

Extrait

Attendu que les articles 765 et 766 du Code civil, avant leur abrogation par la loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions légales relatives à la filiation, ne reconnaissaient aucun droit successoral aux parents de la mère d'un enfant naturel reconnu par elle ; qu'en l'absence du père ou de la mère ou de frères et sœurs, les biens de l'enfant revenaient à l'État ;

Que suivant l'article 107 de la loi du 31 mars 1987, les dispositions de la loi abrogeant notamment les articles 765 et 766 du Code civil et modifiant l'article 723 de ce code sont applicables aux enfants nés avant son entrée en vigueur et encore en vie à cette date, mais sans qu'il puisse en résulter aucun droit dans les successions ouvertes auparavant ;

Attendu que, en vertu de l'article 8, § 1^{er}, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale ; qu'en vertu de l'article 14 de cette Convention, la jouissance des droits et libertés reconnus dans ladite Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur la naissance ;

Que le respect de la vie familiale implique pour l'État l'obligation d'agir de manière à permettre le développement normal des rapports entre proches parents ; que l'épanouissement de la vie familiale d'une mère célibataire et de son enfant reconnu par elle peut se voir entravé si le second n'entre pas dans la famille de la première et si l'établissement de la filiation ne produit d'effets qu'entre eux deux ;

Que le domaine des successions entre proches parents est intimement lié à la vie familiale, qui englobe des intérêts matériels et l'exercice des droits de succession ;

Qu'en faisant une distinction fondée sur la naissance, entre les droits successoraux des parents d'un enfant naturel et ceux des parents d'un enfant légitime, la loi entrave le droit à la vie familiale garanti par l'article 8, § 1^{er}, de la Convention ;

Attendu que lorsqu'un conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ;

Attendu que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré dans son arrêt rendu le 13 juin 1979 dans la cause *Marckx* que le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé de l'arrêt du 13 juin 1979 ;

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 ;

Attendu qu'en refusant d'appliquer les articles 723, 765 et 766 anciens du Code civil à la succession de Nelly Delisse et en excluant l'application de la mesure

Observations

« Il ne viendrait à personne l'idée de contester l'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme »¹. Vraiment ? Encore faut-il s'entendre sur la notion d'effet direct et la nature des obligations auxquelles on le prête.

Les droits consacrés par la Convention imposent essentiellement des *obligations négatives* à l'État, qui doit en principe s'abstenir de leur porter atteinte. Sous cet angle, il semble en effet acquis que les droits civils et politiques garantis confèrent à leurs bénéficiaires des droits subjectifs dont ils peuvent directement se prévaloir devant le juge judiciaire, sans devoir attendre l'adoption de mesures internes d'exécution². Pour autant, le juge belge ne se prononce pas toujours expressément sur l'effet direct des obligations conventionnelles négatives qu'il mobilise à l'appui de son dispositif. Parce que cet effet direct va de soi³ ? Peut-être aussi parce que le détour par cette notion ne s'impose pas nécessairement avec l'évidence que lui prête parfois la doctrine. Que la Convention soit invocable par un particulier au sein de l'ordre juridique belge est une certitude – bien que conclue entre États, la Convention a pour objet de conférer des droits aux individus – ; que cette invocabilité exige en outre l'existence de droits subjectifs dépend, en définitive, du rôle qu'on prétend lui faire jouer et du type de contentieux en jeu⁴.

On ajoutera qu'à ce jour, l'idée selon laquelle les droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme imposent des *obligations positives*⁵, en sus d'obligations négatives, est unanimement admise⁶. Ainsi, le droit au respect de la vie privée et familiale consacré par l'article 8 de la

¹ Conclusions de l'Av. gén. Ph. DE KOSTER précédant Cass., 2 juin 2006, *Pas.*, 2006, I, p. 1324, § 133.

² En ce sens, notamment : J. PIERET, « 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, pp. 83 à 143.

³ J. PIERET, *op. cit.*, spéc. pp. 93 à 113 (l'auteur évoquant l'effet direct implicitement reconnu par le juge aux dispositions conventionnelles qu'il analyse). Sur cette reconnaissance implicite, voy. égal. VI.5.

⁴ Voy. VI.1.

