

ETUDE DOCTRINALE

SA LANGUE VERS L'AUTRE

*Itinéraires de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
dans le raisonnement du juge constitutionnel belge
en matière de droits fondamentaux des étrangers*

PAR

GERMAIN HAUMONT*

INTRODUCTION

La Cour constitutionnelle belge est louée pour son « europhilie »(1), attribut signant son souci de connaître, citer et respecter les jurisprudences supranationales tant de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : Cour eur. D.H.) que de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : CJUE). Ce trait, que d'aucuns qualifient de « politique jurisprudentielle »(2), la distingue d'autres juridictions constitutionnelles en Europe(3). Vis-à-vis de la CJUE, il dénote prioritairement une propension aux questions préjudicielles, lesquelles jouissent d'un onglet dédié sur le site internet de la Cour(4). Vis-à-vis de la Cour eur. D.H., il ne peut encore

* Germain Haumont est avocat au barreau de Bruxelles et assistant à l'Université Saint-Louis-Bruxelles et à l'Université libre de Bruxelles. La présente contribution est tirée d'un travail de fin d'études réalisé à l'ULB sous la direction d'Emmanuelle Bribosia, que l'auteur remercie chaleureusement pour ses précieux conseils et sa confiance.

(1) G. ROSOUX, « L'ambivalence ou la double vocation de l'identité nationale. Réflexions au départ de l'arrêt n° 62/2016 de la Cour constitutionnelle belge », *Cahiers de droit européen*, 2019/1, p. 131. André Alen et Willem Verrijdt parlent quant à eux « d'eupéanisme » (A. ALEN et W. VERRIJDT, « La relation entre la Constitution belge et le droit international et européen », in I. RIASSETTO, L. HEUSCHLING et G. RAVARANI (coord.), *Liber Amicorum Rusen Ergec*, Luxembourg, Pasierisie luxembourgeoise, 2017, p. 45).

(2) C'est-à-dire « un ensemble d'options politiques — au sens large — qu'elle choisit plus ou moins consciemment et qui sous-tendent ses interprétations, ses pondérations et ses argumentations, même si elles ne sont pas présentes dans toutes ses décisions » (X. DELGRANGE, H. DUMONT, C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Juge constitutionnel et interprétation des normes : Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2017, p. 198).

(3) L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2011) », *Revue du droit public*, 2012, pp. 1758-1759 ; E. BRIBOSIA, « Un dialogue sous l'influence des terreaux juridiques nationaux », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours. Loyauté et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 225-236.

(4) Voy., sur cette question, la synthèse fouillée d'A. ALEN et W. VERRIJDT, « Le dialogue préjudiciel de la Cour constitutionnelle belge avec la Cour de justice de l'Union européenne »,

se concrétiser que par des références à ses arrêts(5), ceux-ci s'étant hissés au rang de véritable « source du droit pour la Cour constitutionnelle »(6) grâce à la « place privilégiée »(7) qu'ils occupent dans sa jurisprudence. La présente contribution vise à saisir les dynamiques qui sous-tendent une poignée de ces références fréquentes mais éparées.

Dans le sillon de l'europhilie évoquée, la doctrine a beaucoup insisté sur la « fidélité sans faille »(8), la « docilité »(9), voire même l'« obéissance aveugle »(10) de la Cour constitutionnelle vis-à-vis de sa collègue strasbourgeoise, à telle enseigne que les questions de recherche posées à propos

in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 33-74. Sur le rôle plus large du droit de l'Union européenne devant la Cour constitutionnelle, voy. W. VERRIJDT, « Het Grondwettelijk Hof als EU-rechter », in N. CARIAT et J. T. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge/Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 253-283 ; M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle partenaire de la Cour de justice de l'Union européenne », *R.B.D.C.*, 2011/2, pp. 81-109.

(5) La Belgique n'a, en effet, pas encore ratifié le Protocole n° 16 à la CEDH organisant une possibilité de dialogue direct entre les instances suprêmes nationales et la Cour eur. D.H.

(6) B. RENAULD, « L'application du droit international et les renvois préjudiciels à la Cour constitutionnelle belge », *R.B.D.C.*, 2012/3-4, p. 338. Voy., dans le même sens, C. VAN DE HEYNING, « Grondwettelijke conversaties : een meerwaarde voor de bescherming van fundamentele rechten? De interpretatie en toepassing van fundamentele rechten in een complexe context van gelaagde bescherming », *T.B.P.*, 2012/7, p. 405, § 31.

(7) H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 197. Voy. aussi P. POPELIER, « Judicial conversations in multilevel constitutionalism. The Belgian case », in M. CLAES, M. DE VISSER, P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING (eds), *Constitutional Conversations in Europe. Actors, Topics and Procedures*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 86. Josephine De Jaegere a récemment calculé qu'un dixième des arrêts rendus par la Cour constitutionnelle entre 1985 et 2015 citent la jurisprudence de la Cour eur. D.H., avec une augmentation constante depuis les années 2000, contre 5 % mentionnant la jurisprudence communautaire (J. DE JAEGERE, *Judicial review and strategic behaviour. An empirical case law analysis of the Belgian Constitutional Court*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 238-250).

(8) P. MARTENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *C.D.P.K.*, 2010/3, p. 350. Le Président émérite de la Cour constitutionnelle se veut héraut de cette thèse disciplinaire. Il écrit ainsi que la Cour se considère « comme un organe déconcentré de l'autorité européenne » (P. MARTENS, « Les enjeux d'une théorie générale des droits constitutionnels », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 17 ; voy. aussi « La Cour constitutionnelle belge et les Cours européennes », in E. BRIBOSIA, L. SCHEECK et A. UBEDA DE TORRES (dir.), *L'Europe des cours. Loyauté et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 327). Il avait néanmoins exprimé un point de vue plus nuancé à l'occasion d'une réflexion collective sur le concept de traduction (« La traduction : un point de vue bruxellois », in A. BAILLEUX, Y. CARTUYVELS, H. DUMONT et F. OST (dir.), *Traduction et droits européens : enjeux d'une rencontre. Hommage au Recteur Michel van de Kerchove*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2009, pp. 647-660, spéc. p. 660 : « le juge constitutionnel semble devenir l'ensemblier des normativités éparées qu'il trouve dans les productions du droit supranational afin, non plus servilement de s'y soumettre, mais de privilégier celle qui lui paraît la plus apte à habiller la solution conforme aux droits fondamentaux »).

(9) X. DELGRANGE, H. DUMONT, C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Juge constitutionnel et interprétation des normes : Belgique », *op. cit.*, p. 182.

(10) Nous traduisons « blinde volgzzaamheid » (P. SENAËVE, « Kan er inzake afstemming nog zinvol wetgevend werk verricht worden ? », *Tijdschrift voor familierecht*, 2011/8, p. 171).

de leurs interactions peuvent prendre une tournure franchement disciplinaire(11). Ce portrait s'abreuve à la théorie de la chose interprétée, selon laquelle les dispositions conventionnelles s'imposent aux autorités nationales dans l'interprétation que leur confère la Cour eur. D.H., nonobstant l'autorité relative de chose jugée que revêtent ses arrêts(12). Nous baptiserons ce cadre explicatif le *paradigme du code* pour signifier qu'il tend à réifier la jurisprudence strasbourgeoise en un corpus abstrait de règles, transposable tel quel d'un contentieux à l'autre, et à propos duquel la question qui se pose en priorité est celle de son respect par la Cour constitutionnelle. Ce paradigme ne présente toutefois qu'une puissance heuristique limitée. Il permet, certes, d'expliquer pourquoi la Cour constitutionnelle se réfère aux précédents européens et en tire des enseignements(13), mais n'éclaire pas la trajectoire de ces précédents. Or seuls certains d'entre eux se trouvent cités, et toujours par extraits choisis(14).

De surcroît, des « anomalies »(15) existent de nature à jeter sur ce paradigme dominant un soupçon et, partant, à attiser la curiosité des chercheurs. Nous en avons identifié plusieurs en matière de droits fondamentaux des étrangers, à propos desquels les commentateurs ont ponctuellement remarqué « une certaine retenue »(16), des discordances(17), voire des « affrontements »(18) entre la Cour constitutionnelle et la Cour eur. D.H. Or, les

(11) Voy., par ex., 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 (éd.), *Rights-Based Constitutional Review : Constitutional Courts in a Changing Landscape*, Camberley Surrey, Edward Elgar, 2016, pp. 346-373 ; L. LAVRYSEN et J. THEUNIS, « The Belgian Constitutional Court: a satellite to the ECtHR? », in A. ALEN, V. JOOSTEN, R. LEYSEN et W. VERRIJDT (eds), *Liberæ Cogitationes. Liber amicorum Marc Bossuyt*, Anvers, Intersentia, 2013, pp. 331-354.

(12) Voy. F. KRENC, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 323-325.

(13) Voy. récemment P. LAMBRECHT et M. SCHAUS, « Dialogue entre la Constitution belge et le droit international et européen : vers une légitimité renforcée de la Constitution belge et de sa Cour », in A. ALEN, F. DAOÛT, P. NIHOUL, E. PEREMANS et W. VERRIJDT (coord.), *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 237-254.

(14) Ce constat, qui s'applique au-delà de la seule relation ici étudiée, a déjà donné lieu à des réflexions théoriques stimulantes (voy. not. A. BAILLEUX, « Human rights in network », *European Journal of Human rights*, 2014/3, p. 301).

