisé par BEAGUE Maïté et CAP Sylvie, in « L'applicabilité directe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme au secours de l'échec d'une adoption plénière », note sous Civ. Liège, 10 octobre 2008, in *R.T.D.F.*, 3/2009, p. 825.
48. *Ibid.*, p. 819 à 821, n° 14 et 15.
49. Civ. Liège, 10 octobre 2008, *R.T.D.F.*, 2009/3, p. 807, pt e.
50. BEAGUE Maïté et CAP Sylvie, *op. cit.*, p. 809, n° 3.
51. Voy. notamment en ce sens : ERGEC Rusen, « Le minerval exigé des élèves étrangers et les effets directs des droits économiques et sociaux », obs. sous Cass., 20 décembre 1990, in *J.L.M.B.*, 1991 p. 1208, n° 6 ; LEROY Michel, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », obs. sous C.E., *M'Feddal*, in *R.T.D.H.*, 1991, spéc. p. 197 ; SCIOTTI-LAM Claudia, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 345 et s, n° 584 et s. ; WAELBROECK Michel, *op. cit.*, spéc. p. 34.
52. Dans cette dernière hypothèse, la question de l'effet direct se ramène en réalité à celle de l'invocabilité de la norme considérée.
53. Voy. ALÉN André et PAS Wouter, « L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », in *J.D.J.*, 1995, liv. 144, p. 166 et 167 ; CLAES Erik et VANDAELE Arne, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits

de l'homme », in *R.B.D.I.*, 2001, spéc. p. 464 et s. ; VANDAELE Arne, « Een onderzoek in de diepte : de directe werking van internationale (mensenrechten)verdragen », in VAN EECKHOUTTE Dries et VANDAELE Arne, « Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde », Working paper n° 33, Instituut voor Internationaal Recht, K.U.L., oktober 2002, n° 20 ; VANDAELE Arne et CLAES Erik, « Naar een gradueel concept van directe werking van verdragsrecht en van internationaal gewoonterecht », *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtsorde*, VAN EECKHOUTTE Dries et WOUTERS Jan (dir.), Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 83 à 109, spéc. p. 91 et s. Parmi la doctrine francophone, voy. notamment : PIERET Julien, *op. cit.*, spéc. p. 123 et s.

54. A la lumière, notamment, des travaux de Thierry Léonard (cf. *supra*, note 16).

55. L'une et l'autre contrôlent respectivement la conformité des actes législatifs (pour la Cour constitutionnelle) et administratifs (pour le Conseil d'Etat) avec l'ensemble des règles de contrôle, confiées à leur garde, qui figurent dans l'arsenal juridique et leur sont hiérarchiquement supérieures. Concernant la Cour constitutionnelle, il s'agit notamment des droits fondamentaux consacrés par le titre II de la Constitution, combinés ou conciliés, le cas échéant, avec le droit international et européen des droits de l'homme (cf. à ce sujet HOREVOETS Christine, obs. sous C.C., n° 18/90 et 106/2003, *Le droit international ...*, *op. cit.*, p. 88 à 96).

56. LEROY Michel, *op. cit.*, p. 197.

57. En ce sens, notamment : D'ARGENT Pierre, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2008-2011) », in *R.B.D.I.*, 2012, p. 292, n° 13 ; LEJEUNE Yves, *op. cit.*, not. n° 136 ; MAES Gunter, *Verkenning van afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 462, e.a. n° 129, 910 ; VERHOEVEN Joe, « Applicabilité directe des traités et intentions des parties contractantes », in *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, p. 904 et 905 ; VAN LEUVEN Nathalie et VANNESTE Frédéric, « De inroepbaarheid van het recht op wonen », in *Recht op wonen : naar een resultaatsverbintenis ?*, *Droit au logement : vers une obligation de résultat ?*, BERNARD Nicolas et HUBEAU Bernard, Die Keure, La Chartre, 2012, p. 235 et 236. Voy. également, VANDEN HEEDE Pieter et GOEDERTIER Geert, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het arbitragehof », in *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtsorde*, VAN EECKHOUTTE Dries et WOUTERS Jan, Antwerpen, Intersentia, 2006, p. 252 et 253, n° 15, en ce compris les références citées à la note 61.

