Document generated on 08/11/2025 7:18 a.m.

**Revue québécoise de droit international**
**Quebec Journal of International Law**
**Revista quebequense de derecho internacional**

# L'INVOCATION DEVANT LE JUGE BELGE DE LA *CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT*

Mouna Haddad

Volume 25, Number 2, 2012

URI: https://id.erudit.org/iderudit/1068628ar
DOI: https://doi.org/10.7202/1068628ar

See table of contents

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)
2561-6994 (digital)

Explore this journal

Cite this article

Haddad, M. (2012). L'INVOCATION DEVANT LE JUGE BELGE DE LA *CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT*. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, *25*(2), 175–194. https://doi.org/10.7202/1068628ar

Article abstract

Our review of the implementation of the *Convention on the Rights of the Child* allows us to determine if this *Convention* has a legal or other effect in domestic law. The answer to this issue varies, depending on the particular legal system of each country. Belgium is part of the monistic system, which implies the *direct effect* or the *direct applicability* of international treaties. This allows invoking one or more provisions of the *Convention* directly before the Belgian judge without the need to transpose the *Convention* into domestic law by national legislation. However, the invocation of the *Convention on the Rights of the Child* before Belgian courts is not automatic nor always possible. Belgian law cases, far from consistent, have specified the provisions of this *Convention* that could be invoked.

Tous droits réservés © Société québécoise de droit international, 2012

This document is protected by copyright law. Use of the services of Érudit (including reproduction) is subject to its terms and conditions, which can be viewed online.

https://apropos.erudit.org/en/users/policy-on-use/

This article is disseminated and preserved by Érudit.

Érudit is a non-profit inter-university consortium of the Université de Montréal, Université Laval, and the Université du Québec à Montréal. Its mission is to promote and disseminate research.

https://www.erudit.org/en/

# L'INVOCATION DEVANT LE JUGE BELGE DE LA *CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT*

*Mouna Haddad*[*]

Notre examen de la mise en œuvre de la *Convention relative aux droits de l'enfant* permet de déterminer si celle-ci a des effets juridiques ou autres dans l'ordre juridique interne. Cette question se décline différemment selon le système juridique particulier à chaque pays. La Belgique fait partie du système moniste, ce qui implique *l'effet direct* ou *l'applicabilité directe* d'une convention internationale. Ceci permet d'invoquer une ou plusieurs de ses dispositions directement devant le juge belge sans qu'il ne soit nécessaire de transposer la convention en droit interne par une loi nationale. Or, l'invocation devant les tribunaux belges de la *Convention relative aux droits de l'enfant* n'est pas automatique ni toujours possible. La jurisprudence belge, loin d'être cohérente, a précisé quelles dispositions de la *Convention* peuvent être invoquées.

Our review of the implementation of the *Convention on the Rights of the Child* allows us to determine if this *Convention* has a legal or other effect in domestic law. The answer to this issue varies, depending on the particular legal system of each country. Belgium is part of the monistic system, which implies the *direct effect* or the *direct applicability* of international treaties. This allows invoking one or more provisions of the *Convention* directly before the Belgian judge without the need to transpose the *Convention* into domestic law by national legislation. However, the invocation of the *Convention on the Rights of the Child* before Belgian courts is not automatic nor always possible. Belgian law cases, far from consistent, have specified the provisions of this *Convention* that could be invoked.

[*] Doctorante en droit international des droits de l'enfant, Université Laval/Université Catholique de Louvain - Belgique (cotutelle); membre chercheure au Laboratoire de recherche interdisciplinaire sur les droits de l'enfant, faculté de droit (section de droit civil), Université d'Ottawa; avocate au Barreau d'Israël – section Nord (Nazareth).

Notre examen de la mise en œuvre de la *Convention relative aux droits de l'enfant*[1] (*CRDE*) permet de déterminer si celle-ci a des effets juridiques ou autres dans l'ordre juridique interne, lesquels sont différents de ceux qu'elle peut avoir dans l'ordre juridique international[2].

La mise en œuvre de la *CRDE* en droit interne trouve une application différente selon le système juridique de chaque pays. Traditionnellement, on fait la distinction entre deux systèmes : moniste et dualiste. Dans le système *dualiste*, il y a une séparation nette entre le droit national et le droit international. Cela ne veut pas dire que les instances nationales ne peuvent considérer le droit international, mais simplement que le droit international ne peut être contraignant en ce qui concerne les tribunaux nationaux et ne peut agir qu'à titre persuasif[3]. C'est le cas des pays comme le Canada et le Royaume-Uni. Un traité ne peut avoir une force normative que lorsqu'il est transposé par une loi interne appelée une loi habilitante. Dans le système *moniste*, comme en Belgique[4], le droit national et le droit international sont vus comme un tout inséparable, avec des nuances qui doivent toutefois être apportées. L'invocation devant les tribunaux belges de la *CRDE* n'est, en effet, pas automatique ni toujours possible (I). La jurisprudence a eu l'occasion de préciser quelles dispositions de la *CRDE* peuvent être invoquées (II). La Cour européenne des droits

---

1 *Convention relative aux droits de l'enfant*, 20 novembre 1989, 1577 RTNU 3, RT Can 1992 n° 3 (entrée en vigueur : 2 septembre 1990) [*CRDE*].

2 Dans l'ordre international, les droits humains en général – et les droits de l'enfant en particulier – impliquent une triple obligation de *respecter*, de *protéger* et de *réaliser ces droits*. L'obligation de *respecter* implique que l'État lui-même s'engage à respecter les droits de l'enfant et à ne pas les violer. L'obligation de *protéger* les droits reconnus consiste à faire en sorte que d'autres agents de droit public respectent les droits de l'enfant. L'obligation de *réaliser* implique pour l'État de prendre des actions positives. Il peut s'agir d'adopter des mesures législatives, administratives, budgétaires, juridiques ou autres afin d'assurer la pleine jouissance et la réalisation des droits, notamment à ceux qui ne peuvent pas en assurer le respect par leur propre action. Cette obligation se divise en trois obligations : *faciliter*, *promouvoir* et *approvisionner*. 1° L'obligation de *faciliter* implique que l'État adopte des législations appropriées et intègre le droit de l'enfant dans sa politique et ses programmes. 2° L'obligation de *promouvoir* implique pour l'État de prendre des actions pour assurer la prise de conscience de la population sur l'importance et la nécessité des droits de l'enfant. Cela se fait généralement par la diffusion de l'information au public et par l'élaboration des programmes d'entraînement. 3° L'obligation *d'approvisionner* est prescrite pour les groupes vulnérables qui n'arrivent pas, par leur propre action, à bénéficier de l'égalité de traitement en particulier dans le domaine socioéconomique. L'État doit leur approvisionner d'office le nécessaire comme l'accès à l'eau, à une clinique médicale, à une école et aux moyens de transport. Voir Comité des droits économiques, sociaux et culturels, *Observation générale n° 19 : Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte)*, Doc off CES NU, 39e sess, E/C.12/GC/19 (2007) au para 43; Wouter Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the UN Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005 à la p 187 et s. Les obligations de *réaliser* et de *protéger* sont souvent des obligations positives tandis que l'obligation de *respecter* est souvent une obligation négative ou d'abstention. Jacques Fierens, Avis exprimé dans un cours donné sur l'application de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, Formation interdisciplinaire en droits de l'enfant, Louvain-la-Neuve, 2010 [non publié].

3 Stéphane Beaulac, « Arrêtons de dire que les tribunaux au Canada sont "liés" par le droit international » (2004) 38 RJT 359 à la p 384 [Beaulac].

4 En Belgique, la Cour de cassation a rejeté le dualisme dans le célèbre arrêt *Fromagerie franco-suisse Le Ski*. État Belge c SA/ « *Fromagerie franco-suisse Le Ski* » Cass (b), 27 mai 1971, 1971 Journal des tribunaux 461 à la p 464 et conclusions [*Le Ski*]. Voir André Alen et Wouter Pas, « L'effet direct de la *Convention des Nations-Unies relative aux droits de l'enfant* » (1995) 144 J dr jeunes à la p 164 [Alen et Pas].

de l'homme joue à son tour un rôle non négligeable dans la mise en œuvre de la *CRDE* en droit belge (III). On trouverait aussi d'intéressantes analogies avec le Canada sur cette problématique, malgré l'opposition encore une fois apparente entre le monisme et le dualisme (IV).

