

soit par une intervention de l'aide sociale limitée aux frais occasionnés par la scolarisation des enfants.

B.1.4. La Cour est invitée à contrôler la disposition en cause par rapport aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou conjointement avec ses articles 23 et 191, avec les articles 2, 3, 24, 26 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant adoptée à New York le 20 novembre 1989, avec les articles 2.1 et 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels fait à New York le 19 décembre 1966, et avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

B.2. Les articles 10 et 11 de la Constitution ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique.

[...]

Quant aux exceptions soulevées par le Conseil des ministres

B.4.1. Le Conseil des ministres soutient tout d'abord que la Convention relative aux droits de l'enfant n'a pas d'effet direct dans l'ordre interne car elle n'impose d'obligations qu'à charge des États parties.

B.4.2. Compétente pour apprécier si une norme législative viole les articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour doit, lorsqu'elle est interrogée sur une violation de ces dispositions combinées avec une convention internationale, 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 Belgique.

L'exception soulevée par le Conseil des ministres manque en droit.

Observations

L'arrêt commenté participe de l'abondant contentieux consacré au droit à l'aide sociale des étrangers en séjour illégal, et, plus précisément, des enfants en séjour illégal. Dans la mesure où, en sa version en vigueur en 2003¹, il privait ces derniers du bénéfice de toute autre aide sociale que « l'aide médicale urgente », l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 opèrerait-il une discrimination entre les enfants en séjour illégal et les enfants en séjour légal (les seconds, à la différence des premiers, bénéficiant du droit à l'aide sociale pleine et entière) et entre les enfants en séjour illégal et les parents en séjour illégal (les premiers étant cette fois traités comme le seconds, alors qu'en raison de leur bas âge, ils ne sont, pour leur part, pas en mesure de quitter volontairement le territoire) ? La Cour constitutionnelle était appelée à trancher

cas échéant avec d'autres dispositions, dont les articles 2, 3, 24, 26 et 27 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Ce n'est pas tant la réponse apportée par la Cour qui nous intéresse en l'espèce² que les conditions auxquelles elle subordonne la prise en compte de dispositions internationales dans le cadre du contrôle combiné qu'elle opère. Rompant avec une jurisprudence constante qui conditionnait l'invocabilité de telles dispositions à leur effet direct³, 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 Belgique » (cons. B.4.2)⁴. Autrement dit, l'effet direct des dispositions internationales invoquées importe peu⁵ ; il suffit qu'elles lient la Belgique pour être prises en compte dans le cadre d'un contrôle mené au regard du principe d'égalité (art. 10 et 11 de la Constitution)⁶, voire en combinaison avec une disposition constitutionnelle analogue dont la Cour assure le respect⁷.

On ne peut cependant apprécier la pertinence de cet enseignement sans avoir au préalable précisé la notion d'effet direct, une notion qui, dans l'arrêt commenté, n'est pas définie par la Cour : comme si elle allait de soi, à moins que ce ne soit l'inverse.

A. La notion d'effet direct⁸

Cette notion est apparue dans le contexte des relations entre ordres juridiques international et internes, en réponse à la question suivante : les particu-

2. Cons. B.7.7 et B.7.8. de l'arrêt. Voy. not. à cet égard : S. BOUCKAERT, « O.C.M.W.-steun voor minderjarige illegalen. De revolutie in de rechtspraak van het Arbitragehof en de arbeidsgerechten », *NjW*, 2004, liv. 59, pp. 146 à 159 ; D. RENDERS et M. LYS, « Le droit des plus défavorisés à l'aide sociale en Belgique », *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, sous la direction de M. VERDUSSEN, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 433 à 488, spéc. n° 85 et s. ; B. VAN KEIRSBIJCK et H. OUHMIDA, « La question préjudicielle relative à l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale », *J.D.J.*, 2003, n° 227, pp. 27 à 31.