⁵ Il peut s'agir d'obligations positives de réalisation (lorsqu'est en cause l'obligation de réaliser les droits fondamentaux en adoptant ou modifiant sa législation interne, voire en allouant les sommes nécessaires requises par l'effectivité d'un droit fondamental considéré) ou de protection (s'il est question de garantir l'effectivité des droits fondamentaux dans les rapports entre particuliers). Il en va à cet égard de la Convention européenne des droits de l'homme comme des traités dédiés aux droits-créances, les obligations positives déduites des droits de la première génération n'étant pas d'une autre nature que celles découlant des droits de la deuxième génération (en ce sens : M. SEPULVEDA, *The Nature of the Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerpen, Intersentia, 2002, spéc. pp. 113 et 116).

⁶ Cf. notamment, parmi beaucoup d'autres : O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux : transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 310 et s. ; H. DUMONT et I. HACHEZ, « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme, dans quelles limites ? », *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Y. CARTUYVELS et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 45 à 73 ; K. HAJIYEV, « The Evolution of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights – by the European Court of Human Rights », *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, D. SPIELMANN, M. TROPEA et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 207 à 221.

Convention « signifie d'abord que l'État ne peut s'immiscer dans l'exercice de ce droit, sauf sous les strictes conditions énoncées au paragraphe 2. [...] Il ne se contente pourtant pas d'astreindre l'État à s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un "respect" effectif de la vie familiale »⁷. La Belgique l'a appris à ses dépens dans l'arrêt *Marckx*, qui, à la fin des années 1970, a conclu dans son chef à la violation de la Convention⁸ 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 pose alors la question de savoir si un particulier (un enfant majeur « naturel », par exemple) pourrait revendiquer, devant les cours et tribunaux, le bénéfice d'une obligation positive imposée par la Convention.

Sous cet angle, la réponse classiquement apportée en la matière par la Cour de cassation, et rappelée dans le premier arrêt commenté, consiste à affirmer, comme en écho à l'effet direct des obligations négatives, l'absence de caractère directement applicable des obligations positives. Un courant minoritaire, dans la ligne duquel s'inscrit le second arrêt commenté, remet cependant en cause l'équation « obligation positive = absence d'effet direct » (C), tout comme certains de ses partisans réfutent, en amont, la pertinence de la distinction entre obligations positives et négatives, au cœur de l'appréhension classique du caractère directement applicable d'une disposition conventionnelle (B). En tout état de cause, la question de l'effet direct gagne à être correctement distinguée de celle de la portée des dispositions considérées, qui lui est nécessairement préalable (A).

A. La portée des droits consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme

En principe, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas à se soucier de l'effet direct des dispositions confiées à sa garde : peu importe, de son point de vue, l'autorité compétente en droit interne pour donner corps aux droits garantis par la Convention⁹. Seul compte, au niveau international, le respect de l'engagement contracté par les États parties. À cet égard, le juge strasbourgeois est conduit, au fil de ses arrêts, à préciser les contours des droits conventionnellement consacrés, le cas échéant par la mise en lumière des obligations positives requises pour leur effectivité. Jugé en ce sens, dans l'arrêt *Marckx*, que « l'État, en fixant dans son ordre juridique interne le régime applicable à certains liens de famille comme ceux de la mère célibataire avec

son enfant, doit agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale. Tel que le conçoit l'article 8, le respect de la vie familiale implique en particulier aux yeux de la Cour, l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le paragraphe 1 de l'article 8 sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du paragraphe 2 »¹⁰. S'agissant d'interpréter le traité, la question de la portée de l'engagement souscrit dans l'ordre juridique international relève au premier chef du droit international¹¹.

Si, à proprement parler, les arrêts de la Cour européenne ne revêtent qu'une autorité de chose jugée relative, s'imposant aux seules parties à la cause, les États leur reconnaissent par ailleurs une autorité de chose interprétée, en ce sens que l'interprétation conférée par la Cour, dans une affaire donnée, à une disposition conventionnelle s'incorpore à celle-ci¹². Ainsi, l'article 8 de la Convention sera-t-il lu en tenant compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, notamment sous l'angle des obligations positives qu'elle en déduit. Ainsi encore, notre Cour de cassation fait-elle écho à l'arrêt *Marckx*, dans le premier arrêt commenté, lorsqu'elle précise que l'article 8 de la Convention « oblige l'État 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 »¹³.

