

Institut Louis Favoreu  
Groupe d'Études et de Recherches  
comparées sur la Justice Constitutionnelle  
Équipe associée au CNRS (UMR 7318)  
Aix-en-Provence

**Annuaire  
International  
de Justice  
Constitutionnelle**

**XXXII**

**2016  
(extraits)**

**ECONOMICA**  
49, rue Héricart  
75015 Paris

**PRESSES UNIVERSITAIRES  
D'AIX-MARSEILLE**  
3, Avenue R. Schuman  
13628 Aix-en-Provence cedex 01

2017



TABLE RONDE  
MIGRATIONS INTERNATIONALES  
ET JUSTICE CONSTITUTIONNELLE

BELGIQUE

*par Matthieu LYS, Anne RASSON-ROLAND  
et Marc VERDUSSEN\**

I.- LES SOURCES ET LE CONTEXTE DE LA POLITIQUE MIGRATOIRE  
DES ÉTATS

La politique migratoire belge fait-elle l'objet de dispositions constitutionnelles ? Est-elle régie par le législateur ? Quel législateur ? Dans quelle mesure donne-t-elle lieu à une jurisprudence constitutionnelle ? On abordera successivement, et brièvement, ces différentes questions.

A.- Le Constituant et la politique migratoire

Trois dispositions de la Constitution belge concernent directement les personnes de nationalité étrangère : l'article 8 alinéas 2 et 3, l'article 10 alinéa 2, et l'article 191.

1.- *L'article 8, alinéas 3 et 4, de la Constitution*

En vertu de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution, les droits de vote et d'éligibilité sont, en principe, réservés aux seuls nationaux. Toutefois, une double dérogation est prévue par les alinéas 3 et 4, insérés dans cet article en 1998, mais elle ne concerne que les élections provinciales et communales<sup>1</sup>. Tout d'abord, les droits de vote et d'éligibilité peuvent être étendus par le législateur fédéral à tout ressortissant d'un État de l'Union européenne. L'extension opérée par le Constituant est expressément justifiée par la nécessité de se conformer aux obligations

---

\* Respectivement : assistant et doctorant à l'Université de Louvain (Centre de recherche sur l'État et la Constitution – CRECO). Il est également avocat au barreau de Bruxelles ; professeur à l'Université de Louvain (CRECO). Elle est également référendaire à la Cour constitutionnelle ; professeur ordinaire à l'Université de Louvain (CRECO). Il est également avocat *of counsel* au barreau de Bruxelles

1 V. B. RENAULD, « Le droit de vote des étrangers aux élections communales », *Journal des tribunaux*, 2006, p. 578-579.

internationales et supranationales de la Belgique. Ensuite, le droit de vote, et lui uniquement, peut être étendu par le législateur fédéral à tout étranger non ressortissant d'un État de l'Union européenne. Selon la section de législation du Conseil d'État, « tel qu'il est rédigé, l'alinéa 4 de l'article 8 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur scinde le droit de vote actif et le droit d'éligibilité »<sup>2</sup>.

Fort de ces deux habilitations, le législateur fédéral est intervenu à deux reprises, le 27 janvier 1999 et le 19 mars 2004. À cette occasion, la section de législation du Conseil d'État a posé la question de savoir s'il ne serait pas disproportionné d'imposer en toutes circonstances que l'étranger extracommunautaire soit contraint de justifier de l'éligibilité dans son État d'origine : « Si une telle exigence peut aisément se justifier à l'égard des ressortissants des autres États membres de l'Union européenne, elle peut paraître excessive à l'égard des personnes originaires d'États non-démocratiques », puisque « pourraient ainsi être empêchées de présenter leur candidature aux élections communales, par exemple, les personnes qui ont été privées de leur droit d'éligibilité dans leur pays d'origine pour des motifs ayant précisément justifié qu'elles aient reçu l'asile politique en Belgique »<sup>3</sup>.

## 2.- L'article 10 alinéa 2 de la Constitution

Selon l'article 10 alinéa 2 de la Constitution, seuls les Belges « sont admissibles aux emplois civils et militaires, sauf les exceptions qui peuvent être établies par une loi pour des cas particuliers »<sup>4</sup>. On ajoutera que, pour être nommé ministre au sein du Gouvernement fédéral, il faut aussi être Belge, en vertu de l'article 97 de la Constitution. Ces règles sont-elles compatibles avec l'article 45 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne qui consacre le principe de la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne tout en prévoyant que ce principe n'est pas applicable « aux emplois dans l'administration publique » ? Pour la Cour de justice de l'Union européenne, ces derniers sont les emplois « qui ont un rapport avec des activités spécifiques de l'administration publique en tant qu'elle est investie de l'exercice de la puissance publique et de la responsabilité de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État, auxquels doivent être assimilés les intérêts propres des collectivités publiques, telles que les administrations municipales »<sup>5</sup>. Cette jurisprudence européenne a été relayée par les juridictions internes<sup>6</sup>.

## 3.- L'article 191 de la Constitution<sup>7</sup>

L'article 191 de la Constitution accorde à tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique « la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les

2 Avis L. 36.118/VR du 27 novembre 2003 sur une proposition de loi visant à octroyer le droit de vote aux élections communales à des étrangers, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2003-2004, n° 3-13/6.

3 Avis L. 35.825/2 du 6 octobre 2003 sur une proposition de loi visant à octroyer le droit de vote et d'éligibilité aux élections communales et provinciales aux ressortissants étrangers, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2003-2004, n° 51-76/2.

4 Sur cette disposition, v. P. NIHOUL, « L'accès aux emplois publics », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique – Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, Bruxelles, Bruylant, 2011, vol. 2, p. 661-677.

5 CJUE, *Commission c/ Belgique*, aff. 149/79, 17 décembre 1980, point 12.

6 V. not. CE, arrêt *Orfinger*, n° 62.922, du 5 novembre 1996.

7 V. également *infra*, point III. 1.

exceptions établies par la loi »<sup>8</sup>. Par là, il leur permet de jouir, en principe, de tous les droits et libertés reconnus aux Belges. En d'autres termes, la qualité de Belge ou de ressortissant étranger ne peut normalement avoir aucun impact sur la jouissance des droits fondamentaux reconnus par la Constitution.

L'article 191 n'en assortit pas moins cette garantie de principe d'une possibilité de dérogation dans le chef du législateur<sup>9</sup>. Mais comment interpréter les mots « sauf les exceptions établies par la loi » ? Conférer un effet utile à l'article 191 supposerait que le législateur soit affranchi de toute limite matérielle quant aux exceptions qu'il adopte, notamment celles déduites des articles 10 et 11 de la Constitution, sièges du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. Cependant, un tel pouvoir discrétionnaire aboutirait inévitablement à méconnaître le droit international, et notamment les articles 1<sup>er</sup> et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme. Après avoir un temps semblé soutenir la position inverse<sup>10</sup>, la Cour constitutionnelle s'est vue contrainte d'effectuer un revirement de jurisprudence et, implicitement, de réécrire le texte constitutionnel en soumettant les distinctions de traitement fondées sur la nationalité aux exigences des règles constitutionnelles et internationales d'égalité et de non-discrimination. Elle a jugé ainsi que l'article 191 de la Constitution « n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il ne découle donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause »<sup>11</sup>.

Aujourd'hui, il est de jurisprudence constante que les seules distinctions de traitement admissibles entre Belges et étrangers<sup>12</sup> sont, en vertu des articles 10 et 11 de la Constitution, celles établies par le législateur entre des catégories de personnes comparables, pour autant que le traitement différencié poursuive un but légitime et que la distinction établie soit pertinente et proportionnée à cet objectif. Selon la Cour, l'article 191 « n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il ne découle donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle

8 Sur cette disposition, v. M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », in *Les droits constitutionnels en Belgique...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 607-634 ; S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 191 de la Constitution », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2006, p. 305-311.

9 V. égal., pour ce qui concerne les droits politiques, l'article 8 alinéas 2 à 4, de la Constitution (*supra*).

10 L'article 191 de la Constitution fut longtemps interprété comme n'étant rien de plus qu'une habilitation au législateur, relevant du pouvoir discrétionnaire de ce dernier, d'établir toute différence entre Belges et étrangers, pour autant qu'elle le soit par une loi formelle. Dans cette interprétation, l'article 191 faisait « écran » aux articles 10 et 11. V. B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Les droits constitutionnels en Belgique...*, *op. cit.*, vol. 2, p. 566 ; P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 291 et s.

11 CC, arrêt n° 106/2003 du 22 juillet 2003, B.5.4. Sur cet arrêt, v. P.-O. DE BROUX, « Observations », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, p. 50-57. Sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, v. égal. B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux de l'étranger », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *La Cour d'arbitrage, vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 122-128.

12 L'article 191 de la Constitution ne concerne que les différences de traitement entre les étrangers, ou certains étrangers, et les Belges, mais pas les différences de traitement entre catégories distinctes d'étrangers, qui tombent sous le coup des articles 10 et 11 de la Constitution. V. not. CC, arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.6.2.

que soit la nature des principes en cause »<sup>13</sup>. En fin de compte, le respect de la garantie constitutionnelle de l'égalité appelle un contrôle semblable, qu'il s'agisse de différences de traitement établies entre Belges, entre Belges et étrangers ou entre étrangers eux-mêmes, en principe<sup>14</sup>. Il peut en être conclu qu'en fin de compte, l'article 191 de la Constitution constitue une application particulière du principe d'égalité et de non-discrimination garanti aux articles 10 et 11 de la Constitution<sup>15</sup>.

Des exceptions sont donc permises. Elles concernent, par exemple, les possibilités pour un étranger de travailler en Belgique. À cet égard, les évolutions juridiques contemporaines<sup>16</sup>, loin d'admettre avec souplesse les distinctions de traitement sur base de l'origine nationale, tendent, au contraire, à limiter fortement la faculté de restreindre le bénéfice d'un droit ou d'une prestation sociale aux seuls nationaux et à délégitimer le recours à toute distinction suspecte<sup>17</sup>.

### B.- Le législateur et la politique migratoire

Pour l'essentiel, c'est à la loi qu'il revient de définir la politique migratoire. Cette réserve de compétence au profit du législateur repose en grande partie sur l'article 191 de la Constitution qui, on l'a souligné, dispose que seule « la loi » peut déroger au principe, posé par ce même article, de l'assimilation de l'étranger au Belge.

Une loi s'inscrit au cœur du dispositif législatif sur la politique migratoire : la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, modifiée à de nombreuses reprises.

Cependant, le mot « loi » doit ici être entendu comme visant, non pas seulement la loi fédérale, mais aussi les « décrets » et « ordonnances » qui, dans l'État fédéral belge, sont des normes législatives adoptées par les collectivités fédérées (régions et communautés). Comme l'a souligné la Cour constitutionnelle, « une différence de traitement qui défavorise un étranger ne peut être établie que par une norme législative »<sup>18</sup>. Est-ce à dire que les régions et communautés peuvent, sur la base de l'article 191 de la Constitution, régler n'importe quel aspect de la politique migratoire ? Il n'en est rien. Elles ne peuvent légiférer que dans les limites des compétences qui leur sont expressément attribuées, par la Constitution et par des lois dites « de réformes institutionnelles » prises en application de la Constitution. Dès le moment où une région ou une communauté agit dans le cadre d'une compétence propre, elle est donc autorisée à aménager des exceptions au principe constitutionnel d'égalité entre Belges et étrangers. Tel est l'état de la jurisprudence constitutionnelle<sup>19</sup>.

13 Parmi beaucoup d'autres, CC, arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010.

14 David Renders souhaitait, en 2000, « un seul et même principe d'égalité ; un seul et même principe pour le Belge et l'étranger », logé dans l'article 10 (D. RENDERS, « Le statut constitutionnel de l'étranger », *RBDC*, 2000, p. 197).

15 M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », *op. cit.*, p. 607. L'auteur nuance cependant ce constat aux pages 618 et suivantes de sa contribution, pointant une dimension répartitrice de compétence ainsi que l'exigence d'une loi formelle dans l'article 191 de la Constitution, caractéristiques que l'on ne retrouve pas au sein des articles 10 et 11 de la Constitution.

16 Pour une confirmation de ces évolutions en matière d'allocations aux personnes handicapées, v. N. BONBLED, P. JOASSART et M. LYS, « Nationalité et allocations aux personnes handicapées », *Chroniques de droit social – Sociaalrechtelijke Kronieken*, 2009.

17 V. M. VERDUSSEN, « L'égalité : One case at a time ? », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 239-246.

18 Not. CC, arrêt n° 37/2013, du 14 mars 2013, B.4.

19 Pour une discussion de cette jurisprudence, v. M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », *op. cit.*, p. 622-625.

À titre d'exemple, on relèvera que les communautés sont compétentes pour régler « la politique d'accueil et d'intégration des immigrés »<sup>20</sup>, tandis que les régions sont compétentes pour régler « l'occupation des travailleurs étrangers »<sup>21</sup>.

Dans l'arrêt n° 37/2013, la Cour constitutionnelle considère que les communautés, compétentes pour régler la matière de l'enseignement, peuvent établir une différence de traitement entre les étrangers qui séjournent légalement en Belgique et les étrangers qui séjournent illégalement en Belgique et notamment d'exclure de l'inscription dans l'enseignement pour adultes les personnes qui séjournent illégalement sur le territoire de la Belgique<sup>22</sup>.

### C.- La Cour constitutionnelle et la politique migratoire

La Cour constitutionnelle est compétente pour statuer sur les recours en annulation et les questions préjudicielles fondés sur la violation de la Constitution, ou de certaines lois prises en vertu de la Constitution, par toute norme législative qui toucherait à la politique migratoire. Le plus souvent, la Cour est invitée à se prononcer sur la compatibilité de la norme attaquée ou questionnée au regard de la prescription des articles 10, 11 et 191 de la Constitution. Son rôle est fondamental : « Même si la Cour laisse une marge de manœuvre au législateur en la matière, même si son contrôle de proportionnalité est parfois tributaire d'une définition un peu trop large de l'objectif poursuivi par le législateur, il reste que, au travers de son attention portée au respect des normes constitutionnelles, la Cour peut influencer, dans une certaine mesure, la politique du législateur en la matière »<sup>23</sup>.

Régulièrement, la Cour constitutionnelle est saisie de recours en annulation introduits par des associations dont l'objet social est la protection des droits fondamentaux en général (Amnesty International, Ligue des droits de l'homme, Syndicat des avocats pour la démocratie, Défense des enfants internationale, etc.), la lutte contre le racisme (Mouvement contre le racisme, l'antisémitisme et la xénophobie...) ou la protection des personnes de nationalité étrangère en particulier (Association pour le droit des étrangers, Coordination et initiatives pour et avec les réfugiés et les étrangers...). Ces recours collectifs sont capitaux. Lorsqu'ils sont joints à des recours individuels, ils contribuent à donner plus de poids à des demandes qui, réduites à l'intérêt d'une personne, peuvent paraître dictées par des particularismes égoïstes. Lorsqu'ils suppléent à l'absence de recours individuels, ils permettent de garantir les droits « de personnes qui, isolément, n'auraient pas les ressources d'en rechercher la protection en justice, ou bien qui n'auraient pas un incitant suffisant à le faire »<sup>24</sup>.

20 Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, art. 5, § 1<sup>er</sup>, II, 3°. V. not. S. GANTY et X. DELGRANGE, « Heurs et malheurs des parcours d'accueil et d'intégration des étrangers en Belgique », *Revue du droit des étrangers*, 2016, p. 511-528.

21 Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, art. 6, § 1<sup>er</sup>, IX, 3°, alinéa 1<sup>er</sup> (qui précise : « à l'exception des normes relatives au permis de travail délivré en fonction de la situation particulière de séjour des personnes concernées et aux dispenses de cartes professionnelles liées à la situation particulière de séjour des personnes concernées »).

22 CC, arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.12.2.

23 M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », *op. cit.*, p. 632-633.

24 O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 675. V. M. VERDUSSEN, « Le secteur associatif devant la Cour constitutionnelle », in *D'urbanisme et d'environnement – Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 1089 : « Comment ne pas voir, au surplus, que les recours collectifs d'associations sont une manière de juguler le mouvement d'individualisation qui traverse nos systèmes politiques. En focalisant la démocratie sur les droits individuels, ce mouvement conduit à une atomisation de la société et à un affaiblissement de la cohésion sociale. [...] Marcel Gauchet tire de cette "poussée de la singularité juridique" une obligation de "repenser la synthèse de l'indépendance des personnes et de l'autonomie collective". »

Il arrive que la Cour constitutionnelle ait à préciser ou à affiner le partage des pouvoirs entre le niveau fédéral et les niveaux régional et communautaire. Par exemple, s'agissant de la compétence des régions de régler l'occupation des travailleurs étrangers<sup>25</sup>, la Cour constitutionnelle a souligné, se fondant sur les travaux préparatoires, qu'« il s'agit exclusivement d'une compétence d'exécution », le législateur fédéral demeurant « compétent pour fixer les normes concernant l'occupation des travailleurs étrangers » et notamment « pour déterminer les conditions d'occupation de personnes de nationalité étrangère en Belgique »<sup>26</sup>. Et la Cour de préciser que « parmi ces conditions, il peut viser les circonstances de l'entrée de l'étranger sur le territoire, et notamment exiger, si l'étranger est entré en vue d'y être occupé, que son employeur soit en possession d'une autorisation d'occupation »<sup>27</sup>.