3. Depuis l'arrêt C.C., n° 18/90, 23 mai 1990, cons. B.11.3. Pour un commentaire de cet arrêt : S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., n° 18/90, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 434 à 436. Voy. pour le surplus IV.1

4. Voy. déjà, en pratique : C.C., n° 41/2002, 20 février 2002, cons. B.6.

5. En l'occurrence, la question de l'effet direct de la Convention relative aux droits de l'enfant aurait pu articuler une discussion délicate, voire appeler d'emblée une réponse négative : voy. *infra*, VI.3

6. En ce sens : V. STAELENS, Ruimere O.C.M.W.-steun voor illegale minderjarigen en uitdrukkelijke afwijzing van het argument van niet-directe werking bij een onderzoek naar een mogelijke schending van art. 10 en 11 G.W. in samenhang met een internationaal verdrag », noot onder C.A., n° 106/2003, *R.W.*, 2003-2004, n° 17, spéc. p. 656 (chassé par la porte, l'effet direct revient cependant par la fenêtre, l'auteur considérant qu'en l'espèce, la Cour reconnaît l'effet direct des dispositions internationales invoquées) ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », *Les enfants & l'aide sociale*, Actes de la journée d'études du jeudi 18 septembre 2003, Bruxelles, Éditions Jeunesse et droit, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2003, pp. 105 et 106, n° 65. Comp. : S. BOUCKAERT, *op cit.* pp. 154 et 155, n° 19 à 21.

11 Avis précité, pp. 17 et 18.

12 Cf. F. RIGAUD, obs. sous C.J.C.E., 5 février 1963, *J.T.*, 1963, p. 190, et les références mentionnées aux notes 5 et 6. L'auteur est encore très souvent cité aujourd'hui (cf., tout récemment, A. BAILLEUX, « Le droit international, (res)sources du droit de l'Union européenne », *Revue de droit international public*, 1990, n° 1, p. 107).

Traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus »¹⁶. Ici encore¹⁷, l'applicabilité directe vise le fait pour des particuliers de pouvoir directement se prévaloir en justice des dispositions internationales leur conférant des droits subjectifs¹⁸, et son existence est établie au départ 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'État pour être appliquée ?). En pratique, cependant, l'intention des États parties est rarement exprimée de manière explicite¹⁹, à telle enseigne qu'elle est recherchée au travers de la précision et de la clarté de la norme²⁰. Dans ce cas, le critère subjectif tend à se confondre avec le critère objectif. Traduit dans le langage de l'ordre juridique interne, ce dernier critère conduit le juge à faire le départ entre les dispositions internationales sur lesquelles il peut, en l'état, fonder son dispositif et celles qui, pour ce faire, appellent au préalable une intervention du législateur pour remplir l'engagement souscrit par l'État²¹. En vertu du critère objectif, on considère généralement que les obligations négatives issues d'un instrument de protection des droits de l'homme sont dotées d'effet direct²², tandis que

16 Cass., 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 26, note M. WAELBROECK, « 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. D.S.*, 2005, n° 3, p. 137, qui en explicite les critères ; Cass., 11 mai 2001, *R.W.*, 2002-2003, pp. 658 et s.

17 In casu, cependant (Comp. *supra*, note 13), la Cour distingue sans ambiguïté les questions d'immédiateté d'application et d'effet direct, évoquant l'assentiment législatif des actes internationaux concernés, qui permet aux justiciables de s'en prévaloir, avant de se prononcer sur l'effet direct des dispositions internationales en cause, l'existence des droits subjectifs conditionnant la compétence des cours et tribunaux judiciaires.

18 En ce sens également : Cass., 26 mai 2008, S.06.0105.F, déniant l'effet direct, ainsi défini, aux articles 2.1, 26.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant (voy. égal. VI.3) et aux articles 2.1, 9 et 10.3 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (voy. égal. VI.6).

19 Voy., cependant, la Convention-cadre sur les minorités dont l'applicabilité directe fut expressément contestée par ses rédacteurs (cf. X. Delgrange et S. van Drooghenbroeck, « La signature de la Convention-cadre sur la protection des minorités nationales et les mesures de protection des minorités contenues dans les lois spéciales », *A.P.T.*, numéro spécial : St-Polycarpe, Lombard et St-Boniface : une réforme à plusieurs visages, 2002, p. 280, n° 15).

20 Cf. déjà, à cet égard, l'avis précité de la Cour permanente de justice internationale, où l'intention décisive des États contractants était appréciée au départ du contenu de l'accord.

