

III. LES TITULAIRES DES DROITS

III.1. Les étrangers en séjour légal, en séjour illégal ou hors du territoire national

C.C., n° 106/2003, 22 juillet 2003

Convention relative aux droits de l'enfant – Non-discrimination fondée sur l'origine nationale (art. 2.1) – Droits des étrangers (art. 191 Const.) – Principe de légalité – Étrangers en séjour illégal – Juridiction des États parties

Extraits

B.5.1. Le Conseil des ministres déduit ensuite de la déclaration interprétative faite par l'État belge à propos de l'article 2.1 de la Convention [relative aux droits de l'enfant] qu'il n'aurait pas l'obligation de garantir d'office aux étrangers les mêmes droits qu'à ses nationaux.

B.5.2. Lors de la ratification de la Convention, l'État belge a émis la déclaration interprétative suivante : « Concernant le paragraphe 1^{er} de l'article 2, le Gouvernement belge interprète la non-discrimination fondée sur l'origine nationale comme n'impliquant pas nécessairement l'obligation pour les États de garantir d'office aux étrangers les mêmes droits qu'à leurs nationaux. Ce concept doit s'entendre comme visant à écarter tout comportement arbitraire mais non des différences de traitement fondées sur des considérations objectives et raisonnables, conformes aux principes qui prévalent dans les sociétés démocratiques ».

B.5.3. Cette déclaration interprétative doit être lue à la lumière de l'article 191 de la Constitution, qui dispose : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ».

B.5.4. En vertu de cette disposition, une différence de traitement qui défavorise un étranger ne peut être établie que par une norme législative. Cette disposition n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il ne découle donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause.

B.6.1. Le Conseil des ministres souligne enfin que la Convention ne s'applique qu'aux enfants relevant de la juridiction des États parties, ce qui ne serait pas le cas des enfants en séjour illégal.

B.6.2. En disposant, à l'article 2.1, que les États parties s'engagent à respecter les droits énoncés dans la Convention et à les garantir à tout enfant relevant de leur juridiction, les auteurs de la Convention ont indiqué qu'un lien devait exister entre celui qui se prévaut de la Convention et l'État partie qui en aurait méconnu les dispositions.

B.6.3. Cette disposition doit s'analyser à la lumière de l'ensemble de la Convention et, plus particulièrement, en prenant en considération les différences de traitement qu'elle interdit et qui sont énoncées dans les autres dispositions de l'article 2. Le point de savoir si les enfants qui se trouvent dans la situation décrite dans les jugements *a quo* relèvent de la juridiction de l'État belge se confond avec l'examen de la discrimination alléguée et ne peut être tranché séparément.

Observations

L'arrêt retenu est issu de l'interminable contentieux consacré au droit à l'aide sociale des étrangers en séjour illégal et de leurs enfants. Cet arrêt est analysé sous différents angles dans le présent ouvrage¹, la Cour d'arbitrage de l'époque ayant profité de celui-ci pour affirmer quelques principes remarquables à propos du statut de la Convention relative aux droits de l'enfant et, par extension, du droit international des droits de l'homme. Nous nous limiterons ici à analyser les deux groupes de considérants cités pour évoquer l'application des droits fondamentaux aux personnes étrangères soumises à la juridiction de l'État belge.

À première vue, la reconnaissance du bénéfice du droit international des droits de l'homme en faveur des étrangers relevant de la juridiction de la Belgique n'a jamais vraiment fait débat. Elle semble même évidente, à la lecture de l'article 191 de la Constitution, d'ailleurs cité par la Cour dans l'arrêt commenté : « Tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi », en ce compris donc la protection accordée sur la base des conventions internationales liant l'État belge². Si « l'assimilation constitutionnelle » des étrangers aux

¹ Voy. *infra*, VI.1 (et les commentaires de l'arrêt du 22 juillet 2003 qui y sont cités), ainsi que IV.1.

² Pour autant, bien sûr, que ces instruments internationaux ne limitent pas leur champ d'application à une catégorie limitée de personnes, tels les droits politiques, souvent réservés aux seuls nationaux, comme l'interdiction du bannissement ; ou à l'inverse, les droits s'adressant exclusivement aux non nationaux tels ceux relatifs aux expulsions (collectives) d'étrangers. À cet égard, il faut encore mentionner le cas de la Charte sociale européenne révisée, qui tient pour principe que les droits y consacrés ne bénéficieront qu'aux nationaux de l'État partie, ainsi qu'aux ressortissants des autres États parties qui résident ou travaillent régulièrement sur son territoire (voy. la disposition de l'Annexe relative à la portée de la CSER en ce qui concerne les personnes protégées). Les ressortissants d'États tiers à la Charte ne bénéficient donc pas des protections y consacrées, sauf la faculté pour chacun des États membres d'en étendre le bénéfice – ce que n'a pas fait la Belgique (voy. par exemple C.E., n° 101.670 du 7 décembre 2001). Cette restriction a été fort critiquée par la doctrine (S. LECLERC, « Les restrictions et limitations à l'application de la Charte sociale », *La Charte Sociale Européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 74 ; D. GOMIEN, D.J. HARRIS et L. ZWAAK, *Convention européenne des droits de l'homme et Charte Sociale Européenne : droit et pratique*, Strasbourg, éd. du Conseil de l'Europe, 1997, pp. 431-432), et a conduit le Comité européen des droits sociaux à prendre une position plutôt audacieuse, dans sa décision relative à la réclamation collective 14/2003, *Fédération internationale des Ligues des droits de l'homme c. France* du 8 septembre 2004 : « la Charte a été élaborée comme un instrument de droits de l'homme destiné à compléter la Convention européenne des Droits de l'homme. Elle est un instrument vivant, voué à certaines valeurs qui l'inspirent : la dignité, l'autonomie, l'égalité et la solidarité. Les droits qu'elle garantit ne constituent pas une fin en soi mais complètent les droits de la Convention européenne des Droits de l'homme. [...] Ainsi la Charte doit – elle être interprétée de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux. Il en résulte notamment que les restrictions apportées aux droits doivent

Belges n'a jamais vraiment posé question, elle est cependant assortie de deux limites qui ont, pour leur part, fait couler bien plus d'encre³.

La première limite, formellement prévue par l'article 191 de la Constitution, est le principe de légalité qui prévaut à l'égard de toute restriction des droits des étrangers par rapport aux Belges. Il faut donc une loi, un décret ou une ordonnance pour pouvoir restreindre les droits dont bénéficient les étrangers en vertu du droit international des droits de l'homme⁴.

Comme le rappelle la Cour dans l'arrêt commenté, cette limite doit cependant s'entendre comme imposant également au législateur de « veiller à ce que la différence de traitement qu'il instaure ne soit pas discriminatoire ». C'est la règle qu'elle a posée pour la première fois dans un important arrêt du 14 juillet 1994, et qu'elle ne cesse de réaffirmer depuis⁵. En d'autres termes, « la faculté du législateur d'établir des exceptions à l'assimilation constitutionnelle entre l'étranger et le national échappe à l'arbitraire. Les lois qu'il adopte en la matière doivent donc passer au crible du contrôle du respect des principes d'égalité et de non discrimination »⁶. C'est sur la base de ce principe que la Cour constitutionnelle a patiemment construit sa jurisprudence relative aux droits des étrangers, produisant une analyse de plus en plus fines des catégories d'étrangers qui peuvent subir un traitement différencié ou non. Certaines catégories semblent devoir être purement et simplement assimilées aux Belges, tels les réfugiés, les apatrides ou les étrangers qui ont obtenu le droit de s'établir

être interprétées strictement c'est-à-dire comprises d'une manière qui laisse intacte l'essence du droit en question et permette d'atteindre l'objectif général de la Charte.

À l'occasion de la présente réclamation, le Comité est appelé à décider comment la restriction figurant à l'Annexe doit être comprise en fonction de l'objectif premier de la Charte ainsi défini. Cette restriction concerne un large éventail de droits sociaux garantis par les articles 1 à 17 et les affecte diversement. Dans la présente affaire, elle porte atteinte à un droit qui revêt une importance fondamentale pour l'individu, puisqu'il est lié au droit – même à la vie et touche directement à la dignité de l'être humain. De surcroît, la restriction pénalise en l'occurrence des enfants qui se trouvent exposés au risque de ne pas pouvoir bénéficier d'un traitement médical.

Or, la dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de droits de l'homme – que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'homme – et les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine.

Le Comité estime par conséquent qu'une législation ou une pratique qui nie le droit à l'assistance médicale aux ressortissants étrangers, sur le territoire d'un État partie, fussent-ils en situation irrégulière, est contraire à la Charte ».

3 S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 191 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, pp. 305-311.

4 Sur ce principe de légalité comme règle répartitrice de compétence, voy. M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 619-625. Le même auteur précise aussi (p. 625) que le principe de légalité exclut par ailleurs toute intervention du pouvoir exécutif en la matière. La Cour constitutionnelle a été saisie par le Conseil d'État d'une série d'affaires, toujours pendantes, posant précisément cette question : C.E., n° 223.240 et n° 223.241 du 23 avril 2013 ; n° 223.729 et n° 223.737 du 5 juin 2013.

5 C.A., n° 61/94, 14 juillet 1994 ; et pour la dernière fois dans C.C., n° 37/2013, 14 mars 2013. Voy., dans le même sens, C.E., arrêt n° 154.291 du 31 janvier 2006, point 6.2.

6 M. LYS, *op. cit.*, p. 617. Voy. aussi P. LEMMENS, N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN, N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels...*, *op. cit.*, pp. 115-121 ; D. VANHEULE, « De positie van de vreemdeling in de Grondwet », in B. PEETERS, J. VELAERS (dir.), *De Grondwet in groothoekperspectief – Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Anvers, Intersentia, 2007, pp. 483-508 ; M.C. FOBLETS, D. VANHEULE et S. BOUCKAERT, « Grondrechten van vreemdelingen : de toepassing van artikel 191 van de Grondwet door het Arbitragehof », *T.B.P.*, 2005, pp. 319-331 ; B. RENAULT, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux de l'étranger », *La Cour d'arbitrage vingt ans après. Analyse des dernières réformes*, D. RENDERS, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 119-128 ; S. VAN DROOGHENBROECK, obs. sous C.A., n° 61/94, 14 juillet 1994, in O. DE SCHUTTER, S. VAN DROOGHENBROECK, *Le droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 556 et s. ; P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *Ann.dr. Louvain*, 1996, pp. 291-314. Voy. enfin, sur l'interprétation conciliante dont relève cette jurisprudence de la Cour constitutionnelle, *infra*, V.1.

en Belgique (et donc d'être inscrit au registre de la population), ou encore ceux qui ont obtenu le statut de protection subsidiaire⁷. D'autres semblent pouvoir être soumis à un régime plus ou moins différencié, pour autant que celui-ci soit justifié et proportionné par rapport aux objectifs poursuivis. Tel est le cas, en matière d'allocations pour personnes handicapées, pour les étrangers qui ne sont pas établis en Belgique (bénéficiant d'un titre de séjour valable mais seulement inscrits au registre des étrangers)⁸.

La Cour analyse également scrupuleusement les situations qui différencient les étrangers entre eux, admettant les unes et rejetant les autres, ce directement sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec des dispositions issues des instruments internationaux des droits de l'homme⁹. Tel est d'ailleurs la démarche finalement adoptée dans l'arrêt commenté, pour juger l'absence de toute aide sociale en faveur des enfants étrangers en séjour irrégulier.

La seconde limite traditionnellement retenue à l'assimilation des étrangers aux nationaux, fait l'objet de débats beaucoup plus sensibles, tant sur le plan juridique que politique. Elle concerne l'exigence, énoncée à l'article 191 de la Constitution, de la présence de l'étranger « sur le territoire de la Belgique ». Cette exigence fait écho à celle prévue dans la plupart des instruments internationaux relative à la « juridiction de l'État partie », qui détermine le champ d'application *ratione personae* de ces conventions¹⁰. L'arrêt commenté se penche sur cette limite, lorsqu'il se prononce sur la troisième exception soulevée par le Conseil des ministres devant la Cour. Le gouvernement tentait en effet de se libérer d'une partie des moyens invoqués en arguant que les requérants ne pouvaient prétendre au bénéfice des dispositions conventionnelles invoquées, puisqu'ils étaient en séjour illégal, et qu'ils ne relevaient donc pas de la « juridiction » de l'État belge. Les deux aspects de cet argument sont cependant, à notre estime, totalement distincts : la légalité du séjour (A.) doit

7 Le droit aux allocations familiales (qui est devenue un droit fondamental en droit constitutionnel, depuis l'adoption du nouvel article 23bis de la Constitution, inséré par la révision du 6 janvier 2014, *M.B.*, 31 janvier 2014) a conduit la Cour à analyser à de multiples reprises le respect des obligations internationales de la Belgique, principalement de non discrimination (notamment issues de la C.E.D.H., de la CIDE, ou des conventions relative aux statuts des réfugiés et des apatrides) : voy. C.C. n° 12/2013 du 21 février 2013 et la jurisprudence antérieure citée dans cet arrêt ; C.C. n° 42/2012 du 8 mars 2012 ; C.C. n° 1/2012 du 11 janvier 2012. Voy. aussi C.C., n° 198/2009 du 17 décembre 2009.

8 C'est encore avec quelques hésitations que la jurisprudence de la Cour tente de distinguer les étrangers qui peuvent revendiquer le bénéfice de ces allocations en fonction de leur situation juridique de séjour. Voy. les arrêts C.C., n° 124/2013 du 26 septembre 2013 (qui pose deux questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne) ; C.C. n° 114/2012 du 4 octobre 2012 ; C.C. n° 108/2012 du 9 août 2012 ; C.C. n° 3/2012 du 11 janvier 2012 ; C.C. n° 153/2007 du 12 décembre 2007 ; C.C. n° 92/2004 du 19 mai 2004 ; C.C. n° 138/2003 du 22 octobre 2003 ; ainsi que K. STANGHERLIN, « Les allocations aux personnes handicapées étrangères – une épopée », *J.L.M.B.*, 2008, pp. 288-301.

9 Pour des exemples récents, voy. C.C. n° 1/2014 du 16 janvier 2014 qui déclare discriminatoire la différence de traitement entre deux catégories de demandeurs d'asile en ce qui concerne le droit à un recours effectif, notamment consacré par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne invoqué en l'espèce ; C.C. n° 121/2013, 26 septembre 2013, notamment considérant B.8.1 et s., qui se prononce sur l'absence d'une différence de traitement prétendument contraire à l'article 8 de la C.E.D.H.. Sur le contrôle combiné, voy. *infra*, IV.1.