Dans l'exercice de sa mission, la Cour constitutionnelle met en œuvre des méthodes, tantôt combinatoire, tantôt conciliatoire, qui intègrent le droit de l'Union européenne dans son contrôle, par la médiation des normes qui font partie du bloc de constitutionnalité<sup>28</sup>. Elle a recouru à ces méthodes dans le cadre d'affaires relatives à la politique migratoire<sup>29</sup>. En se référant ainsi à des normes européennes, elle peut être amenée à saisir la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle en interprétation<sup>30</sup>. La Cour constitutionnelle fait également une application combinatoire ou conciliatoire des traités internationaux en matière de droits fondamentaux. On en trouve plusieurs exemples dans le domaine de la politique migratoire<sup>31</sup>.

Par ailleurs, lorsqu'un recours en annulation est dirigé contre une norme législative qui transpose un acte de droit communautaire dérivé ou qu'une question préjudicielle est posée à propos de la constitutionnalité d'une telle norme, la Cour constitutionnelle ne peut sanctionner directement la norme de transposition, car elle condamnerait indirectement la norme européenne transposée, ce que normalement seule la Cour de justice de l'Union européenne peut faire. Toutefois, la Cour

---

Les recours collectifs de ces groupements intermédiaires que sont les associations ne contribuent-ils pas précisément à renouveler cette articulation entre l'individuel et le collectif ? Ne participent-ils pas à l'entreprise de refondation du lien social ? Cela suppose que les associations puissent agir, non pas uniquement dans l'intérêt personnel de tout ou partie de leurs membres, mais dans le but de protéger des valeurs collectives, celles-là mêmes qui ont inspiré la définition de leur objet social ».

25 V. *supra*.

26 CC, arrêt n° 40/2001, du 29 mars 2001, B.8.

27 *Id.*

28 Sur ces méthodes, v. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 130-131 et 135-138.

29 V. not., CC, arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.6.9 (plusieurs moyens d'annulation pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial).

30 V. CC, arrêt n° 12/2008 du 14 février 2008 ; CJUE, 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, aff. C-73/08 ; CC, arrêt n° 89/2011 du 31 mai 2011.

31 V. not. CC, arrêt n° 106/2013 du 18 juillet 2013 (recours en annulation contre des dispositions législatives relatives au statut des mineurs étrangers non accompagnés, présents sur le territoire belge en l'absence de parents ou de tuteur, qui invite la Cour à se référer à la Convention européenne des droits de l'homme, à la Convention relative aux droits de l'enfant et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques) ; CC, arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013 (recours en annulation contre des dispositions législatives relatives à la détention d'enfants en centres fermés, que la Cour examine en se référant à de nombreux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme). Sur l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle, v. M. VERDUSSEN, « The Belgian Experience of Rights-based Review : Has the Constitutional Court Become a Body Subordinated to the European Court of Human Rights ? », in J. BELL et M.-L. PARIS (eds), *Rights-Based Constitutional Review – Constitutional Courts in A Changing Landscape*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 346-373.

constitutionnelle peut, et même parfois doit, emprunter une autre voie : transformer le conflit entre la norme législative et la Constitution en un conflit entre la directive et le droit primaire. En effet, les droits fondamentaux reconnus par la Constitution belge sont généralement consacrés de manière similaire ou analogue au niveau supranational et notamment par les dispositions applicables au niveau européen – telles la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, subsidiairement, la Convention européenne des droits de l'homme –, de telle sorte que la juridiction constitutionnelle est alors en mesure d'interroger la juridiction européenne sur la validité dans l'ordre juridique de l'Union européenne de la directive européenne litigieuse. Cela diminue d'autant le risque que la Cour constitutionnelle mette la Belgique en difficulté avec l'Union européenne. À plusieurs reprises, la Cour constitutionnelle a adressé à la Cour de justice des questions préjudicielles portant sur la validité de directives européennes, mais aucune à ce jour relative à la politique migratoire.

## II.- LES DROITS FONDAMENTAUX DU MIGRANT RÉSIDENT LORS DE L'ENTRÉE ET DE LA SORTIE DU TERRITOIRE

À la différence de certains textes constitutionnels d'États européens, et hormis les trois dispositions constitutionnelles citées ci-avant, la Constitution belge n'intervient pas directement dans la définition et la mise en œuvre de la politique migratoire. C'est ainsi qu'on n'y trouve aucune disposition relative à l'entrée sur le territoire, ni à la sortie du territoire. Quant à la Cour constitutionnelle, elle n'a pas eu à se prononcer très souvent sur ces aspects de la politique migratoire, la jurisprudence constitutionnelle étant beaucoup plus nourrie sur la question des droits fondamentaux du migrant résident après son entrée sur le territoire<sup>32</sup>.

### A.- L'entrée sur le territoire

L'entrée du migrant sur le territoire belge a donné lieu à plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle, qui n'offrent pas tous le même intérêt ni la même actualité<sup>33</sup>.

On se base ici sur les questions posées dans la grille d'analyse soumise aux rapporteurs.

*Des quotas migratoires ont-ils été instaurés et, si oui, le juge constitutionnel s'est-il prononcé sur la constitutionnalité de tels quotas ?* À l'échelle européenne, les initiatives prises par certains États pour mener une politique de quotas obligatoires se sont heurtées à la résistance de plusieurs États membres. En Belgique, aucun quota migratoire n'a été prévu. En revanche, des traitements différents ont été imposés selon que le demandeur d'asile vient ou non d'un pays considéré comme « sûr » et la Cour constitutionnelle a eu à en connaître<sup>34</sup>.

*Le juge constitutionnel a-t-il été saisi de problématiques liées au contrôle aux frontières ?* Il n'existe pas de jurisprudence constitutionnelle sur cette question.

*Quelles sont les normes constitutionnelles appliquées en matière d'attribution de visas et d'autorisations de séjour ?* La Constitution ne contient sur ce point aucune disposition spécifique. Les recours en annulation et les questions préjudicielles dont la Cour constitutionnelle a eu à connaître sur cette problématique se référaient, pour l'essentiel, au principe d'égalité et de non-discrimination des articles 10 et 11 de la Constitution, combiné ou non avec des droits fondamentaux

32 V. *infra*.

33 Sur les sanctions applicables aux transporteurs aériens ou maritimes, v. CC, arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003.

34 V. *infra*, IV.

reconnus au niveau international. La Cour a ainsi été amenée à se prononcer sur d'éventuelles discriminations entre des catégories distinctes de migrants demandeurs d'une autorisation de séjour. On retient deux exemples.

Le premier exemple est tiré d'un arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 19 juillet 2005<sup>35</sup>. En Belgique comme dans de nombreux États, un étranger ne peut pénétrer sur le territoire que s'il est en possession des documents requis : soit une carte d'identité ou un passeport délivré par les autorités de l'État dont l'étranger est le ressortissant, soit un visa d'entrée obtenu auprès du poste diplomatique ou consulaire belge du lieu de la résidence de l'étranger. L'étranger peut alors séjourner en Belgique pour un terme de trois mois en principe. S'il veut effectuer un séjour plus long, il est soumis à une réglementation différente selon qu'il est un étranger « ordinaire » ou un étranger pouvant séjourner en Belgique « de plein droit ». L'affaire soumise à la Cour constitutionnelle concerne un ressortissant guinéen, admis à séjourner pour une durée illimitée sur le territoire, qui fait venir auprès de lui son fils mineur atteint d'une pathologie grave alors même que les démarches nécessaires à l'entrée de l'enfant en Belgique n'ont pas été effectuées dans son pays d'origine. L'enfant est admis « de plein droit » en Belgique, en vertu de l'article 10, 4°, de la loi précitée du 15 décembre 1989, qui autorise « de plein droit » le séjour de plus de trois mois du conjoint âgé de plus de dix-huit ans d'un étranger, lui-même âgé de plus de dix-huit ans, admis ou autorisé à séjourner dans le Royaume ou à s'y établir, de même que le séjour de ses enfants de moins de dix-huit ans. Tandis que l'enfant se trouve donc déjà en Belgique, le père demande que son fils soit autorisé à séjourner plus de trois mois. Il se voit opposer un refus au motif que la demande n'est pas appuyée de documents d'entrée. L'enfant se voit alors délivrer un ordre de reconduite à la frontière. Une demande de suspension est introduite au Conseil d'État qui interroge la Cour constitutionnelle, à titre préjudiciel, sur l'existence d'une discrimination entre les étrangers « ordinaires » qui peuvent, s'il existe des « circonstances exceptionnelles », formuler une demande de séjour alors que l'étranger se trouve déjà sur le territoire belge, alors que les étrangers « de plein droit » ne disposent pas d'un tel droit. Dans son arrêt, la Cour conclut à l'existence d'une discrimination. Selon elle, étant donné que les étrangers qui ne sont pas admis de plein droit à un séjour de plus de trois mois peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, demander l'autorisation de séjourner plus longtemps en Belgique, « il n'est pas raisonnablement justifié que le législateur n'ait pas prévu cette même possibilité pour l'étranger qui se trouve dans des circonstances exceptionnelles d'ordre médical qui l'empêchent de retourner dans son pays pour demander les documents requis pour son entrée auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent »<sup>36</sup>.

Le second exemple est relatif à la procédure dite de « protection subsidiaire », qui concerne les personnes ne pouvant prétendre au statut de réfugié mais qui, pour d'autres raisons que celles qui sont énumérées par la Convention internationale relative au statut des réfugiés, ont besoin d'une protection internationale contre le risque d'être victimes d'une « atteinte grave » que constituent, entre autres, les traitements inhumains et dégradants. Deux procédures distinctes sont organisées par le législateur fédéral. Une première procédure, prévue par l'article 9<sup>ter</sup> de la loi précitée du 15 décembre 1980, concerne l'étranger « qui souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique », spécialement « lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou le pays où il séjourne ». Une seconde procédure, prévue par l'article 84/4 de la

35 CC, arrêt n° 133/2005 du 19 juillet 2005.

36 B.5.5.

même loi, concerne l'étranger à l'égard « duquel il y a de sérieux motifs de croire que, s'il était renvoyé dans son pays d'origine, ou, dans le cas d'un apatride, dans le pays où il avait sa résidence habituelle, il encourrait un risque réel de subir des atteintes graves, telles que la peine de mort, la torture ou des menaces graves contre sa vie, en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé ». Dans un arrêt rendu le 26 juin 2008<sup>37</sup>, la Cour constitutionnelle a considéré qu'en soi, « la différence de traitement n'est pas dépourvue de justification raisonnable »<sup>38</sup>. Elle relève notamment que le sort différent réservé aux étrangers visés par l'article 9<sup>ter</sup> est justifié « par la nature de l'examen auquel il doit être procédé et qui est défini dans les travaux préparatoires comme étant "objectif" car basé sur des constats médicaux », étant précisé qu'« il est tenu compte, dans le cadre de l'examen de ces demandes, non seulement de l'état de santé du demandeur mais également du caractère adéquat du traitement médical dans le pays d'origine ou dans le pays où il séjourne »<sup>39</sup>. Par ailleurs, selon la Cour, « la règle prévue par l'article 9<sup>ter</sup> offre suffisamment de garanties aux demandeurs d'une autorisation de séjour ».

Toutefois, dans un arrêt ultérieur<sup>40</sup>, la Cour constitutionnelle, saisie d'une question préjudicielle posée par le Conseil du contentieux des étrangers, a considéré qu'« en imposant aux demandeurs de protection subsidiaire qui invoquent une maladie grave une condition de recevabilité qui n'est pas imposée aux autres demandeurs de protection subsidiaire, alors même que ces derniers ne peuvent se prévaloir d'éléments objectifs aussi aisément vérifiables que les motivations d'ordre médical, l'article 9<sup>ter</sup> crée une différence de traitement entre ces deux catégories de demandeurs »<sup>41</sup>. La condition imposée est la production d'un document d'identité, les demandeurs d'une protection subsidiaire invoquant leur état de santé ne pouvant démontrer leur identité et leur nationalité d'une autre manière.

Nous reviendrons dans la partie III sur la question de l'égalité entre les différentes catégories d'étrangers.

*Le juge constitutionnel s'est-il prononcé sur la constitutionnalité du placement des migrants (zone d'attente, centre fermé, centre de détention...) ?* Parmi d'autres, un arrêt, rendu le 19 décembre 2013, mérite d'être retenu<sup>42</sup>.

En 2012, la Cour constitutionnelle est saisie d'un recours en annulation contre l'article 2 de la loi du 16 novembre 2011 insérant un article 74/9 au titre III<sup>ter</sup> de la loi précitée du 15 décembre 1980. Plusieurs griefs sont dirigés contre ce nouvel article qui règle les conditions dans lesquelles une famille avec enfants mineurs ayant pénétré irrégulièrement sur le territoire national peut être placée dans un centre fermé. Dans le premier moyen, les requérants lui reprochent de violer les articles 10, 11, 12, alinéas 1<sup>er</sup> et 2, et 191 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 9, paragraphe 1<sup>er</sup>, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et avec l'article 5.1 de la Convention européenne des droits de l'homme, en ce que la disposition attaquée permet l'enfermement d'enfants mineurs. Se fondant sur le droit à la liberté de l'article 5 de la Convention européenne et sur la jurisprudence de la Cour européenne relative aux exceptions à ce droit, la Cour constitutionnelle relève que, dans les travaux préparatoires, il a été précisé que la loi instaure le principe de l'interdiction de détention d'enfants mineurs, mais autorise dans des circonstances exceptionnelles la détention de familles avec enfants mineurs

37 CC, arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008.

38 B.15.

39 B.13.

40 CC, arrêt n° 193/2009 du 26 novembre 2009.

41 B.6.

42 CC, arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013.

durant une période la plus courte possible dans un environnement adapté. Les travaux préparatoires précisent par ailleurs que les lieux de résidence attribués sont des lieux où chaque membre de la famille pourra quotidiennement quitter le lieu d'hébergement sans autorisation préalable et que la possibilité de priver les parents de leur liberté, en cas de non-respect des conditions prévues dans la convention, doit être mise en œuvre sans que les enfants mineurs en subissent les conséquences. Dans son arrêt, rendu le 19 décembre 2013, la Cour constitutionnelle recourt à la méthode de l'arrêt de rejet sous réserve d'interprétation<sup>43</sup>. Deux réserves sont émises. D'une part, « les enfants mineurs d'une famille qui se trouve dans de telles circonstances ne peuvent se voir appliquer le même régime de maintien que les parents »<sup>44</sup>. D'autre part, une famille avec enfant mineur ne peut être placée dans un centre fermé « que si celui-ci est adapté aux besoins des familles avec enfants mineurs »<sup>45</sup>. Et la Cour de préciser que l'équipement d'un tel lieu doit, plus précisément, satisfaire aux exigences de l'article 17 de la directive 2008/115/CE<sup>46</sup>. La Cour conclut que, dans cette interprétation, la disposition attaquée n'autorise pas une privation de liberté illicite. D'autres moyens ont été soulevés par les requérants, fondés, non plus sur le droit à la liberté, mais sur d'autres droits fondamentaux (droit de l'enfant au respect de son intégrité, droit à la dignité humaine, droit au respect de la vie privée et familiale...). La Cour les a rejetés en recourant aux mêmes réserves d'interprétation.

### C.- La sortie du territoire

Dans quelles conditions un migrant peut-il être renvoyé ? Quels sont ses droits ? Peut-il exercer un recours dénonçant les conditions dans lesquelles le renvoi s'est déroulé ? La juridiction constitutionnelle s'est-elle prononcée sur ces questions ?

Saisie de recours en annulation dirigés contre des dispositions législatives modifiant la loi précitée du 15 décembre 1980, la Cour constitutionnelle relève qu'en vertu d'une de ces dispositions, l'étranger admis à séjourner en Belgique pour un court séjour peut faire l'objet d'un ordre de quitter le territoire si, « par son comportement, il est considéré comme *pouvant compromettre* l'ordre public ou la sécurité nationale »<sup>47</sup>. Par contre, en vertu d'une autre disposition de la loi, l'étranger admis à séjourner pour plus de trois mois ne peut être renvoyé que s'il « *a porté atteinte* à l'ordre public ou à la sécurité nationale »<sup>48</sup>. Quant à l'étranger établi en Belgique, il ne peut être expulsé que s'il a « *gravement porté atteinte* à l'ordre public ou

43 V. M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, op. cit., p. 243-244.

44 B.8.4.

45 *Id.*

46 L'article 17 de la directive 2008/115/CE est rédigé en ces termes :

« Rétention des mineurs et des familles

1. Les mineurs non accompagnés et les familles comportant des mineurs ne sont placés en rétention qu'en dernier ressort et pour la période appropriée la plus brève possible.