21 Le fondement international de l'effet direct, consistant à l'apprécier au départ de l'intention des parties contractantes et des qualités intrinsèques du texte, se double ainsi d'un fondement interne dès lors que rentre en ligne de compte le principe de la séparation des pouvoirs, ou, autrement dit, la répartition des compétences qui relèvent respectivement du juge et du législateur. Voy. à cet égard Cass., 4 novembre 1999, *J.T.*, 2000, p. 667 (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, 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'État 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 particuliers ») (voy. égal. VI.3), et, dans un sens similaire, Cass., 2 mars 2012, C.10.0685.F. Le critère objectif fait du reste parfois l'objet d'une interprétation extrêmement littérale de la part des juridictions, faisant fi du caractère objectif des droits de l'homme : jugé par le Conseil d'État, sur un recours en suspension réformé, sur ce point, en annulation, qu'une règle de droit internationale est dépourvue d'effet direct quand elle impose à l'État d'agir, ou de ne pas agir, selon les principes qui y sont énoncés (C.E., *Verdoort*, 16 octobre 1997, n° 68914, *Bruxelles*, *Entre ombres et lumières* : cinq aspects de la Convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct).

les obligations positives déduites d'un tel instrument en seraient pour leur part dépourvues²³.

Dans l'avis rendu par la Cour permanente de justice internationale, comme dans l'arrêt *Thonon* de la Cour de cassation, l'effet direct se limitait à la possibilité pour un particulier de revendiquer en justice le bénéfice d'un droit subjectif, et pour cause, puisque dans ces deux affaires, c'était la revendication d'un tel droit, tiré d'un traité bilatéral, qui était en question. Très vite, cependant, une définition large de l'effet direct est venue côtoyer la définition stricte qui lui était traditionnellement réservée et à laquelle nous nous rallions²⁴. Loin de cantonner l'effet direct au niveau des droits subjectifs, les partisans de la « définition large » situent la problématique sur le plan du droit objectif²⁵. Dans cette perspective, l'effet direct recouvre également l'hypothèse dans laquelle une norme internationale 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 en poursuit le respect²⁶. 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 direct²⁷.

Parallèlement à ce mouvement, visant à compléter la définition stricte de l'effet direct d'une définition large, et sans que l'articulation entre les deux ne soit toujours pensée²⁸, les critères déterminant l'effet direct d'un traité ont connu des fortunes diverses. Ainsi, sous l'impulsion du droit européen, la

23 Pour une évocation récente de cette distinction entre obligations positive et négative, cf. C.E., n° 182.454, 28 avril 2008, *Verdoort*, p. 19 (voy. VI.2). Voy. égal., sur l'éventuel effet direct des obligations positives de la Convention européenne des droits de l'homme, VI.3.

24 Parmi les auteurs partisans de cette définition stricte, cf. notamment les références citées par H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996, p. 45, note 49 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 99 et s., n°s 134 et 135 ; J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, m.m.v. T. de Pelsmaeker, *op. cit.*, spéc. n°s 180 et 461 ; J. VERHOEVEN, *op. cit.*, pp. 243 et 244.

25 Voy. not. en ce sens : R. ERGEC, « Le minerval exigé des élèves étrangers et les effets directs des droits économiques et sociaux », obs. sous Cass., 20 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991 p. 1208, n° 6 ; M. LEROY, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges », obs. sous C.E., *M'Feddal*, *R.T.D.H.*, 1991, spéc. p. 197 ; Cl. SCIOTI-LAM, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 345 et s., n°s 584 et s. ; M. WAELBROECK, *op. cit.*, spéc. p. 34.

26 Dans cette dernière hypothèse, la question de l'effet direct se ramène à celle de son invocabilité par un particulier, et le caractère objectif des droits de l'homme la rend, selon nous, superflue à l'égard des traités qui leur sont consacrés.

