

## L'ARRET MARCKX DE LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

par

Marc BOSSUYT (\*)

La Cour européenne des droits de l'homme a rendu son arrêt dans l'affaire *Marckx* le 13 juin 1979. C'était la 24<sup>me</sup> affaire portée devant la Cour (1) et la 6<sup>me</sup> dirigée contre la Belgique, pour la 3<sup>me</sup> fois également la Cour devait constater que la Belgique avait violé la Convention européenne des droits de l'homme (2). Les affaires précédentes dirigées contre la Belgique où une violation fut constatée furent l'affaire *linguistique belge* (3) (arrêt du 23 juillet 1968) et l'affaire des *vagabonds belges* (4) (arrêt du 18 juin 1971) (5).

Le 29 mars 1974, la Commission européenne des droits de l'homme fut saisie d'une requête, introduite par Mme Paula Marckx, qui se plaignait de la situation désavantageuse où elle-même et son enfant « naturel » se trouvaient à la suite de l'actuelle législation belge. La plainte fut également introduite au nom de sa fille Alexandra Marckx, née le 16 octobre 1973 à Wilrijk, reconnue et adoptée par sa mère célibataire respectivement le 29 octobre 1973 et le 30 octobre 1974.

(\*) Docteur en droit (Gand), Docteur ès sciences politiques (Genève), Chargé de cours à l'Université d'Anvers (U.I.A.).

(\*) Hoogleraar aan de Universiteit Antwerpen (U.I.A.).

(1) Les autres affaires étaient dirigées contre le Royaume-Uni (5), l'Autriche (4), la République fédérale d'Allemagne (4), la Suède (2), l'Irlande (1), les Pays-Bas (1) et le Danemark (1).

(2) La Cour n'a constaté aucune violation dans les affaires *De Becker* (27 mars 1962), *Delcourt* (17 janvier 1970) et *Syndicat national de la Police belge* (ci-après : affaire *Syndicat belge*) (27 octobre 1975).

(3) Affaire *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* (fond) (ci-après : affaire *linguistique belge*).

(4) Affaire *De Wilde, Ooms et Versyp*.

(5) En outre, la Cour a constaté des violations dans les affaires *Neumeister* (27 juin 1968), *Stögmüller* (10 novembre 1969) et *Ringelsen* (16 juillet 1971) contre l'Autriche, *Golder* (21 février 1975), *Irlande* (18 janvier 1978), *Tyrer* (25 avril 1978) et *Sunday Times* (26 avril 1979) contre le Royaume-Uni, *König* (28 juin 1978) et *Luedicke, Belkacem et Koç* (28 novembre 1978) contre la République fédérale d'Allemagne et *Engel et autres* (8 juin 1976) contre les Pays-Bas.

Les plaintes de Paula et d'Alexandra Marckx se résument comme suit :

1. le simple fait de la naissance ne suffit pas pour établir un lien juridique entre l'enfant « naturel » et sa mère;
2. même après la reconnaissance par la mère, aucun lien juridique n'existe entre l'enfant « naturel » et ses grands-parents;
3. en revanche, après la reconnaissance par la mère, celle-ci ne peut léguer la totalité de ces biens à son enfant « naturel ».

L'actuelle législation belge en la matière paraît sans doute dépassée. Différents ministres belges de la Justice ont déjà déposé des projets de loi tendant à mettre fin au traitement inégal des enfants « naturels » par rapport aux enfants légitimes. Toutefois, les Chambres législatives n'ont pas encore trouvé le temps d'adapter la législation belge aux conceptions de nos jours (6). Cependant, le problème qui se pose ici est de savoir si cette situation, dans le chef de la mère et/ou de la fille Marckx, constitue une violation de la Convention européenne des droits de l'homme.

Dans son rapport adopté le 10 décembre 1977, la Commission exprima l'opinion selon laquelle certains articles de la Convention européenne étaient violés dans le cas d'espèce. Dans son arrêt du 13 juin 1979, la Cour arriva à la même conclusion (7). En effet, aussi bien la Cour que la Commission ont estimé que furent violés : l'article 8 de la Convention considéré isolément, l'article 8 combiné avec l'article 14 de la Convention et l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole combiné avec l'article 14 de la Convention. Il faut en outre noter que la Cour a constaté des violations plus nombreuses que n'a fait la Commission. Puisque plusieurs griefs furent examinés par rapport à différents articles de la Convention et du premier Protocole, et que plusieurs membres de la Cour ont adopté une opinion dissidente, la Cour a répondu à dix-sept questions différentes, le plus souvent cependant avec une majorité très nette.

## I. BREF RESUME DE L'ARRET

Préalablement à l'examen du fond de l'affaire la Cour devait examiner si les requérantes pouvaient être considérées comme des « victimes » des violations de la Convention qu'elles avaient invoquées (8). Selon le Gou-

(6) Le dernier projet de loi tendant à modifier certaines dispositions en matière de filiation et d'adoption a été introduit par le Gouvernement au Sénat le 15 février 1978, *Doc. Sénat*, 1977-78, n° 305/1 et relevé de sa caducité par la loi du 21 mai 1979.

(7) La Cour était constituée par MM. G. Balladore Pallieri (Italie), G. Wiarda (Pays-Bas), M. Zekia (Chypre), P. O'Donoghue (Irlande), Mme H. Pedersen (Danemark), MM. Thor Vilhjálmsón (Islande), W. Ganshof van der Meersch (Belgique), Sir Gerald Fitzmaurice (Royaume-Uni), Mme D. Bindschedler-Robert (Suisse), MM. D. Evrigenis (Grèce), G. Lagergren (Suède), F. Gölcüklü (Turquie), F. Matscher (Autriche), J. Pinheiro Farinha (Portugal) et E. Garcia de Enterría (Espagne).

(8) L'article 25, premier paragraphe, première phrase, de la Convention se lit : « La Commission peut être saisie d'une requête adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particu-

vernement belge, leurs griefs soulevaient des problèmes essentiellement théoriques, puisque l'enfant n'était pas conscient des circonstances de sa venue au monde et que la mère l'aurait reconnue et adoptée de sa propre initiative (9). Selon la Cour toutefois, les requérantes s'attaquaient à une situation légale qui les touchait personnellement : selon l'article 25 de la Convention, le terme « victime » désigne « la personne directement concernée par l'acte ou omission litigieux », de telle sorte que Paula et Alexandra Marckx pouvaient « se prétendre » victimes des manquements dont elles se plaignaient (10).

#### A. LE RESPECT DE LA VIE FAMILIALE (Article 8 de la Convention)

L'article 8 de la Convention européenne présente sans doute le principal fondement juridique aux griefs de Paula et d'Alexandra Marckx. L'article 8, paragraphe 1, se lit ainsi : « 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». D'abord, les griefs furent examinés par rapport à cet article considéré aussi bien isolément qu'en combinaison avec l'article 14 de la Convention interdisant toute discrimination dans la jouissance des droits et des libertés reconnus dans la Convention.

Ainsi que le fit remarquer le juge Fitzmaurice dans son opinion dissidente, il faut d'abord vérifier si l'article 8 de la Convention est bien applicable aux griefs avancés, avant de pouvoir examiner si violation il y a (11). Quoique convaincu de l'approbation générale du principe, le juge Fitzmaurice craint qu'on ne perde « facilement de vue les principes lorsque le désir d'obtenir des résultats précis, quelle qu'en soit d'ailleurs la valeur propre, fait taire la voix de la conscience juridique » (12).

En ce qui concerne l'article 8, il estime qu'il est manifeste que son champ d'application se limite à ce qu'il appelle la « protection privée » de l'individu et qu'il cherche seulement à éliminer toute la gamme des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes et non de régler l'état civil des enfants en bas âge (13).

liers, qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties Contractantes des droits reconnus dans la présente Convention, dans le cas où la Haute Partie Contractante mise en cause a déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière ».

(9) Affaire *Marckx*, arrêt du 13 juin 1979 (ci-après : arrêt *Marckx*), par. 26.

(10) *Ibid.*, par 27. Seul le juge Fitzmaurice était en désaccord avec ce point de vue parce qu'il estimait que les plaignants n'étaient touchés que « d'une façon purement ou largement formelle, fictive, lointaine ou insignifiante ».

(11) *Ibid.*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 2-5.

(12) *Ibid.*, par. 5.

(13) *Ibid.*, par 7 : Il est tout à fait clair (du moins à mes yeux) — et tout le climat dans lequel l'idée de la Convention européenne des Droits de l'Homme a été conçue étaye cette opinion — que le principal, sinon le seul objet, le seul champ d'application visé par l'article 8 était ce que j'appellerai la « protection domiciliaire » de l'individu. Celui-ci et sa famille ne devaient plus

Comme la Commission, la Cour estime que l'article 8 présuppose l'existence d'une famille et qu'il ne distingue pas entre famille « légitime » et famille « naturelle ». En outre, la Cour constate qu'entre Paula et Alexandra Marckx il a existé et existe une vie familiale effective. La Commission avait déjà estimé, à l'unanimité, que le fait de la naissance crée la vie familiale au sens de l'article 8. En outre et selon la Cour, « le respect de la vie familiale implique... l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille » (14).

### 1. La filiation maternelle d'Alexandra Marckx

Selon la Commission, « le principe même de la nécessité de la reconnaissance constitue en soi une méconnaissance de la vie familiale de l'enfant naturel » (15). Par douze voix contre trois, la Cour a considéré que le fait qu'Alexandra Marckx a été juridiquement sans mère du 16 au 29 octobre 1973 constitue une violation de l'article 8 dans le chef de celle-ci (16). Sur ce point, la Commission ne semblait avoir décelé aucune violation de l'article 8 dans le chef de la mère de l'enfant « naturel ». Par dix voix contre cinq la Cour conclut, ici aussi, à une violation, puisqu'elle estime que la nécessité de la reconnaissance « dérivait d'un refus de consacrer pleinement la maternité de Paula Marckx dès la naissance » (17).

être exposés au sinistre toc-toc de quatre heures du matin à la porte, aux intrusions domestiques, perquisitions et interrogatoires, aux contrôles, retards et confiscations de correspondance, à l'installation d'appareils d'écoute (mouchards), aux restrictions d'emploi de la radio et de la télévision, à l'écoute ou au débranchement du téléphone, aux mesures privatives comme les coupures d'électricité ou d'eau, à des abominations comme le fait d'obliger les enfants à rapporter les activités de leurs parents, et même parfois des époux à témoigner l'un contre l'autre, bref à toute la gamme des pratiques inquisitoriales fascistes et communistes, de ces pratiques comme on n'en connaissait presque plus, du moins en Europe occidentale, depuis les époques d'intolérance religieuse et d'oppression jusqu'à leur réapparition (l'idéologie remplaçant la religion) dans de nombreux pays entre les deux guerres mondiales et par la suite. C'est tout cela, et non la réglementation interne, nationale, des rapports familiaux qui fait l'objet de l'article 8; et c'était pour éviter ces horreurs, ces tracasseries et ces vexations que « (la) vie privée et familiale (...) (le) domicile et (...) (la) correspondance » devaient être respectés, que l'individu devait être investi du droit à ce respect — et non pas pour réglementer l'état civil des enfants en bas âge.