2. Les familles placées en rétention dans l'attente d'un éloignement disposent d'un lieu d'hébergement séparé qui leur garantit une intimité adéquate.

3. Les mineurs placés en rétention ont la possibilité de pratiquer des activités de loisirs, y compris des jeux et des activités récréatives adaptés à leur âge, et ont, en fonction de la durée de leur séjour, accès à l'éducation.

4. Les mineurs non accompagnés bénéficient, dans la mesure du possible, d'un hébergement dans des institutions disposant d'un personnel et d'installations adaptés aux besoins des personnes de leur âge.

5. L'intérêt supérieur de l'enfant constitue une considération primordiale dans le cadre de la rétention de mineurs dans l'attente d'un éloignement ».

47 C'est nous qui soulignons.

48 C'est nous qui soulignons.

à la sécurité nationale »<sup>49</sup>. Les requérants dénoncent une différence de traitement entre étrangers, seuls ceux admis au court séjour pouvant être contraints de quitter le territoire en l'absence d'une atteinte effective à l'ordre public ou à la sécurité nationale. Selon la Cour<sup>50</sup>, cette différence de traitement « n'apparaît pas manifestement déraisonnable », le législateur ayant pu considérer qu'« en ce qui concerne les étrangers en court séjour visés par la disposition en cause, leur moins grand degré d'intégration dans la communauté nationale par rapport à celui des étrangers en séjour plus long pouvait justifier la mesure critiquée ».

La question de la sortie du territoire est aussi traitée en filigranes dans les développements qui suivent.

### III. LES DROITS FONDAMENTAUX DU MIGRANT RÉSIDENT

Nous nous centrons sur trois questions : égalité, droit à la vie privée et familiale, droit aux prestations sociales. La question des droits politiques du migrant résident a déjà été traitée dans le cadre de la première partie<sup>51</sup>.

Nous envisageons également la catégorie des migrants résidant illégalement sur le territoire, et non uniquement le cas de l'étranger en séjour régulier, limité ou illimité.

#### A.- Le principe d'égalité entre nationaux et étrangers et les différentes catégories de migrants<sup>52</sup>

Le « droit des étrangers » est constitué d'un ensemble de mesures visant à restreindre et à contrôler l'entrée des étrangers sur le territoire national. Il s'agit d'un ensemble de normes très spécifiques, attribut de la souveraineté nationale<sup>53</sup>, qui s'appliquent à une catégorie limitée de personnes : les étrangers.

Le droit des étrangers a ceci de particulier qu'il est, par bien des égards, un droit d'exception, voire, pour reprendre l'expression de François Julien-Laferrière, « un droit d'inégalités, voire de discriminations »<sup>54</sup>. Il crée *de facto* un nombre important de différences de traitement en défaveur des étrangers. Le droit des étrangers limite en effet pour de nombreuses catégories de « non-nationaux » les droits auxquels ils peuvent prétendre.

La violation du principe d'égalité et de non-discrimination est dès lors fréquemment invoquée devant la Cour constitutionnelle dans le contentieux constitutionnel de la migration<sup>55</sup>.

49 C'est nous qui soulignons.

50 CC, arrêt n° 43/1998 du 22 avril 1998.

51 V. *supra*, « I.1. Le Constituant et la politique migratoire ».

52 Cette partie de notre rapport est largement inspirée de l'article suivant, dont elle constitue une synthèse : M. LYS et B. RENAULD, « Le principe constitutionnel d'égalité et les étrangers : du critère de la nationalité à celui du droit de séjour », *Revue belge de droit constitutionnel*, 2013, p. 199-228.

53 J.-F. FLAUSS, « L'étranger, entre souveraineté nationale et droits de l'homme. Les principes en droit international », in J.-Y. CARLIER (dir.), *L'étranger face au droit*, XX<sup>e</sup> Journée d'études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 45.

54 F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « Droit des étrangers et principe d'égalité », in *L'étranger face au droit*, *op. cit.*, p. 247 : « les étrangers constituent une catégorie juridique, soumise à un régime juridique spécifique, le droit des étrangers ».

55 Pour une analyse de l'application du principe d'égalité aux étrangers par la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence, v. J. HARDY, « Les "situations migratoires" comme "critères suspects de différenciation" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit des étrangers*, 2012, p. 483-491.

Lorsque le législateur établit une différence de traitement entre deux catégories de personnes, il utilise bien évidemment un critère particulier de différenciation. Lorsqu'on analyse l'application du principe constitutionnel de l'égalité aux étrangers, on se rend compte que les critères de différenciation utilisés par le législateur sont extrêmement variés. Si le critère de la nationalité est évidemment utilisé, d'autres distinctions de traitement, plus subtiles, se font jour au détriment de certaines catégories d'étrangers résidents, en séjour régulier ou irrégulier : différence de traitement basée sur l'inscription dans tel ou tel registre, basée sur la durée de résidence sur le territoire, etc. Au sein de la catégorie « étranger », certains sont traités, pour certaines matières, à l'égal des Belges, d'autres pas. À cet égard, la possession d'un droit de séjour régulier apparaît comme la première circonstance justifiant de nombreuses différences de traitement. En outre, même au sein de la catégorie des étrangers en séjour régulier, des différences de traitement se font jour suivant le type de séjour dont bénéficie l'étranger. Enfin, à l'occasion de la réforme du droit au regroupement familial, slalomant entre les règles régissant le champ d'application du droit européen, le législateur belge a été jusqu'à créer des discriminations « à rebours » validées par la Cour constitutionnelle.

Nous subdivisons dès lors la présente section en différentes parties : les différences de traitement basées sur la nationalité (1.) ; les différences de traitement basées sur la possession d'un titre de séjour (2.) ; le cas particulier des discriminations à rebours (3.).

La catégorie spécifique des demandeurs d'asile et réfugiés reconnus fera l'objet d'une quatrième partie dans le présent article, même si elle sera déjà évoquée dans certains développements de la troisième partie.

Avant d'entamer notre analyse, une remarque préliminaire s'impose. Le principe d'égalité et de non-discrimination n'est pas un droit fondamental comme les autres. Il est par essence lié à d'autres droits et n'a pas réellement d'existence « en soi ». Il s'agit d'un principe transversal. Dès lors, dans cette partie consacrée à l'application du principe d'égalité, nous traiterons de questions que nous aurions pu placer à d'autres endroits du présent rapport, parce qu'elles concernent également d'autres droits fondamentaux des étrangers, comme par exemple le droit au respect de la vie familiale et le droit à certaines prestations sociales.

### 1.- Les différences de traitement fondées sur la nationalité

L'article 191 de la Constitution dispose que « tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi »<sup>56</sup>.

Lorsque la Cour constitutionnelle contrôle le respect du principe d'égalité, il apparaît que l'utilisation de la nationalité comme critère de différenciation amène la Cour à un contrôle relativement strict. À l'instar d'une jurisprudence bien connue de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>57</sup>, la Cour rappelle, dans un arrêt rendu à l'occasion d'un décret établissant des droits d'inscription complémentaire pour les étudiants étrangers, que « [l]e recours à un critère basé sur la nationalité dans un

56 Pour une analyse approfondie de la portée de cette disposition, voyez M. LYS, « Les droits constitutionnels des étrangers », *op. cit.*, p. 607-634.

57 V. CEDH, 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, § 42 ; 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, § 46, qui affirme de manière constante que « seules des considérations très fortes peuvent [l']amener [...] à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité ».

domaine qui est lié aux droits et libertés mérite une attention particulière du juge constitutionnel »<sup>58</sup>.

Par ailleurs, à l'instar de la Cour de Justice de l'Union européenne, la Cour constitutionnelle belge se montre très attentive à l'examen des différences de traitement établies à l'encontre des citoyens européens, qu'elle examine à l'aune de l'intégration de l'Union européenne, des libertés fondamentales de circulation dans l'Union, et de l'interdiction de la discrimination proclamée par les traités européens<sup>59</sup>.

En droit international des droits de l'homme, l'interdiction de la nationalité est « pratiquement assimilée à une discrimination fondée sur l'origine ethnique ou sur la race, elle semble condamner toute différence de traitement fondée sur le critère de la nationalité sauf dans le domaine restreint des droits politiques »<sup>60</sup>. Il semble donc logique que la Cour constitutionnelle emboîte le pas.

Cependant, il faut immédiatement nuancer notre propos. Nous le verrons ci-dessous, mais les différences de traitement établies au détriment de certaines catégories d'étrangers sont bien plus fréquemment basées sur la possession de tel ou tel type de titre de séjour, que sur la possession de la nationalité belge. La Cour constitutionnelle fait montre, sur ce point, de bien plus de déférence à l'égard de la politique migratoire mise en œuvre par le législateur, et effectue un contrôle moins strict des différences de traitement établies entre étrangers ou entre nationaux et étrangers sur base d'un autre critère que celui de la nationalité. Ainsi, nous verrons, par exemple, qu'en matière de prestations sociales, c'est bien davantage le critère de la possession d'un titre de séjour plus ou moins « fort » qui conditionne l'accès aux différentes aides sociales, la Cour reconnaissant à cet égard une large marge de manœuvre au législateur<sup>61</sup>.

Dans le même ordre d'idées, c'est aujourd'hui le critère de l'inscription au registre de la population qui, au niveau du droit social, est utilisé tant par le législateur que par la Cour constitutionnelle comme baromètre d'acceptation d'une différence de traitement<sup>62</sup>, différence admise par la Cour constitutionnelle compte tenu, d'une part, du caractère non contributif de l'allocation en cause et, d'autre part, du choix du législateur d'opérer, en la matière, une extension progressive des catégories d'étrangers bénéficiaires de cette allocation. La Cour juge qu'il existe des considérations très fortes qui permettent de justifier que les étrangers non privilégiés<sup>63</sup> ne soient admis au bénéfice de cette allocation que s'ils remplissent une condition supplémentaire non exigée des Belges.

58 CC, arrêt n° 62/98 du 4 juin 1998, B.7.1.

59 V. notamment CC, arrêts n° 12/2008 du 14 février 2008, 16/2009 du 5 février 2009, 50/2011 du 6 avril 2011, 89/2011 du 31 mai 2011. Nous verrons ci-dessous que la Cour constitutionnelle n'a pas fait preuve de la même attitude en admettant sans sourciller l'établissement d'une discrimination à rebours (au détriment des Belges eux-mêmes par rapport aux autres citoyens européens) en matière de regroupement familial.

60 O. DE SCHUTTER, « Interdiction de discriminer envers les étrangers et obligation d'intégration par le droit », in J. RINGELHEIM (dir.), *Le droit et la diversité culturelle*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 393.

61 V., par exemple, CC, arrêt n° 75/2003 du 28 mai 2003.

62 Ce qui conduit certains auteurs à se demander pourquoi les étrangers demandent encore la nationalité belge, observant que « les différences en matière de droit du travail et de droit de la sécurité sociale, par exemple, ont à peu près disparu » : D. DE JONGHE et M. DOUTREPONT, « Le code de la nationalité belge, version 2013 », *JT*, 2013, p. 357.

63 Sur cette notion, v. *infra*.

## 2.- Les différences de traitement fondées sur la possession d'un titre de séjour

### a) Le principe d'égalité et le contrôle de proportionnalité<sup>64</sup>

La question de savoir si les différences de traitement établies au détriment des étrangers en séjour irrégulier sont de véritables discriminations, est très délicate. En effet, s'il n'est pas contestable que les articles 10 et 11 de la Constitution sont applicables au contentieux des étrangers, même lorsqu'une loi établit une différence de traitement entre Belges et étrangers comme l'y autorise l'article 191 de la Constitution<sup>65</sup>, il reste que c'est le statut de séjour qui détermine l'accès à de nombreux droits, entre autres à certains droits fondamentaux. On le verra, depuis toujours, dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, l'irrégularité du séjour demeure « un critère important pour limiter certains droits des étrangers »<sup>66</sup>. Or, l'octroi des statuts de séjour dépend de la politique d'immigration mise en œuvre par le législateur. À cet égard, force est de constater que, dans sa jurisprudence, la Cour laisse au législateur une grande latitude dans les choix qu'il opère en matière de reconnaissance de droits matériels aux étrangers en séjour irrégulier.

Il n'est pas possible de traiter, dans le cadre de notre contribution, l'ensemble de l'analyse, par la Cour constitutionnelle, du principe d'égalité dans le contentieux migratoire. En outre, les parties III.2 et III.3 ci-dessous fourniront également d'autres exemples du contrôle par la Cour du principe d'égalité combiné à tel ou tel droit fondamental. Nous nous contenterons, dans le cadre de cette partie, de pointer la particularité du contentieux migratoire devant la Cour constitutionnelle.

On vient de le voir : le statut constitutionnel de l'étranger, en Belgique, est exprimé au travers d'une égalité de principe dans la reconnaissance des droits entre les nationaux et les étrangers. Le contrôle du respect des droits fondamentaux des étrangers est, en droit belge, souvent basé sur le contrôle du respect du principe d'égalité dans la reconnaissance des droits fondamentaux. Au cœur du contrôle de la Cour constitutionnelle, figure bien évidemment le principe de proportionnalité.

Or, le principe d'égalité est un principe en soi vide de contenu<sup>67</sup>. Ce constat prend toute son ampleur quand on confronte ce principe aux situations migratoires. Et le contrôle du respect des droits fondamentaux de l'étranger, basé sur les principes d'égalité et de proportionnalité, devient, dans de nombreux cas, assez peu effectif.

Le test de proportionnalité est généralement défini comme l'exigence d'un rapport raisonnable d'adéquation entre une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental et l'objectif légitime qu'elle poursuit<sup>68</sup>. Ce test de proportionnalité se

64 Cette partie est pour l'essentiel une reprise de la communication qui avait été faite par M. LYS lors du IX<sup>e</sup> Congrès Mondial de droit constitutionnel qui a eu lieu à Oslo du 16 au 20 juin 2014 organisé autour du thème « Défis constitutionnels : Globaux et locaux », qui s'intitulait « Droits fondamentaux de la personne migrante : les limites et les spécificités du contrôle de proportionnalité dans le droit constitutionnel des étrangers. L'exemple de la Belgique ».

65 CC, arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994.

66 J.-Y. CARLIER et D. VANHEULE, « Les limites de l'égalité. L'arrêt n° 61/94 de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 1994 », observations sous CC, arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, *R.D.D.E.*, 1994, p. 579.

67 Sur la spécificité du principe d'égalité comme « vide » de contenu propre, v. P. WESTEN, « The empty idea of equality », *Harvard Law Review*, vol. 95, n° 3, 1982, p. 537-596.

68 Pour des études complètes sur le principe de proportionnalité, v. e.a. : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; K. MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2012 ; M. KLATT et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, 2012 ; XXV<sup>e</sup> Table ronde internationale de justice constitutionnelle, *Le juge constitutionnel et la proportionnalité*, Aix-en-Provence, 4-5 septembre 2009, *AIJC*, XXV-2009 ;

déroule en plusieurs étapes bien définies par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, reprise par la Cour constitutionnelle belge : l'ingérence doit être « prévue par la loi » ; elle doit poursuivre un objectif légitime ; elle doit entretenir avec cet objectif légitime un rapport *d'adéquation* ou de *pertinence* (« proportionality requires [...] that the means chosen were rationally connected to achieve that objective »<sup>69</sup>) ; elle doit être *nécessaire* à la réalisation de l'objectif poursuivi, en ce sens qu'il ne doit pas exister de moyens moins drastiques le rencontrer ; elle doit, enfin, être *proportionnelle au sens strict*, les coûts que provoque l'ingérence (atteinte aux droits fondamentaux) ne pouvant pas être disproportionnés au regard de l'avantage qu'elle procure.

On le voit : toutes les étapes du test de proportionnalité impliquent une analyse de l'ingérence au regard de l'objectif poursuivi par les autorités publiques. En droit de l'immigration, cet objectif est, bien souvent, le contrôle des entrées et des sorties du territoire (attribut de la souveraineté de l'État), ou bien encore la préservation du bien-être économique du pays.

En droit belge, force est de constater que la Cour constitutionnelle « n'entre pas vraiment dans un examen de la légitimité même du but ; sa présence suffit »<sup>70</sup>. Elle s'inscrit donc « dans la politique d'immigration contrôlée, et accepte que des mesures soient prises », par exemple, « pour obliger les étrangers sans résidence légale à partir »<sup>71</sup>. Conséquence : une différence de traitement établie sur la base de l'illégalité du séjour n'est pas, en soi, illégitime.