## I. La possibilité d'invoquer la *Convention relative aux droits de l'enfant* devant le juge belge

La reconnaissance d'un effet direct aux dispositions de la *CRDE* permet de les invoquer devant le juge belge (A). En l'absence d'un tel effet, certaines dispositions pourront néanmoins avoir ce que l'on appelle un effet *standstill* (B).

### A. La notion de l'effet direct

Dans un arrêt de principe *Le Ski*, la Cour de cassation belge a jugé que les dispositions de droit international priment sur les lois internes à la condition qu'elles bénéficient de l'effet direct[5]. Il ne s'agit pas de la question de la supériorité du traité sur le droit interne, mais de celle de l'*effet direct* ou de l'*applicabilité directe*, également appelé *caractère exécutoire* (*self executing*) du traité[6]. L'effet direct est le fait pour un justiciable de pouvoir invoquer la norme internationale directement devant le juge national, sans la nécessité d'adopter des mesures préalables d'exécution dans l'ordre juridique interne[7]. Le principal intérêt de l'effet direct réside dans la protection juridique de l'individu[8].

Les tribunaux ont fixé des critères afin de reconnaître l'effet direct d'une disposition internationale. Ces critères ne sont pas toujours clairs quant à leur formulation. La jurisprudence *Le Ski*[9] permet d'avancer trois critères auxquels les dispositions internationales doivent satisfaire pour qu'elles aient un effet direct : il

---

5 *Le Ski*, *ibid*.

6 Thierry Moreau, *Les droits de l'enfant dans le champ de l'aide et de la protection de la jeunesse : Émergence et signification*, thèse de doctorat en droit, Université Catholique de Louvain, 2002 au titre I, chapitre III [Moreau].

7 Alen et Pas, *supra* note 4 à la p 165; Sébastien Van Drooghenbroeck, « L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme », dans *Les enfants et l'aide sociale. Actes de la journée d'étude du jeudi 18 septembre 2003*, ASBL Jeunesse et droit, numéro spécial J dr jeunes 59 aux pp 83-84; Voir Ernest Krings, « La mise en œuvre de la *Convention internationale des droits de l'enfant* en droit interne », dans Marie-Thérèse Meulders-Klein, dir, *La Convention sur les droits de l'enfant et la Belgique*. *Actes de la journée d'étude du 30 novembre 1990 organisée par le Centre de droit de la famille de l'UCL Bruxelles*, Story-Scientia, 1992 à la p 12 [Krings]. L'applicabilité directe pourrait être définie comme « l'aptitude d'une règle de droit international à conférer par elle-même aux particuliers, sans requérir aucune mesure interne d'exécution des droits dont ils puissent se prévaloir devant les autorités (juridictionnelles) de l'État » : Joe Verhoeven, « La notion d'"applicabilité directe" du droit international » (1980) 2 Rev BDI 243 à la p 243.

8 Arne Vandaele, « Quelques réflexions sur l'effet direct de la *Convention relative aux droits de l'enfant* » (2001) 202 J dr jeunes 22 à la p 24.

9 *Le Ski*, *supra* note 4.

s'agit de la réception du traité dans l'ordre juridique interne par la technique de ratification, de la volonté de l'État partie de considérer le traité comme étant directement applicable et de la condition que la disposition internationale invoquée soit complète et précise[10]. Les deux premiers critères ne semblent pas poser de problème pour la *CRDE*[11]. Le troisième est en revanche plus controversé dans la jurisprudence et la doctrine.

Conformément au troisième critère, si la disposition internationale est *suffisamment complète et précise* (*self sufficient* ou *self executing*) elle aura un effet direct et l'individu pourra exiger de l'État un acte ou l'exécution d'une obligation. À l'opposé, dans la mesure où la norme internationale n'est pas *self sufficient*, c'est-à-dire qu'elle a besoin de l'intervention du législateur, elle ne peut être invoquée devant le juge national ni être appliquée par lui[12].

Ce critère est problématique dans la mesure où c'est au moment du contrôle par les tribunaux qu'il est déterminé si une disposition de la *CRDE* est complète et précise, et non pas au moment de l'élaboration du traité. Généralement, les dispositions d'un traité sont intentionnellement élaborées de manière imprécise pour laisser aux juges nationaux la tâche de les interpréter conformément à leur droit interne. Ceci n'exclut pas la possibilité que certaines dispositions soient déjà précises dès leur élaboration, mais ce n'est pas souvent le cas.

Le critère est aussi problématique parce qu'il élimine systématiquement la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels (ci-après « les droits ESC ») de

---

[10] Thierry Moreau, « État des lieux de la réception de la *Convention relative aux droits de l'enfant* dans la jurisprudence belge », dans Jean-Louis Renchon, dir, *L'enfant et les relations familiales internationales. Actes du VII^e^ colloque de l'association Famille & droits*, Louvain-la-Neuve, Bruxelles, Bruylant, 2003 1 à la p 2. D'autres auteurs considèrent uniquement les deux derniers critères; Erik Claes et Arne Vandaelen, « L'effet direct des traités internationaux. Une analyse en droit positif et en théorie du droit axée sur les droits de l'homme » (2001) 34 :2 Rev BDI 411 à la p 411 [Claes et Vandaelen].

[11] La première condition, la *ratification*, est la reconnaissance par la Belgique d'être liée par le traité. La ratification est faite soit par le roi si l'objet du traité porte sur une matière qui relève de la compétence fédérale, soit par les communautés et régions si l'objet du traité porte sur une matière qui relève de leur compétence. En Belgique, la *CRDE* est entrée en vigueur le 15 janvier 1992 à la suite de sa ratification par le roi le 25 novembre 1991 et à son dépôt auprès du Secrétaire général des Nations unies, le 16 décembre 1991. La *CRDE* a été approuvée ensuite par décrets des communautés flamande (15 mai 1991), germanophone (25 juin 1991) et française (3 juillet 1991) pour rendre la convention effective dans les matières qui relèvent de la compétence des communautés. Le deuxième critère, *l'intention*, implique que la Belgique ait eu l'intention d'imposer des droits subjectifs ou des obligations aux individus par le biais de la convention. Michel Waelbroeck, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux » Note sous Cass, 21 avril 1983, RCJB 1985 à la p 22 [Waelbroeck]. Cependant, exiger ce critère comme condition pour que la convention internationale soit directement applicable est critiquable à ce stade dans la mesure où l'examen de l'intention ne devrait intervenir que s'il y a un problème d'interprétation de la convention entre des parties en litige. De plus, les conventions internationales en générale et la *CRDE* en particulier ne contiennent presque jamais des expressions de volonté formulées de manière explicite et sans aucune équivoque, ce qui pose la difficulté de découvrir les intentions implicites des États parties et par conséquent la difficulté de satisfaire ce critère.

[12] Marc Bossuyt, « La *Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant* » (1990) 2 :4 RUDH 141 à la p 143; Krings, *supra* note 7 à la p 17.

toute possibilité d'avoir un effet direct, du fait que ces droits ne sont ni complets ni précis. Par conséquent et comme cela est traditionnellement enseigné, seuls les droits civils et politiques ont un effet direct, contrairement aux droits ESC. Une telle position accuse néanmoins vingt ans de retard sur la doctrine notamment hispanophone et anglo-saxonne[13].

Les textes traitant des droits ESC, y compris ceux qui sont dans la *CRDE*, risquent fort bien de demeurer lettre morte non seulement si le législateur ne les concrétise pas, mais également si les juridictions n'en assurent pas le respect au nom d'une approche traditionnelle qui crée une présomption d'injusticiabilité des droits ESC.

Il convient de rappeler l'interaction, l'interdépendance et l'indivisibilité de tous les droits fondamentaux[14]. Le principe de l'indivisibilité des droits fondamentaux implique qu'il n'y ait ni hiérarchie ni prédominance entre les droits civils et politiques et les droits ESC. Cela est prévu dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme*[15] de 1948 ainsi que dans d'autres conventions internationales relativement récentes comme la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*[16] ou la *CRDE*. Dans ses différentes résolutions, l'Assemblée générale des Nations unies a insisté à plusieurs reprises sur l'importance de l'indivisibilité et de l'interdépendance de tous les droits de la personne. De même, la Cour européenne a jugé que nulle cloison étanche ne sépare la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[17].

