

## 1. DOCTRINE

**L'application de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE) et l'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sur les droits de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil d'État**

par Roger ERRERA, Paris

<i>1<sup>ère</sup> partie :</i> La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE) .....	329
I. Réserves et/ou déclarations émises par 19 États .....	330
A. Référence en général au droit musulman, à la religion, à l'Islam, à la charia .....	330
B. Référence à l'article 14 et/ou 21 CDE .....	330
C. Référence à la Constitution et/ou aux lois et politiques nationales .....	331
D. D'autres aspects remarquables .....	332
II. L'application de la CDE en France : les domaines dans lesquels la violation de la CDE est invoquée par les requérants .....	332
III. La détermination de l'effet direct des conventions internationales et notamment de la CDE : principes et méthode .....	332
IV. Une jurisprudence restrictive .....	333
A. Une majorité d'articles de la CDE ont été déclarés dépourvus d'effet direct .....	333
B. Les annulations prononcées sur le fondement d'une violation de la Convention sont très rares .....	334
C. Recours pour excès de pouvoir .....	334
D. Observations sur cette jurisprudence .....	334
 <i>2<sup>e</sup> partie :</i> L'incidence de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) sur les droits de l'enfant .....	335
I. L'adoption .....	335
A. Le cas des homosexuels .....	335
B. Le cas des Témoins de Jéhovah .....	336
II. Les mesures concernant les étrangers .....	336

La multiplication du nombre des conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme depuis plus d'un demi-siècle et ses incidences sur le droit national constituent des faits majeurs du droit contemporain. On peut, non sans quelque artifice, y distinguer trois ensembles : le droit international humanitaire, le droit des réfugiés et le droit international des droits de l'homme proprement dit. On s'attachera exclusivement, ici, à ce dernier et, s'agissant des droits de l'enfant, à deux conventions : la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant de 1989 (ci-après CDE)<sup>1</sup> et la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH). Ces deux conventions illustrent en effet deux caractéristiques importantes : d'une part l'apparition d'instruments internationaux visant à protéger certaines catégories de personnes, ici l'enfant ; d'autre part le poids particulier de la CEDH, le plus ancien et le mieux rédigé des instruments internationaux dans ce domaine, et qui a connu le développement que l'on sait grâce aux deux innovations qu'ont constitué, en leur temps, le droit de recours individuel et la création d'une Cour internationale – la Cour européenne des droits de l'homme – statuant sur ces recours et dont les jugements font autorité.

**Première partie : La Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CDE)**

Selon l'article 1<sup>er</sup> de cette convention : « Au sens de la présente Convention, un enfant s'entend de tout être

humain âgé de moins de 18 ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Comme c'est souvent le cas pour des conventions visant à protéger les droits d'une catégorie particulière de personnes, celle-ci est rédigée en des termes beaucoup plus généraux et moins contraignants que les autres conventions relatives aux droits de l'homme.<sup>2</sup> Vu son domaine, qui touche au statut personnel et au droit de la famille, et la composition de l'ONU, ce phénomène était inévitable. En témoignent des expressions telles que « Les États prennent toutes les mesures appropriées pour que ... » (art. 2-2), ils « veillent à ce que ... » (art. 3-3), ils « s'engagent à prendre toutes les mesures ... qui sont nécessaires pour ... » (art. 4), ils « s'emploient de leur mieux à assurer le respect du principe ... » (art. 18-1). Le consensus ainsi réuni a eu, comme toujours, un prix. En voici deux illustrations :

La première est le nombre élevé des États, 64, qui ont formulé des déclarations ou des réserves. Celles-ci ont suscité à leur tour les objections de plusieurs États,<sup>3</sup> relatives aux déclarations et réserves de 19 États.<sup>4</sup>

\* Roger ERRERA, Conseiller d'État honoraire. L'article est basé sur une contribution de l'auteur au Comité franco-britannique de coopération judiciaire, Colloque de Rennes, 19-21 mai 2005, « L'enfant en justice ».

<sup>1</sup> Convention relative aux droits de l'enfant du 20 novembre 1989, Collection des Traités de l'ONU vol. 1577, p. 3 ; entrée en vigueur : 2 septembre 1990 ; 192 ratifications au 1<sup>er</sup> janvier 2005, cf. J.-B. MARIE, « Instruments internationaux des droits de l'homme – État des ratifications », RUDH 2005, 146.

<sup>2</sup> Sur la CDE voir G. RAYMOND, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant et le droit français de l'enfance (Convention du 20 novembre 1989) », *Juris-Classeur Périodique (JCP)* 1990, I, 3451 ; M. BOSSUYT, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », RUDH 1990, 141 ; J.-L. CLERGERIE, « L'adoption d'une convention internationale sur les droits de l'enfant », *Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger (RDP)* 1990, 435 ; F. MONEGER, « La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant », *Revue de droit sanitaire et social (RDSS)* 1990, 275 ; Conseil d'État, *Statut et protection de l'enfant*, La Documentation française, 1991 ; G.A. MOWER, *The Convention on the Rights of the Child : International Law Support for Children*, Greenwood Press, Westport (Conn.), 1997. – Sur l'enfant en droit international voir J. RUBELLIN-DEVICHI et R. FRANCK, *L'enfant et les conventions internationales*, Presses universitaires de Lyon, 1996 ; I. BARRIERE-BROUSSE, « L'enfant et les conventions internationales », *Journal du droit international (JDI)* 1996, 843. – Sur le Comité des droits de l'enfant, cf. C.P. COHEN et S. KILBOURNE, « Jurisprudence of the Committee on the Rights of the Child : A Guide for Research and Analysis », *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, 1998, 633.

<sup>3</sup> Il s'agit des 13 États suivants : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Irlande, Italie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Rép. tchèque, Slovaquie, Suède.

<sup>4</sup> Arabie saoudite, Bangladesh, Botswana, Brunei, Djibouti, Émirats arabes unis, Indonésie, Iran, Jordanie, Kiribati, Koweït, Malaisie, Oman, Qatar, Singapour, Syrie, Thaïlande, Tunisie et Turquie.

La deuxième se trouve dans l'art. 38, relatif à la participation des enfants aux conflits armés.<sup>5</sup> Comme l'a remarqué M. Bossuyt,<sup>6</sup> la rédaction de cet article constitue une régression par rapport au droit humanitaire international, à savoir l'art. 4-3 du 2<sup>e</sup> protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif aux conflits armés non internationaux de 1949. On s'est contenté de reproduire ici les articles 1 et 77 du 1<sup>er</sup> protocole additionnel aux Conventions de Genève relatif aux conflits armés internationaux de 1949. Le 1<sup>er</sup> protocole facultatif à la Convention concernant la participation des enfants aux conflits armés du 20 mai 2000 s'efforce de remédier à cette situation.

Bien entendu, l'enfant était déjà protégé, directement ou indirectement, par nombre d'instruments internationaux.<sup>7</sup> Il reste que, pour la première fois, ses droits font l'objet, en tant que tels, d'une convention. D'où l'intérêt qui s'attache à l'étude de son application par les juridictions nationales.

Avant d'examiner le rôle de la CDE en droit français (cf. infra II-IV., pp. 332-333), il paraît intéressant d'analyser l'attitude et des États qui ont formulé des réserves à la CDE et des États qui ont formulé des objections.<sup>8</sup> Les extraits qui ont été choisis permettent d'apprécier quelques points essentiels. Quatre groupes peuvent être distingués. Les réserves et/ou déclarations se réfèrent soit

- en général au droit musulman, à la religion, à l'Islam, à la charia (cf. infra A) ;
- spécialement aux articles 14 et/ou 21 de la CDE qui concernent la liberté de religion et l'adoption (cf. infra B) ;
- en général à la Constitution (cf. infra C) ;
- à d'autres aspects remarquables (cf. infra D).

### I. Réserves et/ou déclarations émises par 19 États<sup>9</sup>

Les pays mentionnés en note 9 et ci-dessous dans les quatre rubriques A-D ont formulé, *mutatis mutandis*, tous les mêmes objections. Ce qui varie est surtout la longueur du texte respectif. À titre d'exemple suivent les objections des Pays-Bas :

« À l'égard des réserves faites par ... l'Indonésie [cf. infra C (2)], ... la République arabe syrienne [cf. infra B (7)] et la République islamique d'Iran lors de la ratification [cf. infra A (3)] :

Le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas considère que ces réserves, par lesquelles les États cherchent à limiter leurs responsabilités dans le cadre de la Convention en invoquant des principes généraux de législation nationale, peuvent [faire] douter de l'engagement de ces États à l'égard des buts et objectifs de la Convention et contribuent en outre à saper les fondements du droit conventionnel international. Il est dans l'intérêt commun des États que les traités auxquels ils ont choisi d'être parties soient respectés, quant à leurs buts et objectifs, par toutes les parties. En conséquence, le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas fait objection aux réserves formulées. La présente objection ne constitue pas un obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention entre le Royaume des Pays-Bas et les États susmentionnés.

