

LA COOPÉRATION ENTRE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE JUGE NATIONAL (*)

PAR

Olivier DE SCHUTTER

CENTRE DE PHILOSOPHIE DU DROIT
FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

INTRODUCTION

1. Après que, dans son arrêt *Marckx* du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme eut jugé que constituait une violation des articles 8 et 14 de la Convention le sort fait par le droit belge à la filiation hors mariage (1), le juge belge s'est trouvé face à une situation que le terme de dilemme décrit de la façon la plus adéquate. Ou bien il alignait le statut de la filiation alors dite « naturelle » sur celui de la filiation « légitime », de manière à épargner à l'État belge une nouvelle condamnation internationale, dans l'attente que le législateur intervienne afin de rendre le droit belge de la famille conforme aux engagements internationaux de la Belgique — et il risquait alors qu'on lui reproche de se substituer au législateur, à qui la tâche d'une telle réforme reviendrait exclusivement ; ou bien il s'abstenait d'appliquer directement les articles en cause aux litiges portés devant lui, afin de ne pas excéder ses pouvoirs, tels que l'ordre juridique belge les définit — et alors il risquait, par son abstention, d'engager la responsabilité internationale de l'État, prix exorbitant peut-être du respect dû aux règles internes relatives à la séparation des pouvoirs. On sait que, dans deux arrêts du 10 mai 1985 et du 6 mars 1986, notre Cour de cassation avait alors incité les juridictions de fond à préférer la seconde

(*) Texte préparé en vue de la session 1997 des recyclages en droit, organisés par les Facultés de droit de l'Université catholique de Louvain et des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles et par les Facultés universitaires catholiques de Mons (Fucam).

(1) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, Série A n° 31. Sur cet arrêt, voy. not. F. RIGAUX, « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 1979, p. 513 ; M. BOSSUYT, « Publiekrechtelijke aspecten van het arrest *Marckx* », *R.W.*, 1979, col. 929 ; du même auteur, « L'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.B.D.I.*, 1980, p. 53.

branche du dilemme à la première (2). Mais le choix d'une branche tranche le dilemme sans le faire disparaître : ainsi que l'atteste la condamnation ultérieure de la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme (3), en fait, ce à quoi les arrêts de 1985 et 1986 ont abouti, c'est à faire primer le respect des conditions de l'applicabilité directe, devant le juge belge, sur l'obligation, pour chaque organe de l'État, de contribuer au respect par la Belgique de ses engagements internationaux.

2. On voit que la coopération du juge national et de la Cour européenne des droits de l'homme s'annonce sous des auspices spécialement peu favorables. Et pourtant elle évolue, et plutôt en un sens qui tend à la coexistence harmonieuse de juridictions ayant à faire application, alors qu'elles appartiennent à des ordres juridiques distincts, de la même règle. Avant l'arrêt du 14 avril 1983, dans lequel la Cour de cassation a choisi de se rallier finalement à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme suivant laquelle l'article 6, § 1^{er}, de la Convention trouve à s'appliquer aux procédures disciplinaires (4), le conflit entre le juge national et le juge international résultait de ce que celui-là prétendait être maître de l'interprétation, dans les litiges portés devant lui, des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme dont l'application directe lui était réclamée. Le temps n'est plus, certes, celui de cette « interaction dialectique » entre les deux juridictions (5), autrefois décrite par le procureur général Dumon comme faisant devoir à la Cour de cassation de « maintenir sa propre jurisprudence si, après un nouvel examen et après avoir mûri et approfondi la décision prise à Strasbourg, elle demeure convaincue de ce que son interprétation dudit article reste fondée et qu'elle estime que la

(2) Cass. (1^{re} ch.), 10 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1122, et Cass. (1^{re} ch.), 6 mars 1986, *Pas.*, 1986, I, 853, *R.C.J.B.*, 1987, p. 5, et note F. RIGAUX, « Le partage d'attribution entre le législateur et le juge ». Dans un arrêt du 3 octobre 1983, la Cour de cassation avait déjà rejeté un pourvoi introduit contre un arrêt de la cour d'appel d'Anvers du 8 décembre 1981. L'arrêt attaqué rejetait l'argument de l'appelant qui prétendait prendre appui sur la récente jurisprudence *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme pour faire réformer le jugement accueillant l'action introduite d'office par le ministère public et tendant à l'annulation de la reconnaissance d'un enfant adultérin désavoué par le mari de sa mère (Cass. (1^{re} ch.), 3 oct. 1983, *R.C.J.B.*, 1984, p. 605, note F. RIGAUX, « La jurisprudence belge après l'arrêt *Marckx* »). Mais l'arrêt *Marckx* concernait la filiation naturelle simple et non la filiation adultérine, et la thèse du demandeur au pourvoi était qu'était dépourvue de toute justification objective et raisonnable, et ne respectait pas l'exigence d'un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé, la différence de traitement établie alors entre les enfants naturels simples et les enfants adultérins. L'arrêt attaqué rejetait l'argument tiré de la non-discrimination dans le droit au respect de la vie familiale : dès lors, ainsi que M. Rigaux l'a noté, la Cour de cassation n'avait pas à prendre position dans son arrêt du 3 octobre 1983 sur l'effet direct des articles 8 et 14 de la Convention européenne de sauvegarde, tels que ces articles avaient été interprétés par l'arrêt du 13 juin 1979.

(3) Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, Série A n° 214-C, *Rev. trim. dr. h.*, 1992, p. 211, note F. RIGAUX, « Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel ».

(4) Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 1983, *Bull. et Pas.*, 1983, I, 866, et *J.T.*, 1983, p. 607, avec les concl. conf. de l'avocat général J. VELU.

(5) Dans ses conclusions conformes préc. Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 1983, précitées, l'avocat général J. VELU utilise l'expression de « dialectique interprétative ».

Cour européenne des droits de l'homme pourrait, ensuite de nos arrêts, modifier la sienne » (6). Le juge belge reconnaît à présent, à la juridiction instituée dans l'ordre juridique dont la règle internationale directement applicable émane, le pouvoir d'en fournir une interprétation autorisée. Il s'inscrit ainsi dans une évolution générale aux États parties à la Convention. Cette évolution consiste pour les juridictions internes à reconnaître l'« autorité jurisprudentielle » qui s'attache aux arrêts rendus par la Cour de Strasbourg (7), la mieux placée en effet pour fournir une interprétation autorisée des dispositions de la Convention, mais surtout devant laquelle la partie à une procédure interne, qui aurait subi un préjudice en raison de ce qu'une interprétation autre de la Convention aurait été donnée par le juge interne, peut attirer l'État dont ce juge est l'organe. Par cette évolution, se trouve renforcée l'analogie entre l'application d'une règle puisée à un ordre étatique étranger en vertu d'une norme de renvoi, en droit international privé — cette application étant de la disposition en cause avec l'interprétation qui en est faite au sein de l'ordre juridique dont elle émane —, et l'application directe de la règle internationale (8).

3. Mais si le conflit auquel ont donné les affaires *Le Compte* ne paraît plus pensable aujourd'hui, c'est des difficultés d'une autre espèce que rencontre à présent la coopération entre le juge interne et le juge international. Paradoxalement peut-être, la solution donnée au conflit auquel met fin l'arrêt du 14 avril 1983, favorable à la reconnaissance de l'autorité de la chose

(6) Concl. conf. préc. Cass., 21 janvier 1982 (deux arrêts), *J.T.*, 1982, p. 438, et obs. J. SALMON, « La Cour de cassation et la responsabilité internationale de la Belgique » (l'extrait cité apparaît sous la plume du procureur général F. DUMON p. 440). Sur ces arrêts, voy. la note que leur consacre J. VERHOEVEN, « À propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », *R.C.J.B.*, 1984, p. 273 (la note a été clôturée avant l'arrêt du 14 avril 1983, en dépit de ce que pourrait donner à croire la date de sa parution). La Cour de cassation refuse dans ses arrêts du 21 janvier 1982 de suivre l'interprétation donnée par la Cour européenne des droits de l'homme à la notion de « droits et obligations de caractère civil » figurant à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Celle-ci venait pourtant de confirmer dans un arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981 (Série A, n° 43) (*J.T.*, 1981, p. 622, note P. LAMBERT) sa jurisprudence suivant laquelle la portée de la notion justifie l'applicabilité de la disposition en cause aux procédures disciplinaires (voy. déjà Cour eur. D.H., arrêt *König c. Allemagne* du 28 juin 1978, Série A n° 27). Il faudra une nouvelle condamnation de la Belgique, par l'arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983 (Série A n° 58), pour que la Cour de cassation accepte finalement de s'aligner sur la jurisprudence internationale (voy. ensuite Cass. (1^{re} ch.), 23 mai 1985, *R.C.J.B.*, 1987, p. 331, note J. VERHOEVEN, « L'impartialité du juge disciplinaire et les droits de l'homme »). On trouvera d'excellentes synthèses de ces développements dans P. LAMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruxelles, Némésis, 1987, ici pp. 12-13 et 61-71 ; et dans K. LENAERTS, « Les rapports entre juridictions 'suprêmes' dans l'ordre juridique institué par la Convention européenne des droits de l'homme », *C.D.E.*, 1983, p. 186.

(7) L'expression est celle utilisée par J. Velu pour décrire cette évolution : J. VELU, « À propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues de droit comparé sur des évolutions en cours », in : *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 527.

(8) Sur cette analogie, F. RIGAUX, « L'interprétation judiciaire d'une norme empruntée à un autre ordre juridique. À propos des arrêts du 21 janvier 1982 », in : *Liber amicorum Frédéric Dumon*, t. 2, Kluwer, Anvers, 1983, p. 1203.

interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, n'a fait qu'accroître le risque qu'un second conflit se matérialise, celui dont les arrêts rendus par la Cour de cassation en 1985 et 1986 à la suite de l'arrêt *Marckx* constituent la meilleure illustration. C'est en effet en raison de ce qu'il se considère tenu de suivre l'interprétation faite par la Cour européenne des droits de l'homme des dispositions dont elle est le gardien que le juge interne se trouve placé dans l'obligation, soit d'y renoncer car à suivre cette interprétation il serait conduit à excéder les pouvoirs que son droit interne lui reconnaît, soit précisément de bouleverser les règles relatives à la séparation des pouvoirs sous prétexte de reconnaître à la règle internationale l'effet utile auquel elle prétend (9).

4. Le parcours qui suit comprend cinq étapes. Une première étape sera consacrée à tenter de mieux comprendre le contexte dans lequel a lieu la coopération entre le juge belge et la Cour européenne des droits de l'homme, qui est celui d'une relativité des deux ordres juridiques en cause (I. *La relativité des ordres juridiques*). On explorera ensuite les trois modalités suivant lesquelles le juge national coopère avec la Cour européenne des droits de l'homme afin de réaliser l'objectif qui leur est commun : garantir le respect par l'État belge de ses engagements internationaux sans que cela implique des violations excessives des règles internes relatives à la séparation des pouvoirs. La coopération a lieu lorsqu'il s'agit de reconnaître l'autorité de la chose jugée des arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme à l'égard de la Belgique (II. *L'autorité de la chose jugée par la Cour européenne des droits de l'homme*), ainsi que la force obligatoire qui s'attache aux constats faits dans ces arrêts quant à la compatibilité du droit belge avec les exigences de la Convention (III. *La force obligatoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*). Depuis les affaires *Le Compte*, la coopération passe encore par la reconnaissance de l'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme (IV. *L'autorité de la chose interprétée par la Cour européenne des droits de l'homme*). Une brève conclusion clôture enfin l'étude (V. *Conclusion*).

I. — LA RELATIVITÉ DES ORDRES JURIDIQUES

5. Le juge belge et la Cour européenne des droits de l'homme appartiennent à des ordres juridiques distincts, étatique et international, et chaque

(9) Pour des présentations de cette difficulté, voy. J. VERHOEVEN, « Applicabilité directe des traités et 'intention des parties contractantes' », in : *Liber amicorum E. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, p. 895 ; et K. RIMANQUE, « De nakoming van Straatburgse beslissingen : een taak voor werkgevers en rechters », in : *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1349.

fois autonomes (10). Une des manifestations les plus claires de cette autonomie qui leur est reconnue est que chacun de ces ordres juridiques définit, de façon unilatérale, ses rapports à l'autre ordre juridique, sans qu'en principe cette définition puisse lui être imposée de l'extérieur — ou bien si elle l'est, c'est qu'en amont, l'ordre juridique auquel une telle définition est imposée a accepté qu'elle le soit (11). C'est aussi pourquoi la coopération de juge à juge qui est l'objet de cette étude peut se prêter à des visions très différentes, suivant l'ordre juridique du point de vue duquel on se place (12). Le juge belge doit-il respecter l'autorité qui s'attache aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ? Il est loisible à celle-ci de répondre par l'affirmative, et d'énoncer par exemple une obligation pour le juge interne d'assurer l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ayant autorité de chose jugée, ou bien de faire application directement des dispositions de la Convention avec l'interprétation que le juge européen leur a donnée. Mais ce n'est pas au juge interne qu'elle peut s'adresser, seulement à l'État dont il est l'organe. Si la Cour européenne des droits de l'homme considère que la seule manière pour l'État de respecter ses obligations internationales consiste à reconnaître au juge interne certains pouvoirs, cela ne signifie pas nécessairement que, ces pouvoirs, le juge interne se les voit attribuer par l'ordre juridique international ; cela implique simplement que, si ces pouvoirs ne lui sont pas reconnus par les règles étatiques qui définissent l'étendue de sa compétence, et si le juge interne ne choisit pas d'exercer ces pouvoirs à défaut qu'ils lui aient été confiés, la responsabilité internationale de l'État est engagée.

(10) L'originalité de la position défendue par M. J. Velu, premier avocat général, à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1992 (*Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, Bruxelles, Bruylant, 1992 ; abrégé dans le *J.T.*, 1992, p. 729), tient justement à ce qu'elle nie cette autonomie : selon M. J. VELU, « l'ordre international et l'ordre constitutionnel ne sont que les sphères d'un seul ordre juridique plus large, non des ordres juridiques séparés » (*J.T.*, 1992, p. 758). Une telle perspective conduit notamment à nier que la Constitution puisse faire obstacle à l'application par le juge belge du droit international qui serait en conflit avec elle. On sait que la Cour d'arbitrage a refusé de suivre ce point de vue : voy. C.A., arrêt n° 12/94 du 3 février 1994, (où elle juge pouvoir se prononcer sur la conformité à la Constitution d'une loi d'assentiment à un traité) ; et voy. déjà C.A., arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991, obs. Ph. BROUWERS et Y. LEJEUNE, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », *J.T.*, 1992, p. 670 ; sur l'ensemble de la question, Ph. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, p. 7. Mais cette controverse n'affecte pas notre point de vue. Même si c'est dans la perspective suggérée par M. Velu, résolument moniste, que le juge belge devait raisonner son attitude au droit international en vigueur à l'égard de la Belgique, il s'agirait cependant encore de la façon dont l'ordre juridique belge définit son rapport au droit international, sans que cette définition préjuge des rapports noués par d'autres ordres juridiques étatiques avec le droit international. En ce sens, voy. également Fr. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », note sous Cass. (1^{er} ch.), 19 déc. 1991, *R.C.J.B.*, 1993, p. 293, ici n° 19-21.

(11) F. RIGAUX, *La loi des juges*, Paris, éd. O. Jacob, 1997, pp. 19-25.

(12) Si bien que nous paraît illusoire la recherche d'un fondement unique à l'applicabilité directe de la règle internationale par le juge interne. Voy. sur ce point H. BRIBOSIA, « Applicabilité directe et primauté des traités internationaux et du droit communautaire. Réflexions générales sur le point de vue de l'ordre juridique belge », *R.B.D.I.*, 1996/1, p. 33, ici pp. 48-52.

6. Dans le contexte de notre étude, deux éléments contribuent à créer le risque de conflit. Le premier élément est dans le caractère supranational que confère à la Convention européenne des droits de l'homme l'instauration d'un mécanisme de contrôle juridictionnel. Par l'installation d'une Commission et d'une Cour européennes des droits de l'homme (13), ayant reçu la compétence de se prononcer sur les violations imputées aux Parties contractantes, la Convention prévoit la possibilité de son développement : elle en rend possible l'extension à de nouvelles obligations internationales, ou à des interprétations non prévues dans l'instrument initial, mais que les situations amenées devant les organes de contrôle les amèneront à y reconnaître. Cela signifie que l'étendue des obligations internationales de l'État — et notamment l'étendue des modifications qu'il doit apporter à la répartition interne des tâches entre les différents pouvoirs constitués en son sein — n'est pas fixée dès le moment de la signature et de la ratification de la Convention. Ces obligations peuvent au contraire évoluer. Le juge interne peut ainsi se trouver placé devant un conflit lorsque s'imposent à lui deux obligations contradictoires, l'une que prétend lui faire respecter le juge international, l'autre qu'énoncent les règles internes qui délimitent sa compétence par rapport aux autres pouvoirs de l'État.

7. Le second élément est que le système de la Convention européenne des droits de l'homme ne connaît pas un mécanisme, tel que le renvoi préjudiciel, qui permettrait de percer le voile de l'unité internationale de l'État (14). Dans l'ordre juridique communautaire, ce mécanisme autorise une « communication directe » entre le juge international et le juge étatique, de nature à trancher pour ce dernier le dilemme où il est placé lorsqu'il est tenu de respecter des obligations contradictoires (15). Dans la Convention

(13) Au 1^{er} novembre 1998, le Protocole n° 11 à la Convention portant restructuration du mécanisme de contrôle va substituer, aux deux organes de contrôle existants, d'une Cour unique, appelée à fonctionner sur une base permanente. Voy. O. DE SCHUTTER, « La réforme des mécanismes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », *C.H. du CRISP*, 1996, n° 1512-1513. Les éléments de cette étude ne sont cependant en rien modifiés par ce Protocole.

(14) Avancée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (voy. la recommandation 683(1972) relative aux suites à donner aux conclusions de la Conférence parlementaire sur les droits de l'homme (Vienne, 18-20 octobre 1972)) et soutenue parfois en doctrine (H. GOLSONG, « 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 : *Le recours des individus devant les instances nationales de violation du droit européen*, Inst. d'études européennes de l'U.L.B., Bruxelles, Larcier, 1978, p. 59, ici p. 78), la proposition de reconnaître à la Cour européenne des droits de l'homme la compétence de se prononcer sur renvoi préjudiciel effectué par les juridictions internes des États parties a été écartée par le Comité directeur des droits de l'homme (CDDH) en mai 1989. Le Rapport explicatif au Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme (Strasbourg, mai 1994, H(94)5) n'y faisant plus aucune allusion, on peut considérer que le projet est à présent définitivement abandonné.