10 Elle ne se confond cependant pas avec celle-ci, ce qui pose d'ailleurs question au regard du droit constitutionnel belge, selon S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 191... », *op. cit.*, p. 308.

en réalité être examinée séparément de toute question de juridiction au sens du droit international des droits de l'homme (B.).

A. L'étranger en séjour illégal

Contrairement à ce qui a pu être soutenu¹¹, il ne paraît plus admissible aujourd'hui de prétendre que le statut du séjour d'un étranger sur le territoire national puisse conditionner le bénéfice même des droits fondamentaux, tant constitutionnels que conventionnels. La condition n'est pas prévue dans l'article 191 de la Constitution. Elle n'est en principe pas davantage évoquée par l'exigence de relever de la juridiction d'un État partie à une convention¹². La notion de juridiction s'entend de « toute personne soumise au "pouvoir" (rechtsmacht) de l'un des États ayant ratifié cette Convention. Le statut de la personne concernée – national, étranger en séjour régulier, étranger en séjour irrégulier – est à cet égard indifférente »¹³. Il s'en suit que l'étranger en séjour illégal en Belgique doit bénéficier de la protection du droit international des droits de l'homme au même titre que les Belges¹⁴. Le législateur européen l'a d'ailleurs affirmé clairement dans le texte de la directive 2008/115/CE relative aux normes et procédures communes applicables au retour forcé des étrangers en séjour irrégulier, qui impose la prise en considération de la Convention relative aux droits de l'enfant, de la Convention européenne des droits de l'homme ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne lors de sa mise en œuvre¹⁵.

Cette assimilation n'empêche pas, comme on l'a vu ci-avant, la mise en œuvre de traitements différenciés par la loi (sur la base des articles 10, 11 et 191 de la Constitution), soumis au respect des principes d'égalité et de non discrimination, et donc au contrôle de la Cour constitutionnelle. Ainsi, souligne la Cour dans un arrêt récent du 14 mars 2013, « lorsque le législateur entend mener une politique en matière d'étrangers et impose à cette fin des règles auxquelles il y a lieu de se conformer pour séjourner légalement sur le territoire, il utilise un critère de distinction objectif et pertinent s'il lie des effets aux manquements à ces règles, lors de l'octroi de l'aide sociale. La politique

11 Voy. la doctrine et la jurisprudence citée par 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 », in *Les enfants et l'aide sociale*, Éditions Jeunesse et Droit, 2003, pp. 76-78.

12 À l'exception notable de la Charte sociale européenne révisée, qui évite l'utilisation même du vocable de juridiction – voy. note 2 *supra*.

13 S. VAN DROOGHENBROECK, « L'effectivité des droits sociaux... », *op. cit.*, p. 78.

14 La Cour de cassation ne prend ainsi même plus la peine de discuter de cette question, en contrôlant directement le respect, par les juridictions inférieures, de la Convention européenne des droits de l'homme invoquée par des étrangers en séjour illégal. Voy. par exemple : Cass., 20 novembre 2013, n° P.13.1735.F (à propos de l'article 12 C.E.D.H.) ; Cass., 21 décembre 2011, n° P.11.2042.F (à propos des articles 3 et 8 C.E.D.H.), *R.W.*, 2012-2013, p. 1138, avec note B. DE SMET ; Cass. 20 octobre 2010, n° P.10.1545.F (à propos des articles 8 et 12 C.E.D.H.). Voy. aussi C.C., n° 37/2013 du 14 mars 2013, considérants B.9 et s. ; C.C., n° 95/2008 du 26 juin 2008, considérants B.64 et s.

15 Voy. les considérants 6, 22 et 24, ainsi que les articles 1^{er} et 5 de la directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, *J.O.*, L 348 du 24 décembre 2008.

d'accès au territoire et de séjour des étrangers serait en effet mise en échec s'il était admis qu'il faut accorder aux étrangers qui séjournent illégalement en Belgique la même aide sociale qu'à ceux qui séjournent légalement sur le territoire belge. La différence entre les deux catégories d'étrangers justifie que l'État n'ait pas les mêmes obligations à leur égard »¹⁶.

La pertinence et l'objectivité du critère ne résistent cependant pas nécessairement au test de proportionnalité ou aux exigences des conventions internationales. Ce fût le cas dans l'arrêt commenté, qui constate finalement une violation des articles 10 et 11 de la Constitution combinés avec une série d'articles de la Convention relative aux droits de l'enfant¹⁷. Sur le plan politique, il semble d'ailleurs que la question demeure éminemment sensible, en particulier lorsqu'elle touche aux droits des enfants en séjour illégal. L'accès plus ou moins large à l'enseignement primaire et secondaire reconnu aux enfants « sans-papiers », par des mesures plus politiques que juridiques, témoigne de cette sensibilité du sujet¹⁸. Dans le même sens, même si davantage en retrait des obligations internationales de l'État belge, on se rappellera encore utilement l'affaire *Van Themsche*, du nom de l'assassin d'Oulematou Niangadou, la nourrice étrangère et en séjour illégal qui avait été tuée avec la petite fille dont elle s'occupait dans les rues d'Anvers en 2006. Le séjour irrégulier de la victime privait sa famille des dédommagements qui pouvaient être demandés au Fonds spécial d'aide aux victimes d'actes intentionnels de violence. La pression médiatique exercée autour de la décision de refus d'intervention du Fonds a conduit le législateur, pour des « raisons humanitaires et en vue d'éviter un traitement différencié qui pourrait être perçu comme discriminatoire », à étendre en 2009 l'action du Fonds aux victimes en séjour illégal¹⁹.

Si le bénéfice des droits fondamentaux doit incontestablement être reconnu aux étrangers en séjour illégal, l'étendue des restrictions qui peuvent y être apportées demeure donc beaucoup plus problématique. « Le fait de se trouver en situation illégale ne prive pas les étrangers de la protection du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou de la Convention européenne des droits de l'homme », selon la thèse de doctorat engagée de

16 C.C., n° 37/2013 du 14 mars 2013, considérant B.7 ; voy. également les considérants B.9 et s. qui admettent le même critère de restriction à l'égard du droit à l'enseignement, tel que consacré notamment par les instruments internationaux pertinentes. La Cour européenne des droits de l'homme a procédé à un examen très similaire dans son arrêt *Bah c. Royaume-Uni* du 27 septembre 2011, §§ 49 et s.

17 Voy. aussi C.C., n° 43/2013 du 21 mars 2013 qui n'admet le critère que sous réserve de l'interprétation conciliante de celui-ci avec les articles 10, 11 et 23 de la Constitution combinés avec les art. 3 et 13 C.E.D.H. ; ainsi que les affaires citées par M. Lys, *op. cit.*, pp. 628-632 ; ou encore C.A. n° 110/2006 du 28 juin 2006 ; C.C. n° 48/2010 du 29 avril 2010. Voy. encore Cour eur. D.H., arrêt *Anakomba Yula c. Belgique* du 10 mars 2009, §§ 37 et s., qui condamne la Belgique pour violation de l'article 6, § 1^{er} combiné avec l'article 14 C.E.D.H., eu égard au fait qu'elle ne reconnaissait pas le droit à l'assistance judiciaire à un étranger en séjour illégal.

18 S. BOUCKAERT, « Onderwijs voor minderjarige vreemdelingen zonder wettig verblijf : ontwikkelingen in regelgeving en rechtspraak », *T.O.R.B.*, 2007-2008, pp. 388-406.

19 Par la suppression de l'article 31bis, § 1^{er}, 2^o de la loi du 1^{er} août 1985 portant des mesures fiscales et autres, *M.B.*, 6 août 1985, par l'article 10 de la loi du 30 décembre 2009, *M.B.*, 15 janvier 2010. Voy. l'exposé des motifs de cette modification, *Doc. parl., Chambre*, sess. 2008-2009, n° 2161/001, p. 30.

Sylvie Saroléa. Mais celle-ci reconnaît néanmoins que « la clandestinité n'est pas un facteur d'exclusion de la protection, mais bien un élément limitant ce qui peut être l'objet de cette protection ». Elle poursuit, à titre d'exemple : « La jurisprudence américaine, dans l'arrêt *Plyler v. Doe* [Supreme Court of the U.S., 457 U.S. 202, 1982, 217, ndla], refuse de poser pour principe qu'une différence de traitement motivée par l'illégalité du séjour se fonde sur une catégorie suspecte », et conclut : « l'illégalité du séjour ne prive pas l'étranger de la protection constitutionnelle, mais a comme incidence une protection diminuée »²⁰.

B. La juridiction de l'État belge

Dans les considérants B.6 de l'arrêt commenté, la Cour met encore en évidence la question de la juridiction de l'État partie à la Convention relative aux droits de l'enfant. Si, à notre estime, c'est à tort qu'elle lie ce débat à l'illégalité du séjour, la Cour n'en émet pas moins une considération fort juste à propos de la notion de juridiction. Elle souligne en effet que cette notion « doit s'analyser à la lumière de l'ensemble de la Convention ».

Cette courte affirmation nous permet d'aborder le dernier débat sensible relatif au champ d'application *ratione personae* du droit international des droits de l'homme à l'égard des étrangers, à savoir celui de son extraterritorialité.

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, « la notion de "juridiction" reflète la conception de ce terme en droit international public, de sorte que l'on considère que la compétence juridictionnelle d'un État est principalement territoriale »²¹, et que l'on présume qu'elle s'exerce sur l'ensemble du territoire de l'État, et ce, comme on l'a vu, quelque soit le statut juridique des personnes présentes sur le territoire de cet État. « Cette présomption peut se trouver limitée dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'un État est dans l'incapacité d'exercer son autorité sur une partie de son territoire. Cela peut être dû à une occupation militaire par les forces armées d'un autre État qui contrôle effectivement ce territoire, à des actes de guerre ou de rébellion, ou encore aux actes d'un État étranger soutenant la mise en place d'un régime séparatiste sur le territoire de l'État en question »²². Telle est l'étendue classiquement admise de la juridiction d'un État partie aux instruments internationaux des droits de l'homme. L'absence de juridiction sur le territoire de l'État est donc en principe exceptionnelle, et liée soit au contrôle (ou plutôt l'absence

20 S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 563. Dans le même sens : S. BOUCKAERT, *Documentloze vreemdelingen*, Anvers, Maklu, 2007, pp. 1095 et s.

21 Décision Cour eur. D.H., *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* [GC] du 12 décembre 2001, §§ 59 et 61.

22 Cour eur. D.H., arrêt *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie* [GC] du 8 juillet 2004, § 312 et réf. citées.

de contrôle) exercé par l'État sur son territoire, soit aux dispositions de la convention internationale elle-même²³.

De plus en plus fréquemment, cependant, il est admis, et reconnu par certaines juridictions internationales (et en particulier la Cour européenne des droits de l'homme), que la juridiction de l'État peut s'exercer en dehors, au-delà de son territoire. « Dans certains cas exceptionnels, cette compétence repose sur des éléments non territoriaux, tels que : actes de puissance publique accomplis à l'étranger par les représentants diplomatiques et consulaires de l'État ; activités criminelles d'individus à l'étranger contre les intérêts de l'État ou ceux de ses ressortissants ; actes commis sur des navires battant pavillon de l'État en cause ou sur des aéronefs et engins spatiaux enregistrés par lui ; crimes internationaux particulièrement graves (compétence universelle) »²⁴. Ainsi, un État peut « être tenu pour responsable des violations des droits et libertés conventionnels dont jouissent des personnes qui se trouvent sur le territoire d'un autre État, mais qui sont placées sous l'autorité et le contrôle du premier État par l'entremise de ses agents opérant – de manière licite ou illicite – dans le second État »²⁵. La Cour européenne des droits de l'homme a même donné suite aux suggestions de la doctrine en la matière, en admettant « que les droits découlant de la Convention peuvent être fractionnés et adaptés », c'est-à-dire que « les droits et libertés des individus doivent être respectés et promus par les États parties en proportion du contrôle qu'ils exercent sur ceux-ci »²⁶.

Au-delà même de ces reconnaissances jurisprudentielles, le droit international des droits de l'homme est de plus en plus invoqué pour reconnaître la responsabilité des États parties dans certains maux qui affecte les ressortissants des États tiers, qu'il s'agisse justement du problème des migrants pauvres²⁷, mais aussi de toute une série d'autres conséquences d'agissements relevant de la juridiction d'un État partie (investissements financiers transnationaux ; exigences de la Banque mondiale ou du FMI ; complotement des multinationales dans les pays tiers ; propriété intellectuelle en matière de médicaments et accès corrélatif de ceux-ci dans des pays tiers ; coopération au développement et conditions mises par les États pour accorder celle-ci ;

23 Voy. par exemple Cour eur. D.H., décision *Djokaba Lambi Longa c. Pays-Bas* du 9 octobre 2012, qui concerne un ressortissant congolais ayant été transféré dans les locaux de la Cour pénale internationale (CPI) en vue de déposer comme témoin, et qui a ensuite demandé l'asile aux Pays-Bas. La Cour a conclu que le requérant, détenu sur le territoire d'un État contractant (en l'occurrence les Pays-Bas) par une juridiction pénale internationale (la CPI) en vertu d'un accord négocié avec un État non partie à la Convention (la République démocratique du Congo), ne relevait pas de la juridiction des Pays-Bas.

24 Cour eur. D.H., arrêt *Assanidzé c. Georgie* [GC] du 8 avril 2004, § 137.

25 Cour eur. D.H., arrêt *Issa c. Turquie* du 16 novembre 2004, § 71, librement traduit par S. VAN DROOGENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 17.

26 C. ROMAINVILLE, « Contentieux irakien et extra-territorialité : de la nécessité de dépasser *Bankovic* », *R.T.D.H.*, 2009, p. 1035 ; article auquel la Cour a donné suite dans Cour eur. D.H., arrêt *Al-Skeini et autres c. Royaume-Uni* du 7 juillet 2011, §§ 130 et s. ; Cour eur. D.H., arrêt *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* du 23 février 2012, §§ 70 et s.

27 M. HESSELMAN, « Sharing International Responsibility for Poor Migrants ? An Analysis of Extra-territorial Socio-economic Human Rights Law », *European Journal of Social Security*, 2013, n° 2, pp. 187-208.

refinancement ou remise de la dette publique des États tiers ; autres accords économiques, environnementaux, financiers bilatéraux, etc.)²⁸. Ces tentatives d'élargissement du champ d'application des conventions internationales ne sont pas encore fort effectives pour les citoyens qui voudraient s'en prévaloir, mais elles témoignent en tout cas du dynamisme incomparable exercé par les acteurs, notamment juridiques, des droits fondamentaux.