Cela ne signifie pas, évidemment, que la Cour n'effectuera aucun contrôle de proportionnalité de la mesure en cause. Mais tant la définition très large, par la Cour, de l'objectif poursuivi par le législateur, que son acceptation automatique comme « but légitime » affaiblissent l'effectivité du contrôle de proportionnalité de l'ingérence des autorités publiques dans les droits fondamentaux de l'étranger, surtout à l'égard des droits matériels.

Ce phénomène comporte de nombreuses illustrations dans la jurisprudence constitutionnelle belge. Nous en prendrons deux.

- Premièrement, force est de constater que la Cour constitutionnelle belge est davantage protectrice des droits procéduraux des étrangers que de leurs droits matériels<sup>72</sup>, parce que le contrôle du respect de la proportionnalité de l'ingérence dans les droits procéduraux implique moins d'interférences du juge dans la politique migratoire décidée par le législateur. Ainsi, la Cour a déjà eu l'occasion d'admettre que, via le prisme des articles 10 et 11 de la Constitution, elle pouvait vérifier si les garanties établies par l'article 144 de la Constitution n'étaient pas retirées arbitrairement aux étrangers<sup>73</sup>. Elle a également déjà annulé une disposition législative qui supprimait la possibilité, pour le Conseil d'État, d'ordonner la suspension d'une décision du Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides<sup>74</sup> déclarant irrecevable une demande d'asile, alors même qu'était invoqué le risque de

X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, PUAM, 1990.

69 M. COHEN-ELIYA et I. PORAT, *Proportionality and constitutional culture*, Cambridge Studies in constitutional law, Cambridge University Press, 2013, p. 2.

70 D. VANHEULE, « L'égalité dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle relative aux étrangers », in *L'Etranger face au droit*, op. cit., p. 219.

71 Ibid., p. 220.

72 Ibid., p. 219 et s.

73 CC, arrêt n° 14/97 du 18 mars 1997, B.3. L'article 144 de la Constitution belge dispose que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux.

74 Le Commissariat Général aux Réfugiés et aux Apatrides est, en Belgique, l'instance administrative compétente pour décider du sort des demandes d'asile introduites.

traitement inhumain et dégradant en cas de retour de l'intéressé dans son pays d'origine<sup>75</sup>. Son important arrêt n° 1/2014 du 16 janvier 2014, rendu en matière d'asile, et dans lequel elle concluait à l'ineffectivité du recours institué par la loi belge dans le cadre du contentieux des « pays d'origine sûrs », s'inscrit dans la même logique. Nous y reviendrons dans la quatrième partie de notre rapport<sup>76</sup>.

Par contre, si la Cour procède bien à un contrôle de proportionnalité des ingérences étatiques dans les droits matériels des étrangers en séjour irrégulier, elle laisse souvent au législateur une grande latitude dans les choix qu'il opère, dans le cadre de sa maîtrise de la politique de l'immigration. Le constat ressort clairement de nombreux arrêts, rendus dans des domaines variés. Ainsi, la Cour justifie la proportionnalité de mesures de détention administrative d'étrangers en séjour irrégulier<sup>77</sup>, pourvu que cette détention ne soit pas illimitée<sup>78</sup>. En matière de prestations sociales accordées aux étrangers, la jurisprudence de la Cour est abondante. Elle juge par exemple proportionnée à l'objectif poursuivi la limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente pour les étrangers en séjour irrégulier<sup>79</sup> ou admet encore la constitutionnalité de mesures visant à supprimer l'accueil des demandeurs d'asile en cas de demandes d'asiles multiples<sup>80</sup>. En matière de protection du droit à la vie familiale, la Cour admet par exemple des restrictions très importantes au droit au regroupement familial, allant même dans certains cas à admettre un traitement moins favorable pour les nationaux que pour les citoyens de l'Union européenne, créant ainsi des « discriminations à rebours » difficilement compréhensibles<sup>81</sup>.

- Une seconde illustration du phénomène que nous avons décrit plus haut, est tirée du contrôle, par la Cour, du respect du principe d'égalité lorsqu'elle est confrontée aux situations migratoires. Dans l'analyse de sa jurisprudence sur ces questions, on constate que le contrôle de la Cour est largement tributaire du type de titre de séjour octroyé par les autorités publiques à un étranger.

Entre le résident permanent et le sans-papiers, il y a une liste impressionnante de statuts différents qui donnent aux étrangers qui en sont titulaires un accès plus ou moins important à certains droits, fondamentaux ou non. Ici, le critère de différenciation n'est pas tant celui de la nationalité que celui du type de droit de séjour octroyé.

La Cour constitutionnelle admet en général assez facilement les différences de traitement établies sur la base du statut administratif ou de l'inscription au registre

75 CC, arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, B.5.9.6. et s.

76 V. *infra*, « IV. Les droits fondamentaux du migrant demandeur d'asile ».

77 CC, arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, B.7.5.

78 CC, arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, B.24.

79 CC, arrêt n° 51/94 du 19 juin 1994. V. également *infra*, « III. C. Les droits économiques et sociaux des migrants ».

80 CC, arrêt n° 135/2011 du 27 juillet 2011. V. également *infra*, « IV. Les droits fondamentaux du migrant demandeur d'asile ».

81 CC, arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013. Sur la question des discriminations à rebours, v. M. LYS, « La nouvelle loi belge sur le regroupement familial – Le droit européen et le droit belge autorisent-ils la discrimination à rebours ? », *RBDC*, 2012, p. 27-54. Sur la question du droit au regroupement familial dans la jurisprudence de la CJUE : A. JAURÉGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : étude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 351-427. V. également *infra*, « III. 3. Les discriminations à rebours » et « III. B. Le droit des migrants à une vie privée et familiale ».

de la population, considérant qu'il s'agit d'un indicateur pertinent pour évaluer l'attachement de l'étranger à la Belgique<sup>82</sup>.

Si cette évolution doit être approuvée pour l'étranger ayant un droit de séjour « fort », il reste qu'elle est préoccupante pour les autres. En effet, la question des conditions d'obtention de tel ou tel statut n'est quasiment jamais posée à la Cour<sup>83</sup>, qui, de toute façon, laisse à cet égard une large marge d'appréciation au législateur. Or, ces conditions d'obtention d'un statut de séjour sont, *in fine*, déterminantes pour l'obtention de certains droits fondamentaux, comme, par exemple, celui à l'aide sociale.

On le voit : l'application du principe de proportionnalité lorsqu'il est appliqué dans le contentieux constitutionnel des étrangers, surtout pour ceux qui sont en situation irrégulière de séjour, est confrontée à des limites quasi existentielles. Un constat semblable peut être posé suite à l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui laisse également une grande marge de manœuvre aux États dans la mise en œuvre d'une politique migratoire. Si elle est par essence moins souvent confrontée à la mise en œuvre du principe de proportionnalité, la Cour de Justice de l'Union européenne se trouve face à la même difficulté de principe<sup>84</sup>.

#### b) Les catégories d'étrangers « privilégiés »

On ne saurait clore cette partie de notre rapport sans dire un mot de deux catégories particulières d'étrangers : les étrangers reconnus réfugiés, d'une part, et les étrangers ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, d'autre part<sup>85</sup>.

82 Pour une analyse complète de cette jurisprudence, v. M. LYS et B. RENAULD, « Le principe constitutionnel de l'égalité et les étrangers : du critère de la nationalité à celui du droit de séjour », *op. cit.*, p. 217 et s.

83 Si l'on excepte la situation des apatrides, traitée par la Cour dans ses arrêts n° 198/2009 du 17 décembre 2009 et 1/2012 du 11 janvier 2012. V. *infra*.

84 Ce constat doit évidemment être nuancé, mais nous n'avons pas l'occasion de développer notre propos dans le cadre de cette contribution. Il faut tout de même rappeler ici que la Cour européenne des droits de l'homme a placé des limites très fortes à la marge d'appréciation des États dans les cas où était invoquée devant elle la violation de l'article 3 de la CEDH en cas de retour d'un étranger dans son pays d'origine, éventuellement combiné avec l'article 13 de la CEDH. Nous pensons ici aux importants arrêts *M.S.S c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011 et *Singh et autres c. Belgique* du 2 octobre 2012. Nous pensons également à l'importance de la jurisprudence strasbourgeoise sur la prise en compte des certificats médicaux déposés à l'appui d'une demande d'asile, telle qu'elle résulte de ses arrêts *R.J. c. France* du 19 septembre 2013 et *I. c. Suède* du 5 septembre 2013. La Cour de Justice de l'Union européenne a, elle aussi, contribué à augmenter le degré de protection de certains droits fondamentaux des étrangers. Nous pensons par exemple à l'arrêt *Elgafaji* du 17 février 2009, où elle a nivelé par le haut la définition de la protection subsidiaire énoncée à l'article 15 de la Directive Qualification, ou encore à l'arrêt *Cimade et Gisti* du 27 septembre 2012 où la Cour a fait bénéficier du droit aux conditions minimales d'accueil l'ensemble des demandeurs d'asile sous procédure Dublin tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire d'accueil et jusqu'à leur reprise en charge effective. Mais force est de constater que ces jurisprudences, certes importantes, ont été rendues soit dans des cas où était invoqué un risque de traitement inhumain et dégradant en cas de retour, soit dans des cas où étaient en cause des demandeurs d'asile. En ce qui concerne la situation des étrangers en séjour totalement irrégulier, les deux grandes cours européennes se retrouvent confrontées aux limites du principe de proportionnalité de manière similaire aux cours constitutionnelles nationales.

85 Nous n'évoquerons pas ici la question des étrangers apatrides, qui fait pourtant l'objet d'une jurisprudence très intéressante de la Cour constitutionnelle (CC, arrêt n° 1/2012), mais qui nous emmènerait trop loin et mériterait une contribution en soi. Nous nous permettons de renvoyer sur ce point aux contributions suivantes : M. LYS et B. RENAULD, « Le principe constitutionnel de l'égalité et les étrangers : du critère de la nationalité à celui du droit de séjour », *op. cit.*, p. 220-221 ; B. RENAULD, « L'apatridie en Belgique – État des lieux en 2012 », in *Liberæ cogitationes – Liber amicorum Marc Bossuyt*, Cambridge, Intersentia, p. 531-542.

• *Les réfugiés reconnus et les bénéficiaires du statut de protection subsidiaire*

Il faut bien différencier la notion de « réfugiés » de celle de « demandeurs d'asile ». Les premiers se sont vus reconnaître le statut de réfugié, prévu par la Convention de Genève du 28 juillet 1951, dont les principes sont repris dans la directive européenne 2011/95/UE (dite « Qualification Refonte »), elle-même transposée en droit belge aux articles 48 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. Les seconds ont introduit une demande d'asile, et sont dans l'attente d'une décision définitive sur celle-ci.

Les droits spécifiques des demandeurs d'asile, qui font aujourd'hui la une de la presse dans le contexte de la « crise » migratoire actuelle, font l'objet de la quatrième partie du présent rapport<sup>86</sup>.

Les réfugiés constituent une catégorie privilégiée de migrants résidents, dans la mesure où des dispositions de droit international et européen (Convention de Genève et Directive Qualification) exigent qu'ils soient traités, au niveau de l'accès aux droits, à l'égal des nationaux. C'est à ce prix que la protection internationale qui leur est octroyée peut être complètement effective.

La Cour constitutionnelle considère que l'existence de dispositions de droit international imposant un traitement privilégié de cette catégorie d'étrangers suffit à justifier la différence de traitement. Ainsi, la Cour a considéré que le fait que les réfugiés bénéficient des allocations aux handicapés et aux personnes âgées qui, pourtant, sont refusées aux autres étrangers séjournant légalement en Belgique était conforme au principe d'égalité et de non-discrimination<sup>87</sup>. Il en va de même de l'octroi d'une aide matérielle ou sociale durant l'examen de la demande, qui bénéficie aux demandeurs d'asile et non aux étrangers ayant introduit une demande de régularisation de leur séjour<sup>88</sup>, ou encore de l'accès au travail, qui ne pourrait être subordonné pour les réfugiés aux mêmes conditions que pour les autres travailleurs étrangers<sup>89</sup>.

De même, les étrangers bénéficiant de la protection subsidiaire ont droit à des prestations sociales qui sont « protégées » par des textes internationaux, notamment par la directive 2004/83/CE. Il n'est dès lors pas justifié d'exiger dans leur chef la condition de résidence de cinq ans prévue pour les étrangers « ordinaires » demandeurs des prestations familiales garanties, condition qui n'est pas exigée des réfugiés reconnus<sup>90</sup>.

Il faut également rappeler ici les importants arrêts n° 68/2005 du 13 avril 2005 (rendu sur question préjudicielle) et n° 104/2006 du 21 juin 2006 (rendu suite à un recours en annulation), dans lequel la Cour a clairement posé l'égalité de principe des droits des réfugiés avec ceux des citoyens Belges, dans le cadre de la célèbre loi belge dite « de compétence universelle », qui prévoyait, avant l'annulation de cette disposition par la Cour, que le plaignant devait être Belge au moment de l'engagement initial de l'action publique, ce qui excluait les réfugiés de la possibilité de déposer une plainte en Belgique sur la base de cette loi.

86 V. *infra*, « IV. Les droits fondamentaux du migrant demandeur d'asile ».

87 CC, arrêt n° 138/2003 du 22 octobre 2003.

88 CC, arrêts n° 15/2002 et 17/2002 du 17 janvier 2002. V. également *infra*, « IV. Les droits fondamentaux du migrant demandeur d'asile ».

89 CC, arrêt n° 40/2001 du 29 mars 2001. V. également *infra*, « III. C. Les droits économiques et sociaux des migrants ».

90 CC, arrêt n° 42/2012 du 8 mars 2012.

• *Les citoyens européens*

En ce qui concerne les différences de traitement établies à l'avantage du citoyen européen, la Cour constitutionnelle arrête généralement son contrôle au stade de la comparabilité des situations.

Ainsi, la Cour constitutionnelle considère que l'on ne saurait comparer un ressortissant d'un État membre de l'Union européenne bénéficiant de la liberté de circulation avec un étranger ressortissant d'un État tiers, que ce soit en matière d'accès au territoire et de statut administratif<sup>91</sup> ou en matière de législation sur le travail<sup>92</sup>, considérant dans ce dernier cas comme conforme au principe d'égalité le fait que les ressortissants d'États tiers à l'Union européenne se voient imposer l'obtention d'un permis de travail pour exercer une activité rémunérée en Belgique, ce qui n'est pas le cas des citoyens européens.

Nous n'irons pas plus loin dans l'analyse de l'impact de l'intégration européenne sur le contentieux constitutionnel de la migration, mais nous ne pouvons déjà nous empêcher de remarquer que, d'une part, les acquis communautaires ne fonctionnent que si l'on se trouve dans le champ d'application du droit européen et que, d'autre part, la Cour constitutionnelle ne tire aucun droit comme tel de la citoyenneté européenne. L'analyse de la jurisprudence sur les discriminations à rebours le confirme<sup>93</sup>.

En outre, la logique des grandes libertés de circulation au niveau européen étant surtout économique, la Cour constitutionnelle valide, dans une large mesure, les restrictions du droit à l'aide sociale appliquées aux citoyens européens, le droit européen ne permettant en principe qu'aux seuls travailleurs d'exercer leur liberté de circulation. Un exemple, parmi d'autres, est tiré de l'arrêt 95/2014 du 30 juin 2014<sup>94</sup>.

Dans cet arrêt, il était entre autres question d'une nouvelle disposition intégrée dans la loi belge relative aux centres publics d'aide sociale, à laquelle les parties requérantes reprochaient de supprimer le droit à l'aide sociale, y compris le droit à l'aide médicale urgente, pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne et les membres de leur famille, pendant les trois premiers mois de leur séjour, ainsi que pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne venus sur le territoire belge en vue d'y chercher un emploi et les membres de leur famille, pendant toute la durée de leur recherche d'emploi. La mesure était justifiée par un objectif de maîtrise des dépenses publiques et, selon le gouvernement belge, elle était autorisée par les termes de la directive 2004/38 du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles, de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Il s'agissait, pour le législateur, de rechercher un équilibre entre la libre circulation des personnes sur le territoire de l'Union et la possibilité de continuer à financer les régimes sociaux.

Après avoir rappelé que l'article 23 de la Constitution belge garantit le droit à la dignité humaine et que, à cette fin, le législateur garantit entre autres le droit à l'aide sociale, la Cour, reconnaissant une obligation de *standstill* pesant sur le législateur dans cette matière, rappelle qu'il est « interdit au législateur compétent de réduire significativement le niveau de protection sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général »<sup>95</sup>. Elle poursuit en affirmant que « [c]ette disposition constitutionnelle n'implique pas que les droits visés doivent être garantis par le

91 CC, arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998.

92 CC, arrêt n° 40/2001 du 29 mars 2001. V. également *infra*, « III. C. Les droits économiques et sociaux des migrants ».