(15) P. PESCATORE, « Rôle et chance du droit et des juges dans la construction de l'Europe », *R.I.D.C.*, 1974, pp. 5 et s., ici p. 9. Sur la spécificité de la question de l'applicabilité directe telle qu'elle se pose en droit communautaire, en raison de l'existence du mécanisme du renvoi préjudiciel, voy. not. M. MARESCHEAU, « De directe werking in het Europees Gemeenschapsrecht », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 265-292, ici pp. 265-266.

européenne des droits de l'homme, le juge international ne s'adresse pas au juge interne, mais seulement à l'État dont ce juge est l'organe : la solution du conflit est moins claire pour lui, car, organe de l'État, il sait à la fois que ses actes engagent la responsabilité internationale de l'État, et qu'il doit fidélité aux règles étatiques qui confinent sa compétence.

*Le rôle du juge interne
dans l'application du droit international :
le point de vue de la Convention européenne
des droits de l'homme*

8. Combinés l'un à l'autre, ces deux éléments nous condamnent à un relativisme dans lequel tout risque de conflit n'est pas écarté. On peut l'apercevoir en se plaçant successivement du point de vue du droit international, et du point de vue du droit interne. Il ne se conçoit pas *du point de vue de l'ordre juridique international* que l'État puisse s'abriter derrière la répartition interne des tâches entre ses pouvoirs pour échapper à ses obligations internationales. Sans doute lorsque la Cour européenne des droits de l'homme note, dans son arrêt *Vermeire* (16), que l'application directe de la règle internationale en cause — en l'occurrence, des articles 8 et 14 de la Convention tels qu'interprétés par l'arrêt *Marckx* du 13 juin 1979 — est possible, en vertu même des conditions que le droit belge met à l'applicabilité directe (17), elle se voit reprocher par la doctrine d'excéder son rôle. Et il est vrai qu'elle va alors jusqu'à désigner, au sein de l'État belge, l'autorité qui doit s'assurer que l'État se conforme à l'arrêt de condamnation rendu contre lui en l'affaire *Marckx* (18), et ainsi prétend dire l'interprétation correcte d'une règle de droit interne — celle, en l'occurrence, qui fournit au juge interne les critères de l'applicabilité directe —, alors que le droit interne n'est pour elle qu'un simple fait. L'on ne peut cependant nier la possibilité que la Cour interprète le seul droit qu'il lui revienne d'appliquer, qui est le droit de la Convention européenne de sauvegarde, non uniquement en en précisant le sens à l'intention de qui choisit de l'appliquer, mais

(16) Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire* précité, § 26 (« la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme (complète du droit familial), au point de contraindre la Cour à rejeter en 1991, pour une succession ouverte (en) 1980, des griefs identiques à ceux qu'elle a accueillis le 13 juin 1979 »).

(17) La Cour cite à cet égard l'arrêt n° 18/91 rendu le 4 juillet 1991 par la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 22.8.1991, p. 18.144, rendu sur question préjudicielle de la Cour de cassation (Cass. (1^{re} ch.), 2 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 209). Sur cet arrêt, voy. ci-dessous, n° 34.

(18) F. RIGAUX, « Le droit successoral des enfants naturels devant le juge international et le juge constitutionnel », précité, not. pp. 221 et 223. La critique apparaît moins sévère dans F. RIGAUX et M.-Fr. RIGAUX, « La famille devant le juge constitutionnel et le juge international », in : *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1711, ici p. 1727.

encore en affirmant que ce droit oblige l'État à reconnaître au juge interne le pouvoir d'en faire application.

9. Certes, la Cour européenne des droits de l'homme s'est jusqu'à présent refusée à affirmer l'obligation, pour les États parties à la Convention, de reconnaître l'applicabilité directe des droits et libertés qu'elle énonce. Sans doute a-t-elle admis que l'intention des rédacteurs du texte de la Convention « se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne » (19), ou bien encore que la subsidiarité du contrôle judiciaire international — soit l'idée que la Convention confie d'abord aux États le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre (20) — « acquiert encore plus de relief quand il s'agit d'États qui ont incorporé la Convention à leur ordre juridique interne et qui en considèrent les normes comme directement applicables » (21). Craignant peut-être de ne pouvoir effectivement imposer le respect d'une évolution aussi fondamentale notamment aux États parties demeurés dualistes, elle a cependant renoncé à ériger en obligation internationale la reconnaissance de l'applicabilité directe des dispositions de la Convention : elle est demeurée au seuil que le juge communautaire, qui dispose pour s'imposer de l'outil puissant de la réponse rendue sur question préjudicielle, a quant à lui franchi depuis 1963 (22). Même les opinions séparées les plus audacieuses émises à la suite des arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'homme, qui visent à présenter la reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention comme la contrepartie de l'obligation d'épuisement préalable des voies de recours internes par le requérant individuel, affirment que, une telle obligation dût-elle être imposée aux juridictions internes, elle ne pourrait l'être en tout cas que « dans la limite de leurs compétences », ou bien encore « dans les cas où les juridictions internes sont, en vertu de leur droit national, en mesure d'appliquer la Convention d'office » (23). Que le souci d'éviter une condamnation internationale constitue dans le chef des États parties à la Convention un incitant puissant à incorporer celle-ci dans leur droit interne, n'est pas contestable (24), d'autant

(19) Cour eur. D.H., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, Série A n° 25, § 239.

(20) Voy. gén. H. PETZOLD, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », in : R.St. MACDONALD, F. MATSCHER & H. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht-Boston-London, 1993, p. 41.

(21) Cour eur. D.H., arrêt *Eckle c. Rép. féd. d'Allemagne* du 15 juill. 1982, Série A n° 51, § 66.

(22) C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos c. Nederlandse Tariefcommissie*, 26/62, *Rec.*, p. 1.

(23) Voy. l'opinion en partie dissidente émise par le juge S.K. Martens à la suite de l'arrêt *Ahmet Sadik c. Grèce* du 15 novembre 1996, *ici* § 11. Sur la même question de la relation entre la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes et l'application par les juridictions internes de la Convention européenne, voy. l'opinion diss. du juge Martens à Cour eur. D.H., arrêt *Cardot c. France* du 19 mars 1991, Série A n° 200.

(24) Dans l'arrêt *Ahmet Sadik c. Grèce* précité, c'est du reste en raison de ce que « la Convention forme partie intégrante du système juridique grec où elle prime toute disposition contraire de la loi » et qu'en outre la disposition dont la violation était alléguée devant elle « revêt un

plus qu'en acceptant que ses juridictions internes appliquent directement les dispositions de la Convention, l'État leur permet de tenir compte immédiatement de l'évolution de la jurisprudence européenne (voy. ci-dessous, n° 40) ; dans l'état actuel du développement de la jurisprudence internationale, il s'agit néanmoins encore d'une simple faculté, et non point d'une obligation dont le non-respect serait, par elle-même, susceptible d'engager la responsabilité internationale de l'État (25).

*Le rôle du juge interne
dans l'application du droit international :
le point de vue de l'ordre juridique belge*

10. Tel apparaît le point de vue du droit international, et celui plus spécialement de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. *Du point de vue du droit interne*, la question posée est autre. Elle n'est plus de savoir si la règle internationale impose à l'État d'en reconnaître le caractère directement applicable, ce qui est une question d'interprétation de cette règle qui relève de la compétence du seul droit international : la question est, plus précisément, de savoir si l'ordre juridique étatique, et spécialement la traduction qu'y reçoit le principe de la séparation des pouvoirs, commande au juge de reconnaître cette applicabilité directe, ou bien au contraire lui interdit de l'admettre. Dans un arrêt *Thonon* du 21 avril 1983, la Cour de cassation se prononce en ce sens que « la notion d'applicabilité directe d'un traité envers les nationaux de l'État qui l'a conclu implique que l'obligation assumée par cet État soit exprimée d'une manière complète et précise et que les parties contractantes aient eu l'intention de donner au Traité l'objet de conférer des droits subjectifs ou d'imposer des obligations aux individus » (26). L'impression qui se dégage de cet attendu est que la Cour de cassation définit la question de l'applicabilité directe — soit la question de la possibilité pour le juge belge de puiser dans la règle internationale le dispositif de la solution au litige dont il est saisi — comme une question d'interprétation de cette règle, la référence à la notion d'intention des parties contractantes, du reste, lui étant suggérée par le droit interna-

caractère directement applicable » (§ 31 de l'arrêt) que la Cour européenne des droits de l'homme est amenée à accueillir l'exception préliminaire soulevée par le gouvernement défendeur, fondée sur la non satisfaction de la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes. La reconnaissance de l'applicabilité directe de la Convention devant les juridictions internes opère en fait, dans l'économie de l'article 26 de la Convention, un renversement de la charge de la preuve : il sera demandé du requérant d'établir que le recours a en fait été tenté sans succès, ou bien qu'il n'était ni adéquat ni effectif en l'espèce : Cour eur. D.H., arrêt *Akdivar et al. c. Turquie* du 16 septembre 1996, § 68.

(25) En revanche, peut constituer une violation de la Convention l'écart « suffisamment important » entre la loi interne et la disposition de la Convention : voy. Cour eur. D.H., arrêt *McCann et al. c. Royaume-Uni* du 27 septembre 1995, Série A n° 324, §§ 153-155.

(26) Cass. (1^{er} ch.), 21 avril 1983, *R.C.J.B.*, 1985, p. 22, et note M. WAELBROECK, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux ».

tional public (27). L'essentiel n'est cependant pas tant que tel soit le critère retenu, que le fait si un tel critère est retenu, c'est en raison de ce que c'est ainsi que notre haute juridiction estime devoir définir l'attitude du juge du fond vis-à-vis de la règle internationale qui est invoquée devant lui. D'ailleurs, la référence au caractère complet et précis de l'obligation internationale assumée par l'État compense l'impression créée par la référence à l'intention commune des parties contractantes au traité international, puisque — la question de savoir si telle règle est suffisamment complète et précise pour être appliquée par le juge interne étant fonction des « structures d'accueil » du droit interne (28) — ce second critère suppose que l'applicabilité directe dépende, non pas du droit international, mais uniquement de l'ordre juridique étatique (29). Comment d'ailleurs pourrait-il en aller autrement, dès lors que c'est devant le juge interne que la question de l'applicabilité directe de la règle internationale se trouve ici posée ?

11. Mais voilà simplement posé le cadre — relativité généralisée, écrit M. F. Rigaux dans son cours de 1989 (30) — dans lequel se situe la question de la coopération entre le juge international et le juge interne. C'est poser le problème ; or, ce sont les solutions surtout qui nous intéressent. Il ne suffit pas d'affirmer qu'il dépend des seules règles du droit interne que la règle internationale puisse être invoquée ou non devant le juge interne ; il faut encore préciser le contenu exact de ces règles de droit interne, c'est-à-dire la manière dont l'ordre juridique belge définit, pour sa part, les modalités de la coopération entre le juge interne et le juge international, ou bien encore, la façon dont l'État belge assure l'exécution fidèle de ses obligations de droit international. Nous allons revenir à ce qui est en cause dans les exemples d'où nous sommes partis, c'est-à-dire à la question de l'application des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme avec l'interprétation qui en est faite par la juridiction que cette Convention institue. Notre interrogation devra porter sur la façon dont les juridictions belges ont résolu l'antinomie entre les principes de primauté et de l'applica-

(27) Voy. C.P.J.I., avis consultatif du 3 mars 1928 rendu en l'affaire relative à la compétence des tribunaux de Dantzig, *Publ.*, Série B, n° 15, p. 18. La référence à l'intention des parties au traité international constitue dans la perspective du professeur J. Verhoeven le critère décisif de l'applicabilité directe ; mais c'est du point de vue du droit international, me semble-t-il, qu'il se place dans son article de 1980 : J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », *R.B.D.I.*, 1980, p. 243.

(28) L'expression est de Ph. COMTE, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne », *Rev. Comm. int. des juristes*, 1962, n° 1, p. 114, cité : J. VERHOEVEN, « La notion d'« applicabilité directe » du droit international », précité, p. 260, n. 30.

(29) Nous faisons nôtre sur ce point l'affirmation que tient M. Waelbroeck dans sa note précitée, selon laquelle « l'applicabilité directe n'est pas une qualité inhérente à la norme internationale mais est susceptible de varier selon la façon dont le problème est posé au juge national » (M. WAELBROECK, « Portée et critères de l'applicabilité directe des traités internationaux », précité, ici p. 37).

(30) F. RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité généralisée », *R.C.A.D.I.*, t. 213, 1989-I, not. pp. 27 et 42-43.

bilité directe. L'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, rendu par la Cour de cassation à propos de l'article 12 du traité C.E.E., admettait que la primauté du droit international conventionnel sur la norme de droit interne en conflit avec lui trouvait sa limite dans les conditions auxquelles l'applicabilité directe de la règle internationale pourrait être reconnue (31). Implicitement ainsi, les règles de droit interne d'une certaine catégorie, celles relatives à la séparation des pouvoirs, se trouvaient placées au-dessus des règles du droit international, dérogeant au principe de la prééminence de celui-ci : au contentieux des droits, cette jurisprudence dispense en effet le juge interne de reconnaître la primauté du droit international conventionnel lorsque la disposition invoquée devant lui ne se prête pas à faire l'objet d'une application directe. Afin de comprendre les évolutions qui ont eu lieu depuis, il faut situer cette question parmi les effets que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut avoir sur le litige porté devant le juge belge. Nous pouvons répartir ces effets en trois classes.

II. — L'AUTORITÉ DE LA CHOSE JUGÉE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

*Le principe : l'autorité de la chose jugée
en droit interne, limitation apportée à l'obligation d'exécution
de l'arrêt revêtu de l'autorité de la chose jugée
en droit international*

12. Un premier effet résulte de l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Ceux-ci ont un caractère en principe purement déclaratoire : à défaut pour la Cour de pouvoir réformer ou casser une décision judiciaire interne ou annuler l'acte administratif ou la législation querellées, elle ne peut que constater que tel droit garanti a, ou n'a pas, été violé dans le chef du requérant. En principe, il résulte du constat de violation que l'État condamné, qui s'est engagé à « se conformer aux décisions de la Cour » dans les litiges auxquels il est partie (32), doit effacer les conséquences de la violation, opérant la remise des choses dans leur pristin état. La Cour peut accorder à la partie lésée une satisfaction équitable ; l'article 50 de la Convention, qui prévoit cette possibilité, voit là cependant une possibilité simplement subsidiaire, une telle forme de réparation par équivalent ne pouvant être ordonnée que « si le droit interne de (la Partie contractante dont la responsabilité internationale

(31) On peut rappeler le passage tant cité de l'arrêt du 27 mai 1971 : « Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir ; que la prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international conventionnel » (Cass. (1^{re} ch.), 27 mai 1971, *Pas.*, I, 886, ici 919) (notre accent).

(32) Art. 53, Conv.

est engagée) ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences » de l'acte constitutif de violation (33). L'anomalie qui consiste à réserver la possibilité que le droit interne puisse faire obstacle à l'entier respect, par l'État en cause, de ses obligations internationales, s'explique, d'une part, par l'impossibilité pratique qu'il peut y avoir à réaliser la *restitutio in integrum* — de même qu'on ne rend pas la vie à qui l'a perdue, de même l'on ne peut raccourcir, rétrospectivement, le délai de jugement dont la longueur s'est avérée excessive — ; d'autre part, par le respect dû au principe de l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique interne (34). Or l'on ne peut exclure que cette exception à l'obligation de l'État ayant fait l'objet d'un arrêt de condamnation s'amenuise progressivement. L'arrêt du 31 octobre 1995 rendu sur l'article 50 dans l'affaire *Papamichalopoulos* signale en effet la volonté de la Cour européenne des droits de l'homme d'encourager les États, autant que possible, à réparer en nature les conséquences de la violation qu'elle constate, plutôt que de la compenser par équivalent (35). Il se pourrait dès lors qu'afin de reconnaître l'autorité de chose jugée aux arrêts de condamnation prononcés contre lui, l'État se trouve obligé, lorsque la mesure étatique querrellée est une décision de justice revêtue de l'autorité de la chose jugée, de prévoir la possibilité de réouvrir la procédure, de façon telle que puisse intervenir une nouvelle décision dans le respect des exigences de la Convention.

*La dénonciation sur ordre
du ministre de la justice*

13. Mais deux catégories de situations sont à distinguer ici. Une première situation est celle où le requérant devant les organes de contrôle de la

(33) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Papamichalopoulos et al. c. Grèce (article 50)* du 31 octobre 1995, Série A n° 330-B, § 34 : « Si la nature de la violation permet une *restitutio in integrum*, il incombe à l'État défendeur de la réaliser, la Cour n'ayant ni la compétence ni la possibilité pratique de l'accomplir elle-même. Si, en revanche, le droit national ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de la violation, l'article 50 habilite la Cour à accorder, s'il y a lieu, à la partie lésée la satisfaction qui lui semble appropriée ». La Cour européenne prend appui sur la jurisprudence internationale (C.P.J.I., arrêt du 13 septembre 1928 dans *l'affaire relative à l'usine de Chorow*, Série A n° 17, p. 47) que le juge R. Bernhardt avait déjà invoquée à l'appui d'une semblable interprétation de l'article 50 de la Convention : R. BERNHARDT, « The Convention and Domestic Law », in : R.St. MACDONALD, F. MATSCHER & H. PETZOLD, *The European System for the Protection of Human Rights*, précité, p. 25, ici p. 37.

(34) En ce sens, et malgré l'affirmation mystérieuse que « la réouverture d'une procédure peut, dans certaines circonstances, s'avérer être un moyen indispensable pour effacer complètement les effets d'une violation de la Convention », G. COHEN-JONATHAN, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Bruylant, Paris-L.G.D.J., 1995, p. 39, ici pp. 46-47.

(35) L'affaire concernait une appropriation de terrains sans indemnité adéquate : la Cour exprime sa préférence pour la restitution des terrains litigieux, laquelle « placerait les requérants, le plus possible, dans une situation équivalant à celle où ils se trouveraient s'il n'y avait pas eu manquement aux exigences de l'article 1 du Protocole n° 1 » (Cour eur. D.H., arrêt *Papamichalopoulos et al. c. Grèce (article 50)* du 31 octobre 1995, précité, §§ 38-40).

Convention a succombé dans le cadre d'un litige, porté devant les juridictions internes de l'État défendeur, qui l'opposait à un autre particulier. C'est le cas lorsque tel époux se plaint d'une violation de son droit au respect de la vie familiale parce que, dans le cadre d'une procédure de divorce ou de séparation, la garde de son enfant a été confiée à l'autre époux (36) ; c'est le cas lorsque tel travailleur estime avoir subi une atteinte à sa liberté dite « négative » d'association, s'il a été mis fin à son contrat d'emploi en raison de son refus de s'affilier à telle organisation syndicale (37) ; ou bien encore, de tel journaliste contre qui une société, dont il trahit un secret professionnel, obtient une injonction judiciaire l'obligeant à révéler ses sources (38). Dans ces hypothèses, où la violation alléguée figure dans la solution donnée à un litige interindividuel porté devant les juridictions internes de l'État défendeur, l'autorité de la chose jugée qui s'attache à la décision interne devenue définitive constitue aussi une garantie pour la partie qui, victorieuse ou qui s'estime simplement moins lésée par le résultat de la procédure, n'a pas comme son adversaire jugé devoir attirer l'État devant le juge international. Admettre alors la révision du procès déjà vidé, au motif que la Cour européenne des droits de l'homme y aurait décelé une violation de la Convention soit dans son dispositif soit dans les modalités de son adoption, non seulement conduirait à ériger cette Cour en instance d'appel ou de pourvoi des décisions rendues par les juridictions internes, mais encore serait inacceptable à défaut que la partie adverse du requérant dans le cadre du litige interne soit représentée dans la procédure internationale (39).