Autre chose est en revanche pour le juge national de déterminer si, compte tenu de l'interprétation strasbourgeoise, et dans les limites de ses compétences, il peut réserver les suites voulues aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est la question de l'effet direct¹⁴.

¹⁰ § 31, *in fine*, de l'arrêt précité.

¹¹ En ce sens : O. DE SCHUTTER, obs. sous Cass., 14 avril 1983, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, sous la direction de O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 38 et 39. C'est du reste la raison pour laquelle la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation belge (cf. *infra*, point C) aboutissent à des solutions divergentes dans l'affaire *Marckx*.

¹² Cf. à ce sujet : FR. KRENC, « L'effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », *L'effet de la décision de justice – Contentieux européens, constitutionnel, civil et pénal*, C.U.P., vol. 102, Anthémis, Liège, 2008, pp. 12 et s. ; FR. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, P.U.F., 2012, 11^e éd., pp. 860 et s. ; O. DE SCHUTTER, obs. sous Cass., 14 avril 1983, *Droit international...*, op. cit., p. 37 ; obs. sous Cass., 6 mars 1986, *ibid.*, pp. 63 à 65, en ce compris les références citées à la note 8. Adde, IX.1.

¹³ Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, p. 853, dern. col. *in fine*. Voy. égal. : Cass., 3 octobre 1983, *Pas.*, 1984, pp. 108 et s. (et le commentaire que lui réserve O. DE SCHUTTER, obs. sous Cass., 6 mars 1986, *Droit international...*, op. cit., pp. 67 et 68) et Cass., 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, p. 1123, étant entendu que, dans aucun de ces arrêts, la Cour de cassation ne se réfère expressément à l'arrêt *Marckx*. Pour une référence explicite à cet arrêt, voy. : Cass., 21 octobre 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 844 (second arrêt commenté) ; Cass., 7 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, pp. 402 et 403. On signale, sans s'y attarder, que la portée de l'article 8 de la Convention, compte tenu de la jurisprudence strasbourgeoise, a également été largement débattue dans le cadre de l'aide sociale pour les mineurs étrangers (cf. notamment : T. trav. Huy, 19 janvier 2005, *J.L.M.B.*, 2005, n° 23, pp. 993 et s. obs. J.-P. JACOUFF, « Aide sociale et mineurs étrangers »).

⁷ Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, § 31. Au sujet des obligations positives déduites de l'article 6 de la Convention, voir : J.L.M.B., 1980, p. 144.

B. La pertinence de la distinction entre obligations positives et négatives

Le juge interne ayant en principe le monopole de la réponse à la question de l'effet direct, et ce dernier étant traditionnellement fonction du caractère négatif ou positif de l'obligation souscrite, encore faut-il au préalable s'interroger sur la pertinence de cette distinction.

Pour Olivier De Schutter, la question de savoir si une affaire concerne la non-exécution d'une obligation positive ou une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental considéré sous son versant négatif, est dépourvue de pertinence¹⁵. À notre estime, cependant, cette distinction, quoique relative¹⁶, demeure opérationnelle.

Tout d'abord, l'argument sémantique selon lequel une obligation peut parfois indifféremment être qualifiée sous la forme d'une obligation positive ou d'une obligation négative, n'apparaît pas déterminant. Il s'agira le plus souvent d'un pur jeu de mots – une interdiction de ne pas faire équivaut à une obligation de faire –, qui n'influence en rien la nature intrinsèque du comportement postulé. Plus fondamentalement, il existe des obligations positives non susceptibles d'être requalifiées en obligations négatives. Le droit à la sécurité sociale, par exemple, ne se prête pas à un exercice de requalification ; ce droit n'a pas de contenu propre. En réalité, il semble que l'argument tiré de la réversibilité des obligations positive et négative ne concerne que les obligations positives visant à adapter ou adopter un cadre normatif, et non celles imposant aux autorités publiques une prestation matérielle ou financière¹⁷.