93 V. *infra*, point III. 3.

94 CC, arrêt n° 95/2014 du 30 juin 2014.

95 B.36.2.

législateur de la même manière pour chaque individu et elle n'empêche donc pas que ces droits soient limités et modulés pour certaines catégories de personnes, à condition que la différence de traitement soit raisonnablement justifiée »<sup>96</sup> et rappelle que « [e]n principe, ce recul opéré par la disposition attaquée en ce qui concerne le droit à l'aide sociale peut être justifié par la nécessité, pour le législateur, de préserver le système existant de protection sociale »<sup>97</sup>. La Cour poursuit en affirmant que « compte tenu de la liberté de circulation dont bénéficient les ressortissants des États membres de l'Union européenne, qui permet des flux migratoires importants, le législateur a pu estimer nécessaire de faire usage de la faculté qui lui était offerte par l'article 24, paragraphe 2, de la directive précitée de limiter le droit de ces ressortissants à l'aide sociale dès leur arrivée sur le territoire belge. Dès lors que la mesure attaquée est limitée dans le temps, un tel recul, en principe, ne porte pas atteinte de manière disproportionnée aux droits des personnes concernées »<sup>98</sup>. Toutefois, elle précise que « [n]e saurait [...] constituer un motif d'intérêt général susceptible de justifier un recul de l'aide sociale visée à l'article 23 de la Constitution, combiné ou non avec les articles 10 et 11 de la Constitution, le motif qui se fonde sur la transposition d'une directive 46 alors que cette transposition n'est pas conforme à sa prescription et à l'interprétation qu'en a données la Cour de justice de l'Union européenne »<sup>99</sup>.

Se basant sur ces prémisses théoriques, la Cour annule la disposition légale attaquée en ce qu'elle s'applique aux citoyens de l'Union, non belges, qui ont ou conservent le statut de travailleur (salarié ou non salarié), ainsi qu'aux membres de leur famille qui séjournent légalement sur le territoire<sup>100</sup>, mais la valide, dans le même temps, pour tous les autres. Ainsi, même si elle annule la disposition litigieuse en ce qu'elle permettait à l'État belge de ne pas octroyer l'aide médicale urgente aux citoyens européens et à leur famille durant les trois premiers mois de leur séjour en Belgique<sup>101</sup>, elle valide pour le reste l'exclusion des citoyens européens demandeurs d'emploi du système belge d'aide sociale<sup>102</sup>.

On le voit, la Cour a corrigé l'attitude du législateur fédéral par petites touches, à la marge, mais n'a pas remis en cause la logique globale de l'exclusion de principe des étrangers, même européens, du système belge d'aide sociale<sup>103</sup>.

### 3.- Les discriminations « à rebours »

On le sait, une discrimination à rebours est une forme particulière de discrimination basée sur la nationalité<sup>104</sup>. Une telle sorte de discrimination peut intervenir lorsque, comme en l'espèce, un État applique un régime juridique différent – et, par hypothèse, moins favorable – à ses propres nationaux que celui qu'il applique aux ressortissants étrangers.

96 B.36.3.

97 B.37.

98 *Ibid.*

99 B.38.

100 B.44.

101 B.55.11. et B.55.12.

102 B.48.1. à B.51.

103 Nous parlons bien ici du droit à l'aide sociale des citoyens européens, et non du droit à l'intégration sociale, auquel les citoyens européens ont droit s'ils ont un titre de séjour de plus de trois mois (carte E, E+, F, F+4) et ce depuis au moins trois mois. Toutefois, la perception d'une aide sociale sous forme de droit à l'intégration sociale n'est pas sans conséquences et peut faire courir un risque de perte du séjour si l'administration considère que le citoyen européen (étudiant ou bénéficiaire de ressources suffisantes) devient une « charge déraisonnable » pour le système d'aide sociale belge.

104 D. HANF, « "Reverse discrimination in EU Law" : constitutional aberration, constitutional necessity, or judicial choice ? », *MJ*, 2011, p. 33.

La question des discriminations à rebours établies par un État membre de l'Union européenne au détriment de ses propres nationaux par rapport aux citoyens ressortissants d'un autre État membre de l'Union européenne, est un problème sur lequel la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE) a souvent eu l'occasion de se pencher<sup>105</sup>.

La Cour constitutionnelle belge a été saisie de la question pour la première fois à l'occasion d'une importante réforme du droit au regroupement familial, dans le cadre de la loi du 8 juillet 2011<sup>106</sup>. La modification de l'article 40<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, par l'article 9 de cette loi du 8 juillet 2011, entraîne désormais « des conditions plus strictes pour le regroupement familial avec un Belge que pour le regroupement familial avec les autres ressortissants de l'Union européenne, en appliquant [dans ce cas de figure] au regroupement familial avec un Belge les mêmes conditions que celles qui régissent le regroupement familial avec une personne étrangère non ressortissante de l'Union européenne »<sup>107</sup>. Ces conditions plus strictes se marquaient à divers niveaux : suppression du regroupement familial avec les ascendants pour les Belges majeurs, alors que, en application de la directive 2004/38/CE, cette possibilité étant maintenue pour les ressortissants membres de l'Union européenne ; conditions de moyens de subsistance plus strictes pour les Belges que pour les citoyens européens ; conditions d'âge plus strictes pour les époux belges que pour les époux européens.

La question de la compatibilité de ces mesures avec les articles 10, 11 et 191 de la Constitution a été posée à la Cour constitutionnelle, qui y a répondu dans son arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013<sup>108</sup>. Dans les limites de notre contribution, nous nous limiterons à formuler quelques remarques quant à la constitutionnalité de la mesure la plus emblématique de la réforme, à savoir la suppression pure et simple de la possibilité de regroupement familial pour les ascendants de Belges majeurs<sup>109</sup>.

Si la Cour constitutionnelle a, fort à propos, rejeté l'argument de l'État belge selon lequel la comparabilité des situations entre le Belge sédentaire et le citoyen communautaire ne pouvait être établie<sup>110</sup>, la Cour admet la légitimité de l'objectif poursuivi par le législateur, identifié par la Cour comme le souci de contingerer le regroupement familial pour éviter que ces personnes regroupées ne deviennent Belges trop rapidement, étant donné que l'accès à la nationalité belge avait été « facilité au cours des dernières années »<sup>111</sup>.

La Cour considère ensuite que la mesure en cause est pertinente au regard de l'objectif poursuivi<sup>112</sup> et rappelle que « dans le cadre d'une politique d'immigration, qui comporte des enjeux complexes et intriqués et qui doit tenir compte des

105 Nous ne résumerons pas ici la jurisprudence européenne sur la question, mais renvoyons pour l'essentiel au résumé qui en est fait par M. LYS, « La nouvelle loi belge sur le regroupement familial... », *op. cit.*, p. 27 à 53.

106 Loi du 8 juillet 2011 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers en ce qui concerne les conditions dont est assorti le regroupement familial, *MB*, 12 septembre 2011.

107 Avis du Conseil d'État n° 49 356/4 du 4 avril 2011, Doc. 53 0443/015, sess. 2010/2011 (2<sup>e</sup> session de la 53<sup>e</sup> législature), p. 3.

108 CC, arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013.

109 Pour une analyse complète bien que résumée de l'arrêt, v. L. VANCRAVEBECK, « Les conditions du regroupement familial (re)vues par la Cour constitutionnelle », note sous CC, arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, *APT*, 2014, vol. 2, p. 209 à 218.

110 B.49 et B.50.1.

111 B.52.1.

112 B.52.2.

exigences découlant du droit de l'Union européenne, le législateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation »<sup>113</sup>.

Au niveau de la proportionnalité de la mesure, la Cour considère que, le Belge majeur, ayant pu se constituer un réseau affectif sur le territoire et y demeurant en raison de choix personnel, n'a pas besoin de la présence permanente de ses parents sur le territoire national. Elle considère également que ces derniers peuvent toujours solliciter une admission au séjour sur la base des dispositions applicables de manière générale à tous les étrangers. Pour ces raisons, elle considère qu'il n'y a « dès lors pas d'atteinte disproportionnée au principe d'égalité et de non-discrimination, ni au droit à la protection de la vie familiale en ce que les parents d'un Belge majeur ne peuvent se voir conférer un titre de séjour dans le cadre du regroupement familial »<sup>114</sup>.

Cet arrêt, largement commenté par la doctrine<sup>115</sup>, pose des problèmes théoriques importants. Les évoquer ici dépasserait largement le cadre de notre contribution. Nous nous permettons uniquement d'insister sur le fait que cet arrêt est emblématique des limites du contrôle du respect du principe d'égalité et du principe de proportionnalité dans le contentieux migratoire. La marge de manœuvre laissée au législateur dans les choix politiques posés est tellement large qu'elle rend inefficace ou, au moins, qu'elle biaise largement le contrôle opéré par la Cour. Ainsi, une des motivations de la suppression du droit au regroupement familial des ascendants de Belges majeurs était à trouver, selon les travaux préparatoires, dans l'accès trop facile des étrangers à la nationalité belge, à cause d'un Code de la nationalité belge accommodant. Partant du constat repris des travaux préparatoires que « la plupart des regroupements familiaux concernent des Belges, nés en Belgique, issus de l'immigration ou devenus belges grâce à une loi instaurant une procédure accélérée de naturalisation », la Cour admet que le législateur ait pu tenir compte du fait que l'accès à la nationalité belge avait été facilité et que donc le nombre de Belges susceptibles d'introduire une demande de regroupement familial au profit des membres de leur famille a pu augmenter. La Cour a validé cet objectif sans le discuter, considérant comme pertinentes et proportionnées à son égard les nouvelles mesures législatives prises. Outre que cela revient à faire payer aux citoyens

<sup>113</sup> *Ibid.*

<sup>114</sup> B.54.2. La Cour assortit son raisonnement d'une réserve d'interprétation, résultant en réalité uniquement de l'application du droit européen : « [e]n ce qu'il prévoit que le droit au regroupement familial du Belge ayant exercé réellement et effectivement son droit à la libre circulation peut être soumis à des conditions plus strictes que celles qui étaient imposées, en vertu du droit de l'Union européenne, dans son État membre d'accueil, le législateur a porté atteinte à la jouissance effective du droit à la libre circulation des Belges ayant séjourné dans un État membre d'accueil, garanti par les articles 20 et 21 du TFUE et par l'article 45 de la Charte des droits fondamentaux. Cette différence de traitement quant à la jouissance effective des droits découlant du statut de citoyen de l'Union viole les articles 10 et 11 de la Constitution. Cette discrimination ne trouve toutefois pas sa source dans l'article 40bis de la loi du 15 décembre 1980, mais dans l'absence d'une disposition législative permettant au Belge, ayant exercé réellement et effectivement son droit à la libre circulation, de séjourner en Belgique avec les membres de sa famille, au sens de l'article 2, point 2), de la directive 2004/38/CE, qui ont auparavant résidé avec lui dans un autre État membre de l'Union européenne, moyennant des conditions qui ne sont pas plus sévères que celles qui étaient imposées, en vertu du droit de l'Union européenne, par cet État membre d'accueil. Il appartient au législateur de combler cette lacune » (B.58.8). Par contre, la Cour ne voit pas de discrimination entre les Belges qui ont exercé leur liberté de circulation, et les Belges sédentaires.

<sup>115</sup> V. entre autres L. VANCRAVEBECK, « Les conditions du regroupement familial (re) vues par la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 209-218 ; F. MONDELAERS, « Ongelijke behandeling bij gezinshereniging is geoorloofd », *Juristenkrant*, 2014, liv. 284, p. 16 ; V. VERBIST, « De arresten van 26 september 2013 van het Grondwettelijk Hof : "omgekeerde discriminatie" inzake gezinshereniging is geen schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel », *T. Vreemd.*, 2014, p. 93-106.

le prix d'un choix du législateur, une telle analyse de la Cour constitutionnelle n'a pas anticipé les possibles modifications des procédures d'accès à la nationalité belge. Or, le Code de la nationalité belge, depuis l'arrêt du 26 septembre 2013, a été modifié drastiquement, dans le sens d'une bien plus grande sévérité. Il est aujourd'hui bien plus difficile de devenir Belge que par le passé. Les termes du problème ne seraient sans doute plus les mêmes aujourd'hui.

### B.- Le droit des migrants au respect de leur vie privée et familiale

La question du droit fondamental des migrants au droit au respect de leur vie familiale se pose principalement de deux manières devant la Cour constitutionnelle.

D'une part, cette question est souvent liée à celle du regroupement familial, problématique qui, on l'a vu, a davantage été traitée par le prisme du principe d'égalité et de non-discrimination dans l'exercice d'une vie familiale. Il s'agit là d'analyser la conformité au droit à la vie privée et familiale des modalités, pour un étranger européen ou d'un état tiers, de rejoindre un membre de sa famille se trouvant en séjour légal en Belgique, qu'il soit Belge ou non.

D'autre part, la question du droit à la vie privée et familiale du migrant en séjour irrégulier a également été posée à la Cour constitutionnelle, quoique plus rarement.

Nous ne pouvons, dans le cadre de cette contribution, analyser l'ensemble de la jurisprudence sur cette question. Il ne serait d'ailleurs pas possible, pour être complet sur la question de la vie privée et familiale des migrants, de ne pas analyser la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'application de l'article 8 de la CEDH au contentieux migratoire, d'une part, ainsi que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne quant à la question du regroupement familial, qu'il soit entre citoyens européens ou entre Européens ou Belges et citoyens d'États tiers à l'Union, car cette question relève principalement de l'application de directives européennes<sup>116</sup>.

L'objectif de cette partie de notre contribution sera bien plus modeste. Après avoir fait un détour par le rappel des principes régissant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de regroupement familial, nous allons, dans les grandes lignes, voir de quelle manière la Cour constitutionnelle a inscrit ses pas dans ceux de ses grandes sœurs européennes. Nous allons nous contenter de donner quelques illustrations d'un constat qui parcourt, à notre sens, l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle sur la question : le droit à la vie familiale des migrants est, dans les faits, limité, voire très limité s'il s'agit d'une personne en séjour illégal.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, analysant la violation alléguée de l'article 8 de la CEDH dans un contexte migratoire, a toujours reconnu une large marge d'appréciation aux États en matière d'accès au territoire. Elle rappelle sans cesse que la souveraineté nationale permet aux États de « contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi, l'entrée, le séjour et

116 Pour un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme de la Cour de Justice de l'Union européenne sur ces questions, v. B. RENAULT, Th. BOMBOIS et P. MARTENS, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, Luxembourg et à Bruxelles ? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Limal, Anthemis, 2010, p. 793-827 ; J. HARDY, « Les lignes directrices pour l'application de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial à l'aune de la jurisprudence récente », *Rev. dr. étr.*, 2014, n° 179, p. 339-349. Pour une analyse des réformes législatives successives en matière de regroupement familial jusqu'en 2010, v. S. SAROLÉA, « Migrer ou vivre en famille. Faut-il choisir ? », in *Migratie en migrantenrecht – Dertig jaar vreemdelingenrecht*, Actes du colloque organisé par la KUL, Die Keure, 2011, p. 299-426.

l'éloignement des non-nationaux »<sup>117</sup>. La Cour de Strasbourg affirme également que l'article 8 de la CEDH n'implique par exemple pas pour les époux le droit de choisir leur résidence conjugale et n'oblige pas les États à admettre sur leur territoire le regroupement familial d'un époux ou d'une épouse<sup>118</sup>. Le droit de se marier n'emporte pas nécessairement le droit au séjour qui, lui, est conditionné.

À part peut-être pour les mineurs délinquants – et encore, dans une certaine mesure<sup>119</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme n'hésite en tout cas pas à reconnaître une large marge d'appréciation aux États lorsqu'il s'agit de considérer qu'une expulsion d'un étranger consécutive à une condamnation pénale et pour raisons d'ordre public n'emporte pas de violation de l'article 8 de la CEDH<sup>120</sup>.