14. Autre paraît cependant la situation où, soit dans le cadre de la procédure pénale entamée sur l'action publique, soit dans le cadre du litige qui oppose le particulier à l'administration publique, le seul « adversaire » du requérant a été, devant les juridictions internes, l'État ou l'un de ses

(36) Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Hoffmann c. Autriche* du 23 juin 1993, Série A n° 255-C.

(37) Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Young, James et Webster c. Royaume-Uni* du 13 août 1981, Série A n° 44.

(38) Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Goodwin c. Royaume-Uni* du 27 mars 1996.

(39) Le Règlement de procédure de la Cour européenne des droits de l'homme prévoit la possibilité d'une tierce intervention au bénéfice de toute « personne intéressée », que le président peut accorder ou inviter « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (art. 37, § 2, du Règlement A ; art. 39, § 2, du Règlement B). Tel qu'il est modifié par le Protocole n° 11, le nouveau texte de la Convention prévoit l'insertion de cette possibilité dans son texte même (voy. l'art. 36 de la Convention révisée, sous le titre « Tierce intervention »). À notre connaissance, cette voie n'a été mise à profit qu'une seule fois par la personne qui était l'adversaire du requérant dans le cadre de la procédure interne : il s'agissait, dans l'affaire *Hokkanen c. Finlande* (arrêt du 23 septembre 1994, Série A n° 299-A), des beaux-parents du requérant auxquels la fille de celui-ci avait été confiée. Les beaux-parents avaient d'ailleurs également introduit une requête auprès de la Commission européenne des droits de l'homme alléguant une violation de leur propre droit au respect de la vie familiale, qui fut ensuite jugée irrecevable : *Commiss. eur. dr. h., req. n° 24627/94, R. et S. Nick et S. Hokkanen c. Finlande*, déc. du 15 déc. 1996, non publiée. Laisse à la discrétion du président de la Cour, la possibilité de l'intervention constitue un remède très insuffisant à l'absence de représentation de la partie adverse du requérant devant la Cour européenne des droits de l'homme.

démembrements. Il paraît plus aisé en tel cas de prévoir une exception au principe suivant lequel l'autorité de la chose jugée au plan interne fait obstacle à ce que la procédure, qu'on avait pu croire définitivement close, soit réouverte, afin que, une première fois violées, les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme puissent être respectées dans le cadre d'un nouveau procès. Une étude de 1992 sur « l'instauration d'une procédure de révision au niveau national pour faciliter la conformité avec les décisions de Strasbourg » (40), à laquelle il est permis de reprocher de ne pas faire clairement la distinction suggérée ici entre deux catégories de litiges suivant l'identité des parties qui s'y opposent, place la Belgique parmi les pays « dans lesquels il pourrait y avoir des procédures de révision » (41). L'article 441 du Code d'instruction criminelle, en effet, prévoit la possibilité pour le procureur général près la cour de cassation, agissant sur ordre du Ministre de la justice, de dénoncer à la chambre criminelle de celle-ci les arrêts et jugements « contraires à la loi ». À la suite de l'arrêt *Piersack* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 1^{er} octobre 1982 (42), il fut ordonné au procureur général E. Krings de requérir l'annulation de l'arrêt de la cour d'assises du Brabant condamnant le requérant dans des conditions contraires à l'exigence d'impartialité inscrite à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention. Cet arrêt avait fait l'objet d'un pourvoi rejeté par la Cour de cassation avant que M. Piersack introduise une requête devant la Commission européenne des droits de l'homme (43). Le réquisitoire de M. Krings considérait cependant que l'arrêt de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme oblige l'État belge, afin de reconnaître l'autorité de chose jugée qui s'y attache, « à prendre, si le droit interne le permet, les mesures d'exécution propres à effacer pleinement les conséquences de la violation constatée » (44). La procédure de dénonciation sur ordre du Ministre de la justice est justifiée, toujours selon le réquisitoire qu'accueille l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 mars 1983, car « l'arrêt de la Cour européenne constatant le manquement à l'ar-

(40) Etude préparée par le Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme (DH-PR) sous l'autorité du Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH), Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, doc. H(92)1, Strasbourg, janvier 1992.

(41) L'étude a été clôturée trop tôt pour tenir compte de l'exécution, à vrai dire exceptionnelle, qui a été donnée à l'arrêt rendu contre la Belgique le 23 octobre 1991 dans l'affaire *Muyldermans* (Série A n° 214-A). L'arrêt de la Cour des comptes rendu à l'encontre de la requérante en violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, a été déclaré non-exécutoire par la loi du 28 juillet 1992 portant des dispositions fiscales et financières (art. 65) (*Mon. b.*, 31.07.1992, p. 17213). Une loi du 3 avril 1995, entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1995, a ensuite modifié la procédure devant la Cour des comptes, notamment en instaurant devant elle un procès contradictoire et public, et en fournissant à la personne mise en cause la possibilité de comparaître en personne, assistée d'un avocat si elle le souhaite.

(42) Cour eur. D.H., arrêt *Piersack c. Belgique* du 1^{er} octobre 1982, Série A n° 53.

(43) Cass. (2^e ch.), 21 février 1979, *Pas.*, 1979, I, 750.

(44) Cass. (2^e ch.), 18 mai 1983, *Pas.*, 1983, I, 1046, *R.W.*, 1984-1985, col. 801, note H. GIL-LIAMS.

ticle 6, § 1^{er}, de la Convention ainsi que les faits d'où ce manquement découle constituent des éléments extrinsèques à la procédure suivie à la suite du pourvoi de Piersack, éléments auxquels la Cour de cassation n'a pas pu avoir égard et à la lumière desquels elle n'a pu statuer ». M. Piersack n'aperçut aucun motif d'introduire un pourvoi contre sa condamnation du 7 octobre 1983 par la cour d'assises du Hainaut, devant laquelle l'affaire avait été renvoyée ; dans son arrêt rendu ensuite sur la question de la satisfaction équitable, la Cour européenne des droits de l'homme constata que, pour l'essentiel, la violation qu'elle avait constatée dans son arrêt du 1^{er} octobre 1982 avait ainsi été réparée (45).

15. Les virtualités d'une telle procédure sont considérables. Certes, la dénonciation n'est-elle normalement possible que si l'illégalité découle d'éléments extrinsèques à la procédure suivie à la suite du premier pourvoi et que, lors de celui-ci, la Cour de cassation n'avait pu connaître. Mais tel n'est-il pas le cas des constatations faites par la Cour européenne des droits de l'homme, au terme d'une procédure entamée à la suite de l'introduction d'une requête par la personne condamnée, dans un arrêt nécessairement postérieur au prononcé de la décision interne définitive ? À la suite de l'arrêt *De Cubber* rendu le 26 octobre 1984 par la Cour européenne des droits de l'homme (46), l'avocat général J. Velu invitait la Cour de cassation à considérer que constituent par elles-mêmes des « éléments de droit dont 'la Cour de cassation' ne pouvait connaître » lors du pourvoi introduit auprès d'elle avant le déclenchement de la procédure internationale, « les obligations juridiques spécifiques découlant pour l'État belge de l'arrêt rendu par la Cour européenne (...) et trouvant leur fondement dans les articles 50 et 53 de la Convention de sauvegarde » (47). La Cour de cassation a refusé de suivre M. Velu sur cette thèse, dont l'effet aurait été de permettre l'utilisation de la procédure de l'article 441 du Code d'instruction criminelle chaque fois que, dans une affaire pénale, la Cour de Strasbourg constate une violation de la Convention dont elle a la garde. Il faut donc considérer qu'à défaut que l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme se fonde sur des circonstances de fait ignorées de la Cour de cassation lors du premier rejet de pourvoi, la dénonciation sur ordre du Ministre de la justice ne pourra être reçue.

16. Il est utile d'analyser ce régime en le situant par rapport aux deux évolutions majeures de la jurisprudence de Strasbourg pendant ces dernières années. Une première évolution a conduit la Cour, tout en se refusant à opérer un contrôle *in abstracto* de la législation interne d'un État partie, à néanmoins se prononcer parfois sur la compatibilité du droit interne

(45) Cour eur. D.H., arrêt *Piersack c. Belgique (article 50)* du 26 octobre 1984, Série A n° 85.

(46) Cour eur. D.H., arrêt *De Cubber c. Belgique* du 26 octobre 1984, Série A n° 86.

(47) Cass. (aud. pl.), 27 janvier 1987, concl. de l'avocat général J. VELU, *J.T.*, 1987, p. 440, ici p. 444.

d'une Partie avec la Convention, suivant des modalités qu'on décrira dans un instant (voy. ci-dessous, n° 29-30). Une seconde évolution a conduit la Cour européenne des droits de l'homme à constater la violation, ou à refuser de l'apercevoir, au terme d'un examen de proportionnalité de la mesure étatique querellée. Ce qui distingue ces deux évolutions n'est pas uniquement que celle-là concerne l'objet de la procédure portée devant le juge international, tandis que celle-ci porte plutôt sur la forme de la motivation de ses arrêts : c'est aussi que, tandis que la première évolution s'opère sur un plan relativement abstrait, et détaché des particularités de la situation de la victime individuelle, la seconde évolution au contraire implique un examen contextualisé, attentif aux particularités factuelles de chaque espèce. Une comparaison du sort réservé à la dénonciation sur ordre dans les affaires *Piersack* et *De Cubber* montrerait que, tandis que cette façon d'assurer l'exécution des arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme ne se conçoit pas là où la condamnation de l'État belge est fondée, comme l'exprime la Cour de cassation dans son arrêt rendu en audience plénière du 27 janvier 1987, sur « une question de droit », en revanche, elle sera plus aisée à utiliser lorsque cette condamnation repose sur la prise en considération de faits circonstanciels propres à l'espèce ayant donné lieu à la réclamation internationale (48).

*L'engagement de la responsabilité de l'État
pour les fautes commises par les magistrats
dans l'exercice de leurs fonctions*

17. Les ressources qu'offre le droit interne belge pour l'effacement des conséquences de la violation constatée par le juge européen, y compris lorsque cette violation a sa source dans une décision de justice revêtue de l'autorité de la chose jugée, ont encore été étendues par les arrêts rendus par la Cour de cassation le 19 décembre 1991 (49) et le 8 décembre

(48) On comperera à cet égard l'attitude qu'adopte l'avocat général J. Velu face, d'une part, au rapport rendu le 5 juillet 1983 par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *De Cubber* (voy. les concl. préc. Cass. (2° ch.), 4 avril 1984, *Pas.*, 1984, I, 920, ici p. 941, où il est fait allusion aux « circonstances spécifiques de la cause et qui au demeurant n'étaient pas connues » de la Cour de cassation lors de son rejet du pourvoi du sieur De Cubber), d'autre part, à l'arrêt de la Cour européenne rendu ensuite dans la même affaire, qui selon M. Velu « fonde exclusivement sa décision (...) sur des considérations ayant trait au statut et aux compétences des juges d'instruction » (concl. préc. Cass. (aud. pl.), 27 janvier 1987, précité, ici p. 444).

(49) Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, *R.C.J.B.*, 1993, p. 292, note Fr. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « La responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leurs fonctions », *J.T.*, 1992, p. 142, *J.L.M.B.*, 1992, p. 42, note Fr. PIEDBŒUF. Pour des commentaires, voy. également R.O. DALCQ, « La responsabilité de l'État du fait des magistrats. À propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 », *J.T.*, 1992, p. 449 ; A. VAN OEVELEN, « De aansprakelijkheid van de Staat voor ambtsfouten van magistraten en de orgaantheorie na het Anca-arrest van het Hof van cassatie van 19 december 1991 », *R.W.*, 1992-1993, p. 377 ; et la note du même auteur à la *Rev. gén. dr. civ.*, 1992, p. 60.

1994 (50) dans l'affaire *s.p.r.l. Anderlecht-café* (« *Anca* »). On sait que, dans le premier de ces deux arrêts, la Cour de cassation a décidé, dans le prolongement de sa jurisprudence *Flandria* du 5 novembre 1920, que l'État devait être soumis au droit commun de la responsabilité civile, y compris — telle était l'innovation de l'arrêt — lorsque la faute ayant causé le dommage est celle d'un magistrat, organe de l'État, statuant dans l'exercice de sa fonction juridictionnelle, et même hors les cas où la prise à partie est autorisée en vertu des articles 1140, 1^o, 2^o et 3^o et 1141 du Code judiciaire. Sans attendre que le législateur intervienne pour organiser une telle responsabilité, la Cour de cassation a jugé que « l'État peut, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, être, en règle, rendu responsable du dommage résultant d'une faute commise par un juge ou un officier du ministère public lorsque ce magistrat a agi dans les limites de ses attributions légales ou lorsque celui-ci doit être considéré comme ayant agi dans ces limites, par tout homme raisonnable et prudent ». Afin de mieux apprécier la portée de cette jurisprudence pour la coopération du juge national et de la Cour européenne des droits de l'homme, deux précisions sont à faire concernant le régime ainsi inauguré.

18. La première précision prend appui sur le sort réservé au pourvoi introduit contre l'arrêt rendu par la cour d'appel de Liège statuant suite au renvoi effectué par l'arrêt du 19 décembre 1991. Afin de motiver son rejet du pourvoi, alors que le juge de renvoi avait conclu que les conditions de l'engagement de la responsabilité de l'État ne se trouvaient pas réunies, la Cour de cassation est venue préciser la nature de la faute du magistrat pouvant engager la responsabilité de l'État dont il est l'organe. La Cour reprend à son compte la distinction établie par M. le procureur général Velu dans ses conclusions précédant l'arrêt du 19 décembre 1991, selon lesquelles la faute en question peut consister ou bien en « une erreur de conduite, laquelle doit être appréciée suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions » ; ou bien encore, « sous réserve d'une erreur invincible ou d'une autre cause de justification, un comportement qui viole une norme imposant au magistrat de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, établie par le droit national ou par un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne » (51). En l'espèce, c'est la seconde de ces deux branches qui aurait dû s'imposer de façon naturelle : le litige avait en effet pour origine les conditions dans lesquelles les magistrats du tribunal de commerce de Bruxelles, statuant par défaut, avaient déclaré la faillite d'office de la société *Anca*, en viola-

(50) Cass. (1^{er} ch.), 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, I, 1063 ; *J.T.*, 1995, p. 497, note R.O.D. ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 387, note D.-M. PHILIPPE ; *R.W.*, 1995-1996, p. 180, note A. VAN OEVELEN ; *R. Cass.*, 1995, p. 169, note A. VAN OEVELEN.

(51) Concl. conf. préc. Cass. (1^{er} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici pp. 358-362 (n^o 61 à 65). M. J. Velu était alors premier avocat général.

tion des exigences de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, dans son arrêt du 8 décembre 1994, la Cour de cassation préfère se situer au sein de la première branche de l'alternative dressée par M. J. Velu. Cela lui permet de ne pas devoir déduire la faute de la simple existence de l'illégalité, comme pouvait l'y inciter sa jurisprudence antérieure (52). Elle décide en effet d'approuver le raisonnement du juge d'appel, qui avait conclu à l'absence de faute dans le chef des magistrats du tribunal de commerce en raison de ce qu'en 1982, au moment où la faillite d'office fut prononcée avant d'être rapportée, la question des normes applicables à la procédure de déclaration de la faillite d'office demeurait controversée. Selon l'arrêt du 8 décembre 1994 en effet, « la faute doit s'apprécier *in concreto* suivant le critère du magistrat normalement soigneux et prudent, placé dans les mêmes conditions et circonstances de temps ; (...) la faute suppose encore l'application erronée d'une norme juridique établie, c'est-à-dire d'une norme connue au moment où l'acte juridictionnel incriminé est intervenu et que l'erreur du magistrat puisse être considérée comme évidemment imparable eu égard à tous les éléments dont il disposait et notamment à l'état indiscutable de la jurisprudence à ce moment-là ». Que la faute doive s'apprécier notamment suivant les circonstances de temps où le magistrat s'est concrètement trouvé placé (53), qu'ainsi la responsabilité de l'État dont il est l'organe ne puisse être engagée lorsque les normes qu'il devait appliquer étaient, à l'époque où il devait assurer cette application, insuffisamment connues ou encore trop débattues, cela paraît signifier que ce n'est pas n'importe quelle illégalité qui constitue la faute : si même le juge préfère apprécier la faute au regard du second critère suggéré par le procureur général Velu, celui de la violation d'une norme, il faudra qu'il s'agisse d'une norme « établie », et non, par exemple, annoncée par une jurisprudence nouvelle, postérieurement au moment où la faute alléguée a été commise (54).

(52) Cass., 13 mai 1982, *Pas.*, 1982, I, 1056.

(53) Le procureur général J. Velu le notait déjà dans ses conclusions précédant le premier arrêt *Anca* de la Cour de cassation : « ... l'appréciation de l'erreur de conduite du magistrat implique une comparaison avec l'attitude à attendre du magistrat normalement soigneux et prudent, en ayant égard à toutes les circonstances de temps, de lieu ou de service qui peuvent rendre difficile et périlleux l'exercice de sa fonction. L'erreur de conduite du magistrat doit manifester une imprudence ou une négligence qui dépasse ce qui peut raisonnablement être admis dans les circonstances où il se trouvait placé » (concl. conf. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 358 (n° 62)).

(54) Contrairement à la lecture que paraît en suggérer le professeur R.O. Daleq (voy. sa note précitée sous Cass. (1^{re} ch.), 8 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 497), il semble que c'est en cette direction que pointent déjà les conclusions de M. J. Velu dans ses conclusions précédant l'arrêt du 19 décembre 1991. Si la décision de justice causant dommage est revêtue de l'autorité de la chose jugée, en effet, elle doit avoir fait normalement l'objet d'un retrait, d'une réformation, d'une annulation ou d'une rétractation, décidés « en raison de la violation d'une norme juridique établie, c'est-à-dire d'une norme connue au moment où l'acte juridictionnel incriminé est intervenu », sans quoi la décision de justice en cause ne peut être considérée comme « illicite » : voy. les concl. conf. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 352 (n° 52).