(15) C'est-à-dire « des faits d'observation qui ne cadrent plus avec le modèle explicatif — qui, si elles se multiplient, provoqueront la mise en cause du paradigme dominant » (F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2002, p. 13).

(16) Nous traduisons « een zekere terughoudendheid » (A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, « De verhouding tussen het Grondwettelijk Hof en het Europees Hof voor de rechten van de mens », in A. ALEN et J. THEUNIS (eds), *Leuvense Staatsrechtelijke Standpunten*, 3. *De Europese dimensie in het Belgische Staatsrecht*, Brugge, die Keure, 2012, § 25).

(17) C. VERBROUCK et C. VAN HAMME, « Même la Cour constitutionnelle belge oublie la jurisprudence strasbourgeoise, spécialement l'arrêt *Paposhvili* contre Belgique de la Cour européenne des droits de l'homme », *Cahiers de l'EDEM*, mars 2020.

(18) P. MARTEENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 355. Selon l'auteur, il s'agit bien entendu d'une époque révolue.

droits fondamentaux des étrangers constituent l'une des matières où la Cour constitutionnelle repose le plus sur des précédents strasbourgeois(19). Ils offrent pour ces raisons un formidable « cas déviant » à opposer audit paradigme(20). Deux hypothèses peuvent être avancées pour comprendre cette déviance. La première, de nature sociologique, tient aux prises de position de certains juges constitutionnels qui n'hésitent pas à critiquer la jurisprudence strasbourgeoise en cette matière(21). La seconde, de nature technique, réside en ce que la dimension casuistique saillante de nombre des arrêts strasbourgeois cités, c'est-à-dire le soin avec lequel la situation du requérant y est circonscrite avant que sa demande soit tranchée, complique la tâche d'en abstraire des enseignements généralisables(22).

La présente contribution part de la seconde hypothèse car elle est susceptible de remettre en cause le *paradigme du code*. En effet, elle incite à poser la question du traitement des arrêts strasbourgeois par la Cour constitutionnelle, qui doit les choisir puis les intégrer au raisonnement objectif et abstrait qui est le sien(23), censé hermétique aux circonstances de fait(24). Dans la

(19) Josephine De Jaegere a calculé que 22 % des arrêts rendus en matière migratoire citent un précédent de la Cour eur. D.H., contre 10 % en moyenne (*Judicial review and strategic behaviour. An empirical case law analysis of the Belgian Constitutional Court*, op. cit., p. 249 et note 1093 pour les chiffres).

(20) Voy. J. GERRING, « Case selection for case-study analysis: qualitative and quantitative techniques », in J. M. BOX-STEFFENSMEIER, H. E. BRADY et D. COLLIER (eds), *The Oxford handbook of political methodology*, Oxford, O.U.P., 2008, p. 655.

(21) Le plus illustre de ces détracteurs est sans doute le Président émérite Marc Bossuyt, voy. not. : « L'évolution de la politique d'asile en Belgique et en Europe », in A. ALEN, F. DAOÛT, P. NIHOUL, E. PEREMANS et W. VERRIJDT (coord.), *Libertés, (l)égalité, humanité. Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 369-380, spéc. p. 376 ; « Rechterlijk activisme in Straatsburg », *R.W.*, 2013-2014/19, pp. 723-733 ; « Belgium Condemned for Inhuman or Degrading Treatment Due to Violations by Greece of EU Asylum Law », *European Human Rights Law Review*, 2011, pp. 581-596 ; *Strasbourg et les demandeurs d'asile : des juges sur un terrain glissant*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; « De uitbreiding van de rechtmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving : een rechterlijke revolutie ? », *R.W.*, 2007-2008/21, pp. 842-856. Ce dernier trouve un contradicteur en la personne d'un autre Président émérite : comp. par exemple, à propos de l'arrêt Cour eur. D.H. (G.C.), *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, M. BOSSUYT, « La Cour de Strasbourg souhaite que les Etats parties instaurent une procédure d'« asile médical » », *Rev. trim. dr. h.*, 2017/111, pp. 651-668 et P. MARTENS, « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2017/111, pp. 669-680.

(22) C'est une des thèses développées avec panache par M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, Oxford, O.U.P., 2015. Voy. aussi O. DE SCHUTTER, *Links between Migration and Discrimination. A legal Analysis of the situation in the EU Member States*, Luxembourg, 2016, pp. 71 et 75 et 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, points 412-422.

(23) M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 85 ; B. FRYDMAN, *Le sens des lois. Histoire de l'interprétation et de la raison juridique*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2011, pp. 667-668.

(24) A. ALEN et K. MUYLLE, « Du (non-)usage de précédents étrangers par la Cour constitutionnelle belge », *R.B.D.C.*, 2014/3, p. 301. *Contra* : M. VERDUSSEN, « La Cour constitutionnelle belge exerce-t-elle un contrôle concret ? », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2013/29, pp. 17-23 ; P. MARTENS, « Le contrôle préjudiciel de constitutionnalité est-il un art abstrait ? », in *Mélanges en hommage à Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 423-450. L'importance

mesure où nous serons confronté à une pluralité de traitements hétérogènes, nous nous interrogerons aussi sur les variables incitant la Cour à élire telle ou telle voie argumentative. Pour ce faire, nous proposerons un *paradigme de la langue* « associant la rigueur de la règle à la souplesse des usages » (25). Il présente l'avantage de relativiser l'importance de la première en fournissant des outils utiles à l'analyse des seconds. Au premier chef, pareille analyse permet de saisir comment la *langue autre* de la Cour eur. D.H. devient *l'autre langue* de la Cour constitutionnelle — et de quelle langue, ce disant, nous parlons.

L'appareil théorique qui sous-tend ce paradigme alternatif, proposé à titre exploratoire, est exposé dans un premier chapitre (I). Il est ensuite testé au départ de deux types de « problèmes de constitutionnalité » (26) face auxquels la Cour constitutionnelle mobilise la jurisprudence strasbourgeoise relativement au droit des étrangers. Il s'agit des *problèmes migratoires*, c'est-à-dire ceux qui impliquent en tant que tel le franchissement d'une frontière (II), et des *problèmes socioéconomiques* nés de la requête par un étranger d'une prestation sociale au sens large à charge d'un service public (III). Le pistage des références à la jurisprudence strasbourgeoise pour chacun d'eux fait l'objet des deuxième et troisième chapitres. A des fins de concision, nous avons ainsi écarté les *problèmes procéduraux* que rencontrent les étrangers car la jurisprudence strasbourgeoise y relative s'avère généralement moins casuistique (27).

I. UNE COUR « BILINGUE » ÉTUDIÉE D'UN POINT DE VUE PRAGMATIQUE

Que son recours aux instruments internationaux altère la structure-même des raisonnements de la Cour constitutionnelle et n'équivaut pas, pour cette

de la prise en compte par la Cour constitutionnelle du contexte factuel des arrêts strasbourgeois, en vue d'éviter les solutions absurdes, a été mise en évidence par A. ALEN, K. MUYLLE et W. VERRIJDT, « De verhouding tussen het Grondwettelijk hof en het Europees Hof voor de rechten van de mens », *op. cit.*, p. 45.

(25) B. AMBROISE et V. AUOCOUTURIER, « Nommer n'est pas jouer », in S. LAUGIER et C. CHAUVIRÉ (éds), *Lire les Recherches philosophiques de Wittgenstein*, Paris, Vrin, 2006, p. 39.

(26) Nous empruntons, en la traduisant, cette expression à J. SMETS et F. DEBAEDTS, *Prejudiciële vragen aan het Grondwettelijk Hof*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2016, p. 221.

(27) Voy. M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, *op. cit.*, chapitre 12. La matière gravite principalement autour de l'arrêt Cour eur. D.H. (G.C.), *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011. Il a été intégré par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 1/2014 du 16 janvier 2014. Sur l'originalité de cet arrêt, voy., en particulier, S. GANTY et M. BAUMGARTEL, « Effective remedies as capabilities: towards a user perspective on the human rights of migrants in Belgium », *Human rights and international legal discourse*, 2014/8, pp. 215-234. La distinction entre droits matériels et droits procéduraux des étrangers est, du reste, classique (J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droits des étrangers*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 100) y compris en droit constitutionnel (M. LYS, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Migrations internationales et justice constitutionnelle. Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 2016/32, p. 199).

raison, à la mobilisation d'un corpus de règles supplémentaires par rapport aux normes constitutionnelles confiées à sa garde, c'est ce que des auteurs pressentent lorsqu'ils dénotent dans le chef de la Cour constitutionnelle un « tropisme international déresponsabilisant »(28). De même qu'une plante se tourne vers le soleil dans un mouvement héliotropique, de même la langue constitutionnelle éprouverait l'attraction des instruments internationaux, entraînant progressivement une perte de sa spécificité. Ce phénomène se marquerait, en particulier, par un amoindrissement du contrôle exercé par la Cour constitutionnelle contre le prescrit de l'article 53 de la CEDH qui autorise les Etats membres à garantir un niveau de protection plus élevé(29). Dans le même ordre d'idées, l'emprunt du concept de marge d'appréciation a été critiqué comme « n'ayant pas de sens » lorsque celle-ci a été reconnue à Strasbourg en raison de l'absence constatée d'un consensus européen(30).