58. Implicitement mais certainement, la Cour mobilise une conception stricte de l'effet direct. L'exigence d'effet direct antérieurement posée par la Cour était du reste difficilement conciliable avec sa propre jurisprudence en matière de standstill, l'utilité et la reconnaissance de ce principe procédant précisément de l'absence d'effet direct des dispositions internationales invoquées (cf. *infra*). Sans compter que la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle n'exigeant pas des dispositions constitutionnelles confiées à la garde de la Cour qu'elles soient directement applicables, rien ne justifie de subordonner à une telle condition l'invocabilité des normes internationales intervenant dans le cadre d'un contrôle combiné.

59. Depuis l'arrêt C.A., n° 18/90, 23 mai 1990, B.11.3. Pour un commentaire de cet arrêt : VAN DROOGHENBROECK Sébastien, obs. sous C.A., n° 18/90, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, DE SCHUTTER Olivier et VAN DROOGHENBROECK Sébastien (dir.), Bruxelles, Larcier, 1999, p. 434-436.

60. B.4.2.

61. Cf. notamment en ce sens : VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », in *Les enfants & l'aide sociale*, Actes de la journée d'études du jeudi 18 septembre 2003, Bruxelles, Editions Jeunesse et droit, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2003, p. 105 et 106, n° 65.

62. C.A., n° 136/2004, 22 juillet 2004, B.5.3 et B.5.4. Pour un commentaire de cet arrêt, cf. MAES Gunter, « De uitbreiding door het Arbitragehof van zijn referentienormen met alle

verdragsrechtelijke grondrechtenbepalingen die België verbinden », in *R.W.*, 2003-2004, n° 17, p. 875-878.

63. C.E., *Corvelyn*, n° 13.146, 7 octobre 1968, in *J.T.*, 1969, p. 634, note VERHOEVEN Joe ; C.E., *M'Feddal et crts*, n° 32.989, 6 septembre 1989.

64. En ce sens : VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « L'effectivité ... », *op. cit.*, p. 92. En jurisprudence, cf., parmi d'autres : C.E., *De Wispelaere*, n° 45.552, 30 décembre 1993, *Chron. D.S.*, 1994, p. 244, obs. JACQMAIN Jean, « Le sexe comme condition déterminante » ; C.E., *Hoefkens*, n° 63.473, 10 décembre 1996 ; C.E., *Verdoodt*, n° 68.914, 16 octobre 1997, *R.W.*, 1998-1999, p. 331, note RAUWS Wilfried ; C.E., XXX, n° 69.715, 21 novembre 1997 ; C.E., *L.*, n° 145.720, 9 juin 2005 ; C.E., XXX, n° 196.388, 25 septembre 2009 ; C.E., XXX, n° 219.380, 16 mai 2012 ; C.E., *Ligue royale pour la protection des oiseaux*, n° 220.463, 14 août 2012 ; C.E., *Boiro*, n° 222.077, 15 janvier 2013.

65. Cf., à ce sujet, VELU Jacques, « Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'Etat », in *A.P.T.*, 1987, spéc. p. 305-308 ; BLERO Bernard, « Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution. Observations relatives à l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 14/97 du 18 mars 1997 », in *A.P.T.*, 1997, p. 233 à 280. Pour une appréciation critique, cf. LÉONARD Thierry, *op. cit.*, spéc. n° 54, 136 et 137.

66. Encore qu'en matière de droits fondamentaux et dans la ligne des travaux de Thierry Léonard, on puisse se demander si, à proprement parler, c'est bien la revendication de droits subjectifs qu'on poursuit en justice (cf. *supra*, note 16).