Parmi les arguments qui s'opposent à la reconnaissance de la justiciabilité des droits ESC, se trouve le principe de la séparation de pouvoir entre les autorités

---

13 Voir Malcolm Langford, *Social Rights jurisprudence : Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, section I; Malcolm Langford, « Closing the Gap? An Introduction to the Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights » (2009) 27 :1 Nordic Journal of Human Rights; Aoife Nolan, Bruce Porter et Malcolm Langford, « Institutional Capacity of Courts to Adjudicate Economic and Social Rights », dans Center for Human Rights and Global Justice, *Working Paper n° 15*, 2007, 14 aux pp 14-18; Lucie Lamarche, *Perspectives occidentales du droit international des droits économiques de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 1995; Lucie Lamarche, « Le droit social et les droits sociaux : des outils dissonants pour la régulation sociale dans le contexte du néolibéralisme » (2011) en ligne : SSRN <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1932441>; Diane Roman « La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistance » dans *Actes du colloque tenu au Collège de France les 25 et 26 mai 2011*, Paris, Pedone, 2012.

14 Françoise Tulkens, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », dans Constance Grewe et Florence Benoît-Rohmer, dir, *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs. Actes du colloque des 15 et 16 juin 2001*, Presse universitaire de Strasbourg, Strasbourg, 2003 à la p 119.

15 *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés AG 217 (III), Doc off AG NU, 3e sess, sup n° 13, Doc NU A/810 (1948) 71 [*DUDH*].

16 *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, 18 décembre 1979, 1249 RTNU 13 (entrée en vigueur : 3 septembre 1981) [*CEDAW*].

17 *Airey c Irlande* (1979), 32 CEDH (Sér A) au para 26; *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 RTNU 221, STE 5 [*Convention européenne des droits de l'homme*].

judiciaire, exécutive et législative, la question du coût des droits ESC. Le principe de la séparation des pouvoirs enlève au juge la légitimité et la compétence pour intervenir dans un domaine qui relève des autres autorités de l'État. Le juge ne doit pas s'immiscer dans les tâches qui relèvent de ces autorités. Il n'a pas non plus la possibilité de préciser le sens et la portée des droits ESC qui impliquent l'intervention du législateur ou du gouvernement. Cette situation est paradoxale car la justiciabilité des droits ESC est déniée en raison de leur imprécision normative : *il faut rendre à César ce qui est à César* et ainsi rendre au juge son pourvoir légitime d'interprétation des lois pour qu'il puisse clarifier le contenu et le sens des droits ESC. Si nous n'admettons pas la justiciabilité de ces droits, il n'y aura pas moyen de déposer des recours ni de clarifier le contenu de ces droits, ce qui ne permettra pas de faire avancer les droits fondamentaux.

Quant au deuxième argument selon lequel les droits ESC impliquent un coût généralement important, on se demande pourquoi limiter la question des ressources budgétaires à une catégorie de droits. Les droits civils et politiques n'ont-ils pas un coût considérable? Cette question ne peut être éclairée que par des recherches socio-économiques apportant des données à jour sur le coût des droits à comparer. En l'absence de telles données concrètes, l'argument des coûts élevés des droits ESC ne peut plus tenir. Par hypothèse, le coût de la justice pénale ou de la prison pourrait aujourd'hui être égal voir supérieur au coût du droit à l'éducation.

Pour faire avancer les droits ESC, l'approche traditionnelle, qui divise les droits de l'homme en deux catégories selon la *nature* des droits, devrait céder la place à une approche plus contemporaine, qui fait une distinction entre les droits selon la différence de *degré* plutôt que de *nature*. L'approche contemporaine considère que tous les droits imposent des obligations négative et positive; tous les droits supposent des implications financières et tous les droits sont invocables en justice. Cette approche a fait l'objet de discussion aux Nations unies qui a abouti à l'adoption en décembre 2008 d'un *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*[18]. Le *Protocole facultatif* a créé la possibilité pour chaque personne dont les droits ESC ont été violés de demander réparation au niveau international en déposant une plainte au Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations unies[19].

Malgré tout, même si les droits ESC ne sont ni précis ni complets, ils peuvent néanmoins avoir un certain effet moins important que l'effet direct, soit l'effet *standstill*.

---

[18] *Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, Rés AG 63/117, Doc off AG NU, 63e sess, supp n°53, A/RES/63/117 (2008) 186 [*Protocole facultatif*].

[19] Le *Protocole facultatif* fut adopté le 10 décembre 2008. Son entrée en vigueur nécessiterait au moins dix ratifications.

### B. La notion de l'effet *standstill* (ou l'effet cliquet)

L'effet *standstill* est l'interdiction faite à l'État de régresser ou d'aller en arrière. L'individu pourra demander au tribunal d'empêcher l'État de s'engager dans une voie qui constituerait un recul par rapport à ses engagements internationaux ou par rapport à une législation interne en vigueur ou antérieure.

Les dispositions internationales qui ne constituent que des *obligations politiques*, tel que l'engament international par un État à mettre en œuvre et à respecter un programme, n'auront aucune force obligatoire sur le plan juridique[20]. Elles n'auront ni un effet direct ni un effet *standstill*. Le citoyen ne peut les invoquer devant le juge afin d'obliger l'État à les exécuter. Bien entendu, c'est le juge qui décidera si la disposition internationale en question a un aspect purement politique ou non.

## II. La *Convention relative aux droits de l'enfant* dans la jurisprudence

Un jugement global sur l'effet direct de la *CRDE* n'est pas possible car il n'est pas clair si les dispositions de la *CRDE* ont ou non un effet direct en droit belge[21]. De plus, l'examen de la jurisprudence montre qu'une même disposition de la *CRDE* ne reçoit pas toujours la même réponse par les différentes juridictions quant à son effet direct.

À ce sujet, l'étude de la jurisprudence belge implique une distinction entre les juridictions selon le type de contentieux[22]. On fait une distinction entre le *contentieux subjectif* qui comprend la Cour de cassation ainsi que les cours et tribunaux de fond (A) et le *contentieux objectif* qui comprend la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État (B).

### A. Le contentieux subjectif

#### 1. LA COUR DE CASSATION

Dix ans après la jurisprudence *Le Ski*, la Cour de cassation reprend les critères de l'effet direct dans un autre arrêt de principe, l'arrêt *Thonon* du 21 avril 1983[23]. La notion de l'effet direct d'un traité implique que l'obligation assumée par l'État « *soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au Traité l'objet de conférer des droits*

---

20 Moreau, *supra* note 6 aux pp 527-528.
21 Alen et Pas, *supra* note 4 à la p 171.
22 Il importe de noter que la jurisprudence examinée n'est pas exhaustive.
23 Cass 1ère ch, 21 avril 1983, RCJB 1985.

*subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus* »[24]. En conséquence, la Cour lie la notion de l'effet direct à la notion de droits subjectifs. L'État partie doit avoir l'intention de conférer un droit subjectif à la disposition invoquée de la *CRDE* pour qu'elle puisse avoir un effet direct. Ce critère est pourtant critiqué dans la mesure où il pourrait être lié à la dichotomie entre le contentieux subjectif et le contentieux objectif[25]. Cela pourrait s'avérer dangereux dans la mesure où un requérant ne pourrait pas invoquer l'effet direct de la *CRDE* dans le contentieux objectif qui se déroule devant le Conseil d'État. C'est pourtant ce qui se passe devant cette juridiction qui nie l'effet direct aux dispositions de la *CRDE*. Nous référons le lecteur aux exemples donnés plus loin en référence au « contentieux objectif ».

En appliquant ce critère, la Cour de cassation a nié l'effet direct à l'article 3 de la *CRDE*[26] dans deux arrêts portant sur la reconnaissance d'enfants au motif qu'ils ne peuvent conférer des droits subjectifs aux enfants. Selon la Cour, cette disposition n'est pas en soi suffisamment précise et complète pour avoir un effet direct dès lors qu'elle laisse à l'État plusieurs possibilités de satisfaire aux exigences de l'intérêt de l'enfant et qu'elle ne peut servir de source de droits subjectifs et d'obligations dans le chef des particuliers[27].