Enfin, même pour les obligations positives consistant à adapter ou adopter un cadre normatif pertinent, il est généralement possible, au sein d'un ordre juridique interne donné, de déterminer si le droit fondamental considéré postule

adoptée par la Conférence sur l'avenir de la Convention européenne des droits de l'homme réunie à Brighton les 19 et 20 avril 2012 à l'initiative de la présidence britannique du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, § 7). Une telle ligne directrice ressort également de la jurisprudence de la Cour européenne (cf., par exemple, Cour eur. D.H., *Vermeire c. Belgique*, arrêt du 29 novembre 1991, spéc. §§ 25 et 26 ; Cour eur. D.H., arrêt *Dumitru Popescu c. Roumanie* (n° 2), 26 avril 2007, spéc. § 103. Adde l'opinion concordante jointe à l'arrêt *Fabris c. France*, prononcé le 7 février 2013, par le juge Pinto de Albuquerque). Lorsqu'elle entend se prononcer sur la manière dont un État doit s'acquitter de ses obligations internationales, la Cour franchit sans doute un pas de trop : endossant une perspective moniste, elle ne ménage aucune place au principe de la séparation interne des pouvoirs qui pourrait légitimement conduire le juge national à décliner la prétention formulée devant lui, quitte, ce faisant, à engager la responsabilité internationale de l'État belge. Comp. : O. DE SCHUTTER, obs. sous Cass., 6 mars 1986, *Droit international...*, op. cit., pp. 73, in fine, à 75.

15 O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger...*, op. cit., p. 366. L'objection tirée de la réversibilité des obligations positives et négatives trouve son origine dans la critique jadis adressée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (cf. Fr. SUPRE, « Les "obligations positives" », op. cit., p. 381 ; R. LAWSON, « Positieve verplichtingen... », op. cit., pp. 558 à 573 (deel II), pp. 727 à 750 (deel II)).

16 Ce qui n'est pas sans incidence sur la manière d'appréhender la question de l'effet direct (cf. *infra*, point C).

17 Selon nous, c'est en ce sens qu'il faut comprendre le passage suivant émanant de la thèse de O. DE SCHUTTER, en vertu duquel « l'affirmation (de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Marckx*) n'est spectaculaire qu'en apparence car elle consiste seulement à affirmer que l'État du droit interne d'un État partie à la Convention peut constituer une violation de la Convention. Bien plus remarquable est l'étape que franchit la Cour là où elle impose à l'État le respect d'obligations positives distinctes et uniquement dans l'adaptation du système juridique national sur les

une action (obligation positive) ou une abstention (obligation négative) de la part de l'État. Il est à cet égard évident, selon nous, que la notion d'obligation positive présuppose que l'on réfléchisse au départ d'une conception historique et juridique du rôle de l'État dans l'organisation sociale¹⁸. Compte tenu de la conception libérale qui prévaut au sein de notre ordre juridique interne, on peut, dans la plupart des cas¹⁹, déterminer si l'effectivité d'un droit fondamental requiert une intervention de la part de l'État ou postule, au contraire, son abstention²⁰. De ce point de vue, on s'accorde avec Olivier De Schutter pour reconnaître que l'on ne saurait se prononcer *in abstracto* sur l'existence d'une obligation positive ou négative²¹.

C. L'éventuel effet direct des obligations positives

Le caractère relatif de la distinction entre obligations positive et négative devrait, à lui seul, conduire à remettre en cause l'idée traditionnelle selon laquelle les obligations négatives sont nécessairement directement applicables tandis que les obligations positives sont par essence dépourvues d'effet direct (1). Du reste, l'applicabilité directe n'est pas toujours requise pour faire produire un effet aux droits considérés sous leur versant positif. Dans le cadre d'un contrôle de conformité, il « suffit » que le droit fondamental en cause présente un certain degré de précision (2).

1. Au contentieux subjectif

Au lendemain du prononcé de l'arrêt *Marckx*, le juge belge était-il en mesure de faire droit aux prétentions formulées devant lui sur la base des articles 8 et 14 de la Convention ? Tout dépend de la façon dont sont appréciées les exigences de précision et de complétude requises pour reconnaître l'effet direct d'une disposition normative.