(14) Commission européenne des droits de l'homme, Req. n° 6833/74, *Paula et Alexandra Marckx contre Belgique*, rapport de la Commission adopté le 10.12.77 (ci-après : « rapport Commission »), par. 69; arrêt *Marckx*, par. 31. Avec le juge Thor Vilhjálmsón nous pouvons cependant observer qu'« aucune règle juridique ne peut garantir à un enfant une vie familiale qui mérite d'être vécue si sa mère n'est pas disposée à la lui offrir ». La question peut être posée à savoir si l'article 8 ne vise pas de protéger juridiquement une vie familiale existante plutôt que l'intégration juridique automatique de l'enfant dans la vie familiale de sa mère.

(15) *Rapport Commission*, par. 75.

(16) Arrêt *Marckx*, par. 37.

(17) *Ibid.*, par 36. Le juge Matscher estime que l'article 8 oblige les Etats seulement de prévoir dans leur droit interne un régime qui permette facilement l'établissement de ce lien juridique avec conditions raisonnables et accessibles aux intéressés. Puisque les formalités pour reconnaître son enfant naturel sont tellement minimales, il pense qu'il n'y a pas de violation de l'article 8. Le juge Bindschedler-Robert souscrit aux vues de M. Matscher en ce qui concerne la mère, mais elle estime qu'il y a violation en ce qui concerne l'enfant, parce que celui-ci dépend entièrement quant à son statut de la volonté d'autrui.

## 2. *L'étendue juridique de la famille d'Alexandra Marckx*

La Commission était d'avis que « la notion de vie familiale (devait) être comprise dans un sens large et que le fait pour l'enfant naturel de demeurer juridiquement étranger à la famille de sa mère (constituait) une violation de la Convention dans le chef de l'enfant » (18). Bien que la Commission ne semble avoir retenu aucune violation de l'article 8, considéré isolément, dans le chef de la mère, la Cour conclut, par douze voix contre trois, que pareille situation constitue une violation de l'article 8, considéré isolément, aussi bien dans le chef de la mère que dans le chef de l'enfant, parce que « la vie familiale au sens de l'article 8 englobe pour le moins les rapports entre proches parents » (19).

## 3. *Les droits patrimoniaux invoqués par Paula Marckx et Alexandra Marckx*

La Commission a estimé que « l'article 8... ne (garantissait) pas les droits patrimoniaux » (20). A l'unanimité, la Cour affirme que la restriction imposée à la mère ne viole pas l'article 8, considéré isolément, tant dans le chef de la mère que dans le chef de la fille, parce que cet article « n'exige pas pour autant qu'un enfant ait droit à une certaine part de la succession de ses auteurs » et parce qu'« il ne garantit pas à une mère la liberté absolue de donner ou léguer ses biens à son enfant » (21). La Cour estime toutefois que l'article 8 est applicable dans cette matière (22), parce qu'elle considère, par 13 voix contre 2, que les restrictions susmentionnées constituaient tant dans le chef de la mère que dans le chef de l'enfant une violation de l'article 8, combiné avec l'article 14 interdisant toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention. La Cour estime en effet que « le domaine des successions — et des libéralités — entre proches parents apparaît intimement associé à la vie familiale » qui « englobe aussi des intérêts matériels » (23).

### B. L'INTERDICTION DE LA DISCRIMINATION (article 14 de la Convention)

De nos jours, l'on ne contesterait guère qu'une distinction dans la protection juridique des enfants, selon qu'ils sont ou non nés dans un mariage, n'est en principe pas légitime. Dans le cadre de la Convention européenne il ne

(18) *Rapport Commission*, par. 84.

(19) *Arrêt Marckx*, par. 45-46. En revanche, le juge Thor Vilhjálmsón déclare qu'il n'y a dans la Convention aucune obligation de prévoir des règles juridiques particulières quant aux liens entre un enfant né hors mariage et les parents de sa mère.

(20) *Rapport Commission*, par. 78.

(21) *Arrêt Marckx*, par. 53 et 61.

(22) Le juge Thor Vilhjálmsón estime que l'article 8 ne traite pas de l'aspect financier des rapports entre les deux requérantes.

(23) *Ibid.*, par. 52.

s'agit pas tant de se demander si la distinction incriminée est une discrimination interdite que de savoir si cette discrimination concerne un droit reconnu dans la Convention. En effet, l'article 14 ne peut être violé que lorsqu'une discrimination est constatée dans la jouissance d'un droit ou d'une liberté, reconnus dans la Convention. A ses débuts, la jurisprudence de la Cour n'était pas suffisamment claire sur la portée véritable de cette disposition. L'arrêt *Marckx* possède de toute façon le mérite de déterminer d'une façon claire et correcte la portée de l'article 14.

La Cour déclare expressément que, « bien que l'article 14 n'ait pas d'existence indépendante, il peut jouer un important rôle autonome ». « Pas d'existence indépendante » signifie que la discrimination doit avoir trait à un droit ou une liberté reconnus dans la Convention. « Rôle autonome » signifie qu'une violation de l'interdiction de discrimination est possible sans qu'une violation préalable d'un droit ou liberté concerné ait été constatée (24). Il est alors de la plus grande importance de constater préalablement que la discrimination concerne un droit ou une liberté reconnus dans la Convention. A ce sujet, le juge Fitzmaurice avait l'impression que

« la Cour, par une aversion naturelle pour toute espèce de discrimination injustifiée, tend à considérer toute discrimination de ce genre comme virtuellement contraire à la Convention en vertu du seul article 14, sans toujours avoir vérifié l'existence et l'applicabilité d'un autre article qui consacre en bonne et due forme les droits dont on prétend qu'ils ont donné lieu à traitement discriminatoire » (25).

Sur ce point, l'arrêt prononcé par la Cour le 27 octobre 1975, dans l'affaire du *Syndicat belge*, était sujet à critique puisqu'elle avait appliqué l'article 14 de la Convention à un droit (le droit d'être consulté) dont elle avait elle-même constaté qu'il ne constituait pas un élément inhérent d'un droit (la liberté syndicale) reconnu par la Convention (26). L'arrêt dans l'affaire *Marckx* ne se prête pas à une critique de ce genre, puisque la Cour a veillé à constater explicitement que le droit, dans la jouissance duquel une discrimination est alléguée, est reconnu par la Convention. Sur les trois points mentionnés *infra*, la Cour a décidé qu'il s'agissait de discriminations telle que l'article 14 l'interdit.

### 1. La filiation maternelle d'*Alexandra Marckx*

La distinction incriminée était défendue par le Gouvernement belge parce qu'elle donnait à la mère « la liberté de choisir entre reconnaître son enfant ou s'en désintéresser » et parce qu'« il serait dangereux de le soumettre à la

(24) Voir BOSSUYT, Marc, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, 133.

(25) Arrêt *Marckx*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 24. Voir aussi arrêt du *Syndicat belge*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 25 *in fine* : « Une aversion naturelle et louable pour la discrimination sous toutes ses formes ne saurait pourtant légitimer une conclusion dont il n'existe ou ne peut exister aucune justification juridique suffisante. La Cour ne connaît pas de l'éthique, mais du droit ».

(26) BOSSUYT, *L'interdiction...*, 236-238.

garde de l'autorité d'une personne qui n'aurait nullement exprimé le désir de s'occuper de lui ». Aux yeux de la Commission, cet argument ne paraissait pas convaincant. En effet, la Commission estimait qu'« une mère mariée (pouvait) aussi ne pas désirer élever son enfant et pourtant, dans son cas, la filiation est établie du seul fait de la naissance » et « d'autre part, l'enfant naturel n'(avait) pas moins d'intérêt que l'enfant légitime à l'établissement de sa filiation et à l'octroi d'une parenté ». La Commission estimait donc que les distinctions incriminées manquaient de justification objective et raisonnable. En outre, la Commission estimait que l'adoption faisait ressortir davantage encore la discrimination fondamentale entre enfants naturels et enfants légitimes. Lorsque le Gouvernement prétendait que la législation actuelle favorisait la famille traditionnelle, la Commission, suivie en ceci par la Cour (27), estimait que cette législation pénalisait la famille naturelle sans bénéficier à la famille légitime et qu'aucun but ne saurait justifier l'aspect punitif qu'elle présente (28).

Se ralliant à l'argumentation de la Commission, la Cour reconnaît entre autres « qu'il est en soi légitime, voire méritoire de soutenir et encourager la famille traditionnelle. Encore faut-il ne pas recourir à cette fin à des mesures destinées ou aboutissant à léser, comme en l'occurrence, la famille « naturelle » (29). Comme dans l'arrêt *Tyrer* du 25 avril 1978, la Cour rappelle que la Convention « doit s'interpréter à la lumière des conditions d'aujourd'hui ». La Cour fait observer en outre qu'ainsi qu'il apparaît de l'exposé des motifs du projet de loi dont le Sénat belge fut saisi le 15 février 1978 « la différence de traitement entre les citoyens belges selon que leur filiation est établie dans ou hors les liens du mariage, s'analyse en « une exception flagrante au principe fondamental de l'égalité de tous devant la loi » et que « les juristes et l'opinion publique sont de plus en plus convaincus qu'il y a lieu de mettre fin à la discrimination à l'égard des enfants « naturels » (30). Pour ces raisons, la Cour, par onze voix contre quatre en ce qui concerne la mère et par treize voix contre deux en ce qui concerne l'enfant, conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 8 (31).

## 2. *L'étendue juridique de la famille d'Alexandra Marckx*

Sur ce point également, la Cour affirme, par treize voix contre deux, que l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 est violé, tant dans le chef de la mère que dans le chef de l'enfant. La Cour estime que la considé-

(27) Arrêt *Marckx*, par. 55.

(28) *Rapport Commission*, par. 93-94.

(29) Arrêt *Marckx*, par. 40.

(30) *Ibid.*, par. 41.

(31) Le juge Bindshedler-Robert estime qu'il y a sur ce point uniquement discrimination dans le chef de l'enfant, parce qu'il est très facile pour la mère, au point de vue des formalités nécessaires, de reconnaître l'enfant. La simplicité de la procédure, par laquelle la mère peut reconnaître son enfant naturel a frappé les juges Fitzmaurice (« une formalité peu coûteuse, ordinaire et simple »), Matscher (« la pesanteur de cette formalité est tellement minime ») et Thor Vilhjálmsson (« la procédure de reconnaissance était très simple »).

ration selon laquelle la « paix » des familles « légitimes » peut parfois être troublée si l'enfant « naturel » entre juridiquement dans la famille de sa mère à l'égal de l'enfant issu d'un mariage, n'autorise pas à le priver de droits fondamentaux (32).

### 3. *Les droits patrimoniaux invoqués par Paula et Alexandra Marckx*

Il n'est pas étonnant que la Cour, après avoir constaté que l'article 8 est également applicable aux droits patrimoniaux, constate, par treize voix contre deux, que sur ce point l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 8 est violé tant dans le chef de la mère que dans le chef de la fille. Le Gouvernement belge avait essayé d'empêcher cette constatation considérant que la Cour n'aurait pas conclu aisément que la violation de la Convention datait du 14 juin 1955, date à laquelle la Convention européenne entra en vigueur à l'égard de la Belgique. Le Gouvernement croyait que, dans ce cas, la Cour aurait dû admettre que les exigences de la Convention avaient augmenté entretemps et qu'il fallait dès lors indiquer la date précise du changement. Un tel argument n'est pas étranger à la problématique devant laquelle se trouvait la Cour de Justice des Communautés européennes dans l'affaire *Defrenne/Sabena* (Rec. 1976, 481) (33). Or, la Cour de Strasbourg se réfère à cet arrêt de la Cour de Luxembourg où il est dit que « les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin », mais qu'« on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé ». La Cour de Strasbourg y ajoute que « le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt » (34).