Un autre principe général de la *CRDE* est l'article 12 qui garantit le droit de l'enfant à la parole et le droit d'être entendu. Cette disposition a reçu un effet direct en matière familiale[28], mais pas dans le domaine pénal. En effet, dans un arrêt du 10 novembre 1999[29], la Cour de cassation rejette l'effet direct des articles 3 et 12 de la *CRDE* par une très brève motivation à l'effet que les dispositions « ne sont pas d'application directe pour le juge pénal saisi de poursuites du chef d'infraction à l'article 369bis du Code pénal »[30]. Comme cette même Cour, dans un arrêt du 11 mars 1994[31], a implicitement accepté l'effet direct de l'article 12 de la *CRDE*, ce revirement de la jurisprudence méritait une motivation plus détaillée, ce qui manque dans ladite décision. Il faut noter que l'article 369bis fut abrogé. Dans certaines matières pénales telles que la maltraitance ou l'aide à la jeunesse, il y a eu un glissement de l'affirmation d'un droit matériel (le droit de l'enfant de faire connaître son opinion) vers la reconnaissance d'un droit procédural (le droit d'action), ce qui

---

24 Waelbroeck, *supra* note 11 [nos italiques].

25 Claes et Vandaelen, *supra* note 10 à la p 425.

26 L'article 3 est l'un des quatre principes généraux de la *CRDE*. Conformément à son premier paragraphe, « dans toutes les décisions concernant les enfants, […] l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». Le deuxième paragraphe de l'article 3 prévoit que « les États parties s'engagent à assurer à l'enfant la protection et les soins nécessaires à son bien-être […] et ils prennent à cette fin toutes les mesures législatives et administratives appropriées ». *CRDE*, *supra* note 1, art 3.

27 Cass, 4 novembre 1999, Pasicrisie belge 1999I/599 [Cass, 4 novembre 1999].

28 Cass, 11 mars 1994, Pasicrisie belge 1994I/246.

29 Cass, 10 novembre 1999, TJK 2000; Cass, 4 novembre 1999, Pasicrisie belge 1999I/599

30 Belgique, Sénat, Commission des Affaires institutionnelles « Révision de l'article 22bis de la Constitution, en vue d'y ajouter un alinéa concernant la protection de droits supplémentaires de l'enfant », Document législatif n° 3-265/3 (2 décembre 2004).

31 Cass, 11 mars 1994, *supra* note 28.

représente une interprétation extensive de l'article 12 de la *CRDE*[32]. Cela permet aussi d'attribuer un effet direct à l'article 12 en cette matière pénale. La Cour n'a pas reconnu l'effet direct aux articles 4 et 25 de la *CRDE*[33] en concluant que ces dispositions « *ne créent d'obligation qu'à la charge des États parties, de sorte qu'elles ne peuvent être directement invoquées devant les juridictions nationales* »[34]. Il en est de même pour les articles 2 et 26(1) de la *CRDE*[35] et les articles 7(1) et 7(2) de la *CRDE* concernant la recherche de paternité de l'enfant[36].

Parmi les dispositions qui ont reçu un effet direct, il y a l'article 9(2) de la *CRDE*[37] qui permet à toutes les parties intéressées de participer aux délibérations et de faire connaître leurs vues relativement à la séparation de l'enfant de ses parents. De même, la Cour a reconnu l'effet direct à l'article 21 de la *CRDE* sur l'adoption des enfants[38] ainsi qu'à l'article 16 de la *CRDE* qui garantit le droit de l'enfant à la vie privée et familiale[39].

### 2. LA JURISPRUDENCE CONTRADICTOIRE DES JURIDICTIONS DE FOND PAR RAPPORT AUX DÉCISIONS DE LA COUR DE CASSATION

La jurisprudence des cours et tribunaux de fond est divergente quant à l'attribution d'un effet direct et à l'interprétation des dispositions de la *CRDE*[40]. Certaines de ces juridictions n'ont pas suivi la jurisprudence de la Cour de cassation en la matière.

---

32 Thierry Moreau, « Une approche juridique de la place de la parole du mineur dans la vie familiale et sociale » (2006) 257 J dr jeunes 23.

33 L'article 25 de la *CRDE* accorde à l'enfant placé le droit à un examen périodique des conditions de son placement. *CRDE*, *supra* note 1, art 25. L'article 4 de la *CRDE* prévoit à la charge des États parties l'obligation de s'engager à prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre en œuvre les droits reconnus dans la *CRDE*, mais que pour les droits économiques, sociaux et culturels. Cet article prévoit également que les États prennent ces mesures dans les limites des ressources dont ils disposent. *CRDE*, *supra* note 1, art 4. En l'espèce, la Cour a interprété l'article 25 à la lumière de l'article 4. Cela permet la négation de l'effet direct de toute disposition de la *CRDE* qui sera interprétée à la lumière de l'article 4. La Cour a fait usage de l'article 4 alors qu'il n'a pas été soulevé par les parties en litige.

34 Cass 2e ch, 31 mars 1999, Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 1430 [nos italiques].

35 L'article 2 est l'un des quatre principes généraux de la *CRDE* qui garantit l'exigence de non-discrimination des enfants. L'article 26(1) garantit le droit de l'enfant à la sécurité sociale. *CRDE*, *supra* note 1, art 1 et 26(1).

36 Cass, 11 juin 2010, en ligne : Jure Juridat <http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision?justel=F-20100611-4&idxc_id=244612&lang=fr>. L'article 7(1) prévoit le droit de l'enfant à être enregistré aussitôt sa naissance ainsi que son droit d'avoir un nom, le droit d'acquérir une nationalité et, dans la mesure du possible, le droit de connaître ses parents et d'être élevé par eux. L'article 7(2) dispose que les États parties veillent à mettre ces droits en œuvre conformément à leur législation nationale et aux obligations que leur imposent les instruments internationaux applicables en la matière, en particulier dans le cas où l'enfant se trouverait apatride. *CRDE*, *supra* note 1, art 7(1)(2).

37 Cass, 11 mars 1994, *supra* note 28.

38 Cass, 4 novembre 1993 (1994) Journal des tribunaux à la p 187. L'article 21 prévoit l'obligation des États membres, qui admettent et/ou qui autorisent l'adoption, de s'assurer que l'intérêt supérieur de l'enfant soit la considération primordiale en la matière. *CRDE*, *supra* note 1, art 21.

39 Cass, 24 juin 1998, Pasicrisie belge 1999I/339.

40 Moreau, *supra* note 6 à la p 592.

À l'article 3 fut attribué un effet direct par certains tribunaux[41] alors que d'autres l'ont utilisé uniquement comme un principe interprétatif[42]. La Cour de travail de Bruxelles a suivi la Cour de cassation en déniant l'effet direct aux articles 1, 2, 3, 23, 26 et 27 de la *CRDE*[43]. Elle a décidé que la *CRDE* ne produit aucun effet direct dans l'ordre juridique interne et n'impose d'obligation qu'à la charge des États parties de sorte qu'elle ne peut être invoquée par des individus devant les juridictions judiciaires[44].

D'autres tribunaux de fond ont résisté à la Cour de cassation et ont accordé l'effet direct aux articles 2, 3 et 6 de la *CRDE*, notamment en matière d'aide sociale aux enfants étrangers qui sont en séjour illégal. Il semble que ces juges étaient plus conscients des obligations juridiques internationales de la Belgique envers les enfants[45].

À part le domaine de l'aide sociale, l'article 3 a été invoqué en matière d'aide à la jeunesse pour permettre de combler une lacune relative à la saisine du tribunal de la jeunesse en vertu de l'article 38 du *Décret de la Communauté française du 4 mars 1991 relatif à l'Aide à la jeunesse*[46]. De même, dans une affaire concernant la détention en centre fermé d'une mineure étrangère non accompagnée, la Chambre du Conseil de Bruxelles a reconnu l'effet direct aux articles 3(1) et 3(2) de la *CRDE* et a jugé que la détention de l'enfant congolaise, âgée de 5 ans à l'époque, était incompatible avec ces articles[47].

---

41 Voir Tribunal de la jeunesse, Courtrai, 8 décembre 1993, (1993) 126 J dr jeunes 33; Trib jeun, Liège, 17 avril 1997 (1997) 335 RRD dans laquelle le tribunal a décidé que les règles normales de procédure, applicables à la conciliation d'une décision du Directeur de l'aide à la jeunesse doivent céder sur base de l'article 3 de la *CRDE*; Tribunal de la jeunesse, Verviers, 2 décembre 1998, (1999) Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 1443, dans laquelle le tribunal de la jeunesse a décidé que les articles 3 et 18 de la *CRDE* selon lesquels les parents d'accueil doivent être guidés avant tout par l'intérêt supérieur de l'enfant s'opposaient à la demande du père naturel de l'enfant d'inscrire l'enfant à des cours sur l'islam; Tribunal du travail, Mons, 23 mars 1999, (2000) 192 J dr jeunes 36, dans laquelle le tribunal a octroyé une aide économique à un mineur étranger sur la base de l'article 3 de la *CRDE*.