1.1. L'approche classique de l'effet direct

Traditionnellement, le caractère objectivement précis et complet d'une règle – i.e., le « critère objectif » de l'effet direct²² – est déterminé au départ de son seul libellé. Fondée sur les qualités intrinsèques de la norme, l'appréciation de l'effet direct est abstraite et décontextualisée. L'obligation négative

18 Cf. à cet égard D. CAPTANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 178 et 179, n°s 242 à 244.

19 En présence de zones d'ombre – qu'on serait naïf d'exclure –, c'est-à-dire lorsqu'une même situation litigieuse peut être dénoncée sous deux angles distincts, il appartiendra, le cas échéant, à l'auteur du grief ou à l'organe de contrôle de se placer sur le terrain le plus favorable : *in dubio pro libertate*.

20 Dans ce contexte, il nous semble du reste logique d'envisager la matière de l'établissement de la filiation sous l'angle des obligations positives de réalisation (nécessité d'une intervention du législateur pour fixer un cadre légal réalisant ces obligations) et l'exclusion du bénéfice d'une reconnaissance ultérieure.

est, dans cette perspective, dotée d'effet direct (l'abstention postulée par le droit considéré ne laissant aucune marge d'appréciation à l'État) alors que l'obligation positive en est dépourvue (les possibilités de faire respecter une disposition positive étant généralement multiples).

→ 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, participent de cette approche. Jugé, dans le premier arrêt commenté, du 6 mars 1986, qu'« en tant qu'elle oblige l'État 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'État pour réaliser cet impératif, que dans cette mesure ledit article 8, § 1^{er}, n'impose à l'État 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 »²³.

1.2. L'approche contextualisée de l'effet direct²⁴

Un courant, à ce jour minoritaire, propose au contraire de privilégier une approche contextualisée, consistant à apprécier le caractère complet et précis d'une disposition conventionnelle à l'aune du contexte normatif au sein duquel son effet direct est requis. Dans cette optique, la clarté et la précision ne résident pas dans la règle elle-même, « comme une qualité qui y serait déposée et qu'il suffirait d'aller y puiser »²⁵. Elles sont une caractéristique « du rapport que cette règle entretient avec les autres normes juridiques en vigueur dans l'ordre juridique (interne) »²⁶. L'approche contextualisée interdit dès lors de postuler *de plano* l'absence d'effet direct des obligations positives, le caractère directement applicable de telles obligations devant être apprécié au cas par cas.

Il reste qu'au-delà de ces caractéristiques communes, l'approche contextualisée est susceptible de revêtir différents degrés.

Dans une *première déclinaison*, l'approche contextualisée entendrait se départir du mythe de la clarté et de la précision de la norme considérée isolément : la reconnaissance de telles qualités procède elle-même d'une appréciation des contextes d'énonciation et d'application de la norme parfois délicate²⁷. Aussi, et contrairement à ce qu'assène la doctrine du sens clair (*interpretatio cessat in claris*), l'interprète bénéficie-t-il toujours d'une marge d'appréciation²⁸. En réalité, cette première déclinaison de l'approche contextualisée, à laquelle nous souscrivons sans réserve, constitue davantage un amendement qu'une remise en cause de la portée traditionnellement conférée au critère objectif. Elle est d'ailleurs systématiquement dépassée par les tenants d'une approche contextualisée.

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 inconsiderée 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 déclinaison de l'effet direct le second arrêt commenté²⁹, tout en reconnaissant qu'il emprunte également en partie à la troisième déclinaison. Était 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 (art. 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. 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 »³⁰. Plutôt

23 Cass., 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, pp. 853 et 854 (était en cause, en l'espèce, la conventionnalité de l'ancien article 756 du C. civ., réglant les droits successoraux des enfants naturels). 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 Y.-H. LELEU ; *R.W.*, 1998-1999, n° 13, pp. 435 et s., note S. MOSSELMANS. Cf. not. en doctrine, à l'appui de cette approche traditionnelle de l'effet direct : FR. RIGAUX, « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 1979, p. 523, n° 74 ; « La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx* », note sous Cass., 6 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1987, p. 18 ; n° 21 et 22 ; « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge », note sous Cass., 6 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1987, p. 18 ; « Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel », obs. sous Cour eur. D.H., *Vermeire c. Belgique*, *R.T.D.H.*, 1992, spéc. pp. 221 et 224 ; J. Velu et R. Ergec, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, pp. 531 et 532, et pp. 1083 et 1084 ; Y.-H. Leleu, « Les actions en recherche de paternité tardives », note sous Cass., 19 septembre 1997, *R.G.D.C.*, 1999, pp. 57 et 58, n° 14 et n° 15.