De tels phénomènes — tropismes et emprunts —, dont la présente contribution montrera la fréquence, apparentent les droits mobilisés par la Cour constitutionnelle à des langues, comprises comme des structures en constante évolution, y compris au contact d'autres langues. Si nous risquons cette analogie, c'est parce qu'il existe un champ d'étude linguistique, celui des langues en contact, qui offre des outils pour comprendre comment, dans le chef d'un locuteur bilingue, les langues maîtrisées peuvent interférer au point de modifier les sons, les syntaxes ou le vocabulaire lorsqu'il s'exprime dans l'une d'entre elles(31). Quand il va jusqu'à utiliser un ou plusieurs termes de l'autre langue, il produit alors des énoncés bilingues(32). On distinguera à cet égard un mélange de langues (*code mixing*(33)) d'une alternance codique (*code switching*), selon que le changement observé se produit au cours d'un même arrêt ou d'un arrêt à l'autre(34). Et lorsqu'un mot d'une des langues est incorporé

(28) H. DUMONT et Ch. HOREVOETS, « L'interprétation des droits constitutionnels », *op. cit.*, p. 212.

(29) *Ibid.*, p. 213. La Cour constitutionnelle n'offre, selon eux, que « quelques démentis ». Pour une analyse fouillée du rôle qu'elle assigne à l'article 53 de la CEDH, voy. G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 515-590.

(30) S. VAN DROOGHENBROECK et O. VAN DER NOOT, « Between assimilation and exclusion: is there room for an "integrated" approach towards constitutional and international protection of human rights? », in E. BREMS et S. OUALD-CHAIB (eds), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 154.

(31) U. WEINREICH, *Languages in Contact*, La Haye, Mouton, 1968, p. 1. Le terme *interférence* sert à signifier que l'introduction progressive d'éléments d'une langue dans l'autre produit, à terme, des évolutions structurales.

(32) L.-J. CALVET, *La sociolinguistique*, 9^e éd., coll. « Que sais-je », Paris, P.U.F., 2017, p. 21.

(33) Antoine Bailieux écrit, en ce sens, qu'une certaine jurisprudence de la Cour de cassation « *mixes up* the "democratic" requirements imposed by the Belgian Constitution with the — considerably more lenient — legal certainty imperative rooted in the ECHR » (A. BAILLIEUX, « Human rights in network », *op. cit.*, p. 304, nous soulignons).

(34) L.-J. CALVET, *La sociolinguistique*, *op. cit.*, p. 22, que nous paraphrasons. L'auteur parle, quant à lui, de phrases et non d'arrêts.

dans l'autre, on parle d'emprunt. Ce dernier définit, en linguistique, une opération collective là où les interférences s'observent au niveau individuel(35). Or, notre démarche présente cette particularité de s'intéresser à un locuteur unique, à savoir la Cour constitutionnelle. C'est pourquoi nous utiliserons plutôt le concept d'emprunt pour dénoter, dans le chef de la Cour constitutionnelle, la récurrence de l'usage d'une notion ou d'une expression d'origine strasbourgeoise.

Cette piste de réflexion s'inscrit dans un horizon pragmatique, qui conçoit les droits fondamentaux comme un champ fragmenté — et « polycentrique »(36) — d'outils aux utilisateurs multiples(37). Dans le chef de la Cour constitutionnelle, cela signifie qu'elle est susceptible de s'approprier les précédents strasbourgeois et de s'en servir, le cas échéant en combinaison avec d'autres outils, pour aiguiller son raisonnement dans telle ou telle direction, sans que celle-ci ne soit forcément imposée par le précédent utilisé(38). En découle, selon les auteurs, un impératif de transparence vis-à-vis des « choix »(39) opérés : les juges doivent « expliquer ce qu'ils font et motiver pourquoi ils le font »(40). L'approche pragmatique recèle, sous cet angle, un potentiel critique. L'opacité en la matière peut, par exemple, cacher une pratique de *cherry picking* consistant à chercher dans les outils mobilisés uniquement ce qu'on y désire trouver(41).

Interrogé par les auteurs d'une récente étude des choix herméneutiques de la juridiction bruxelloise, Paul Martens revendique toutefois un *cherry*

(35) *Ibid.*, pp. 18-19.

(36) A. BAILLEUX, « Human rights in network », *op. cit.*, p. 309.

(37) E. DESMET, « Analysing users' trajectories in human rights. A conceptual exploration and research agenda », *Human rights & international legal discourse*, 2014/8, pp. 121-141 ; *Id.*, « Methodologies to study human rights law as an integrated whole from a users' perspectives: lessons learnt », in E. BREMS et S. OUALD-CHAIB (eds), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, pp. 12-38.

(38) Bien entendu, il s'agit pour la Cour de présenter son raisonnement comme « juste ou légitime, et pas seulement de démontrer qu'elle a pris une option disponible » (J. DE JAEGERE, *Judicial review and strategic behaviour. An empirical case law analysis of the Belgian Constitutional Court*, *op. cit.*, p. 231, notre traduction).

(39) Selon l'expression de T. MOONEN, « De keuzes van het Grondwettelijk Hof : argumenten bij de interpretatie van de Grondwet », *R.W.*, 2015-2016/26, pp. 1003-1021. Le terme était déjà employé par Ch. PERELMAN, « Synthèse », in Ch. PERELMAN et P. FORIERS (dir.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, p. 421.

(40) E. BREMS, « Smart human rights integration », in E. BREMS et S. OUALD-CHAIB (eds), *Fragmentation and Integration in Human Rights Law: Users' Perspectives*, Cheltenham, Edward Elgar, 2018, p. 192, notre traduction. Voy. aussi, dans le même sens, O. DE SCHUTTER, « The formation of a common law of human rights », in E. BRIBOSIA et I. RORIVE (eds), *Human Rights Tectonics. Global Dynamics of Integration and Fragmentation*, Cambridge, Intersentia, 2018, pp. 35-39.

(41) C'est un phénomène qu'a mis en évidence Dorothea Staes dans sa thèse portant sur l'utilisation par la Cour eur. D.H. des sources externes au droit de la CEDH : *When the European Court of Human Rights refers to external instruments. Mapping and justifications*, thèse soutenue en 2017 à l'Université libre de Bruxelles et l'Université Saint-Louis, Bruxelles, en ligne : https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A187177/datastream/PDF_01/view, consultée le 6 avril 2020, pp. 27-29 et 445-449 (ce chapitre s'intitule : « Persuasion at risk: A deficient methodology »).

picking motivé par la recherche de consensus dans les cas d'espèce : « il n'existe certainement pas un fondement "théorique" auquel se rallierait la juridiction. La méthode varie selon les contentieux et les majorités. Elle est essentiellement "casuistique" et "instrumentale" : c'est parce que l'interprétation sert l'objectif qu'il entend atteindre que le juge constitutionnel choisira l'une ou l'autre méthode »(42). Les auteurs en concluent que la Cour constitutionnelle conçoit les règles de droit qu'elle mobilise comme un matériau où puiser pour motiver la solution correspondant au consensus atteint lors du délibéré(43). Ils ajoutent qu'une motivation absconse ou juridiquement douteuse indique souvent un clivage au sein du siège, ayant débouché sur un consensus délicat, voire bancal(44). Il s'agira donc d'interroger les fins qui dictent le choix et l'interprétation des arrêts strasbourgeois par la Cour constitutionnelle en matière de droits fondamentaux des étrangers.

Le fait qu'une telle pratique soit assumée par la Cour constitutionnelle renforce l'hypothèse de son bilinguisme. Selon les linguistes, les interférences dues au bilinguisme peuvent, en effet, survenir de manière aléatoire ou calculée(45). Or, analyser la pratique citationnelle de la Cour constitutionnelle, non plus du point de vue normatif du respect de la règle strasbourgeoise mais de celui, pragmatique, de ses utilisations successives de cet outil, permet d'élargir le spectre des questions possibles. Par exemple, les concepts linguistiques exposés ci-dessus permettront de mettre en évidence que les éléments de langage qui migrent, selon différents schémas, de Strasbourg à Bruxelles ne servent pas tous à charpenter le raisonnement juridique de la Cour constitutionnelle, mais ponctuent parfois son discours sans nécessité apparente.

Enfin, dans le chef des parties et, le cas échéant, des juges *a quo*, l'existence d'un champ fragmenté d'outils signifie qu'ils sont également susceptibles d'en faire des utilisations stratégiques : *des choses se passent* dans les considérants A des arrêts constitutionnels. Il s'agira donc de mettre en lumière l'influence respective des parties « publiques »(46), des parties « civiles »(47) et des juges interrogeant la Cour, sur la formation des phénomènes étudiés.

(42) Propos rapportés par X. DELGRANGE, H. DUMONT, C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN, « Juge constitutionnel et interprétation des normes : Belgique », *op. cit.*, p. 176.

(43) *Ibid.*, p. 177.

(44) *Ibid.*, p. 194.

(45) L.-J. CALVET, *La sociolinguistique*, *op. cit.*, pp. 22-28 et les références citées.

(46) A savoir non seulement le Conseil des ministres et les Gouvernements fédérés mais aussi, dans le cadre des problèmes socioéconomiques, l'Office national des pensions et les CPAS.

(47) A savoir, très souvent, les étrangers eux-mêmes dans le cadre des questions préjudicielles et les associations défendant leurs intérêts dans le cadre des recours en annulation.