Pierre-Olivier de Broux

28 Voy. le très éclairant article de W. VANDENHOLE, « Extraterritorial Human Rights Obligations : Taking Stock, Looking Forward », *J.E.D.H.*, 2013, pp. 804-835, ainsi que les très nombreux travaux cités dans celui-ci, et en particulier M. LANGFORD, W. VANDENHOLE, M. SCHEININ, W. VAN GENUGTEN (dir.), *Global Justice, State Duties. The Extraterritorial Scope of Economic, Social and Cultural Rights in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.

III.2. Les personnes morales de droit privé et de droit public

C.C., n° 115/2004, 30 juin 2004

Convention européenne des droits de l'homme (art. 1^{er} du premier protocole additionnel) – Constitution (art. 16) – Droit de propriété – Invocabilité par des personnes morales de droit public, de droit privé ou mixtes – Expropriation.

Extrait

B.3.1. L'article 16 de la Constitution, l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 79, § 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoient des garanties en cas d'« expropriation » ou de « privation de propriété ».

B.3.2. Une de ces garanties est le principe de légalité contenu dans l'article 16 de la Constitution, selon lequel nul ne peut être privé de sa propriété que « dans les cas et de la manière établis par la loi ». Cette garantie peut être invoquée par les parties requérantes, qui sont toutes des personnes morales, qu'elles soient de droit public, de droit privé ou mixtes.

C.C., n° 118/2007, 19 septembre 2007

Convention européenne des droits de l'homme (art. 8) – Droit au respect de la vie privée – Invocabilité par une personne morale – Secret des affaires – Procédure devant la section du contentieux administratif du conseil d'état – Communication des pièces du dossier administratif – Confidentialité de certaines pièces

Extrait

B.6.1. Le respect de la vie privée englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations au-delà de son cercle intime, y compris sur le plan professionnel ou commercial (C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, § 29 ; C.E.D.H., 23 mars 2006, *Vitiello c. Italie*, § 47). Il s'ensuit que les secrets d'affaires détenus par une personne physique peuvent constituer une part intégrante de sa vie privée.

B.6.2. Le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, dans une certaine mesure, aux personnes morales. À ce titre le siège social, l'agence ou les locaux professionnels d'une personne morale peuvent être considérés, dans certaines circonstances, comme son domicile (C.E.D.H., 16 avril 2002, *Société Colas Est et autres c. France*, § 41). Dès lors, il peut être admis que le droit au respect de la vie privée des personnes morales englobe la protection de leurs secrets d'affaires.

B.6.3. La Cour relève, pour le surplus, que la protection contre les interventions arbitraires ou disproportionnées de la puissance publique dans la sphère d'activité privée d'une personne physique ou morale constitue un principe général du droit

communautaire (CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, C-46/87 et C-227/88, § 19, *Rec.*, 1989, p. 2859 ; CJCE, 22 octobre 2002, *Roquette Frères S.A.*, C-94/00, § 27, *Rec.*, 2002, p. I-9011).

B.6.4. En imposant à l'autorité administrative de transmettre aux parties devant le Conseil d'État les secrets d'affaires d'une personne morale contenus dans le dossier administratif et de se départir du secret professionnel auquel elle est tenue en vertu de l'article 139 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 « relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics », les dispositions litigieuses peuvent entraîner une ingérence dans la vie privée de la personne morale intéressée. Une telle ingérence doit donc poursuivre un but légitime et se trouver par rapport à ce but dans un juste rapport de proportionnalité et ce, même si l'ingérence peut aller plus loin lorsque sont en cause des activités professionnelles ou commerciales que dans d'autres cas (C.E.D.H., arrêt *Niemietz* précité, § 31).

C.C., n° 40/2011, 15 mars 2011

Constitution (art. 24) – Enseignement – Exigence de légalité – Liberté d'enseignement existant au bénéfice des Communautés – Obligations constitutionnelles des Communautés en matière d'enseignement

Extrait

B.6.3. L'article 24, § 5, de la Constitution traduit donc la volonté du Constituant de réserver au législateur compétent le soin d'adopter une réglementation pour les aspects essentiels de l'enseignement en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance et son subventionnement, mais il n'interdit pas que des missions soient confiées à d'autres autorités à certaines conditions. Cette disposition constitutionnelle exige que les délégations conférées par le législateur décrétal ne portent que sur la mise en œuvre des principes qu'il a fixés. Le Gouvernement de communauté ou une autre autorité publique ne saurait remédier à l'imprécision de ces principes ni affiner des choix politiques insuffisamment détaillés.

B.6.4. Le texte de l'article 24, § 5, a une portée générale : il n'opère aucune distinction et ne contient aucune limitation en ce qui concerne la portée de la notion d'« organisation », ce qui signifie que toute réforme relative à l'organisation de l'enseignement, quel que soit son objectif, même si elle est limitée dans le temps, ne peut être réglée que par décret.

B.7.1. Lorsqu'il règle les aspects essentiels de l'enseignement, en ce qui concerne son organisation, sa reconnaissance ou son subventionnement, le législateur compétent doit tenir compte de la liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution.

B.7.2. La liberté d'enseignement garantie par l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution assure le droit d'organiser des écoles fondées sur une philosophie confessionnelle ou non confessionnelle déterminée. Elle implique également que

des personnes privées puissent, sans autorisation préalable et sous réserve du respect des libertés et des droits fondamentaux, organiser et faire dispenser un enseignement selon leur propre conception, tant en ce qui concerne la forme de cet enseignement qu'en ce qui concerne son contenu, par exemple en créant des écoles dont la spécificité réside dans des conceptions déterminées d'ordre pédagogique ou éducatif.

B.7.3. Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, la communauté assure le libre choix des parents.

Cette liberté de choix implique que les parents puissent choisir pour leurs enfants l'enseignement qui est le plus proche de leurs conceptions philosophiques.

C'est pour garantir cette liberté de choix que la communauté organise un enseignement neutre dans le respect des conceptions philosophiques, idéologiques ou religieuses des parents et des élèves (article 24, § 1^{er}, alinéa 3, de la Constitution) et qu'elle subventionne les établissements d'enseignement dont la spécificité réside dans une conception religieuse, philosophique ou pédagogique déterminée.

B.8. Sur le plan de l'organisation et de la dispensation de l'enseignement, la communauté ne dispose pas de la même liberté que les autres pouvoirs organisateurs.

En effet, en vertu de l'alinéa 2 de l'article 24, § 1^{er}, de la Constitution, la communauté doit assurer le libre choix des parents, ce qui entraîne l'obligation pour la communauté d'organiser un enseignement.

En outre, la liberté de la communauté sur le plan de l'enseignement est limitée par les règles contenues à l'article 24, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, de la Constitution, qui prévoient que l'enseignement organisé par la communauté doit être neutre et que les écoles organisées par les pouvoirs publics doivent offrir, jusqu'à la fin de l'obligation scolaire, le choix entre l'enseignement d'une des religions reconnues et celui de la morale non confessionnelle.

Observations

Dans les trois arrêts commentés¹, la Cour constitutionnelle eut à se prononcer sur la revendication du bénéfice de droits de l'homme par des personnes morales, de droit privé (dans les deux premiers arrêts) ou de droit public (dans le premier et le troisième arrêt). Ces décisions illustrent le caractère peu argumenté des réponses apportées à cette problématique par la jurisprudence.

A. Les personnes morales de droit privé comme titulaires de droits fondamentaux

Il est vrai que, pour les personnes morales de droit privé, le débat semble aujourd'hui pratiquement clos. Il n'est plus contesté que celles-ci peuvent se

1 C.C., n° 115/2004, 30 juin 2004 ; *R.W.*, 2004-05, pp. 890 et s. et note B. HUBEAU ; *RABG*, 2005, liv. 5, pp. 396 et s., note I. MARTENS ; *TBO*, 2005, liv. 2, pp. 100 et s. et note A. HANDELAAR ; C.C., n° 118/2007, 19 septembre 2007, *J.T.*, 2008, liv. 6316, 432, note T. BOMBOIS et C. DUBOIS ; *RABG*, 2008, liv. 6, 382, note S. JOCHEMS. C.C., n° 40/2011, 15 mars 2011 ; *J. Dr. jeun.*, 2011, liv. 304, 43 note J. JACQMAIN.

prévaloir de la jouissance des droits de l'homme reconnus à « toute personne » dans l'ordre juridique international, sous réserve que ces droits soient, par nature et objet, susceptibles de reconnaissance à des êtres inanimés (sont ainsi exclus des droits tels que l'interdiction de la torture)². Les personnes morales sont parfois expressément visées par les textes applicables, à l'instar de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui consacre le droit de propriété de « toute personne physique ou morale ». La Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs affirmé et préservé à plusieurs reprises le « droit de recours individuel des personnes morales », y compris dans l'hypothèse de sociétés dont l'existence avait cessé suite à une faillite ou une dissolution³. *A contrario*, certains instruments internationaux, tel le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, excluent de manière plus ou moins explicite les personnes morales de leur champ d'application⁴.

Par ailleurs, le rapport entre les personnes morales et les droits fondamentaux qu'elles peuvent invoquer ne se présente pas exactement de la même manière que pour un particulier. Il faut rappeler que les personnes morales de droit privé, tout comme les personnes morales de droit public d'ailleurs, sont gouvernées par le principe de spécialité, c'est-à-dire qu'elles ne peuvent accomplir que des actes correspondant aux finalités qui leur ont été assignées par le législateur et par leurs statuts. Cette circonstance ne sera pas sans conséquence sur les droits fondamentaux qu'elles seront en mesure d'invoquer. En fonction de ces finalités, non seulement les personnes morales auront intérêt à invoquer des droits fondamentaux qui leur bénéficient directement dans le cadre de leur activité⁵, mais encore elles auront intérêt à invoquer des droits qui bénéficient à des tiers, en lien avec leur activité⁶, voire tout droit fondamental

2 W. VAN DEN MUIJSENBERGH, S. REZAI, « Corporations and the European Convention on Human Rights », *Global Business & Development Law Journal*, vol. 25, 2012, 1, pp. 43-68 ; P. LEMMENS, N. VAN LEUVEN, « Les destinataires des droits constitutionnels », *Les droits constitutionnels en Belgique*, M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 111-127 ; N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *R.T.D.civ.*, 2008, pp. 205-228 ; P.F. DOCQUIR, N. HENNEBELLE, « L'entreprise, titulaire et garante des droits de l'homme », *Responsabilités des entreprises et corégulation*, T. BERNIS et al. (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 79-106 ; M. EMBERLAND, *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of the ECHR Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2006 ; O. DE SCHUTTER, « L'accès des personnes morales à la Cour européenne des droits de l'homme », in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à S. Marcus Helmons*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 83-108 ; E. DECAUX, « L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 54, 2002, 2, pp. 549-578 ; S.G. WOOD, B.G. SCHARFFS, « Applicability of Human Rights Standards to Private Corporations : An American Perspective », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 50, 2002, pp. 531-566 ; S. MARCUS HELMONS, « L'applicabilité de la Convention européenne des droits de l'homme aux personnes morales », *J.T.D.E.*, 1996, pp. 150 et s. ; *Les droits de l'homme et les personnes morales*, Actes du premier colloque du Départements des droits de l'homme de l'UCL, Bruxelles, Bruylant, 1970.

3 Cour eur. D.H., arrêt *Capital Bank AD c. Bulgarie* du 24 novembre 2005, § 80 ; Cour eur. D.H., décision *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos c. Russie* du 29 janvier 2009, § 443 (voy. également l'arrêt subséquent du 20 septembre 2011).

4 P.F. DOCQUIR, N. HENNEBELLE, *op. cit.*, pp. 82-86.

5 On peut citer la liberté d'enseignement qui bénéficie à un pouvoir organisateur de l'enseignement libre, la liberté de religion qui bénéficie aux communautés religieuses (C.C., arrêt n° 152/2005 du 5 octobre 2005, B.4) ou encore la liberté d'opinion qui bénéficie aux partis politiques (C.C., arrêt n° 195/2009 du 3 décembre 2009, B.24).

6 Par exemple les droits des étudiants étrangers dans le cas d'une école libre (C.E., 20 juillet 2004, *asbl École supérieure de communication et de gestion – MARGES*, n° 134.087 ; C.E., 15 septembre 2006, *asbl École supérieure de communication*, n° 162.477).

qui bénéficie à un tiers – lorsque c’est la défense des droits fondamentaux elle-même qui fait partie de leur objet social⁷.

Mais la controverse demeure vive lorsqu’il s’agit de déterminer, au cas par cas, dans quelle *mesure* et avec quelle *intensité* chacun des droits fondamentaux, consacrés dans l’ordre juridique national ou international, peut bénéficier aux personnes morales de droit privé. Selon le droit fondamental concerné, il y aurait lieu de l’appliquer de la même façon aux personnes physiques et morales (tel le droit au procès équitable) ou de l’appliquer de manière différenciée (telle la liberté de religion). Les deux premiers arrêts commentés rendent compte de l’approche casuistique à laquelle il faudrait se résigner en la matière. Nous ne souscrivons cependant pas à cette approche différenciée des droits fondamentaux reconnus aux personnes morales de droit privé. Selon nous, dès qu’un droit fondamental leur est reconnu, il doit revêtir la même intensité et la même mesure que celle reconnue aux individus.

L’arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2004 peut être interprété dans ce sens. Il se prononce sur le droit de propriété des personnes morales. Sans développer la moindre argumentation, la Cour considère que les garanties énoncées (en particulier l’exigence de légalité des atteintes audit droit) peuvent être invoquées par toute personne morale. Au même titre que toute personne physique, est-on tenté de sous-entendre, les personnes morales requérantes ont ainsi obtenu gain de cause devant la Cour, en tant que titulaires de droits fondamentaux qui n’avaient pas été respectés par le législateur flamand.

L’arrêt de la Cour constitutionnelle du 19 septembre 2007 est plus nuancé dans l’affirmation des droits fondamentaux des personnes morales, et donc plus contestable à notre estime. Il concerne un autre droit fondamental, à savoir le respect de la vie privée. Dans ce cadre, la Cour estime que « le droit au respect de la vie privée bénéficie aussi, *dans une certaine mesure*, aux personnes morales » (notre accent). Cet arrêt s’inscrit dans la droite ligne d’autres décisions, aux niveaux belge ou européen notamment, qui reconnaissent l’applicabilité aux personnes morales du droit au respect de la vie privée, mais en relativisant son intensité ou en différenciant, par rapport aux personnes physiques, les circonstances dans lesquelles ce droit peut être invoqué⁸. La Cour, pas davantage que la jurisprudence dans laquelle elle

7 Citons parmi de très nombreux exemples : C.C., arrêt n° 10/2001 du 7 février 2001 ; C.C., arrêt n° 56/2002 du 28 mars 2002 ; C.C., n° 62/2005 du 23 mars 2005 ; C.E., 23 novembre 2012, *asbl Ligue des droits de l’homme*, n° 221.498 ; C.E., 7 avril 2011, *asbl Ligue des droits de l’homme*, n° 212.559 ; C.E., 27 mars 2008, *asbl Association pour le Droit des Étrangers*, n° 181.520.