67. Ainsi, dans l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 (*Pas.*, 1971, I, p. 887 à 920, concl. GANSFOF VAN DER MEERSCH ; il s'agit d'un arrêt de principe qui, en l'absence de disposition constitutionnelle réglant la question, fonde la primauté du droit international sur les lois belges, tout en subordonnant cette primauté à l'effet direct de ce dernier), ne suffisait-il pas, au fond, de faire sauter la législation interne autorisant le prélèvement de droits d'importation en raison de sa contrariété au droit européen - suffisamment clair et précis, et indépendamment de la question de savoir s'il conférait ou non un droit subjectif -, puis, chemin faisant, d'exiger le remboursement de l'indu ? On peut à cet égard se demander si l'exigence par trop systématique d'effet direct au contentieux subjectif ne procède pas de la filiation suivante. La CJCE a manifestement été influencée par l'avis rendu par la Cour internationale de Justice, dans l'affaire *Dantzig*, lorsqu'elle prononça l'arrêt *van Gend & Loos* du 5 février 1963, classiquement présenté par la doctrine comme l'arrêt de principe en matière d'effet direct. A dire vrai, les questions d'immédiateté d'application et d'effet direct apparaissent étroitement imbriquées dans cette affaire et l'arrêt mobilise du reste les deux notions. Saisie de « la question de savoir si l'article 12 du traité a un effet immédiat en droit interne, dans le sens que les ressortissants des Etats membres pourraient faire valoir sur la base de cet article des droits que le juge national doit sauvegarder », la Cour conclut que « le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire [...] que cette prohibition se prête parfaitement, par sa nature même, à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les Etats membres et leurs justiciables [...] que l'exécution de l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des Etats [...] selon l'esprit, l'économie et le texte du traité l'article 12 doit être interprété en ce sens qu'il produit des effets immédiats et engendre des droits individuels que les juridictions internes doivent sauvegarder ». Or, en l'espèce et à l'instar de l'arrêt *Le Ski* de la Cour de cassation qui mettait aux prises la même disposition internationale (anc. art. 12 TCEE), il n'était en réalité pas tant question, comme dans l'affaire *Dantzig*, de revendiquer un droit consacré par cette disposition - si ce n'est le droit d'invoquer sa violation en justice, mais c'est sans doute malmener la notion de droit subjectif que de la comprendre en ce sens -, que d'écarter, sur cette base, la législation interne qui lui était contraire et avait donc indûment permis le prélèvement de droits d'importation. Cette proximité factuelle entre les arrêts *van Gend & Loos* et *Le Ski*, et l'influence, sur le premier, de l'avis sur la compétence des tribunaux de *Dantzig*, sont peut-être de nature à

expliquer l'exigence d'effet direct, qui, depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 27 mai 1971, règne en maître dans la jurisprudence des cours et tribunaux judiciaires. Parmi les rares arrêts qui ne lient pas explicitement la primauté du droit international à l'effet direct de celui-ci, cf. Cass., 2 mars 2007, C.05.0154.N., cité par DOPAGNE Frédéric, *op. cit.*, note 21.

68. En vertu de l'article 159 de la Constitution, « (l)es cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois », et à toutes normes hiérarchiquement supérieures, conformément à l'interprétation traditionnellement donnée à cette disposition.

69. Songeons, par exemple, à la compétence du tribunal de travail pour statuer sur les recours dirigés contre des décisions prises par les CPAS en matière d'aide sociale (C. jud., art. 580, 8°, d).

70. On songe à l'approche contextualisée du critère objectif qu'on a fait le choix de présenter plus haut, dans le cadre de l'effet direct au sens strict. Les développements tenus alors n'en sont pas moins transposables en l'espèce. Olivier De Schutter, qui est l'un des principaux promoteurs de cette approche, définit d'ailleurs l'effet direct sans référence à la notion de droit subjectif : « la règle qui, puisée dans un autre ordre juridique que celui dans lequel son application est demandée, se prête à pareille application par les autorités chargées de l'appliquer [...], la spécificité de la règle directement applicable (résidant dans le fait qu'elle) ne requiert pas, pour être appliquée, l'adoption de mesures complémentaires d'exécution » (DE SCHUTTER Olivier, *op. cit.*, p. 119).