27 Cf. A. VANDAELE et 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, p. 89, n° 12.

28 Voy. not. en ce sens : 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 ; A. ARTS et al. (dir.), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État*, actes du symposium du 21 octobre 2005, Brugge, die Keure, 2006, pp. 21 à 23 et les références citées.

29 Cass., 21 octobre 1993.

qu'un revirement³¹ par rapport à la position adoptée dans ses arrêts post-*Marckx* des années quatre-vingts³², on aurait tendance à voir une évolution dans la jurisprudence de la Cour de cassation, rendue possible par la conjugaison des deux facteurs suivants³³ : 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 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 civil³⁴. 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 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 Convention³⁵. 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.

Troisième déclinaison de l'approche contextualisée de l'effet direct : d'aucuns estiment que la norme internationale reçoit toujours la complétude et la précision requise lorsqu'elle est invoquée en combinaison avec le principe d'égalité : « 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 est dès lors 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'État, ont pour mission d'édicter des normes d'applicabilité générale »³⁶.

C'est la voie dans laquelle se sont engagées plusieurs juridictions de fond au lendemain du prononcé de l'arrêt *Marckx*³⁷. 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 1980³⁸, et qui aurait, selon elle, permis d'éviter une nouvelle condamnation par la Cour européenne des droits de l'homme³⁹.

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 discriminatoire⁴⁰.

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 qu'il devra presque inévitablement adopter⁴¹. Plus fondamentalement, ne peut-on considérer que, suite à un arrêt de condamnation 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 strasbourgeoise⁴² ? Au législateur de faire 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 internationaux.

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)⁴³. Quel que soit

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

32 À 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 du 10 mai 1985, 6 mars 1986 et 12 février 1987 (inédit pour ce dernier).

33 En ce sens : O. DE SCHUTTER, obs. sous Cass., 21 octobre 1993, *Droit international...*, op. cit., pp. 188 et 189.

34 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 (c'était également cette disposition qui était en cause dans les arrêts de la Cour de cassation du 6 mars 1986 – premier arrêt commenté – et du 12 février 1987, ce dernier ayant donné lieu à l'arrêt *Vermeire* de la Cour européenne des droits de l'homme du 29 novembre 1991, qui se réfère lui-même à l'arrêt n° 18/91 de la Cour d'arbitrage), tandis que les dispositions nationales en cause dans le second arrêt commenté (Cass., 21 octobre 1993) étaient les articles 765 et 766 du C. civ. relatifs à la succession des enfants naturels.

35 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 (inédit), dans la ligne de sa jurisprudence antérieure.

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

38 Cf. *supra*, point 1.1.

39 M. BOSSUYT, op. cit., p. 78 ; O. DE SCHUTTER, obs. sous Cass., 6 mars 1986, *Droit international...*, op. cit., pp. 71 et 72 ; J. PIERET, op. cit., p. 130. Adde les différents auteurs cités par Y.-H. LELEU, in « Efrechtelijke discriminatie van buitenhuwelijkse kinderen. Quousque tandem, Gallia, abutere patientia nostra ? », *T.P.R.*, 2011/3, p. 1361, note 25.

40 Cf. notamment en ce sens : Fr. RIGAU, « La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx* », note sous Cass., 3 octobre 1983, *R.C.J.B.*, 1984, spéc. pp. 630 et 631, n° 23 ; Y.-H. LELEU, op. cit., pp. 57 et 58, n° 14.

41 Cf. par exemple Trib. jeun. Bruxelles, 27 novembre 1981, *R.W.*, 1982-1983 col. 1861 et s. (réformé en appel par Bruxelles (jeun.), 29 avril 1982, *R.W.*, col. 1856 et s.), et le commentaire que P. SENAËVE consacre à ces deux décisions (« Het E.V.R.M. en de adoptiewetgeving », *noot onder Brussel*, 29 april 1982, *R.W.*, 1982-1983 col. 1861 et s.).