La Cour constitutionnelle constate que de nombreuses personnes morales peuvent agir en fonction de leurs buts statutaires pour protéger les droits fondamentaux, de telle sorte qu’il est discriminatoire de dénier l’intérêt requis pour agir devant les juridictions judiciaires à une personne morale qui exerce une action correspondant à un de ses buts statutaires pour faire cesser des traitements inhumains et dégradants au sens de l’article 3 de la Convention (C.C., arrêt n° 133/2013 du 10 octobre 2013, B.10 et s.).

8 C.J.C.E., arrêt *Varec SA c. État belge* du 14 février 2008, C-450/06, § 41, où la Cour se prononce dans la même affaire que la Cour constitutionnelle dans l’arrêt commenté du 19 septembre 2007 ; Cour eur. D.H., arrêt *Association for European Integration and Human Rights & Ekimdzchiev c. Bulgarie* du 28 juin 2007, § 60 ; Cour eur. D.H., arrêt *Wieser et Bicos Beteiligungen GmbH c. Autriche* du 16 octobre 2007, § 45 ; Cour eur. D.H., arrêt *Société Colas Est et autres c. France* du 16 avril 2002, § 41.

s'inscrit, ne donne toutefois aucune indication précise de cette « mesure » dans laquelle devrait s'appliquer le respect de la vie privée des personnes morales. Elle indique, il est vrai, que l'ingérence dans la vie privée pourrait « aller plus loin » (B.6.4) lorsque sont en cause des activités professionnelles ou commerciales, mais sans détailler ni expliquer les différences qui pourraient être admises. En réalité, l'application différenciée du droit au respect de la vie privée pour les personnes physiques ou morales paraît essentiellement de principe. Elle n'a en tout cas jamais permis de réduire concrètement la portée de la protection à l'égard de la personne morale qui s'en prévalait. Dans un arrêt récent, et sans précaution particulière cette fois, la Cour de cassation a d'ailleurs affirmé que l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme « implique aussi la protection du secret des affaires et s'applique aussi aux personnes morales »⁹. Il n'est donc pas certain que l'approche différenciée, selon que le titulaire du droit soit une personne physique ou morale, ait un avenir. À notre estime, la mesure et l'intensité des droits fondamentaux ne varient pas, pas davantage que les conditions de validité des ingérences dans les droits fondamentaux. Seule la justification *in concreto* de ces ingérences pourrait différer compte tenu de la nature particulière des destinataires de ces droits¹⁰.

B. L'exclusion de principe de droits fondamentaux pour les personnes morales de droit public

Le débat devient réellement complexe, en revanche, lorsqu'il concerne les personnes morales de droit *public*¹¹. Il n'y a pas aujourd'hui de consensus doctrinal pour leur reconnaître, à l'instar des personnes morales de droit privé, le bénéfice de droits fondamentaux. Les premier et troisième arrêts ici commentés ont admis de manière plus ou moins explicite qu'une personne morale de droit public puisse invoquer un droit fondamental.

Ces décisions sont, à notre estime, trop généreuses à l'égard des autorités publiques concernées et contestables au regard des théories générales de l'État et des libertés publiques. Trois arguments nous semblent décisifs.

Au niveau belge, voy. notamment Bruxelles, 9 décembre 2005, RG 2004/AR/174 ; et implicitement, par la reconnaissance d'un droit fondamental au respect des secrets d'affaires, Cass., 22 janvier 2008, RG H.07.0001.F, concl. DE KOSTER.

⁹ Cass. 2 novembre 2012, RG C.11.0018.N, concl. VAN INGELGEM.

¹⁰ Par exemple, la Cour constitutionnelle a admis qu'une personne morale invoque le droit au respect de sa vie privée pour se plaindre que l'infraction de harcèlement visé à l'article 442bis du Code pénal réprimait uniquement le harcèlement dirigé contre une personne *physique*. Cependant, la Cour a ensuite jugé que les différences objectives entre personnes physiques et personnes morales justifiaient les limites du périmètre de l'article 442bis (C.C., arrêt n° 75/2007 du 10 mai 2007).

¹¹ P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, pp. 124-126 ; P. WACHSMANN, « Personnes publiques et droits fondamentaux », *La personnalité publique*, Paris, Litec, 2007, pp. 145-166 (Travaux de l'Association Française pour la recherche en Droit Administratif – 1) ; X. DUPRÉ DE BOULLOIS, « Personnes publiques, droits fondamentaux et Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 2004, n° 2, pp. 547-564 ; R. DRAGO, « Droits fondamentaux et personnes publiques », *A.J.D.A.*, 1998, numéro spécial, p. 130 ; R. FINALY, « Grondrechten voor publiekrechtelijke rechtspersonen : een beschouwing naar aanleiding van het arrest *Rost van Tonningen* », *N.J.C.M.-Bulletin*, 1994, pp. 610-622 ; J. VELLU, R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 84-87 ; J. VELLU, « La Convention européenne des droits de l'homme et les personnes morales de droit public », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. 1, Bruxelles, Bruylant, 1972, pp. 589-615.

Primo, les droits de l'homme et les libertés fondamentales ont pour vocation de protéger le citoyen contre l'autorité, et non l'inverse. C'est à l'État que « la Constitution donne l'ordre de respecter et de protéger les droits fondamentaux, et c'est lui qui s'est engagé devant la communauté internationale d'agir de la sorte, en ratifiant les traités relatifs aux droits de l'homme »¹². Reconnaître aux personnes morales de droit public la faculté d'invoquer un droit fondamental en vue de restreindre les droits fondamentaux des particuliers aboutit à détourner les droits fondamentaux de leur champ d'action privilégié.

C'est un tel détournement que l'on trouve dans l'arrêt 40/2011 : la Communauté flamande puiserait dans la liberté d'enseignement garantie à l'article 24 de la Constitution la possibilité d'interdire, au sein du projet pédagogique de ses écoles, le port des signes religieux et philosophiques par les élèves ou les enseignants. La Cour constitutionnelle accompagne cette élévation de la Communauté au rang des destinataires de la liberté d'enseignement d'une réserve : la Communauté doit organiser un enseignement neutre offrant le choix du cours philosophique comme l'y contraint l'article 24, § 1^{er}, al. 3 et 4, de la Constitution. Si elle est inévitable compte tenu du texte constitutionnel, cette réserve met en lumière l'incohérence de l'élargissement de la liberté d'enseignement aux personnes publiques. Cette dernière postule, en effet, la possibilité de dispenser un enseignement fondé sur des convictions philosophiques, idéologiques ou religieuses, ces convictions se matérialisant notamment dans les méthodes pédagogiques, la politique du personnel ou l'obligation des élèves d'adhérer aux projets éducatif et pédagogique¹³. Or, pour les établissements neutres, une telle liberté n'a aucun sens. La neutralité n'est pas une conception philosophique ou religieuse qui irradie l'ensemble des dimensions de l'enseignement, mais un principe impliquant le respect des convictions des parents et des élèves. La liberté d'enseignement ne peut dès lors concerner les personnes morales de droit public, ces dernières étant précisément astreintes à une obligation d'organiser un enseignement neutre afin de garantir le libre choix des élèves entre des écoles se réclamant d'un tel enseignement et les écoles libres engagées. Comme en témoigne cet exemple de la liberté d'enseignement, il n'est guère évident de revêtir les personnes publiques d'un costume taillé pour les particuliers.

Secundo, reconnaître que les personnes morales de droit public puissent jouir des libertés publiques ne nous semble pas compatible avec le principe de compétence d'attribution consacré par l'article 33 de la Constitution. Lorsqu'elles décident d'agir, les personnes publiques n'usent pas d'une prétendue liberté ayant pour seule contrepartie l'obligation pour tout un chacun de s'abstenir de s'y immiscer. Les personnes publiques exercent

12 P. LEMMENS et N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 125.

13 M. EL BERHOUMI, *Le régime juridique de la liberté d'enseignement à l'épreuve des politiques scolaires*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 187 et s.

des compétences, c'est-à-dire des pouvoirs qui leur permettent de lier les tiers, et elles n'ont pour seules compétences que celles que la Constitution, et les normes adoptées en vertu de celle-ci, leur confient. En ce sens, les personnes publiques se distinguent des personnes physiques « dont la capacité juridique constitue la reconnaissance d'une réalité d'existence, antérieure et fondationnelle par rapport au droit »¹⁴. Les prérogatives des individus ne trouvent pas leur source dans la Constitution. Celle-ci les protège par l'intermédiaire des droits fondamentaux, au même titre que sont protégés certains droits fondamentaux des personnes morales de droit privé qui prolongent en quelque sorte les prérogatives des individus et en assurent l'effectivité. On ne saurait admettre qu'une personne publique se soustraie à cette règle essentielle en élargissant la sphère de ses pouvoirs par un recours aux droits fondamentaux.

Nous croyons percevoir ce raisonnement appliquant le régime de l'article 33 de la Constitution dans l'un des premiers arrêts de la Cour constitutionnelle en matière d'enseignement : « ces constatations ne sont pas éternelles par le recours à l'article [24] ou à l'article [127], § 2, 3^o, de la Constitution. Les Communautés, qui en tant que personnes de droit public disposent d'une compétence attribuée, ne peuvent se prévaloir de libertés qui sont garanties aux citoyens pour s'estimer fondées à prendre une réglementation relative à des matières qui ont été formellement soustraites à leur compétence par l'article [127], § 2, 2^o, de la Constitution »¹⁵. Cet arrêt se situe dès lors aux antipodes de l'arrêt n° 40/2011 dont l'extrait reproduit ci-dessus laisse supposer que la Communauté pourrait se prévaloir de la liberté d'enseignement aux fins d'échapper à l'article 24, § 5, de la Constitution lequel réserve au législateur la réglementation des aspects essentiels de l'organisation de l'enseignement.

C'est pour les mêmes motifs qu'il est traditionnellement admis que les personnes morales de droit public ne sont pas titulaires de la liberté d'association. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle va dans ce sens, estimant que « les modalités de fonctionnement d'un organe collégial de droit public ne relèvent en aucune manière de la liberté d'association qui est garantie par la Convention européenne des droits de l'homme aux seules personnes physiques ou morales de droit privé »¹⁶. Non seulement les personnes publiques ne peuvent s'associer que dans les formes prévues par la loi, mais encore une intervention législative est en principe requise, par la loi ou à tout le moins par un principe général du droit, pour créer une

14 D. DEOM, *Le statut juridique des entreprises publiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 63. Voy. également C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, PUF, 1993, p. 310 : « Toutes ces institutions existent à l'intérieur de l'État, et non avant lui ou au-dessus de lui. Le véritable droit fondamental présuppose que préexiste l'individu avec sa sphère de liberté illimitée en principe. Une institution ne peut pas être présupposée préexistante de telle manière ».

15 C.C., arrêt n° 8 du 22 janvier 1986.

16 C.C., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, B.11.5. Voy. aussi récemment, C.C., n° 36/2014, 27 février 2014, B. 3.

personne publique distincte de celle de l'État¹⁷. C'est d'ailleurs au regard de cette exigence qu'il faut comprendre le malaise d'une partie de la doctrine devant le phénomène des asbl communales, pourtant incontournable en pratique, ainsi que l'intervention récente du législateur wallon pour donner un fondement à ces asbl¹⁸.

Tertio, les droits fondamentaux, et plus particulièrement les libertés-franchises, s'accrochent mal de destinataires dont l'activité découle d'obligations légales. En effet, les personnes morales de droit public n'ont pas la maîtrise de leurs finalités, comme ce peut être le cas pour les personnes privées physiques ou morales. Les personnes morales de droit public ne choisissent pas leurs buts en toute autonomie. Elles ne peuvent agir que dans le respect des finalités qui leur sont assignées par la loi ou, à défaut, pour la réalisation de l'intérêt général. La méconnaissance de cette condition de validité interne constitue l'irrégularité très grave du détournement de pouvoir¹⁹. Le droit est non seulement le moyen, mais également la fin de leur action. On n'aperçoit pas avec quelle conception de la liberté cette condition de validité de l'action publique pourrait être compatible.

Ainsi, à propos de la liberté d'enseignement, le Conseil d'État a pu affirmer qu'elle ne concernait « nullement la Communauté française en sa qualité de pouvoir organisateur ; qu'aux termes de l'article 24 de la Constitution, celle-ci n'est en effet pas autorisée, mais au contraire tenue d'organiser un enseignement, étant toutefois entendu que cette obligation n'est pas illimitée, mais [...] réglée par la loi ou le décret »²⁰. Le même raisonnement peut être soutenu à propos des communes, le législateur leur imposant la création et l'entretien d'au moins une école primaire²¹ et, au sein des communes périphériques, l'organisation d'un enseignement dans la langue de la minorité si un nombre défini de chefs de famille en font la demande²².

Dans une autre espèce, et de manière moins lapidaire, la Cour constitutionnelle est parvenue à la même conclusion. Elle observe que « l'Ordre des médecins et l'Ordre des pharmaciens sont des institutions de droit public créées par la loi et dotées par elle d'attributions qu'ils exercent sous le contrôle

17 R. ERGEC, *Introduction au droit public*, T II : Les droits et libertés, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 185 ; I. MATHY, « L'autonomie avec ou sans personnalité juridique », *Le paraétatisme. Nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, P. JADOUX, B. LOMBAERT et F. TULKENS (dir.), Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 38 et s.

18 Art. L1234-1 et s. et L2223-1 et s. du Code wallon de la démocratie locale.

19 P. BOUVIER, R. BORN, B. CUVELIER et F. PIET, *Éléments de droit administratif*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2013, p. 139 ; P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^e éd. Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 1090 et s. ; J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 1014 et s. et 1058 et s.

20 C.E., arrêt n° 82.213 du 10 septembre 1999, *Ville de Bruxelles*.

21 Art. 22 des lois sur l'enseignement primaire, coordonnées le 20 août 1957.

22 Art. 6, al. 3, de la loi du 30 juillet 1963 concernant le régime linguistique de l'enseignement. On s'étonnera que, dans ces circonstances, la Cour constitutionnelle ait estimé par son arrêt n° 65/2006 du 3 mai 2006 que les communes périphériques jouissent de la liberté d'enseignement (B.13.1 et B.13.2). Voy. M. EL BERHOUMI, *op. cit.*, pp. 170 et s. On s'étonnera également que le Conseil d'État ait validé la décision d'une commune de fermer une école technique qu'elle organise et d'entrer dans le pouvoir organisateur d'un établissement libre subventionné (C.E., 16 février 2000, *Commune de Bertrix*, n° 85.366).

prévu par cette loi. Ils ont pour mission de veiller au respect des règles de la déontologie ainsi qu'au maintien de l'honneur, de la discrétion, de la probité et de la dignité des membres de l'Ordre. Ils groupent obligatoirement tous ceux qui exercent la profession de médecin ou de pharmacien. Ils ne peuvent en aucune manière être considérés comme des associations au sens de l'article 27 de la Constitution »²³. Cette jurisprudence s'inscrit dans le sillage de l'arrêt *Le Compte* au sein duquel la Cour européenne des droits de l'homme avait exclu, pour des raisons analogues, l'Ordre belge des médecins du champ d'application de l'article 11 de la Convention²⁴.