19. La deuxième précision concerne l'obstacle que peut constituer le principe de l'autorité de la chose jugée à l'engagement de la responsabilité de l'État pour la faute des magistrats agissant comme son organe. Ainsi que le notait M. le procureur général J. Velu dans ses conclusions précédant l'arrêt du 19 décembre 1991, lorsqu'un tel obstacle est invoqué, il n'est pas celui de l'autorité de la chose jugée tant que l'on demeure sur le plan technique de la doctrine. Les conditions d'identité d'objet, de cause et de parties, en effet, qui définissent la relativité de l'autorité de la chose jugée, ne sont pas présentes dans l'hypothèse où l'on se place (55). Ce qui est en cause plutôt, c'est le risque que présente l'engagement d'une telle responsabilité pour « la présomption de vérité qui s'attache à la chose jugée », présomption qui « se justifie par une idée d'ordre et de tranquillité sociale » (56). De la nécessité de reconnaître à cette présomption le poids qu'ainsi elle mérite, M.J. Velu déduit que si l'acte fautif causant dommage « constitue l'objet direct de la fonction juridictionnelle, la demande tendant à la réparation du dommage n'est, en règle, recevable que si l'acte litigieux a été retiré, réformé, annulé ou rétracté par une décision passée en force de chose jugée en raison de la violation d'une norme juridique établie et n'est plus, dès lors, revêtu de l'autorité de la chose jugée » (57). Mais, à ces hypothèses où l'acte juridictionnel ayant causé le dommage n'a plus autorité de chose jugée, se trouve assimilée l'hypothèse où « une décision de la Cour européenne des droits de l'homme ou du Comité des ministres du Conseil de l'Europe a déclaré que l'acte juridictionnel était contraire aux obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme et que les autres voies de droit interne ou la nature de la violation ne permettent qu'imparfaitement d'effacer les conséquences dommageables de l'acte » (58). Certes, l'article 50 de la Convention prévoit-il la possibilité pour la Cour, lorsqu'elle constate qu'une violation a eu lieu, d'accorder une satisfaction équitable à la victime, dans les hypothèses où le droit interne de l'État en cause ne permet pas d'effacer les conséquences de la violation. Mais il s'agit là d'un mécanisme purement subsidiaire : la thèse de M. J. Velu est que l'ordre juridique belge doit pouvoir assurer, en son sein, une forme de réparation de la partie lésée, dès lors que le juge international — ou le comité des ministres du Conseil de l'Europe exerçant la compétence quasi juridictionnelle à présent appelée à disparaître — a constaté la violation dont elle a été victime.

(55) Voy. les concl. conf. préc. Cass. (1^{er} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 39 (n° 48) : « Lorsqu'une demande est introduite contre l'État pour obtenir réparation du dommage causé par une décision de justice définitive, ces conditions ne sont normalement pas remplies dès lors que la demande est le plus souvent introduite contre une autre partie que la partie adverse initiale et que l'objet et la cause des deux demandes sont différents ».

(56) Concl. conf. préc. Cass. (1^{er} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 350 (n° 52).

(57) Concl. conf. préc. Cass. (1^{er} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 351 (n° 52).

(58) Concl. conf. préc. Cass. (1^{er} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 353 (n° 52).

20. Au risque de s'avancer trop loin sur un territoire encore insuffisamment exploré, l'on peut tirer trois enseignements du régime ainsi progressivement mis en place afin d'autoriser la mise en cause de la responsabilité de l'État pour les fautes commises par les magistrats dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle. D'abord il serait incorrect de déduire, de la seule circonstance que la Cour européenne des droits de l'homme aurait prononcé un arrêt de condamnation envers la Belgique, et alors que, par hypothèse — l'exigence d'un épuisement préalable des voies de recours internes le veut ainsi —, le juge belge s'est vu fournir l'occasion de réparer la violation initialement commise, que les conditions de l'engagement de la responsabilité civile de l'État se trouveraient réunies. Non seulement il faut que le dommage soit établi, et qu'il ait été causé par la décision de justice. Mais encore, le constat d'une violation par la Belgique de ses engagements internationaux ne signifie pas nécessairement qu'a commis une « faute » le juge interne qui a échoué à prévenir cette violation. Tel sera le cas lorsque, en appliquant la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme invoquée devant lui comme il l'a fait — ou en refusant de l'appliquer —, le juge devait savoir qu'il engageait la responsabilité internationale de l'État, tant il s'écartait d'une jurisprudence européenne établie ou tant la violation était manifeste. Mais la faute n'a en revanche pas lieu lorsque l'arrêt par lequel, ensuite, le juge international condamne l'État belge, soit inaugure une jurisprudence nouvelle, soit clarifie une question d'interprétation controversée, soit encore résulte d'une appréciation, au départ des circonstances de fait propres à l'espèce, de la proportionnalité de la mesure reprochée, et est ainsi adoptée au terme d'une mise en balance des intérêts en jeu dont l'issue devant le juge international ne pouvait être prévue d'emblée par le juge interne.

21. Même lorsque la faute existe, au sens où la violation reprochée de la Convention européenne des droits de l'homme constitue la violation d'une norme juridique bien « établie » dont il revenait au juge interne de faire une correcte application, la partie lésée, qui obtenu de la Cour européenne des droits de l'homme la condamnation de la Belgique, n'est pas tenue de saisir les juridictions nationales d'une action en responsabilité contre l'État. La Cour européenne des droits de l'homme en effet, n'a pas jusqu'à présent exigé l'épuisement des voies de recours internes, de la part des requérants dans le chef desquels une violation a été constatée et qui réclament l'octroi d'une satisfaction équitable (59). Elle encourage cependant l'exercice d'une

(59) Cour eur. D.H., arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* (art. 50) du 13 juin 1994, Série A n° 285-C, § 17 (voy. cependant, contra, l'opinion dissidente du juge *ad hoc*, Torres Boursault); Cour eur. D.H., arrêt *Papamichalopoulos c. Grèce* (art. 50) du 31 octobre 1995, Série A n° 330-B (§ 40). Dans ses conclusions précédant le premier arrêt *Anca* de la Cour de cassation, M. le procureur général J. Velu avait déjà estimé que la demande de satisfaction équitable ne constituant pas une nouvelle requête introduite en vertu de l'article 25 de la Convention, la Cour européenne des droits de l'homme n'était « pas tenue de déclarer irrecevable une demande de

telle voie de recours, là où elle choisit de ne se prononcer sur la satisfaction équitable à accorder qu'après avoir fourni à la victime l'occasion de rechercher réparation de son préjudice devant les juridictions internes : il serait anormal au regard de la subsidiarité du contrôle judiciaire international que ces requérants s'abstiennent tout simplement de faire usage de cette possibilité. L'on peut du reste se demander si une telle condition n'est pas formulée implicitement à l'article 50 de la Convention, qui ne prévoit la satisfaction équitable que « si le droit interne 'de l'État partie' ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences » de la mesure étatique qu'elle. Il semble que la Cour européenne des droits de l'homme adopte aujourd'hui une position intermédiaire, qui consiste à dispenser la partie lésée par une violation de la Convention de patienter jusqu'à l'épuisement des voies de recours qu'elle peut actionner selon le droit interne de l'État condamné, même si toute chance de succès n'est pas exclue au terme du parcours dans l'épuisement des recours internes. C'est en ce sens sans doute qu'il faut interpréter le passage de l'arrêt rendu sur les demandes de satisfaction équitable introduites dans l'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et al.* où le Cour, tout en estimant que revient aux juridictions internes la tâche de déterminer les responsabilités respectives pour les dommages subis par les compagnies maritimes requérantes — l'application rétroactive de la loi du 30 août 1988 étant écartée —, « se réserve toutefois de vérifier si l'issue des procédures nationales cadre avec l'article 50 de la Convention, compte tenu aussi de leur durée » (60). Il serait ainsi excessif d'affirmer que la partie lésée dispose d'une véritable option entre les deux voies — demande de satisfaction équitable devant le juge international, action en responsabilité contre l'État devant les juridictions internes — par lesquelles obtenir l'effacement des conséquences résultant de la violation qu'elle subie, et qu'a pu constater le juge international. Si le droit interne permet qu'elle obtienne réparation devant les juridictions internes, dans un délai suffisamment bref, elle sera incitée à faire usage de cette possibilité ; et il ne faut pas exclure que la Cour européenne des droits de l'homme remette à plus tard sa décision sur la demande de satisfaction équitable introduite devant elle, tant que le requérant n'a pas agi en ce sens.

22. Enfin, l'on notera que la reconnaissance de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État pour les dommages causés par l'exercice fautif de la fonction juridictionnelle, dans les conditions relativement larges qui peuvent se dégager des arrêts rendus par la Cour de cassation dans l'affaire *Anca*, ne paraît pas imposée à l'État belge par l'article 13 de la Convention

satisfaction équitable dont elle se trouve saisie, au motif que le requérant aurait pu introduire une semblable demande devant une juridiction de l'État défendeur » (concl. conf. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 353 (n° 52, n. 129)).

(60) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* (art. 50) du 3 juillet 1997 (§ 10).

européenne des droits de l'homme (61). Le régime de responsabilité qui se met aujourd'hui en place permet de réclamer des dommages à l'État pour les fautes commises dans l'exercice de la fonction juridictionnelle non uniquement lorsque la faute consiste dans un déni de justice, au sens large où on inclut dans cette notion les hypothèses où la justice a été rendue en violation des règles que doit respecter la procédure de jugement, mais également lorsque le juge saisi n'a pas fait une application correcte du droit matériel dont il a la garde (62). Or, autant l'on peut vouloir déduire, du droit à un recours effectif devant une instance nationale en cas de violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Convention, la recevabilité par le juge interne d'une action en responsabilité contre l'État lorsque le juge a violé les règles régissant son office — c'est-à-dire dans la première des deux hypothèses qu'on a citées — (63), autant il est douteux que l'on puisse invoquer l'article 13 de la Convention lorsque le juge a mal appliqué la Convention européenne des droits de l'homme, ou bien en a fourni une interprétation ensuite démentie par le juge international. En effet, comme cette seconde hypothèse est celle où telle disposition de la Convention a pu être invoquée devant une instance nationale — en l'occurrence devant une juridiction —, l'exigence qu'impose l'article 13 a été rencontrée même si cette juridiction fait une application erronée de la disposition invoquée : l'article 13 en effet, s'il garantit un recours, soit la possibilité de soumettre l'allégation qu'une violation a eu lieu à une instance ayant la compétence de la faire cesser ou de la réparer, ne garantit pas en revanche que le recours sera couronné de succès (64). Cette solution consiste ainsi à affirmer que si l'obligation imposée à l'État belge d'organiser des voies de recours devant une instance nationale en cas de violation d'un droit ou d'une libertés garantis à la Convention implique qu'il faut pouvoir mettre en cause la responsabilité de l'État lorsque, dans l'exercice de sa fonction juri-

(61) La seconde branche de l'unique moyen invoqué à l'appui du pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour de cassation du 19 décembre 1991 portait sur cette question : invoquant l'applicabilité directe de l'article 13 de la Convention, la partie demanderesse au pourvoi déduisait de cet article que les limitations apportées au droit au recours effectif « ne sauraient aboutir à empêcher purement et simplement l'exercice d'un recours en responsabilité contre un État en raison d'une faute commise par un organe juridictionnel ». Ayant fait droit au moyen dans sa première branche, la Cour de cassation n'a pas eu à examiner cette seconde branche.

(62) Concl. conf. préc. Cass. (1^{re} ch.), 19 décembre 1991, *Pas.*, 1991, I, 316, ici p. 326 (n° 12).

(63) En ce sens, voy. surtout la note de F. RIGAUX et J. VAN COMPERNOLLE, « Faillite d'office, fonction juridictionnelle et responsabilité de l'État du fait des actes du service public de la justice », sous Cass. (1^{re} ch.), 17 nov. 1988, *R.C.J.B.*, 1991, p. 407, spéc. n° 33-38. Selon ces auteurs, que l'applicabilité directe de l'article 13 de la Convention ne soit pas unanimement admise ne ferait pas obstacle à ce que le juge belge reconnaisse, à la partie qui a subi un dommage causé à elle par une décision de justice ensuite réformée ou rapportée pour violation de l'article 6 de la Convention, un droit d'agir en responsabilité contre l'État : « Quand les obstacles à la condamnation de l'État dans l'ordre interne sont le fruit de constructions doctrinales vieillies et incertaines, le pouvoir judiciaire a le devoir d'écartier ces obstacles afin d'assurer la cohérence entre le droit international et le droit interne » (p. 451, n° 36).

(64) J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 124, et les références citées.

dictionnelle, un juge a violé une norme — notamment relative à l'équité du procès — qui s'imposait à lui, en revanche, à peine qu'on s'engage dans une régression à l'infini, elle ne va pas jusqu'à impliquer que le juge engage la responsabilité de l'État dont il est l'organe dès lors qu'il a fait une application incorrecte de la règle internationale. Le droit belge de la responsabilité civile, sur ce plan, se situe au-dessus de ce que paraît exiger le respect par la Belgique de ses obligations internationales.

23. Or, ce que l'article 13 de la Convention européenne ne requiert pas, son article 50 ne l'impose pas davantage. Cette disposition prévoit expressément l'hypothèse où le droit interne ne dispose d'aucun moyen d'effacer les conséquences qui résultent, notamment, de la violation commise ou non réparée par une décision de justice revêtue de l'autorité de chose jugée, lorsque cette violation est ensuite constatée par la Cour européenne des droits de l'homme. On ne peut qu'en déduire que la possibilité d'actionner la responsabilité de l'État, lorsqu'un arrêt de la Cour européenne constate qu'une décision de justice a créé une violation dans le chef d'un requérant et qu'il en est résulté pour lui un dommage, si elle est sans doute bienvenue dans un système où le contrôle judiciaire international ne remplit qu'une fonction subsidiaire, ne constitue pas pour l'État belge une façon de respecter une obligation qui lui serait imposée dans l'ordre juridique international.

*L'atténuation de la règle de l'épuisement préalable
des voies de recours internes et la transformation
de la subsidiarité du contrôle judiciaire européen*

24. La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme encourage une utilisation renforcée des possibilités qu'offre le droit interne d'effacer les conséquences de la violation qu'elle a constatée dans un arrêt de condamnation. La pratique de la Cour qui consiste à dissocier, de façon à présent plus systématique, l'arrêt constatant la violation, d'une part, l'arrêt rendu sur la demande de satisfaction équitable, d'autre part, y contribue tout à fait. Par cette dissociation, la Cour se donne la possibilité de vérifier les suites données par les autorités de l'État condamné au constat de violation que contient le premier arrêt : en réservant la question de la satisfaction équitable, et surtout en attendant, avant de se prononcer sur la réparation, l'issue des procédures entamées devant les tribunaux internes par les requérants dans le chef desquels une violation a été constatée, elle incite ainsi les États, autant que possible, à prévoir la possibilité d'une révision — y compris des décisions judiciaires qui, coulées en forme de chose jugée, ont pu être considérées comme devenues définitives (65).

(65) Voy. surtout Cour eur. D.H., arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* du 6 décembre 1988, Série A n° 146 ; et Cour eur. D.H., arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne* (article 50) du 13 juin 1994. Entre l'arrêt constatant la violation de l'article 6, § 1^{er}, de

L'affaire *Pressos Compania Naviera S.A. et al.* illustre bien ce développement du droit de la Convention européenne. Le 20 novembre 1995, la Cour européenne des droits de l'homme condamnait l'État belge pour violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention, qui garantit le droit au respect des biens (66). Rompant avec l'enseignement qui semblait pouvoir se dégager des décisions rendues en la matière par les juridictions de fond, la Cour de cassation rendit le 15 décembre 1983 un arrêt (67) affirmant la possibilité de mettre en cause la responsabilité de l'État, dans le domaine de la navigation maritime, pour les faits résultant de l'intervention des pilotes du service de pilotage. Par suite, le législateur belge adopta une loi du 30 août 1988 modifiant la loi du 3 novembre 1967 sur la pilotage des bâtiments de mer (68). L'intention du législateur était de faire rempart à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation, en excluant la responsabilité des organisateurs de services de pilotage pour des dommages « résultant d'une faute de l'organisateur lui-même ou d'un membre de son personnel agissant dans l'exercice de ses fonctions, que cette faute consiste en un fait ou une omission » (69). Or, on le sait, la loi du 30 août 1988 prévoyait de rétroagir pour une période de trente ans à partir de la date de la publication au *Moniteur belge*. Sans pour autant mettre en cause l'autorité de la chose jugée des décisions rendues sur les actions en responsabilité devenues définitives, la loi prétendait ainsi s'appliquer aux litiges en cours (*causae pendentes*). Il ne suffisait pas que le revirement de jurisprudence effectué par la Cour de cassation se trouve neutralisé pour l'avenir ; il fallait encore qu'il ne puisse profiter aux armateurs qui, avant le 17 septembre 1988, date

la Convention dans le chef des requérants, condamnés au pénal, et l'arrêt rendu sur la demande de satisfaction équitable, les requérants avaient pu obtenir devant le Tribunal constitutionnel espagnol l'annulation de la décision de condamnation adoptée en violation des exigences de la Convention. Pour une discussion plus détaillée, voy. O. DE SCHUTTER, « La réforme des mécanismes de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme », précité, ici pp. 57-58 ; et J.-F. FLAUSS, « La réparation due en cas de violation de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.D.E.*, 1996, p. 8.

(66) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* du 20 novembre 1995, Série A n° 332. Voy. les obs. de H. SIMONART et D. JANS, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne », *Rev. b. dr. const.*, 1996-2, p. 166, et les obs. de M. VERDUSSEN et S. DEPRÉ, « Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 587.

(67) Cass. (1^{re} ch.), 15 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 418, concl. conf. de l'avocat général Mme E. LIEKENDAEL. Cette jurisprudence, soumettant les règles de responsabilité dans le domaine de la navigation maritime au droit commun de la responsabilité qui s'étend à l'État et aux autres personnes de droit public (Cass., 5 novembre 1920, *Pas.*, 1920, I, 193), fut ensuite confirmée : Cass. (1^{re} ch.), 17 mai 1985, *Pas.*, 1985, I, 1159. Dans sa majorité, la doctrine a critiqué le nouvel enseignement de la Cour de cassation : voy. not. L. DELWAIDE, « De aansprakelijkheid van de staat voor de fouten van een loods bij aanvaring », *J.P.A.*, 1083, p. 235 ; et H. BOCKEN, « De burgerlijke aansprakelijkheid van de loods : problemen en mogelijke oplossingen », *T.P.R.*, 1986, p. 789.

(68) Loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer, *M.B.*, 5.1.1968 ; loi du 30 août 1988 modifiant la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer, *M.B.*, 17.9.1988.

(69) Art. 3bis, § 1^{er}, de la loi du 3 novembre 1967, inséré par la loi du 30 août 1988.

de publication de la loi du 30 août 1988, avaient introduit une action en réparation du dommage causé par les services de pilotage de l'État en l'invoquant.

25. Les vingt-six sociétés qui, victimes de cette situation, introduisirent une requête devant la Commission européenne des droits de l'homme, se répartissent en trois catégories. Vingt-quatre requérantes avaient recherché l'annulation de la loi du 30 août 1988 devant la Cour d'arbitrage. Celle-ci avait rejeté les recours dans leur ensemble. Dans son arrêt du 5 juillet 1990, elle estimait, sur le moyen pris de la violation des articles 6 et 6bis de la Constitution (devenus articles 10 et 11) envisagés avec l'article 11 de la Constitution (devenu l'article 16) et l'article 1^{er} du Protocole n° 1 à la Convention, que « En modifiant un régime légal d'indemnisation de dommages sans remettre en cause les créances dont le titre est une décision judiciaire, le législateur n'introduit aucune distinction injustifiée, la protection assurée 'par les dispositions garantissant le droit de propriété' ne couvrant que la propriété déjà acquise » (70). Une autre requérante (vingt-cinquième requérante), ayant été déboutée par la cour d'appel d'Anvers de son action en responsabilité — le juge d'appel se fondant sur la loi du 30 août 1988 —, se pourvut devant la Cour de cassation, laquelle, ayant recueilli au préalable la réponse de la Cour d'arbitrage sur la constitutionnalité de la loi de 1988, rejeta le pourvoi par un arrêt du 19 avril 1991 (71). Enfin, une dernière société requérante (vingt-sixième requérante) n'avait intenté aucun recours contre la loi du 30 août 1988, ni par la voie directe d'un recours en annulation, ni par celle, indirecte, consistant à faire interroger la Cour d'arbitrage par la voie préjudicielle.