27 Ainsi, pour les auteurs qui promeuvent cette approche, l'obligation de *standstill* (voy. sur ce concept, VI.6) est une forme d'effet direct. Voy. A. ALLEN et W. PAS, « L'effet direct de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant », *J.D.J.*, 1995, liv. 144, pp. 166 et 167 ; Dr. VAN ECKHOUTTE en A. VANDAELE, « Doorwerking van internationale normen in de Belgische rechtsorde », Working paper n° 33, Instituut voor Internationaal Recht, K.U.L., oktober 2002, spéc. n° 20 ; E. CLAES et A. VANDAELE, *R.B.D.I.*, 2001, spéc. pp. 464 et s. ; A. VANDAELE en E. CLAES, « Naar een gradueel concept van directe werking van verdragsrecht en van internationaal gewoonterecht », *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtsorde*, Dr. VAN ECKHOUTTE et J. WOUTERS (dir.), Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 83 à 109, spéc. pp. 91 et s. Au sein de la doctrine francophone, voy. not. : J. PIETET, « 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* : cinq aspects de la Convention : retour doctrinal et jurisprudentiel sur le concept d'effet direct.

tendance générale consiste aujourd'hui à privilégier la clarté et la précision de la norme par rapport à l'intention des parties, voire même à mettre celle-ci complètement entre parenthèses en la contredisant²⁹. Mais l'évolution observée en la matière ne porte pas seulement sur le poids respectivement accordé aux critères objectif et subjectif. La portée du critère objectif fait elle-même l'objet d'une remise en question par un courant, à ce jour minoritaire, qui propose de privilégier une approche contextualisée de l'effet direct³⁰. Selon ses partisans, la détermination de la marge d'appréciation conférée par la norme ne doit pas être réalisée *in abstracto* – au départ du seul examen du libellé de la disposition considérée –, mais *in concreto* – c'est-à-dire compte tenu du contexte normatif dans lequel son application est requise. Ce changement de perspective conduira, le cas échéant, à reconnaître le caractère directement applicable d'obligations positives³¹.

Polysémique et protéiforme, la notion d'effet direct l'est assurément : faut-il l'entendre au sens large (de façon graduelle, voire comme synonyme d'invocabilité) ou au sens restreint (en lien avec l'idée de droit subjectif) ? Doit-on en apprécier l'existence au départ d'un critère subjectif (intention des parties) et/ou objectif (clarté et précision de la norme en question) ? L'appréciation du critère objectif doit-elle être réalisée de manière abstraite ou au contraire contextualisée ? Ce caractère polysémique et protéiforme rend la lecture de la jurisprudence particulièrement malaisée, d'autant que lorsque les juges recourent à la notion, ils en précisent rarement le contenu, évoquant parfois, mais pas nécessairement, ses critères d'application³². Le plus souvent, même, ils ne font aucune mention de cette notion, la doctrine ayant alors tendance à interpréter ce silence comme une reconnaissance implicite du caractère directement applicable de la norme internationale appliquée³³. 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. À supposer le traité introduit dans l'ordre juridique belge, conformément à l'article 167 de la Constitution, pour quoi en outre conditionner son invocabilité en justice au caractère directement applicable des dispositions qu'il consacre ? La question se pose assurément dans le cadre d'un contentieux objectif (B), mais aussi, bien que dans une moindre mesure, au contentieux subjectif (C).

B. Effet direct et contentieux objectif

Le contentieux objectif se situe sur le plan du droit objectif, locution qui désigne globalement l'ensemble des règles de droit applicables dans un ordre juridique déterminé. Il a pour objet de préserver la légalité en son sein et d'en assurer, ce faisant, la cohérence.

Le contrôle de conformité réalisé dans le cadre du contentieux objectif est systématique : dans tous les cas, le juge est appelé à contrôler directement la conformité d'un acte administratif ou législatif avec l'ensemble des règles, confiées à sa garde, qui figurent dans l'arsenal juridique et lui sont hiérarchiquement supérieures. Au contentieux objectif, le contrôle de conformité est une fin en soi. Le procès est fait à un acte de l'autorité publique.

En conséquence, 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 incluse »³⁴. 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 donc logiquement pas requis au contentieux objectif³⁵.