*Par la suite, le Secrétaire général a reçu du Gouvernement des Pays-Bas, des objections de la même teneur que celle ci-dessus eu égard aux réserves formulées par les États suivants [ordre chronologique] :*

en 1996 : à l'égard des réserves par le Qatar lors de la ratification [cf. infra A (5)] ; le Botswana lors de l'adhésion [cf. infra C (1)] et la Turquie lors de la ratification [cf. infra D (4)] ; à l'égard des réserves par la Malaisie et Singapour lors de l'adhésion [cf. infra C (4) et (5)] ; en 1997 : à l'égard des réserves par l'Arabie saoudite [cf. infra A (1)], le Brunéi Darussalam [cf. infra B (2)], et Kiribati lors de l'adhésion [cf. infra C (3)] ; (...)

en 1998 : à l'égard des réserves par Oman lors de l'adhésion [cf. infra B (6)] et à l'égard de la réserve à l'article 14 faite par les Émirats arabes unis lors de l'adhésion [cf. infra B (3)] (...).

### A. Référence en général au droit musulman, à la religion, à l'Islam, à la charia

Ci-après cinq exemples de déclarations et/ou réserves toujours en vigueur :

- (1) [Le Gouvernement de l'**Arabie saoudite** formule] « des réserves sur toutes les dispositions contraires aux prescriptions du droit musulman. » [Objections par ex. par : Allemagne, Autriche, Danemark, Finlande, Portugal]
- (2) Déclaration : [Le Gouvernement de la République de **Djibouti** ne se considérera pas] « lié[e] par les dispositions ou articles incompatibles avec sa religion, et ses valeurs traditionnelles. » [Objections par ex. par : Irlande, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède]
- (3) Réserve lors de la signature : « La République islamique d'**Iran** fait toute réserve quant aux articles et dispositions qui peuvent être en contradiction avec la Charia et se réserve le droit de faire semblable déclaration particulière lors de sa ratification. » Réserve lors de la ratification : « Le Gouvernement de la République islamique d'Iran se réserve le droit de ne pas appliquer les dispositions ou articles de la Convention qui sont incompatibles aux lois islamiques et à la législation interne en vigueur. » [Objections par ex. par : Allemagne, Autriche, Danemark, Finlande, Irlande, Pays-Bas, Portugal]
- (4) [Le **Koweït** exprime] « des réserves à l'égard de toutes les dispositions de la Convention incompatibles avec la *chari'a* islamique et les textes législatifs internes en vigueur. » [ Objections par ex. par : Irlande, Rép. tchèque]
- (5) « L'État du **Qatar** désire formuler une réserve générale à l'égard des dispositions de la Convention qui sont incompatibles avec la loi islamique. » [Objections par ex. par : Allemagne, Finlande, Italie, Pays-Bas, Portugal, Slovaquie, Suède]

### B. Référence à l'article 14<sup>10</sup> et/ou à l'article 21<sup>11</sup> de la CDE

Ci-après sept exemples de déclarations et/ou de réserves toujours en vigueur qui concernent spécialement la liberté de religion et/ou l'adoption :

<sup>5</sup> Art. 38 : « 1. Les États parties s'engagent à respecter et à faire respecter les règles du droit humanitaire international qui leur sont applicables en cas de conflit armé et dont la protection s'étend aux enfants. - 2. Les États parties prennent toutes les mesures possibles dans la pratique pour veiller à ce que les personnes n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans ne participent pas directement aux hostilités. - 3. Les États parties s'abstiennent d'enrôler dans leurs forces armées toute personne n'ayant pas atteint l'âge de quinze ans. Lorsqu'ils incorporent des personnes de plus de quinze ans mais de moins de dix-huit ans, les États parties s'efforcent d'enrôler en priorité les plus âgées ».

<sup>6</sup> BOSSUYT, loc. cit. supra (note 2), p. 143.

<sup>7</sup> BARRIERE-BROUSSE, loc. cit. supra (note 2). Cf. aussi L'enfant dans la société internationale, Rapport d'information de la Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale, présenté par M. J. Lang, AN, 297, 7 octobre 1997. Ce rapport contient le texte de l'intervention de M<sup>me</sup> Bellamy, présidente de l'UNICEF et les fiches relatives à l'application de la CDE dans 121 pays. La France n'est pas incluse.

<sup>8</sup> Les informations qui suivent sont basées sur le document de l'ONU « Déclarations et Réserves » en date du 8 février 2002.

<sup>9</sup> Cf. la liste alphabétique supra note 4.

<sup>10</sup> L'article 14 CDE est libellé comme suit :

« 1. Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion. »

- (1) [Le Gouvernement du **Bangladesh**] « a informé le Secrétaire général qu'il a ratifié la Convention avec une réserve au sujet du paragraphe 1 de l'article 14. De même, l'article 21 s'appliquera sous réserve des lois et pratiques du Bangladesh. » [Objections par ex. par : Irlande, Portugal, Suède]
- (2) [Le Gouvernement de **Brunéi Darussalam**] « émet des réserves touchant les dispositions de ladite Convention susceptibles d'aller à l'encontre de la Constitution du Brunéi Darussalam et des croyances et principes de l'Islam, la religion d'État, notamment, sans préjudice de leur caractère général, à l'égard des articles 14, 20 [protection de remplacement] et 21 de la Convention. » [Objections par ex. par : Danemark, Finlande, Pays-Bas, Portugal, Suède]
- (3) Réserves : « (...) L'État des **Émirats arabes unis** ne se considérera lié par les dispositions énoncées à l'article 14 que dans la mesure où celles-ci ne contreviennent pas aux principes et aux règles de la *charia*. » (...) « Étant donné qu'il interdit l'adoption, conformément aux principes de la *charia*, l'État des **Émirats arabes unis** tient à exprimer des réserves concernant l'article 21 et ne s'estime pas tenu d'appliquer les dispositions dudit article. » [Objections par ex. par : Autriche, Pays-Bas]
- (4) Réserves : « Le Royaume hachémite de **Jordanie** ne se considère pas lié par les dispositions de l'article 14, qui reconnaissent à l'enfant le droit à la liberté de religion, ni par celles des articles 20 [protection de remplacement] et 21 relatives à l'adoption, qui contreviennent aux principes de la tolérante loi islamique. » [Objections par ex. par : Finlande, Irlande]
- (5) Déclarations : (...) « L'État du **Koweït**, qui considère les dispositions de la *charia* islamique comme la source principale de législation, interdit formellement le renoncement à la religion islamique, et par conséquent n'admet pas l'adoption. [article 21] » [Objections par ex. par : Irlande, Portugal, Rép. tchèque]
- (6) Réserves : « (...) 2. Le Sultanat d'**Oman** formule des réserves à l'égard de toutes les dispositions de la Convention qui ne sont pas conformes à la *charia* islamique ou aux législations en vigueur dans le Sultanat, en particulier les dispositions relatives à l'adoption, qui figurent à l'article 21 de la Convention. » (...) « 5. Le Sultanat d'**Oman** ne se considère pas lié par les dispositions de l'article 14 de la Convention, consacrant le droit de l'enfant à la liberté de religion, et de l'article 30, qui reconnaît à l'enfant qui appartient à une minorité religieuse de professer sa propre religion. » [Objections par ex. par : Allemagne, Autriche, Finlande, Pays-Bas]
- (7) « La **République arabe syrienne** formule des réserves à l'égard des dispositions de la Convention qui ne sont pas conformes à la législation arabe syrienne et aux principes de la *charia*, en particulier celles de l'article 14 consacrant le droit de l'enfant à la liberté de religion, et des articles 2 et 21 concernant l'adoption. » [Objections par ex. par : Allemagne, Danemark, Finlande, Italie, Pays-Bas]

### C. Référence à la Constitution et/ou aux lois et politiques nationales

Ci-après cinq exemples de déclarations et/ou réserves toujours en vigueur d'une portée très générale :