II. PROBLÈMES MIGRATOIRES : UNE INFORMATION DISCURSIVE INÉGALE

Lorsque la Cour eur. D.H. traite de questions migratoires, peu importe la disposition conventionnelle en cause, elle prend soin de rappeler dès l'entame de son raisonnement qu'en vertu d'un « principe de droit international bien établi », les Etats parties contrôlent souverainement l'accès à leur territoire(48), en amont, et peuvent prendre les mesures nécessaires pour expulser les étrangers qui n'ont pas ou n'ont plus le droit de s'y trouver(49), en aval. Ce principe a été affirmé pour la première fois dans l'affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*(50). Il ne connaît d'exceptions que marginales, dont le caractère casuistique tient tant aux critères protecteurs dégagés, très sensibles aux circonstances d'espèce(51), qu'à l'évolution (et la multiplication) de ces critères au fil des affaires(52). Il opère ce que Marie-Bénédicte Dembour a qualifié de « renversement strasbourgeois » pour dénoncer le primat accordé au contrôle souverain des frontières sur les droits humains dont devrait jouir toute personne sous la juridiction des Etats parties en vertu de l'article 1^{er} de la CEDH(53).

Le présent chapitre étudie comment la prémisse strasbourgeoise a été réitérée, en amont comme en aval, par la Cour constitutionnelle relativement au droit à la vie privée et familiale des étrangers (A) et à l'enfermement des étrangers en situation irrégulière (B). Dans le premier domaine, elle a fait son entrée en 2013(54) et semble avoir accru la marge de manœuvre reconnue aux législateurs par rapport à une jurisprudence constitutionnelle

(48) Voy. récemment, dans des contextes variés, *Jeunesse c. Pays-Bas* (G.C.), 3 octobre 2014, § 100 ; *Z.A. et autres c. Russie* (G.C.), 21 novembre 2019, § 160 ; *M.N. et autres c. Belgique* (G.C., déc.), 5 mai 2020, § 124.

(49) Voy. récemment, dans des contextes variés, *Üner c. Pays-Bas* (G.C.), 18 octobre 2006, § 54 ; *Hirsi Jamaa et autres c. Italie* (G.C.), 23 février 2012, § 113 ; *F.G. c. Suède* (G.C.), 23 mars 2016, § 111 ; *J.K. et autres c. Suède* (G.C.), 23 août 2016, § 79 ; *N.D. et N.T. c. Espagne* (G.C.), 13 février 2020, § 167, où la Cour « réitère aussi le droit des Etats d'établir souverainement leur politique en matière d'immigration ».

(50) Cour eur. D.H. (plénière), *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67.

(51) Voy. récemment Cour eur. D.H., *A.M. c. France*, 29 avril 2019, commenté par M. BEYS, « Rechtspraakoverzicht : Europees Hof voor de Rechten van de Mens (1 februari 2019 tot 30 april 2019) », *T. Vreemd.*, 2019/3, p. 285.

(52) Voy. récemment Cour eur. D.H., *Narjis c. Italie*, 14 février 2019, commenté par M. PETEL, « Une nouvelle pierre à l'édifice casuistique de la CEDH sur l'expulsion de ressortissants étrangers suite à leur condamnation pénale : la récidive comme facteur doublement déterminant ? », *Cahiers de l'EDEM*, février 2019.

(53) M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, op. cit., pp. 96-129, spéc. pp. 118-119. Voy., plus récemment, la position analogue de G. MILIOS, « The Immigrants' and Refugees' Right to "Family Life": How Relevant are the Principles Applied by the European Court of Human Rights? », *International Journal of Minority and Group Rights*, 2018/3, pp. 1-30, spéc. pp. 12-18. Voy. aussi, en matière d'enfermement, C. M. SMYTH, « Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children », *Human Rights Law Review*, 2019/1, p. 17.

(54) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.6.6.

antérieure qui avait dégagé, sur base du principe d'égalité, un droit au séjour protecteur en faveur de certains étrangers. Dans le second domaine, elle est mentionnée depuis 2008⁽⁵⁵⁾ et a exercé une influence plurielle. Dans les deux cas, le principe restrictif informe désormais les raisonnements de la Cour constitutionnelle sans que le détail de la casuistique strasbourgeoise, au demeurant rarement reproduite, ne lui serve à contrôler les normes soumises à sa censure⁽⁵⁶⁾.

A. La vie privée et familiale des migrants face au principe de souveraineté

L'article 22 de la Constitution et l'article 8 de la CEDH garantissent, de manière analogue, le droit au respect de la vie privée et familiale. En la matière, la prémisses strasbourgeoise n'a cependant pas été immédiatement réitérée par la Cour constitutionnelle, qui lui en préféra d'autres, citées de la même façon en guise d'amorce de son raisonnement, par exemple le droit d'un enfant, même né de parents étrangers en situation irrégulière, de vivre sur le territoire de l'Etat dont il est le national⁽⁵⁷⁾, ou le droit des apatrides à un titre de séjour suffisamment protecteur⁽⁵⁸⁾. Elle raisonnait alors sur le terrain du droit à la non-discrimination. Ladite prémisses a finalement été adoptée dans un arrêt de principe relatif au regroupement familial (1). Elle a, par la suite, fait tache d'huile dans la jurisprudence constitutionnelle, servant à régler des problèmes de constitutionnalité qui auraient appelé des réponses différentes s'ils avaient été traités au moyen du principe d'égalité (2). Tout récemment, la Cour constitutionnelle l'a, toutefois, assortie de nuances inédites en insistant sur le volet procédural de l'article 8 (3).

1. Emprunt tardif de la prémisses strasbourgeoise

Saisir la logique ayant présidé à l'emprunt, par la Cour constitutionnelle, du *principe de droit international bien établi* qui innerve systématiquement les arrêts de la Cour eur. D.H. en matière migratoire requiert de comparer deux arrêts relatifs au regroupement familial. Alors que, dans le premier⁽⁵⁹⁾,

(55) C.C., arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008, B.66.

(56) Pour être complet, il faut mentionner un troisième domaine dans lequel la prémisses strasbourgeoise a été rappelée, à savoir l'expulsion d'étrangers pour motifs d'ordre public (C.C., arrêt n° 111/2019 du 18 juillet 2019, B.11.1, al. 2). La même information discursive y est à l'œuvre.

(57) C.C., arrêt n° 174/2009 du 3 novembre 2009, B.7.2.

(58) Voy. les arrêts n° 198/2009 du 17 décembre 2009 et n° 1/2012 du 11 janvier 2012 et, pour des commentaires doctrinaux, P. MARTENS, « Le juge légiférant », obs. sous C.C., arrêt n° 1/2012 du 11 janvier 2012, *J.L.M.B.*, 2012/12, pp. 557-559 ; C. CHIURULLI, « Vers une réforme jurisprudentielle du droit au séjour des apatrides ? », *A.P.T.*, 2016/4, pp. 698-703 ; M. LYS, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Migrations internationales et justice constitutionnelle. Belgique », *op. cit.*, pp. 191-192.

(59) C.C., arrêt n° 174/2009 du 3 novembre 2009.

la Cour constitutionnelle ne fait pas référence à l'arrêt *Abdulaziz* bien qu'il était invoqué par le Conseil des ministres(60) et tranche la question posée en la faveur des migrants sur la base du principe de non-discrimination, ce précédent revêt une importance centrale dans le second(61), bien qu'on n'en trouvait pas trace dans les mémoires des parties.

La présente étude n'est pas le lieu de commenter cet arrêt long d'une centaine de pages dans tous les aspects qui peuvent le lier au droit de la CEDH. Nous nous concentrons sur la première partie de l'arrêt, relative aux conditions du regroupement familial à l'égard de membres de la famille d'un ressortissant d'un Etat tiers à l'Union européenne, car c'est elle qui mobilise le principe de droit international que nous pistons(62). On notera d'emblée que sur les vingt moyens composant cette partie de l'arrêt, seuls trois étaient pris de dispositions constitutionnelles lues en combinaison avec l'article 8 de la CEDH (63). Or, la Cour constitutionnelle choisit d'entamer l'ensemble de son raisonnement par un propos introductif consacré à la jurisprudence strasbourgeoise en la matière, qui mérite d'être reproduit avec ses références d'origine :

« B.6.6. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas le droit d'un étranger à séjourner dans un pays déterminé. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé à maintes reprises que "d'après un principe de droit international bien établi les Etats ont le droit, sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, de contrôler l'entrée des non-nationaux sur leur sol" (CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, § 67 ; *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, § 42 ; *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, § 54 ; *Darren Omoregie e.a. c. Royaume-Uni*, 31 octobre 2008 [il s'agit en fait de l'arrêt *Darren Omoregie e.a. c. Norvège*, 31 juillet 2008, ndlr], § 54). Plus particulièrement, cet article n'implique pas l'obligation pour un Etat d'autoriser le regroupement familial sur son territoire. En effet, la Cour européenne a précisé que "l'article 8 ne saurait s'interpréter

(60) C.C., arrêt n° 174/2009 du 3 novembre 2009, A.3.4.1. A cet égard, la présence du juge Paul Martens, critique vis-à-vis de la jurisprudence de la Cour eur. D.H. en la matière, parmi les juges ayant connu de la première affaire ne doit pas être perdue de vue (voy. Th. BOMBOIS, P. MARTENS et B. RENAULD, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? », in *Liège, Strasbourg, Bruxelles : parcours des droits de l'homme. Liber amicorum Michel Melchior*, Liège, Anthemis, 2010, pp. 794-800).

(61) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.6.6.