Si le concept de liberté est manifestement inadéquat pour caractériser l'activité des pouvoirs publics, il serait, en revanche, tout aussi inexact de prétendre qu'ils sont dépourvus de toute protection. En effet, les « personnes morales de droit public peuvent être victimes d'un exercice de pouvoirs illégal ou irrégulier par des autorités supérieures »²⁵. Cet argument est également invoqué pour justifier l'existence de droits fondamentaux des États ou des institutions européennes opposables à l'égard de l'Union européenne²⁶. Il peut même être légitime que les personnes morales de droit public bénéficient de certaines protections lorsqu'un litige les oppose aux prétentions d'un particulier. Parmi les droits et libertés fondamentaux, les personnes publiques ont sans aucun doute vocation à bénéficier de certaines garanties.

On peut citer le droit au procès équitable, qui constitue la pierre angulaire du droit procédural. La Cour de justice de l'Union européenne a ainsi affirmé que « le principe du contradictoire doit bénéficier à toute partie à un procès dont est saisi le juge communautaire, quelle que soit sa qualité juridique. Les institutions communautaires peuvent aussi, par conséquent, s'en prévaloir lorsqu'elles sont parties à un tel procès »²⁷. Si le principe est consacré, nul besoin pour la Cour de s'appuyer sur la Charte des droits fondamentaux pour ce faire. On peut citer le principe de l'autonomie locale, sur lequel les collectivités locales peuvent fonder leurs recours au niveau national. Si ce principe constitue, certes, en Belgique, un réel droit qu'on pourrait qualifier de « fondamental », il ne pourrait se confondre avec les droits fondamentaux des citoyens et des personnes morales de droit privé. On peut citer les lois du service public (égalité, continuité et mutabilité).

L'on se situe davantage devant ce que Jan Velaers identifie comme des principes généraux du droit à valeur constitutionnelle « inhérents à l'ensemble du système juridique ou inhérents à des fonctions essentielles de ce système

23 C.C., n° 37/94, 10 mai 1994, B.7.3.

24 Cour eur. D.H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981, § 64.

25 P. LEMMENS, N. VAN LEUVEN, *op. cit.*, p. 125.

26 Voy. plus largement J.C. BARBATO, J.D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

27 C.J.U.E., arrêt *Commission c. Irlande* du 2 décembre 2009, C-89/08, § 53.

juridique, notamment les principes de bonne législation, de bonne administration de la justice et de bonne administration »²⁸. C'est l'optique que semble suivre le Conseil d'État dans sa jurisprudence à propos du principe d'égalité : « la thèse selon laquelle les personnes morales de droit public ont droit à un traitement égal à celui réservé aux citoyens est étayée par la constatation que les principes d'égalité et de non-discrimination peuvent être regardés comme des principes généraux applicables, non seulement à la jouissance des droits fondamentaux, mais également à tous les autres droits reconnus par le droit objectif ; dans cette optique, peu importerait qu'il s'agisse de droits du citoyen ou de droits de l'autorité »^{29, 30}. Il n'est dès lors pas nécessaire de reconnaître les communes, les provinces ou d'autres collectivités politiques comme des titulaires des droits et libertés fondamentales pour leur permettre d'invoquer les articles 10 et 11 de la Constitution³¹.

Ce n'est donc en principe que dans des hypothèses limitées que des protections équivalentes aux droits fondamentaux nous paraissent pouvoir être invoquées par les personnes morales de droit public, lorsque ces protections matérialisent des principes généraux du droit inhérents au système juridique.

C. Les limites de l'exclusion de principe de droits fondamentaux pour les personnes morales de droit public

Si, pour les raisons théoriques que nous venons d'exposer, nous sommes portés à exclure en principe le bénéfice de tout droit fondamental pour les personnes morales de droit public, force est cependant de constater que cette

28 J. VELAERS, « Les principes généraux du droit "à valeur constitutionnelle" : des incontournables de notre ordre constitutionnel », I. HACHEZ et al. (dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1, Limal, Anthemis, 2012, pp. 561 et s.

29 Avis de la section de législation du C.E., 27 avril 1999, *Doc. parl., Chambre, sess. 1998-1999*, n° 1719/6, p. 3.

30 Voy. également les conclusions de l'Av. gén. N. Jääskinen, précédant l'arrêt *Commission et Espagne c. Gibraltar et le Royaume-Uni* du 15 novembre 2011, C-106/09 et C-107/09, §§ 245 à 250 : « Force est de constater que, en l'espèce, le moyen tiré d'une violation de la garantie figurant à l'article 6, paragraphe 1, de la C.E.D.H. est soulevé par le gouvernement d'un État membre. Or, je considère qu'un sujet de droit public, dans l'exercice de ses prérogatives et jouissant du statut d'État cocontractant, ne saurait invoquer directement les dispositions de la C.E.D.H. à son profit. Dans le système de la protection des droits de l'homme, l'article 34 de la C.E.D.H. exclut la recevabilité des requêtes portées par des organismes publics défendant leurs droits humains. En outre, je considère qu'il ressort de l'article 1^{er} de la C.E.D.H. que les États sont les garants des droits énumérés dans la convention, et non les bénéficiaires directs de ses dispositions. Ils n'y trouvent pas la source de leur protection, mais celle de leurs obligations. Ce raisonnement vaut également, selon moi, *mutatis mutandis*, à l'égard de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En effet, l'Union ainsi que les États membres sont liés par la charte ce qui exclut qu'ils jouissent des droits garantis par la charte. Ce constat de principe n'exclut pas qu'une disposition de la charte puisse refléter un principe général du droit qui protège également les États membres. Toutefois, d'un point de vue conceptuel, il est important de préserver la distinction entre, d'une part, les sujets qui sont liés par les droits fondamentaux, à savoir les sujets passifs et, d'autre part, ceux qui en bénéficient, à savoir les sujets actifs, c'est – à – dire, les personnes physiques et morales à l'exception des entités publiques exerçant des prérogatives de puissance publique. Le principe général du droit de l'Union selon lequel toute personne a droit à un procès équitable, qui s'inspire de ces droits fondamentaux, et notamment du droit à un procès dans un délai raisonnable, est applicable dans le cadre d'un recours juridictionnel. En effet, le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit de l'Union, découlant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il apparaît ainsi que les droits afférents à la protection juridictionnelle effective, notamment le droit à un procès équitable, le respect des droits de la défense, le droit d'être entendu, peuvent utilement être invoqués par des sujets de droit tels que les États membres dans le cadre de procédures juridictionnelles ».

31 C.C., n° 18/90, 23 mai 1990 ; C.C., n° 62/96, 7 novembre 1996 ; C.C., n° 70/98, 17 juin 1998 ; C.C., n° 35/2003, 25 mars 2003 ; C.C., n° 1/2004, 16 janvier 2004.

position de principe ne correspond pas parfaitement au droit positif qui peut être observé et, par ailleurs, qu'elle présente certaines faiblesses.

En ce qui concerne le droit positif, d'abord, il convient de souligner que la catégorie de « personne morale de droit public » ne commande pas l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Contrairement à ce qu'il en est dans de nombreux domaines du droit public³², la distinction entre les personnes morales de droit privé et de droit public, au sein du droit de la Convention européenne des droits de l'homme, ne relève pas d'une *summa divisio*. Les personnes morales de droit public ne semblent en réalité former qu'une sorte de sous-catégorie des personnes morales en général.

À cet égard, l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme est déterminant. Cette disposition énonce ceux qui ont qualité pour introduire une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme, et notamment les *organisations non gouvernementales*. Si les critères permettant de définir une organisation non gouvernementale ne sont pas plus décisifs que ceux distinguant les personnes morales de droit privé et de droit public en droit belge, ils placent ailleurs le curseur entre les deux catégories. Peuvent en effet être considérées comme des organisations non gouvernementales aux yeux de la Cour, les « personnes morales de droit public qui jouissent d'une autonomie complète par rapport à l'État et n'exercent aucune prérogative de puissance publique »³³. Certains médias de « service public » ont ainsi pu avoir accès à la Cour européenne des droits de l'homme grâce à leur degré d'autonomie et à l'absence de prérogatives particulières de puissance publique dans l'exercice de leur mission de service public³⁴.

Il s'ensuit que si une personne morale de droit public (au sens du droit administratif belge) est suffisamment autonome, et qu'elle ne dispose pas de prérogatives de puissance publique, elle bénéficie du même régime des droits fondamentaux que celui des personnes morales de droit privé³⁵. Telle est, à notre estime, la portée plutôt restrictive qu'il faut donner au premier arrêt commenté, lorsqu'il assimile les sociétés de logement « de droit public, de droit privé ou mixtes », et ce malgré le silence des douze juges quant aux motifs de leur assimilation entre les personnes publiques, privées ou mixtes. Quant à savoir si les droits fondamentaux des organisations non gouvernementales connaissent un

32 Voy. en particulier F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en Private Rechtspersonen*, Bruges, die Keure, 2004.

33 M. SINKONDO, « Le fabuleux destin de l'article 13 de la C.E.D.H. et ses suites heureuses pour les garanties individuelles », *R.D.I.D.C.*, 2004, p. 406, citant à l'appui : Cour eur. D.H., arrêt *Les Saints Monastères c. Grèce* du 9 décembre 1994 ; Comm. eur. D.H., décision *RENFE c. Espagne* du 8 septembre 1997.

34 Voy. l'argumentation détaillée de la Cour eur. D.H., décision *Radio France c. France* du 23 septembre 2003, §§ 24-26 (ainsi que Cour eur. D.H., arrêt *Österreichischer Rundfunk c. Autriche* du 7 mars 2006, §§ 46-53). À tel point qu'aucune argumentation n'est plus nécessaire à la Cour pour reconnaître implicitement la RTBF (pourtant entreprise publique autonome de la Communauté française) comme une organisation non gouvernementale et condamner la Belgique dans son arrêt *RTBF c. Belgique* du 27 mars 2011 (voy. également Cour eur. D.H., arrêt *McKay & BBC Scotland c. Royaume-Uni* du 7 décembre 2010, §§ 18-19).

35 J. VELLU, *op. cit.*, pp. 593, 595, 599-600.

régime juridique différencié, la réponse est selon nous négative³⁶. L'article 34 de la Convention permet « d'empêcher une Partie contractante d'être à la fois requérante et défenderesse devant la Cour »³⁷. Il ouvre ce faisant la porte à un élargissement des bénéficiaires des droits fondamentaux à une partie des personnes morales de droit public. Pourtant, du point de vue des arguments développés ci-avant justifiant que les droits fondamentaux soient l'apanage des personnes privées, la situation des « organisations non gouvernementales » ne diffère pas de celle des autres personnes morales de droit public.

En ce qui concerne le droit positif, toujours, force est de constater que diverses dispositions conventionnelles ou constitutionnelles qui consacrent des droits fondamentaux sont rédigées dans des termes qui ne laissent pas vraiment de latitude pour une distinction entre personnes morales de droit privé et personnes morales de droit public. Par exemple, l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel prescrit que « toute personne physique et morale a droit au respect de ses biens ». Sur cette base, la Cour constitutionnelle a pris en considération le droit de propriété de personnes de droit public à plusieurs reprises³⁸. Par exemple encore, l'article 32 de la Constitution reconnaît à « chacun » un droit à la transparence administrative et le Conseil d'État a jugé par un arrêt récent que ni le Constituant, ni le législateur n'en avaient excepté expressément les personnes morales de droit public³⁹.

En outre, on l'a vu, la thèse d'une exclusion des personnes publiques de la jouissance des droits fondamentaux doit affronter un nombre non négligeable de décisions de jurisprudence allant en sens contraire⁴⁰.

En ce qui concerne les faiblesses de la thèse de l'exclusion, ensuite, notre réflexion part de la valeur reconnue aux principes généraux du droit. Nous avons postulé que ces principes sont, dans le chef des personnes morales de droit public, revêtus d'une valeur constitutionnelle. On sait cependant que la

36 C'est en ce sens, nous semble-t-il, que la Cour constitutionnelle a considéré que l'atteinte au droit de propriété de sociétés (éventuellement publiques) de logement social n'était pas disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis (arrêt n° 62/2007 du 18 avril 2007).

37 Cour eur. D.H., arrêt *Compagnie de navigation de la République islamique d'Iran c. Turquie* du 13 décembre 2007, § 81.

38 C.C., n° 74/2008, 24 avril 2008 ; C.C., n° 31/2010, 30 mars 2010 ; C.C., n° 89/2010, 29 juillet 2010 ; C.C., n° 71/2013, 22 mai 2013.

39 C.E., 21 octobre 2013, *Commune de Schaerbeek*, n° 225.162, par lequel le Conseil reconnaît à une commune le bénéfice des dispositions législatives relatives à la publicité de l'administration. *Comp. C.E.*, 23 octobre 2009, *Commune d'Etterbeek*, n° 197.276, par lequel le Conseil d'État avait refusé au contraire à une commune le bénéfice des mêmes dispositions, dans une espèce où la commune intervenait « en vue de faire respecter ses prérogatives de pouvoir public ».

40 Outre les arrêts commentés, voy., en droit belge, à propos du droit à la propriété : C.C., n° 71/2013, 22 mai 2013 ; C.C., n° 89/2010, 29 juillet 2010 ; C.C., n° 31/2010, 30 mars 2010 ; C.C., n° 74/2008, 24 avril 2008 ; à propos de l'article 32 de la Constitution et du droit d'accès aux documents administratifs, voy. C.E., 21 octobre 2013, *Commune de Schaerbeek*, n° 225.162. Voy., en droit étranger : Hoge Raad der Nederland, arrêt du 22 janvier 1993, *Rechtspraak van de Week*, 1993, p. 39 ; Supreme Court of Ireland, arrêt *Sorin Laurentiu v. Minister for Justice, Equality and Law Reform* du 20 mai 1999, *Irish Law Reports Monthly* (1 *ILRM* 1), 2000, p. 50 ; Supreme Court of Ireland, arrêt *Article 26 and the Illegal Immigrants (Trafficking) Bill 1999* du 28 août 2000, *Irish Reports* (2 *IR*), 2000, p. 360 ; Conseil d'État de France, arrêt n° 247909 de la section du contentieux du 29 janvier 2003, *Commune d'Anney* et Conseil d'État de France, arrêt n° 264714 de la section du contentieux du 29 juin 2005, *Commune de Puteaux*, www.legifrance.fr (mais la haute juridiction administrative française est ensuite revenue sur cette jurisprudence dans des arrêts ultérieurs : C.E. fr., arrêt n° 288378 des sous-sections réunies, 23 mai 2007, *Département des Landes* ; C.E. fr., arrêt n° 312095, 19 novembre 2008, *Communauté urbaine de Strasbourg*).

doctrine et la jurisprudence reconnaissent aux principes généraux du droit une place variable dans la hiérarchie des normes, parfois même inférieure à la loi⁴¹. On peut dès lors se demander dans quelle mesure ces principes généraux du droit seraient suffisants pour protéger les personnes morales de droit public et leur permettre d'accomplir leurs missions, notamment dans des circonstances où ces principes viendraient à entrer en conflit avec les droits fondamentaux des particuliers.