42 Benoît Van Keirsblick, « Chambre civile, Termonde, 6 décembre 1995, Tribunal du travail, Bruxelles, 17 décembre 1996 » (1997) 176 J dr jeunes.

43 L'article 1 de la *CRDE* définit l'enfant comme « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans ». L'article 23 concerne les enfants handicapés qui doivent bénéficier de soins spéciaux. L'article 26 garantit à tout enfant le droit de bénéficier de la sécurité sociale. L'article 27 protège le droit de l'enfant à un niveau de vie suffisant. *CRDE*, *supra* note 1, art 1, 23, 26, 27.

44 Cour du travail, Bruxelles, 23 mai 2002, rôle n° 42220 (2003) 143 Journal des tribunaux du travail.

45 Cour du travail, Anvers, 21 octobre 1998 (1999) 187 J dr jeunes à la p 54; Cour du travail, Mons, 23 mars 1999 (2000) Journal des tribunaux du travail à la p 251.

46 Trib jeun, Bruxelles, 6 juin 1995 (1996) 152 J dr jeunes à la p 90. L'article 38, paragraphe 1 ne permettait de saisir le tribunal de la jeunesse du cas d'un mineur en danger que lorsque les personnes investies de l'autorité parentale ou ayant la garde de l'enfant refusent l'aide du conseiller de la jeunesse ou néglige de la mettre en œuvre, mais pas dans le cas où c'est le mineur qui refuse l'aide du conseiller. La Cour d'appel de Bruxelles s'est fondée sur l'article 3 et a interprété le terme « *néglige de mettre en œuvre l'aide du conseiller* » comme incluant l'impossibilité pour les personnes investies de l'autorité parentale d'imposer leur volonté à l'enfant, nonobstant son intérêt supérieur.

47 Chambre du Conseil, Bruxelles, 16 octobre 2002 (2002) 219 J dr jeunes.

Enfin, il a été jugé que lorsque l'article 3 est invoqué avec une autre disposition de la *CRDE* qui vise un droit spécifique, il peut avoir un effet direct[48]. Il s'agissait d'une dame qui a demandé de condamner la Belgique à lui délivrer et à chacun de ses deux enfants un certificat de séjour provisoire (CIRE) jusqu'à la fin de la scolarité de ses enfants. Sa demande s'est fondée sur les articles 3 et 28 de la *CRDE*. L'article 28(5) dispose que les États prennent des mesures pour encourager la régularité de la fréquentation scolaire ainsi que la réduction des taux d'abandon scolaire. Conformément au jugement, les deux enfants ont accompli toute leur scolarité en Belgique, selon le système et les normes de la communauté française. Ils ont appris à lire et à écrire en langue française et non dans la langue de leur pays d'origine, ce qui représentait pour les enfants un grand handicap en cas de retour en Yougoslavie. Ce handicap est de nature à faire perdre aux enfants plusieurs années scolaires nécessaires au rattrapage de cette différence entre les deux systèmes scolaires. En combinant l'article 3 avec l'article 28 de la *CRDE*, il a été jugé qu'il peut être admis *in concreto* que l'intérêt supérieur de ces enfants est de ne pas voir leur scolarité perturbée, ce qui implique donc de poursuivre leur scolarité en Belgique où ils l'ont commencée. Cela signifie que la combinaison d'une disposition trop générale et abstraite comme l'article 3 avec un droit spécifique comme l'article 28 aidera à mieux saisir la notion de l'intérêt supérieur de l'enfant de l'article 3 et, en conséquence, à lui donner un effet direct.

D'autres dispositions méritent une attention particulière, dont les articles 28 et 29 de la *CRDE* relatifs au droit de l'enfant à l'éducation. La Cour de Bruxelles leur a en effet attribué un effet direct en les combinant avec le principe général de l'article 2 de la *CRDE* qui interdit la discrimination des enfants. Cette jurisprudence n'a pas toujours trouvé application[49].

L'article 12 qui garantit à l'enfant capable de discernement le droit d'être entendu a été invoqué surtout en matière familiale, de maltraitance ou d'abus sexuels et d'aide à la jeunesse. Certaines juridictions de fond lui ont reconnu un effet direct[50]. Il a été jugé que l'article 12 reconnaît à l'enfant doué de discernement le droit d'ester en justice et de se constituer, à lui seul, partie civile contre son propre représentant légal[51]. Cependant, depuis la modification en 1994 de l'article 931 du Code judiciaire, la question de l'effet direct de l'article 12 a perdu de son intérêt en Belgique. La raison est que l'actuel article 931 du Code judiciaire interdit à tout mineur âgé de moins de quinze ans révolus d'être entendu sous serment, ce qui semble être contraire à l'article 12 de la *CRDE* qui garantit ce droit pour tout enfant âgé de moins de dix-huit ans. Néanmoins, l'article 931 ajoute que dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, à sa demande ou sur décision du juge, sans

---

48 *Mme N.H c L'État belge, représenté par le ministre de l'Intérieur*, 7 décembre 2004, Chambre civile Bruxelles, (2006) 251 J dr jeunes à la p 37.

49 Chambre civile, Bruxelles, 20 décembre 1995 (1996) 296 Justice de paix 26 (note de Bosquet).

50 Mons, 20 avril 1993 (1993) Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 784; Tribunal de Liège, 7 mars 1994 (1994) Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 541; Tribunal, Nivelles (référé), 21 mai 1993 (1993) Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles 1278.

51 Tribunal correctionnel, Liège, 1er mars 1994 (1994) 136 J dr jeunes à la p 46; Tribunal correctionnel, Namur, 30 juin 1994 (1994) Revue de Jurisprudence de Liège, Mons et Bruxelles à la p 1143.

préjudice des dispositions légales prévoyant son intervention volontaire et son consentement, être entendu[52].

Selon Thierry Moreau, la notion de discernement n'étant pas définie, il est possible de déduire de cette appellation que l'enfant est doué de discernement lorsqu'il peut se forger sa propre opinion sur la question faisant l'objet de l'audition. Il ne semble pas que la loi exige que l'enfant jouisse d'une pleine maturité[53]. Certains enfants de moins de quinze ans peuvent avoir ce discernement, leur permettant ainsi d'être entendus.

La conclusion à tirer de cet inventaire est qu'à l'heure actuelle, nous ne pourrons pas émettre un jugement global de dénégation ou de reconnaissance à propos de l'effet direct de la *CRDE*. L'approche en la matière est apparemment casuistique – au cas par cas.

### B. Le contentieux objectif

Le contentieux objectif est un contentieux administratif qui se déroule devant la Cour constitutionnelle et le Conseil d'État.

#### 1. LA COUR CONSTITUTIONNELLE

À la différence de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle[54] ne se préoccupe pas de la question des droits subjectifs ni de l'effet direct d'une norme internationale. Elle s'intéresse au fait de savoir si la législation ou le décret en cause viole de manière discriminatoire les engagements internationaux de la Belgique. À partir du moment où la Belgique s'est engagée à garantir un droit quelconque aux enfants, elle doit le faire sans discrimination. C'est donc à travers le contrôle de l'égalité et de la non-discrimination que la Cour constitutionnelle examine les dispositions de la *CRDE* de manière combinée avec les articles 10, 11 et 191 de la Constitution qui garantissent l'égalité et la non-discrimination des Belges et des étrangers. C'est le cas d'une éventuelle discrimination dans le droit à l'aide sociale entre les enfants étrangers en situation administrative régulière et les enfants étrangers dont les parents sont en séjour illégal[55].

---

[52] L'article 931 du Code judiciaire s'applique en particulier dans les procédures de séparation entre parents et dans d'autres procédures qui s'y attachent. Pour Jean-Louis Renchon, un enfant ne doit pas être témoin dans le procès opposant ses deux parents. Cela le place dans une situation de conflit de loyauté, car l'enfant est par nature attaché à ses deux parents. Il existe donc un risque de traumatisme important pour l'enfant dont les droits les plus essentiels devraient être respectés : Jean-Louis Renchon, « Réflexions à propos de quelques confusions relatives à l'audition de l'enfant en justice », (1996) 13 Rev dr ULB 109; Jean-Louis Renchon, « La mise en œuvre d'un droit à l'audition de l'enfant en justice » dans *Le Divorce : nouvelle procédure*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau, 1995.