(62) Pour un aperçu général de cet arrêt et de son contexte, voy. L. VANCRAVEBECK, « Les conditions du regroupement familial (re)vuees par la Cour constitutionnelle », obs. sous C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, *A.P.T.*, 2014/2, pp. 209-218 ; I. DOYEN, « Le droit au regroupement familial en mutation. Aperçu des principes et de la jurisprudence depuis la loi du 11 juillet 2011 », in P. WAUTELET et F. COLLIENNE (dir.), *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 163-214.

(63) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.8.1, B.13.1 et B.17.1.4 (dans ce dernier considérant, l'article 14 de la CEDH se trouve mentionné également).

comme comportant pour un Etat contractant l'obligation générale de respecter le choix, par des couples mariés, de leur domicile commun et d'accepter l'installation de conjoints non nationaux dans le pays" (CEDH, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, précité, § 68 ; *Darren Omoregie e.a.*, précité, § 57 ; 29 juillet 2010, *Mengesha Kimfe c. Suisse*, § 61 ; 6 novembre 2012, *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, § 43). La Cour a souligné également que "la situation au regard du droit des étrangers, lorsqu'il ne s'agit pas par exemple du statut de réfugié, implique une part de choix en ce qu'elle est souvent celle d'une personne qui a choisi de vivre dans un pays dont elle n'a pas la nationalité" (CEDH, 27 septembre 2011, *Bah c. Royaume-Uni*, § 45) ».

Ce considérant appelle trois remarques. Premièrement, la Cour constitutionnelle choisit majoritairement des arrêts concluant à la non-violation de l'article 8 de la CEDH (64). Parmi ceux-ci figure, pour la première fois, l'arrêt *Darren Omoregie*, à propos duquel certains membres de la Cour constitutionnelle écrivaient en 2010 qu'il « traduit une conception du monde dans laquelle les pays occidentaux s'arrogent le droit de se comporter en forteresses, étant entendu que le reste du monde est bien assez vaste et ouvert pour accueillir ceux qui auront eu la mauvaise idée de s'attacher à une personne qui ne disposait pas, au jour de leur rencontre, du précieux droit de séjour » (65). Depuis 2013, ce même arrêt a pourtant été cité cinq fois par la juridiction bruxelloise (66)... Qui plus est, la mention à l'arrêt *Bah* est déplacée, dans la mesure où la Cour constitutionnelle traite uniquement de l'article 8 de la CEDH. En effet, l'extrait cité concerne la calibration du contrôle de proportionnalité pour juger si une différence de traitement fondée sur le statut migratoire d'une personne est justifiée sous l'angle de l'article 14 de la CEDH combiné avec l'article 8. C'est donc en tant que comparateur que la Cour eur. D.H. juge qu'un statut migratoire non « subi » doit faire l'objet d'un contrôle moins sévère de sa part (67). En revanche, dans le cadre du regroupement familial, c'est le consensus international

(64) Seul l'arrêt *Mengesha Kimfe c. Suisse*, 29 juillet 2010 conclut à la violation de l'article 8 lu isolément et ce, « compte tenu du caractère exceptionnel des circonstances » (§ 71). Dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* (plénière), 28 mai 1985, la Cour conclut à la non-violation de l'article 8 lu isolément mais constate une discrimination fondée sur le sexe contraire à l'article 14 lu en combinaison avec l'article 8. De même, dans l'arrêt *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, 6 novembre 2012, la Cour constate une discrimination (§ 56) et juge superflu d'envisager la requête sous l'angle exclusif de l'article 8 (§ 59).

(65) Th. BOMBOIS, P. MARTENS et B. RENAULD, « Existe-t-il un droit fondamental au regroupement familial à Strasbourg, à Luxembourg et à Bruxelles ? », *op. cit.*, p. 801.

(66) Les quatre autres sont les arrêts : n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.5.6 ; n° 18/2018 du 22 février 2018, B.10.3.4 ; n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.37.1 ; n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.15.2 (notons que seul ce dernier arrêt le référence correctement).

(67) Voy. égal. *Hode et Abdi c. Royaume-Uni*, 6 novembre 2012, § 47. Pour un aperçu critique de cette question, voy. J. HARDY, « Les "situations migratoires" comme "critères suspects de différenciation" dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.E.*, 2011/4, pp. 483-491, spéc. p. 488.

prescrivant une protection accrue du réfugié qu'elle met en avant, davantage que le caractère « choisi » des autres migrations(68). Ce subtil détournement montre que non seulement le choix mais aussi la lecture que la Cour constitutionnelle fait des arrêts cités jouent en la défaveur des étrangers.

Deuxièmement, l'emphase de ce considérant introductif étonne compte tenu de la place occupée par le droit de la CEDH dans les trois moyens qui l'invoquent. Celle-ci est, en effet, quasi nulle puisqu'elle se limite à un paragraphe surabondant en fin de raisonnement dans lequel la Cour constate, sans autre justification, que « la lecture combinée des articles 10 et 11 de la Constitution avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne conduit pas à une autre conclusion »(69). La pertinence de la CEDH s'en trouve ainsi écartée(70), ce qui indique un phénomène d'alternance codique puisqu'un autre droit prendra nécessairement le relais.

C'est l'objet de notre troisième remarque. Le considérant examiné se distingue des propos introductifs relatifs à la jurisprudence de la CJUE, qui le suivent immédiatement(71). En effet, la Cour constitutionnelle ne rassemble pas les arrêts luxembourgeois en un unique bloc mais cite *in extenso* les paragraphes auxquels elle se réfère. En outre, elle les réutilise dans le corps de son raisonnement, lorsqu'elle se penche sur le fond des moyens avancés par les requérants(72). Cette brève comparaison confirme que la prémisse strasbourgeoise a fait irruption dans la jurisprudence constitutionnelle en tant qu'élément essentiellement discursif. Nous entendons par là qu'elle sert à introduire le raisonnement de la Cour davantage qu'elle n'intègre son contrôle de constitutionnalité proprement dit. Ceci étant, vu sa (re)formulation dans l'extrait analysé, elle insuffle un biais défavorable vis-à-vis des étrangers concernés.

2. Première conséquence du greffon : des discriminations occultées

La prémisse strasbourgeoise a, depuis lors, resurgi sur des questions connexes au regroupement familial. Deux arrêts méritent une attention

(68) Cour eur. D.H., *Tanda-Muzinga c. France*, 10 juillet 2014, § 75 ; *Mugenzi c. France*, 10 juillet 2014, § 54.

(69) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.8.3.3. Voy., *mutatis mutandis*, les considérants B.13.3.2, al. 3, *in fine*, et B.17.9.

(70) La Cour a réitéré ce rejet, en matière de regroupement familial, dans les arrêts suivants : n° 43/2015 du 26 mars 2015, B.14 et B.17 ; n° 120/2017 du 12 octobre 2017, B.11 ; n° 14/2018 du 7 février 2018, B.11. On constatera toutefois que, dans ces trois arrêts, la jurisprudence de la Cour eur. D.H. est rappelée en fin de moyen, au moment d'écarter la pertinence du droit de la CEDH en l'espèce, et non en tant que propos introductif général.

(71) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.6.8 à B.6.11. Cette différence a également été remarquée, bien qu'en des termes moins tranchés, par M. LYS, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Migrations internationales et justice constitutionnelle. Belgique », *op. cit.*, p. 188.

(72) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.11.4, B.17.4, B.17.5.1 et B.17.5.2.

particulière. Le premier touche au droit au logement social des étrangers établis sur le territoire et de leur famille, lorsqu'un des parents se trouve en séjour irrégulier (a). Le second a trait aux conditions d'intégration imposées à certaines catégories d'étrangers aux fins d'obtenir un titre de séjour ou son renouvellement (b). Ils illustrent comment ladite prémisse a progressivement informé la structure des raisonnements de la Cour constitutionnelle. Cette dernière en vient, sous son effet, à négliger des problèmes d'égalité de traitement, alors même qu'elle s'était auparavant montrée plus sensible que la Cour eur. D.H. à cette question.

a. Sanction des locataires sociaux cohabitant avec une personne en situation irrégulière (arrêt n° 91/2015)

Le premier arrêt concerne une question préjudicielle posée par un juge de paix à propos d'une disposition du Code flamand du logement prévoyant une condition de séjour durable dans le chef du cohabitant d'une personne bénéficiant d'un logement social. Les faits dont avait à connaître le juge *a quo* permettent de mieux cerner le problème. Monsieur Afatsawo occupait un logement social avec ses deux enfants. En cours de bail, un autre enfant et une dame l'ont rejoint dans son appartement. Tous deux étaient inscrits au registre d'attente des étrangers et ne remplissaient donc pas la condition d'établissement. La société de logement social a, pour cette raison, résilié le bail social et saisi le juge de paix en vue de l'expulsion(73). La question posée à la Cour porte sur la comptabilité de cette condition de séjour durable imposée au cohabitant avec les articles 10, 11, 22 et 23 de la Constitution, garantissant respectivement le droit à l'égalité, au respect de la vie familiale et au logement, en ce qu'elle introduit une distinction de traitement entre les locataires sociaux en fonction du titre de séjour de leur cohabitant. Seul le Gouvernement flamand comparut devant la Cour, mais sans citer de précédent précis.