On peut citer à cet égard le droit de propriété : on devine beaucoup d'effets pervers à reconnaître à la propriété des individus une valeur toujours supérieure à celle des personnes morales de droit public. On peut prendre aussi l'exemple des droits de la défense des personnes publiques. Si ce principe général n'était revêtu que d'une valeur légale, il devrait être écarté en présence de législations telles que celle relative à la publicité de l'administration, couverte par l'article 32 de la Constitution. Or, l'administration doit pouvoir recourir à l'assistance juridique d'un avocat et, comme l'écrit Michel Leroy, ces consultations ne sauraient être entièrement libres, donc entièrement sincères, si leur auteur était fondé à croire qu'elles pourraient se retrouver dans le dossier administratif⁴². Les relations entre l'autorité publique et son conseil font donc exception non seulement aux législations en matière de transparence administrative⁴³, mais également aux procédures contradictoires⁴⁴.

Dans ces différentes hypothèses, rien ne justifie de ne pas faire bénéficier les personnes publiques de garanties qui auraient non seulement le même contenu matériel que les droits fondamentaux correspondants, mais encore la même valeur hiérarchique. Or, outre qu'il est difficilement justifiable de reconnaître aux mêmes principes généraux du droit des valeurs différentes suivant les circonstances, une telle option présente au moins deux faiblesses. D'une part, s'il convient de reconnaître aux personnes morales de droit public le bénéfice de principes généraux du droit qui ont exactement le même contenu et la même valeur que des droits fondamentaux, la distinction qui consiste à leur refuser le bénéfice de droits fondamentaux devient singulièrement artificielle. L'avocat général Jääskinen a cependant jugé utile la persistance de cette distinction⁴⁵. D'autre part, si on juge nécessaire de reconnaître aux personnes morales de droit public des protections d'un niveau équivalent aux droits fondamentaux, on se heurte à nouveau à l'objection qui justifiait précisément l'exclusion de droits fondamentaux pour les personnes morales de droit public, c'est-à-dire

41 Voy. *infra*, V.2.

42 M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^e éd. Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 604, et la jurisprudence citée.

43 C.E., 28 janvier 2009, *Commune de Lochristi*, n° 189.864 ; C.E., 15 avril 2010, *Commune de Lochristi*, n° 202.966. Voy. encore l'avis 54.460/2 donné le 4 décembre 2013 par la Section de législation du Conseil d'État sur une proposition de loi "modifiant, en ce qui concerne le secret professionnel, la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration", *Doc. Parl. Chambre*, Doc. 53-2764/2.

44 C.E., 27 janvier 1999, *Hourman-Doyen*, n° 78.374.

45 Voy. *supra*, note 30.

la considération que les droits fondamentaux ont été édictés pour protéger les particuliers contre la puissance publique et non l'inverse.

Finalement, tenter de définir une position de principe en la matière, quelle qu'elle soit, se heurte toujours à la même difficulté : il y a autant d'effets pervers, qui ne peuvent pas tous être aperçus en l'état, à reconnaître des droits fondamentaux aux personnes morales de droit public qu'à ne pas leur en reconnaître. Dans ces conditions, il n'est guère étonnant que la doctrine s'abstienne généralement de définir une position de principe et abandonne aux juges le soin de répondre au cas par cas aux questions qui leur sont posées. La réponse donnée par les juges est cependant le plus souvent abstruse, voire elliptique, ce qui donne libre champ aux interprétations les plus extensives, et donc potentiellement perverses, de l'application des droits fondamentaux aux personnes morales de droit public. Il convient donc désormais que les juges, à défaut d'intervention législative, soient suffisamment conscients des conséquences potentielles de leurs décisions sur ce point, et qu'ils justifient au mieux le bénéfice d'un droit fondamental octroyé à une personne morale de droit public. Il nous semble en effet que, malgré les limites et les faiblesses constatées, le principe doit demeurer celui de la non-reconnaissance de droits fondamentaux aux personnes morales de droit public, sauf dans des circonstances exceptionnelles ou, peut-être, lorsque le bénéfice du droit fondamental s'inscrit nécessairement dans l'exercice de leurs missions. C'est la portée de ces critères d'admissibilité, ou d'autres critères, qu'il appartient aujourd'hui aux juges de préciser, à la lumière des motifs identifiés dans cette contribution qui privent, en principe, les personnes morales de droit public du bénéfice des droits fondamentaux.

François Belleflamme, Pierre-Olivier de Broux et Mathias El Berhoumi

III.3. Les personnes non encore nées

C.C., n° 146/2011, 5 octobre 2011

Constitution (art. 22*Bis*) – Droit de l'enfant au respect de son intégrité physique – Embryon et fœtus humains – Pas de combinaison avec le droit à la vie (art. 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, art. 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 6 de la Convention relative aux droits de l'enfant)

Extrait

II. En droit

B.1.1. La loi du 19 décembre 2008 « relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique » s'applique, en principe, au « don, au prélèvement, à l'obtention, au contrôle, au traitement, à la conservation, au stockage, à la distribution et à l'utilisation [lire : usage] du matériel corporel [humain] destiné à des applications humaines ou à des fins de recherche scientifique » (article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi).

L'article 3, § 4, de la loi du 19 décembre 2008 disposait initialement :

« Les dispositions de la présente loi s'appliquent sans préjudice des dispositions de la loi du 11 mai 2003 relative à la recherche sur les embryons *in vitro*.

Sans préjudice de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, le Roi fixe, par arrêté royal délibéré en Conseil des Ministres, la liste des articles de la présente loi qui sont applicables au don, au prélèvement, aux opérations et à l'usage, lorsque des gamètes, des gonades, des fragments de gonades, des embryons ou des fœtus en font l'objet.

Les centres de fécondation visés à l'article 2, *g*), de la loi du 6 juillet 2007 sont assimilés à des banques de matériel corporel humain pour l'application de la présente loi.

Les opérations avec des gamètes et des embryons peuvent exclusivement être effectuées par les centres de fécondation visés à l'alinéa précédent ».

B.1.2. L'article 26, 3^o, de la loi du 23 décembre 2009 « portant des dispositions diverses en matière de santé publique » remplace l'alinéa 2 de cette disposition par le texte suivant :

« Sans préjudice des dispositions de la loi du 6 juillet 2007 relative à la procréation médicalement assistée et à la destination des embryons surnuméraires et des gamètes, les dispositions de la présente loi, à l'exception des articles 7, § 4, 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 4^o, et § 2, et 10, § 4, sont applicables au don, au prélèvement, aux opérations et à l'usage, lorsque des gamètes, des gonades, des fragments de gonades, des embryons ou des fœtus en font l'objet.

La disposition de l'alinéa 2 du présent paragraphe ne s'applique pas à l'article 4, § 1^{er}, et à l'article 13, alinéas 1^{er} et 3, en cas de prélèvement de gamètes masculins.

La disposition de l'alinéa 2 du présent paragraphe ne s'applique pas à l'article 4, § 2, en cas de don entre partenaires de gamètes masculins qui sont immédiatement appliqués sur place à la partenaire féminine en vue de la procréation.

La disposition de l'alinéa 2 du présent paragraphe ne s'applique pas à l'article 20, § 2, dans les cas où ceci concerne un usage d'embryons ou du matériel corporel humain fœtal ou de gamètes ou de gonades en vue de la création d'embryons ».

Quant à l'intérêt des parties requérantes

B.2.1. L'article 142, alinéa 3, de la Constitution et l'article 2, 2^o, de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle imposent à toute personne morale qui introduit un recours en annulation de justifier d'un intérêt.

Ne justifient de l'intérêt requis que les personnes dont la situation pourrait être affectée directement et défavorablement par la norme attaquée. L'action populaire n'est pas admissible.

Lorsqu'une association sans but lucratif qui n'invoque pas son intérêt personnel agit devant la Cour, il est requis que son objet social soit d'une nature particulière et, dès lors, distinct de l'intérêt général ; qu'elle défende un intérêt collectif ; que la norme attaquée soit susceptible d'affecter son objet social ; qu'il n'apparaisse pas, enfin, que cet objet social n'est pas ou n'est plus réellement poursuivi.

B.2.2. La première partie requérante déduit son intérêt à demander l'annulation de l'article 26, 3^o, de la loi du 23 décembre 2009 du fait que, aux termes de l'article 3 de ses statuts actuels (publiés aux annexes du Moniteur belge du 19 avril 2007), elle « a pour objet la promotion du respect de la vie humaine et de l'intégrité de la personne, sujet de droit dès la conception et à tous les stades de son existence ».

B.2.3. Cet objet social est distinct de l'intérêt général.

B.2.4. La loi du 19 décembre 2008 s'applique, en principe, au don, au prélèvement, à l'obtention, au contrôle, au traitement, à la conservation, au stockage, à la distribution et à l'usage du matériel corporel humain destiné à des applications humaines ou à des fins de recherche scientifique (article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de cette loi).

La disposition attaquée a pour objet de préciser les contours du champ d'application de cette loi, en ce qui concerne certaines parties de ce matériel, à savoir les gamètes, les gonades, des fragments de gonades, les embryons ou les fœtus.

Dès lors que les règles dont la disposition attaquée contribue à définir le champ d'application sont susceptibles d'affecter directement et défavorablement le respect de la vie humaine, au sens de l'objet social de la première partie requérante, celle-ci justifie de l'intérêt requis pour demander son annulation.

B.2.5. Il n'y a pas lieu d'examiner si les deux autres parties requérantes justifient aussi de l'intérêt requis à attaquer cette disposition.

[...]

Quant au second moyen

B.6. Il ressort des développements de la requête en annulation que le second moyen porte sur l'article 3, § 4, alinéa 2, de la loi du 19 décembre 2008, tel qu'il a été remplacé par l'article 26, 3°, de la loi du 23 décembre 2009.

La Cour est invitée à statuer sur la compatibilité de cette disposition avec l'article 22*bis* de la Constitution, lu en combinaison avec l'article 2.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 6, paragraphe 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec l'article 6, paragraphe 1^{er}, de la Convention relative aux droits de l'enfant, en ce que la disposition attaquée autoriserait désormais le « prélèvement » et l'« usage » d'embryons *in vivo* et de fœtus *in vivo*, en vue d'applications humaines ou à des fins de recherche scientifique.

B.7. L'embryon est « la cellule ou l'ensemble fonctionnel de cellules d'un âge compris entre la fécondation et huit semaines de développement et susceptibles, en se développant, de donner naissance à une personne humaine » (article 2, 4°, de la loi du 19 décembre 2008), tandis que le fœtus est « l'ensemble fonctionnel de cellules d'un âge supérieur à huit semaines de développement et susceptibles, en se développant, de donner naissance à une personne humaine » (article 2, 5°, de la loi du 19 décembre 2008).

B.8. L'article 22*bis* de la Constitution, inséré par la révision constitutionnelle du 23 mars 2000 et modifié par la révision constitutionnelle du 22 décembre 2008, dispose : « Chaque enfant a droit au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle.

Chaque enfant a le droit de s'exprimer sur toute question qui le concerne ; son opinion est prise en considération, eu égard à son âge et à son discernement.

Chaque enfant a le droit de bénéficier des mesures et services qui concourent à son développement.

Dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale.

La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent ces droits de l'enfant ».

B.9. Les droits reconnus par l'article 22*bis* de la Constitution aux enfants ne s'étendent pas à l'embryon et au fœtus au sens de la loi du 19 décembre 2008.

B.10. Le second moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

la Cour

rejette le recours.

Observations

Ni l'embryon humain, ni le fœtus humain ne sont des « enfants » au sens de la Constitution du Royaume de Belgique. Il s'agit certainement de l'enseignement

le plus visible de l'arrêt commenté¹ (A). Cette décision renseigne aussi sur la mesure dans laquelle la Cour constitutionnelle tient compte du champ d'application personnel des dispositions de droit international garantissant des droits et libertés (B).

A. Puisque ni l'embryon humain, ni le fœtus humain ne sont des enfants au sens de la Constitution,...

Les trois associations qui saisissent la Cour constitutionnelle reprochent à l'une des dispositions législatives dont elles demandent l'annulation, d'autoriser le « prélèvement »² et l'« usage »³ d'embryons et de fœtus humains *in vivo*⁴. Elles allèguent que, ce faisant, la disposition attaquée viole l'article 22*bis* de la Constitution, lu en combinaison avec trois textes de droit international.

La Cour ne partage pas l'avis des requérantes, pour une raison qui tient en une phrase : les droits reconnus par cet article de la Constitution « ne s'étendent pas à l'embryon et au fœtus » tels qu'ils sont définis par la loi du 19 décembre 2008 dans laquelle s'insère la disposition législative ciblée par le recours en annulation. Or, les définitions de l'embryon (humain) et du fœtus (humain) que propose cette loi⁵ ne sont pas fondamentalement différentes de celles du langage courant^{6/7/8}. L'arrêt de la Cour doit donc être compris comme signifiant que les réalités humaines généralement désignées par les

1 À ce sujet, voy. M. MARESCHAL, « Les embryons et les fœtus ne sont pas des enfants », *Admin. publ.*, 2012, pp. 116-122 ; L. STEVENS, « Ongeborene heeft geen grondwettelijk recht op eerbiediging integriteit », *De Juristenkrant*, 2011, n° 237, p. 3. Sur l'arrêt commenté, voy. aussi S. PANIS, « Het statuut van embryo's en foetussen *in vivo* vs. *in vitro* », *T. Gez.*, 2011-2012, pp. 373-386.

2 C'est-à-dire l'« extraction » (art. 2, 11°, de la loi du 19 décembre 2008 « relative à l'obtention et à l'utilisation de matériel corporel humain destiné à des applications médicales humaines ou à des fins de recherche scientifique », *M.B.*, 30 décembre 2008, p. 68774).