[53] Thierry Moreau, « L'audition de l'enfant », dans Geneviève Boliau, dir, *Divorce : Commentaires pratiques*, Antwerpen, Éditions Kluwer, 1999, section VIII*bis*. 4.1. – 1.1. aux pp 19 à 42.

[54] Anciennement appelée la Cour d'arbitrage.

[55] Cour constitutionnelle, *Arrêt n° 106/2003*, 22 juillet 2003, dans Charles-Eric Clesse, dir, *Les grands arrêts de la Cour constitutionnelle en droit social*, Bruxelles, Larcier, 2004 à la p 823 et s.

## 2. LE CONSEIL D'ÉTAT – UNE RÉTICENCE À RECONNAÎTRE UN EFFET DIRECT À LA *CONVENTION RELATIVE AUX DROITS DE L'ENFANT*

La question de l'effet direct de la *CRDE* est apparue à plusieurs reprises devant le Conseil d'État notamment en matière d'asile, de séjour et d'expulsion des mineurs étrangers en séjour illégal. Sa jurisprudence, par rapport aux autres juridictions, se caractérise par le rejet presque systématique et frappant de l'effet direct de la *CRDE* dans le contexte migratoire alors que la *CRDE* s'applique à tout enfant relevant de la juridiction de l'État.

Sans dénier à toutes les dispositions de la *CRDE* un effet direct dans l'ordre juridique interne, le Conseil d'État a jugé que les articles 2, 6, 20, 22, 37, 38 et 39 de la *CRDE* dont la violation est invoquée ne sont pas susceptibles d'effet direct parce ces dispositions n'ont pas l'aptitude à conférer par elles-mêmes des droits aux particuliers, lesquels pourraient s'en prévaloir devant les autorités nationales, administratives ou juridictionnelles sans qu'aucune mesure interne complémentaire ne soit nécessaire à cette fin. De plus, il a jugé que les dispositions visées ne pouvaient être directement invoquées devant les juridictions nationales car elles ne créent d'obligations qu'à la charge des États parties[56].

En suivant ce raisonnement, le Conseil d'État n'a pas reconnu l'effet direct aux articles 3, 2, 22, 38, 5, 9, 10 et 22 de la *CRDE* dans une affaire où il a rejeté la demande d'un mineur de 17 ans visant la suspension de l'exécution d'une décision rejetant sa demande d'asile[57]. Le même résultat a été constaté pour les articles 8, 9, 10 et 16 de la *CRDE* en rejetant une demande pour suspendre l'exécution d'un ordre de reconduire un mineur à la frontière[58]. Le Conseil d'État n'a pas exclu que les articles 2 et 3 soient utiles à l'interprétation des textes, mais il a jugé qu'ils ne sont pas suffisamment précis et complets pour qu'ils aient un effet direct. Il en est de même pour les articles 18[59] et 20 de la *CRDE* concernant une demande de suspension d'exécution d'une décision de refus d'entrée en Belgique avec refoulement d'un mineur étranger[60]. Enfin, l'article 28, qui garantit le droit de l'enfant à l'éducation, n'a

---

56 Conseil d'État, 30 janvier 1996, n° 64315, A66777/XI-381.

57 Conseil d'État, 11 juin 1996, n° 60097, A 65 018/III-21 503 JDJ, 1997; Conseil d'État, 7 février 1996, n° 58032, A 52 875/III-15 839. Voir également pour l'article 3, Conseil d'État, 15 mars 2004, n° 129278, A 106 180/XI-15 036. Pour le rejet de l'effet direct de l'article 22 de la *CRDE* : Conseil d'État, 9 juin 2005, n° 145720, A 155 620/20 204; Conseil d'État, 21 janvier 2002, n° 102731, A 97 829/XI-11 574; Conseil d'État, 11 mars 2004, n° 129123, A 101 642/XI-13 151.

58 Conseil d'État, 18 mars 1997, n° 65288, A 59 978/III-19 287. Pour les articles 9, 10 et 16 de la *CRDE*, voir également un arrêt portant sur une requête d'un mineur pour suspendre une décision prise contre lui avec un ordre de quitter le territoire : Conseil d'État, 18 août 1998, n° 75598, A 68 135/XI-676; Conseil d'État, 21 mars 2000, n° 86161, A 90 036/XI-8373; Conseil d'État, 16 octobre 2002, n° 111613, A 111 827/1987.

59 Conseil d'État, 25 septembre 2009, n° 196388, A 189 333/XI-16 815.

60 Conseil d'État, 1er avril 1997, n° 65754, A 73 759/XI. Le rejet de l'effet direct aux articles 3, 8 et 20 de la *CRDE* a été confirmé dans l'arrêt Conseil d'État, 13 décembre 2005, n° 152658, A 168 327 XI-/16 206. Il s'agissait d'un mineur étranger non accompagné qui a demandé la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution d'une décision de cessation de plein droit de sa prise en charge par le service des tutelles. Voir Conseil d'État, 30 mars 2005, n° 142729, A 161 114/XI-16 068.

également pas reçu un effet direct[61].

Dans un domaine administratif autre que celui des étrangers, le Conseil d'État a laissé entendre implicitement que l'article 40 de la *CRDE* possède un effet direct et pourrait être invoqué devant lui[62]. L'article 40 garantit à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction pénale un traitement particulier en raison de son âge. La Ligue des droits de l'homme demandait en l'espèce l'annulation d'une circulaire organisant des mesures de diversion à l'égard de mineurs ayant commis une infraction. Elle invoquait que la circulaire ne précisait pas la manière dont seraient respectés les droits fondamentaux garantis par l'article 40 paragraphe 2(b) de la *CRDE* et d'autres dispositions.

Toutes ces décisions montrent que dans le contentieux administratif relatif aux enfants étrangers, il y a un rejet presque systématique de l'effet direct de la *CRDE* au point où il vaut mieux parfois ne pas invoquer les dispositions de la *CRDE* devant le Conseil d'État, mais plutôt se fonder sur l'absence de motivation des actes administratifs ou sur la *Convention relative au statut des réfugiés*[63]. Dans ce cas, l'enfant aura probablement plus de chance d'obtenir gain de cause[64].

Pour illustrer cela, nous donnons l'exemple d'un arrêt rendu en l'an 2000. Il s'agissait d'une requête en suspension de l'exécution d'une décision prise par le délégué du ministre de l'Intérieur. Celui-ci refusait de prendre en considération la déclaration d'un mineur réfugié et ordonnait son refoulement. Le Conseil d'État a accueilli la demande qui était fondée non pas sur la violation des dispositions de la *CRDE*[65], mais bien sur la *Convention de Genève relative aux réfugiés* et sur le motif d'une *demande manifestement non fondée*.

Ce fut également le cas d'un arrêt où le Conseil d'État a accueilli la demande d'un mineur étranger non accompagné n'ayant pas obtenu le statut de réfugié pour suspendre l'exécution d'une décision rejetant sa demande d'autorisation de séjour avec un ordre de quitter le territoire. La demande fut fondée sur le défaut de motivation de l'acte administratif en cause et non pas sur une disposition de la *CRDE*[66]. La demande fut aussi fondée sur le motif de l'interruption de la scolarité de

---

61 Conseil d'État, 17 novembre 2009, n° 197899, A 146 923/16 667. Il s'agissait d'une demande d'autorisation de séjour d'un mineur étranger qui vivait en Belgique dans une famille d'adoption [Conseil d'État n° 197899].

62 *Ligue des droits de l'homme c Belgique*, 20 octobre 1999, Conseil d'État, n° 82984, A 73 040/VI-14 997. La Ligue des droits de l'homme demandait en l'espèce l'annulation d'une circulaire organisant des mesures de diversion à l'égard de mineurs ayant commis une infraction. La Ligue avait argué que la circulaire ne précisait pas la manière dont seraient respectés les droits fondamentaux garantis par l'article 6 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, *supra* note 17, art 6, l'article 14 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976) [*PIDCP*] et l'article 40 paragraphe 2(b) de la *Convention relative aux droits de l'enfant* (*CRDE*, *supra* note 1, art 40.). Ce dernier garantit à tout enfant suspecté, accusé ou convaincu d'infraction pénale un traitement particulier en raison de son âge.

63 *Convention relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, 189 RTNU 137 (entrée en vigueur : 22 avril 1954) [*Convention de Genève relative aux réfugiés*].

64 Conseil d'État, 18 janvier 2000, n° 84741, A 88 988/XI-7982.

65 *Ibid*.