71. Cf. les références citées *supra*, note 52, et, en particulier, le plaidoyer de Arne Vandaele en faveur d'un « critère normatif » (*op. cit.*, n° 20).

72. On reviendra sur ce point dans la conclusion.

73. « Une norme vague ne peut pas servir de base à l'établissement d'un droit individuel ; elle peut toujours servir de référence à un contrôle de *compatibilité* d'une norme inférieure. Il faut seulement constater que plus la norme de référence est générale (ce qui n'est d'ailleurs pas le cas, loin s'en faut, de toutes les stipulations internationales dépourvues d'effet direct), et moins il y a de probabilité que le contrôle de compatibilité aboutisse à la censure de la norme inférieure [...] » (ABRAHAM Ronny, conclusions avant C.E. fr., 23 avril 1997, D., 1998, p. 19).

74. Cf. DUMONT Hugues et HOREVOETS Christine, *op. cit.*, spéc. p. 197 et 198, p. 236 et 237.

75. Voy. à cet égard HACHEZ Isabelle et VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, obs. sous C.C., n° 37/2011, n° 101/2008 et 78/2005, in *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, p. 28-37.

76. Et Frédéric Vanneste de considérer à cet égard que le degré de précision de la norme de *soft law* international influencera sa prise en compte (« Le *soft law* du droit international des droits de l'homme, dans la jurisprudence internationale et la jurisprudence interne », in *Les sources du droit revisités*, vol. 1, *Normes internationales et constitutionnelles*, *op. cit.*, p. 120, n° 13).

77. Cf., *supra*, la troisième déclinaison de l'approche contextualisée de l'effet direct au sens strict ; cf. aussi ALEN André et PAS Wouter, *op. cit.*, p. 167. Voy. par exemple, en matière de filiation, C.C., n° 165/2013, 5 décembre 2013 ou encore, en matière d'aide sociale pour les enfants en séjour illégal, C.C., n° 106/2003, 22 juillet 2003.

78. Cf. par exemple C.C., n° 29/2013, 7 mars 2013, B.11, et le commentaire que lui réserve Nicole Gallus : « il n'appartient pas à la Cour constitutionnelle de substituer son interprétation ou sa conception du droit de la filiation à celle du législateur » (« Lorsque la Cour constitutionnelle s'arroge le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », in *Act. dr. fam.*, 2013/5, p. 79). Voy. également C.C., n° 106/2003, 22 juillet 2003 : après s'être, à raison, débarrassée de la question de l'effet direct, la Cour constitutionnelle ne se prononce pas explicitement, dans cet arrêt précité, sur le degré de force normative des dispositions internationales invoquées. Sans doute le juge constitutionnel appréhende-t-il celle-ci de manière contextualisée, « à l'aune de [...] l'économie générale de la loi du 8 juillet 1976 » sur les centres publics d'action sociale et du droit à la dignité humaine qu'elle consacre (VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Effectivité ... », *op. cit.*, p. 97). *In casu*,

on peut toutefois se demander si en annulant la disposition litigieuse en raison de son caractère discriminatoire et surtout en modalisant l'aide sociale susceptible d'être accordée aux enfants en séjour illégal, la Cour ne franchit pas un pas de trop, fût-ce au profit de l'effectivité des droits de l'homme. Certes reconnaît-elle au législateur la possibilité d'adopter « d'autres modalités appropriées » (B.7.7), mais cette assertion suffit-elle à blanchir l'activisme de la Cour sous l'angle du principe de la séparation des pouvoirs ? Sans compter que la mise en œuvre concrète du dispositif imaginé par la Cour, tout comme sa compatibilité avec l'esprit de la Convention internationale sur les droits de l'enfant, laissent songeur (en ce sens : VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Effectivité ... », *op. cit.*, spéc. n° 65 à 72).