- (1) « Le Gouvernement de la République de **Botswana** formule une réserve à l'égard des dispositions de l'article 1 de la convention et ne se considère pas lié par les dispositions de cet article, dans la mesure où celles-ci seraient en conflit avec les lois du Botswana. » [Objections par ex. par : Italie, Pays-Bas]
- (2) Réserve : « (...) En ce qui concerne les dispositions des articles 1, 14, 16, 17, 21, 22 et 29 de la Convention, le Gouvernement de la République d'**Indonésie** déclare qu'il appliquera ces articles en conformité avec sa

Constitution. » [Objections par ex. par : Finlande, Irlande, Pays-Bas, Portugal]

- (3) [Déclaration de la République de Kiribati] : « ... **Kiribati** considère que les droits de l'enfant tels qu'ils sont définis dans la Convention, notamment aux articles 12 à 16, doivent être exercés dans le respect de l'autorité parentale, conformément aux coutumes et traditions kiribatiennes concernant la place de l'enfant au sein de sa famille et en dehors de celle-ci. » [Objections par ex. par : Pays-Bas, Suède]
- (4) « Le **Gouvernement malaisien** accepte les dispositions de la Convention relative aux droits de l'enfant, mais exprime des réserves au sujet des articles 1, 2, 7, 13, 14, 15, [...] 28 [paragraphe 1 a)], 37, [...] de la Convention, et déclare que lesdites dispositions ne seront appliquées que si elles sont conformes à la Constitution, au droit interne et aux politiques nationales du Gouvernement malaisien. » [Objections par ex. par : Allemagne, Autriche, Belgique, Danemark, Finlande, Irlande, Italie, Pays-Bas, Portugal]
- (5) Réserves : « (...) La Constitution et les lois de la République de **Singapour** protègent adéquatement les droits et les libertés fondamentales dans l'intérêt de l'enfant. L'accession de la République de Singapour à la Convention n'emporte pas acceptation d'obligations allant au-delà des limites fixées par la Constitution de la République de Singapour ni acceptation d'une quelconque obligation d'instituer un droit autre que ceux consacrés dans la Constitution. (...) » [Objections par ex. par : Allemagne, Belgique, Finlande, Italie, Pays-Bas]

→

2. Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités.

3. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. »

<sup>11</sup> L'article 21 CDE est libellé comme suit :

« Les États parties qui admettent et/ou autorisent l'adoption s'assurent que l'intérêt supérieur de l'enfant est la considération primordiale en la matière, et :

- a) Veillent à ce que l'adoption d'un enfant ne soit autorisée que par les autorités compétentes, qui vérifient, conformément à la loi et aux procédures applicables et sur la base de tous les renseignements fiables relatifs au cas considéré, que l'adoption peut avoir lieu eu égard à la situation de l'enfant par rapport à ses père et mère, parents et représentants légaux et que, le cas échéant, les personnes intéressées ont donné leur consentement à l'adoption en connaissance de cause, après s'être entourées des avis nécessaires ;
- b) Reconnassent que l'adoption à l'étranger peut être envisagée comme un autre moyen d'assurer les soins nécessaires à l'enfant, si celui-ci ne peut, dans son pays d'origine, être placé dans une famille nourricière ou adoptive ou être convenablement élevé ;
- c) Veillent, en cas d'adoption à l'étranger, à ce que l'enfant ait le bénéfice de garanties et de normes équivalant à celles existant en cas d'adoption nationale ;
- d) Prennent toutes les mesures appropriées pour veiller à ce que, en cas d'adoption à l'étranger, le placement de l'enfant ne se traduise pas par un profit matériel indu pour les personnes qui en sont responsables ;
- e) Poursuivent les objectifs du présent article en concluant des arrangements ou des accords bilatéraux ou multilatéraux, selon les cas, et s'efforcent dans ce cadre de veiller à ce que les placements d'enfants à l'étranger soient effectués par des autorités ou des organes compétents. »

#### D. D'autres aspects remarquables

Enfin quatre exemples de réserves toujours en vigueur :

- (1) Réserves : « (...) Du point de vue géographique, **Singapour** est l'un des plus petits États indépendants du monde, et l'un des plus densément peuplés. La République de Singapour réserve donc son droit d'appliquer en ce qui concerne l'entrée et le séjour en République de Singapour, et la sortie du pays, de ceux qui n'ont ou n'ont plus, en application de la loi singapourienne, le droit d'entrer et de demeurer en République de Singapour, ainsi qu'en ce qui concerne l'acquisition et la possession de la nationalité, les lois et les conditions qu'elle pourra juger nécessaires de temps à autre, et ce conformément aux lois de la République de Singapour. (...) » [Objections par ex. par : Allemagne, Belgique, Finlande, Italie, Suède]
- (2) Réserve : « L'application des articles 7 [droit à un nom, à une nationalité], 22 [statut de réfugié pour un enfant] [...] de la Convention relative aux droits de l'enfant est subordonnée aux lois et règlements et aux pratiques en vigueur en **Thaïlande**. » [Objections par ex. par : Irlande, Suède]
- (3) Réserves : « (...) Le **Gouvernement tunisien** considère que l'article 7 de la Convention ne peut être interprété comme interdisant l'application de sa législation nationale en matière de nationalité et en particulier les cas de la perte de la nationalité tunisienne. » [Objections par ex. par : Allemagne, Irlande]
- (4) « La République de **Turquie** se réserve le droit d'interpréter et d'appliquer les dispositions des articles 17 [rôle des médias], 29 [éducation] et 30 [droits des minorités] de la Convention des Nations Unies relative aux droits de l'enfant conformément aux termes et à l'esprit de la Constitution de la République de Turquie et à ceux du Traité de Lausanne du 24 juillet 1923. » [Objections par ex. par : Irlande, Pays-Bas, Portugal]

\* \* \*

Revenons-en maintenant à la jurisprudence. J'examinerai successivement les domaines dans lesquels la violation de la CDE est invoquée devant les juridictions administratives (II.), la méthode retenue pour décider de l'applicabilité directe de ce texte (III.), une jurisprudence restrictive du Conseil d'État (IV.).

#### II. L'application de la CDE en France : les domaines dans lesquels la violation de la CDE est invoquée par les requérants

Il s'agit quasi exclusivement du droit des étrangers, et notamment des mesures individuelles prises à leur égard : refus de visa, de titre de séjour, d'autorisation de regroupement familial, reconduite à la frontière, voire extradition.<sup>12</sup> Ce moyen est le plus souvent accompagné de celui qui est tiré de la méconnaissance de l'art. 8 CEDH. La CDE a été également invoquée dans quelques autres litiges.<sup>13</sup>

Le nombre d'affaires dans lesquelles ce moyen est soulevé ne cesse d'augmenter depuis 1999 : une en 1990 ; deux en 1994 ; une en 1995 ; une en 1996 ; trois en 1997 ; deux en 1998 ; 18 en 2000 ; 24 en 2001 ; 27 en 2002 ; 30 en 2003 ; 38 en 2004 ; 14 pour les trois premiers mois de 2005.

#### III. La détermination de l'effet direct des conventions internationales et notamment de la CDE : principes et méthode

Ils ont été exposés par M. Abraham, commissaire du gouvernement, dans ses conclusions relatives à l'arrêt *GISTI*<sup>14</sup> ainsi que par deux membres du Conseil d'État dans leur commentaire du même arrêt.<sup>15</sup>

- Depuis l'adhésion constitutionnelle de la France au monisme (1946), les traités ratifiés et publiés, donc incorporés à l'ordre juridique interne, sont présumés, de façon générale, produire des effets directs en droit national. Toute personne peut s'en prévaloir devant un juge à l'occasion d'un litige.
- Il n'en va autrement que dans deux cas : d'une part si l'objet exclusif de la clause est de régler les rapports entre États<sup>16</sup> ; d'autre part si la clause de la convention est formulée en termes si généraux, imprécis ou conditionnels qu'elle ne peut se suffire à elle-même.
- Cet examen se fait en général article par article, au vu de son contenu.
- Dans certains cas, la réponse à donner à la question de l'effet direct de l'article d'une convention découle de l'interprétation donnée à celui-ci par une décision de la Cour de justice des Communautés européennes.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> *M. Nezdulkins*, 14 février 2001. Cette décision affirme que l'art. 37 CDE relatif à la privation de liberté de l'enfant et la Convention européenne d'extradition de 1957 ne s'opposent pas à l'extradition d'un mineur susceptible d'être condamné à une peine d'emprisonnement. Le droit français interdit de façon absolue l'expulsion et la reconduite à la frontière des mineurs.