En ce qui concerne des étrangers qui ne se sont rendus coupables d'aucune infraction, l'approche de la Cour strasbourgeoise n'est pas beaucoup plus protectrice du droit fondamental au respect de la vie familiale. Le célèbre arrêt *Darren*<sup>121</sup> est emblématique de ce constat. Dans cette affaire, il s'agissait d'un ressortissant nigérian expulsé de Norvège, marié à une femme de nationalité norvégienne, père d'un enfant mineur de nationalité norvégienne. Malgré l'existence non contestée d'une cellule familiale, malgré l'ingérence non contestée dans la vie familiale de cette famille, malgré l'absence de condamnation pénale du Sieur Darren, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'expulsion ne violait pas l'article 8 de la CEDH, dans la mesure où Monsieur et Madame Darren étaient conscients de la précarité de leur situation en se mariant et en faisant un enfant, et estimant qu'il ne serait pas insurmontable, pour Madame Darren et sa fille, d'aller vivre au Nigéria avec leur époux et père ou, si elles ne le souhaitent pas, d'aller lui y rendre visite. La souveraineté nationale et la marge d'appréciation laissée aux États dans l'organisation de leur politique migratoire peuvent aller jusque-là, pour la Cour européenne, jugeant la mesure proportionnée à l'objectif de garantir le bien-être économique du pays, alors même que la Cour ne se livre à aucun examen concret de l'effet de l'octroi d'un droit de séjour en Norvège sur l'état des finances publiques de ce pays. Cet arrêt *Darren* a fait dire à Paul Martens, Bernadette Renauld et Thomas Bombois que « [s]i, comme le semble suggérer l'arrêt *Darren*, [le bien-être économique du pays] permet de présumer qu'un étranger va nécessairement grever les finances publiques et provoquer un abaissement du standing de vie de la population autochtone, il vaudrait mieux enlever le point 1 de l'article 8 et par voie d'entraînement, abroger l'article 22 de la Constitution et avoir la franchise de reconnaître que le droit de vivre en famille n'est plus un droit fondamental mais une faveur discrétionnaire, un privilège censitaire distribué par les autorités budgétaires du pays »<sup>122</sup>.

Cet arrêt est exemplatif des limites existentielles du principe de proportionnalité appliqué à un contexte migratoire. Si le principe de proportionnalité était réellement pris « au sérieux »<sup>123</sup>, l'article 8 de la CEDH

117 Cour eur. DH, arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandi c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, req. n° 9214/80, 9473/81 et 9474/81, § 67 et jurisprudence constante ultérieure.

118 Cour eur. DH, arrêt *Gül c. Suisse*, 19 février 1996, req. n° 23218/94.

119 G. DE BECO, « L'expulsion des étrangers mineurs délinquants : une lueur de clarté dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, commentaire de l'arrêt de la CEDH, grande chambre, *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008 », *Rev. trim. dr. b.*, 2009, p. 1094 et s.

120 V., par exemple, Cour eur. DH, *El Boujaïdi c. France*, 26 septembre 1997, req. n° 25613/94.

121 Cour eur. DH, arrêt *Darren Omoregie e.a. c. Norvège*, 31 juillet 2008, req. n° 265/07.

122 B. RENAULD, Th. BOMBOIS et P. MARTENS, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, Luxembourg et à Bruxelles ? », *op. cit.*, p. 823.

123 Selon l'expression de S. VAN DROOGHENBROECK (*La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux, op. cit.*).

devrait emporter le droit au regroupement familial sur le territoire des États membres de la CEDH<sup>124</sup>.

En droit belge, le Conseil du contentieux des étrangers, juridiction administrative chargée du contrôle de la légalité des décisions de refus de séjour et des décisions d'expulsions prises par l'Office des étrangers, applique assez strictement la jurisprudence strasbourgeoise. Il interprète en outre cette dernière, et singulièrement ses arrêts *Abmut c. Pays-Bas* du 28 novembre 1996 et *Rodrigues da Silva et Hoogkamer c. Pays-Bas* du 31 janvier 2006, comme impliquant l'absence même d'ingérence dans la vie familiale d'un étranger lorsqu'il s'agit de juger une décision de refus d'une demande de première admission au séjour. Il considérera qu'il n'y a ingérence – et se livrera dès lors au test de proportionnalité – que lorsqu'il y a déjà eu une première admission de l'étranger au séjour et qu'il s'agit dès lors d'un cas de figure où l'administration met fin à un séjour légal préalablement octroyé. Seule cette seconde hypothèse relèverait de l'ingérence au sens de l'article 8 de la CEDH.

Il semble pourtant qu'une éclaircie dans ce tableau fort sombre est apparue dans l'arrêt de grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme *Jeunesse c. Pays-Bas*, du 3 octobre 2014<sup>125</sup>, dans lequel cette dernière « relègue le « contexte migratoire » au second plan et rappelle que lors de l'analyse d'une demande de séjour (« obligation positive ») ou d'une opposition à une mesure d'éloignement [...] (« obligation négative »)<sup>126</sup>, « [l]es principes applicables sont néanmoins comparables. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation »<sup>127</sup>. S'agissant d'une ressortissante surinamaïse, mariée à un néerlandais, mère de trois enfants néerlandais, résidant aux Pays-Bas depuis plus de 16 ans, sans antécédents pénaux, la Cour de Strasbourg a considéré que, ces circonstances étant exceptionnelles, les Pays-Bas n'avaient pas ménagé un juste équilibre entre l'intérêt privé de la requérante et de sa famille à poursuivre leur vie familiale aux Pays-Bas, et l'intérêt du gouvernement à contrôler l'immigration. Elle a dès lors conclu à une violation de l'article 8 de la CEDH.

Cet arrêt constitue une avancée, mais présente encore deux écueils théoriques importants. Premièrement, la Cour européenne des droits de l'homme considère encore et toujours que, dans un contexte migratoire, les intérêts des individus et de la société sont « concurrents ». Cette affirmation ne repose sur aucun fait objectif, et de nombreux économistes de la migration considèrent d'ailleurs que l'immigration est dans l'intérêt, même économique, de la société<sup>128</sup>. En outre, la Cour européenne insiste sur le caractère « exceptionnel » des circonstances dans lesquelles se trouve la requérante, se réservant de nouveau une large marge d'interprétation, lorsque de très nombreux migrants se trouvent dans des situations comparables. Malgré ces réserves, cet arrêt doit être salué.

Comment la Cour constitutionnelle belge se situe-t-elle par rapport à cette jurisprudence ? La question ne lui a pas frontalement été posée. Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt *Darren*, la Cour

124 En ce sens : S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 227.

125 Cour eur. DH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, 3 octobre 2014, req n° 12738/10.

126 J. HARDY, « Les lignes directrices pour l'application de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial à l'aune de la jurisprudence récente », *op. cit.*, p. 347.

127 Cour eur. DH, *Jeunesse c. Pays-Bas*, 3 octobre 2014, req n° 12738/10, §§ 109, 117 et s.

128 Cette problématique mériterait d'être largement étayée, mais cela dépasserait largement le cadre de notre contribution. Pour une ouverture sur cette question, v. A. AUBRY, M. BURZYNSKI et F. DOCQUIER, « The welfare impact of global migration in OECD countries », *Journal of International Economics*, 101, 2016, p. 1 à 21 (à paraître).

constitutionnelle n'a, à notre connaissance, jamais utilisé le concept de « bien-être économique du pays » pour justifier des restrictions à la vie familiale des migrants, ce qui doit être salué. En outre, aujourd'hui, la loi belge précitée du 15 décembre 1980 prévoit, dans son article 40<sup>ter</sup>, un droit de séjour sans condition pour les parents d'enfants belges mineurs.

Pour le reste, la Cour constitutionnelle admet, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, que le droit de vivre en famille n'implique pas automatiquement un droit au séjour. Elle accepte, en d'autres termes, qu'un droit fondamental tel celui du droit au respect de la vie familiale, soit conditionné.

Elle s'inscrit en cela dans la lignée de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, qui, pourtant et peut-être paradoxalement, est plus protectrice du droit au regroupement familial que sa consœur strasbourgeoise<sup>129</sup>. Dans de nombreux arrêts où elle traite de la question du regroupement familial, la Cour constate que c'est le droit européen lui-même qui conditionne le droit au regroupement familial à certaines conditions : conditions de revenu du regroupant, conditions de logement suffisant, conditions d'âge, etc. Les directives européennes 2003/86 et 2004/38 différencient d'ailleurs elles-mêmes les conditions du regroupement familial selon qu'il s'agit d'un regroupement familial avec une personne ressortissante d'un état membre de l'Union européenne, ou d'un État tiers. La Cour constitutionnelle « s'incline » devant ces directives et « s'appuie sur celles-ci pour justifier une différence de traitement entre étrangers selon que le regroupement familial s'opère avec un étranger « UE » ou « non UE » »<sup>130</sup>. Elle admet une différence de traitement, au regard du droit à la vie familiale, au bénéfice des citoyens UE<sup>131</sup>. Mais, souvent, comme dans son important arrêt n° 121/2013, la Cour valide la transposition en droit belge du droit européen, « à grand renfort de réserves d'interprétation qui modifient parfois sensiblement le contenu des dispositions en cause »<sup>132</sup>.

### C.- Les droits économiques et sociaux des migrants

Dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux prestations sociales à accorder aux étrangers en séjour irrégulier, et singulièrement dans le contentieux de l'aide sociale, apparaît toute la difficulté d'exercer un contrôle de proportionnalité des mesures prises, sans empiéter sur les choix opérés par le législateur dans le cadre de sa politique de l'immigration.

En Belgique, l'aide sociale est limitée, pour les étrangers en situation illégale de séjour, à l'aide médicale urgente, en vertu de l'article 57, § 2 de la loi organique des CPAS du 8 juillet 1976. Le législateur a justifié cette mesure en expliquant que, d'une part, l'octroi de droits sociaux à cette catégorie de personnes provoquerait un « appel d'air » à l'immigration clandestine, et que, d'autre part, cela pousserait les personnes en situation illégale se trouvant déjà sur le territoire de la Belgique à y rester, sans obtempérer aux ordres de quitter le territoire qu'elles auraient reçus<sup>133</sup>.

129 Étayer cette affirmation imposerait une analyse précise de la jurisprudence de la CJUE sur la question, ce qui dépasserait largement du cadre de notre rapport. Pour un bon résumé de la question, v. B. RENAULD, Th. BOMBOIS et P. MARTENS, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, Luxembourg et à Bruxelles ? », *op. cit.*, p. 801 à 821.

130 *Ibid.*, p. 822.

131 CC, arrêts n° 46/2006 du 22 mars 2006 et n° 121/2013 du 26 septembre 2013.

132 L. VANCRAVEBECK, « Les conditions du regroupement familial (re)vues par la Cour constitutionnelle », *op. cit.* Pour en avoir un exemple, voir les illustrations de l'auteur aux pages 210 et suivantes de l'article.

133 V., à ce sujet, P. SCHOUKENS, « De illegale migrant en het recht op dringende gezondheidszorg : zoektocht naar een evenwichtige maatschappelijke dienstverlening », *T. Gez.*, 2005-2006, p. 194.

Dans son arrêt du 29 juin 1994<sup>134</sup>, la Cour a adopté une position de principe par rapport à cette limitation de l'aide sociale à laquelle les personnes en séjour irrégulier peuvent prétendre : elle a estimé que cette mesure n'était pas « déraisonnable » eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur<sup>135</sup> et qu'elle ne constituait pas un traitement inhumain susceptible d'entraîner, pour la Belgique, une violation de ses engagements internationaux en matière de droits fondamentaux<sup>136</sup>.

La Cour accepte donc une très grande différence de traitement au détriment des personnes en séjour irrégulier. On retrouve ici un des fils rouges de sa jurisprudence en matière d'immigration : elle s'inscrit, on le rappelle, dans le cadre d'une immigration contrôlée. Cela se vérifie dans toute sa jurisprudence relative à l'aide sociale pour les étrangers, de son arrêt n° 50/2002<sup>137</sup> où la Cour ne juge pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution la limitation de l'aide sociale à l'aide médicale d'urgence même pour un candidat réfugié ayant reçu une décision de non-prise en considération de sa demande d'asile et ayant introduit contre cette décision un recours auprès du Conseil d'État (aujourd'hui, ce serait devant le CCE) jusqu'à ses arrêts n° 135/2011 et 95/2014<sup>138</sup> où la Cour a admis la constitutionnalité de mesures visant à supprimer l'accueil des demandeurs d'asile en cas de demandes d'asiles multiples, ou, en cas de demande de régularisation pour raisons médicales en cours, basée sur l'article 9<sup>ter</sup> de la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers, à obliger les personnes illégales voulant continuer à bénéficier du droit à l'accueil en centre ouvert de démontrer, outre que leur procédure 9<sup>ter</sup> soit pendante, une impossibilité médicale de quitter la structure d'accueil.

Une même ligne jurisprudentielle peut être observée en ce qui concerne les apatrides ayant introduit une demande de reconnaissance du statut d'apatride<sup>139</sup>.

Malgré ce constat, il faut tout de même constater que la Cour peut, par petites touches, assouplir une telle différence de traitement stricte et générale. En effet, dans sa jurisprudence, la Cour a étendu le nombre de situations où elle a jugé inconstitutionnelle cette limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente, entre autres pour les personnes étant dans l'impossibilité médicale de retourner dans leur pays d'origine<sup>140</sup> ou pour les enfants mineurs des étrangers en séjour illégal<sup>141</sup>.

En ce qui concerne la problématique de l'impossibilité médicale de retour, la Cour constitutionnelle avait dit pour droit, dans son arrêt du 30 juin 1999<sup>142</sup>, que « si la mesure » consistant à supprimer l'aide sociale à la personne ayant reçu un ordre de quitter le territoire « est appliquée aux personnes qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité absolue de donner suite à l'ordre de quitter la Belgique, elle traite de la même manière, sans justification raisonnable, des personnes qui se trouvent dans des situations fondamentalement différentes : celles qui peuvent être éloignées et celles qui ne peuvent l'être pour des raisons médicales. Dans cette mesure, l'article 57, § 2, est discriminatoire »<sup>143</sup>. La Cour avait ainsi conclu à la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

134 CC, arrêt n° 51/94 du 19 juin 1994.

135 B.4.3.

136 B.5.4.

137 CC, arrêt n° 50/2002 du 13 mars 2002.

138 Pour plus de détails, v. *infra*, partie IV.

139 CC, arrêt n° 89/2002 du 5 juin 2002.

140 CC, arrêt n° 80/99, 30 juin 1999.

141 CC, arrêts n° 106/2003 du 22 juillet 2003 et n° 131/2005 du 19 juillet 2005.

142 CC, arrêt n° 80/99 du 30 juin 1999. Pour une jurisprudence récente à ce sujet, v. Trib. trav. Bruxelles (15<sup>e</sup> ch.), 6 mars 2006, RG n° 21468/2005, *Journ. dr. jeun.*, 2006, p. 42 et s.

143 B.5.2.

Le second exemple où la Cour a jugé inconstitutionnelle la limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente, concerne la problématique de l'aide sociale accordée aux enfants en séjour irrégulier.

Dans son arrêt n° 106/2003 du 22 juillet 2003, la Cour était interrogée par question préjudicielle sur l'éventualité d'une double discrimination créée par l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 : d'une part, cet article établissait une différence de traitement, en ce qui concerne le droit à l'aide sociale, entre les étrangers mineurs en situation de séjour irrégulière et les autres mineurs, Belges ou étrangers en situation régulière ; d'autre part, il traitait de manière identique les étrangers en séjour irrégulier majeurs et les étrangers en séjour irrégulier mineurs, alors qu'ils se trouvent dans des situations essentiellement différentes au regard de la mesure considérée.

En l'espèce, la Cour était appelée à contrôler la disposition en cause par rapport aux articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou conjointement avec ses articles 23 et 191 du même texte, avec les articles 2.1 et 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : CEDH) et surtout avec les articles 2, 3, 24, 26 et 27 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant (ci-après : CIDE).

Lors de l'examen du fond du litige, la Cour constitutionnelle affirme vouloir « concilier » deux objectifs : ne pas encourager les adultes en séjour illégal à rester sur le territoire de la Belgique et, dans le même temps, le souci de respecter l'esprit des dispositions de la CIDE et, dès lors, de ne pas refuser l'aide sociale à un enfant si ce refus entraînerait pour ce dernier des conditions de vie déplorables<sup>144</sup>.

La Cour dit alors pour droit qu'« une aide sociale doit pouvoir être accordée à la triple condition que les autorités compétentes aient constaté que les parents n'assument pas ou ne sont pas en mesure d'assumer leur devoir d'entretien, qu'il soit établi que la demande concerne des dépenses indispensables au développement de l'enfant au bénéfice duquel elle est formulée et que le centre s'assure que l'aide sera exclusivement consacrée à couvrir ces dépenses »<sup>145</sup>.

L'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976, dans sa version antérieure au 22 juillet 2003, violait donc les articles 10 et 11 de la Constitution, combinés avec les articles 2, 3, 24.1, 26 et 27 de la CIDE « en ce que, à l'égard de mineurs dont les parents séjournent illégalement sur le territoire du Royaume, il exclut même l'aide sociale qui satisferait » à la triple condition mentionnée ci-dessus.

Il est intéressant de remarquer que, dans cet arrêt, ce n'est pas le principe d'égalité à lui seul qui a permis de relativiser la portée de l'article 57/2 de la loi sur les CPAS. Il fut en effet combiné à des dispositions constitutionnelles et conventionnelles garantissant le droit à la dignité humaine et insistant sur la prise en compte de l'intérêt de l'enfant.