Sur le point des droits patrimoniaux il fallait encore vérifier s'il n'y avait pas de violation de la Convention en combinant l'article 14 avec l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole, garantissant le droit de propriété. Suivant en ceci la Commission, la Cour, par dix voix contre cinq, y constate également une violation dans le chef de la mère, parce que la législation belge impose des restrictions, dans le domaine des libéralités entre vifs ou à cause de mort, valant uniquement pour les mères célibataires (35). Sur ce point, il n'y a pas

(32) Arrêt *Marckx*, par. 48.

(33) A ce sujet, voir KOHL, Alphonse, Observations sur la « non-rétroactivité » de l'autorité de l'arrêt *Defrenne* prononcé le 8 avril 1976 par la Cour de Justice des Communautés européennes, *R.C.J.B.*, 1977, 231-242.

(34) Ce dernier point est contesté par le juge Pinheiro Farinha (arrêt *Marckx*, opinion, en partie dissidente, par. 4) qui estime qu'« il n'appartient pas à la Cour de se prononcer sur l'applicabilité du droit dit par elle à d'autres cas que le cas concret sur lequel elle a statué ».

(35) *Rapport Commission*, par. 98-101; Arrêt *Marckx*, par. 65. La minorité est constituée par les juges Bindschedler-Robert, Fitzmaurice, Matscher, O'Donoghue et Pinheiro Farinha.



de violation dans le chef de l'enfant parce que la Cour a estimé à l'unanimité que l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole n'est même pas applicable sur les griefs de l'enfant.

### C. LES AUTRES ARTICLES DE LA CONVENTION EXAMINÉS PAR LA COUR

La Cour a encore examiné les griefs par rapport à l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole, et les articles 3 et 12 de la Convention et elle s'est prononcée sur l'application de l'article 50 de la Convention.

#### 1. *Le droit de propriété (article 1<sup>er</sup> du premier Protocole)*

La Commission avait déjà estimé que l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole n'était pas applicable dans le chef de l'enfant, parce que cet article ne garantissait aucun droit à acquérir des biens par voie de succession ou de libéralité (36). La Cour s'y rallie à l'unanimité et constate que le « texte (de cet article) se borne à consacrer le droit de chacun au respect de « ses » biens, et ne vaut par conséquent que pour des biens actuels » (37).

Tout comme la Commission (38), la Cour, par dix voix contre cinq, estime toutefois que cet article est applicable aux droits patrimoniaux de la mère, parce que « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété » (39). Par neuf voix contre dix, la Cour considère que l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole ne se trouve pas violé toutefois isolément parce que le deuxième alinéa de cet article permet au législateur de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général (40). Comme il a été relevé ci-dessus, la Cour estime toutefois, par dix voix contre cinq, que la restriction imposée à la mère célibataire par rapport à son enfant « illégitime » constitue une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole.

(36) *Rapport Commission*, par. 96.

(37) *Arrêt Marckx*, par. 50.

(38) *Rapport Commission*, par. 96.

(39) *Arrêt Marckx*, par. 63. La minorité est constituée par les juges Bindschedler-Robert, Fitzmaurice, Matscher, O'Donoghue et Pinheiro Farinha. Ainsi le juge Matscher, en ceci rejoint par les juges Bindschedler-Robert et Pinheiro, déclarent que « cette disposition vise des buts tout à fait différents ». Le juge Fitzmaurice a fait observer qu'« il est parfaitement clair ici qu'aucun rédacteur ayant pour intention ou pour mandat d'inclure dans le champ d'application d'une clause les droits d'héritage ou de disposition des biens par testament, acte solennel ou donation, ne se contenterait de mentionner « le respect des biens » ou « l'usage des biens » expression d'ailleurs fort ambiguë ». (*Ibid.*, opinion dissidente, par. 18 *in fine*) et « le principal, sinon le seul objet de l'article 1 du Protocole était d'empêcher les saisies, confiscations, expropriations, extorsions ou autres entraves arbitraires à la libre jouissance des biens, auxquelles de nombreux gouvernements sont, ou ont souvent été, trop enclins à recourir ». (*Ibid.*, par. 20.)

(40) *Ibid.*, par. 64. La minorité est constituée par les juges Balladore Pallieri, Evrigenis, Ganshof van der Meersch, Lagergren, Pedersen et Zekia.

## 2. *Les articles 3 et 12 de la Convention*

La Cour estime que « le régime juridique en litige présente sans doute des aspects que les intéressées peuvent ressentir comme humiliants, mais il ne constitue pas un traitement dégradant tombant sous le coup de l'article 3 » (41). La Cour estime également que « nul obstacle légal ne s'oppose à l'exercice de la liberté, pour la (mère), de se marier ou de rester célibataire » (article 12 de la Convention) (42).

## 3. *L'application de l'article 50 de la Convention*

Par neuf voix contre six, la Cour « estime qu'il n'y a pas lieu d'accorder à Paula et à Alexandra Marckx une satisfaction équitable autre que celle résultant de la constatation de plusieurs lésions de leurs droits ». Une minorité composée des juges Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis, Pinheiro Farinha et Garcia de Enterría estime toutefois que la législation belge a atteint Mme Paula Marckx « dans sa sensibilité et sa dignité de mère, ainsi que dans son sentiment de considération familiale ». A leur avis, « les tourments, les inquiétudes et les angoisses » qu'elle a ressenties justifient une satisfaction de caractère personnel et individualisée, que les intéressés avaient évalué avec une « extrême modération » et « dans un souci de dignité et de réserve », à un franc belge symbolique.

## II. QUELQUES CONSIDERATIONS DE DROIT PUBLIC

L'arrêt Marckx prendra sans aucun doute une place importante dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Rarement, en effet, la Cour a rendu un arrêt dont les conséquences paraissent aussi pénétrantes pour l'évolution du système de la Convention européenne et pour l'ordre juridique interne des Etats parties. Ainsi, plusieurs dispositions de droit civil et en particulier du droit des personnes et de la famille doivent désormais être examinées sur leur conformité avec la Convention.

Dans un article remarquable (43), François Rigaux, de l'Université Catholique de Louvain, a déjà examiné d'une manière très critique l'arrêt Marckx et il a consacré beaucoup d'attention aux aspects de cette affaire, entre autres, relevant plutôt du droit privé. En ce qui concerne ceux-ci, l'auteur écrit :

« La Cour s'est méprise sur les éléments juridiques qui définissent les relations familiales et, notamment, ceux qui en étendent les effets au-delà du rapport institué par la procréation entre la mère et son enfant. Elle a condamné la législation belge sur

(41) *Ibid.*, par. 66.

(42) *Ibid.*, par. 67.

(43) RIGAUX, François, *La loi condamnée. A propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme*, *J.T.*, 1979, 513-524.

une information insuffisante du contenu du droit tel qu'il avait été interprété par la jurisprudence et sur une méconnaissance de la portée véritable des discriminations subsistant entre l'enfant légitime et l'enfant naturel » (44).

Tout comme le juge Fitzmaurice, qui estime que la Cour a gonflé l'article 8 de la Convention d'une façon injustifiable (45), F. Rigaux estime « que la Cour est sortie de sa mission en prétendant imposer aux Etats contractants l'adoption d'un système précis en matière d'établissement de la filiation maternelle » (46). Ainsi se trouve posé le problème central de l'interprétation adoptée par la Cour de Strasbourg dans le développement de sa jurisprudence. Les considérations suivantes se limiteront à l'examen de cette méthode d'interprétation de la Cour de Strasbourg et des effets juridiques de l'arrêt Marckx dans l'ordre juridique belge.

#### A. LA METHODE D'INTERPRETATION DE LA COUR DE STRASBOURG

Les problèmes posés par la méthode d'interprétation adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme existent pratiquement depuis le début de cette jurisprudence, mais le monde juridique ne s'en rend compte que progressivement. Au sein même de la Cour, la question ne s'est posée qu'après l'entrée, comme membre de la Cour, du juge Sir Gerald Fitzmaurice, ancien membre de la Cour Internationale de Justice de La Haye (47).

##### 1. Une méthode d'interprétation « saine » selon le juge Fitzmaurice

Il convient de faire une distinction entre les fondements juridiques sur lesquels une « saine » méthode d'interprétation, selon le juge Fitzmaurice, doit être fondée et l'application que le juge en donne dans les arrêts de la Cour de Strasbourg auxquels il a joint des opinions dissidentes.

(44) *Ibid.*, 524, n° 78. Concluant ses observations, F. Rigaux exprime — d'une façon plutôt ironique — le vœu que « dans tous les pays membres du Conseil de l'Europe, la vie privée et familiale de la mère célibataire et de ses enfants reçoive une protection aussi étendue que celle dont ils jouissent aujourd'hui en Belgique ». (*Ibid.*, n° 79.)

(45) Arrêt *Marckx*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 15. Le juge Fitzmaurice poursuit : « Le droit familial n'est pas la vie familiale, et cet article constitue un fondement trop fragile et trop incertain pour que l'on puisse greffer les complexités et les délais de celui-là sur les simplicités relatives de celle-ci. La prétention d'y parvenir pour contraindre l'affaire à entrer dans le cadre (effectivement) très étroit de l'article 8 est, comme le dit si bien l'expression française, « cousue de fil blanc ». (*Ibid.*)

(46) RIGAUX, *loc. cit.*, 528, n° 38.

(47) Sur la contribution du juge Fitzmaurice à la jurisprudence de la Cour internationale de Justice, MERRILLS, J.G. (Sir Gerald Fitzmaurice's contribution to the Jurisprudence of the international Court of Justice, *B. Y.I.L.* 1976-1977, 183-240) écrit : « Fitzmaurice's individual opinions... are closely argued and rigorously reasoned... they show both a concern for the precise use of legal language and an awareness of the value of the humorous allusion » (*ibid.*, 184).

a. *Les fondements d'une méthode d'interprétation « saine »*

Dès la première affaire où il siégeait, le juge Fitzmaurice a fait savoir qu'il considérait la méthode d'interprétation de la Cour malsaine (48), en écrivant qu'

« il existe une différence considérable entre une « législation législative » édictée dans l'exercice d'un pouvoir souverain, et une législation fondée sur une convention, qui elle-même résulte d'une négociation, et limitée à ce qui a été accepté ou peut à bon droit être censé l'avoir été » (49).

Le juge Fitzmaurice considère que certains aspects de la jurisprudence de la Cour sont typiques

« des aspirations du législateur judiciaire à travers les âges; or, pour justifiées qu'elles puissent être sur le plan interne ou national, ces aspirations ne le sont guère ou pas du tout quand il s'agit de traités ou conventions interétatiques fondés sur un accord et dominés par ce fait essentiel » (50).

En effet, le juge Fitzmaurice pense qu'

« il appartient aux Etats dont le consentement constitue la base de la Convention, et la seule source de sa force obligatoire, de combler la lacune ou réparer la faiblesse par un amendement, et non point à une juridiction de se substituer aux auteurs de la Convention et d'accomplir leur tâche à leur place » (51).