79. Cf., e.a., C.E. (ass. gén.), *Coomans*, n° 187.998, 17 novembre 2008, cons. 18.1.

80. ALÉN André et PAS Wouter, *op. cit.*, p. 166 et 167.

81. Voy. par exemple, en ce sens, un des derniers arrêts de la Cour constitutionnelle rendu en la matière : C.C., n° 107/2014, 17 juillet 2014, B. 23. Au sujet de la définition réservée à l'obligation de standstill déduite de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, cf. DELGRANGE Xavier et HACHEZ Isabelle, obs. sous Cass., 20 décembre 1990 et C.C., n° 53/2013, *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, *op. cit.*, spéc. p. 254-256.

82. Rien ne justifie cependant de limiter son champ d'application aux droits de la deuxième, voire de la troisième génération. Inhérent à toutes obligations positives, le principe de standstill est également de nature à préciser les contours des droits de la première génération envisagés sous leur versant positif, par le renvoi qu'il opère vers les normes internes qui, jusqu'alors, lui donnaient corps (cf. HACHEZ Isabelle, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, p. 193 et s. ; C.E. (ass. gén.), *Coomans*, n° 187.998, 17 novembre 2008, cons. 18.1. Compar. C.C., n° 121/2013, 26 septembre 2013, B.66.2).

83. Cf., par exemple C.E., *Cléon Angelo*, n° 215.309, 23 septembre 2011.

84. Il en va ainsi lorsque la Cour constitutionnelle fait application de la thèse du point fixe, et non du point mobile (cf. C.C., n° 53/2013, 18 avril 2013, A.P., 2013, p. 298 et s., obs. DELGRANGE Xavier et HACHEZ Isabelle, « Qui n'avance pas ... »), mais aussi quand les organes de contrôle retiennent comme norme de base la législation antérieure, sans se soucier de savoir si elle correspond au plus haut niveau de protection un jour conféré au droit fondamental considéré (cf. C.C., n° 95/2014, 30 juin 2014, A.P., p. 72 à 81, à paraître, obs. HACHEZ Isabelle et VINCENT Sophie, « Principe de standstill et droit à l'accueil des demandeurs d'asile. De l'abc d'une méthodologie à l'allégorie de la grenouille »). L'exigence d'un recul significatif pour conclure à une atteinte au principe de standstill est parfois une autre manière de barrer le chemin à un moyen pris de sa violation (cf. HACHEZ Isabelle, *Le principe de standstill ...*, *op. cit.*, n° 345 et s.), tout comme une méthodologie défailante est de nature à tourner ce principe en dérision (voy. par ex. C.C., n° 28/2007, 21 février 2007 ; C.C., n° 56/2008, 19 mars 2008. Pour un bref commentaire de ces arrêts : HACHEZ Isabelle, « Le principe de standstill : actualités et perspectives », in *R.C.J.B.*, 2012, spéc. p. 12 et 13).

85. Ainsi, dans l'arrêt *Mobistar* rendu par le Conseil d'Etat le 27 juin 2007, faut-il comprendre la notion d'effet direct évoquée au sens large ou au sens restreint (C.E., *Mobistar*, n° 214.183, 27 juin 2011, p. 16 : « Considérant qu'il ressort de son libellé que cette disposition (lire : art. 6 du Pidesc) impose des obligations aux Etats signataires, mais en des termes trop peu précis pour que cette disposition puisse être d'application directe ») ?

86. Voy. DE SCHUTTER Olivier et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *Droit international des droits de l'Homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, spéc. p. 51, 52 et 435 ; VAN DROOGHENBROECK Sébastien, obs. sous Cass., 17 janvier 1984, *Le droit international ...*, *op. cit.*, spéc. p. 242. Voy. aussi en ce sens : PIERET Julien, *op. cit.*, spéc. p. 93 à 113 et les références jurisprudentielles citées.

87. Eu égard au caractère objectif des droits de l'homme (les traités en la matière ont été conçus au profit des individus) et sauf volonté contraire exprimée par les parties au traité, réduisant *de facto*, dans ce cas, ce dernier à une déclaration d'intention.