La Cour constitutionnelle introduit son raisonnement par un long considérant relatif à la jurisprudence de la Cour eur. D.H. sur le droit à la vie familiale des étrangers. Le premier alinéa rappelle que « l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne confère aucun droit au logement »(74). Il précise que des avantages sur ce terrain doivent toutefois être octroyés sans discrimination et cite, en ce sens, l'arrêt *Bah c. Royaume-Uni*(75). Mais elle tire du même arrêt que « les Etats peuvent réserver à certaines catégories d'étrangers des avantages en matière de logement social, qui pèsent lourdement sur les moyens publics »(76). Pour étayer cette affir-

(73) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, II.

(74) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.5.6.

(75) Cour eur. D.H., *Bah c. Royaume-Uni*, 27 septembre 2011.

(76) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.5.6, al. 1, citant le paragraphe 49 de l'arrêt *Bah c. Royaume-Uni*.

mation, elle se réfère également à l'arrêt *Ponomaryovi c. Bulgarie*(77). Le second alinéa rappelle que « l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne reconnaît pas le droit d'un étranger à séjourner dans un pays déterminé » et reprend la prémisse strasbourgeoise dans la formulation de l'arrêt n° 121/2013 commenté ci-dessus(78).

Cette orientation de départ n'allait cependant pas de soi. En effet, dans tous les précédents mobilisés, les requérants avaient demandé une aide sociale ou un droit de séjour et se l'étaient vu refuser au motif qu'ils ne remplissaient pas les conditions pour en bénéficier. Or, en l'espèce, le logement social avait été accordé mais fut retiré, à titre de sanction, à l'ensemble de la famille au motif qu'un des nouveaux arrivants ne disposait pas encore du titre de séjour requis(79). Ainsi, tout se passe comme si la Cour concevait le cohabitant en cause comme un étranger isolé attendant de l'Etat qu'il lui fournisse une prestation, et non pas comme le destinataire d'une sanction, à savoir la résiliation du bail social, frappant par définition le reste de son foyer. Elle présente ce faisant, à l'instar de la Cour eur. D.H. dans les extraits cités, « le choix entre le foyer et la famille, non comme une conséquence des actions de l'Etat, mais comme une conséquence des choix des époux [ou, ici, des cohabitants, ndlr] »(80).

La suite du raisonnement confirme ce biais. Concernant, en premier lieu, l'objectif justifiant la mesure, la Cour constate que, d'une part, « lorsqu'il octroie des avantages sociaux à des étrangers, le législateur décréteil peut tenir compte de la nature de leur statut de séjour et de la durabilité de leur séjour »(81) et que, d'autre part, il est pertinent « de n'offrir aux étrangers la possibilité de *s'inscrire* pour un logement social [...] que lorsqu'il est établi, après une décision de l'autorité fédérale, qu'ils pourront séjourner de façon durable et légale sur le territoire »(82).

La Cour constitutionnelle examine, en second lieu, les effets de la mesure. A ce propos, elle se réfère aux travaux préparatoires de la disposition en cause pour affirmer que des étrangers, comme les défendeurs devant le juge *a quo*, en attente d'une décision sur leur titre de séjour ne doivent pas être considérés comme des cohabitants permanents, de sorte que leur présence ne met *pas encore* en péril le logement social de la famille(83). Elle conclut cependant en confirmant, dans l'interprétation qu'elle vient de lui donner, la constitutionnalité de la disposition en cause :

(77) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011.

(78) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.5.6, al. 2. L'arrêt *Bah c. Royaume-Uni* n'y figure toutefois pas.

(79) La condition litigieuse ne s'applique pas aux mineurs.

(80) B. DE HART, « Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders », *European Journal of Migration and Law*, 2009/3, p. 250, notre traduction.

(81) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.11.1, nous soulignons.

(82) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.11.2, nous soulignons.

(83) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.13, B.14 et B.17.

« Après une décision positive sur la demande d'asile, l'étranger concerné sera inscrit dans le registre des étrangers et pourra séjourner de manière permanente avec son partenaire dans l'habitation sociale de location et adhérer au contrat de bail [...] ».

Cependant, il ne saurait *en aucun cas* s'agir d'une cohabitation régulière lorsque l'étranger concerné, à la suite d'une décision négative concernant sa demande d'asile, ne séjourne plus légalement sur le territoire. La cohabitation dans le logement social, au cours de l'examen de la demande d'asile, ne peut pas davantage contrecarrer la politique fédérale en matière d'asile. En cas de contestation, il appartient à l'autorité compétente, sous contrôle juridictionnel, d'apprécier si la cohabitation est régulière »(84).

De la sorte, elle n'opère en définitive aucun contrôle de proportionnalité qui tienne compte de l'impact de la mesure sur la situation familiale dans son ensemble. Au contraire, elle se range, sans formuler la moindre nuance protectrice, du côté de la logique répressive du migrant en séjour irrégulier prônée par le Gouvernement flamand(85). De fait, lorsqu'on lit la conclusion à laquelle aboutit la Cour à l'aune des faits de l'espèce, il en découle que la résiliation d'un bail social est *toujours justifiée* si un étranger en séjour irrégulier habite durablement le logement. Cette conséquence est d'autant plus manifeste que, dans un autre arrêt portant sur la même réforme du Code flamand du logement, la Cour a confirmé la condition d'apprentissage du néerlandais imposée au cohabitant durable, tout en précisant qu'il appartient au juge de paix de « vérifier si la gravité du manquement du locataire est de nature à justifier la résiliation du contrat de bail »(86), exigence dont on ne trouve nulle trace en l'espèce. Bien plus tôt, la formulation de la dernière phrase du considérant reproduit laisse entendre que le contrôle juridictionnel ne devrait porter que sur la régularité de la cohabitation, c'est-à-dire du séjour.

Cet arrêt peut être mis en perspective avec de récentes décisions d'irrecevabilité opposées, à Strasbourg, à des étrangers ayant perdu, bien que résidant légalement aux Pays-Bas, une aide sociale en raison de leur cohabitation avec un autre étranger en situation irrégulière(87). Un élément de

(84) C.C., arrêt n° 91/2015 du 18 juin 2015, B.17, al. 2 et 3, nous soulignons.

(85) Sur cette tension entre dynamique répressive et dynamique protectrice dans l'appréhension juridique du migrant en situation irrégulière, voy. J.-Y. CARLIER, « Quelles Europes et quel(s) droit(s) pour quels migrant irrégulier ? », in S. LECLERC (dir.), *Europe(s), droit(s) et migrant irrégulier*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. XXVI. La logique répressive domine, de longue date, la jurisprudence constitutionnelle relative aux droits de ces personnes (voy., par ex., C.A., arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, B.4.3). Pour une analyse récente de cette jurisprudence, voy. M. LYS, « Le visage du migrant », in P. D'ARGENT, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (coord.), *Les visages de l'Etat. Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 560 et s.

(86) C.C., arrêt n° 24/2015 du 5 mars 2015, B.29.5.

(87) Cour eur. D.H. (déc.), *Yeshlla c. Pays-Bas*, 15 janvier 2019 ; *Said c. Pays-Bas*, 12 mars 2019 ; *Heerawi c. Pays-Bas*, 12 mars 2019 ; *Aghmadi et Jaghubi c. Pays-Bas*, 12 mars 2019 ; *A.D.*

comparaison permet de mesurer l'écart qui sépare les raisonnements de la Cour eur. D.H. et de la Cour constitutionnelle : la Cour eur. D.H. ne rappelle pas sa prémisse selon laquelle l'article 8 ne garantit pas à un étranger de séjourner sur le territoire de son choix. La raison en est que la question qui l'occupe est une question de discrimination et non une question migratoire, le titre de séjour des requérants n'étant pas menacé(88). Or il en allait de même, devant la Cour constitutionnelle, de Monsieur Afatsawo et de ses enfants. Concernant la discrimination alléguée, la Cour eur. D.H. avalise l'appréciation des juges néerlandais, en soulignant que ceux-ci procèdent à un examen de proportionnalité afin de déterminer si la sanction affecte démesurément la vie familiale des personnes concernées, en particulier les membres de la famille en situation régulière qui se reposeraient pour vivre sur l'étranger en situation irrégulière visé(89). Elle reconnaît donc implicitement qu'une question se pose sur le terrain du droit à l'égalité, question que passe sous silence l'arrêt constitutionnel à l'analyse.

b. « Efforts d'intégration » imposés à certaines catégories d'étrangers (arrêt n° 126/2018)

La même critique peut être formulée à l'encontre de l'arrêt confirmant la loi insérant un article 1^{er}/2 dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers qui impose à certaines catégories d'étrangers, à savoir essentiellement les membres de la famille d'un Belge n'ayant pas exercé sa liberté de circulation et les ressortissants de pays tiers(90), des « efforts d'intégration »(91).

Le troisième moyen des requérants était pris de la violation des articles 10, 11 et 22 de la Constitution, combinés avec les articles 8 et 14 de la CEDH et les articles 7 et 16 de la Directive 2003/86/CE sur le regroupement familial(92). Ce libellé invitait la Cour à raisonner à l'intersection

et L.K. c. Pays-Bas, 12 mars 2019. Il s'agit de décisions vivement critiquées. La doctrine attend impatiemment sur cette question un arrêt de fond : F. STAIANO, « *Yeshitla v. the Netherlands*: a missed opportunity to reflect on the discriminatory effects of States' social policy choices », *Strasbourg Observers*, 8 mars 2019, en ligne : <https://strasbourgobservers.com/category/cases/yeshitla-v-the-netherlands/>, consulté le 1^{er} avril 2020 ; M. COUSINS, « The European Convention on Human Rights and Residence Requirement for the Purposes of Social Assistance Beneficiaries », *European Journal of Migration and Law*, 2019/4, pp. 541-550.