Dans l'affaire du *Syndicat belge*, le juge Fitzmaurice rejette aussi l'argument selon lequel les règles d'interprétation de la Convention européenne seraient très différentes de celles d'un traité au sens traditionnel du mot, parce qu'elle aurait une nature « constitutionnelle » (52). Le juge

(48) Arrêt *Golder* (21 février 1975), Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 24 et 48.

(49) *Ibid.*, par. 32.

(50) *Ibid.*, par. 37 (c). Dans une note en bas de page le juge Fitzmaurice y ajoute entre autres : « Qu'une constitution nationale permette à une partie du processus législatif de s'accomplir par voie jurisprudentielle, c'est une chose; c'en est une autre, toute différente, que d'imposer cette méthode de l'extérieur aux Etats parties à une convention internationale censée reposer sur leur accord ».

(51) *Ibid.* D'ailleurs en ce qui concerne les interprétations en droit interne par le juge interne, le juge Fitzmaurice se rallie également au point de vue selon lequel : « le juge a pour rôle de dire le droit et non de le créer (*jus dicere*, et non *jus dare*), et (...) s'il se trouve placé devant un droit imparfait la voie qu'il doit suivre consiste à signaler la situation au législateur, et non à y remédier par des moyens judiciaires » (*ibid.*, note 21).

(52) *Ibid.*, Arrêt *Syndicat belge*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 9 (ii) : « il existe des règles d'interprétation applicables aux constitutions et elles ressemblent dans une large mesure à celle de la clause législative ou constitutionnelle en question ». En ce qui concerne leur constitution — ou la législation adoptée en vertu de celle-ci — en fonction (entre autres, pour le moins) des intentions du législateur, ou des auteurs de la constitution, en ce sens qu'elles rejettent d'ordinaire en tout cas, des interprétations manifestement non envisagées par ceux-ci ou sortant du cadre de la clause législative ou constitutionnelle en question ». En ce qui concerne des arguments en faveur d'une interprétation « évolutive » en vertu de la nature « constitutionnelle » de la Convention, voir SØRENSEN, Max, Les droits inscrits en 1950 dans la Convention européenne des droits de l'homme ont-ils la même signification en 1975 ? in Conseil de l'Europe, *Actes du Quatrième Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme*, Strasbourg, 1976, 83-109.

Fitzmaurice n'accepte pas que la Cour de Strasbourg doive être un « instrument politique » (53). En effet, on peut se demander pourquoi des organes politiques (les gouvernements) abandonneraient des compétences à des organes juridictionnels, lorsque ceux-ci s'arrogeraient la compétence de prendre des décisions politiques. Dans ses opinions dissidentes, le juge Fitzmaurice a mis en garde contre les multiples dangers qu'accompagnent des interprétations larges d'un traité tel que la Convention européenne des droits de l'homme (54).

De son côté, F. Rigaux, qui croit également que « la Cour européenne des droits de l'homme se place délibérément en dehors des exigences propres à l'ordre juridique international », estime qu'« il ne faut surtout pas croire que, parce qu'elle est plus aventureuse (55), la méthode d'interprétation de la

(53) Arrêt *Syndicat belge*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 10 : « A mes yeux, l'intégrité du droit exige que les tribunaux n'appliquent ce dernier ni comme l'instrument ni comme l'inspirateur de la politique, mais conformément à leurs propres règles et critères professionnels ». Un développement plus explicite de ce point de vue de Sir Gerald Fitzmaurice se trouve dans *Transactions of the Grotius Society*, 38 (1953), 149 (cité par MERRILLS, *loc. cit.*, 239-240) : « The social function which law has to perform is precisely that of supplying the legal element so necessary in international, as in human affairs, and so indispensable to a full and satisfactory consideration and settlement of the problems that arise. But the value of the legal element depends on its being free of other elements, or it ceases to be legal. This can only be achieved if politics and similar matters are left to those whose primary function they are, and if the lawyer applies himself with single-minded devotion to his legal task. It is not a spectacular task, it does not attract the limelight or gain the headlines; but properly done, it is infinitely worthwhile and infinitely rewarding. By practising this discipline and these restraints, the lawyer may have to renounce, if he has ever pretended to it, the dominance or rule of lawyers in international affairs, but he will establish something of far greater importance to himself and to the world — *the Rule of Law* ».

(54) Voir ces opinions dissidentes dans les arrêts *Golden* (par 37 (c) *in fine*) : « il sera ensuite difficile, pour des raisons de cohérence, de refuser des interprétations extensives dans d'autres contextes où le bon sens commanderait peut-être une attitude différente; la liberté d'action aura été compromise »; *Syndicat belge* (par. 8) : « le fonctionnement de la Convention européenne, ainsi que de son système de contrôle et de règlement judiciaire, est observé par des gouvernements non européens qui hésiteraient encore plus à souscrire au droit de recours individuel que les gouvernements européens ne l'ont fait en 1949-1950, comme le prouve clairement l'absence persistante de tout effort d'introduire dans les Pactes universels relatifs aux Droits de l'Homme une notion ou un système de ce genre. De tels gouvernements risqueraient, à mon avis, d'être fortement découragés d'agir jamais de la sorte s'il apparaissait que l'une des conséquences possibles serait que les limites qu'ils entendent assigner au domaine du pacte ou de la convention en question ne seront peut-être pas respectées par les organes de contrôle » : *Irlande* (par. 36) : « si, poussé par le souci louable de faire respecter et appliquer la Convention, on se laisse aller à bannir le bon sens, l'ensemble du mécanisme finira par être discrédité. Il n'y a pas de plus sûr moyen d'arriver à ce résultat que d'affaiblir et de déformer les termes de la Convention en les élargissant de façon à leur faire englober des concepts et des notions qui dépassent leur portée juste et normale ».

(55) RIGAUX (*loc. cit.*, 523, n° 76) y ajoute : « La jurisprudence de la Cour fait parfois penser aux homélies de certains curés qui, en s'adressant en termes très sévères au petit nombre de fidèles qui leur reste, entendent fustiger tous ceux qui ont cessé de fréquenter l'église. Compte tenu de la situation dans le monde, et même en Europe, il paraît plus sage d'exiger impérativement que les droits fondamentaux soient universellement respectés que de poursuivre, dans quelques rares Etats ayant souscrit la déclaration prévue par l'article 46 de la Convention, une

Cour, serve mieux le progrès des droits de l'homme en Europe » (...), car « l'interprétation littérale de la Convention interdit peut-être à la Cour de protéger des droits individuels nouveaux, non prévus en 1950, mais elle garantit de manière plus solide le respect effectif des droits explicitement reconnus » (56).

Bien qu'animés des meilleures intentions, les tenants d'interprétations larges de conventions internationales en matière de droits de l'homme perdent trop aisément de vue la fonction principale d'un système international de protection des droits de l'homme : l'instauration d'un mécanisme de protection subsidiaire (57) pour un standard minimum vis-à-vis duquel on peut admettre que chaque Etat (le cas échéant, chaque Etat d'une région déterminée) est en mesure d'assumer l'obligation en droit international de le respecter. En élargissant outre mesure la portée de ces droits, ils perdent aussi bien leur caractère fondamental qu'universel, ce qui fait perdre à la notion « droits fondamentaux » *ipso facto* son utilité et sa force. Il n'appartient pas à une juridiction internationale, mais au législateur national (et subsidiairement au législateur international) (58) d'élargir la protection juridique des sujets de droit. La fonction propre d'une juridiction internationale consiste dans l'exercice inébranlable du contrôle sur ce noyau de droits fondamentaux soumis à sa compétence.

#### b. *L'application de cette méthode d'interprétation par le juge Fitzmaurice*

La reconnaissance du bien-fondé des fondements juridiques susmentionnés n'implique pas nécessairement un accord sur l'application que le juge

mise à jour de la législation civile selon le dernier cri de quelques Etats dont la législation est citée en modèle obligatoire. En d'autres termes, la Cour préfère une politique d'interprétation extensive et évolutive de la Convention, renforçant les exigences acceptées par un petit nombre d'Etats, à une interprétation plus littérale, et par conséquent, plus restrictive, celle-ci étant liée à une politique de diffusion de l'aire géographique des droits de l'homme respectés ».

(56) *Ibid.*, 524, n° 77 *in fine*.

(57) Cf. la Cour de Strasbourg dans l'arrêt *linguistique belge*, par. 9 : « (La Cour) ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention ».

(58) Il y a aussi danger dans la rédaction de conventions qui à cause des ambitions élevées de leurs promoteurs ne se limitent pas à désigner sur le plan international un certain minimum de droits, mais qui en revanche formulent un certain nombre de desiderata qui ne sont pas encore généralement réalisés. Une convention internationale n'est pas un moyen tendant à encourager par la voie internationale ce qu'on ne peut pas réaliser sur le plan national. Pour cela il y a des résolutions, des recommandations et des déclarations. Ce qui n'est pas encore généralement accepté dans les systèmes juridiques des pays qui peuvent être considérés comme étant les plus respectueux des droits de l'homme ne doit certainement pas être prescrit comme obligation de droit international devant être respectée par l'ensemble des Etats. Des règles de droit international en matière de droits de l'homme qui dépassent la protection nationale moyenne en cette matière seront probablement totalement inefficaces, ce qui risque de discréditer la crédibilité du droit international en général et en tant que moyen d'amélioration de la protection des droits de l'homme en particulier.

Fitzmaurice leur a donné dans les affaires où il a joint une opinion dissidente. En fin de compte, toute interprétation est immanquablement le résultat d'un jugement humain et en dernière instance le juge conserve une certaine liberté de jugement, ce qui rend des divergences d'opinion toujours possibles. Mais le nœud de la présente divergence ne consiste pas en l'une ou l'autre nuance dans l'appréciation des faits, mais dans les principes juridiques sur lesquels la méthode d'interprétation de la Cour se fonde.

Ils sont probablement peu nombreux, ceux qui voudraient souscrire aux conclusions du juge Fitzmaurice dans les affaires *Irlande* et *Tyrer*; la décision de la Cour dans l'affaire *Goldner* ne paraît pas rencontrer des objections majeures parce que les conclusions auxquelles la Cour est arrivée dans ces affaires ne sont pas absolument incompatibles avec les principes juridiques susmentionnés. En revanche l'interprétation de la Cour dans l'affaire du *Syndicat belge* (et surtout l'interprétation de la Commission) (59) et dans l'affaire *Marckx* (plus encore que l'interprétation de la Commission) ont conduit à des résultats qui paraissent inconciliables avec la « saine » méthode d'interprétation selon le juge Fitzmaurice.

## 2. Une appréciation de cette méthode d'interprétation « saine »

La différence dans l'appréciation de ces deux séries d'affaires trouve son origine dans le fait que dans la première il s'agit d'une interprétation large des droits qui n'atteint pas toutefois à leur caractère de liberté classique, tandis que l'interprétation dans l'affaire du *Syndicat belge* et dans l'affaire *Marckx*, tout comme auparavant dans l'affaire *linguistique belge*, avait pour conséquence la transformation d'une liberté classique en un droit social exigeant de la part de l'Etat une intervention active. En ce qui concerne l'affaire *linguistique belge* (60) et l'affaire du *Syndicat belge* (61), nous avons déjà eu l'occasion de critiquer une telle interprétation. Il est à marquer que F. Rigaux a fait observer maintenant que les dispositions de la Convention européenne peuvent investir les particuliers de droits subjectifs, dans la mesure où ils ont une portée négative, mais point lorsqu'une interprétation positive est donnée à ces dispositions (62).