<sup>13</sup> La violation de la CDE a été invoquée à ce jour dans quatre autres affaires, qui ont conduit à des décisions de rejet : a) La première se rapportait aux dispositions relatives aux mineurs contenues dans le décret du 2 avril 1996 relatif au régime disciplinaire des détenus (*Observatoire international des prisons, section française*, 30 juillet 2003). b) Deux autres étaient des recours dirigés par une association contre des circulaires du ministre de l'Éducation nationale relatives l'une à l'éducation sexuelle et à la prévention du SIDA (*Association Promouvoir*, 18 octobre 2000) et l'autre à la contraception (*id.*, 6 octobre 2000, p. 391 ; Actualité juridique. Droit administratif (AJDA) 2000, 1060, concl. Boissard). c) La dernière affaire était un recours dirigé par un organisme de gestion d'une école privée (OGEC, Organisme de gestion de l'enseignement catholique) contre un jugement d'un tribunal administratif annulant la délibération d'un conseil général décidant de subventionner les travaux de réparation de cette école au-delà de la limite fixée par la loi (*OGEC du collège de la Madeleine et autres*, 18 février 2005).

<sup>14</sup> *GISTI* (Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés), 23 avril 1997, p. 142, concl. Abraham ; Revue française de droit administratif (RFDA) 1997, 585, concl. Abraham ; D 1998, 15, concl. Abraham ; Revue générale de droit international public (RGDIP) 1998, 203, note ALLAND ; AJDA 1997, 435, note CHAUVAUX et GIRARDOT.

<sup>15</sup> CHAUVAUX et GIRARDOT, loc. cit., supra (note 14).

<sup>16</sup> En voici un exemple : l'article 5, alinéa 2 de la convention franco-colombienne d'extradition de 1850, applicable entre la France et la Colombie, prévoit la consultation du gouvernement colombien lorsque l'extradition d'un de ses ressortissants est demandée par un pays tiers. Il a été jugé que cet article créait seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés (*Garcia Henriquez*, 8 mars 1985, p. 70 ; AJDA 1985, 406, note HUBAC-SCHOETTL ; RDP 1985, 1130, concl. Genevois). La solution est discutable : le principe de protection internationale due par l'État à ses ressortissants aurait pu conduire à une réponse inverse, l'intéressé pouvant être regardé comme ayant intérêt à ce que son gouvernement soit, dans un tel cas, consulté.

<sup>17</sup> Cf. *Fédération française de basket-ball*, 30 décembre 2002, p. 485 ; JCP 2003, II, p. 441, note SOLA : il résulte de l'interprétation donnée par la CJCE dans sa décision *Lund Nordrhein-Westfalen c. Beata Pokrzepowicz-Meyer*, C-162/00 du 29 janvier 2002 que l'article 37, § 1, 1<sup>er</sup> tiret de l'accord entre les Communautés européennes et leurs États membres et la Pologne consacre, dans des termes clairs, précis et inconditionnels, une règle d'égalité de traitement qui ne nécessite aucune mesure complémentaire d'application et qui, dès lors, est susceptible de régir directement la situation des particuliers et d'être invoquée par eux devant les juridictions nationales des États membres.

Le Conseil d'État, à partir de 1990, a appliqué ces règles à la CDE comme il l'avait fait auparavant pour d'autres conventions.<sup>18</sup>

#### IV. Une jurisprudence restrictive

Elle l'est à trois titres :

- Une majorité d'articles de la CDE ont été déclarés dépourvus d'effet direct (A.).
- Les annulations prononcées sur le fondement d'une violation de la CDE sont très rares (B.).
- Les articles déclarés sans effet direct ne peuvent être invoqués au soutien de recours dirigés contre des décisions réglementaires (C.).

Quelques observations sur cette jurisprudence seront ensuite présentées (D.).

##### A. Une majorité d'articles de la CDE ont été déclarés dépourvus d'effet direct.

1. Ont été déclarées sans effet direct les dispositions suivantes :

Le préambule de la Convention,<sup>19</sup> les articles 2 (discrimination),<sup>20</sup> 3-2 (protection, mesures législatives),<sup>21</sup> 4-1 (mise en œuvre des droits reconnus),<sup>22</sup> 5 (responsabilité des parents),<sup>23</sup> 6 (droit à la vie),<sup>24</sup> 7 (droit à un nom, à une nationalité),<sup>25</sup> 8 (droit à l'identité),<sup>26</sup> 9 (séparation des parents),<sup>27</sup> 10 (réunification familiale),<sup>28</sup> 12-1 et 12-2 (droit d'être entendu dans toute procédure judiciaire),<sup>29</sup> 14 (liberté de pensée),<sup>30</sup> 18 (responsabilité commune des deux parents),<sup>31</sup> 20 (protection de remplacement),<sup>32</sup> 24-1 (droit à la santé),<sup>33</sup> 26-1 (sécurité sociale),<sup>34</sup> 27-1 (niveau de vie suffisant),<sup>35</sup> 28 (droit à l'éducation),<sup>36</sup> 29 (buts de l'éducation),<sup>37</sup> et 30 (droits des minorités).<sup>38</sup>

2. Trois articles ont été, à ce jour, déclarés d'effet direct :

- L'article 3-1, de très loin le plus fréquemment invoqué : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale ». <sup>39</sup> Les quatre annulations prononcées l'ont été pour violation de cet article (voir infra p. 334).
- L'article 16 : « 1. Nul enfant ne fera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. - 2. L'enfant a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes. » <sup>40</sup>
- L'article 37, b) et c) : « Les États veillent à ce que ... b) Nul enfant ne soit privé de liberté de façon illégale ou arbitraire. L'arrestation, la détention ou l'emprisonnement d'un enfant doit être en conformité avec la loi, n'être qu'une mesure de dernier ressort, et être d'une

p. 782. Voir aussi, sur cette convention, *Association France-Nature-Environnement*, 3 mars 2000, p. 322).

Pour l'art. 39 du Code européen de Sécurité sociale, *Rouquette et autres*, 5 mars 1999, p. 37 (solution négative) ; RFDA 1999, 357, concl. Maugüé ; AJDA 1999, 420, note RAYNAUD-FOMBEUR ; RDP 1999, 1223, note CAMBY ; Droit Administratif (DA) mai 1999, n° 138, p. 23, note C.M. ; RFDA 1999, 372, note de BECHILLON et TERNEYRE ; Les Petites Affiches (LPA) n° 217, 1<sup>er</sup> novembre 1999, p. 13 ; JCP 1999, IV, 2256, note ROUAULT.

Pour la Charte sociale européenne de 1961, *Ministre du Budget c. M<sup>lle</sup> Valton et M<sup>lle</sup> Crépeaux*, 20 avril 1984, p. 148 (art. 4-4) ; *Raut*, 15 mai 1995, p. 610 (art. 11 et 12).

Pour le Pacte des Nations Unies sur les droits économiques, sociaux et culturels, *Rouquette et autres*, cité supra (art. 2, 9 et 10) ; *Annad*, 26 janvier 2000 ; *Commune de Savigny-le-Temple*, Cour administrative d'appel (CAA) de Paris, 8 février 2000, p. 782.

Sur la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, *Guichard*, 30 juin 1999, p. 218 (réponse affirmative pour les articles 3, 5, 8 et 27) ; DA octobre 1999, n° 256, p. 20 ; D 2000, 1, note BOULANGER ; JCP 1999, IV, 3094, note ROUAULT.

Sur l'art. 24 de la Convention de Genève de 1951 relative au statut des réfugiés, *GISTI*, 6 novembre 2000, p. 782.

Sur l'Accord franco-russe du 27 mai 1997 relatif aux emprunts russes, *Uran*, 21 février 2003.

Pour la Convention n° 118 de l'OIT, *GISTI*, 23 avril 1997, cité supra (note 14).

Pour les normes adoptées par l'OACI, *Syndicat national des officiers mécaniciens de l'aviation civile*, 20 novembre 1981, p. 428 ; *Larquetoux*, 7 octobre 1998, p. 667 (par interprétation de la Convention de Chicago de 1944 relative à l'aviation civile et notamment de ses articles 37 et 38).

<sup>19</sup> *M<sup>me</sup> Ben Kadmir*, 26 février 2003 ; *M<sup>me</sup> Labiadh, ép. Miladi*, 27 octobre 2003.

<sup>20</sup> *M<sup>me</sup> Mosquera*, 6 juin 2001 ; *Époux Torrès*, 29 janvier 1997. Dans le même sens, sur les articles 2-1 et 2-2, *X.*, 30 juin 1999 ; *Guichard*, cité supra (note 18) ; *Hadli*, 10 mars 2003.