(88) Voy., par ex., Cour eur. D.H. (déc.), *Yeshitla c. Pays-Bas*, 15 janvier 2019, §§ 30-31.

(89) Cour eur. D.H. (déc.), *Yeshitla c. Pays-Bas*, 15 janvier 2019, §§ 24 et 40. Mel Cousins note toutefois que, jusqu'ici, une seule décision néerlandaise a conclu à la disproportion de la sanction (« The European Convention on Human Rights and Residence Requirement for the Purposes of Social Assistance Beneficiaries », *op. cit.*, p. 546).

(90) S. GANTY, *Intégration choisie. Droit européen de l'intégration des non-nationaux.ales : typologies et analyses critiques*, thèse soutenue en 2019 à l'Université Libre de Bruxelles, Bruxelles, à paraître, p. 508 (manuscrit).

(91) Loi du 18 décembre 2016 insérant une condition générale de séjour dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, *M.B.*, 16 janvier 2017.

(92) C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, A.9.

du droit de la CEDH et du droit de l'Union, ce qu'elle fit, en apparence du moins.

Dans l'introduction de son raisonnement, la Cour constitutionnelle commence par écarter, en une phrase, la pertinence de l'article 14 de la CEDH(93), sans se pencher sur la jurisprudence de la Cour eur. D.H. qui s'y rattache. Elle reproduit, ensuite, la prémisse strasbourgeoise dans la formulation de l'arrêt n° 121/2013, selon laquelle l'article 8 ne confère pas de droit à séjourner dans un pays déterminé(94). Son contrôle consiste, enfin, à passer au tamis de la jurisprudence communautaire la justification de la disposition litigieuse ainsi que chacun des critères d'intégration qu'elle énumère(95). On formulera, à ce propos, deux observations.

Premièrement, la Cour interprète la disposition en cause de manière conciliante avec le mot d'ordre de la CJUE pertinente, à savoir « que les conditions d'intégration prévues par les Etats membres doivent avoir pour but non pas de sélectionner les personnes qui pourront exercer ou non leur droit au regroupement familial, mais de faciliter l'intégration des membres de la famille dans les Etats membres »(96). Elle en tire une double conséquence qui, pour reprendre l'expression de Sarah Ganty, contribue à « renverser le modèle d'intégration “condition” sur sa tête »(97). D'une part, en vue d'éviter une sélection entre étrangers, le manque d'efforts d'intégration ne peut pas à lui seul justifier une sanction ; il ne peut que venir appuyer d'autres éléments du dossier, ce que confirment les travaux préparatoires(98). D'autre part, au moment d'apprécier les efforts d'intégration, l'autorité compétente doit appliquer un principe de proportionnalité et tenir compte des circonstances individuelles particulières(99). On se souviendra que, dans son arrêt de 2015 relatif aux sanctions subies par les locataires sociaux cohabitant avec une personne en situation irrégulière, la Cour constitutionnelle n'avait pas tiré cette exigence de l'article 8 de la CEDH.

(93) C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.35, al. 2 : « L'article 14 de la Convention [...] n'ajoute rien aux articles 10 et 11 de la Constitution ».

(94) C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.37.1.

(95) Elle n'annule que le critère du « passé judiciaire », disproportionné à l'objectif d'intégration (C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.40.8 et B.41).

(96) C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.39.4, reprenant le § 57 de l'arrêt C.J.U.E., *Minister van Buitenlandse Zaken c. K. et A.*, C-153/14, 9 juillet 2015.

(97) S. GANTY, *Intégration choisie*, op. cit., p. 509. Nous nous limitons ici aux interprétations que la Cour lie au droit communautaire. L'auteure pointe encore, pour étayer sa conclusion, d'autres éléments dans le raisonnement de la Cour constitutionnelle, enracinés dans les travaux préparatoires.

(98) C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.40.3 et B.40.4.

(99) C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, B.40.6. Une exigence d'individualisation ressort, en effet, de la jurisprudence communautaire, ce qui a été salué par la doctrine (voy. not. S. GANTY, « Les tests d'intégration civique sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne. Un exercice d'équilibriste périlleux entre marge d'appréciation des Etats membres et protection des ressortissants de pays tiers », *Journal européen des droits de l'homme*, 2016/1, pp. 39-40).

Ceci nous mène à notre seconde observation, relative au rôle de la jurisprudence strasbourgeoise. Comme dans l'arrêt n° 121/2013 sur le regroupement familial, celle-ci n'est mobilisée que dans l'introduction, à telle enseigne qu'elle passe inaperçue(100). Or, plusieurs auteurs soutiennent que de telles conditions d'intégration soulèvent une série de questions sur le plan du droit à l'égalité de traitement(101). Sarah Ganty reproche ainsi à la CJUE de ne traiter la problématique des conditions d'intégration qu'à l'aune du seul droit dérivé de l'Union et non des droits fondamentaux, tels que garantis notamment par la CEDH(102). En l'espèce, trois distinctions de traitement sautent aux yeux : une première opérée à rebours entre Belges n'ayant pas exercé leur liberté de circulation et citoyens européens(103) ; une seconde — indirecte — entre Belges ayant acquis la nationalité et les autres(104) ; une troisième entre ressortissants européens et ressortissants

(100) Voy. not. J.-B. FARCY, « Conditions d'intégration et droit de séjour autonome en matière de regroupement familial : oui, mais... », obs. sous C.J.U.E., 7 novembre 2018, C et A, C-257/17 et C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, *Cahiers de l'EDEM*, novembre 2018.

(101) E. BRIBOSIA, « Les politiques d'intégration à l'épreuve du principe de non-discrimination », in Y. PASCOUAT et T. STRIK (eds), *Which Integration Policies for Migrants. Interaction between the EU and its Member States*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, pp. 51-81 ; S. GANTY, « Les tests d'intégration civique sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne », *op. cit.*, pp. 52-54 ; S. GANTY, « Le silence n'est pas (toujours) d'or », obs. sous CJUE, C-89/18, *A/Udlaendinge- og Integrationsministeriet*, 10 juillet 2019, *Revue des affaires européennes*, 2019/2, pp. 401-413, spéc. pp. 407-412.

(102) S. GANTY, « Les tests d'intégration civique sous le contrôle de la Cour de Justice de l'Union européenne... », *op. cit.*, p. 54. L'auteur note cependant que, sans citer la Charte des droits fondamentaux, la CJUE a « éludé » la question des discriminations entre ressortissants de pays tiers et ressortissants de l'Union dans l'arrêt C-579/13, *P et S c. Commissie Sociale Zekerheid Breda et College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amstelveen*, 4 juin 2015, §§ 39-42. De surcroît, l'Avocate générale Kokott nie, à l'instar de la Cour constitutionnelle, la valeur ajoutée de l'article 8 de la CEDH en cette matière (Conclusions présentées le 19 mars 2015 dans l'affaire C-153/14, *Minister van Buitenlandse Zaken c. K. et A.*, note 13).

(103) La Cour constitutionnelle a abordé cette question dans son arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013, B.43 à B.57, où elle a considéré qu'une telle distinction devait satisfaire au principe d'égalité mais qu'en l'espèce, tel était bien le cas. A ce propos, voy. M. LYS, « La nouvelle loi belge sur le regroupement familial : le droit européen et le droit belge autorisent-ils la discrimination à rebours ? », *R.B.D.C.*, 2012/1, pp. 27-53. V. VERBIST, « De arresten van 26 september 2013 van het Grondwettelijk Hof: "omgekeerde discriminatie" inzake gezinshereniging is geen schending van het grondwettelijk gelijkheidsbeginsel », note sous C.C., arrêts n° 121/2013 et n° 123/2013 du 26 septembre 2013, *T. Vreemd.*, 2014/1, pp. 93-106 ; Th. BOMBOIS, « La "discrimination à rebours" et son appréhension par la Cour constitutionnelle belge », in N. CARIAT et J. NOWAK (dir.), *Le droit de l'Union européenne et le juge belge* (Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 341-396).

(104) Sur « la dimension raciale et/ou ethnique » que cache souvent ce type de mesures d'intégration, voy. S. GANTY, « Le silence n'est pas (toujours) d'or », *op. cit.*, p. 409, qui déploie un raisonnement sur base de l'arrêt Cour eur. D.H. (G.C.), *Biao c. Danemark*, 24 mai 2016, en ce compris l'opinion concordante du juge Pinto de Albuquerque (comp. avec ses critiques émises lors de l'élaboration de la loi en cause : S. GANTY, « Union entre intégration et immigration : un mariage forcé annoncé ? », *Newsletter ADDE*, 2016/122, pp. 1-5, spéc. p. 3). Voy. aussi E. BRIBOSIA, « Les politiques d'intégration à l'épreuve du principe de non-discrimination », *op. cit.*, pp. 25-26 (du manuscrit). Cette dernière souligne que des études ont démontré que les tests d'intégration mis en place aux Pays-Bas produisent « un impact disproportionné sur les personnes d'origine turque ou marocaine » (p. 26). Lorsque l'on consulte les débats parlementaires qui précéderent l'adoption de la loi belge en 2016, force est de constater qu'un tel impact était

de pays tiers(105). Force est de constater qu'à l'inverse des auteurs cités en note, la Cour constitutionnelle ne retient de la jurisprudence strasbourgeoise que le pouvoir souverain des Etats de contrôler l'accès à leur territoire, reléguant ainsi en arrière-plan les droits fondamentaux des personnes qui y séjournent. En conséquence, c'est la jurisprudence communautaire qui, seule, sert de réel outil de contrôle. L'aspect discriminatoire n'y étant pas traité, il passe également sous le radar à Bruxelles.