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

30 Voy. not. : E.A. ALKEMA, *Toepassing van de Europese Conventie voor de rechten van de Mens in Nederland. Preadvies Vereniging voor de veregelijking van het recht van België en Nederland*, Zwolle, 1985, pp. 34 et 35 ; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, spéc. pp. 157 à 160 et 362 à 370 ; Cl. SCIOTTI-LAM, *op. cit.*, spéc. pp. 441 à 443, n° 749 et 750. Adde le rapport de l'auditeur P. LEMMENS dans l'affaire *De Moor* (C.E., 31 octobre 1991, n° 38.014), *R.W.*, 1991-1992, pp. 638 et s. (pour un commentaire de ce rapport : S. VAN DROOGHENBROECK, *obs. sous C.E.*, 31 octobre 1991, *De Moor*, n° 38.014, *Droit international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 357 et 359). Adde les références citées à la note 27, l'approche graduelle de l'effet direct (au sens large) postulant également une appréciation contextualisée de celui-ci (cf. A. VANDAELE en E. CLAES, « Naar een gradueel concept... », *op. cit.*, pp. 92 et 93, n° 17 et 18).

31 Sur les différents degrés qu'au-delà de ces caractéristiques communes, l'approche contextualisée est susceptible de revêtir et pour des exemples de jurisprudence, cf. e.a. VI.4.1. Adde I. HACHEZ, *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux : une irréversibilité relative*, Bruxelles, Bruylant, Athènes, Sakkoulas, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, n° 244 et s., et les références citées.

32 Ainsi, dans l'arrêt *Mobistar* rendu par le Conseil d'État le 27 juin 2007, faut-il comprendre la notion d'effet direct évoquée

34 M. LEROY, *op. cit.*, p. 197.

35 En ce sens, notamment : R. ABRAHAM, conclusions avant C.E. fr., 23 avril 1997, *D.*, 1998, pp. 18 et 19 ; P. d'ARGENT, « Jurisprudence belge relative au droit international public (2008-2011) », *R.B.D.I.*, 2012, p. 292, n° 13 ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, not. n° 136 ; G. MAES, *Verkenning van afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, e.a. n° 129 et 310 ; J. VERHOEVEN, « Applicabilité directe des traités et intentions des parties contractantes », *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story Scientia, 1991, pp. 904 et 905 ; N. VAN LEUVEN en Fr. VANNESTE, « De inroepbaarheid van het recht op wonen », *Recht op wonen : naar een resultaatverbintenis ?*, *Droit au logement : vers une obligation de résultat ?*, sous la direction de N. BENHARD et B. HUREAU, La Charte, 2012, pp. 235 et 236. Voy. égal. P. VANDEN HEEDÉ et G. GOEDERTIER, « De doorwerking van het internationaal recht in de rechtspraak van het arbitragehof », *Doorwerking van Internationaal Recht in de Belgische rechtspraak*, Dr. Van ECKHOUTE et J. WOUTERS (dir.), Antwerpen, Intersentia, 2006, pp. 252 et 253, n° 15, en ce compris les références citées à la note 61. L'extension donnée à la notion d'effet direct par les tenants d'une conception objective (*supra*, note 25) voire d'une conception graduelle (*supra*, note 27) procédant également de la considération selon laquelle, au contentieux objectif, il n'est nul besoin que la norme

Sur le plan des principes, la proposition nous paraît certaine, et, dans l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle s'est fort heureusement décidée à la faire sienne³⁶. Depuis lors, la Cour ne semble plus – sauf rares exceptions³⁷ – s'encombrer de considérations relatives à l'effet direct des dispositions qu'elle invoque ; en tout cas ne trouve-t-on plus trace de l'antienne autrefois bien connue selon laquelle « les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés reconnus aux Belges, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct »³⁸.

Si l'un ou l'autre arrêts isolés mais néanmoins bien inspirés du Conseil d'État avaient anticipé le prononcé de l'arrêt n° 106/2003 de la Cour constitutionnelle³⁹, force est de constater 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 en condition *sine qua non* du contrôle qu'il exerce⁴⁰. De ce point de vue, elle apparaît bien plus restrictive que celle de la Cour constitutionnelle.

Que l'on se comprenne bien, cependant. L'idée selon laquelle l'effet direct 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

36 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*, VI.6). Sans compter que la loi spéciale du 6 janvier 1989 relative à la Cour constitutionnelle n'exigeait 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 » (sur la notion de « contrôle combiné », voy. IV.1).