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.

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 saisi »⁴⁴, 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 cause »⁴⁵. 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'État respecte les obligations internationales qui pèsent sur lui »⁴⁶. 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 carences »⁴⁷.

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.

Dans 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 base de l'interprétation qu'il confère à l'article 8 de la Convention, et en dehors de tout grief tiré du principe d'égalité⁴⁸, 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 législative⁴⁹ (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 dispositif⁵⁰, « de manière à assurer le respect des engagements internationaux de la Belgique »⁵¹. 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 équité⁵².

2. Au contentieux objectif

Au contentieux objectif, en revanche, l'effet direct n'a en principe pas lieu d'être puisqu'il s'agit d'un procès fait à un acte, indépendamment de la revendication d'un quelconque droit subjectif puisé dans le droit fondamental considéré. Ce dernier n'échappe cependant pas à toute exigence de précision, laquelle proviendra tantôt de l'interprétation livrée par une autorité « autorisée » – la Cour européenne des droits de l'homme pour la Convention éponyme – (2.1), tantôt des consécutions normatives d'ores et déjà apportées en droit national et protégées par le principe de *standstill* (2.2)⁵³.

2.1. L'interprétation « autorisée » des dispositions conventionnelles

À défaut d'être directement applicable, le droit fondamental doit présenter un degré de précision suffisant pour autoriser, dans le respect du principe de la séparation des pouvoirs (encore et toujours lui), un contrôle de conformité à son aune. En ce sens, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont de nature à éclairer le sens des dispositions dont elle assure le respect. On renoue ici avec la question de la portée des dispositions conventionnelles – et l'autorité de chose interprétée conférée aux arrêts de la Cour – (*supra*, point A), distincte de celle de l'effet direct (*supra*, point B).

Ainsi, dans les arrêts qu'elle a rendus en matière de filiation, la Cour constitutionnelle a tantôt vérifié la compatibilité des lois intervenues en la matière par rapport aux seuls articles 10 et 11 de la Constitution⁵⁴, tantôt au regard du droit au respect de la vie privée garanti par les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention⁵⁵, tantôt à l'aune de l'ensemble de ces normes de

44 O. De SCHUTTER, *Fonction de juger...*, op. cit., p. 151.

45 Ibid., p. 162. Voy., plus généralement : pp. 153 à 164.

46 Ibid., p. 161.

47 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. 162). La « possibilité directe du droit international [...] est celle du rapport entre le

50 Ibid., pp. 819 à 821, n° 14 et 15.

51 Civ. Liège, 10 octobre 2008, R.T.D.F., 2009/3, p. 807, pt. e.

52 Ibid., p. 809, n° 3.

53 De manière générale, voy. VI.1.

54 C.C., n° 39/90, 21 décembre 1990 ; C.C., n° 18/91, 4 juillet 1991 ; C.C., n° 83/93, 1^{er} décembre 1993. Dans ces arrêts, les questions préjudicielles identifiaient comme seules normes de contrôle les articles 10 et 11 de la Constitution, sans invoquer par ailleurs les articles 8 et/ou 14 de la Convention. Dans ses motifs, la Cour d'arbitrage n'en fait pas moins écho à l'arrêt *Marckx*.

55 Cf. not. : C.C., n° 28/2005, 1^{er} décembre 2005.

contrôle⁵⁶, sans se soucier de la question de savoir si l'une et/ou l'autre de ces dispositions étaient ou non directement applicables.

L'absence de référence à l'exigence d'effet direct 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'arrogue la juridiction pour interpréter la norme de contrôle⁵⁷.

En revanche, la distance prise avec l'exigence d'effet direct 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'État ou des obligations négatives qui lui sont traditionnellement imposées⁵⁸. 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.