De cette manière, la Cour a pu corriger un des aspects de la différence de traitement qui était faite de manière absolue par l'article 57/2 de la loi sur les CPAS. Mais, suite à cet arrêt, la Cour a toujours refusé d'aller plus loin dans la reconnaissance d'une égalité réelle dans le droit à l'aide sociale des personnes en séjour irrégulier.

En effet, la Cour a jugé, en 2005<sup>146</sup>, qu'il n'était pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution que l'aide sociale pour les enfants en séjour irrégulier soit octroyée dans un centre d'accueil, et non sous forme financière. La Cour n'a pas

<sup>144</sup> B.7.6.

<sup>145</sup> B.7.7.

<sup>146</sup> CC, arrêt n° 131/2005 du 19 juillet 2005.

constaté dans cette mesure une discrimination au détriment des enfants en séjour irrégulier. Ceci dit, la Cour a insisté, dans cet arrêt, sur le fait que la loi devait prévoir la présence des parents de l'enfant à ses côtés dans la structure d'accueil, sous peine de contrevenir à l'article 22 de la Constitution. La loi fut ensuite modifiée à cet égard.

Ensuite, la Cour a toujours jugé<sup>147</sup> que le fait que les parents en séjour irrégulier d'enfants en séjour légal n'aient pas droit pour eux-mêmes à une aide sociale n'était pas discriminatoire. Par contre, la Cour a dit pour droit que la limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente pour les parents en séjour irrégulier d'un enfant en séjour irrégulier et lourdement handicapé était contraire aux articles 10, 11 et 22 de la Constitution<sup>148</sup>.

Au terme de cette courte analyse, l'on peut constater que la Cour peut peser sur le législateur, et le forcer à corriger sa copie initiale. Mais cela se fait uniquement à la marge, et par petites touches. Elle ne remet jamais en cause le principe selon lequel les différences de traitement établies au détriment des étrangers en séjour irrégulier soient la simple conséquence des politiques migratoires mises en œuvre par le législateur.

Il faut en outre rester prudent : il est important de remarquer, dans la jurisprudence de la Cour, que, si elle pèse sur le législateur pour une reconnaissance du droit à certaines prestations sociales pour une catégorie plus grande de personnes, elle n'influence nullement celui-ci quant à l'octroi d'un statut de séjour pour ces personnes. Sur ce plan, la Cour est totalement impuissante : le contrôle du respect du principe constitutionnel d'égalité ne s'étend pas jusque-là.

Or, en pratique, c'est très concrètement le droit au séjour qui conditionne l'accès à de nombreux droits fondamentaux. La Cour constitutionnelle se montre extrêmement prudente lorsqu'il s'agit de contrôler les dispositions législatives relatives au séjour et à l'établissement des étrangers, laissant une très grande marge d'appréciation au législateur qui, lui-même, laisse une grande place à un certain pouvoir discrétionnaire de l'administration.

Deux éclaircies apparaissent cependant dans le tableau.

*Premièrement*, dans son arrêt n° 1/2012 du 11 janvier 2012, la Cour constitutionnelle a franchi une étape supplémentaire dans sa manière de contrôler le respect des droits fondamentaux des étrangers. L'affaire concernait la catégorie des étrangers que sont les apatrides. En Belgique, les personnes reconnues apatrides n'ont pas automatiquement droit au séjour. Après avoir été reconnues apatrides, elles doivent encore introduire une demande d'autorisation de séjour pour se voir octroyer un titre de séjour régulier. L'octroi d'un titre de séjour aux apatrides reconnus est, en Belgique, tout sauf automatique. Conséquence logique : un apatride reconnu, mais non régularisé, n'a pas droit à certaines prestations sociales en Belgique, comme les prestations familiales garanties. La question s'est posée, devant la Cour, de savoir si une telle situation n'était pas discriminatoire, lorsqu'on la comparait à celle des réfugiés reconnus en Belgique qui, eux, ont bien droit à de telles prestations.

La Cour constitutionnelle a répondu par l'affirmative, et considère comme contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution le fait que la loi du 15 décembre 1980 sur les étrangers ne prévoit pas que les apatrides reconnus en Belgique, dont il est constaté qu'ils ont involontairement perdu leur nationalité et qu'ils démontrent ne pas pouvoir obtenir un titre de séjour légal et durable dans un autre État, ont un droit de séjour comparable à celui des réfugiés reconnus.

147 CC, arrêts n° 32/2006, n° 35/2006 et n° 44/2006.

148 CC, arrêt n° 194/2005 du 21 décembre 2005.

Pour la Cour, donc, la discrimination en cause provient d'une lacune de la législation. Il s'agit ici d'une lacune « extrinsèque » ou « simple »<sup>149</sup>. Dans un tel cas, la Cour considère, en général, qu'il appartient au législateur d'y remédier, ce qui n'est pas le cas pour les lacunes « intrinsèques », qui peuvent être auto-réparatrices<sup>150</sup>.

Mais dans cet arrêt du 11 janvier 2012, par une construction prétorienne que le Président Paul Martens a appelé la « lacune extrinsèque auto-réparatrice »<sup>151</sup>, la Cour a affirmé que, dans l'attente d'une intervention législative visant à modifier la loi du 15 décembre 1980 pour y insérer l'octroi automatique d'un titre de séjour pour les apatrides, « il appartient au juge *a quo* de mettre fin aux conséquences [...] de l'inconstitutionnalité constatée [...]. Par conséquent, il revient aux juridictions du travail saisies d'un refus d'accorder des prestations familiales garanties en faveur d'un enfant qui est à charge d'un apatride reconnu dont elles constatent qu'il a involontairement perdu sa nationalité et qu'il démontre qu'il ne peut obtenir un titre de séjour légal et durable dans un autre État avec lequel il aurait des liens, d'octroyer à cet enfant le droit aux prestations familiales en cause nonobstant le fait que la personne apatride à la charge de qui il se trouve n'est pas encore admise ou autorisée à séjourner sur le territoire belge »<sup>152</sup>.

L'intérêt de l'arrêt réside en ceci : c'est la première (et unique) fois que la Cour constitutionnelle a affirmé qu'il était contraire à la Constitution qu'une catégorie d'étrangers ne bénéficie pas *d'un droit au séjour* en Belgique. Lorsque l'on se rappelle que, en pratique, c'est le droit au séjour qui conditionne l'accès des étrangers à de nombreux droits fondamentaux, dont les droits économiques et sociaux, le fait que la Cour constitutionnelle remette en cause le non-octroi d'un titre de séjour à une catégorie d'étrangers – certes très particulière – est encourageant quant à l'appréciation par la Cour de l'étendue du contrôle qui est le sien.

*Deuxièmement*, en matière de droits sociaux des étrangers, la Cour a rendu un arrêt de principe exemplaire le 1<sup>er</sup> octobre 2015 (arrêt 133/2015), arrêt appliquant très pédagogiquement le principe de *standstill*.

Il était question, dans cet arrêt, d'un article de la loi belge relative aux Centres Publics d'Aide Sociale (CPAS) qui prévoyait que, par dérogation à d'autres dispositions de la loi, l'aide sociale n'est pas due par le CPAS à l'étranger autorisé au séjour sur la base de l'article 9bis de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, en raison d'un permis de travail B ou d'une carte professionnelle. Dans l'esprit du législateur, en effet, ces étrangers, censés être sur le territoire pour travailler, sont présumés bénéficier de ressources via leur travail.

Cet article de loi a été annulé par la Cour constitutionnelle. Selon elle, en excluant du droit à l'aide sociale une catégorie d'étrangers séjournant légalement sur le territoire, la disposition législative en cause réduit significativement le niveau de protection en cette matière pour les personnes appartenant à cette catégorie d'étrangers. Pour être compatible avec l'article 23 de la Constitution, cette réduction significative doit être justifiée par des motifs d'intérêt général.

Si l'objectif légitime de lutter contre les fraudes peut justifier certaines mesures, parmi lesquelles le refus de l'aide sociale aux étrangers dont on peut démontrer qu'ils tentent de l'obtenir indûment ou la fin du droit de séjour des étrangers qui l'ont obtenu abusivement, il ne saurait justifier qu'une catégorie

149 M. MELCHIOR et C. COURTOY, « L'omission législative ou la lacune dans la jurisprudence constitutionnelle », *JT*, 2008, p. 669 à 678.

150 V., par exemple, CC, arrêt n° 111/2008 du 31 juillet 2008.

151 P. MARTENS, « Le juge légiférant », *J.L.M.B.*, 2012, p. 558.

152 B.12.2. Sur cet arrêt n° 1/2012 du 1<sup>er</sup> janvier 2012, v. également *infra*, Section 3, § 1<sup>er</sup>.

abstraitement définie d'étrangers séjournant légalement sur le territoire se voit exclue du droit de faire appel à l'aide sociale en cas de situation d'indigence contrôlée par le CPAS et, en conséquence, se voit exclue du droit de mener une vie conforme à la dignité humaine. La mesure en cause est disproportionnée par rapport aux objectifs poursuivis.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour s'est livrée à un raisonnement basé sur le principe de *standstill* contenu dans l'article 23 de la Constitution, principe qui interdit au législateur compétent de réduire significativement le niveau de protection sans qu'existent pour ce faire des motifs d'intérêt général.

#### IV.- LES DROITS FONDAMENTAUX DU MIGRANT DEMANDEUR D'ASILE

La Constitution belge ne reconnaît pas le droit à l'asile. Comme les autres étrangers, les demandeurs d'asile sont protégés par les articles 10, 11 et 191 de la Constitution, ainsi que par les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés, qui se combinent avec les dispositions internationales pertinentes.

Le migrant demandeur d'asile constitue une catégorie particulière de migrants puisque l'article 31 de la Convention internationale de Genève relative au statut des réfugiés, qui a un effet direct dans l'ordre juridique interne belge, prescrit que les étrangers qui demandent à être reconnus comme réfugiés doivent être considérés comme se trouvant en Belgique aussi longtemps qu'une décision définitive n'a pas été prise quant à la recevabilité de leur demande. La Cour le précise dès 1993<sup>153</sup> et en déduit qu'ils doivent être considérés comme se trouvant sur le territoire de la Belgique pour l'application de l'article 191 de la Constitution<sup>154</sup>. Elle précise aussi que leur liberté d'aller et de venir est ainsi « réaffirmée » : aucune sanction pénale ne peut leur être appliquée du fait de leur entrée ou de leur séjour irrégulier et leurs déplacements ne peuvent subir d'autres restrictions que celles qui sont nécessaires<sup>155</sup>.

Ceci différencie la procédure de reconnaissance du statut de réfugié « qui s'inscrit dans le cadre d'obligations internationales auxquelles l'État a souscrit » de la procédure de régularisation « qui relève du pouvoir d'appréciation souverain des autorités belges »<sup>156</sup>. La Cour n'admet dès lors pas qu'une disposition législative relative à l'aide sociale soit interprétée de manière à accorder aux demandeurs de régularisation une aide sociale sous forme pécuniaire, alors que les candidats réfugiés ne reçoivent qu'une aide sociale en nature dans un centre d'accueil dans lequel ils sont obligatoirement inscrits. Cette interprétation instaure une différence de traitement non justifiée entre les demandeurs de régularisation et les candidats réfugiés, au détriment de ces derniers<sup>157</sup>. De manière plus générale, la Cour précise que la politique d'asile menée par les pouvoirs publics serait mise en échec s'il était admis qu'il faudrait accorder aux personnes dont la demande d'asile a été refusée les mêmes droits qu'aux personnes dont la demande est encore à l'examen ou a déjà été approuvée<sup>158</sup>.

Le traitement juridictionnel des demandes d'asile est confié en Belgique au Conseil du contentieux des étrangers. Selon la Cour constitutionnelle, ce Conseil exerce un contrôle juridictionnel tant au regard de la loi qu'au regard des principes

153 CC, arrêt n° 20/93 du 4 mars 1993, B.2.3.

154 À l'époque cette disposition était l'article 128 (la Constitution belge a fait l'objet d'une renumérotation en 1994).

155 CC, arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, B.7.2.

156 CC, arrêt n° 131/2001 du 30 octobre 2001, B.3.7. Jurisprudence confirmée par la suite.

157 CC, arrêts n° 203/2004, n° 204/2004 et n° 205/2004 du 21 décembre 2004, B.13.4. à B.13.6.

158 CC, arrêt n° 135/2011 du 27 juillet 2011, B.15.9.

généraux du droit. Il examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée aux faits établis. Lorsque cette dernière est annulée, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt : si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut pas méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision ; si elle s'en tient à l'annulation, l'acte attaqué est réputé ne pas avoir existé (comparer : CEDH, 7 novembre 2000, *Kingsley c. Royaume-Uni*, § 58). En outre, le Conseil du contentieux des étrangers peut, dans certaines conditions, ordonner la suspension de l'exécution de la décision, le cas échéant en statuant en extrême urgence. Le Conseil peut également, aux conditions prévues par l'article 39/84 de la même loi, ordonner des mesures provisoires. Les justiciables disposent donc d'une garantie juridictionnelle effective, devant une juridiction indépendante et impartiale, contre les décisions administratives qui les concernent<sup>159</sup>. La Cour précise encore que la nature juridictionnelle du Conseil du contentieux des étrangers se déduit de son organisation, de l'indépendance de ses membres par rapport à l'administration, de la réglementation de la procédure ainsi que du recours en cassation administrative qui peut être introduit contre ses décisions définitives<sup>160</sup>. Le conseil est une juridiction administrative chargée d'un contentieux relatif à un droit politique. Il n'est pas contraire au principe d'égalité et de non-discrimination de ne pas confier ce contentieux à une juridiction de l'ordre judiciaire<sup>161</sup>. Il répond aussi aux exigences découlant de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, compte tenu de ce que les recours contre les décisions attaquées suspendent leur exécution ou peuvent donner lieu à une telle suspension<sup>162</sup>.

C'est une loi du 12 janvier 2007 qui reconnaît au demandeur d'asile le droit à un accueil pour lui permettre de mener une vie conforme à la dignité humaine qui peut être soit l'aide matérielle octroyée conformément à la présente loi, soit l'aide sociale octroyée par les centres publics d'action sociale conformément à la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'action sociale<sup>163</sup>. Dès 2002, la Cour constitutionnelle avait admis que le législateur pouvait, sans méconnaître l'article 23 de la Constitution, rendre obligatoire l'inscription de certains candidats réfugiés dans un centre où ils reçoivent une aide en nature dès lors que l'octroi en nature est une des formes d'aide sociale prévues par la loi<sup>164</sup>. Le législateur peut limiter ainsi l'exercice du droit de choisir librement sa résidence, compte tenu des modalités du régime d'inscription, dès lors qu'il poursuit des objectifs tels que la protection contre les abus des exploiters et des trafiquants d'êtres humains ainsi que l'offre de garantie pour un accueil de qualité<sup>165</sup>. La Cour est cependant attentive dans cet arrêt au droit au respect de la vie familiale de l'étranger<sup>166, 167</sup>.

Lorsqu'un étranger perd la qualité de « demandeur d'asile », du fait que le statut de réfugié lui a été refusé ou accordé, l'intéressé et les membres de sa famille n'entrent en principe plus dans le champ d'application de la loi du 12 janvier 2007. Une prolongation de l'aide matérielle est dans certains cas possible, par exemple pour l'étranger qui est parent d'un enfant belge. Saisie d'une question préjudicielle

159 CC, arrêt n° 81/2008 du 27 mai 2008, B.16.3.

160 *Ibid.*, B.18.3.

161 *Ibid.*, B.18.4.

162 *Ibid.*, B.19.3.

163 Loi du 12 janvier 2007 sur l'accueil des demandeurs d'asile et de certaines autres catégories d'étrangers, article 3.

164 CC, n° 169/2002 du 27 novembre 2002, B.7.2. et B.7.3.

165 Arrêt cité, B.2.2., B.7.2. et B.9.2.

166 *Ibid.*, B.13.4. à B.13.7.

167 Sur l'exclusion temporaire du droit à l'aide matérielle à titre de sanction, v. l'arrêt n° 135/2011 du 27 juillet 2011, B.19.2. et B.19.3.

qui compare cette situation à celle d'un parent d'un enfant de nationalité néerlandaise, la Cour constitutionnelle valide la loi. Le législateur a raisonnablement pu considérer qu'un étranger dont le droit à l'aide matérielle a pris fin se trouve dans une « situation administrative ou humanitaire particulière » qui pourrait justifier une prolongation de cette aide lorsqu'il est parent d'un enfant belge, eu égard au droit, inconditionnel et illimité dans le temps, de l'enfant belge de séjourner sur le territoire belge<sup>168</sup>.

La protection accordée aux demandeurs d'asile a évolué au fil du temps sous l'influence du contexte national. Les lois en la matière se sont multipliées ; elles ont été souvent soumises au contrôle de la Cour sur recours en annulation et questions préjudicielles.