(59) En ce qui concerne la liberté syndicale, ceci concerne seulement l'interprétation de la Commission, mais la Cour est arrivée à un résultat également contestable lorsqu'elle a déclaré l'article 14 applicable à un élément qui n'est inhérent à l'article 11 (voir aussi *infra*, note 61).

(60) Voir BOSSUYT, *L'interdiction...*, 214-217 avec la conclusion suivante : « L'interprétation positive du droit à l'instruction soulève beaucoup de réserves. La Cour s'est engagée dans une voie dont les dangers sont incalculables ». Le juge Fitzmaurice a également critiqué l'arrêt *linguistique belge* (arrêt *Syndicat belge*, Sir Gerald Fitzmaurice, opinion dissidente, par. 20). Voir cependant BOSSUYT, *L'interdiction...*, 237, note 16.

(61) *Ibid.*, 234-238 avec la conclusion suivante : « Qu'il nous soit cependant permis de douter fortement que cette conception 'sociale' soit compatible avec le texte et le contexte de l'article 11. Il nous semble encore moins plausible de supposer qu'elle corresponde à l'objet et au but de la Convention européenne et certainement pas aux intentions des parties contractantes ».

(62) RIGAUX, *loc. cit.*, 523, n° 74 *in fine* : « Quand, au contraire, l'article 8, § 1<sup>er</sup>, met à charge de l'Etat une obligation positive, celle de donner à la famille naturelle l'encadrement juridique

a. *L'interprétation stricte de la compétence de la Cour*

La transformation des libertés classiques, qui imposent essentiellement des obligations négatives (un devoir d'abstention), en droits sociaux, qui exigent une intervention positive de l'Etat, est en effet difficilement justifiable par la voie de l'interprétation (63). Sauf dans la mesure où le texte de la Convention européenne contient des indications permettant de conclure que les Etats parties étaient prêts, pour un certain droit, de soumettre des obligations positives au mécanisme de contrôle de la Convention, toute interprétation transformant le contenu négatif d'un droit garanti en une obligation positive est contestable. Semblable interprétation revient en effet à élargir considérablement — et sans que, probablement, les Etats parties l'ont voulu — la compétence de la Cour. Une interprétation élargissant la compétence d'un organe juridictionnel international ne trouve aucun appui cependant dans le droit international (64).

Ainsi qu'il apparaît clairement, surtout dans l'arrêt *Marckx*, la méthode d'interprétation de la Cour de Strasbourg est fortement influencée par celle de la Cour européenne de Justice de Luxembourg. Ainsi que F. Rigaux l'a relevé (65), il existe pourtant une différence fondamentale entre ces deux organes européens. En premier lieu, les Etats membres des Communautés européennes sont obligatoirement soumis à la juridiction de la Cour de Luxembourg, tandis que les Etats parties à la Convention européenne ne sont soumis à la juridiction de la Cour de Strasbourg que lorsqu'ils ont fait à cette fin une déclaration révocable. En outre, la Cour de Luxembourg est autorisée à faire appel aux principes généraux de droit qui sont communs aux systèmes juridiques des Etats membres, tandis que la compétence de la Cour de Strasbourg est limitée à l'interprétation et à l'application de la Convention européenne (66). Par conséquent, la Cour de Strasbourg se rapproche plus

approprié, il impose une obligation de faire dont les autorités compétentes (gouvernement, Chambres législatives) sont responsables, mais qui ne saurait investir immédiatement les particuliers d'aucun droit subjectif ».

(63) Au sujet de la distinction entre ces deux catégories de droits, voir BOSSUYT, *L'interdiction...*, 184-186 et ss. Au sujet des droits sociaux, voir VIERDAG, E.W., *The Legal Nature of the Rights granted by the International Covenant on economic, social and cultural Rights*, N. Y. I. L., 1978, 69-105.

(64) Voir ROUSSEAU, Charles, *Droit international public*, tome 1, Introduction et Sources, Paris, Sirey, 1970, 273 : « Sont sujettes à l'interprétation restrictive, en raison même de leur caractère exceptionnel — tout règlement arbitral ou judiciaire international étant un règlement volontaire — les clauses des traités conférant compétence à un arbitre ou à un juge international ». Un appel à la nature « constitutionnelle » de la Convention (voir *supra*, note 52) ne peut pas y remédier. Ce n'est pas parce que plusieurs constitutionnalistes s'intéressent à la Convention que celle-ci perdrait son caractère de droit international.

(65) RIGAUX, *loc. cit.*, 521, n° 61, et 524, n° 77.

(66) Une comparaison de l'article 45 de la Convention européenne (« La compétence de la Cour s'étend à toutes affaires concernant l'interprétation et l'application de la présente Convention que les Hautes Parties Contractantes ou la Commission y soumettront, dans les conditions prévues par l'article 48 ») avec l'article 164 du traité - C.E.E. (« La Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ») démontre déjà que ce dernier à une portée plus large.



d'une instance juridictionnelle de droit international classique que la Cour de Luxembourg (67) et elle doit, plus que la Cour européenne de Justice, tenir compte des règles d'interprétation de droit international classique (68). Or, la Cour de Strasbourg prétend bien appliquer ces règles (69), mais elle donne aux termes « objet et but du traité » une importance et une signification qui ne sont pas toujours conciliables avec la valeur qu'ils reçoivent en droit international.

Dans des considérations intéressantes (70), consacrées à la controverse relative à la méthode d'interprétation de la Cour de Strasbourg à l'occasion de certaines opinions dissidentes du juge Fitzmaurice, Marcus Helmons a exprimé l'opinion que les Etats parties à la Convention européenne auraient instauré un système *sui generis*, dépassant le droit international classique et qui serait comparable au droit communautaire européen (71). Tenant compte de la réserve exprimée ci-dessus à ce sujet, il faut relever en outre que cet auteur estime néanmoins qu'une grande prudence s'impose lorsqu'on adopte une interprétation téléologique. On ferait preuve d'une attitude qualifiable plutôt de « politique » (72) que de « juridique » lorsqu'on accepterait que les limites d'une interprétation pareille seraient entre autres déterminées par l'élévation ou non de contestations à ce sujet par les Etats parties (73). Contestations ou pas, ce qui tombe dans le champ d'application de la Convention doit ressortir plein effet, et la Cour reste incompétente pour ce qui, selon une saine méthode d'interprétation, tombe en dehors.

(67) Voir aussi RIGAUX, *loc. cit.*, 521, n° 61.

(68) En ce qui concerne ces règles de droit international, voir e.a. SUR, Serge, *L'interprétation en droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1974, 449 p. Voir aussi ROUSSEAU, *op. cit.*, 241-305, NGUYEN QUOC Dinh, *Droit international public*, Paris, L.G.D.J., 1975, 239-248 et REUTER, P., *Introduction au droit des traités*, Paris, A. Colin, 1972, 101-105 et surtout 103, n° 140 : « La soumission au texte est ainsi, en droit international notamment, la règle cardinale de toute interprétation. Il se peut que dans d'autres systèmes juridiques, dans lesquels le juge et le législateur relèvent d'un principe d'autorité et non plus de libre consentement, on ait revendiqué pour le juge le droit de faire dire à un texte ce qu'il n'avait pas prévu et même le contraire de ce qu'il disait. Mais de telles interprétations, parfois baptisées de téléologiques, ne peuvent être dissociées du fait que le recours au juge est obligatoire, que celui-ci est obligé de statuer et qu'il se trouve au demeurant sous le contrôle d'un législateur efficace, dont il ne fait finalement, dans ses plus grandes hardiesses, que devancer sous son contrôle les interventions ».

(69) Voir par exemple dans l'arrêt *Golder*, par. 29 : « La Cour est disposée à considérer, avec le gouvernement et la Commission, qu'il y a lieu pour elle de s'inspirer des articles 31 à 33 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités. Cette convention n'est pas encore en vigueur et elle précise, en son article 4, qu'elle ne rétroagira pas, mais ses articles 31 à 33 énoncent pour l'essentiel des règles de droit international communément admises et auxquelles la Cour a déjà recouru ».

(70) MARCUS HELMONS, Silvio. De certains principes d'interprétation appliqués par les juridictions internationales in *Liber Amicorum Professor Omer De Raeymaeker* (Belgisch buitenlandse beleid en internationale betrekkingen), Leuven, U.P., 1978, 141-162.

(71) *Ibid.*, 152.

(72) Cf. *supra*, note 53.

(73) Ainsi qu'il pourrait apparaître implicitement de l'importance attachée à l'assentiment tacite des Etats : « Or jusqu'à présent, malgré quelques réactions superficielles, les Etats n'ont jamais contesté l'interprétation donnée par la Cour à certains articles » (MARCUS HELMONS, *loc. cit.*, 162).

b. *L'interprétation large de la portée des droits et libertés classiques*

Ceci n'implique pas que la Convention doive toujours être interprétée d'une façon stricte (74). Aussi longtemps qu'il s'agit de droits et de libertés classiques, on peut soutenir que la Convention est essentiellement de nature déclarative, de telle manière que le juge peut remédier d'une façon prétorienne à un manque de précision de certains de ces droits (75). On peut admettre que les Etats parties se sont proposés de garantir les droits et libertés classiques et que l'une ou l'autre exclusion apparente, par le texte de la Convention, de l'un ou l'autre aspect d'un tel droit ou d'une telle liberté n'implique pas nécessairement que les Etats parties n'ont pas voulu garantir cet aspect (76).

Il n'y a donc aucune contradiction lorsqu'on préconise à la fois une interprétation stricte de la compétence de la Cour et une interprétation large de la portée des droits et libertés garantis dans la Convention (77). Les limites de cette dernière interprétation sont toutefois déterminées par le critère de la transformation ou non d'un droit ou d'une liberté classique en un droit social. En dernière instance, il appartient à la Cour de Strasbourg de fixer ces limites (78).

En outre, en interprétant les notions de la Convention, il faut tenir compte des conditions de vie actuelles (79). Il est notamment possible qu'un certain traitement n'était pas, en 1950, considéré comme « dégradant », mais qu'il

(74) D'ailleurs le juge Fitzmaurice écrit également : « Je ne veux pas dire, bien entendu, qu'une convention telle que la Convention des Droits de l'Homme doit s'interpréter de manière étroitement restrictive, qu'il ne faut pas lui donner une interprétation raisonnablement libérale prenant aussi en considération les changements ou évolutions manifestes survenus dans les esprits depuis sa conclusion » (Arrêt *Syndicat belge*, opinion dissidente, par. 10). Voir aussi MERRILLS, *loc. cit.*, 225 : « Although Fitzmaurice emphasized the primacy of the text, his approach to interpretation cannot be described as rigid or narrow ».

(75) Voir BOSSUYT, *L'interdiction...*, 205 et 232.

(76) Pour cette raison il n'est pas toujours possible de suivre la critique du juge Fitzmaurice souvent fondée sur une interprétation trop textuelle, aussi longtemps que la Cour reste dans le cadre des libertés classiques.

(77) Un point de vue similaire a été défendu par H. Danelius, agent du Gouvernement Suédois dans l'affaire du *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives* (Arrêt du 6 février 1976) série B, 150 : « Pareille interprétation extensive peut se justifier, par exemple, lorsqu'il s'agit de déterminer la portée et le sens exact de droits qui tombent sans conteste dans le domaine de la Convention. Ainsi, des expressions générales comme « traitement inhumain », « procès équitable » et « délai raisonnable » doivent s'interpréter compte tenu du but humanitaire de la Convention » mais d'autre part : « une interprétation prudente se recommande nettement là où une interprétation extensive aurait pour effet d'imposer à un Etat contractant des obligations qu'il n'avait ni l'intention d'assumer, ni aucune raison de se croire censé assumer, quand il a ratifié la Convention » (*ibid.*).