26. Comme il l'avait fait sans succès devant la Commission européenne des droits de l'homme, l'État belge, qui alléguait l'absence d'épuisement des voies de recours internes, soulevait devant la Cour européenne une exception d'irrecevabilité de la requête. Selon le gouvernement en effet, tandis que les vingt-quatre sociétés ayant échoué dans leur recours en annulation devant la Cour d'arbitrage « auraient dû saisir aussi les tribunaux ordinaires de la question de la compatibilité de la loi litigieuse avec l'article 1 du Protocole n° 1 », il pouvait être reproché à la vingt-cinquième requérante de ne pas avoir donné à la Cour de cassation, devant laquelle elle s'était pourvue, la possibilité de connaître du moyen pris de la violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 ; enfin, la vingt-sixième requérante n'avait

(70) C.A., arrêt n° 25/90, 5 juill. 1990, *Arr. C.A.*, 1990, p. 187. Voy. la note de R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1991, p. 621.

(71) Cass. (1^{re} ch.), 19 avril 1991, *Pas.*, 1991, I, 746, *J.T.*, 1992, p. 222, *J.P.A.*, 1993, p. 264. Dans sa réponse à la question préjudicielle posée par la Cour de cassation (Cass., 26 janvier 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 613), la Cour d'arbitrage réaffirme l'enseignement de l'arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990 (C.A., arrêt n° 36/90 du 22 nov. 1990, *Arr. C.A.*, 1990, p. 327).

pas pris la peine d'introduire un recours contre la loi de 1988, et ne pouvait ainsi prétendre avoir épuisé les voies de recours disponibles en droit interne. Dans son arrêt du 20 novembre 1995, la Cour européenne des droits de l'homme écarte l'exception d'irrecevabilité. Selon elle, la Cour d'arbitrage ayant jugé que le droit au respect des biens ne couvrait que la propriété déjà acquise, l'ensemble des sociétés requérantes étaient autorisées « à considérer que, d'après la Cour d'arbitrage, les faits dénoncés devant celle-ci échappaient au champ d'application de l'article 1 du Protocole n° 1. Eu égard au rang et à l'autorité de cette Cour dans le système juridictionnel du Royaume, de tels motifs pouvaient passer pour vouer à l'échec tout autre recours que les requérants auraient pu engager » (72). Que la Cour européenne des droits de l'homme soit amenée, en pareille circonstance, à se prononcer sur le contenu du droit interne, dont l'application et l'interprétation sont cependant de la compétence exclusive des juridictions nationales, est fatal (73) ; et il est non moins à prévoir que, là où il prend position sur des questions controversées — même si, pour lui, l'état du droit interne constitue un simple « fait » qu'il lui revient de constater (74) —, le juge européen s'expose à la critique de la doctrine nationale, mieux informée des particularités du droit interne. En l'occurrence, la question de savoir si constituent des recours accessibles et efficaces, non dépourvus de toute chance de succès, les recours qui auraient pu être introduits devant les juridictions ordinaires — alors que l'autorité qui s'attache aux arrêts de rejet rendus par la Cour d'arbitrage sur recours en annulation peut faire obstacle à ce que ces juridictions concluent à l'incompatibilité de la loi du 30 août 1988 avec les exigences de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 —, n'appelaient pas une réponse évidente : les réactions contrastées qui ont accueilli sur ce point la décision de la Commission européenne des droits de l'homme et l'arrêt de la Cour européenne l'attestent (75). Mais c'est sur un autre aspect

(72) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* du 20 novembre 1995, précité, § 27.

(73) Comp. Cour eur. D.H., arrêt *Pine Valley Developments Ltd. et al. c. Irlande* du 29 novembre 1991, Série A n° 222. La Cour se fonde sur les affirmations tenues par plusieurs membres de la *Supreme Court* irlandaise à propos de l'interprétation de telle loi irlandaise, que le gouvernement présentait comme des *obiter dicta* dépourvus de valeur juridique. Selon la Cour européenne : « Quel que soit le poids desdites observations en droit interne, la Cour doit se laisser guider par les déclarations des autorités nationales en la matière, surtout si elles émanent de magistrats de la plus haute juridiction du pays » (§ 52).

(74) W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le juge belge à l'heure du droit international et du droit communautaire (mercuriale de rentrée de la Cour de cassation, 1^{er} septembre 1969) », *J.T.*, 1969, p. 537, ici p. 538, et la référence à C.P.J.L., arrêt du 25 mai 1926 rendu dans l'*affaire relative à certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise (fond)*, série n° 7, p. 19.

(75) Critiquent l'appréciation portée par les organes de surveillance de la Convention sur les possibilités de recours en droit interne après l'arrêt rendu le 5 juillet 1990 par la Cour d'arbitrage MM. Ph. BROUWERS, obs. sous Commiss. eur. dr. h., req. n° 17.849/91, *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique*, déc. du 6 octobre 1993, *J.T.D.E.*, 1994, p. 20 ; et H. SIMONART et D. JANS, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne », obs. précitées. L'approuvent au contraire MM. M. VERDUSSEN et S. DEPRÉ,

de l'arrêt *Pressos Compania Naviera* du 20 novembre 1995 qu'il faut ici attirer l'attention.

27. C'est que l'arrêt, à la demande des requérants et avec l'accord du gouvernement, réserve la question de la satisfaction équitable à accorder aux requérantes dans le chef desquelles une violation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 a été constatée, en constatant que cette question « ne se trouve pas en état », puisqu'il revient « aux tribunaux nationaux de déterminer les titulaires et les montants des créances en réparation nées à l'occasion des accidents à l'origine de l'affaire » (76). Dans son arrêt du 3 juillet 1997 rendu sur la demande de satisfaction équitable, la Cour prend acte de deux décisions de justice dans lesquelles les juridictions belges, statuant sur une action en responsabilité de deux des sociétés requérantes, ont refusé d'appliquer la loi du 30 août 1988 : ces décisions selon elle « réalisent la *restitutio in integrum* à laquelle peuvent prétendre les 'deux requérantes concernées' suite à l'arrêt au principal de la Cour » (77). Alors que d'autres requérantes lui demandaient de désigner des experts afin que ceux-ci puissent déterminer le montant du dédommagement dû par l'État belge, la Cour s'y refuse, considérant que la question de la responsabilité n'est pas tranchée par le simple constat de violation que contient l'arrêt du 20 novembre 1995. Elle décide ainsi de laisser aux tribunaux nationaux le soin de déterminer ces responsabilités, tout en se réservant « de vérifier si l'issue des procédures nationales cadre avec l'article 50 de la Convention, compte tenu aussi de leur durée » (78). En revanche, elle admet de se prononcer sur la satisfaction équitable à accorder à la vingt-cinquième requérante, dont la Cour de cassation avait rejeté le pourvoi par un arrêt du 19 avril 1991. Dans le cas de cette requérante, pour que la responsabilité puisse être déterminée par les juridictions belges, la seule possibilité — signalée déjà dans le cadre de l'affaire *De Cubber* par M. le procureur général J. Velu (79) — paraît résider dans l'utilisation de l'article 1088 du Code judiciaire, équivalent de l'article 441 du Code d'instruction criminelle en matière civile, qui prévoit la possibilité d'une dénonciation par le procureur général sur instruction du Ministre de la justice (80). Considérant sans doute que plus de vingt mois

« Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », obs. précitées.

(76) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* du 20 novembre 1995, précité, § 51.

(77) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* (article 50) du 3 juillet 1997, § 11.

(78) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* (article 50) du 3 juillet 1997, § 10.

(79) Concl. de M. J. Velu, alors avocat général, préc. Cass. (aud. pl.), 27 janvier 1987, précitées, p. 441.

(80) C'est en rappelant cette possibilité que le délégué de la Commission européenne des droits de l'homme, M. I. Cabral Barreto, suggérait à la Cour de ne pas se prononcer dès son arrêt du 3 juillet 1997 sur la satisfaction équitable due à la vingt-cinquième requérante : Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. et al. c. Belgique* (article 50) du 3 juillet 1997, § 15.

auraient dû suffire au Ministre pour agir en vertu de l'article 1088 du Code judiciaire, la Cour européenne des droits de l'homme choisit de trancher la question en équité, en faisant supporter à l'État défendeur la moitié du dommage résultant du sinistre dont la responsabilité était contestée.

28. La subsidiarité du contrôle judiciaire international, on le voit, subit une transformation progressive, source peut-être d'une coopération renforcée sur ce terrain entre le juge national et la Cour européenne des droits de l'homme. La subsidiarité n'exclut pas une lecture particulièrement souple — « sympathique », a-t-on écrit (81) — de l'exigence d'épuisement préalable des voies de recours internes : en atteste la lecture que fait, des effets des arrêts de la Cour d'arbitrage, la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'il lui revient de vérifier si la condition de l'article 26 de la Convention a bien été satisfaite. En revanche, la subsidiarité s'affermite plutôt, en ce qui concerne le respect de l'autorité de la chose jugée par la Cour de Strasbourg : pour autant qu'il existe des procédures nationales propres à garantir la *restitutio in integrum* aux requérants dans le chef desquels une violation a été constatée, ces procédures doivent être actionnées, tandis que le juge européen doit au contraire réserver la question de la satisfaction équitable. Nous voilà placés face à une procédure presque préjudicielle : en l'espèce *Pressos Compania Naviera et al.*, au fond, c'est avant d'avoir statué définitivement que les juridictions ordinaires ont reçu la réponse de la Cour européenne des droits de l'homme sur la question d'interprétation de l'article 1^{er} du Protocole n° 1 — la notion de « biens » s'étend-elle aux créances en réparation ? —, et sur la compatibilité de la rétroactivité de la loi du 30 août 1988 avec les obligations internationales assumées par l'État belge ; et c'est une fois cette réponse faite que les requérants, qui l'avaient obtenue devant le juge européen, ont pu agir en responsabilité devant les juridictions internes.

III. — LA FORCE OBLIGATOIRE DES ARRÊTS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Le principe de la force obligatoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

29. Une des questions les plus délicates dans la lecture des arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme est de déterminer si, au-delà de l'obligation de replacer la victime de la violation, autant que possible, dans sa situation antérieure à la violation, il revient à l'État de prendre des mesures d'ordre général propres à éviter que soit commise

(81) H. SIMONART et D. JANS, « De la nécessité pour les institutions de Strasbourg de tenir compte des dispositions pertinentes de droit interne », obs. précitées, ici p. 174.

une violation du même type à l'égard d'autres personnes, placées dans une situation semblable (82). L'affirmation suivant laquelle il ne revient pas à la Cour de se prononcer *in abstracto* sur la compatibilité d'une loi ou d'une pratique internes avec les exigences de la Convention (83) est à bien comprendre. Cette affirmation intervient, rituellement, lorsqu'est contestée la qualité de « victime » du requérant individuel, dont l'État défendeur allègue qu'il n'est pas affecté par la mesure qu'il dénonce : elle signifie que la Cour ne peut se prononcer que si, effectivement, une « victime » se présente à elle, qui ait concrètement subi les conséquences de la mesure reprochée. Mais cela ne signifie nullement que le constat de violation ne puisse impliquer que telle législation ou telle pratique internes, donc telle mesure de caractère général, constituent la violation reprochée (84). Tel était bien sûr le cas dans l'affaire *Marckx*, où la Cour juge que « le respect de la vie familiale implique en particulier (...) l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès la naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille. Divers moyens s'offrent en la matière au choix de l'État, mais une législation ne répondant pas à cet impératif enfreint le § 1^{er} de l'article 8 sans qu'il y ait lieu de l'examiner sous l'angle du § 2 » (85). Et voilà encore le sens qu'il faut reconnaître à l'affirmation de la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Pressos Compania Naviera*, où elle énonce que « La loi de 1988 a (...) violé, dans la mesure où elle concerne les faits antérieurs au 17 septembre 1988, date de sa publication et de son entrée en vigueur, l'article 1 du Protocole n° 1 » (86).

30. La Cour européenne n'ayant aucun pouvoir d'annulation de la loi interne, il convient de définir comme relevant de la force obligatoire de son arrêt, plutôt que comme inclus dans l'autorité de chose jugée dont il est revêtu, les effets qui résultent de telles affirmations. En droit interne, la force obligatoire de la décision judiciaire — ce que notre Cour de cassation appelle aussi sa « force probante » — implique la possibilité pour les tiers, qui n'étaient pas parties au litige ayant donné lieu à cette décision, de

(82) Voy. surtout S.K. MARTENS, « Individual Complaints under Article 53 of the European Convention on Human Rights », et C. TOMUSCHAT, « What is a 'Breach' of the European Convention on Human Rights ? », in : R. LAWSON & M. DE BLOIS (ed.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, vol. III, resp. p. 253 et p. 315 ; E. WYLER, *L'illicite et la condition des personnes privées. La responsabilité internationale en droit coutumier et dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 1995, *ibid.*, pp. 309-313.

(83) Parmi de très nombreux exemples, voy. Cour eur. D.H., arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, Série A n° 128, § 31 ; arrêt *James et al. c. Royaume-Uni* du 21 février 1986, Série A n° 98, § 36 ; arrêt *Salabiaku c. France* du 7 octobre 1988, Série A n° 141-A, § 30.

(84) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, Série A n° 45, § 41 ; arrêt *Johnston et al. c. Irlande* du 18 décembre 1986, Série A n° 112, § 42 ; arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, Série A n° 142 ; arrêt *B. c. France* du 25 mars 1992, Série A n° 232-C.

(85) Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, précité, § 31.

(86) Cour eur. D.H., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. c. Belgique* du 20 novembre 1995, précité, § 31.

prendre appui sur les constatations qui y sont faites, le cas échéant afin d'obtenir une nouvelle condamnation de la partie ayant succombé dans la première affaire, lorsque ces tiers se trouvent avec elle dans un même rapport de droit (87). Tel est bien également l'effet qui paraît devoir s'attacher aux constatations de la Cour européenne des droits de l'homme, lorsqu'elle se prononce sur la compatibilité avec la Convention de la législation interne d'un État partie ou de l'interprétation qu'une jurisprudence constante lui donne, ou encore d'une pratique généralement suivie (88). De reconnaître cet effet de ses arrêts de condamnation constitue, pour l'État qui en fait l'objet, une obligation internationale (89) : c'est-à-dire que constitue une violation de la Convention le fait de laisser subsister dans le droit interne, avec la possibilité qu'elle soit appliquée, la loi dont l'existence a été jugée incompatible avec les exigences de la Convention ; constitue de même une violation de la Convention le fait de laisser subsister une lacune dans le

(87) Voy. Cass. (2^e ch.), 20 avril 1966, *Pas.*, 1966, I, 1055 ; Cass., 27 juin 1975, *Pas.*, 1975, I, 1053 ; Cass., 16 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, 245 ; Cass., 28 avril 1989, *R.W.*, 1989-1990, col. 149, et *Pas.*, 1989, I, 914 ; Cass., 26 mars 1992, *Arr. Cass.*, 1991-1992, n^o 403. En doctrine, voy. surtout les premières présentations de L. BOYER, « Les effets des jugements à l'égard des tiers », *Rev. trim. dr. civ.*, 1951, p. 163 ; et de H. ROLAND, *Chose jugée et tierce opposition*, Paris, L.G.D.J., 1958 ; ainsi que, en dernier lieu, P. TAELEMAN, « Werkzaamheid van gerechtelijke uitspraken t.a.v. derden », *R.W.*, 1993-1994, p. 1156.

(88) Il n'est pas toujours aisé de distinguer ce que nous appelons ici la force obligatoire qui s'attache à un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme, de l'autorité de la chose interprétée (voy. ci-dessous, n^o 38). Ces deux notions ne se recoupent cependant pas. Lorsque le juge belge fait application d'une disposition de la Convention européenne des droits de l'homme en y incorporant l'interprétation qu'en a faite la Cour européenne des droits de l'homme dans un arrêt concernant un autre État partie, il ne saurait être question que d'une autorité de chose interprétée. Mais lorsque cette interprétation intervient à l'occasion d'un arrêt concernant l'État belge, les frontières entre les deux doctrines sont plus imprécises. À la suite de la condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Lamy* du 20 mars 1989 (Série A n^o 151), la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de l'avocat général Piret, fit droit à un pourvoi fondé sur le moyen pris de la violation de l'article 5, § 4, de la Convention, tel qu'il venait d'être interprété dans l'affaire *Lamy*, c'est-à-dire en déduisant de cette disposition l'obligation de permettre au conseil de l'inculpé d'avoir accès au dossier d'instruction lors de la première comparution devant la chambre du conseil appelée à statuer sur la confirmation du mandat d'arrêt (Cass. (2^e ch.), 10 mai 1989, *J.T.*, 1989, p. 330). M. R. ERGEC a commenté que « la Cour consacre définitivement la doctrine de la chose interprétée ; l'interprétation que la Cour européenne donne d'une disposition directement applicable de la Convention s'impose au juge national et prime les lois internes, fussent-elles postérieures » (R. ERGEC, « De la communication du dossier de l'instruction à la doctrine de la chose interprétée », *J.T.*, 1989, p. 397). Mais, outre qu'il ne nous semble pas que l'applicabilité directe puisse être envisagée comme une qualité de la règle internationale indépendante de la conséquence concrète que la partie qui l'invoque devant le juge interne veut lui faire produire — on peut imaginer que la Cour européenne intègre dans l'article 5, § 4, de la Convention, des exigences nouvelles qui ne pourront être appliquées directement par le juge belge —, c'est bien un aspect de la procédure pénale belge que l'arrêt *Lamy* du 20 mars 1989 avait condamné : si bien qu'on aurait pu se placer, plutôt que sur le terrain de l'autorité de la chose interprétée, sur celui de la force obligatoire qui s'attache aux arrêts de la Cour de Strasbourg.

(89) J. Verhoeven affirme au contraire l'absence d'une obligation internationale à cet égard, tout en notant que « lorsque la pratique condamnée constituait l'exacte application de la loi nationale, l'exécution de l'arrêt peut impliquer la modification de celle-ci » (J. VERHOEVEN, « À propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », note précitée, ici p. 288). Mais c'est au prix d'une réduction des effets de l'arrêt de condamnation à la seule autorité de chose jugée qui s'y trouve attachée.

droit interne, lorsque la violation qui a été constatée réside — suivant le constat fait par le juge international — dans cette lacune (90).