Le législateur a ainsi voulu lutter contre les abus résultant de l'introduction de demandes d'asile successives. La Cour a d'emblée admis que les étrangers se trouvent dans des situations essentiellement différentes selon qu'ils introduisent une première ou une deuxième demande d'asile et que les articles 10 et 11 de la Constitution ne s'opposent pas à ce que le droit à l'aide sociale ne soit pas garanti durant l'examen des recours concernant la deuxième demande de la même manière que durant l'examen de la première demande<sup>169</sup>. En 2011, elle reconnaît comme légitime l'objectif du législateur de « briser le “mécanisme de carrousel” des demandes d'asile successives introduites dans le seul but de prolonger le séjour dans un centre d'accueil »<sup>170</sup>. L'article 23 de la Constitution n'empêche pas le législateur de prévenir ou de réprimer l'abus éventuel du droit à l'aide sociale en vue de garantir la jouissance de ce droit à ceux qui peuvent légitimement s'en prévaloir<sup>171</sup>. La loi contrôlée dans cette affaire permet de limiter le droit à l'aide matérielle à partir de la troisième demande d'asile. Elle est validée par la Cour. Le législateur va encore durcir sa politique et en 2014, la Cour est amenée à contrôler une loi qui vise à décourager les deuxième demandes dont le seul but est de prolonger le droit à l'accueil. Elle constate et admet que le législateur estime insuffisantes les mesures déjà prises « pour faire face à une surcharge de la procédure et du réseau d'accueil pouvant mettre en péril les droits de demandeurs d'asile qui, pour la première fois, introduisent une demande et ne peuvent bénéficier d'aucune place dans un centre d'accueil »<sup>172</sup>. Supprimer le caractère automatique de la prolongation de l'aide matérielle lorsqu'une deuxième demande est introduite permet d'atteindre cet objectif<sup>173</sup>. Dans son contrôle de proportionnalité, la Cour prend en compte le fait que la limitation de l'aide doit résulter d'une décision individuelle et motivée de l'autorité compétente, l'octroi de l'aide étant le principe. Le droit à l'accompagnement médical nécessaire pour mener une vie conforme à la dignité humaine est par ailleurs garanti. La Cour prend en compte dans son contrôle l'article 16 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003, relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les États membres et souligne que conformément à l'article 24 de cette directive, il appartient aux autorités chargées de l'application de cet article 16 d'organiser les concertations nécessaires afin que le droit à l'accueil des demandeurs d'asile introduisant des

168 CC, n° 39/2015 du 19 mars 2015, B.9.1.

169 CC, arrêts n° 21/2001 du 1<sup>er</sup> mars 2001, n° 148/2001 du 20 novembre 2001 et n° 50/2002 du 13 mars 2002.

170 CC, arrêt n° 135/2011 du 27 juillet 2011, B.9.1. : « Un tel mécanisme entraîne en effet non seulement une surcharge procédurale pour les instances d'asile, mais également une saturation des centres d'accueil, qui ont une capacité limitée, empêchant ainsi l'accueil de personnes qui y ont droit ».

171 Arrêt n° 135/2011 du 27 juillet 2011, B.8.3.3.

172 Arrêt n° 95/2014 du 30 juin 2014, B.9.1.

173 *Ibid.*, B.9.2.

demandes successives soit examiné en connaissance de cause. La Cour conclut dès lors que la mesure législative n'entraîne pas un recul significatif du droit à l'aide sociale qui ne serait pas justifié par des motifs d'intérêt général<sup>174</sup>. La Cour admet, pour des motifs identiques et aux mêmes conditions, la validité d'une mesure législative destinée à éviter que la limitation de l'aide matérielle ne soit contournée par l'octroi d'une aide financière à charge des centres publics d'action sociale<sup>175</sup>. En réponse à un moyen pris de la violation des droits de l'enfant tels qu'ils sont reconnus par l'article 22*bis* de la Constitution, combiné avec l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant, avec l'article 17 de la directive 2003/9/CE, l'article 10, paragraphe 3, du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et l'article 17 de la Charte sociale européenne révisée, la Cour précise que le législateur n'a pas voulu, par la loi en cause, déroger aux dispositions qui règlent le droit des mineurs à l'aide matérielle et que les dispositions attaquées ne trouvent pas à s'appliquer aux mineurs. Ce point fait l'objet d'une réserve d'interprétation reprise dans le dispositif de l'arrêt<sup>176 177</sup>.

En 2013, la Cour est amenée à se prononcer sur une loi qui transpose certaines dispositions de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1<sup>er</sup> décembre 2005, qui permet aux États membres de désigner comme pays d'origine sûr, au niveau national, des pays tiers autres que ceux figurant sur la liste commune minimale. La disposition attaquée autorise le Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides à ne pas prendre en considération une demande d'asile lorsqu'il ne ressort pas clairement des déclarations du ressortissant d'un pays d'origine sûr qu'il existe, en ce qui le concerne, une crainte fondée de persécution au sens de la Convention de Genève ou des motifs sérieux de croire qu'il court un risque réel de subir une atteinte grave telle que déterminée par la loi. Un pays est considéré comme un pays d'origine sûr lorsque, sur la base de la situation légale, de l'application du droit dans le cadre d'un régime démocratique et des circonstances politiques générales, il peut être démontré que, d'une manière générale et de manière durable, il n'y est pas recouru à la persécution au sens de la Convention de Genève ou qu'il n'existe aucun motif sérieux de croire que le demandeur d'asile court un risque réel de subir une atteinte grave.

Les requérantes faisaient d'abord valoir que cette disposition est discriminatoire par le fait qu'elle alourdit la charge de la preuve. La Cour juge que la différence de traitement repose sur un critère objectif, et que la mesure législative en cause est à la fois pertinente et proportionnée à l'objectif poursuivi, défini comme la lutte contre « l'usage inapproprié de la procédure d'asile »<sup>178</sup>. Dans son contrôle de proportionnalité, la Cour rejette l'argument selon lequel le libellé de la disposition attaquée rendait celle-ci plus sévère que la directive européenne quant au renversement de la présomption qu'elle établit. En outre, la Cour insiste sur le fait que la disposition attaquée n'exige pas d'un demandeur d'asile qu'il remplisse les conditions pour être reconnu réfugié, mais qu'elle se limite à exiger du demandeur qu'il présente des éléments sérieux de nature à renverser la présomption établie. La décision de ne pas prendre la demande en considération repose sur des éléments de

174 *Ibid.*, B.10. à B.12.

175 *Ibid.*, B.20 à B.23.

176 *Ibid.*, B.16 à B.19. et dispositif.

177 Il n'est pas plus porté atteinte au droit à l'aide matérielle de l'étranger qui introduit un recours auprès du Conseil du contentieux des étrangers, en raison de l'effet suspensif de ce recours (*ibid.*, B.24. à B.28).

178 CC, arrêt n° 107/2013 du 18 juillet 2013, B.3.3. et B.5.2. V., sur cet arrêt, M. LYS, « La Cour constitutionnelle valide l'introduction en droit belge de la notion de pays d'origine sûr en matière d'asile », *Newsletter EDEM*, août 2013.

fond. L'examen rapide de ces éléments n'a pas d'effets disproportionnés compte tenu des garanties dont est entouré l'établissement de la liste des pays tenus pour sûrs<sup>179</sup>.

La Cour estime par ailleurs compatible avec le principe d'égalité le fait que le délai dans lequel le Commissaire doit prendre une décision quant à ces demandes d'asile est limité à 15 jours. Se fondant sur l'arrêt de la CEDH du 2 février 2012 I.M. c. France, elle relève que le législateur confronté à la nécessité de prévoir des moyens de traiter le contentieux qu'entraîne un grand nombre de demandeurs d'asile peut légitimement mettre en place des procédures accélérées<sup>180</sup>.

Le législateur peut-il confier au Roi la compétence d'établir la liste des pays d'origine sûrs ? Dès lors qu'il ne s'agit pas d'une matière réservée au législateur par la Constitution, la Cour l'admet et rappelle les limites de sa compétence pour censurer une disposition qui règle la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif<sup>181</sup>.

Dans un quatrième et dernier moyen, les requérantes reprochaient à la disposition attaquée de violer le principe d'égalité en ce qu'elle s'applique indistinctement à tous les demandeurs d'asile, sans aucunement tenir compte de leur situation de vulnérabilité particulière (mineurs étrangers non accompagnés (MENA), personnes handicapées, âgées, traumatisées). La Cour écarte également ce moyen, mais sous réserve d'une interprétation qui n'empêche pas les MENA de bénéficier des dispositions prévues en leur faveur par la réglementation applicable et qui ne porte ni atteinte à l'obligation du Commissaire général de prendre en considération la situation de vulnérabilité des MENA lorsqu'il procédera à l'examen de leur demande, ni à l'obligation pour le Commissaire général de prendre en considération la fragilité des personnes handicapées, âgées, traumatisées, lorsqu'il procédera à l'examen de leur demande<sup>182</sup>.

Le traitement des demandes d'asile de personnes provenant d'un pays d'origine sûr fait encore l'objet d'une autre intervention du législateur, quelques semaines après la loi qui fait l'objet de l'arrêt n° 107/2013<sup>183</sup>. La loi est attaquée devant la Cour constitutionnelle. Logiquement les arrêts se succèdent de quelques mois. Par son arrêt n° 1/2014 du 16 janvier 2014, la Cour annule la disposition législative qui ne permet plus que la décision de non-prise en considération d'une demande d'asile ou d'obtention du statut de protection subsidiaire prise par le

179 *Ibid.*, B.5.6.

180 *Ibid.*, B.6.2. « Dans le silence de la loi, l'on doit raisonnablement considérer que ce délai commence à courir au moment où le Commissaire général est saisi du dossier » (*ibid.*, B.8.2.).

181 Elle peut uniquement censurer une disposition qui méconnaît les règles répartitrices de compétence entre l'État, les communautés et les régions ou qui prive une catégorie de personnes de l'intervention d'une assemblée démocratiquement élue, prévue explicitement par la Constitution (*ibid.*, B.10.2.). L'on relève encore que les arrêtés d'exécution établissant la liste des pays d'origine sûrs ont été soumis au contrôle du Conseil d'État qui a vérifié leur conformité à la définition légale. Dans ses arrêts n° 228 901 et n° 228 902 du 23 octobre 2014, le Conseil d'État annule les arrêtés en tant qu'ils inscrivent l'Albanie sur cette liste. Il estime que le nombre de personnes d'origine albanaise à avoir bénéficié du statut de réfugié contredit l'affirmation selon laquelle d'une manière générale et durable, il n'est pas recouru à la persécution au sens de la convention et qu'il n'existe pas de motifs sérieux de croire que le demandeur d'asile peut y courir un risque réel de subir une atteinte grave au sens légal. V., sur ces arrêts, M. LYS, « Le Conseil d'État belge raye l'Albanie de la liste des pays d'origine sûrs », *Newsletter EDEM*, Novembre-Décembre 2014, qui relève dans son commentaire le fait que le Conseil d'État de France a validé la présence de l'Albanie sur la liste des pays d'origine sûrs, mais a censuré l'inscription du Kosovo sur cette liste, ce que n'a pas fait le Conseil d'État de Belgique. « On le voit : alors même que la notion de pays d'origine sûr provient de la transposition d'une directive faisant partie du « système européen commun d'asile », on se retrouve potentiellement avec des interprétations divergentes – voire complètement antagonistes – de ce concept selon l'État membre dans lequel on se trouve » (*idem*, p. 37).

182 CC, arrêt n° 107/2013, cité, B.12.3. et B.4.

183 La première loi date du 19 janvier 2012, la deuxième du 15 mars 2012.

Commissaire général à l'égard d'un demandeur originaire d'un pays figurant sur la liste des pays sûrs établie par le Roi fasse l'objet d'un recours suspensif de pleine juridiction auprès du Conseil du contentieux des étrangers.

Le moyen unique est tiré de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec les articles 3 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et avec l'article 39 de la directive 2005/85/CE déjà citée. Selon les parties requérantes, les demandeurs d'asile originaires d'un pays considéré comme sûr sont privés de manière discriminatoire du droit à un recours effectif.

L'objectif du législateur était de permettre un traitement plus rapide des demandes d'asile qui ne pouvait être réalisé, selon son estimation, que si la procédure accélérée auprès du CGRA était suivie d'une procédure accélérée en degré d'appel<sup>184</sup>. Il a dès lors privé les demandeurs d'asile concernés du recours suspensif de pleine juridiction, ne leur autorisant désormais plus qu'un recours en annulation, non suspensif de plein droit.

Selon la Cour constitutionnelle, ce recours en annulation n'est pas un recours effectif au sens de l'article 13 de la CEDH. Pour ce faire, la Cour va se référer très explicitement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'effectivité des recours en cas de grief défendable tiré de l'article 3 de la CEDH, et singulièrement à ses arrêts *Gebremedhin c. France* du 26 avril 2007, *MSS c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011, *Singh et autres c. Belgique* du 2 octobre 2012 et *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* du 20 décembre 2011<sup>185</sup>. Le recours en annulation n'a pas d'effet suspensif et implique un examen de la légalité de la décision du Commissaire général en fonction des éléments dont cette autorité avait connaissance au moment où elle a statué, le Conseil n'étant, dans ce dernier cas de figure, pas tenu de prendre en considération les nouveaux éléments de preuve présentés par le requérant à l'appui de son recours<sup>186</sup>.

La Cour vérifie ensuite si le droit interne n'offre pas d'autres recours aux requérants qui leur permettraient de s'opposer à l'exécution d'une mesure d'éloignement vers un pays dans lequel, aux termes du grief qu'ils font valoir, existe un risque de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme à leur égard. Sa conclusion est négative<sup>187</sup>. Elle doit dès lors contrôler la constitutionnalité de la différence de traitement dénoncée.

Le critère de distinction est, en l'espèce, la nationalité, ce qui constitue un critère objectif. Mais la Cour va se référer à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne qui, dans son arrêt *HID et BA* du 31 janvier 2013 affirmait que si la nationalité du demandeur d'asile était un élément qui « pouvait être pris en considération pour justifier le traitement prioritaire ou accéléré d'une demande d'asile », cette procédure prioritaire ne pouvait aboutir à priver les demandeurs d'asile concernés « des garanties exigées par l'article 23 de la directive 2005/85, lesquelles s'appliquent à toute procédure ». Parmi ces garanties fondamentales figure le droit à un recours effectif, consacré à l'article 39 de la directive « procédure » et à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La Cour rappelle que ce droit à un recours effectif doit, d'une part, être ouvert à l'encontre de

184 CC, n° 1/2014 du 16 janvier 2014, B.2.1. V., sur cet arrêt, M. LYS, « La Cour constitutionnelle condamne l'absence de recours effectif à l'encontre des décisions de refus de prise en considération des demandes d'asile de personnes provenant d'un pays d'origine sûr », *Newsletter EDEM*, février 2014.

185 *Ibid.*, B.5.1. et B.5.2.

186 *Ibid.*, B.6.1. à B.6.3.

187 *Ibid.*, B.7. à B.8.6.

toute décision de rejet d'une demande d'asile, conformément à l'arrêt Samba Diouf de la Cour de Justice du 28 juillet 2011 et, d'autre part, être défini par référence au sens et à la portée que lui confère la Convention européenne des droits de l'homme. Cela conduit la Cour à affirmer que « le droit à un recours effectif tel qu'il est garanti dans le contentieux de l'asile par l'article 39 de la directive précitée est applicable, non pas à la mesure d'éloignement du territoire, mais bien à la décision rejetant la demande d'asile. Il en découle qu'il suppose un examen, non seulement du grief tiré du risque de violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme en cas d'expulsion du requérant vers un pays où ce risque existe, mais également des griefs tirés de la violation des dispositions relatives à l'octroi du statut de réfugié ou de la protection subsidiaire »<sup>188</sup>.

En conséquence, la Cour conclut à l'absence de pertinence du critère de distinction, car ce dernier n'est tout simplement pas admis par la directive « procédure ». Pour asseoir son raisonnement, la Cour précise enfin que, en tout état de cause, la suppression du droit à un recours effectif n'est pas proportionnée à l'objectif de célérité poursuivi par le législateur, car d'autres mesures, moins attentatoires au droit à un recours effectif, sont envisageables pour atteindre cet objectif<sup>189</sup>.

Comme plusieurs autres arrêts étudiés dans ce rapport, cet arrêt montre la grande importance que la Cour accorde au respect des droits procéduraux des étrangers ainsi que l'attention qu'elle porte non seulement à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi à celle de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de droits fondamentaux. C'est ce dialogue qui permet désormais de garantir la possibilité pratique, pour un demandeur d'asile issu d'un pays d'origine sûr, de saisir une instance juridictionnelle contre la décision de refus.

---

188 *Ibid.*, B.10.1. à B.10.7.

189 *Ibid.*, B.11. et B.12.