<sup>21</sup> *Association Promouvoir*, 6 octobre 2000, p. 391.

<sup>22</sup> *Époux Torrès*, cité supra (note 20).

<sup>23</sup> *Association Promouvoir*, cité supra (note 21).

<sup>24</sup> *Époux Soba*, 29 janvier 1997.

<sup>25</sup> *Phumu Phumu*, 7 juillet 2000 ; *Préfet de l'Essonne*, 28 juillet 2000 ; *Ganhewamanage*, 9 février 2001 ; *Taamallah*, 9 juillet 2003 ; *Kwantwo*, 30 mars 2005.

<sup>26</sup> *Époux Torrès*, cité supra (note 20) ; *M<sup>me</sup> Amble*, 1<sup>er</sup> avril 1998 ; *Elmaalem*, 10 avril 2002 ; *Koci*, 3 novembre 2004.

<sup>27</sup> *Préfet de la Seine-Maritime c. M. et M<sup>me</sup> Abdelmoula*, 29 juillet 1994, AJDA 1994, 841, concl. Denis-Linton. 28 décisions en ce sens au 30 mars 2005.

<sup>28</sup> *Époux Torrès*, cité supra (note 20) ; *Phumu Phumu*, cité supra (note 25) ; *Taamallah*, cité supra (note 25) ; *Kharoubi*, 9 juillet 2003 ; *M<sup>me</sup> Seller, veuve Yilmaz*, 17 mai 2004.

<sup>29</sup> *Paturel*, 3 juillet 1996, p. 256 ; DA 1996, n° 498, note C.M. ; JCP 1996, IV, 22.

<sup>30</sup> *Paturel*, cité supra (note 29).

<sup>31</sup> *M<sup>me</sup> Kaddouri, ép. Allaoui*, 29 mai 2002 ; *M<sup>me</sup> Ben Kadmir*, cité supra (note 19) ; *M<sup>me</sup> Kaddouri, ép. Allaoui*, 30 juillet 2003 ; *M<sup>me</sup> Labiadh, ép. Miladi*, cité supra (note 19).

<sup>32</sup> *M<sup>me</sup> Mosquera*, cité supra (note 20).

<sup>33</sup> *GISTI*, 23 avril 1997, cité supra (note 14).

<sup>34</sup> *Id.*

<sup>35</sup> *Id.*

<sup>36</sup> *Époux Torrès*, cité supra (note 20) ; *Époux Soba*, cité supra (note 24) ; *M. Sahin*, 7 juillet 2000 ; *M<sup>me</sup> Sahin*, même date.

<sup>37</sup> *M<sup>me</sup> Mosquera*, cité supra (note 20).

<sup>38</sup> *Paturel*, cité supra (note 29).

<sup>39</sup> *Époux Torrès*, cité supra (note 20), et en ce sens, 133 décisions au 30 mars 2005.

<sup>40</sup> *M<sup>me</sup> Demirpençe*, 10 mars 1995, p. 610 ; D 1995, 617, note BENHAMOU ; RGDIP 1995, 1013, note ALLAND ; *Guichard*, cité supra (note 18).

<sup>18</sup> Voir, outre la décision *Garcia Henriquez*, citée supra (note 16), les décisions suivantes :

Pour la Convention de Berne du 19 septembre 1979 et la Convention de Ramsar du 2 février 1971 relatives à la conservation de la flore et de la faune sauvages et de leurs habitats et à la protection particulière de certaines espèces : *Union juridique Rhône Méditerranée*, 17 novembre 1995, p. 412 ; *Chambre d'agriculture des Alpes-Maritimes et Centre départemental des jeunes agriculteurs des Alpes-Maritimes*, 30 décembre 1998, p. 516. Selon ces deux arrêts, les deux conventions précitées « créent seulement des obligations entre États sans ouvrir de droits aux intéressés ». Une décision récente dénie tout effet direct aux articles 6 et 9 de la Convention de Berne (*Commune de Breil-sur-Roya*, 8 décembre 2000,

durée aussi brève que possible. - c) Tout enfant privé de liberté soit traité avec humanité et avec le respect dû à la dignité de la personne humaine, et d'une manière tenant compte des besoins des personnes de son âge. En particulier tout enfant privé de liberté sera séparé des adultes, à moins que l'on estime préférable de ne pas le faire dans l'intérêt supérieur de l'enfant, et il a le droit de rester en contact avec sa famille par la correspondance et par des visites, sauf circonstances exceptionnelles. »<sup>41</sup>

#### B. Les annulations prononcées sur le fondement d'une violation de la Convention sont très rares.

On en compte quatre à ce jour, survenues dans les affaires suivantes :

##### 1. L'affaire *Cinar*<sup>42</sup>

M<sup>lle</sup> Cinar, de nationalité turque, était arrivée en France en 1992 pour y rejoindre ses parents dans le cadre d'un regroupement familial. En 1993 elle a ramené irrégulièrement en France son fils âgé de 4 ans, né en Turquie en dehors du mariage. Son père l'avait reconnu mais ne s'était jamais occupé de lui. En août 1993, huit mois après avoir ramené son enfant, elle a demandé au préfet d'autoriser le séjour de son enfant en France au titre du regroupement familial. Le préfet a refusé, ajoutant que si son fils ne quittait pas la France dans le délai d'un mois, elle s'exposerait à des poursuites pénales pour aide au séjour irrégulier d'un étranger. M<sup>lle</sup> Cinar a alors demandé au tribunal administratif de Strasbourg d'annuler la décision du préfet. Son recours ayant été rejeté, elle a fait appel devant le Conseil d'État. La décision de celui-ci note que personne ne pouvait recevoir ce jeune enfant en Turquie : ni son père, qu'il ne connaissait pas et qui n'avait jamais participé à son éducation, ni aucune autre personne proche de la famille. Dans ces conditions, a conclu le Conseil d'État, obliger ce jeune enfant à être séparé, même provisoirement, de sa mère, constituait une violation de l'art. 3-1 de la CDE. Le Conseil d'État a admis que cet article était d'effet direct. En conséquence « Dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation, l'administration doit accorder une attention primordiale à l'intérêt supérieur des enfants dans toutes les décisions les concernant ».

##### 2. Les trois autres affaires ont conduit à l'annulation de mesures de reconduite à la frontière prises par le préfet.

- Dans l'affaire *Lukic* (8 octobre 2001) la situation de la famille était la suivante : la mère était en prison. L'une des deux filles avait été confiée au service départemental d'aide à l'enfance et son père la voyait régulièrement. M. Lukic se trouvant en situation irrégulière, le préfet a ordonné son départ. Le tribunal administratif de Nice ayant rejeté son recours, M. Lukic a fait appel devant le Conseil d'État. Vu les circonstances précitées, le Conseil d'État a annulé la décision, pour les mêmes motifs que dans l'affaire *Cinar*.
- Dans l'affaire *Préfet de police c. M<sup>me</sup> Swieca* (2 juin 2003), l'administration avait ordonné le départ, en 2001, de M<sup>me</sup> Swieca. M. et M<sup>me</sup> Swieca avaient un enfant, né en 1998. Son père, Libanais, était en situation régulière. L'exécution de la décision aurait pour conséquence, note le Conseil d'État, de priver cet enfant soit de la présence de sa mère, soit de celle de ses parents si son père suivait sa mère. M<sup>me</sup> Swieca a obtenu l'annulation de la décision sur le fondement de la violation de l'article 3-1 CDE, le Conseil d'État ayant confirmé l'annulation prononcée par le tribunal administratif.

- Enfin dans la dernière affaire, *M<sup>me</sup> Mbaya* (10 décembre 2003), l'administration avait ordonné en 2002 à l'intéressée, en situation irrégulière, de quitter la France. Son fils, né en 2000, était atteint d'une grave maladie exigeant une attention permanente, toute négligence pouvant entraîner sa mort. Il n'était pas établi qu'il pouvait recevoir au Congo, pays de sa mère, un traitement approprié, ou que sa mère pourrait être admise dans un pays où ce traitement existerait. Il n'était pas non plus établi que l'enfant puisse être pris en charge par son père naturel, qui n'avait manifesté aucune intention en ce sens. Conclusion du Conseil d'État : la présence de M<sup>me</sup> Mbaya auprès de ce très jeune enfant était nécessaire. La décision prise contre elle a été jugée contraire à l'art. 3 CDE.