*La solution du conflit
entre deux ordres juridiques autonomes :
le critère de la proportionnalité*

31. Ici se pose à nouveau la difficulté d'où nous étions partis : celle que crée, pour le respect des règles internes relatives à la séparation des pouvoirs, la circonstance que, par les actes qu'il pose, chaque organe de l'État est susceptible d'engager la responsabilité internationale de celui-ci. Le juge interne peut-il excéder les compétences qu'il reçoit de l'ordre juridique étatique, afin de reconnaître aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme l'effet obligatoire qui s'y attache ? Ou bien son obligation de contribuer au respect, par l'État belge, de ses obligations internationales, trouve-t-elle sa limite dans ce qu'il lui est permis de faire, en vertu de son droit interne ? Il résulte de la relativité de chacun des ordres juridiques en cause que la réponse différera suivant le point de vue duquel on se place. Du point de vue du droit international, il va de soi, non seulement que les actes posés par ses juridictions peuvent engager la responsabilité internationale de la Belgique, mais encore que ne constitue nullement un motif de nature à excuser la violation de ses obligations internationales la séparation des pouvoirs telle qu'elle est organisée en droit interne. Du point de vue du droit interne en revanche, il serait inacceptable que le juge prenne prétexte de la nécessité de contribuer au respect, par l'État belge, de ses obligations internationales, pour exercer des pouvoirs que les règles régissant sa compétence lui dénie. Le critère de la proportionnalité peut servir à résoudre ce dilemme : pour autant que, d'une part, l'excès de pouvoirs qu'il commet, au regard des règles de droit interne relatives à la séparation des pouvoirs, n'excède pas ce qui est strictement nécessaire à assurer le respect par l'État belge de ses obligations internationales ; et que, d'autre part, l'excès commis se trouve dans un rapport raisonnable de proportionnalité avec l'objectif visé — le juge interne doit pouvoir, afin de faire produire à la règle internationale l'effet utile auquel elle prétend, mettre de côté les règles de droit interne qui limitent sa compétence. Il nous paraît qu'un tel critère est déjà implicitement à l'œuvre dans la jurisprudence de nos juridictions. Plusieurs illustrations peuvent en être données.

(90) Voy. ainsi Cour eur. D.H., arrêt *X et Y c. Pays-Bas* du 26 mars 1985, Série A n° 91 (impossibilité, en raison d'une lacune du droit néerlandais, de se constituer partie civile contre l'auteur d'abus sur une personne atteinte d'un handicap mental) ; ou Cour eur. D.H., arrêts *Kruslin et Huvig c. France* du 24 avril 1990, Série A n° 176-A et 176-B (à défaut d'une réglementation des écoutes téléphoniques dans la loi française, n'est pas respectée la condition de légalité imposée par l'article 8, § 2, pour toute ingérence dans la correspondance).

32. On se rappelle qu'à la suite de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de cassation avait mis un terme aux hésitations des juridictions de fond en décidant que, tel qu'il avait été interprété par cet arrêt, l'article 8 de la Convention était dépourvu d'effets directs : « en tant qu'elle oblige l'État dans la fixation du régime des liens de famille, tels ceux de la mère célibataire avec son enfant, à agir de manière à permettre à ces personnes de mener une vie familiale normale », en effet, cette disposition ne serait — selon les arrêts rendus le 10 mai 1985 et le 6 mars 1986 par la Cour de cassation —, « pas suffisamment précise et complète pour avoir des effets directs » (91). Mais en fait, si l'article 8 de la Convention, pourvu de la nouvelle interprétation que lui avait donnée la Cour européenne des droits de l'homme, ne pouvait être appliqué par le juge belge sans que celui-ci, par là, assume les fonctions du législateur, ce n'est pas parce qu'il serait insuffisamment précis : avec l'arrêt du 13 juin 1979, cet article s'est au contraire enrichi d'une nouvelle signification, les obligations qu'il impose se sont renforcées — et là, plutôt que dans le caractère vague du prescrit de l'article 8, gisait bien la difficulté aperçue par la Cour de cassation. Celle-ci a voulu subordonner la possibilité pour le juge belge de contribuer au respect, par l'État belge, de ses obligations internationales, aux règles étatiques régissant sa compétence — ici, à la définition par le droit belge des conditions de l'applicabilité directe. Qu'aurait signifié recourir à un examen de proportionnalité, seule façon selon nous de prendre acte de la relativité des ordres juridiques et de la nécessité de gérer leur coexistence ? Ainsi que la Cour européenne dut le constater douze années plus tard, il n'était certes pas nécessaire de réécrire le droit belge de la famille, pour éviter qu'après les requérants *Marckx*, d'autres personnes soient victimes de la même violation que celle constatée dans l'arrêt du 13 juin 1979 (92) : effectuée par le juge, une telle réforme aurait été, ainsi, disproportionnée par rapport à l'objectif de permettre à l'État belge de ne point voir engagée à nouveau sa responsabilité internationale. Mais il eût suffi pour qu'une nouvelle condamnation soit évitée que, dans l'attente de la réforme législative qui devait aboutir à la loi du 31 mars 1987 sur la filiation (93) — mise en chantier, d'ailleurs, avant même qu'intervienne l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme (94) —, le juge aligne le statut des enfants nés hors mariage sur le statut des enfants dits « légi-

(91) Cass. (1^{re} ch.), 10 mai 1985, et Cass. (1^{re} ch.), 6 mars 1986, précités.

(92) Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, précité, § 26 : « Un remaniement global, destiné à modifier en profondeur et de manière cohérente l'ensemble du droit de la filiation et des successions, ne s'imposait nullement comme préalable indispensable au respect de la Convention, telle que la Cour venait de l'interpréter dans l'affaire *Marckx* ».

(93) Loi du 31 mars 1987 modifiant diverses dispositions relatives à la filiation, *M.B.*, 27.5.1987.

(94) *Voy.*, sur ce point, Cour eur. D.H., arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979, précité, § 42 ; et F. RIGAUX, « La loi condamnée. À propos de l'arrêt du 13 juin 1979 de la Cour européenne des droits de l'homme », précité, n° 27 et 62.

times ». Dans le domaine de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la Cour de justice des C.E. justifie une même solution au motif que « dans un cas de discrimination directe, les membres du groupe défavorisé ont le droit d'être traités de la même façon et de se voir appliquer le même régime que les membres du groupe favorisé se trouvant dans la même situation, régime qui reste (...) le seul système de référence valable » (95) : elle souligne par là que, pour le juge national, procéder à un tel alignement des moins favorisés sur les plus favorisés consiste pour lui non pas à se substituer au législateur — à qui il revient, par exemple, de remanier de façon plus complète le régime commun applicable aux deux catégories —, mais simplement à anticiper, en faisant choix de la solution juridique la plus naturelle, le choix que le législateur fera.

33. L'hypothèse où l'obligation internationale qui a été violée est une obligation de non-discrimination, et où, dès lors, il y a pour le juge interne une façon naturelle d'en garantir le respect, est sans doute remarquable. Mais elle peut être généralisée. Selon nous, doit être considérée comme proportionnée à la nécessité pour le juge étatique ne pas engager la responsabilité internationale de l'État, alors qu'il est tenu par ailleurs de ne pas excéder les pouvoirs qui lui sont reconnus par le droit interne, l'attitude consistant à faire choix, dans les litiges dont il est saisi, de la solution juridique conforme aux exigences du droit international qui, soit est prévue par le droit interne — auquel cas aucun conflit n'a lieu (96) —, soit dont on peut présumer qu'elle serait la solution adoptée par le législateur, s'il avait agi de manière à se conformer aux obligations internationales qui s'imposent à l'État. Au-delà de ce qui sépare leurs jurisprudences respectives, c'est un

(95) C.J.C.E., 21 novembre 1990, *Rouvroly*, C-373/89, *Rec.*, p. I-4243, ici p. I-4261 (pt 13) (notre accent). Voy. aussi C.J.C.E., 1^{er} juillet 1993, *Remi van Cant c. O.N.P.T.S.*, C-154/92, *Rec.*, p. I-3811, où la Cour affirme, s'agissant de l'article 4, § 1^{er}, de la directive 79/7/CEE du 19 décembre 1978 visant à assurer la réalisation progressive du principe de l'égalité de traitement dans le domaine de la sécurité sociale en ce qui concerne les régimes légaux assurant une protection contre les risques de maladie, d'invalidité, de vieillesse, d'accident du travail, de maladie professionnelle et de chômage (*J.O.C.E.*, L 6/24, 10.01.1976), que « jusqu'au moment où l'État membre a adopté les mesures d'exécution nécessaires, les femmes ont le droit de se voir appliquer le même régime que les hommes se trouvant dans la même situation, régime qui reste, à défaut d'application de la directive, le seul système de référence valable » (pt 20), « le groupe défavorisé (ayant) le droit de se voir appliquer le même régime que le groupe favorisé se trouvant dans la même situation » (pt 22).

(96) Aucun conflit n'a lieu lorsque, faisant application de la règle internationale suffisamment précise et complète, le juge interne demeure dans le cadre des compétences qu'à travers la doctrine de l'applicabilité directe, le droit interne lui a assignées. Ainsi le juge doit-il rejeter les preuves recueillies en violation du droit au respect de la vie privée, par exemple le repérage des communications téléphoniques, à un moment — avant l'insertion de l'article 88bis dans le Code d'instruction criminelle par la loi du 11 février 1991 (*M.B.*, 16.3.1991) — où aucune législation n'en réglementait les conditions : Cass. (2^e ch.), 2 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1006 ; Cass. (2^e ch.), 23 janvier 1991, *Pas.*, 1991, I, 491, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1420, obs. F. PREDBOEUF. Mais le conflit aurait lieu si le juge entreprenait de définir lui-même les conditions auxquelles un tel repérage peut s'effectuer, se substituant ainsi aux missions qui reviennent, dans notre droit, au législateur.

raisonnement analogue qui conduit la Cour de cassation (97) et la Cour d'arbitrage (98), à la suite du Conseil d'État (99), à reconnaître un certain effet — dit de « non-rétrogression » — à l'article 13, § 2, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, relatif à l'instauration progressive de la gratuité dans l'enseignement. Affirmée à propos de l'imposition de droits d'inscription dans l'enseignement, l'obligation de ne pas légiférer à rebours des obligations internationales de la Belgique a été imposée par le juge alors que, manifestement, ces obligations n'étaient pas formulées avec la précision requise dans le traité international, de façon que des effets directs puissent être reconnus aux droits que le traité avait pour objet de garantir. Mais on voit ici le défaut de précision de la règle internationale, dont l'application par le juge interne risque alors de conduire celui-ci à excéder ses pouvoirs, *compensée* par l'existence en droit interne d'un régime — en l'occurrence, celui en vigueur avant l'imposition de droits d'inscription notamment aux étudiants étrangers — sur lequel il est loisible au juge de se replier. Le juge n'a pas alors à faire la loi, pour faire produire à la règle internationale l'effet utile auquel elle prétend : il se contente de choisir, parmi les ressources qu'offre le droit interne, les dispositions qu'il croit pouvoir appliquer. À défaut d'être appliquée directement, c'est-à-dire de fournir par elle-même le motif qui permettra au juge de fonder son dispositif, la règle internationale a fonctionné à la manière d'une règle de renvoi : elle a opéré la désignation, parmi l'ensemble des normes figurant dans le droit interne, de celles qui pourront être appliquées par le juge, sans qu'il risque d'engager la responsabilité internationale de l'État dont il est l'organe.

34. L'arrêt n° 18/91 rendu par la Cour d'arbitrage le 4 juillet 1991, sur question préjudicielle de la Cour de cassation, constitue encore une illustration de la manière dont un exercice inventif par le juge belge de ses compétences peut contribuer utilement, sous réserve que cette inventivité lui demeure proportionnée, au respect de la force obligatoire des arrêts rendus

(97) Cass. (1^{re} ch.), 20 déc. 1990, *Pas.*, 1991, I, 392, *J.L.M.B.*, 1991, p. 1199, obs. R. ERGEC, « Le minerval exigé des élèves étrangers et les effets directs des droits économiques et sociaux ». L'arrêt du 20 décembre 1990 casse un jugement rendu le 1^{er} mars 1989 par le tribunal de première instance de Liège (*J.L.M.B.*, 1989, p. 471), qui avait écarté une disposition de la loi du 21 juin 1985 excluant la répétition des minervaux payés par le demandeur, au motif que cette disposition serait contraire à l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Mais la cassation est fondée non pas sur le motif qu'au contentieux des droits subjectifs, le juge n'aurait pas à écarter l'application de la loi adoptée en violation des obligations internationales de la Belgique, mais uniquement parce que, selon la Cour de cassation, de telles obligations n'existent qu'au moment de l'entrée en vigueur du Pacte envers la Belgique, et non dès le moment de la signature.

(98) C.A., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, *Arr. C.A.*, 1992, p. 373 ; C.A., arrêt n° 40/94 du 19 mai 1994, *Arr. C.A.*, 1994, p. 533.

(99) C.E. (VI^e ch.), 6 septembre 1989, n° 32.989, *R.A.C.E.*, 1989, p. 66, *Rev. trim. dr. h.*, 1990, p. 184, obs. M. LEROY, « Le pouvoir, l'argent, l'enseignement et les juges » ; *A.P.T.*, 1989, p. 276, et l'avis de l'auditeur général Dumont ; *J.L.M.B.*, 1989, p. 1294, obs. P. HENRY.

par la Cour européenne des droits de l'homme (100). La loi du 31 mars 1987 relative à la filiation, entrée en vigueur le 6 juin 1987, prévoyait à titre transitoire que l'ancien article 756 du Code civil, qui créait la discrimination quant à leur vocation successorale respective entre les enfants légitimes et naturels, demeurerait d'application aux successions ouvertes avant la date d'entrée en vigueur de la loi (101). Dans l'espèce ayant donné lieu à la question préjudicielle, la demanderesse au pourvoi était l'enfant naturel non reconnu d'une personne décédée en 1956 dont la succession passa à sa sœur ; celle-ci étant décédée en 1983, ses successeurs légaux héritèrent de l'ensemble de ses biens, dont la demanderesse au pourvoi se trouvait cependant écartée. La Cour d'arbitrage était dès lors amenée à se prononcer sur la question de savoir si l'application de l'article 756 ancien du Code civil, maintenu en vigueur à titre purement transitoire par la loi du 31 mars 1987, résultait en une violation des articles 6 et 6bis de la Constitution (à présent articles 10 et 11) lorsque cette application avait lieu à l'égard de successions ouvertes respectivement en 1956 et 1983. Dans son mémoire à la Cour d'arbitrage, la partie demanderesse à la Cour de cassation soulignait « l'analogie qui existe entre l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et les articles 6 et 6bis de la Constitution » : du « fait que par son arrêt rendu dans l'affaire *Marckx* du 13 juin 1979, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà estimé que la limitation des droits successoraux d'une enfant naturel n'est pas justifiée de manière objective et raisonnable et viole par conséquent l'article 14 de la Convention précitée », elle proposait donc au juge constitutionnel d'en déduire que « la distinction

(100) C.A., arrêt n° 18/91 du 4 juillet 1991, *M.B.*, 22.8.1991, *J.T.*, 1991, p. 655 ; *R.W.*, 1991-1992, p. 364 ; *J.L.M.B.*, 1991, p. 1102, obs. D. PIRE ; *T. Not.*, 1991, p. 481, note K. RIMANQUE ; M. ERNST-HENRION, « Notre droit de la filiation à l'épreuve de la Cour d'arbitrage », *Journ. Procès*, n° 208, 10 janv. 1992, p. 10. L'arrêt posant la question préjudicielle est Cass. (1^{re} ch.), 2 mars 1990, *J.T.*, 1991, p. 209. Sur des aspects de l'arrêt n° 18/91 autres que ceux examinés ici, voy. H. SIMONART, « La Cour d'arbitrage et la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges offerts à Jacques Velu*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 1473. Un des aspects non discutés ici, mais qu'aborde M. H. Simonart, concerne l'applicabilité de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, à la juridiction constitutionnelle. Voy. déjà R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », précité, ici n° 11, et, depuis, Cour eur. D.H., arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* du 23 juin 1993, Série A n° 262, et sur les conséquences qui en résultent M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 1994/1-2, p. 131. L'on notera encore que la Cour a depuis rendu un arrêt largement identique à son arrêt du 4 juillet 1991, notamment sur le point sur lequel on insiste ici, consistant à faire remonter le constat de discrimination inconstitutionnelle à la date de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme : voy. C.A., arrêt n° 83/93 du 1^{er} décembre 1993, *M.B.*, 2.3.1994. L'arrêt est encore rendu sur question préjudicielle émanant de la Cour de cassation. Il tient compte, non seulement de l'arrêt *Marckx*, mais également de l'arrêt *Vermeire* de la Cour européenne des droits de l'homme.

(101) Aux termes de l'article 756 anc. du Code civil, rendu applicable par l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 aux successions ouvertes avant le 6 juin 1987 : « Les enfants naturels ne sont point héritiers ; la loi ne leur accorde de droits que sur les biens de leur père ou de leur mère décédés que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parents de leur père ou mère ».

entre enfants naturels et enfants légitimes méconnaît pour les mêmes raisons les articles 6 et 6bis de la Constitution, et ce à partir de l'adoption respective des articles 6 et 6bis de la Constitution » (arrêt, A.2.1.). Tout au plus admettait-elle que la Cour d'arbitrage puisse prendre en compte que « la contradiction avec le principe d'égalité et l'interdiction de discrimination n'est devenue évidente que progressivement », et ainsi ne faire remonter le constat de discrimination qu'au 15 février 1978 — date d'introduction du projet de loi par lequel le législateur prétendait réformer le droit de la filiation afin notamment de mettre un terme à la différence de traitement entre enfants naturels et enfants légitimes, considérée dorénavant comme discriminatoire — ou à la date de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme, soit le 13 juin 1979 (arrêt A.2.2.).

35. Or, la Cour d'arbitrage, en se fondant sur le motif que le caractère discriminatoire de la différence de traitement entre filiation légitime et naturelle est à présent généralement admis, décide que constitue bien une discrimination prohibée la différence de traitement établie par l'article 756 ancien du Code civil (arrêt, B.8.) (102) : elle « observe », à cet égard, la position adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *Marckx* (arrêt, B.6.) ; mais cet aveu résulte également de l'intention de la loi du 31 mars 1987 elle-même (arrêt, B.5. et B.7.). Elle dispose par ailleurs qu'elle doit « avoir égard aux répercussions que peut avoir sa décision sur d'autres situations que celle qui a fait l'objet de la question préjudicielle » (arrêt, B.9.). Ici il faut citer l'arrêt :

« B.10. Il y a lieu d'observer que, dans son arrêt *Marckx*, la Cour européenne des droits de l'homme a précisé que 'le principe de la sécurité juridique nécessairement inhérent au droit de la Convention (...) dispense l'État belge de remettre en cause de actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt' (§ 58).