2.2. Le principe de *standstill*

Le principe de *standstill* interdit aux autorités publiques compétentes de diminuer le niveau de protection conféré au droit fondamental, en l'absence de motifs d'intérêt général⁵⁹. En droit belge, ce principe fut initialement reconnu par la jurisprudence en matière de droits économiques, sociaux et culturels et à propos du droit à la protection d'un environnement sain. Rien ne justifie pourtant de limiter son champ d'application aux droits de la deuxième, voire de la troisième générations des droits de l'homme. 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 (comme, par exemple, les articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention), par le renvoi qu'il opère vers les normes internes qui, jusqu'alors, lui donnaient corps⁶⁰. En postulant une comparaison entre le niveau de protection garanti par la norme litigieuse et celui résultant de la législation antérieure, 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.

Force est cependant de reconnaître que l'arrêt *Coomans*, rendu par le Conseil d'État au contentieux des bruits d'avion, est le seul à fournir quelque indice favorable à une possible extension du champ d'application de l'obligation de *standstill* aux obligations positives déduites de droits civils et politiques⁶¹. Encore faut-il préciser que la porte entre-ouverte semble avoir été refermée par la Cour constitutionnelle dans un arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, portant sur la réforme du droit au regroupement familial. En l'espèce, certaines parties requérantes soutenaient, notamment, que la suppression par la loi litigieuse du droit au regroupement familial pour l'ascendant d'un belge majeur violait le principe de *standstill* déduit de l'article 22 de la Constitution⁶². Réponse négative, selon la Cour, qui ne s'embarrasse pas de justifications inutiles pour barrer l'avancée de l'obligation de *standstill*, et semble du reste confondre cette problématique avec celle de l'application des lois dans le temps⁶³.

Isabelle Hachez

56 C.C., n° 165/2013, 5 décembre 2013.

57 Cf. par exemple C.C., n° 29/2013, 7 mars 2013, cons. B.11, et le commentaire que lui réserve Nicole Gallus : « 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'arrogue le pouvoir de reconstruire le droit de la filiation », *Act. dr. fam.* 2013/5, p. 79).

58 Cf., e.a., C.E. (ass. gén.), n° 187.998, *Coomans*, 17 novembre 2008, cons. 18.1 ; C.C., n° 165/2013, 5 décembre 2013, cons. 2.6. Étant entendu que par la suite, la Cour examine la licéité de l'ingérence au regard des articles 22 de la Constitution et 8 de la Convention, la question de savoir si elle envisage ce dernier sous l'angle des obligations positives ou négatives ne se pose pas. De l'importance de la question de savoir si elle envisage ce dernier sous l'angle des obligations positives ou négatives ne se pose pas. De l'importance de la question de savoir si elle envisage ce dernier sous l'angle des obligations positives ou négatives ne se pose pas.

61 C.E. (ass. gén.), n° 187.998, *Coomans*, 17 novembre 2008, cons. 18.1. Voy. en ce sens : B. Steen, « Artikel 23 van de Grondwet en de rechtspraak van de Raad van State », *Les droits économiques et sociaux. Article 23 Const. : état des lieux après deux décennies*, W. Rauws et M. Stroobant (dir.), Antwerpen – Oxford – Louvain-la-Neuve, Intersentia, Anthémis, 2010, p. 128, n° 19 : in casu, cependant, le Conseil d'État constate la réversibilité des obligations positives et négatives (cf. *supra*). Sur les liens entretenus entre l'obligation de *standstill* déduite des obligations positives et l'étape de nécessité du contrôle de proportionnalité, et les limites de cette comparaison, cf. I. Hachez, *Le principe de standstill...*, op. cit., n°s 399 et 400.

62 Le Conseil d'État avait, en son temps (antérieurement au prononcé de l'arrêt *Coomans*), été saisi d'une question similaire (C.E., n° 122.484, *Boudouft et crts*, 4 septembre 2003. Voy. également, en suspension : C.E., n° 92.528, *Boudouft et crts*, 23 janvier 2001).

63 Cf. cons. B.66.2. Sur la différence entre droit transitoire et *standstill*, cf. I. Hachez, *Le principe de standstill...*, op. cit., n° 550 et s. De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est jamais emparée, à bras le corps, de l'arme « *standstill* » : à tout le moins ne prend-elle pas en compte la question de savoir si elle envisage ce dernier sous l'angle des obligations positives ou négatives.