(78) En négligeant la distinction entre liberté classique et droits sociaux la Cour risque de sortir du domaine de sa compétence.

(79) Arrêt *Tyner*, par. 31 : « La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter — la Commission l'a relevé à juste titre — à la lumière des conditions de vie actuelles ».

l'est en 1979; qu'il constitue par conséquent, non en 1950, mais bien en 1979, une violation de la Convention. Certes, l'interprétation de la Cour serait difficilement justifiable lorsqu'elle impliquerait nécessairement que l'article 8 de la Convention n'était pas applicable en 1950, mais le serait devenu en 1979 (date de l'arrêt), ou plutôt en 1973 (date de la naissance d'Alexandra Marckx). La situation est toute autre lorsqu'il apparaît qu'il faut admettre que la législation incriminée en 1950 (date de l'adoption de la Convention) ou en 1955 (date de l'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de la Belgique) ne devait pas être considérée comme une violation de la vie familiale (et de l'interdiction de la discrimination) (80) mais l'était devenue en 1979 — eu égard aux changements dans les circonstances de vie et les conceptions de la société (81).

Les difficultés (82) concernant le moment à partir duquel l'interprétation de la Cour est supposée applicable (1950 ? 1955 ? 1973 ? 1979 ?) paraissent exagérées. En se fondant sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Marckx* (avec référence à l'affaire *Defrenne*) on peut admettre que l'interprétation de la Cour fera autorité dans les affaires qui dans l'ordre juridique interne n'ont pas encore reçu un règlement définitif devant les instances juridiques compétentes, mais qu'il ne faut pas remettre en question les décisions qui ont autorité de la chose jugée. Il faut tout d'abord cependant rechercher quels sont les effets juridiques de l'arrêt *Marckx* dans l'ordre juridique belge.

#### B. LES EFFETS JURIDIQUES DE L'ARRET MARCKX

Quoi qu'on pense de l'interprétation de la Cour, il faut examiner quels sont pour la Belgique les effets juridiques de cet arrêt. Sur le plan du droit international, la situation est très claire. Les Etats parties se sont engagés en vertu de l'article 53 de la Convention « à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». L'Etat belge se trouve par conséquent devant l'obligation de droit international de se conformer à l'arrêt de la Cour. Puisqu'en fait l'arrêt a constaté l'incompatibilité de certaines dispositions législatives belges avec la Convention européenne, le législateur belge est obligé de remplacer ces dispositions par une législation qui ne serait plus incompatible avec la Convention européenne. En attendant cette nouvelle législation, la question se pose de savoir dans quelle mesure le juge belge doit tenir compte de cet arrêt. Ceci demande qu'on s'interroge sur la portée de la notion d'effet direct et de rechercher si l'arrêt *Marckx* peut avoir en soi des effets directs dans l'ordre juridique belge.

(80) L'applicabilité de l'interdiction de la discrimination dépend de la constatation préalable de l'applicabilité de l'article 8.

(81) L'importance de la distinction nette faite par le juge Fitzmaurice entre l'applicabilité et la violation d'un article devient d'autant plus évidente.

(82) Soulevé par le Gouvernement belge (arrêt *Marckx*, par. 58) et relevé également par F. Rigaux (*loc. cit.*, 522, n° 67).

## 1. *La notion d'effet direct*

Il convient d'examiner quelle est l'autorité qui peut être attribuée dans l'ordre juridique interne aux arrêts de Strasbourg et quelle est l'importance de la volonté commune des Etats parties en cette matière.

### a. *L'autorité des arrêts de Strasbourg*

En droit strict, l'arrêt de la Cour de Strasbourg, tout comme les arrêts de la plus haute instance juridictionnelle belge, n'est obligatoire que pour l'affaire dans laquelle la Cour s'est prononcée. Ceci n'empêche pas, comme pour les arrêts de la Cour de Cassation, qu'il faut admettre que le juge belge se laissera influencer, lorsqu'il sera appelé à appliquer la Convention, par l'interprétation qui en est donnée par l'organe le plus compétent en cette matière (83). Le juge qui continuerait à appliquer une loi que la Cour de Strasbourg a déclaré incompatible avec la Convention européenne n'engagerait pas seulement la responsabilité internationale de l'Etat belge, qui de cette façon, s'attirerait quasi certainement une nouvelle condamnation par la Cour de Strasbourg, mais en outre il donnerait une application incorrecte du droit belge.

En effet, la Convention est incorporée dans l'ordre juridique belge (84) et on peut difficilement admettre que le juge belge considère son interprétation propre de la Convention comme ayant plus d'autorité que celle adoptée par la Cour dans des affaires similaires. Il serait encore moins admissible qu'une interprétation donnée d'une disposition de la Convention soit considérée valable dans l'ordre juridique national, mais qu'une autre interprétation adoptée par la Cour de Strasbourg ne serait valable que pour l'ordre juridique international. En principe, il faut donc s'attendre à ce que les instances juridictionnelles belges (85) n'appliquent plus les dispositions incriminées de la législation belge, dans la mesure où elles auront été jugées incompatibles avec la Convention européenne. Ce point de vue au niveau des principes est correctement traduit par F. Rigaux lorsqu'il écrit :

(83) Voir DRZEMCZEWSKI, Andrew, The Authority of the Findings of the Organs of the European Human Rights Convention in Domestic Courts, *Legal Issues of European Integration*, 1979, 1-50.

(84) Les conditions traditionnelles sont remplies : la Convention, qui est en vigueur sur le plan international depuis le 3 septembre 1953 (date à laquelle elle était ratifiée par dix Etats membres du Conseil de l'Europe) et à l'égard de la Belgique depuis le 14 juin 1955 (date à laquelle l'instrument de ratification de la Belgique a été déposé), a reçu l'assentiment des Chambres par la loi du 13 mai 1955 et a été publié dans le *Moniteur belge* du 19 août 1955. Au sujet de ces conditions, voir SALMON, Jean J.A., Le conflit entre le traité international et la loi interne en Belgique à la suite de l'arrêt rendu le 27 mai 1971 par la Cour de Cassation, *J.T.*, 1971, 511.

(85) En outre, ceci ne vaut pas seulement pour les juges, mais pour tous ceux qui sont appelés à appliquer les lois belges, et plus particulièrement les notaires.

« Si l'article 8 est, avec l'interprétation qu'il vient de recevoir de la Cour, directement applicable en Belgique, il évince la législation nationale avec laquelle il est incompatible. Cela signifie que les tribunaux devraient aussitôt refuser d'appliquer toutes les dispositions du Code civil dont il serait démontré qu'elle contredisent le droit au respect de la vie familiale tel qu'il a été interprété par la Cour » (86).

#### b. *L'importance de la volonté commune des Etats parties*

Il faut toutefois faire une réserve lorsque F. Rigaux (87) estime que l'effet direct trouve son origine dans la volonté commune des Etats parties. Apparemment (88), l'impression que la volonté commune des Etats parties se trouve à la base du caractère « *self-executing* » des dispositions conventionnelles trouve son origine dans l'avis consultatif de la Cour permanente de Justice internationale dans l'affaire de la *compétence des tribunaux de Dantzig* (89) et dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg relative à l'effet direct du droit communautaire européen (90). Tout comme l'effet direct du droit communautaire européen ne trouve pas sa justification dans la nature particulière de ce droit à l'intérieur de l'ordre juridique international (91) (pour lequel l'effet direct serait inexistant ou inconnu) (92), on ne peut pas supposer non plus que ces cas spéciaux, où l'on peut admettre que les Etats parties avaient la volonté commune d'attribuer un effet direct à certaines dispositions de ce traité, constituent la règle générale en droit international.

En général, le droit international se limite à instaurer l'obligation d'exécuter le traité, tout en laissant aux Etats parties le choix du moyen par lesquels ils exécuteront le traité (93). Mais il est évident que l'incorporation

(86) RIGAUX, *loc. cit.*, 521, n° 63.

(87) *Ibid.*, 523, n° 72.

(88) Voir par exemple BLECKMANN, Albert, L'applicabilité directe du droit communautaire in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, 90 et s..

(89) C.P.J.I., *Compétence des tribunaux de Danzig*, Avis consultatif du 3 mars 1928, série B, n° 15.

(90) A ce sujet, voir surtout MARESCAU, Marc, *De directe werking van het Europese Gemeenschapsrecht*, Deventer, Kluwer, 1978, 330 pp.

(91) Dans l'affaire *Van Gend & Loos* (5 février 1963, 26/62, *Rec. IX*, 23), la Cour de Luxembourg a exprimé l'opinion selon laquelle « la Communauté constitue un nouvel ordre juridique de droit international ». Certains ont toutefois tendance à perdre de vue ces mots en italiques.

(92) Ce qui est déjà contredit par l'avis consultatif précité qui a été rendu en 1928 lorsque le droit communautaire européen n'existait pas encore.

(93) REUTER, *op. cit.*, 30, n° 43 : « Les traités sont conclus pour être exécutés et leur exécution suppose souvent qu'ils puissent être appliqués par les tribunaux nationaux » et n° 44 : « En principe, le droit international se désintéresse de cette question; pourvu que le traité soit respecté (art. 27 C(onvention de) V(ienne sur le droit des traités)), il abandonne à chaque Etat le soin de déterminer comment se règlent pour ses juges nationaux les rapports entre le droit international et le droit national. Les différents Etats... ont cependant, d'une manière générale, intérêt à ce que leurs tribunaux soient à même... d'assurer en principe de la meilleure manière possible le respect des règles du droit international, sinon la responsabilité de l'Etat pourra être encourue et même mise en cause avant que les tribunaux nationaux n'aient statué sur un cas, lorsqu'il apparaît à l'avance qu'ils n'ont pas la possibilité d'assurer le respect du droit international ». Voir aussi *ibid.*, 31, n° 46.

automatique de règles de droit international dans le droit interne est le moyen offrant le plus de garanties pour l'exécution des obligations internationales de l'Etat. Eu égard à la grande diversité des systèmes constitutionnels en ce qui concerne la réception du droit international en droit interne, le traité n'impose en général ni implicitement, ni explicitement l'obligation de reconnaître l'effet direct de ces dispositions, cette possibilité n'étant par ailleurs pas exclue. Dans le droit constitutionnel américain, qui était à l'origine de la notion « *self-executing* », la doctrine récente fait observer que c'est dans le droit national de l'Etat concerné qu'il faut déterminer si une disposition conventionnelle peut ou non être considérée « *self-executing* » (94). Il est donc douteux (95) que l'intention des parties soit déterminante parce que le plus souvent les Etats parties n'ont à ce sujet aucune intention commune, de telle façon que dans la plupart des cas le droit international n'impose pas l'effet direct, tout en ne l'excluant pas non plus.