B.11. La Cour est d'avis que le principe de la sécurité juridique justifie que les successions ouvertes avant le prononcé de l'arrêt *Marckx* ne soient pas affectées par le constat d'inconstitutionnalité de l'ancien article 756 du Code civil. Il s'ensuit que l'ancien article 756 du Code civil peut encore s'appliquer aux successions ouvertes avant le 13 juin 1979 mais qu'il est inapplicable aux successions ouvertes à partir de cette date.

(102) La thèse des parties défenderesses devant la Cour de cassation était que devait être examiné au regard des articles constitutionnels relatifs à l'égalité devant la loi et la non-discrimination, non pas l'article 756 ancien du Code civil, mais l'article 107 de la loi du 31 mars 1987 qui le maintenait en vigueur à titre transitoire, la différence de traitement ayant lieu alors entre les successions ouvertes avant le 6 juin 1987 et celles ouvertes après cette date (arrêt, A.3.1. et A.4.2.). Mais l'arrêt du 2 mars 1990 par lequel la Cour de cassation interroge la Cour d'arbitrage, s'il mentionne l'article 107 de la loi du 31 mars 1987, demande à la Cour d'arbitrage de se prononcer sur la compatibilité non de cet article, mais de l'article 756 ancien du Code civil, avec les règles constitutionnelles. Or, la juridiction *a quo* demeure seul juge de l'applicabilité d'une norme au litige dont elle est saisie, et du contenu de la question préjudicielle posée, qu'il n'appartient pas aux parties de modifier (loi spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, art. 26, § 2 ; arrêt, B.1. et B.2.).

B.12. L'interdiction de porter atteinte de manière injustifiée à l'égalité devant la loi a pour conséquence qu'il convient d'appliquer, même aux situations qui, entre le 13 juin 1979 et le 6 juin 1987, auraient été régies par la règle discriminatoire inscrite dans l'ancien article 756 du Code civil, la règle non discriminatoire établie par la loi du 31 mars 1987. S'il n'en était pas ainsi, le contrôle de la Cour serait dépourvu de tout effet utile».

36. Le dernier attendu est celui qui a conduit la Cour européenne des droits de l'homme, dans son arrêt *Vermeire* rendu quelques mois plus tard, à considérer que rien ne faisait obstacle à l'application directe, par les juridictions belges, des articles 8 et 14 de la Convention, afin de ne pas opérer la discrimination dont la requérante Vermeire se plaignait (103) — motivation du reste superflue, puisqu'il eût suffi au juge international de constater que, quelles que puissent être les difficultés liées aux spécificités de son droit interne, un État ne peut exciper de celui-ci pour échapper à ses obligations internationales. Plus notable encore est cependant le souci de la Cour d'arbitrage de limiter dans le temps les effets de son arrêt rendu sur question préjudicielle, par analogie à la possibilité qui lui est explicitement reconnue, dans le cadre des recours en annulation dont elle connaît (104), et compte tenu de l'effet obligatoire (105) qui s'attache en fait au constat d'inconstitutionnalité qu'elle est amenée à faire sur renvoi préjudiciel. La Cour d'arbitrage choisit de ne faire produire à sa déclaration d'invalidité qu'un effet rétroactif limité, mais elle place cette limite à la date de l'arrêt *Marckx* de la Cour européenne des droits de l'homme. Or, le statut de cette décision dans le raisonnement du juge constitutionnel est demeuré vague. À deux reprises, d'abord au moment de se prononcer sur l'existence de la discrimination alléguée, ensuite au moment de définir l'applicabilité dans le temps de son constat d'inconstitutionnalité, la Cour d'arbitrage se borne à « observer » l'attitude suivie par la Cour européenne. Elle ne s'affirme pas liée par cette attitude, ce qui conduirait en fait à reconnaître à la Cour

(103) Cour eur. D.H., arrêt *Vermeire c. Belgique* du 29 novembre 1991, précité, ici § 27. La Cour européenne estime que la Cour d'arbitrage s'est prononcée dans « une affaire semblable » à l'affaire *Vermeire*, « sous l'angle de articles 6 et 6bis de la Constitution belge », et « en s'appuyant notamment sur l'arrêt *Marckx* ».

(104) Art. 8, al. 2, de la loi spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *M.B.*, 7.1.1989.

(105) On a évoqué ici l'« autorité relative renforcée des arrêts de la Cour d'arbitrage », pour indiquer que, statuant sur renvoi, la Cour « rend une décision qui commande la situation d'un litige particulier et celle de tout litige qui serait amené à se présenter dans les mêmes conditions » (F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage*, 1980-1990, Bruylant-Bruxelles, 1990, p. 163). La Cour d'arbitrage aperçoit la trace d'une telle autorité dans deux circonstances : d'une part, la déclaration d'inconstitutionnalité fait courir un nouveau délai pour l'introduction du recours direct en annulation par certaines autorités (art. 4, 2°, de la loi spéc. du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage) ; d'autre part, la juridiction dont les décisions sont susceptibles d'appel, d'opposition, de pourvoi en cassation ou de recours en annulation au Conseil d'État devant laquelle une question de constitutionnalité relevant de la compétence de la Cour d'arbitrage est soulevée est dispensée de l'obligation de renvoi « lorsque la Cour a déjà statué sur une question ou un recours ayant le même objet » (art. 26, § 2, al. 3, 1° de la loi spéc. du 6 janvier 1989). Voy. l'arrêt n° 18/91, B.9. Sur ce point également D. PIRE, « La Cour d'arbitrage au secours des pères non mariés », obs. sous C.A., arrêt n° 39/90 du 21 décembre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 110, ici pp. 115-116.

européenne des droits de l'homme un pouvoir dont elle est dépourvu, celui de se prononcer sur la compatibilité de la loi belge avant sa modification en 1987 avec les règles constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination — ou bien encore, de se prononcer sur l'identité de l'autorité qui, au sein de l'État belge considéré dans son unité internationale, est chargée de faire respecter les engagements internationaux de la Belgique (106). Faire remonter à la date du 13 juin 1979 les effets de sa déclaration d'inconstitutionnalité révèle cependant, de la part de la Cour d'arbitrage, un souci de contribuer au respect, par l'État belge, des obligations qu'il a contractées dans l'ordre juridique international. La Cour européenne des droits de l'homme, s'inspirant à son tour d'une technique utilisée à la Cour de justice des C.E. (107), avait choisi d'affirmer l'incompatibilité avec la Convention européenne de sauvegarde des restrictions apportées à la vocation successorale des enfants naturels, tout en dispensant l'État belge de remettre en cause les successions ouvertes avant la date de son arrêt. Alors qu'elle n'était pas tenue de le faire, la Cour d'arbitrage a interprété largement ses compétences afin de garantir l'entier respect, par l'État, de la force obligatoire qui s'attache à la condamnation prononcée par l'arrêt *Marckx* (108). Le dépassement qu'elle a commis, nécessaire à assurer le respect de l'arrêt *Marckx*, est demeuré proportionné à cet objectif.

37. Nous avons indiqué pourquoi les juridictions belges, ayant à faire application des règles du Code civil discriminatoires envers les enfants naturels avant l'entrée en vigueur de la loi du 31 mars 1987, auraient pu — sans excéder par là leurs pouvoirs — écarter ces dispositions discriminatoires, pour soumettre toute forme de filiation à un même régime : elles auraient alors anticipé sur la réforme législative à venir, tout en évitant de placer l'État belge face au risque d'une nouvelle condamnation

(106) « La Cour d'arbitrage doit, comme toutes les juridictions belges, respecter les engagements internationaux de la Belgique. Elle n'est cependant pas chargée de faire respecter ces engagements » (F. RIGAUX et M.-Fr. RIGAUX, « La famille devant le juge constitutionnel et le juge international », précité, p. 1727). La proposition est conforme à la compréhension classique des règles du droit international public en matière d'exécution des obligations internationales, et notamment des décisions rendues par la juridiction internationale : voy. A. GIARDANA, « La mise en œuvre au niveau national des arrêts et des décisions internationaux », *R.C.A.D.I.*, t. 165-IV, 1979, p. 235, ici p. 295.

(107) Voy. C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne c. Sabena* (« *Defrenne II* »), 43/75, *Rec.*, p. 455, ici p. 482 (pts 71 à 75). Voy. surtout sur cet aspect de la jurisprudence *Defrenne* W. VAN GERVEN, « Contribution de l'arrêt *Defrenne* au développement du droit communautaire », *C.D.E.*, 1977, p. 131 ; et la note d'A. KOHL, « 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, p. 231. Pour une comparaison des jurisprudences *Defrenne* et *Marckx* qui relie l'applicabilité temporelle de ces arrêts à la question de l'applicabilité directe du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. P.-H. TERPGEN, « The temporal effect of the judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities », *Human Rights L. J.*, 1980, p. 36.

(108) M.M. Verdussen écrit que, dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage « cite et met en application l'arrêt *Marckx* » (M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », précité, ici p. 437).

internationale (voy. ci-dessus, n^{os} 32-33). De même ici, l'on voit la Cour d'arbitrage contrôler la façon dont le législateur belge s'est acquitté de l'obligation de reconnaître l'effet obligatoire de l'arrêt *Marckx*, cette fois postérieurement à l'adoption de la loi du 31 mars 1987 qui en traduit les exigences dans le droit belge. C'est d'ailleurs une telle attitude qu'a également choisi de suivre la Cour de cassation. Sa jurisprudence plus récente, manifeste un souhait d'admettre dans des conditions élargies l'applicabilité directe de la règle internationale lorsque, afin de reconnaître la force obligatoire d'une condamnation prononcée contre la Belgique par la Cour européenne des droits de l'homme, le juge prend appui sur les règles de la Convention sans se substituer au législateur (109). Tel est le cas lorsque la question posée est de savoir si les juridictions ordinaires doivent ou non appliquer les règles discriminatoires que contenait le Code civil avant la loi du 31 mars 1987, maintenues en vigueur à l'égard des successions ouvertes avant l'entrée en vigueur de la loi par l'effet d'une disposition transitoire. En pareil cas en effet, le législateur a déjà, pour l'essentiel, tranché ; en déduisant, de ce que « le législateur belge ne pouvait, sans porter atteinte aux articles 8, § 1^{er}, et 14, de la Convention, établir ou maintenir le régime discriminatoire en vigueur pour les successions ouvertes à partir du 13 juin 1979 », que le juge du fond peut refuser d'appliquer la disposition transitoire contenue dans la loi du 31 mars 1987, dont l'effet était de maintenir l'applicabilité de certaines discriminations condamnées par l'arrêt *Marckx*, la Cour de cassation ne fait que collaborer, dans la mesure où elle le peut dans l'exercice de ses compétences, au respect par l'État belge de la force obligatoire qui s'attache à l'arrêt rendu contre lui par le juge international. La coopération entre le juge belge et la Cour européenne des droits de l'homme se traduit, ici, par une coopération du juge belge avec les autres pouvoirs constitués au sein de l'État, afin de garantir autant que possible le respect simultané des règles relatives à la séparation des pouvoirs en droit interne et des règles qui, dans l'ordre juridique international, s'imposent à l'État belge.

IV. — L'AUTORITÉ DE CHOSE INTERPRÉTÉE PAR LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

38. Qu'il s'agisse de l'appliquer directement, ou bien — ainsi que procède la Cour d'arbitrage — d'en faire une application indirecte, le juge interne qui va puiser dans le droit international la solution du litige porté devant lui, doit prendre la règle qu'il va y rechercher avec l'interprétation qui en

(109) Cass., 21 octobre 1993, *J.L.M.B.*, 1995, p. 180, obs. D. PIRE, « L'effet direct de la Convention européenne des droits de l'homme : évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation ». L'arrêt de la cour d'appel de Liège du 7 février 1992 contre lequel le pourvoi est introduit est publié à la *J.L.M.B.*, 1993, p. 376, obs. S. NUDELHOLE.

est donnée dans l'ordre juridique international. En Belgique, la solution est acquise depuis l'arrêt rendu le 14 avril 1983 par la Cour de cassation, où celle-ci, quoiqu'alors non sans ambiguïté (110), admet de s'aligner sur l'interprétation faite de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses arrêts *Le Compte*, affirmant l'applicabilité de cette disposition aux procédures disciplinaires susceptibles d'aboutir à priver la personne en cause d'un droit de caractère civil, y compris celui d'exercer sa profession. Deux observations feront voir la portée de cette évolution, désormais certaine.

39. Il faut d'abord dissocier clairement cette question — celle de l'obligation, pour les juridictions internes des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme, de tenir compte, dans l'application qu'elles en font, des interprétations de la Cour européenne des droits de l'homme — de celle de l'obligation, pour la Cour européenne des droits de l'homme elle-même, de suivre ses propres précédents. Il n'est pas possible à une juridiction de faire abstraction, dans le règlement des causes qui lui sont déferées, des solutions qu'elle a données à des causes antérieures semblables : la sécurité juridique est à ce prix. Quelle que puisse être la valeur théorique des affirmations consistant à nier l'existence d'un principe de *stare decisis* dans le droit international (111), la seule position réaliste consiste à reconnaître qu'en fait, en raison de la prévisibilité du droit qui en résulte, sa propre jurisprudence pèse lourd dans les raisonnements du juge international. Mais cette question, posée au juge international, est en tout cas distincte de la question qui se pose au juge interne, devant qui la règle internationale est invoquée, et qui s'interroge sur le poids qui est à reconnaître à l'interprétation qui en est donnée dans l'ordre juridique international. En effet, même si le juge international devait se sentir relativement peu lié par la jurisprudence dont il est l'auteur, les interprétations qu'il a faites dans le passé du droit dont il est le gardien constituent néanmoins, pour le juge interne qui doit veiller à ne pas engager la responsabilité internationale de l'État dont il est l'organe, la meilleure indication quant au droit qui sera effectivement appliqué par le juge international dans des causes ultérieurement portées devant lui. En reconnaissant l'autorité de la chose interprétée des arrêts de

(110) Voy. Cass. (1^{re} ch.), 14 avril 1983, *J.T.*, 1983, p. 607 : tout en se rangeant à l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme (voy. ci-dessus, n° 2), la Cour de cassation se borne à faire siens les motifs retenus par la Cour européenne dans ses arrêts *Le Compte* du 13 juin 1981 et du 10 février 1983, sans nullement affirmer qu'il s'agirait là pour elle d'une obligation. Les conclusions conformes de l'avocat général J. Velu se fondaient quant à elles sur « l'autorité particulière qui s'attache à cette jurisprudence 'de la Cour européenne, qui' doit normalement amener le juge national à se conformer à celle-ci » (p. 618).

(111) Sur l'absence de reconnaissance de la doctrine du *stare decisis* en droit international, voy. les concl. de M. le procureur général F. Dumon préc. Cass., 21 janvier 1982, précité, ici pp. 636-637 ; J. SALMON, « La Cour de cassation et la responsabilité internationale de la Belgique », précité, ici p. 448 ; J. VERHOEVEN, « À propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », précité, ici pp. 279-283.

la Cour européenne des droits de l'homme, le juge étatique veut épargner à l'État dont il est l'organe une nouvelle condamnation internationale : de la reconnaître en éloigne le risque.

40. La seconde observation consiste à relever l'utilité que présente la doctrine de l'applicabilité directe, par le juge interne, de la règle internationale invoquée devant lui, si on la compare aux autres moyens à travers lesquels l'État peut assurer le respect de ses obligations internationales. Afin de respecter ses engagements internationaux, tels notamment qu'ils lui sont imposés par la Convention européenne des droits de l'homme, l'État peut confier au législateur le soin d'adapter le droit interne aux exigences des interprétations qui sont faites de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme. Il peut confier au pouvoir Exécutif le soin d'adopter les arrêtés et règlements requis. Il peut inciter ses juridictions à modifier leur interprétation du droit interne, de manière à tenir compte des évolutions de la Convention. Mais l'application directe de la règle internationale par les autorités nationales, notamment juridictionnelles, devant qui elle est invoquée, présente l'avantage que l'application de cette règle va d'emblée pouvoir tenir compte des évolutions de la jurisprudence européenne. Ainsi, rendant des conclusions qui seront suivies par la Cour de cassation, l'avocat général Piret pouvait-il inciter celle-ci, qui applique directement l'article 5 de la Convention, à intégrer à cette disposition une jurisprudence antérieure de moins de deux mois : « Il incombe au législateur belge de tirer, en ce qui le concerne, les conséquences de cette récente interprétation jurisprudentielle de la Convention » — il s'agit comme on l'a vu de l'interprétation fournie de l'article 5, § 4, de la Convention, dans l'arrêt *Lamy c. Belgique* du 20 mars 1989 (voy. ci-dessus, n° 30, n. 88) — « en ayant égard aux exigences de la manifestation de la vérité. Mais votre Cour ne peut attendre, pour appliquer la Convention, une modification législative éventuelle, même imminente » (112). Nous savons cependant, par ailleurs, que la sécurité juridique ne s'accommode pas de la subsistance, dans la législation d'un État partie à la Convention européenne des droits de l'homme, d'une disposition en contradiction avec les exigences de la Convention, qui place son destinataire sous la menace permanente qu'elle lui soit appliquée (113). Il

(112) Concl. préc. Cass. (2° ch.), 10 mai 1989, précité, ici p. 332.

(113) La précision vaut ainsi principalement en matière pénale. Dans l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981 (Série A, n° 45, § 41), la Cour européenne des droits de l'homme a ainsi jugé pouvoir reconnaître la qualité de « victime » à un requérant envers qui la loi pénale en cause n'avait pas en fait été appliquée. Elle a considéré que par son seul « maintien en vigueur, la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (...). Dans la situation personnelle de l'intéressé, elle se répercute, de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci (...) : ou il la respecte et s'abstient de se livrer 'à l'activité sexuelle incriminée, ou il l'accomplit' et s'expose à des poursuites pénales ». Le souci de garantir la sécurité juridique peut cependant encore expliquer, cette fois hors de la matière pénale, l'adoption, en Belgique, de la loi du 13 mars 1985, qui prévoit sous certaines conditions la publicité des procédures disciplinaires devant les conseils d'appel de l'Ordre des médecins et de l'Ordre des pharmaciens. Cette législation intervient après

nous faut donc nous garder ici d'une perspective trop binaire. L'application directe de la règle internationale, avec l'interprétation qui en est faite dans l'ordre juridique dont elle émane, ne dispense pas toujours le législateur d'apporter au droit interne les modifications requises. Mais elle évite que des violations soient commises dans l'attente de la réforme législative, et elle permet, là où l'écart entre la loi interne et la règle internationale n'apparaît pas excessivement important, d'assurer les adaptations requises par la voie jurisprudentielle, qui est la plus économique et la plus diligente. Nous aurions tort de nous en priver, au prétexte d'une conception trop rigide de la séparation interne des pouvoirs : ici également — afin de garantir le respect des engagements internationaux de la Belgique —, leur « collaboration loyale et constructive, génératrice d'harmonie » (114), doit se substituer à une répartition des tâches entre le législateur et le juge, où ce qui est fait par l'un soit ne peut être fait par l'autre, soit au moins l'en dispense.