66 Conseil d'État, 18 janvier 2001, n° 92410, A 99 122/XI-12 042.

l'enfant étranger en Belgique[67], un motif qui a été pris en compte par le Conseil d'État.

Cela montre la contradiction dans la jurisprudence de cette juridiction qui, dans un cas, nie l'effet direct de l'article 28 lorsqu'il est invoqué expressément[68] et, dans un autre, tient compte du motif de la scolarité de l'enfant alors que l'article 28 la *CRDE* n'est pas invoqué. Pourquoi alors continuer à nier l'effet direct de cette disposition fondamentale de la *CRDE*? La notion de l'effet direct n'est-elle pas pertinente dans tous les cas? L'application de cette notion est-elle la vraie question à poser?

À vrai dire, la *CRDE* comporte des articles qui peuvent être l'objet de dispositions équivalentes en droit interne, lesquelles peuvent alors être interprétées de manière conforme à la *CRDE*[69]. C'est pourquoi, comme le pense Thierry Moreau, « *dans la mesure où il existe un texte en droit interne et que sa rédaction permet une interprétation compatible avec le droit international, il paraît justifié de soutenir que l'effet direct est sans doute une fausse question* »[70] et que la vraie question est celle de l'interprétation de la convention internationale. Le juge, en tant que représentant de l'État, doit respecter les engagements que l'État a pris sur le plan international et interpréter le droit interne en conformité avec la convention internationale sans poser la question de l'effet direct[71].

La notion de l'effet direct semble rester pertinente dans deux hypothèses : premièrement lorsque le droit interne ne dit rien quant à la disposition internationale et, deuxièmement, lorsque le droit interne comprend une disposition expressément contraire au texte international. Dans ces deux hypothèses, le juge ne peut plus espérer, par le biais de l'interprétation, arriver à une harmonie entre le texte international et le droit interne. Il doit faire un choix : soit appliquer le droit interne (lequel n'affirme rien sur le sujet ou se révèle est contraire au droit international), soit appliquer le droit international[72]. Dans ce cas, le seul moyen pour le justiciable d'obtenir le respect de la disposition internationale est d'invoquer son effet direct, c'est-à-dire de faire valoir que la disposition internationale peut directement être invoquée devant le juge national qui est tenu de l'appliquer et ce, sous peine d'engager la responsabilité de l'État.

---

67 *Ibid* à la p 6 : « Considérant que l'interruption d'une année scolaire constitue, pour un étudiant, un préjudice grave difficilement réparable lorsqu'elle excède une très brève période; que, compte tenu de la situation troublée qui règne au Congo, la nationalité de la demanderesse est de nature à l'y exposer à un risque de préjudice grave difficilement réparable; que la décision attaquée ne conteste pas que la demanderesse, de nationalité rwandaise, n'a aucune attache avec ce pays en dehors de sa situation juridique, de sorte qu'en cas de retour elle y serait isolée ».

68 Conseil d'État n° 197899, *supra* note 61.

69 Tel que l'article 2 de la *CRDE* qui trouve son équivalent dans les articles 10, 11 et 191 de la *Constitution belge*.

70 Moreau, *supra* note 6 à la p 529 [nos italiques].

71 *Ibid* à la p 528.

72 *Ibid* à la p 529.

## III. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour européenne des droits de l'homme contribue à reconnaître un certain effet aux dispositions de la *CRDE*. À titre d'exemple, en s'appuyant sur les articles 19 et 37 de la *CRDE*[73], la Cour précise que « *les enfants et les autres personnes vulnérables, en particulier, ont droit à la protection de l'État, sous la forme d'une prévention efficace les mettant à l'abri de formes aussi graves d'atteinte à l'intégrité de la personne* »[74].

La Cour fait également référence à la *CRDE* en ce qui concerne la fixation de l'âge de la majorité pénale[75], le maintien du placement d'enfants en famille d'accueil et les restrictions apportées aux contacts des enfants avec leurs parents biologiques. Concernant ces restrictions, la Cour a regretté qu'il n'ait pas eu l'intervention des enfants assistés de leurs conseils, qui auraient pu assurer un rôle utile de médiateur[76].

La *CRDE* apparaît ainsi comme une source d'inspiration pour la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour ne nous dit pas expressément si les dispositions de la *CRDE* ont un effet direct en droit belge dans les affaires impliquant la Belgique, mais elle nous montre néanmoins l'importance de considérer ses dispositions.

Par ailleurs, nous pensons que l'effet direct devrait être reconnu aux articles de la *CRDE* consacrant des droits identiques ou similaires aux droits garantis par d'autres instruments internationaux, dont l'effet direct n'est pas contesté en Belgique à l'instar de la *Convention européenne des droits de l'homme*.

## IV. Une analogie avec le droit canadien

Le Canada a signé la *CRDE* le 28 mai 1990 et l'a ratifiée le 13 décembre 1991, mais le texte de la *Convention* n'a jamais été incorporé en droit canadien par une *loi de mise en œuvre*[77]. Une telle loi est nécessaire pour que la *CRDE* puisse être invoquée devant les juridictions nationales car, contrairement au système belge, le système canadien est traditionnellement dualiste.

Le fait que le traité n'ait pas été mis en œuvre par une loi habilitante

---

73 L'article 19(1) prévoit l'obligation à la charge des États de prendre toutes les mesures législatives et autres pour protéger l'enfant contre toute forme de violence. L'article 37 garantit le droit de l'enfant à ce qu'il ne soit pas soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels et qu'il ne soit pas privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. Il garantit à l'enfant privé de liberté le droit d'être traité avec humanité en tenant compte de ses besoins spécifiques. *CRDE*, *supra* note 1, art 19(1) et 37.

74 *A* c *Royaume-Uni*, n° 25599/94, [1998] VI CEDH 1 au para 22 [nos italiques].

75 *V* c *Royaume-Uni*, n° 24888/94, [1999] IX CEDH 1 au para 73. En détails : Moreau, *supra* note 6 à la p 582.

76 *Olsson c Suède (n° 2)* (1992), 250 CEDH (Sér A).

77 Comité sénatorial permanent des droits de la personne, *Les enfants : des citoyens sans voix, mise en œuvre efficace des obligations internationales du Canada relatives aux enfants*, avril 2007, en ligne : Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/391/huma/rep/rep10apr07-f.htm> à la p 44 [Comité sénatorial des droits de la personne].

n'empêche pas les tribunaux de ne pas ignorer complètement ce qui se passe tant sur le plan international que sur le plan européen, notamment en ce qui concerne la défense des valeurs qui sont généralement partagées par toutes les démocraties libérales. Les tribunaux canadiens vont se référer aux traités en droits de la personne, y compris à la *CRDE*, comme une source d'interprétation. Ainsi, le recours aux traités servira à l'interprétation des droits énoncés dans les chartes canadienne et québécoise, « *d'autant plus qu'il est possible d'arguer que ces Chartes, même si elles ne le disent pas expressément, ont été adoptées afin que le Canada remplisse ses obligations internationales* »[78].

L'affaire *Baker*[79] a suscité beaucoup d'intérêts au Canada. Elle portait sur l'illégalité de l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre de la citoyenneté et de l'immigration d'exempter la dame Baker de l'application de certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration* pour des raisons d'ordre humanitaire. La dame Baker vivait illégalement au Canada. Elle avait demandé au ministre de la citoyenneté d'être exemptée de l'obligation de quitter le Canada pour présenter sa demande de résidence permanente qui devait être faite depuis l'étranger. Elle a invoqué le fait qu'elle avait quatre enfants canadiens qui risquaient d'être affectés par son expulsion hors du Canada. La Cour suprême a accueilli le pourvoi et a contrôlé le pouvoir discrétionnaire du ministre. Cinq juges ont affirmé que même si les traités internationaux ne font pas partie du droit canadien à moins d'être rendus applicables par la loi, « les valeurs exprimées dans le droit international des droits de la personne peuvent, toutefois, être prises en compte dans l'approche contextuelle de l'interprétation des lois et en matière de contrôle judiciaire »[80].

L'arrêt *Baker* est considéré par plusieurs auteurs comme un point tournant dans l'histoire judiciaire canadienne, un modèle à suivre[81], dont le raisonnement fut suivi dans d'autres affaires tels que *Sharpe*[82] et *Hudson*[83].