En ce qui concerne la Convention européenne, l'insistance sur la volonté commune des Etats parties à ce sujet signifierait que l'effet direct des dispositions dépendrait du fait que les auteurs de la Convention l'auraient voulu ou non. Même la Cour a donné cette impression dans l'affaire *Irlande* (96)

(94) Voir CRAIG, Michael, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United States Law : Department of State Proposals for Preserving the Status Quo*, *Harvard International Law Journal*, 1978, 859; DEARBORN, Charles, *The Domestic Legal Effect of Declaration that Treaty Provisions Are Not Self-Executing*, *Texas Law Review*, 1979, 236; LEARY, Virginia, *Treaties and Individual Rights in National Law*, Genève, IUHEI, thèse non encore publiée, 1979, 103. Ce dernier auteur se réfère également à des positions similaires prises dans la doctrine suisse et italienne. Au sujet de la Convention européenne, voir d'ailleurs GOLSONG, Heribert, *L'effet direct*, ainsi que le rang en droit interne, des normes de la Convention européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institués par celle-ci, in *Les recours...*, 59-66. Dans la même publication (*ibid.*, 90) BLECKMANN se considère lui-même comme appartenant à une minorité lorsqu'il estime que « l'applicabilité directe du droit international public est régie, en principe, par le droit national ». On peut admettre que les auteurs de la « majorité » sont arrivés à leur conclusion après un examen qui se fonde surtout sur la pratique du droit communautaire européen, duquel ils ont élevé le caractère exceptionnel à une règle générale. La référence aux auteurs mentionnés au début de cette note démontre qu'on arrive facilement à une autre conclusion lorsqu'on examine la pratique des conventions internationales en matière de droits de l'homme. Mieux serait, probablement d'affirmer qu'aussi bien une condition de droit international (la formulation suffisamment claire et complète de la disposition normative concernée) qu'une condition de droit interne (un système constitutionnel prévoyant l'incorporation automatique des dispositions de droit international en droit interne) doivent être remplies (voir aussi BOSSUYT, Marc, *De directe werking van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten*, *R. W.*, 1978-1979, 240-241).

(95) DEARBORN, *loc. cit.*, 248, note 90; WEISBRODT, David, *United States Ratification of the Human Rights Covenants*, *Minnesota Law Review*, 1978, 69. Voir aussi RIESENFELD, Stefan, *The Doctrine of Self-Executing Treaties and Gatt : A notable German Judgment*, *A.J.I.L.*, 1971, 549-550. Il ne faut pas en déduire qu'il y aurait une différence entre les obligations contractées par les différents Etats parties. Tout Etat partie a contracté la même obligation : donner effet aux dispositions du traité. Le moyen par lequel ils y arrivent peut toutefois être différent.

(96) Affaire *Irlande* contre le Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 1978, par. 239 : « En substituant le mot « reconnaître » à « s'engagent à reconnaître » dans le libellé de l'article 1, les rédacteurs de la Convention ont voulu indiquer de surcroît que les droits et les libertés du Titre I

lorsqu'elle a cru pouvoir tirer une telle conclusion des travaux préparatoires de la Convention. Toutefois, il faut constater que la condition juridique de la Convention dans le droit interne des différents Etats parties est très variable (97). Si la volonté commune des parties était déterminante, ceci impliquerait qu'ou bien les Etats parties, n'attribuant pas un effet direct aux dispositions de la Convention, violeraient par ce fait une obligation internationale, ou bien que les Etats parties agissant ainsi donneraient une interprétation incorrecte de la Convention. Il ne faut pas choisir une des alternatives de ce dilemme lorsqu'on admet que pour les traités, dans lesquels les Etats parties n'ont pas fait de l'applicabilité directe l'objet d'une obligation conventionnelle, il appartient au juge, dans la mesure où son système constitutionnel ne l'empêche pas, de déterminer si les dispositions d'un traité sont formulées d'une façon suffisamment claire et complète pour rendre l'effet direct possible.

## 2. Les effets en droit interne de l'arrêt Marckx

En ce qui concerne plus particulièrement les effets de l'arrêt *Marckx* dans l'ordre juridique belge, il faut se poser la question de la compétence de la Cour ainsi que la question d'un éventuel effet direct à l'égard de mesures positives.

### a. L'effet direct et la compétence de la Cour

Du fait que la Cour a cru nécessaire de statuer explicitement que « le principe de sécurité juridique, ..., dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieures au prononcé du présent arrêt »

seraient directement reconnus à quiconque relèverait de la juridiction des Etats contractants (document H (61) 4, pp. 664, 703 et 927) ». Golsong (*loc. cit.*, 63) fait observer que ceci correspond sans doute à l'intention de l'auteur (Henri Rolin) de l'amendement susmentionné, mais qu'il est douteux que « les termes mêmes de l'article 1<sup>er</sup> exigent ou imposent une conclusion identique à celle retenue par M. Rolin ». Que la Cour elle-même en est consciente apparaît déjà dans la phase qui suit la citation susmentionnée : « Leur intention se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne (arrêt *De Wilde, Ooms et Versyp* du 18 juin 1971, Série A n° 12, p. 43, § 82; arrêt *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, du 6 février 1976, série A n° 20, p. 18, § 50) ». La Cour estime donc que les Etats parties, qui ont incorporé la Convention dans leur droit interne ont fait preuve d'une « fidélité particulière », ce qui toutefois paraît impliquer que la Cour ne croit pas que les Etats parties qui ne l'ont pas fait violent la Convention par ce fait même. Il faut encore observer qu'il y a entre les Etats parties eux-mêmes ayant incorporé la Convention dans leur droit interne une distinction entre ceux qui comme la Belgique et les Pays-Bas l'ont fait d'une façon directe (en remplissant les conditions de ratification) et ceux qui comme la République fédérale de l'Allemagne et l'Italie l'ont fait d'une façon indirecte (en adoptant une loi particulière ayant cet effet). Ceci a entre autres pour conséquence qu'en cas de conflit entre la Convention européenne et une loi postérieure le juge interne en République fédérale d'Allemagne et en Italie appliquera cette dernière, tandis qu'en Belgique et aux Pays-Bas il accordera priorité à la Convention.

(97) Voir GOLSONG, *loc. cit.*, 67-76. Voir aussi DRZEMCZEWSKI, Andrew, The domestic Status of the European Convention on Human Rights, *Legal Issues of European Integration*, 1977, 1-85.

(98), il apparaît implicitement que la Cour elle-même admet que l'interprétation donnée dans l'arrêt fera dès le prononcé de l'arrêt autorité pour l'interprétation qu'il convient de donner à des cas similaires dans l'ordre juridique bdlgd. On peut toujours soutenir que la Cour n'aurait pas dû se prononcer à ce sujet (99), mais d'autre part on peut difficilement attendre de la Cour qu'elle estime que dans un Etat, dont il est par ailleurs connu que les instances juridictionnelles reconnaissent l'effet direct de plusieurs dispositions de la Convention (100), les instances juridiques nationales compétentes ne tiendraient pas compte de l'interprétation adoptée par la Cour.

F. Rigaux fait toutefois une distinction entre les dispositions de la Convention telles qu'elles étaient définies par les Etats parties d'une part et telles qu'elles étaient interprétées par la Cour d'autre part (101). En effet, F. Rigaux admet l'effet direct de l'article 8 dans sa signification étroite qu'il estime correspondre à ce que les Etats parties ont cru accepter, mais point de l'article 8 dans la signification large que la Cour lui a attribuée.

Dans la mesure où il pourrait sembler que F. Rigaux estime que cette dernière interprétation ne peut pas avoir un effet direct entre autres parce qu'elle se situerait en dehors des obligations conventionnelles de l'Etat, il faut noter que ceci reviendrait à accuser la Cour d'avoir outrepassé sa compétence. Vu la gravité d'une accusation pareille, la prudence demande de la laisser aux organes qui sont compétents pour les relations internationales du pays, et nous songeons surtout au ministre des Affaires étrangères qui, le cas échéant, devrait assumer la responsabilité politique devant le Parlement et la responsabilité internationale devant les autres Etats parties. En l'absence d'une telle prise de position, qui aurait des conséquences politiques et internationales difficilement prévisibles, il est difficile d'admettre que le juge national se permît une telle conclusion et refusât l'effet direct d'une disposition de la Convention européenne telle qu'elle est interprétée par la Cour sur cette base.

Quelles que puissent être les réserves à l'égard de l'interprétation adoptée par la Cour, il reste indiqué que le juge national suppose que la Cour est restée dans les limites de sa compétence et qu'elle a donné aux obligations internationales, que l'Etat belge a assumées en devenant partie à la Convention européenne, l'interprétation ayant le plus d'autorité. C'est une chose de se demander si la Cour n'adopte pas une méthode d'interprétation qui pourrait la mener à outrepasser sa compétence; c'en est une autre d'affirmer que dans une affaire déterminée il ne faut pas reconnaître des effets juridiques à l'interprétation adoptée par la Cour parce qu'elle aurait effectivement

(98) Arrêt *Marckx*, par. 58 *in fine*.

(99) Voir *supra*, note 34 ; voir aussi RIGAUX, *loc. cit.*, 522, n<sup>os</sup> 65 et ss.

(100) Voir entre autres VELU, Jacques. Les effets de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme des libertés fondamentales sur le plan de la jurisprudence belge. Journée de réflexion en matière de droits de l'homme, Bruxelles, 8 décembre 1978 (non encore publié).

(101) RIGAUX, *loc. cit.*, 522, n<sup>o</sup> 70.



outrépassé sa compétence. Sinon on courrait le risque de mettre en pente tout le système de protection internationale des droits de l'homme, et plus particulièrement le système de la Convention européenne dont nos pays et nos juristes occidentaux sont à juste titre fiers.

Apparemment F. Rigaux est fortement impressionné par ce qu'il appelle les « conséquences terrifiantes » (102) de l'arrêt. Il est certain que cet arrêt provoquerait un « chaos » (103) et un « imbroglio » (104), si le législateur belge n'adoptait pas bientôt une législation qui ne serait plus estimée contraire à la Convention européenne. La responsabilité de ce chaos et cet imbroglio n'incomberait pas à la Cour européenne, mais au législateur belge qui négligerait d'assumer ses obligations internationales dont la portée vient d'être clarifiée par la Cour. La Belgique se vantant toujours d'assumer ses obligations internationales, il serait impensable qu'elle ne le ferait pas maintenant d'autant plus qu'il s'agit de droits de l'homme.

#### b. *L'effet direct et les mesures positives*

Toutefois, F. Rigaux pense surtout que l'article 8 de la Convention européenne tel qu'il a été interprété par la Convention dans l'arrêt Marckx, ne peut pas avoir un effet direct puisqu'il n'est pas sous cette forme, défini d'une manière suffisamment précise. Il est vrai que, même lorsque les conditions traditionnelles (105) concernant la validité d'un traité dans l'ordre juridique international et national sont remplies, une disposition d'un tel traité ne peut avoir un effet direct, lorsque sa portée n'est pas définie de manière suffisamment claire et complète. Ceci veut dire tout simplement qu'il ne peut pas être question d'effet direct, lorsque la formulation de la disposition en question ne suffit pas en soi pour permettre au juge de l'appliquer sans autres clarifications ou précisions. Dans la mesure où l'interprétation de la Cour exige pour certains aspects du respect de la vie familiale de la part de l'Etat belge des mesures positives, l'invocation de l'article 8 n'est pas suffisante en effet pour que le juge, en absence des mesures positives exigées par la Cour — mais point précisées — puisse les édicter lui-même. En critiquant le fait que l'interprétation de la Cour implique que l'article 8 est également applicable aux mesures positives que l'Etat a adoptées en vue de respecter la vie familiale, on ne peut toutefois pas refuser tout effet direct à l'article 8 tel qu'il a été interprété par la Cour. La Cour a notamment constaté que l'article 8 est également applicable aux mesures positives existantes, pour lesquelles il faut vérifier si elles ne violent pas l'obligation de respecter la vie familiale. Si ceci était le cas, le juge serait tenu de ne pas appliquer les mesures positives qui constituent une violation de la Convention.