41. Nulle jurisprudence mieux que celle de la Cour d'arbitrage n'illustre l'évolution que subit la séparation des pouvoirs telle qu'elle est organisée en droit interne, sous l'influence de la nécessité, pour chaque organe de l'État, de contribuer au respect des engagements internationaux de la Belgique. La Cour d'arbitrage étant une juridiction constitutionnelle à compétence limitée, elle n'a pas à appliquer directement, aux recours en annulation qui sont introduits devant elle ou aux réponses qu'elle rend sur question préjudicielle, les dispositions internationales entrées en vigueur à l'égard de la Belgique (115). Mais c'est par d'autres voies que, progressivement, elle a voulu à la fois contribuer au respect par l'État belge de ses engagements internationaux — en tant qu'elle est un de ses organes, ses actes sont susceptibles en effet d'engager la responsabilité internationale de l'État —, et harmoniser sa jurisprudence avec celle des juridictions judiciaires et administratives, tenues quant à elles de reconnaître la primauté des normes internationales soit investissant les particuliers de droits dont ils puissent revendiquer le bénéfice dans les litiges auxquels ils sont parties, soit au moins imposant à l'État le respect de certaines obligations définies

le revirement opéré par la Cour de cassation le 14 avril 1983 dans la même matière (voy. ci-dessus, n° 2). L'utilité qu'elle présente est celle même dont rend compte l'attendu précité de l'arrêt *Dudgeon* : c'est le risque d'une application de cette législation qui, tant qu'elle subsiste dans les Codes, peut constituer par lui-même la violation. Voy. aussi Cour eur. dr. h., arrêt *Norris c. Irlande* du 26 octobre 1988, Série A, n° 142, § 33, p. 16 (« Même non utilisée pendant longtemps dans une catégorie donnée de cas, une loi non abrogée peut s'y appliquer à tout moment, par exemple à l'occasion d'un changement de politique. On peut donc dire que le requérant 'risque de subir directement les effets' de la législation attaquée »).

(114) « La séparation des pouvoirs à l'aube du troisième millénaire », discours prononcé par Mme le procureur général E. Liekendael à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1997, *J.T.*, 1997, p. 553, ici p. 554.

(115) Voy. par ex. C.A., arrêt n° 26/90 du 14 juillet 1990, *M.B.*, 4.8.1990 (6.B.2.) ; C.A., arrêt n° 42/90 du 21 décembre 1990, *M.B.*, 31.1.1991 (B.3.2.) ; C.A., arrêt n° 22/91 du 4 juillet 1991, *M.B.*, 22.8.1991 (B.2.).

avec une précision suffisante. Trois avancées principales ont eu lieu à cet égard (116). En interprétant les règles constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination ainsi qu'à la liberté de l'enseignement conformément à la signification reconnue aux règles correspondantes de la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour de Strasbourg (117), la Cour d'arbitrage contribue à réaliser l'harmonie entre l'ordre juridique étatique et l'ordre juridique international, alors même qu'exerçant ses compétences au sein de celui-là elle pourrait, en toute rigueur dualiste, ne point tenir compte des exigences de celui-ci. En déliant les règles constitutionnelles relatives à l'égalité et à la non-discrimination de la garantie constitutionnelle de la liberté d'enseignement, et en acceptant d'évaluer toute différence de traitement établie dans la jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges, en ce compris notamment « les droits et libertés résultant de dispositions conventionnelles internationales liant la Belgique et rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment » (118), la Cour d'arbitrage se donne encore les moyens d'aider au respect par la Belgique de ses engagements internationaux. Et si, dans l'arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990 où figure cette affirmation, la Cour poursuit en notant avec prudence qu'il « en est ainsi à tout le moins de droits et libertés résultant de dispositions ayant effet direct », il semble se déduire de sa jurisprudence ultérieure, rendue en matière d'enseignement, qu'elle se reconnaît le pouvoir de contrôler le respect des règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination même en ce qui concerne le respect, par l'État belge, de ses obligations internationales n'investissant pas les particuliers de droits subjectifs susceptibles de se voir reconnaître un effet direct devant le juge interne (119). Enfin, le contrôle portant sur le caractère objectif et raison-

(116) Voy. surtout R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », précité, ici pp. 624-636 ; M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », précité, *passim* ; du même, « La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel », in : *La mise en œuvre interne de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 1994, ici pp. 30-52.

(117) Ainsi les articles 10 et 11 de la Constitution relatifs à l'égalité et à la non-discrimination sont-ils interprétés en fonction de l'interprétation donnée à l'article 14 de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme, depuis l'arrêt du 23 juillet 1968 rendu en l'affaire *relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique (fond)* (Série A n° 6), p. 34 : voy. C.A., arrêt n° 18/90 du 13 octobre 1989, *J.T.*, 1990, p. 4, note D. LAGASSE ; et X. DELGRANGE, « Quand la Cour d'arbitrage s'inspire de la Cour de Strasbourg », *R.R.D.*, 1989, p. 619. De même, les exigences de la liberté d'enseignement, inscrite à l'article 24 de la Constitution, sont-elles énoncées en tenant compte de l'interprétation donnée à l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention, aux termes duquel nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction : voy. C.A., arrêt n° 25/92 du 2 avril 1992, *Arr. C.A.*, 1992, p. 243, *M.B.*, 10.6.1992 (4.B.5.).

(118) C.A., arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990 (B.11.3.), *J.L.M.B.*, 1990, p. 1298, note P. GIL-LIAUX, « La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6bis de la Constitution ? » ; *R.R.D.*, 1990, p. 437 ; *R.W.*, 1990-1991, col. 75, note A. ALÉN.

(119) C.A., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, *Arr. C.A.*, 1992, p. 373, *M.B.*, 4.6.1992 (B.4.3.) (à propos de l'article 13, § 2, c) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, dont la Cour d'arbitrage reconnaît qu'il « n'a (...) pas d'effet direct dans l'ordre juridi-

nable de la différence de traitement effectuée, ainsi que sur le rapport raisonnable de proportionnalité qui doit exister entre la différence de traitement querellée et le but qu'elle vise, conduit progressivement la Cour d'arbitrage à effectuer, sur les restrictions aux droits et libertés qui sont soumises à son contrôle, un examen qui se rapproche du contrôle auquel procède la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle est amenée à se prononcer sur telle restriction apportée à un droit garanti par la Convention européenne ou par un Protocole additionnel. Il s'agit en effet, chaque fois, d'examiner si la norme querellée n'apparaît pas arbitraire, c'est-à-dire dépourvue d'une justification objective et raisonnable, ou si elle n'impose pas des restrictions qui sont disproportionnées par rapport aux motifs qu'il y a de les imposer (120).

42. L'extension donnée à la doctrine de l'applicabilité directe est de nature à contribuer à la coexistence harmonieuse de l'ordre juridique étatique et de l'ordre juridique international. Cette coexistence passe par la coopération entre le juge national et la Cour européenne, juridictions entre lesquelles les tâches se répartissent de façon naturelle : tandis que le juge européen se trouve chargé de l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, interprétation qu'il fournit à l'occasion des litiges qui sont portés devant lui, le juge belge fait application des dispositions de la Convention dans les causes à lui soumises, en y intégrant la signification qui leur est donnée dans l'ordre juridique international. Si elle était parfaite, cette répartition des tâches signifierait que jamais la responsabilité internationale de l'État belge ne pourrait être engagée devant la Cour européenne des droits de l'homme (121) : la victime alléguée d'une violation ayant l'obligation d'épuiser au préalable les voies de recours internes, c'est-à-dire en principe de fournir aux juridictions nationales l'occasion de réparer le grief dont elle se plaint, et celles-ci devant appliquer la Convention, la violation doit pouvoir être réparée — ou bien, si elle est continue, elle doit pouvoir cesser — avant la saisine des organes européens de contrôle. Or, l'on sait que l'harmonie n'est en fait pas aussi complète. Un premier motif est que, l'interprétation donnée aux dispositions de la Convention étant évolutive, il n'est pas toujours aisé au juge national de deviner la portée qui serait reconnue par la Cour européenne des droits de l'homme à tel

que interne et, en soi, ne fait pas naître un droit à l'accès gratuit à l'enseignement supérieur ») ; C.A., arrêt n° 40/94 du 19 mai 1994, *M.B.*, 10.6.1994 (not. B.2.3.).

(120) C'est là l'évolution qu'a bien repérée B. Renauld (voy. B. RENAULD, « Nécessité et proportionnalité des restrictions législatives aux libertés publiques », obs. sous C.A., arrêt n° 62/93 du 15 juillet 1993, *J.T.*, 1993, p. 820 ; l'arrêt est également au *M.B.*, 5.8.1993), et que M. Verdussen décrit où il note que la Convention européenne des droits de l'homme en vient à fournir à la Cour d'arbitrage sa « valeur de référence » (M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », précité, ici pp. 435-437).

(121) Plus précisément, la seule violation qui pourrait être dénoncée dans l'ordre juridique international serait celle du défaut de l'État à offrir un recours effectif contre les violations de la Convention (art. 13, Conv.).

article de la Convention invoqué devant elle, dans les circonstances semblables à celles qui lui sont soumises. À défaut de pouvoir anticiper l'attitude des organes de contrôle de la Convention, le juge national ne peut chaque fois statuer de manière à éviter d'engager la responsabilité internationale de son État : non seulement les règles lui attribuant ses compétences y font parfois obstacle ; au surplus, pareille anticipation n'est jamais certaine. Et l'on en a déduit qu'en pareille hypothèse, le juge interne n'engageait pas la responsabilité civile de l'État, en faisant de la Convention européenne une interprétation qui se révèle par la suite erronée. Mais un second motif est que, dans un nombre désormais croissant de matières, alors que la jurisprudence s'est peu ou prou fixée à Strasbourg, la Cour européenne des droits de l'homme se prononce sur la responsabilité internationale de l'État au terme d'un examen portant sur la proportionnalité, par rapport au but légitime poursuivi par l'État défendeur, de la mesure querellée (122).

43. Une conséquence de la montée du principe de proportionnalité dans la jurisprudence européenne — notamment dans des domaines tels que l'attribution des droits de garde et de visite des parents ou le renvoi d'étrangers, mettant en cause le droit au respect de la vie familiale et de la vie privée (123) —, est qu'il ne suffit plus aux autorités étatiques chargées de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme de connaître les règles de celle-ci, y compris l'interprétation dont elles ont fait l'objet. Pareille connaissance, pour complète et à jour qu'elle soit, ne suffit pas à garantir contre le risque d'erreur dans l'application de la Convention : celle-ci requiert un examen radicalement contextualisé, attentif, plutôt qu'aux règles matérielles applicables, aux spécificités factuelles de chaque situation d'application. Que la proportionnalité fasse peser une menace sur la coexistence harmonieuse de l'ordre juridique étatique et de l'ordre juridique international, n'est pas douteux (124). Il semble qu'afin de la rencon-

(122) Nous avons vu une autre conséquence du caractère contextualisé du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme, qu'implique le recours au principe de proportionnalité : voy. ci-dessus, n° 16.

(123) Voy. ainsi dans le domaine de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public : Cour eur. D.H., arrêt *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991, Série A n° 193, *Rev. trim. dr. h.*, 1991, p. 385, obs. P. MARTENS, « Respect de la vie familiale et sauvegarde de l'ordre public » ; arrêt *Beldjoudi c. France* du 26 mars 1992, Série A n° 534-A, *Rev. trim. dr. h.*, 1993, p. 440, obs. J.-Y. CARLIER, « Vers l'interdiction d'expulsion des étrangers intégrés ? » ; arrêt *Nasri c. France* du 13 juillet 1995 ; arrêt *C. c. Belgique* du 7 août 1996. Pour des commentaires de cette jurisprudence, O. DE SCHUTTER, « La souveraineté de l'État et les droits de la personne immigrée », *R.D.E.*, 1995, n° 84, p. 261 ; O. DE SCHUTTER, « La proportionnalité de l'éloignement d'étrangers pour motifs d'ordre public », *R.D.E.*, 1997, n° 93, p. 177.

(124) Voy. en ce sens l'opinion dissidente commune à MM. les juges Baka et van Dijk dans l'arrêt *Boujlifa c. France* du 21 octobre 1997, dans lequel la Cour européenne des droits de l'homme conclut à l'absence de violation du droit au respect à la vie privée et familiale dans une affaire d'expulsion d'étranger pour motif d'ordre public. Regrettant la casuistique sur laquelle débouche le recours à la proportionnalité dans cette matière, les juges estiment « que le présent arrêt n'apporte ni aux autorités nationales ni aux victimes potentielles de futures expulsions la certitude et la clarté auxquelles elles ont droit » (p. 18).

trer, et autant que possible en limiter les conséquences, le juge national n'ait d'autre choix que de garantir, dans l'adoption de sa décision, la représentation de l'ensemble des points de vue intéressés. Examinant si la mesure étatique querellée est bien « nécessaire dans une société démocratique », à l'un des buts dont l'article 8, § 2, de la Convention admet la légitimité, en effet, la Cour européenne s'attache à déterminer si, d'une part, la mesure poursuit un « besoin social impérieux », et si, d'autre part, la mesure en cause est bien proportionnée à cet objectif. Mais la Cour ne procède pas toujours « directement » à un tel examen (125) : elle se borne parfois à vérifier si le processus ayant conduit à la décision querellée a bien fourni l'occasion à la victime de faire valoir ses intérêts (126). Dans le chef de la Cour européenne des droits de l'homme, une telle attitude est parfaitement cohérente avec la doctrine de la marge d'appréciation laissée aux autorités nationales, qui abandonne en premier lieu à celles-ci, mieux placées en principe que le juge international pour évaluer la nécessité des restrictions apportées aux droits garantis, le soin d'évaluer les intérêts en cause dans l'adoption de la mesure querellée et le poids qu'il convient de leur accorder. Dans le chef du juge national, l'évolution invite à un changement de perspective, puisque vient s'imposer une façon nouvelle de contribuer à l'harmonie de l'ordre juridique interne et de l'ordre juridique international, par-delà l'autonomie qui leur est reconnue : il ne suffit plus au juge national de prendre en compte la règle internationale, en en faisant directement application ou bien en en procurant une forme d'application indirecte ; il lui faut encore organiser les procédures à travers lesquelles la décision judiciaire est adoptée, non uniquement en veillant au respect scrupuleux des droits de la défense et du principe du contradictoire, mais encore en y intégrant l'ensemble des avis qu'il peut recueillir, afin que le juge européen puisse, ensuite, estimer qu'ayant pris une décision aussi informée que possible, le juge étatique n'a fait qu'utiliser la marge d'appréciation qui lui est reconnue. Voilà le terrain — celui des *modes de décider*, et non plus uniquement celui des *règles matérielles appliquées* — sur lequel, demain, la coopération entre juge national et Cour européenne des droits de l'homme est amenée à se développer.

(125) L'expression est empruntée à J.G.C. SCHOKKENBROECK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag voor de rechten van de Mens*, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle, 1996, ici pp. 166-167.

(126) Dans la matière des droits de garde et de visite en cas de placement d'un enfant, la Cour recourt explicitement à un tel critère. Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, § 65 (« rien n'autorise à penser que le processus décisionnel ayant conduit le Comité à prendre les mesures litigieuses n'ait pas été équitable ou n'ait pas permis à la requérante de jouer un rôle suffisant pour protéger ses intérêts »). Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt *W. c. Royaume-Uni* du 8 juillet 1987, Série A n° 121, §§ 64-65 ; Cour eur. D.H., arrêt *McMichael c. Royaume-Uni* du 24 février 1995, Série A n° 307-B, §§ 87 et 92.

V. — CONCLUSION

44. Tout notre parcours a eu trait à une même interrogation : comment le juge belge peut-il coopérer avec la Cour européenne des droits de l'homme afin de contribuer au respect par l'État belge des obligations que lui impose la Convention européenne des droits de l'homme, alors que les règles de droit interne régissant sa compétence s'y opposent ? Pour répondre, nous avons distingué les trois effets que produisent les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans les litiges auxquels il est partie, l'État est lié par l'autorité de chose jugée qui s'y attache ; s'y ajoute, lorsque la Cour a constaté l'incompatibilité d'une réglementation ou d'une pratique internes avec la Convention, la force obligatoire qui nous paraît devoir être reconnue à un tel constat ; enfin, à travers l'autorité de la chose interprétée dont ils sont revêtus dès lors qu'ils précisent la signification des dispositions de la Convention, même les arrêts auxquels il n'est pas partie lient l'État, venant étendre ses obligations internationales. Quant au premier de ces effets, nous avons soutenu que la jurisprudence européenne progressait vers l'affirmation d'une obligation de replacer la victime d'une violation dans la situation qui était la sienne avant que la violation fût commise, ou bien, à tout le moins, d'une obligation d'exploiter autant que possible les ressources qu'offre le droit interne quant à la réparation de la violation commise. Le second effet, celui qui résulte de la force obligatoire qui s'attache à l'arrêt de condamnation, met à l'épreuve la répartition interne des tâches entre le juge et le législateur. Notre thèse est que la proportionnalité peut fournir au juge interne le critère qui lui permet d'élargir ses compétences, afin de coopérer avec la Cour européenne des droits de l'homme dans la surveillance du respect par l'État dont il est l'organe de ses obligations internationales. Il s'en dégage un nouvel usage de la proportionnalité, qui conduit à mettre en balance les règles relatives à la séparation des pouvoirs au plan interne et la règle internationale. Enfin quant au troisième effet, son analyse nous conduit à insister sur l'avantage que présente l'application directe de la règle internationale, ou au moins sa prise en considération — son application « indirecte » — par le juge interne, afin que cette règle puisse influencer le dispositif de la solution adoptée. Là également, le critère de la proportionnalité peut jouer un rôle. L'application la plus complète de la règle internationale conduit à écarter les règles internes répartissant les tâches entre les pouvoirs constitués au sein de l'État, sauf dans la mesure où elles ne font pas obstacle au respect, par chaque organe de l'État, des obligations internationales qui s'imposent à lui. L'extension prise par ces obligations, ainsi, crée le risque que la séparation des pouvoirs cède progressivement, face aux exigences de l'application de la règle internationale. La proportionnalité rencontre ce risque : elle incite le juge interne à n'excéder les pouvoirs que lui reconnaît le droit interne que dans l'exacte mesure où cela est requis pour le respect des engagements

internationaux de la Belgique, et où l'excès commis demeure proportionné à l'importance de garantir ce respect.

45. Et même cela ne suffit pas. Car il n'est pas assez que le juge interne garantisse la prise en compte de la règle internationale dans les litiges portés devant lui ; il faut encore — telle est la signification de l'ascension de la proportionnalité à la Cour européenne des droits de l'homme — qu'il en procure une application correcte, attentive à réaliser un équilibre entre l'ensemble des intérêts en présence. Il y a un instant, la proportionnalité servait au juge étatique à gérer le dilemme auquel il se trouve confronté, pris dans le conflit entre deux ordres juridiques autonomes ; à présent, le rôle qu'elle joue dans la jurisprudence européenne lui sert à exercer le mieux possible la marge d'appréciation qui lui est reconnue par le juge international. C'est sous le signe de cette double proportionnalité, ainsi, que se trouve placée l'étude de la coopération du juge interne et de la Cour européenne des droits de l'homme.