Il faut ajouter à cette liste deux décisions récentes. La première ordonne la suspension de l'exécution d'un refus de visa opposé aux trois filles du requérant. Elle est fondée notamment sur l'art. 3 CDE.<sup>43</sup> La deuxième est la suivante : le droit au regroupement familial est ouvert aux enfants légitimes ou naturels ayant une filiation légalement établie et aux enfants adoptés. Le Conseil d'État a jugé en 2004 que l'administration devait s'assurer qu'une décision refusant le bénéfice du regroupement familial demandé pour un enfant n'appartenant pas aux catégories précitées ne porte pas une atteinte excessive aux droits des intéressés résultant des art. 8 CEDH et 3-1 CDE (*M. et M<sup>me</sup> Dra*, 24 mars 2004).

En ce qui concerne les reconduites à la frontière, il est arrivé dans le passé qu'une juridiction répressive, saisie de poursuites pour refus d'embarquer de l'intéressé, examine la légalité de l'arrêté préfectoral en se fondant sur l'art. 111-5 du Code pénal et déclare illégal cet arrêté en utilisant la CDE.<sup>44</sup>

#### C. Recours pour excès de pouvoir

Les articles déclarés dépourvus d'effet direct ne peuvent, selon la jurisprudence, être invoqués au soutien d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une décision réglementaire. Dans ses conclusions relatives à l'affaire *GISTI*,<sup>45</sup> le commissaire du gouvernement, M. Abraham, avait proposé d'apporter une réponse affirmative à cette question. Le traité étant incorporé à l'ordre juridique interne, disait-il, le juge doit pouvoir contrôler la conformité à son égard d'une norme juridique inférieure. Le fait qu'il s'agisse d'une convention relative à la protection des droits de l'homme était un argument supplémentaire. Le Conseil d'État ne l'a pas suivi et on ne peut que regretter et sa décision et l'absence de motivation de celle-ci sur ce point. Une telle jurisprudence restreint indûment la portée de la CDE.

#### D. Observations sur cette jurisprudence

##### 1. La motivation des décisions de rejet

Les décisions décrivent la situation des parents et celle des enfants ainsi que les conséquences concrètes de la déci-

<sup>41</sup> *M. Nezdulkins*, 14 février 2001.

<sup>42</sup> *M<sup>lle</sup> Cinar*, 22 septembre 1997, p. 319 ; RFDA 1998, 562, concl. Abraham ; JCP 1998, II, 10052, note GOUTTENOIRE ; LPA, 26 janvier 1998, n° 11, p. 17, note REYDELLET ; D 1998, som. 297, note DESNOYERS ; RDSS 1998, 174, note MONEGER ; RGDIP 1998, 203, note ALLAND ; JDI 1998, 721, note BARRIERE-BROUSSE ; j'ai commenté cet arrêt dans *Public Law* 1997, 723.

<sup>43</sup> *Yildiz*, 21 février 2005.

<sup>44</sup> En ce sens TGI Rennes, 13 juin 1994, Revue trimestrielle de droit civil (RTDciv.) 1994, 581 ; RDSS 1994, 503, note MONEGER (utilisation de l'art. 9 de la CDE).

<sup>45</sup> Cf. *GISTI*, cité supra (note 14).

sion attaquée pour les enfants pour en déduire que l'art. 3 CDE n'a pas été méconnu. En voici quelques exemples :

- *Kwantwoo*, 30 mars 2005 : M. K. attaquait un refus de visa opposé à ses trois enfants demeurant au Ghana, y ayant été scolarisés et y ayant toujours vécu. Il n'est pas établi, affirme la décision, que le père soit dans l'impossibilité de leur rendre visite au Ghana. Pas de violation de l'art. 3.
- *Préfet des Hauts-de-Seine c. M. Boussaid ; id. c. Mme Boussaid*, 16 mars 2005. Une décision de reconduite à la frontière avait été prise contre les deux parents. Leurs deux enfants étaient scolarisés en France depuis leur arrivée en 2000. Il n'est pas établi, note le Conseil d'État, qu'ils ne puissent pas être scolarisés en Algérie. Rien ne s'oppose à ce que toute la famille reparte en Algérie. Conclusion : il ne ressort pas du dossier que l'intérêt supérieur des enfants n'ait pas été pris en compte.
- *Mbulayi*, 25 février 2005. Contre un arrêté de reconduite à la frontière, le requérant faisait valoir que cette mesure allait obliger ses enfants à être séparés de l'un de leurs parents et à rompre le lien familial. Or, note le Conseil d'État, l'intéressé ne vivait pas avec ses deux enfants et rien ne s'oppose à ce que le troisième enfant reparte avec ses parents. L'intérêt supérieur de l'enfant n'a pas été méconnu.
- *Mlle Diallo*, 3 novembre 2004 : reconduite à la frontière vers la Guinée. Elle est mère de deux enfants, nés en 2002 et 2003. Le père est en prison. Il n'est pas établi qu'elle ne puisse pas reconstituer la cellule familiale dans son pays d'origine.
- *Préfet de police c. M. Boucha*, 4 octobre 2004. M. B. n'invoque aucune raison qui lui interdirait de poursuivre sa vie familiale ailleurs qu'en France.
- *Préfet de l'Yonne c. M. Badio*, 9 juin 2004. M. B. était le père d'un enfant de 6 mois dont la mère a présenté une demande d'asile. Mais il n'établit ni être en communauté de vie avec l'enfant et sa mère, ni subvenir aux besoins de cet enfant.

## 2. Des confusions à dissiper

L'examen de la jurisprudence révèle l'existence de confusions, voire d'incohérences qu'il convient de supprimer.

### a) À propos de l'article 2

L'ensemble de la jurisprudence dénie à l'article 2 tout effet direct.<sup>46</sup> Or deux décisions affirment explicitement que l'art. 2-2 peut être utilement invoqué.<sup>47</sup>

### b) À propos de l'article 7

La jurisprudence lui dénie également tout effet direct.<sup>48</sup> Or quatre décisions déclarent qu'« en tout état de cause » cet article n'a pas été méconnu.<sup>49</sup> Cette formule quelque peu ambiguë, sinon paresseuse, signifie que même si le moyen pouvait être utilement soulevé, il ne serait pas fondé. Il aurait été préférable, ici, d'en faire l'économie.

### c) À propos de l'article 9

Une remarque identique peut être formulée.<sup>50</sup>

### d) À propos de l'article 10

La jurisprudence lui dénie un effet direct.<sup>51</sup> Comment, dès lors, concilier une décision lui déniait cet effet,<sup>52</sup> une décision qui lui reconnaît un tel effet,<sup>53</sup> une autre décision le lui refusant,<sup>54</sup> et enfin une dernière décision qui affirme que l'art. 10-1 est « en tout état de cause, sans incidence sur la légalité de l'arrêté attaqué » ?<sup>55</sup>

e) D'autres décisions se bornent à dire que le moyen tiré de la violation d'un article de la Convention « manque en fait », sans prendre parti sur son applicabilité.<sup>56</sup> Cette technique de rédaction, souvent employée, ne fait que retarder le moment où il faudra prendre parti sur le fond

## Deuxième partie :

### L'incidence de la Convention européenne des droits de l'Homme (CEDH) sur les droits de l'enfant

Les deux catégories de mesures administratives concernant directement les enfants et ayant donné lieu à des litiges portés devant les juridictions administratives se rapportent d'une part à certains aspects de la procédure d'adoption et d'autre part, et surtout, aux mesures concernant les étrangers. Dans les deux cas, il s'agit de l'art. 8 CEDH.

#### I. L'adoption

En droit français l'adoption est prononcée par un jugement du tribunal de grande instance. Toutefois, en ce qui concerne les pupilles de l'État et les enfants étrangers, la personne qui demande l'adoption doit au préalable être agréée par le département, c'est-à-dire le président du conseil général, après une enquête. Le refus de l'agrément doit être motivé. Tout document versé au dossier doit, sur demande, être communiqué à cette personne.<sup>57</sup> « Avant de délivrer l'agrément, le président du conseil général doit s'assurer que les conditions d'accueil offertes par le demandeur sur les plans familial, éducatif et psychologique correspondent aux besoins et à l'intérêt de l'enfant ».<sup>58</sup>

##### A. Le cas des homosexuels

En 1993 le département de Paris a refusé d'accorder son agrément à M. Fretté, invoquant son « choix de vie » et l'absence de « référent maternel ». Dans ces conditions, les conditions d'accueil qu'il était susceptible d'offrir à un enfant pouvaient présenter des risques importants pour l'épanouissement de cet enfant. Le tribunal administratif de Paris annula en 1995 cette décision. Sur appel du département, le Conseil d'État a annulé ce jugement et déclaré la décision légale. M. Fretté, « eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté ».<sup>59</sup> Le

<sup>46</sup> Cf. supra (note 20).