(102) *Ibid.*

(103) *Ibid.*, 523, n° 71.

(104) *Ibid.*, 522, n° 69.

(105) Voir *supra*, note 84.

En outre, il faut tenir compte de l'effet direct de l'article 14 de la Convention (l'interdiction de la discrimination). Si certaines mesures positives tombaient sous l'application de l'article 8 (ou de l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole), l'article 14 serait également applicable à ces mesures (106). Et le juge national n'a certainement pas besoin d'autres précisions ou de compléments pour appliquer l'article 14, ainsi que la Cour de Strasbourg l'a fait, et pour reconnaître dans le chef de l'enfant naturel les mêmes droits que ceux prévus dans la législation belge pour les enfants légitimes. Lorsque l'Etat n'a pas pris de mesures positives, le juge ne peut pas y remédier, même pas en faisant appel à la Convention européenne telle qu'elle est interprétée par la Cour. En revanche, dans la mesure où l'Etat belge a pris des mesures positives, l'article 8 (et le cas échéant l'article 1<sup>er</sup> du premier Protocole) et l'article 14 y sont applicables (107) et le juge doit refuser l'application de cette mesure positive dans la mesure où cette application constituerait une violation de la Convention.

## CONCLUSIONS

L'arrêt *Marckx* a sans doute le mérite d'avoir attiré l'attention des praticiens de droit sur les possibilités souvent méconnues de la Convention. Les avocats négligent trop souvent d'invoquer la Convention devant le juge national et de s'adresser à la Commission européenne des droits de l'homme après l'épuisement des voies de recours internes (108). Il n'y a évidemment aucune garantie que l'invocation de la Convention, et le cas échéant l'appel aux organes de contrôle de Strasbourg, mène aux résultats voulus. Mais il est évident que plus on fera appel à ces organes, plus la Cour de Strasbourg aura l'occasion de préciser les dispositions de la Convention dans leur application

(106) Il faut surtout être prudent en reconnaissant l'applicabilité d'une des dispositions normatives de la Convention à des mesures positives parce que par ce fait même l'interdiction de la discrimination de la Convention sur ces mesures devient applicable ce qui peut entraîner un effet de création de droits subjectifs : la victime de la discrimination peut dans ce cas faire appel à l'interdiction de la discrimination pour invoquer un droit qui ne lui est pas accordé en vertu des dispositions de la législation concernée (voir BOSSUYT, *L'interdiction...*, 218-219). Les conséquences d'une telle reconnaissance pourraient peser d'autant plus sur les Etats parties qu'il appartient en dernière instance à la Cour de Strasbourg de déterminer si une distinction dans des mesures positives prises par l'Etat est ou non une discrimination.

(107) En fait, nous sommes ici très proches de la situation créée par l'arrêt *linguistique belge* du 23 juillet 1968 où la Cour a donné une interprétation au droit à l'éducation impliquant des obligations positives de la part de l'Etat. Là aussi la Cour a déclaré l'article 2 du premier Protocole applicable à des mesures positives prises par l'Etat tendant à assurer le droit à l'éducation, après quoi elle conclut que l'article 14 devenu applicable dans ce domaine était violé. La Cour admettait que la Convention ne contenait pas l'obligation de créer certaines écoles, mais qu'au cas où l'Etat créait des écoles l'article 2 du premier Protocole — et par conséquent l'article 14 également — était applicable (voir *ibid.*, 172-173 et 214-217).

(108) A ce sujet, il est très significatif que la Cour elle-même a remarqué que « L'évolution vers l'égalité a progressé lentement et l'on semble avoir songé assez tard à invoquer la Convention pour l'accélérer » (arrêt *Marckx*, par. 58).

aux cas concrets. Eu égard à la méthode d'interprétation adoptée par la Cour, les conseillers juridiques des requérants individuels pourront même s'attendre à des surprises agréables.

L'arrêt *Marckx* est le résultat typique — mais nullement nouveau — de la méthode d'interprétation large prônée par la Cour. Cette méthode d'interprétation large est apparue à partir de la 3<sup>me</sup> affaire dans laquelle la Cour s'est prononcée (l'affaire *linguistique belge* de 1968). Mais jusqu'à maintenant elle n'a donné lieu qu'à peu de critiques. Davantage de réactions peuvent être attendues lorsqu'on se rendra compte des conséquences d'une méthode d'interprétation pareille. A côté des dangers de cette méthode d'interprétation, invoqués par le juge Fitzmaurice (109), il faut encore attirer l'attention sur le danger éventuel que la Cour, sensible aux critiques, portant sur sa méthode d'interprétation tendant à élargir sa compétence, sanctionne avec moins de force et de vigueur le respect strict de ces droits et libertés pour le contrôle desquels elle est incontestablement rendue compétente. La Cour est en effet une instance juridictionnelle qui doit veiller sur le respect des engagements contractés et pas une commission ayant pour tâche de favoriser et d'encourager une protection plus étendue des droits de l'homme. La Convention européenne n'est pas une résolution et les arrêts de la Cour ne sont pas des recommandations. Le grand progrès du système de Strasbourg consiste précisément dans la création d'engagements juridiques obligatoires en prévoyant en outre des arrêts judiciaires obligatoires.

La défense belge se trouvait sans doute devant une tâche très difficile. Il apparaît clairement des projets du Gouvernement tendant à modifier la législation incriminée que le Gouvernement belge était convaincu que cette législation était dépassée. Mais, probablement, le Gouvernement belge a trop perdu de vue qu'il ne s'agissait pas tant de défendre cette législation, que de démontrer que les dispositions de la Convention européenne n'étaient pas nécessairement applicables. La défense belge n'a pas suffisamment mis en avant le problème des limites de la compétence de la Cour.

En dehors de l'intérêt de la doctrine, on peut se demander si la Belgique n'aurait pas mieux fait de prévenir un arrêt de la Cour dans l'affaire *Marckx*. Le Gouvernement belge a probablement sous-estimé les conséquences de l'arrêt. On pourrait difficilement comprendre autrement pourquoi le Gouvernement n'a pas demandé avec plus d'insistance une priorité plus élevée pour la discussion du projet de loi tendant à modifier certaines dispositions en matière de filiation et d'adoption. En effet, il y aurait eu, probablement, des chances sérieuses que l'affaire *Marckx* fût rayée du rôle, comme cela a été le cas dans l'affaire *De Becker* (110), si le Parlement avait adopté en temps utile une nouvelle législation satisfaisante. La liberté du législateur est devenue encore plus restreinte qu'avant l'arrêt, eu égard aux précisions appor-

(109) Voir *supra*, note 54.

(110) Après que la Belgique a modifié l'article 123<sup>sexies</sup> du Code Pénal par la loi du 30 juin 1961, la Cour a décidé le 27 mars 1962 de rayer cette affaire du rôle.

tées par l'arrêt en ce qui concerne la portée des dispositions de la Convention déclarées applicables. La lenteur ou l'omission parlementaire, tout comme la lenteur des procédures judiciaires (111), peuvent violer les droits de l'homme.

*Pacta sunt servanda.* Les traités doivent être respectés. La méconnaissance de cette règle de droit fondamentale ébranlerait les fondements mêmes de l'Etat de droit. L'assentiment des Chambres est demandé avant que le Roi ne ratifie les traités « qui pourraient grever l'Etat ou lier individuellement des Belges » (112). Mais dès que l'Etat est devenu partie à un traité, aussi bien le législateur que le pouvoir exécutif ou judiciaire sont liés par les dispositions du traité. Lorsqu'en outre une instance juridictionnelle internationale devenue compétente a donné dans un arrêt une interprétation des dispositions conventionnelles, cette interprétation est en fait également obligatoire pour l'Etat (113).

Une attitude minimaliste à l'égard de l'effet direct doit être rejetée. En effet, l'effet direct est le moyen par lequel le juge national a l'occasion de prévenir des violations des engagements internationaux de l'Etat. Restreindre l'effet direct — voire le nier — revient à obliger le juge national à violer délibérément et en pleine connaissance de cause des engagements internationaux auxquels l'Etat s'est librement engagé. Pire serait encore l'adoption d'une législation contraire à la Convention européenne. Suite à l'arrêt *Franco-Suisse Le Ski* (114) il est clair que les instances juridictionnelles nationales n'appliqueront pas une législation pareille. D'ailleurs, ainsi qu'il est dit dans les conclusions du Procureur-général Ganshof van der Meersch (115), lorsqu'un Etat estimerait que les engagements qu'il a contractés deviennent trop lourds, il ne convient pas d'adopter une législation qui y serait contraire, mais il faut tout d'abord mettre fin aux obligations de droit international. En ce qui concerne la Convention européenne, ceci signifierait — *horresco referens* (116) — la dénonciation de la Convention avec un préavis de six mois (117). Il va de soi qu'aucun homme sensé en Belgique

(111) Voir les arrêts *Neumeister, Stögmüller, Ringelsen et König*.

(112) Cf. l'article 68 de la Constitution belge.

(113) D'un strict point de vue juridique, la force obligatoire de l'arrêt se limite à l'affaire même et aux parties à cette affaire, mais puisqu'on ne peut pas attendre que la Cour adopte dans les affaires suivantes une autre interprétation ces interprétations valent en fait pour toutes les affaires similaires et pour tous les Etats parties.

(114) Cass., 27 mai 1971, *Arr. Cass.*, 1971, 967.

(115) « à peine d'engager la responsabilité internationale de l'Etat, il n'appartient pas à un des organes de celui-ci, fût-ce le judiciaire ou même le législatif, de se soustraire à l'obligation qu'il a de la respecter. Le législateur — ou le Parlement — a d'ailleurs pu décider souverainement s'il donnait ou non son approbation au traité : ... Si la situation s'est modifiée, après que cet assentiment a été donné par les Chambres ou par le pouvoir législatif, l'Etat qui souhaite se soustraire à la règle contractuelle à laquelle il a souscrit en pleine connaissance de cause et dans le plein exercice de son pouvoir constitutionnel peut dénoncer le traité en conformité avec les règles du droit international ... (cité par SALMON, *loc. cit.*, 534).

(116) Ainsi on suivrait l'exemple peu édifiant du régime des colonels grecs qui se sont retirés du Conseil de l'Europe et dénoncèrent la Convention le 12 décembre 1969.

(117) Cf. l'article 65 de la Convention européenne.

préconiserait cette éventualité, mais il n'est peut-être pas superflu de poser clairement les options juridiques en cette matière.

En fin de compte, il est clair de toute façon qu'il ne reste au législateur belge rien d'autre à faire que d'adopter sans délai une législation en matière de filiation et d'adoption qui ne soit pas contraire à la Convention européenne telle qu'elle vient d'être interprétée par la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Marckx*. Aussi bien la sécurité juridique en Belgique que le prestige de la Belgique en tant que pays respectant scrupuleusement ses engagements internationaux en matière de droits de l'homme, serait mis en danger si les Chambres laisseraient traîner la discussion du projet de loi en cette matière déposé par le ministre de la Justice.