Par ailleurs, l'affaire *Baker* fut contestée par le professeur Stéphane Beaulac qui a défendu l'avis minoritaire du juge Iacobucci, le principe de la séparation des pouvoirs, le caractère fédéral de la *Constitution canadienne* ainsi que l'argument démocratique[84]. Le juge Iacobucci avait émis une réserve selon laquelle le recours aux standards internationaux des traités ne saurait être déterminant parce qu'il minerait les principes de la suprématie parlementaire et de la *rule of law* que véhicule la nécessité

---

78 Henri Brun et Guy Tremblay, *Droit constitutionnel*, Montréal, Yvon Blais, 4e éd, 2001 à la p 882 [Brun et Tremblay] [nos italiques].

79 *Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, [1999] 2 RCS 817, 174 DLR (4e) 193 [*Baker*].

80 *Ibid* au para 70.

81 Anne-Marie Trahan, « Les droit de l'enfant, la Convention des Nations unies et l'arrêt Baker : une trilogie porteuse d'espoir » dans Benoît Moore, dir, *Mélanges Jean Pineau*, Montréal, Thémis, 2003 aux pp 173 et 181.

82 *R* c *Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 RCS 45 [*Sharpe*].

83 *114957 Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) c Ville de Hudson*, 2001 CSC 40, [2001] 2 RCS 241 [*Hudson*].

84 Beaulac, *supra* note 3 aux pp 378-381.

de l'incorporation législative des traités[85]. Il s'agissait de la défense de l'approche dualiste de l'incorporation des traités internationaux en droit canadien, laquelle a été contestée par la majorité des auteurs dont Lorraine Boudreau, Marie Angèle Grimaud et Jean-François Noël[86] et, plus récemment, par France Houle qui adhère à l'avis de ces derniers.

Le juge Iacobucci a aussi cité une présomption en droit canadien selon laquelle le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international coutumier ou conventionnel. C'est la présomption de conformité du droit interne au droit international, appelée la doctrine interprétative de présomption de conformité[87]. Cette doctrine prévoit que le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes du droit international auxquels il s'est engagé et cela même en l'absence d'une loi habilitante. On présume que le Parlement n'a pas l'intention de contrer les engagements internationaux du pays et que face à une ambiguïté dans la loi, ou à deux interprétations possibles, les tribunaux retiendront celle qui est conforme au traité non confirmé[88].

La jurisprudence canadienne récente montre la tendance des tribunaux, de plus en plus accentuée, à se pencher vers une obligation d'examiner les conventions internationales. Le système traditionnellement dualiste est en train de céder la place à une approche plus intégrante des valeurs issues des conventions internationales, notamment en matière de droits de la personne et de l'enfant.

Selon France Houle, cette présomption n'est toutefois pas d'application facile parce qu'elle est subordonnée à deux conditions : l'ambiguïté du texte, qui peut être manifeste ou latente, et l'existence de traces indiquant une volonté du législateur de se conformer aux normes internationales. Les deux conditions peuvent être renversées par une argumentation contraire puisqu'il s'agit seulement d'une présomption simple[89].

France Houle met en cause l'approche dualiste de l'incorporation des traités internationaux en droit interne, une approche qu'elle considère de plus en plus dépassée[90]. Elle reproche au dualisme d'être un frein injustifié à la mise en œuvre du

---

85 Le concept de *rule of law* prend son origine en droit britannique. Or, même les tribunaux britanniques ont donné priorité au droit international, notamment au droit communautaire, en soulignant que celui-ci fait partie de leur droit interne. Lorraine Boudreau, Marie Angèle Grimaud et Jean-François Noël, « La Convention relative aux droits de l'enfant et son application en droit canadien » dans Jacqueline Rubellin-Devichi et Rainer Frank, dir, *L'enfant et les conventions internationales*, Presses Universitaires de Lyon, 1996 à la p 651 [Boudreau, Grimaud et Noël].

86 *Ibid*.

87 Michel Robert, « Le droit international et le droit interne : perspectives d'avenir », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Race, femme, handicap : les conventions internationales et le droit interne à la lumière des enjeux pratiques du droit à l'égalité*, Cowansville, Yvon Blais, 2010 à la p 11.

88 Brun et Tremblay, *supra* note 78 à la p 648.

89 France Houle, « L'arrêt Baker : Le rôle des règles administratives dans la réception du droit international des droits de la personne en droit interne » (2002) 27 Queen's LJ 511 aux para 21, 22 et 24.

90 *Ibid*.

droit international des droits de la personne en droit canadien et ouvre la réflexion sur la légitimité et la validité des modèles théoriques fondant les deux approches moniste et dualiste.

Cette idée fut soulignée à nouveau par les auteurs Boudreau, Grimaud et Noël selon lesquels « le régime dualiste qui caractérise le fonctionnement de ce pays [le Canada] est un élément qui complique l'application et la mise en œuvre de la *Convention* [*relative aux droits de l'enfant*] »[91].

L'idée que le dualisme pourrait être un obstacle au Canada à une meilleure protection des droits de la personne et de l'enfant fut indirectement confirmée par le Comité sénatorial permanent des droits de la personne[92].

En dépit de cet obstacle, la *Convention relative aux droits de l'enfant* a été citée à maintes reprises dans la jurisprudence des tribunaux canadiens et québécois[93]. La perception de la *CRDE* par la jurisprudence est marquée notamment dans le domaine familial, du droit à la jeunesse ainsi que dans le domaine du droit d'asile qui relève de la Cour fédérale. Celle-ci accueille favorablement la *CRDE*, du moins comme une source d'interprétation, pour protéger l'enfant demandeur d'asile malgré le fait que la *CRDE* n'ait pas été incorporée en droit canadien par une loi habilitante.

Ainsi, peu importe le fait que le système étatique soit moniste ou dualiste, que l'on parle d'un effet direct ou d'une loi habilitante ce qui fait la différence, finalement, c'est la volonté de se conformer aux valeurs universellement reconnues.

***

La jurisprudence que nous venons d'exposer est loin d'être cohérente quant à l'attribution d'un effet direct aux dispositions de la *CRDE*. Devant un tribunal de première instance, un enfant pourrait invoquer la *CRDE* seulement si le tribunal lui reconnaît un effet direct. Des nombreuses dispositions de la *CRDE* exigent l'intervention du législateur et elles n'auront pas d'effet direct[94]. D'autres sont suffisamment claires et précises et peuvent de ce fait être invoquées directement devant ce tribunal[95]. En Cour de cassation, l'effet direct semble être nié notamment à

---

91 Boudreau, Grimaud et Noël, *supra* note 85 à la p 281 [nos italiques].

92 Comité sénatorial des droits de la personne, *supra* note 77 à la p XV. « Le Comité signale que le Canada n'a aucun processus moderne, transparent et démocratique de mise en œuvre des traités internationaux sur les droits de la personne ».

93 Boudreau, Grimaud et Noël, *supra* note 85 aux pp 266-267.

94 Il s'agit des dispositions comme l'article 33 sur la protection de l'enfant contre l'usage des stupéfiants, l'article 34 sur l'exploitation sexuelle des enfants et les articles 32, paragraphes 2 et 36 qui obligent les États parties à prendre des mesures en vue de protéger l'enfant contre toute forme d'exploitation des enfants. *CRDE*, *supra* note 1, art 32(2), 33, 34 et 36.

95 Cour du travail, Bruxelles, 18 janvier 1995 (1996) Revue droits des étrangers à la p 112; Cour du travail, Anvers, 21 octobre 1998 (1999) Journal des tribunaux du travail à la p 191; Tribunal du travail, Bruges, 24 décembre 2001 (2002) Journal des tribunaux du travail à la p 291.

l'article 3 de la *CRDE* relatif à l'intérêt supérieur de l'enfant. Néanmoins, certaines juridictions de fond n'ont pas suivi la haute Cour sur cet aspect. Devant la Cour constitutionnelle, l'enfant pourrait arguer qu'il a subi une discrimination en lien avec un droit garanti par la *CRDE*, mais cette juridiction ne se préoccupera pas de la question de l'effet direct des dispositions invoquées. Enfin, la jurisprudence du Conseil d'État montre un rejet presque systématique des dispositions de la *CRDE* et ce, surtout dans le contexte migratoire des enfants étrangers. Il semble que ces décisions revêtent le caractère politique de son fonctionnement. Il est temps d'opérer un revirement de sa jurisprudence afin de mieux respecter les obligations juridiques internationales de la Belgique envers tous les enfants qui se trouvent sous sa juridiction.