37 Cf., par exemple, l'arrêt n° 104/2006 où, postérieurement à la décision commentée, la Cour constitutionnelle se prononce sur l'effet direct (subjectif ?) de l'article 16.2 de la Convention du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés (en vertu duquel « Dans l'État contractant où il a sa résidence habituelle, tout réfugié jouira du même traitement qu'un ressortissant en ce qui concerne l'accès aux tribunaux ») en ces termes : « cette disposition [...] est suffisamment précise et complète pour que son application soit possible sans mesure complémentaire d'exécution » (cons. B.8.1). En l'espèce, pour apprécier si la législation litigieuse (« organisant le dessaisissement des juridictions belges des plaintes introduites sur la base de la loi du 18 juin 1993 par les personnes ayant la qualité de réfugié reconnu en Belgique au moment de l'engagement initial de l'action publique, alors que les plaintes introduites par les personnes ayant la nationalité belge au même moment ne pouvaient faire l'objet d'un dessaisissement », cons. B. 11) violait le principe d'égalité et de non discrimination – *quod est* –, la Cour devait, nous semblait-il, nécessairement vérifier si la norme internationale maintenait ou non une marge d'appréciation au profit du législateur. Reste que la référence explicite à la notion d'effet direct – sans allusion aucune, toutefois, à la notion de droit subjectif – était sans doute inutile.

38 C.A., n° 39/91, 19 décembre 1991, cons. 6.B.6. Voy. IV.1.

39 C.E., *Convelny*, n° 13.146, 7 octobre 1968, *J.T.*, 1969, p. 634, note J. VERHOEVEN ; C.E., *Mredudat et Gré*, 11 septembre 1989. Au sujet de l'arrêt *Verdoodt* (C.E., n° 182.454, 28 avril 2008) et du sens à conférer, dans cet arrêt, à la notion d'effet direct invoquée, voy. VI.2.

40 En ce sens : S. VAN DROOGENBROECK, « L'effectivité... », *op. cit.*, p. 92. En jurisprudence, *cf.*, parmi d'autres : C.E., n° 45.938, 10 décembre 1993, *Le Wispelaere*, *Chron. D.S.*, 1994, p. 244, obs. J. JACOMAIN, « Le sexe comme condition déterminante », *ibid.*, p. 245, note J. JACOMAIN ; C.E., n° 63.473, 10 décembre 1996, *Hoefkens* ; C.E., n° 68.914, 16 octobre 1997, *Verdoordt, R.W.*, 1998-1999, p. 331, note J. JACOMAIN ; C.E., n° 69.817, 20 septembre 1998, *Verdoordt, R.W.*, 1999-2000, p. 331, note J. JACOMAIN ; C.E., n° 196.388, 25 septembre 2000, *Verdoordt, R.W.*, 2001-2002, p. 331, note J. JACOMAIN.

de conformité de la norme litigieuse⁴¹. R. Abraham écrit en ce sens que si « 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 [...] »⁴².

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 subjectif⁴³. En clair, 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 (une précision suffisante pour permettre un contrôle de conformité respectueux du principe de la séparation des pouvoirs)⁴⁴.

Sachant par ailleurs que, toutes générations confondues, les droits de l'homme se caractérisent souvent par un libellé vague⁴⁵ et que toute norme se prête généralement à interprétation⁴⁶, il appartiendra au plaideur d'éclairer le juge sur la portée du droit fondamental à l'aune duquel il est invité à apprécier la conformité de la norme litigieuse. Il s'agira tantôt d'invoquer, le cas échéant dans le cadre d'un contrôle combiné⁴⁷, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸ ou le *soft law* international des droits de l'homme⁴⁹, permettant de préciser, du haut de l'ordre juridique international, les contours d'un droit considéré⁵⁰, tantôt d'aller puiser par le bas, dans les ressources de

42 R. ABRAHAM, *op. cit.*, p. 10.

42 R. ABRAHAM, *Op. cit.*, p. 19.

43. Voy., dans le même ordre d'idée, même s'ils maintiennent pour leur part la notion d'effet direct, les auteurs qui proposent une approche graduelle de l'effet direct compris au sens large du terme (*supra*, note 27). Voy. en particulier le plaidoyer de Dr. VAN ECKHOUTTE et A. VANDAELE en faveur d'un « critère normatif » (*op. cit.*, n° 20).