88. Compar. DOMINO Xavier et BRETONNEAU Aurélie, « Chronique générale de jurisprudence administrative française. Les aléas de l'effet direct », note sous C.E. fr., 11 avril 2012, *GISTI*, n° 322326, in *A.J.D.A.*, 2012, n° 17, p. 938.

89. Si ce n'est, peut-être, dans le cadre de certains des commentaires doctrinaux auxquels a donné lieu l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2006, concluant à la responsabilité du pouvoir législatif sur la base de l'article 1382 du Code civil. Voy., par exemple parmi une abondante littérature, UYTENDAELE Marc, « Du réflexe salutaire à l'ivresse du pouvoir. Premières réflexions sur les arrêts de la Cour de cassation Eglise universelle du Royaume de Dieu et F.J. », obs. sous Cass., 28 septembre 2006, *J.L.M.B.*, 2006/35, p. 1554 à 1564.

90. On signale à cet égard l'existence d'un recours pendant devant la Cour constitutionnelle à l'encontre de la loi du 18 juillet 2013 portant assentiment au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire (*M.B.*, 7 avril 2014), dont, en particulier, les articles 3, 5 et 7 limitent fortement la marge de manœuvre des Etats parties dans le choix de leurs politiques publiques par l'objectif d'équilibre ou de léger déficit budgétaire qu'ils leur imposent.

91. Sur cette notion, et la lecture absolue ou relative dont elle fait l'objet, cf. HACHEZ Isabelle, « L'acquis social : quelle(s) protection(s) juridique(s) ? », in *Les actes du colloque sur l'avenir de l'Etat de droit social en Europe* (Athènes, 30 octobre au 1^{er} novembre 2014), à paraître en 2015 dans la collection de la SIPE, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, n° 7 et s., et les références citées..

92. Sachant, toutefois, que si l'interprétation n'est pas une « simple répétition », elle n'est pas non plus une « libre invention » (cf. OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, spéc. p. 385 à 447 ; DUMONT Hugues, « Les spécificités ... », *op. cit.*, spéc. p. 481, note 16).

RÉSUMÉS

La présente étude aborde la thématique générale du colloque - précision et droits de l'homme - au travers de la question de la justiciabilité de ces droits, et, plus précisément, de la notion d'effet direct, qui, au sein de l'ordre juridique belge, fait l'objet de différentes acceptions (stricte ou large) et approches (traditionnelle, contextualisée et graduelle). Ce faisant, elle est conduite à interroger la pertinence de cette notion polysémique, dont on peut se demander si elle n'obscurcit pas le débat davantage qu'elle ne l'éclaire, singulièrement dans le cadre d'un contentieux de type objectif.

This study deals with the general topic of the symposium - precision and human rights - through the issue of justiciability of these rights, and more specifically, the concept of direct effect, which is given different meanings (narrow or wide) and approaches (traditional, contextualized and gradual) in the Belgian legal system. It therefore questions the relevance of this polysemous concept. One wonders among others if it does not obscure the debate more than it enlightens, particularly in the context of an « objective litigation ».

INDEX

Mots-clés : Droits de l'homme, Justiciabilité, Effet direct, Notion, Critères, Contentieux

Keywords : Precision, Direct Effect, Human Rights, Justiciability, Concept, Criteria, Litigation

AUTEUR

ISABELLE HACHEZ

Née en 1976, Isabelle Hachez est professeur à l'Université Saint-Louis (Bruxelles), où elle dispense depuis 2009, en faculté de droit, des cours de Sources et principes du droit, de Droit constitutionnel, de Libertés publiques et de Méthodologie juridique. Ses principaux domaines de recherche portent respectivement sur la théorie des sources du droit, les droits fondamentaux (en particulier, la justiciabilité des droits sociaux et le principe de standstill), et, plus récemment, la 6^{ème} réforme de l'Etat belge et les politiques publiques en matière de handicap.