<sup>47</sup> *Préfet des Hauts-de-Seine c. Patonay*, 15 novembre 2002 ; *id. c. Barry*, 8 décembre 2003.

<sup>48</sup> Cf. supra (note 25).

<sup>49</sup> *Préfet de l'Essonne c. Chabi*, 11 juillet 2001 ; *id. c. Mme Chabi*, même date ; *M. Koci*, 3 novembre 2004 ; *Mme Shimo, ép. Koci*, même date.

<sup>50</sup> Voir les deux décisions *Préfet de Seine-Saint-Denis*, 2 mai 2001 et *Préfet de Seine-et-Marne*, 23 mai 2001.

<sup>51</sup> Cf. supra (note 25).

<sup>52</sup> *Époux Torrès*, cité supra (note 20).

<sup>53</sup> *Auble*, 1<sup>er</sup> avril 1998. L'arrêt affirme qu'il n'ouvre des droits qu'entre ascendants et descendants et qu'il ne peut être utilement invoqué en l'espèce.

<sup>54</sup> *Phumu Phumu*, cité supra (note 25).

<sup>55</sup> *Ganhewamanage*, cité supra (note 25).

<sup>56</sup> *Camara*, 28 juillet 1993, à propos des articles 9 et 19.

<sup>57</sup> Art. 63 du Code de la famille et de l'aide sociale et décret du 1<sup>er</sup> septembre 1998.

<sup>58</sup> Décret du 1<sup>er</sup> septembre 1998, art. 4.

<sup>59</sup> *Département de Paris c. M. Fretté*, 9 octobre 1996, p. 390 ; JCP 1997, II, 22766, concl. Maugüé ; DA décembre 1996, p. 11, note C.M. ; Quotidien juridique, n° 2, 9 janvier 1997, note PELLISSIER ; D 1997, 117, note MALAURIE.

recours de l'intéressé devant la Cour européenne des droits de l'homme a été rejeté.<sup>60</sup> Les moyens tirés de la violation des articles 8 et 14 CEDH ont été rejetés par la Cour : la discrimination effectuée poursuivait ici un but légitime, à savoir protéger la santé et les droits de l'enfant. Les autorités nationales ont légitimement et raisonnablement pu considérer que le droit de pouvoir adopter trouvait sa limite dans l'intérêt des enfants susceptibles d'être adoptés.

Quelques semaines plus tard, le Conseil d'État a confirmé la légalité d'un autre refus d'agrément : M<sup>lle</sup> Berthet était engagée dans une relation homosexuelle stable. Le refus d'agrément était fondé sur deux motifs : « le défaut de repères identificatoires dû à l'absence d'image ou de référent paternel » et « l'ambiguïté de l'investissement de chaque membre du foyer par rapport à l'enfant accueilli ». La situation personnelle de M<sup>lle</sup> Berthet, note l'arrêt, devait être prise en considération au regard des besoins et de l'intérêt d'un enfant adopté ». La décision n'a méconnu ni l'art. 8 ni l'art. 14 CEDH.<sup>61</sup>

### B. Le cas des Témoins de Jéhovah

Dans une décision de 1992,<sup>62</sup> le Conseil d'État a confirmé la légalité d'un refus d'agrément opposé à un couple de Témoins de Jéhovah en raison de leur adhésion personnelle et sans ambiguïté à la doctrine des Témoins de Jéhovah en matière de transfusion sanguine et de leur opposition à l'utilisation de cette méthode thérapeutique, vu les risques qui pouvaient en résulter pour l'enfant. Aucune convention internationale n'était invoquée par les intéressés.

Vu la position affirmée par la Cour dans des affaires où des décisions concernant des enfants avaient été prises uniquement en raison de l'appartenance de l'un des parents aux Témoins de Jéhovah,<sup>63</sup> on peut s'interroger sur ce que sera l'attitude la Cour si des décisions semblables rendues en matière d'adoption lui étaient déférées à l'avenir.<sup>64</sup>

## II. Les mesures concernant les étrangers

L'art. 8 est l'une des plus importantes dispositions de la CEDH. Il garantit des droits et des libertés qui, en droit international comme en droit national, n'ont pas toujours été protégés comme ils auraient dû l'être. Les deux notions de vie privée et de vie familiale ont été interprétées largement par la jurisprudence de la Cour.<sup>65</sup> En ce qui concerne les mesures relatives aux étrangers, la fortune de cet article a été considérable. Il est, avec l'art. 3, celui qui est le plus invoqué, tant devant les juridictions administratives que devant la Cour, dans les litiges se rapportant aux étrangers : refus de visa d'entrée, de délivrance de titre de séjour ou de regroupement familial, décisions d'éloignement (reconduite à la frontière et expulsion). Ce fait est d'autant plus remarquable qu'aucune disposition particulière de la Convention ne se rapportait, à l'origine, aux droits des étrangers, conformément à l'état d'esprit de l'époque et à l'état du droit. Le texte initial de la Convention ne parle du reste des étrangers que pour permettre la restriction de leurs droits.<sup>66</sup> Les temps ont changé.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, s'agissant de l'invocation de l'article 8 à l'encontre des mesures prises contre les étrangers, peut être résumée de la façon suivante :

- Selon un principe bien établi du droit international, les États ont le droit de décider des conditions d'entrée et de séjour des étrangers et d'ordonner, le cas échéant, leur expulsion, notamment pour des raisons tenant à l'ordre public.
- La Convention ne garantit pas le droit d'établir sa vie familiale dans un pays donné.<sup>67</sup>

- Toutefois, en exerçant leurs prérogatives, les États parties doivent respecter leurs obligations internationales. Si leurs décisions méconnaissent un droit garanti par la Convention, par exemple l'article 8-1, une telle limitation doit respecter le principe de proportionnalité<sup>68</sup> et être fondée sur l'un des motifs énumérés à l'art. 8-2.

- Lorsque le droit au respect de la vie familiale est invoqué, il convient de répondre à plusieurs questions : une vie familiale existe-t-elle en l'espèce ?<sup>69</sup> Est prise ici en considération l'existence d'un couple, et de ses enfants, quel que soit le statut juridique des personnes.<sup>70</sup> Y a-t-il eu ingérence dans celle-ci ? Surtout, la décision est-elle proportionnée au but recherché ? La jurisprudence tient compte d'un ensemble de critères :

- Le comportement de l'étranger ;
- La durée de sa résidence ;
- L'existence de liens avec le pays d'origine ;<sup>71</sup>
- Le contenu et le contexte de la vie familiale. C'est à ce propos que les enfants et leur protection indirecte apparaissent : leur nombre, leur âge, leur date de naissance, leur nationalité.

La jurisprudence administrative tient le plus grand compte des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme lorsque l'article 8 est invoqué. Voici quelques exemples récents de décisions relatives à des affaires où, en plus de celle des adultes, la situation des enfants était en jeu.

- M<sup>me</sup> Laguerre, Haïtienne, avait quitté Haïti à 17 ans pour rejoindre sa mère, qui résidait régulièrement en France depuis 1993 et ses quatre frères et sœurs, plus jeunes qu'elle. Vu sa situation irrégulière, le préfet a pris contre elle, en novembre 2001, un arrêté de reconduite à la frontière. Elle est alors mère de deux enfants nés en France et forme un couple stable avec un ressortissant haïtien en situation régulière. Elle ne peut bénéficier, dans son pays, d'un soutien familial. Le tribunal administratif a annulé, dans ces conditions, la décision 13 jours plus tard. Le Conseil d'État a rejeté l'appel du préfet.<sup>72</sup>

<sup>60</sup> *Fretté c. France*, 26 février 2002, CEDH 2002-I = RUDH 2002, 217.

<sup>61</sup> *M<sup>lle</sup> Berthet*, 5 juin 2002.

<sup>62</sup> *Département du Doubs c. époux F.*, 24 février 1992, p. 195 ; RDSS 1992, 712, concl. Hubert ; Revue administrative (RA) 1992, 328, note RUIZ-FABRI ; LPA, 1<sup>er</sup> janvier 1993, p. 11, note JORION et FLORAND.

<sup>63</sup> *Hoffmann c. Autriche*, 23 juin 1993, série A n° 255-C = RUDH 1993, 336 ; *Palau-Martinez c. France*, 16 décembre 2003, CEDH 2003-XII.