44. Ne peut-on comprendre en ce sens l'arrêt n° 182.454, *Verdoordt*, du Conseil d'État, dans lequel ce dernier vérifie la conformité de la mesure restrictive adoptée par l'autorité publique à l'aune de l'article 4.4 de la Charte sociale européenne (« En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties contractantes s'engagent [...] 4. à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi »), après avoir constaté que dans la mesure où elle interdit aux États d'adopter certaines mesures, la disposition précitée est suffisamment précise pour avoir un effet direct dans l'ordre juridique interne ? Mais dans ce cas, il eût à notre sens été plus clair d'éviter toute allusion à l'effet direct (voy. VI.2 le commentaire spécifiquement consacré à cet arrêt).

45 N. VAN LEUVEN, « Droits et principes de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : pas d'opposition simple entre *hard law* et *soft law* », *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 469 et 470, n°s 11 et 12.

90. Cf. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Entre la lettre et l'esprit. Les directives d'interprétation en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 94 à 103; M. van de Kerchove, « Le sens clair d'un texte : argument de raison ou d'autorité ? », *Arguments de raison et d'autorité d'autorité en droit*, Bruxelles, Némésis, 1989, pp. 291 et s.

47 Sur cette notion
l'article 100

l'article 23 de la Cor
911. 247

91), 243 et 252.

l'ordre juridique interne, des données de nature à clarifier son libellé. On songe notamment à un détour par l'obligation de standstill, qui offre 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*, plutôt qu'à l'aune du seul libellé par trop programmatique de celle-ci⁵¹.

Qu'en est-il dans l'affaire commentée ? Après s'être débarrassée de la question de l'effet direct, la Cour ne se prononce pas explicitement sur le degré de force normative des dispositions internationales évoquées. 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 »⁵² sur les centres publics d'action sociale et du droit à la dignité humaine qu'elle consacre. *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 » (cons. 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, laissaient à l'époque relativement songeur⁵³.

C. Effet direct et contentieux subjectif

Les articles 144 et 145 de la Constitution réservent, en principe, le règlement des contestations portant sur des droits subjectifs aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire⁵⁴.

Au contentieux subjectif, l'exigence d'effet direct (subjectif) apparaît à première vue logique et est du reste souvent explicitement requise⁵⁵. Il n'est plus tant question de faire triompher la légalité au sens noble du terme que

de revendiquer, pour sa personne, la protection d'un droit propre. S'il prétend le tirer d'une règle de droit international, le particulier devra au préalable en rapporter le caractère directement applicable⁵⁶.

En revanche, lorsque, dans le cadre d'un litige portant sur des droits subjectifs, intervient à titre incident un conflit de normes de droit objectif, on peut se demander s'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 question⁵⁷. Mais l'invocation de la norme internationale ne peut-elle avoir pour « seul » objet d'écarter 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 titre⁵⁸ ? Sauf erreur, l'article 159 de la Constitution 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 normes⁵⁹. Dans ce cas, et dans la ligne du

56 En ce sens : A. BAILLEUX, *op. cit.*, p. 370.

57 Encore qu'en matière de droits fondamentaux et dans la ligne des travaux de Thierry Léonard (*supra*, note 54), on puisse se demander si, à proprement parler, c'est 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.

58 Ainsi, dans l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 qui subordonne la primauté du droit international à l'effet direct de celui-ci (sans toutefois le définir), ne suffisait-il pas, au fond, de faire ployer 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 conférerait 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. À 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 États 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 États membres et leurs justiciables [...] que l'exécution de l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des États [...] 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 malmené 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 Fr. DOPAGNE, *op. cit.*, note 21. Dans ce cas de figure, écrit Frédéric Dopagne, le « droit international [...] est érigé, d'une manière qui n'est pas sans rappeler la technique du contrôle objectif de validité, en norme de référence permettant d'apprécier la régularité de l'action de l'État, et le juge est habilité à en tirer les conséquences appropriées selon le type de procédure en cause » (p. 471). Tout en affirmant que « Dans sa logique propre, qui est celle d'une technique de résolution d'un conflit de normes, la primauté [...] semble [...] profiter à la règle de droit international même dépourvue d'effet direct », l'auteur maintient cependant dans un premier temps la pertinence de cette exigence lorsque « l'application de la règle internationale [...] est écartée par une norme interne contraire ».