3 C'est-à-dire l'utilisation au profit d'une autre personne humaine après obtention, contrôle, traitement, conservation, stockage ou distribution (art. 2, 19°, de la loi du 19 décembre 2008, lu en combinaison avec l'article 2, 9°, 18° et 20° de la même loi).

4 C'est-à-dire d'embryons et de fœtus qui se trouvent dans le ventre de la mère.

5 C.C., n° 146/11, 5 oct. 2011, B.7.

6 L'embryon est généralement défini comme un « être résultant du premier développement de l'œuf » notamment « dans le règne animal », étant entendu que dans « l'espèce humaine, [il] prend le nom de fœtus lors du troisième mois de la grossesse » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, premier tome, 1992). Il est aussi couramment défini comme l'« œuf des animaux vivipares, notamment des mammifères et de l'homme, depuis le moment où il est conçu dans l'organisme maternel jusqu'à un certain stade (conventionnellement, la huitième semaine, chez l'Homme) » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2005) ou comme le « produit de la segmentation de l'œuf jusqu'à la huitième semaine du développement dans l'utérus » (*Le Petit Robert 2014*, 2013). L'« embryo » est notamment défini comme l'organisme animal dans son premier stade de développement après la fécondation (*Dikke van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal*).

7 Le fœtus est généralement défini comme le « produit de la conception en cours de développement dans l'utérus, chez la femelle des espèces vertébrées supérieures » étant précisé que, dans « l'espèce humaine, il est ainsi nommé à partir du troisième mois de grossesse » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, second tome, 2000). Il est aussi couramment défini, pour l'espèce humaine, comme le « produit de la conception à partir du troisième mois de développement dans l'utérus » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2005 ; *Le Petit Robert 2014*, 2013). En néerlandais, ce mot est compris comme visant un fruit humain prématuré, notamment un embryon qui est déjà quelque peu développé (*Dikke van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal*).

8 Sur la relativité de la définition juridique des mots « embryo » et « foetus », voy. not. G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, 2010, Bruxelles, Larcier, pp. 584-587 ; S. PANIS, *op. cit.*, pp. 375-376 (n° 11). Sur la notion d'« embryo humain » utilisée par la directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 « relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques », voy. C.J.U.E. (gr. ch.), C-34/10, 18 oct. 2011, *Brüstle c. Greenpeace eV*, §§ 24-38 (et les conclusions de l'Av. gén. BOT du 10 mars 2011). Sur ce dernier arrêt, voy. not. S. HENNETTE-VAUCHEZ, « L'embryon de l'Union », *Rev. trim. dr. eur.*, 2012, pp. 355-368 ; B. VAN BEERS, « Het Europees Hof van Justitie over de vermarkting van menselijke embryo's. Van economische naar ook bio-etische integratie binnen de EU ? », *Ned. tijd. mens.-NJCM bull.*, 2012, pp. 251-256.

mots « embryon » et « fœtus » ne constituent pas des « enfants » au sens de l'article 22bis de la Constitution. Les juges auraient dès lors tout aussi bien pu écrire : « Ni l'embryon, ni le fœtus, ne sont un enfant au sens de l'article 22bis de la Constitution »⁹.

Inséré par la révision de la Constitution du 23 mars 2000¹⁰, puis modifié par la révision du 22 décembre 2008¹¹, cet article 22bis était alors l'une des deux dispositions de la Constitution utilisant le mot « enfant »¹². Relatif aux « sénateurs de droit », son article 72 visait les « enfants du Roi ou, à leur défaut, les descendants belges de la branche de la famille royale appelée à régner »¹³. Il est clair que, dans cette disposition, le mot « enfants » ne peut être compris autrement que comme désignant des êtres humains considérés du point de vue de leur filiation, quel que soit leur âge¹⁴. Ce n'est manifestement pas dans ce sens que le mot « enfant » est utilisé dans l'article 22bis de la Constitution¹⁵. Il ressort, en effet, de l'esprit des travaux parlementaires qui ont précédé les deux révisions de la Constitution précitées que le mot « enfant » utilisé par cet article désigne un jeune être humain dans l'âge de l'enfance¹⁶ et non pas le descendant, le fils ou la fille. Lorsque la Cour constitutionnelle affirme que l'article 22bis, alinéa 4, de la Constitution impose « de prendre en compte, de manière primordiale, l'intérêt de l'enfant dans les procédures le concernant, ce qui englobe les procédures relatives à l'établissement de la filiation »¹⁷, elle ne peut donc vouloir dire que l'« intérêt de l'enfant » que vise

9 Le verbe « s'étendre à », utilisé dans la version française du B.9 de l'arrêt, peut surprendre en l'espèce. Le verbe « zich uitstrekken tot », utilisé dans sa version néerlandaise, peut être traduit par « valoir pour » (« gelden voor ») ou par « être d'application à » (« toepassing zijn op »).

10 *M.B.*, 25 mai 2000, p. 17757. Sur cette révision constitutionnelle, voy. not. A. VANDAELE en M. VERHEYDE, « Artikel 22bis van de Grondwet : een grondwettelijke bescherming in de kinderschoenen », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 543-557 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Pour une mise à jour du droit constitutionnel belge des libertés publiques et des droits de l'homme. Réflexions au départ de l'article 22bis de la Constitution garantissant le droit de l'enfant à l'intégrité morale, physique, psychique et sexuelle », *A.P.*, 2001, pp. 130-142.

11 *M.B.*, 29 décembre 2008, p. 68648. Sur cette révision constitutionnelle, voy. not. M. VERHAEGEN, « L'intégration des droits de l'enfant dans la Constitution », *JDJ*, 2010, n° 298, pp. 14-23 ; K. HERBOTS et J. PUT, « De grondwettelijke verankering van kinderrechten », *TJK*, 2010, pp. 9-19.

12 La Constitution utilise cependant d'autres mots qui renvoient à des réalités qui évoquent l'enfant : la « solidarité entre les générations » (art. 7bis), les « élèves » et les « parents » (art. 24), la « descendance » (art. 85 et 86), le « descendant » (art. 85), la « primogéniture » (art. 85), le « successeur... mineur » (art. 92)...

13 Remplacé la dernière fois par l'une des révisions de la Constitution du 5 mai 1993 (*M.B.*, 8 mai, p. 10526), ce texte devrait être prochainement abrogé (*Doc.*, Chambre, 2013-2014, n° 3170/1).

14 L'enfant peut être défini comme l'« être humain considéré du point de vue de la filiation » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, premier tome, 1992), comme un « être humain (généralement jeune) à l'égard de la filiation » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2005) ou comme un « être humain considéré par rapport à ses parents, fils ou fille » ou un « descendant » (*Le Petit Robert 2014*, 2013). Du point de vue des parents ou en relation avec eux, le mot « kind » se définit comme le fils (« zoon ») ou la fille (« dochter ») indépendamment de l'âge (*Dikke van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal*).

15 Les déclarations de certains députés, soutenant à tort que l'article 22bis est la première disposition de la Constitution à utiliser le mot « enfant » (*Ann.*, Sénat, 27 janv. 2000, p. 26 ; *Doc.*, Chambre, 1999-2000, n° 424/2, p. 8 ; *Ann.*, Chambre, 23 févr. 2000, p. 11), sont, à cet égard, révélatrices.

16 L'enfant peut être aussi défini comme l'« être humain de la naissance à l'adolescence » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, premier tome, 1992), comme un « jeune être humain dans l'âge de l'enfance (indépendamment de son sexe) » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2005) ou comme un « être humain dans les premières années de sa vie, de la naissance à l'adolescence » (*Le Petit Robert 2014*, 2013). Le mot « kind » se définit aussi comme un être humain immature, petit, encore jeune et de l'un ou l'autre sexe (*van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal*).

17 *C.C.*, n° 30/13, 7 mars 2013, B.9 ; *C.C.*, n° 139/13, 17 octobre 2013, B.6.2.

cette disposition constitutionnelle doit être pris en compte dans *toutes* les procédures relatives à l'établissement de la filiation. Celles-ci concernent toutes, par nature, au moins un enfant, mais celui-ci est parfois, depuis longtemps, devenu un adulte qui n'a plus, de la période de son enfance, que des souvenirs.

Les auteurs de l'article 22*bis* de la Constitution ne sont cependant pas parvenus à s'entendre sur les contours précis de la définition de l'« enfant », mot pourtant le plus important de ce texte. Même s'il a beaucoup été fait référence à la Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 par l'Assemblée générale des Nations Unies, le compte rendu des travaux constitutionnels ne permet pas de considérer que la définition de l'enfant énoncée par l'article 1^{er} de ce traité international doit guider l'interprète du texte constitutionnel¹⁸. Le désaccord des parlementaires portait essentiellement sur la fin de l'enfance¹⁹. La question de savoir si l'enfance commence déjà au stade embryonnaire ou foetal (c'est-à-dire avant la naissance) n'a été, elle, que frôlée, sans être véritablement abordée²⁰. Quoi qu'il en soit, en répondant négativement à cette question, la Cour constitutionnelle ne semble pas s'éloigner du sens courant des mots^{21/22}. La Cour européenne des droits de l'homme prend aussi soin de distinguer les notions d'« enfant » et d'« embryon »²³.

Le refus de la Cour constitutionnelle de considérer qu'un embryon ou un fœtus est un enfant au sens de l'article 22*bis* de la Constitution se situe dans la ligne qu'elle avait tracée par l'arrêt du 19 décembre 1991 concernant la loi du 3 avril 1990 relative à l'interruption de grossesse²⁴. Dans cet arrêt, la Cour (d'arbitrage) jugeait déjà, en substance, que, contrairement à l'« enfant né », qualifié de « personne née et vivante », un « enfant à naître » n'était pas un « Belge » au sens des actuels articles 10 et 11 de la Constitution²⁵, qui expriment respective-

18 Doc., Ch., 1999-2000, n° 424/2, pp. 9-10.

19 Voy. not. Doc., Sénat, 1999-2000, n° 21/4, p. 47 ; Doc., Chambre, 1999-2000, n° 424/2, pp. 6 et 8-10 ; Doc., Sénat, 2004-05, n° 265/3, p. 9. Nombre de déclarations parlementaires laissent penser que l'« enfant » doit être défini par opposition à l'« adulte ». D'autres semblent reposer sur une assimilation de l'enfant à la personne mineure. Il est aussi permis de se demander si l'enfance ne s'achève pas déjà à l'adolescence. Sur ce sujet, voy. C.C., n° 154/10, 22 décembre 2010, B.9 ; C.C., n° 60/12, 3 mai 2012.

20 Doc., Sénat, 1999-2000, n° 21/4, p. 45 ; Ann., Sénat, 27 janvier 2000, p. 35 ; Ann., Chambre, 23 février 2000, p. 11.

21 L'« enfance », ce sont « les premières années de la vie d'un être humain jusqu'à l'adolescence » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, premier tome, 1992) ou la « première période de la vie humaine, de la naissance à l'adolescence » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2005). La naissance est « le fait de naître », « la venue d'un être à la vie » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, troisième tome, 2011) et « naître » signifie « venir au monde » (*Dictionnaire de l'Académie française*, neuvième édition, troisième tome, 2011). La naissance est aussi définie comme le « commencement de la vie indépendante (caractérisé par l'établissement de la respiration pulmonaire) », le « moment où l'embryon viable se détache (ou est détaché) de l'organisme maternel » ou la « mise au monde d'un enfant » (*Le Grand Robert de la langue française*, 2005). La « kindsheid » ou les « kinderjaren » sont définis comme le premier âge ou la première jeunesse (*van Dale, Groot woordenboek van de Nederlandse taal*).

22 Lors de la discussion au Sénat du texte qui est à l'origine de la révision de la Constitution du 22 décembre 2008, le rapporteur de la commission précisait que c'est « dès sa naissance » que « l'enfant a droit aux droits reconnus par la Constitution », avant de distinguer le « bébé dans son couffin, le jeune enfant dans l'enseignement fondamental et l'adolescent mineur » (*Ann.*, Sénat, 27 novembre 2008, p. 34).

23 Cour eur. D.H., arrêt *Costa et Pavan c. Italie* du 28 août 2012, § 62.

24 C.C., n° 39/91, 19 décembre 1991. Sur cet arrêt, voy. not. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, pp. 482-487.

25 C.C., n° 39/91, 19 décembre 1991, 6.B.1 à 6.B.4.

ment la règle de l'égalité (des « Belges », « devant la loi ») et celle de la non-discrimination (dans la jouissance des droits et libertés reconnus aux « Belges »). La Cour (d'arbitrage) relevait alors que ces dispositions constitutionnelles ne reconnaissaient pas les garanties de l'égalité et de la non-discrimination au bénéfice de l'« être humain », « dès sa conception ». Puisque tant les articles 10 et 11 que l'article 22bis font partie du titre II de la Constitution, intitulé... « Des Belges et de leurs droits », la position adoptée dans l'arrêt commenté était relativement prévisible²⁶. Quoi qu'il en soit, il résulte des arrêts de la Cour de 1991 et de 2011 que, dans l'état actuel du texte de la Constitution, ni l'embryon, ni le fœtus ne pourraient encore être présentés comme titulaires de l'un des droits reconnus aux « Belges » par le titre II de la Constitution, ainsi qu'aux étrangers se trouvant sur le territoire du Royaume qui, en vertu de l'article 191 de la Constitution, jouissent en principe des mêmes droits que les Belges.

Parmi les droits de l'enfant énoncés par l'article 22bis de la Constitution ne figure pas le droit à la vie. La Cour constitutionnelle considère néanmoins que l'exercice du droit de chaque enfant au respect de son intégrité morale, physique, psychique et sexuelle – énoncé par le premier alinéa de cette disposition constitutionnelle – « présuppose le respect du droit à la vie »²⁷. Cela dit, le refus de la Cour de considérer l'embryon et le fœtus comme des bénéficiaires des droits reconnus par l'article 22bis de la Constitution ne signifie pas que ses juges estiment que ces « cellules » ou « ensembles fonctionnels de cellules » ne ressortissent pas à la vie humaine. En témoignent les motifs de l'arrêt commenté relatifs à l'intérêt des requérantes²⁸. En outre, la Cour constitutionnelle a déjà reconnu la qualité de « Belge » au sens des articles 10 et 11 de la Constitution (et donc au sens du titre II de la Constitution) à une personne physique décédée²⁹, ce qui confirme qu'elle ne lie pas le bénéfice des droits constitutionnels et la vie humaine.