<sup>64</sup> Sur l'application de l'article 8 à l'adoption cf. *Pini, Bertani, Manera et Atripaldi c. Roumanie*, 22 juin 2004, CEDH 2004-V (extraits).

<sup>65</sup> Un arrêt récent inclut dans la vie privée le droit d'exercer une activité professionnelle : *Sidabras et Džiutas c. Lituanie*, 27 juillet 2004, CEDH 2004-VIII. Cf. Cass. Soc. 27 juillet 2004 : le droit d'exercer une activité professionnelle est une liberté fondamentale. Voir aussi l'importante décision de la Grande Chambre, *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006.

<sup>66</sup> Voir les articles 5-1 f) et 16.

<sup>67</sup> *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A n° 94.

<sup>68</sup> *Nasri c. France*, 13 juillet 1995, série A n° 320-B, § 41 ; *Boughanemi c. France*, 24 avril 1996, Recueil 1996-II, § 41 ; *C. c. Belgique*, 7 août 1996, Recueil 1996-III, § 32.

<sup>69</sup> *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, série A n° 31, § 31.

<sup>70</sup> *Boughanemi*, cité supra (note 68), § 35 ; *Berrehab c. Pays-Bas*, 21 juin 1988, série A n° 138, § 21.

<sup>71</sup> *Dalia c. France*, 19 février 1998, Recueil 1998-I = RUDH 1998, 247 ; *Beldjoudi c. France*, 26 mars 1992, série A n° 234-A = RUDH 1993, 40.

<sup>72</sup> *Préfet du Val-d'Oise c. M<sup>me</sup> Laguerre*, 3 octobre 2003.

- Dans une autre affaire, c'est l'intérêt direct de l'enfant qui a conduit à l'annulation de la reconduite : M<sup>me</sup> Yomba, Togolaise, était entrée en France en dernier lieu en 1991. Vu sa situation irrégulière, le préfet ordonne sa reconduite en septembre 2001. À cette date, sa fille, née en France en 1984 et scolarisée en classe de terminale à Paris, dispose de la possibilité d'accéder rapidement à la nationalité française. L'arrêté de reconduite l'aurait contrainte à quitter la France, c'est-à-dire à interrompre ses études et à être privée de la possibilité d'acquérir la nationalité française. Le Conseil d'État a confirmé, sur appel du préfet, l'annulation prononcée par le tribunal administratif : la décision de reconduite à la frontière est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation de ses conséquences sur la situation personnelle de M<sup>me</sup> Yomba.<sup>73</sup>
- Dans un autre cas, le Conseil d'État, à la suite du tribunal administratif, a pris en considération, pour annuler la mesure de reconduite, les conséquences sur la santé d'enfants à naître.<sup>74</sup>
- Une décision récente a pris en considération une situation issue du droit personnel de l'étranger pour élargir le champ d'application du droit national. Le droit au regroupement familial s'applique, comme démontré ci-dessus, aux enfants légitimes ou naturels ayant une filiation légalement établie ainsi qu'aux enfants adoptés. En 2004 le Conseil d'État a jugé que, lorsqu'elle refusait le regroupement familial pour un enfant n'appartenant pas à l'une de ces trois catégories, l'administration devait s'assurer qu'un tel refus ne porte pas une atteinte excessive aux droits dérivant des art. 8 CEDH et 3-1 CDE.

Les faits étaient les suivants : M. Dra, Marocain, vivait régulièrement en France depuis 1973. Il avait épousé en

1981 une compatriote avec laquelle il ne pouvait avoir d'enfant. Par acte de kafala<sup>75</sup> régulièrement enregistré au Maroc devant un notaire et homologué par un juge en 1991, les parents du jeune Dra, né au Maroc en 1990, ont confié à son oncle, M. Dra, la responsabilité de subvenir aux besoins et à l'éducation de cet enfant. Celui-ci a été accueilli au foyer de M. et M<sup>me</sup> Dra quelques semaines après sa naissance. Un juge français a désigné M<sup>me</sup> Dra comme tutrice. Les époux Dra élèvent cet enfant comme leur fils. L'acte de 1991 a été renouvelé en 1994. La même année le préfet a rejeté la demande de regroupement familial des époux Dra. S'en tenant à la lettre de la loi, le tribunal administratif et la cour administrative d'appel ont rejeté les recours de M. et M<sup>me</sup> Dra. Saisi en cassation, le Conseil d'État a annulé les jugements précédents et la décision de l'administration. Celle-ci a été déclarée avoir été prise en violation de l'art. 8 CEDH.<sup>76</sup>

<sup>73</sup> *Préfet de police c. M<sup>me</sup> Njonta Yomba*, 30 juillet 2003.

<sup>74</sup> *Id. c. M. et M<sup>me</sup> Wang*, 7 février 2003.

<sup>75</sup> La plupart des pays de droit musulman interdisent l'adoption. La kafala, institution de droit musulman, permet aux parents de confier à un tiers la charge matérielle et l'éducation de l'enfant jusqu'à sa majorité. Ses effets sont ceux d'une délégation de l'autorité parentale. Elle ne peut être assimilée à une adoption. Voir à ce sujet la réponse de la ministre de la Justice à la question écrite d'un sénateur (Journal officiel, Sénat, 30 août 2007, question n° 293).

<sup>76</sup> *M. et M<sup>me</sup> Dra*, 24 mars 2004. Une autre décision identique du même jour, *Ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité c. M<sup>me</sup> Boulouida*, p. 139, affirme que l'administration a porté également atteinte au droit de l'enfant au respect de sa vie privée et familiale.

## 2. JURISPRUDENCE

### Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), Strasbourg

Arrêt du 15 décembre 2005 (Grande Chambre) – Requête n° 73797/01 – Michalakis Kyprianou c. Chypre

**Violation du principe « nul ne peut être juge en sa propre cause » / Cour d'assises déclare l'avocat de la défense coupable de contempt of court commis devant elle / Avocat immédiatement sanctionné d'une peine d'emprisonnement de 5 jours / Violation de la liberté d'expression / Kyprianou c. Chypre**

#### PROCÉDURE

(texte intégral)

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 73797/01) dirigée contre la République de Chypre et dont un ressortissant de cet Etat, M. Michalakis Kyprianou (« le requérant »), a saisi la Cour le 9 août 2001 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M<sup>es</sup> C. Clerides, L. Clerides, M. Triantafyllides, E. Efstathiou, A. Angelides et E. Vrahimi, avocats à Nicosie, et par M<sup>es</sup> B. Emerson, Q.C., et M. Muller, avocats au Royaume-Uni. Le gouvernement chypriote (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M. P. Clerides, procureur général adjoint de la République de Chypre.

3. Le requérant alléguait que son procès, sa condamnation et sa détention pour *contempt of court* (outrage au tribunal) avaient emporté violation de l'article 5 §§ 3, 4 et 5, de l'article 6 §§ 1, 2 et 3 a), b) et d), ainsi que des articles 7, 10 et 13 de la Convention.

4. La requête a été attribuée à la troisième section de la Cour (article 52 § 1 du règlement de la Cour). Au sein de

celle-ci a alors été constituée, conformément à l'article 26 § 1 du règlement, la chambre chargée d'en connaître (article 27 § 1 de la Convention).

5. Le 1<sup>er</sup> novembre 2001, la Cour a modifié la composition de ses sections (article 25 § 1 du règlement). La présente affaire est ainsi échue à la deuxième section telle que remaniée (article 52 § 1).

6. Le 7 mai 2002, la requête a été déclarée en partie irrecevable par une chambre de ladite section, composée des juges dont le nom suit : M. J.-P. Costa, M. A.B. Baka, M. Gaukur Jörundsson, M. L. Loucaides, M. C. Bîrsan, M. M. Ugrehelidze et M<sup>me</sup> A. Mularoni, ainsi que de M<sup>me</sup> S. Dollé, greffière de section.

7. Le 8 avril 2003, la requête a été déclarée recevable en ce qui concerne les griefs tirés de l'article 6 §§ 1, 2 et 3 a) et de l'article 10 par une chambre de ladite section, composée des juges dont le nom suit : M. J.-P. Costa, M. A.B. Baka, M. L. Loucaides, M. C. Bîrsan, M. K. Jungwiert, M. V. Butkevych et M<sup>me</sup> A. Mularoni, ainsi que de M<sup>me</sup> S. Dollé, greffière de section.

8. Le 27 janvier 2004, la même chambre a rendu un arrêt dans lequel elle concluait à l'unanimité à la violation de