51 Cf. *infra*, VI.6.

52 S. VAN DROOGHENBROECK, « Effectivité... », *op. cit.*, p. 97.

53 En ce sens : S. VAN DROOGHENBROECK, *ibid.*, spéc. n° 65 à 72.

54 Telle est en tout cas l'interprétation traditionnellement retenue en vue de départager les compétences des juges judiciaires et administratifs pour ordonner la sursis à exécution d'un acte administratif à portée individuelle (théorie dite de « l'objet véritable du litige »), et ce en dépit du fait que la notion de droit *subjectif* n'apparaît pas explicitement dans ces dispositions. On rappelle à toutes fins utiles que la notion de 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'appréciation (il est tenu de donner satisfaction) et que le créancier dispose d'un intérêt personnel au respect de la règle en cause. Cf., à ce sujet, J. VELU, « Le partage des attributions entre le pouvoir judiciaire et le Conseil d'État », *A.P.T.*, 1987, spéc. pp. 305 à 308 ; B. BLERO, « Les droits subjectifs », *Revue de droit public*, 1987, n° 14/97 du 1^{er} trimestre.

constat posé à propos du contentieux objectif, l'exigence d'effet direct apparaît infondée.

Conclusion

En définitive, plutôt que de l'étendre aux dispositions constitutionnelles⁶⁰, on peut se demander si on ne gagnerait pas tout simplement à abandonner la notion polysémique d'effet direct en matière de droits de l'homme. Invocable, le traité l'est par nature, en la matière⁶¹, dès lors qu'il a reçu l'assentiment des assemblées compétentes. 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 particuliers⁶². 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 rendues en la matière.

Isabelle Hachez

VI.2. La Charte sociale européenne (révisée)

C.E., n° 182.454, 28 avril 2008

Charte sociale européenne (art. 4.4) – Délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi – Effet direct – Fonction publique – Démission d'office après deux évaluations négatives

Extrait

(traduction libre P.-O. de Broux)

1.4. Eu égard au fait que le requérant a reçu deux évaluations annuelles successives avec la mention « insuffisant », le Secrétaire-général du département Économie, Emploi, Affaires intérieures et Agriculture, par un arrêté du 5 mai 1997, a démis le requérant de ses fonctions pour cause d'inaptitude professionnelle avec effet au 15 mai 1997. Il s'agit de la décision attaquée [...].

8.4. Du développement du moyen, il ressort que le requérant n'invoque pas seulement la violation des principes d'égalité et de non-discrimination en tant que tels, mais également de ces principes combinés avec l'article 4.4 de la Charte sociale européenne. Dès lors que le Conseil d'État est compétent pour vérifier directement la conformité des actes administratifs par rapport aux traités internationaux, il convient d'abord de vérifier la conformité de l'acte attaqué au regard de l'art. 4.4 de la Charte sociale européenne, considéré isolément. Ce n'est que si le grief est déclaré non fondé qu'il y a lieu de confronter en outre l'acte attaqué, examiné à la lumière des règles qui valent pour d'autres catégories de personnes, aux principes d'égalité et de non-discrimination.

8.5. Selon l'article 4.4, applicable en l'espèce, de la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961, les Parties contractantes s'engagent « à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi ». Au moment de la ratification de la Charte, le 16 octobre 1990, la Belgique a déclaré, en application de l'article 20, alinéa 1^{er}, c) de la Charte, se considérer comme liée par toutes les dispositions de celle-ci, donc entre autres par l'article 4.4. Cette dernière disposition a depuis été reprise à l'article 4.4 de la Charte sociale européenne révisée, signée à Strasbourg le 3 mai 1996, et ratifiée par la Belgique le 2 mars 2004.

L'article 4.4 de la Charte sociale européenne impose aux États l'obligation, d'une part, de ne pas mettre fin à la relation de travail d'un membre du personnel d'une autorité publique sans que ne soit accordé un délai de préavis raisonnable ou une indemnité pour une période qui corresponde à ce délai de préavis raisonnable ; et, d'autre part, de prendre les mesures nécessaires pour empêcher de mettre fin à la relation de travail d'un employé dans le secteur privé sans que ne soit accordé