B. ...la Cour constitutionnelle ne peut vérifier la compatibilité de la loi avec l'éventuel droit à la vie que leur reconnaît le droit international

Le recours en annulation que la Cour constitutionnelle examine par l'arrêt commenté ne dénonce pas une violation de l'article 22bis de la Constitution, lu

26 Lors des travaux préparatoires de la révision de la Constitution du 22 décembre 2008 (soit plus de quinze ans après l'arrêt n° 39/91), il fut relevé que l'enfant dont il était question (c'est-à-dire celui que concerne l'article 22bis) jouit de tous les droits du titre II de la Constitution (Doc., Sénat, 2008-2009, n° 800/2, pp. 4-5).

27 C.C., n° 91/06, 7 juin 2006, B.34. Selon certaines déclarations faites lors des travaux préparatoires de la révision de la Constitution du 22 décembre 2008, le droit à la vie n'est pas garanti comme tel dans la Constitution (Doc., Sénat, 2004-05, n° 265/3, p. 42).

28 C.C., n° 146/11, 5 oct. 2011, B.2.2 et B.2.4.

29 C.C., n° 52/13, 18 avril 2013, B.4 à B.7. La Cour européenne des droits de l'homme considère qu'un cadavre humain ne bénéficie ni du droit au respect de la vie privée garanti par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Cour eur. D.H., req. n° 1338/03, décision *Succession Kresten Filtenborg Mortensen c. Danemark* du 15 mai 2006 ; Cour eur. D.H., arrêt *Jäggi c. Suisse* du 13 juillet 2006, § 42), ni de l'interdiction de traitements inhumains et dégradants prévue à l'article 3 de cette Convention (Cour eur. D.H., arrêt *Akpinar et Altun c. Turquie* du 27 février 2007, § 82).

isolément. Il invite la Cour à lire cette disposition constitutionnelle en combinaison avec trois dispositions de droit international.

Intitulé « Droit à la vie », l'article 2.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose, en deux phrases, que « (l)e droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » et que « (l)a mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi ». L'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques énonce, lui, en trois phrases que « (l)e droit à la vie est inhérent à la personne humaine », que « (c)e droit doit être protégé par la loi » et que « (n)ul ne peut être arbitrairement privé de la vie ». Enfin, aux termes de l'article 6.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant, « (l)es États parties (à cette Convention) reconnaissent que tout enfant a un droit inhérent à la vie ».

La Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour statuer sur un moyen d'annulation qui ne dénonce que la violation, par une norme de valeur législative, d'une disposition de droit international³⁰. Elle est cependant compétente pour examiner le bien-fondé d'un moyen l'invitant explicitement à vérifier la compatibilité d'une telle norme avec toutes les dispositions du titre II de la Constitution³¹. Et, dans cette situation, la Cour estime qu'elle doit, lors de son contrôle de constitutionnalité, tenir compte des textes de droit international qui lient le Royaume et qui garantissent des droits ou libertés analogues à ceux que proclame la disposition constitutionnelle dont la violation est alléguée. La Cour juge que, dans un tel cas, la garantie internationale forme avec la garantie constitutionnelle un « ensemble indissociable »³². Lorsque le texte international offre une « protection plus étendue » que le texte constitutionnel, la Cour examine la validité de la norme législative au regard du premier³³.

C'est dans ce contexte que la Cour constitutionnelle a accepté de combiner l'article 22*bis*, alinéa 1^{er}, de la Constitution avec l'article 2.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'avec l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, jugeant de ce fait que le droit à la vie garanti par ces deux textes internationaux a une portée analogue au « droit au respect de [l']intégrité morale, physique, psychique et sexuelle » garanti par cette disposition constitutionnelle³⁴. Il n'existe aucune raison de penser que le même constat d'analogie ne pourrait

30 Parmi beaucoup d'autres, voy. C.C., n° 145/11, 22 sept. 2011, B.10 ; C.C., n° 145/12, 6 déc. 2012, B.59 et B.64.

31 Voy. à ce sujet, art. 142, Const., modifié par la révision du 7 mai 2007 (*M.B.*, 8 mai, p. 25101) ; art. 1^{er} et 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 « sur la Cour constitutionnelle » (*M.B.*, 7 janvier, p. 315), tels que modifiés par les art. 2 et 27 de la loi spéciale du 9 mars 2003 (*M.B.*, 11 avril, pp. 18384 et 18388) et par l'art. 8 de la loi spéciale du 21 février 2010 (*M.B.*, 26 février, p. 13098).

32 Voy. C.C., n° 136/04, 22 juillet 2004, B.5 ; C.C., n° 111/11, 23 juin 2011, B.2. À ce sujet, voy. *infra*, V.1.

33 C.C., n° 145/11, 22 septembre 2011, B.54-B.57 (à propos du droit de propriété).

34 Voy. C.C., n° 91/06, 7 juin 2006, B.9 et B.31-B.34. Dans cet arrêt, la Cour estime, en outre, que ces dispositions internationales garantissent aussi un droit analogue au droit de mener une vie conforme à la dignité humaine, proclamé par l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution.

être dressé à propos de l'article 6.1 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Il reste qu'il n'est pas certain que le droit à la vie proclamé par ces trois dispositions de droit international bénéficie à l'embryon et au fœtus. La Cour de cassation considère, certes, sans hésitation que l'article 2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales inclut la « protection de la vie de l'enfant dès avant sa naissance », mais cette position qui prend appui sur la « genèse » de ce texte international est très contestable³⁵. Elle tranche, au surplus, avec l'extrême prudence dont fait preuve la Cour européenne des droits de l'homme, « convaincue qu'il n'est ni souhaitable, ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une "personne" au sens de l'article 2 de la Convention »³⁶. Quant à l'article 6.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, ses rédacteurs ont délibérément refusé d'écrire que le droit à la vie qu'il proclame devrait être protégé dès le moment de la conception³⁷. Et les positions prises ensuite par le Comité des droits de l'homme, institué pour veiller au respect de ce Pacte, sont loin d'indiquer que ce droit bénéficie à l'embryon ou au fœtus : outre qu'il adopte régulièrement des « observations finales » par lesquelles il encourage certains États à permettre ou à faciliter le recours à l'avortement (afin d'éviter une multiplication d'interruptions volontaires de grossesse clandestines susceptibles de mettre en danger la vie de la femme enceinte)³⁸, ce Comité a aussi déjà été amené à constater, dans le chef de femmes auxquelles un avortement avait été refusé, un traitement cruel, inhumain ou dégradant (prohibé par l'article 7 du Pacte) ou une immixtion arbitraire dans leur vie privée (prohibée par l'article 17 du Pacte)³⁹. Enfin, la

35 Voy. Cass., 22 déc. 1992, *Pas.*, 1992, p. 1402. Sur cet arrêt (très critiqué), voy. not., M. WOUTERS, « Het recht op leven en de strafbaarstelling van abortus », *R.W.*, 1993-1994, pp. 458-463 ; O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 167-174.

36 Voy. Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Vo c. France* du 8 juillet 2004, § 85. À propos de cette position (qui reste discutée), ses antécédents et ses suites, voy., outre les opinions séparées et dissidentes qui accompagnent l'arrêt, not. O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 169-172 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « Leaving things undecided... Les incertitudes du juge européen sur le droit à la vie », *Journ. jur.*, 2004, n° 36, p. 11 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme : trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, 2006, Bruxelles, Larcier, pp. 25-27 ; N. GALLUS, « La procréation médicalement assistée et les droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2008, pp. 882-887 ; M. LEVINET, « La construction par le juge européen du droit au respect de la vie », *Le droit au respect de la vie au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, sous la dir. de M. Levinet, Nemesis-Bruylant, Bruxelles, 2010, pp. 20-33. Voy. aussi, dans le même sens, not. Cour eur. D.H., req. n° 78/02, décision *Adelaide et autre c. France* du 6 janvier 2005 ; Cour eur. D.H., req. n° 74166/01, décision *Christodoulou c. Grèce* du 13 janvier 2005 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *Evans c. Royaume-Uni* du 10 avril 2007, §§ 53-56 ; Cour eur. D.H. (GC), arrêt *A., B. et C. c. Irlande* du 16 décembre 2010, § 237 ; Cour eur. D.H., arrêt *R.R. c. Pologne* du 26 mai 2011, § 186 ; Cour eur. D.H., arrêt *Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie* du 9 avril 2013, §§ 107-109 ; Cour eur. D.H., req. n° 33475/09, décision *Altun c. Turquie* du 3 septembre 2013.

37 M. J. BOSSUYT, *Guide to the « travaux préparatoires » of the International Covenant on Civil and Political Rights*, 1987, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 120-121 ; M. NOWAK, *CCPR Commentary*, 2^e éd., 2005, Kehl, N.P. Engel, pp. 153-154.

38 L. HENNEBEL, *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations Unies*, 2007, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, pp. 88-89 ; W. SCHABAS, « Article 6 », in E. DECAUX (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 2010, Paris, Economica, pp. 193-194. Voy. aussi les rapports du Comité des droits de l'homme pour les périodes 2008-2009 (A/64/40, pp. 25, 39), 2009-2010 (A/65/40, pp. 55, 61, 97, 102), 2010-2011 (A/66/40, pp. 25, 30, 87-88), 2011-2012 (A/67/40, pp. 25, 49, 56-57) et 2012-2013 (A/68/40, pp. 63, 78, 96, 104).

39 Voy. CCPR, C n° 1153/2003, Constatations du 24 octobre 2005, *K.N.H.M. c. Pérou* ; CCPR, C n° 1608/2007, Constatations du 29 mars 2011, *L.M.R. c. Argentine*.

définition de l'enfant que donne l'article 1^{er} de la Convention relative aux droits de l'enfant – « tout être humain âgé de moins dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable » – ne permet pas d'affirmer que le « droit inhérent à la vie » reconnu à tout enfant par l'article 6.1 de cette Convention doit bénéficier à l'embryon ou au fœtus. Faute d'accord sur la détermination du début de l'enfance, les rédacteurs de cette Convention semblent avoir voulu laisser aux États la liberté de répondre à cette très sensible question⁴⁰. Par la suite et jusqu'à ce jour, le Comité des droits de l'enfant, institué par ladite Convention, s'est donc bien gardé d'adopter une position claire à ce sujet⁴¹.

Dans l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle ne se penche pas sur cette (délicate) question de savoir si la protection du droit à la vie, proclamé par les textes internationaux précités, vaut aussi pour la vie humaine prénatale, et donc pour l'embryon et le fœtus. La raison est simple : la Cour ne tient même pas compte des trois textes internationaux invoqués par les requérantes. Les juges de la Place royale ne remettent pas pour autant en cause l'analogie, déjà évoquée, du droit à la vie proclamé par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, avec le droit au respect de l'intégrité reconnu par l'article 22bis, alinéa 1^{er}, Constitution. Ils ne disent rien sur ce point. Pour déclarer le moyen non fondé, la Cour se contente, en effet, d'observer que la disposition constitutionnelle invoquée ne confère aucun droit à l'embryon et au fœtus, de sorte qu'elle n'est tout simplement pas applicable.

Cette absence de prise en considération des textes internationaux est intéressante. Elle indique que, statuant sur la compatibilité d'une norme législative avec une disposition constitutionnelle, la Cour constitutionnelle n'accepte de tenir compte d'une disposition internationale ayant une portée analogue à cette disposition constitutionnelle que si elle est en mesure d'identifier dans la question de constitutionnalité qui lui est posée un titulaire du droit constitutionnel dont la violation est alléguée. Lorsque le Constituant a entendu calquer le texte constitutionnel sur le texte international et que, par conséquent, la

40 À ce sujet, voy. not. N. CANTWELL, « The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child », in S. DETRICK (ed.), *The United Nations Convention on the Rights of the Child. A Guide to the Travaux Préparatoires*, 1992, Dordrecht, Martinus Nijhoff, p. 26 ; S. DETRICK, « Compilation of the Travaux Préparatoires » in S. DETRICK (ed.), *op. cit.*, pp. 102-103, 108-110, 113-118, 120-122, 624, 626, 631 ; J. E. DOEK, « The Current Status of the United Nations Convention on the Rights of the Child », in S. DETRICK (ed.), *op. cit.*, pp. 635-636 ; G. VAN BUEREN, *The International Law on the Rights of the Child*, 1995, Dordrecht, Martinus Nijhoff, pp. 32-36 ; Th. VANSWEEVELT, « De rechtspositie van de minderjarige in het gezondheidsrecht, in het bijzonder in het licht van het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind, de wet patiëntenrechten en de euthanasiewet », in E. VERHELLEN e.a. (dir.), *Kinderrechtengids (KIDS) : commentaren, regelgeving, rechtspraak en nuttige informatie over de maatschappelijke en juridische positie van het kind*, 2004, Mechelen, Kluwer, n° 5 ; M. CORNOCK et H. MONTGOMERY, « Children's rights in and out of the womb », *International Journal of Children's rights*, 2011, pp. 10-12.

41 Voy. M. VERHEYDE, « Kinderen en het Europees Verdrag voor de rechten van de mens », in E. VERHELLEN e.a. (dir.), *op. cit.*, 2004, n° 5 ; M. NOWAK, « Article 6 – The Right to Life, Survival and Development », in A. ALEN, J. VANDE LANOTTE, E. VERHELLEN, F. ANG, E. BERGHMANS en M. VERHEYDE (dir.), *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, 2005, Leiden, Martinus Nijhoff, pp. 28-30 ; G. VAN BUEREN, *Les droits des enfants en Europe*, 2008, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, pp. 58-59.

détermination des titulaires du droit garanti par le texte national dépend du champ d'application personnel de la disposition qui le précède, l'« aspiration » de celle-ci sur l'établi des juges constitutionnels est évidemment inévitable dès le stade de l'identification du titulaire concerné du droit constitutionnel⁴². En dehors de ce cas, la circonstance que la garantie analogue découlant du texte international offrirait une protection plus étendue en raison d'un champ d'application personnel plus large, et profiterait de ce fait à des titulaires non visés par le texte constitutionnel, n'est visiblement pas pertinente aux yeux de la Cour constitutionnelle. Il n'est donc pas nécessaire, comme en témoigne l'arrêt commenté, de se pencher, même brièvement, sur la portée du champ d'application personnel du droit garanti par le texte international, puisque cette donnée ne pourrait influencer le raisonnement de la Cour. L'argument tiré du droit international apparaît ici clairement comme l'accessoire de celui que fournit le texte constitutionnel.

Même si le droit international des droits de l'homme occupe une place non négligeable dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative à la comptabilité des normes législatives avec les droits et libertés, l'arrêt commenté rappelle que les contours de sa mission juridictionnelle de protectrice des droits et libertés sont d'abord et avant tout tracés par le texte constitutionnel.

Jean-Thierry Debry

42 Dans ce sens, voy. C.C., n° 118/07, 19 sept. 2007, B.4-B.6 (à propos de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales). Sur cet arrêt, voy. *supra*, III.2.