3. Seconde conséquence du greffon : une procéduralisation du contentieux (arrêt n° 58/2020)

Le champ de la présente étude se cantonne aux droits fondamentaux substantiels des étrangers, par opposition aux droits procéduraux. Cependant, ces deux dimensions ne sont pas hermétiques. Un droit substantiel est en effet susceptible de procéduralisation, « technique juridique mise en œuvre par le juge [l'auteur vise ici la Cour eur. D.H., ndlr] afin de renforcer l'effectivité des droits de l'homme et consistant en l'adjonction, au sein d'un droit conventionnel substantiel, d'une obligation positive procédurale autonome à la charge des autorités nationales »(106). Un arrêt récent de la Cour constitutionnelle, portant sur une loi luttant contre les reconnaissances frauduleuses d'enfants, montre comment la prémisse strasbourgeoise à l'analyse peut conduire la Cour à privilégier le volet procédural du droit à la vie privée et familiale des étrangers. L'originalité du raisonnement de la Cour tient en deux points.

Premièrement, si le principe de droit international bien établi est rappelé, il est toutefois nuancé d'une manière inédite au moyen d'un arrêt de la Cour eur. D.H. auquel la Cour constitutionnelle ne s'était auparavant jamais référée et qu'aucune des parties n'invoquait, à savoir l'arrêt *Nunez c. Norvège*(107). La Cour constitutionnelle en tire un enseignement qu'elle n'avait, à notre connaissance, jamais reproduit comme tel : « les obligations

souhaité (voy. en particulier l'échange entre Filip Dewinter et Théo Francken reproduit dans le *Compte rendu intégral*, Chambre, 23 novembre 2016, CRABV 54 PLEN 140, pp. 23-26).

(105) Pour un aperçu des arguments mobilisables sur ce terrain, voy. E. BROUWER et K. DE VRIES, « Third-country nationals and discrimination on the ground of nationality: article 18 TFUE in the context of article 14 ECHR and EU migration law: time for a new approach », in M. VAN DEN BRINK, S. BURRI et J. GOLDSCHMIDT (eds), *Equality and human rights: nothing but trouble? Liber amicorum Titia Loenen*, Utrecht, the Netherlands Institute of Human Rights, 2015, pp. 123-146 et S. GANTY, *Intégration choisie, op. cit.*, note 901. Tous suggèrent que la jurisprudence de la Cour eur. D.H. étudiée dans le troisième chapitre de la présente contribution, relative aux distinctions fondées sur la nationalité, constitue une source d'inspiration pertinente.

(106) N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 142.

(107) Cour eur. D.H., *Nunez c. Norvège*, 28 juin 2011 (le référencement de la Cour constitutionnelle indique le 28 septembre 2011, ce qui est une erreur). Marie-Bénédicte Dembour a souligné le caractère exceptionnel de cet arrêt qui prend en compte, de manière déterminante, les effets d'une expulsion sur un enfant qui n'est pas requérant devant elle (*When Humans Become*

de l'autorité publique, lorsqu'il s'agit d'admettre des membres de la famille de personnes qui séjournent déjà sur le territoire, varient en fonction des intérêts spécifiques de ces personnes et de l'intérêt général»(108). Elle énumère ensuite les facteurs à prendre en compte à ce titre selon la Cour eur. D.H., en insistant sur « le poids important » à accorder à l'intérêt des enfants concernés(109). Cette énumération est remarquable dans la mesure où elle indique une perméabilité de la Cour constitutionnelle à la casuistique déployée à Strasbourg en la matière, et plus seulement aux seuls considérants de principe favorables aux législateurs. En l'espèce, elle se focalise logiquement sur l'intérêt de l'enfant.

Ceci conduit à une seconde observation. Selon la Cour constitutionnelle, le législateur a raisonnablement pu confier à l'officier de l'état civil la seule tâche de constater la fraude dans le chef de l'auteur, et de refuser d'octroyer la reconnaissance sur cette base, sans motiver l'opportunité de ce refus au regard de l'intérêt de l'enfant(110). Mais ce dernier doit pouvoir être invoqué devant une instance impartiale, ce qui implique « que soit garanti le droit d'accès au juge des intéressés, lorsque ces derniers estiment que c'est à tort que l'officier de l'état civil a refusé d'acter la reconnaissance au motif qu'il y aurait une fraude visant à obtenir un droit de séjour»(111). La Cour passe alors en revue le détail des procédures disponibles pour contester ledit refus et constate que, contrairement à ce qui est prévu pour les mariages ou cohabitations de complaisance, il n'existe pas de recours spécifique pour ce faire, le législateur ayant considéré que la possibilité d'établissement judiciaire du lien de filiation suffisait(112). Cependant, la Cour constitutionnelle souligne que cette procédure ne permet pas au tribunal de la famille d'établir un lien de filiation avec une personne qui n'est pas le parent biologique de l'enfant, alors que tout quiconque peut reconnaître un enfant sans apporter la preuve du lien biologique qui les unit(113). La Cour y voit un manquement qui porte de manière discriminatoire atteinte au droit d'accès au juge des intéressés.

Il appartient dès lors au législateur d'organiser une procédure permettant « au juge saisi de disposer d'un recours de pleine juridiction et de statuer en mettant en balance les différents intérêts en jeu [...] en prenant en considération l'intérêt de l'enfant de manière primordiale»(114). Dans l'attente de cette intervention législative, la Cour comble elle-même

Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint, op. cit., p. 185).

(108) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.15.4. Comp. Cour eur. D.H., *Nunez c. Norvège*, 28 juin 2011, § 70.

(109) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.15.4.

(110) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.17.4.

(111) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.20.3.

(112) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.26.1.

(113) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.27.4.

(114) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.28.2.

la lacune constatée en prévoyant qu'un tel recours est d'ores et déjà possible devant le président du tribunal de la famille(115). Elle précise encore que ce recours doit permettre au juge compétent de « constater qu'il ne ressort manifestement pas de la combinaison des circonstances que la reconnaissance vise uniquement l'obtention d'un avantage en matière de séjour, *mais également* l'établissement d'un lien de filiation dans l'intérêt de l'enfant »(116).

La procéduralisation du droit à la vie privée et familiale, que la Cour constitutionnelle opère sur base d'arrêts de la Cour eur. D.H. qu'elle ne citait pas auparavant et qui relativisent la prémisse du contrôle souverain des frontières, pose ainsi le cadre d'un contrôle concret appuyé de la mesure en cause devant le juge de fond. Il reste qu'elle refuse, une nouvelle fois, d'aborder le problème sous l'angle de droit à la non-discrimination, argument pourtant soulevé par les parties requérantes(117), dans un contexte où aucune donnée chiffrée n'existe concernant le phénomène auquel la loi en cause s'attaque(118). A ce propos, il est intéressant de remarquer que les parties requérantes sollicitaient également un autre type de procéduralisation de la part de la Cour constitutionnelle, consistant en un contrôle de la qualité du travail législatif(119), sur le modèle de l'arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*(120). Cette piste intéressante pour démasquer les desseins nauséabonds en évitant toute opposition idéologique frontale n'a cependant pas trouvé d'écho du côté de la Place Royale.

4. Synthèse

La prémisse strasbourgeoise faisant primer le contrôle souverain des frontières sur les droits fondamentaux en contexte migratoire est apparue tardivement dans la jurisprudence constitutionnelle. Sa position dans les raisonnements de la Cour est essentiellement discursive et comporte un biais défavorable aux migrants. Cela ne signifie pas pour autant que cet emprunt n'emporte aucune conséquence tangible, tant s'en faut. Lorsque la prémisse est citée dès l'entame de l'arrêt, la marge de manœuvre reconnue aux législateurs s'en trouve élargie. En particulier, sa présence semble expliquer

(115) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.28.2.

(116) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.28.2, nous soulignons.

(117) C.C., arrêt n° 58/2020 du 7 mai 2020, B.31.1 et B.31.2.

(118) O. DE CUYPER, « Loi du 19 septembre 2017 et reconnaissances frauduleuses : lorsque l'officier de l'état civil devient seul juge », in J. Sosson (dir.), *Actualités législatives en droit de la personne et de la famille*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 56. Voy. aussi le considérant A.7.2. de l'arrêt.

(119) Voy. la requête en annulation introduite dans cette affaire, disponible en ligne : <https://www.mineursenexil.be/files/files/PB-CP/Recours-CC.-definitif.pdf>, consultée le 12 juin 2020, p. 34.

(120) Cour eur. D.H. (G.C.), *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, §§ 108 et s. Pour une mise en perspective des avantages et inconvénients de cette approche, voy. F. KRENC, « L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les Etats parties : un "défi permanent" », *Rev. trim. dr. h.*, 2020/121, pp. 230-232 et les références citées.

pourquoi certaines discriminations ont été éludées par la Cour constitutionnelle. Par contraste, dans les arrêts n^{os} 121/2013 et 126/2018, le droit dérivé de l'Union européenne sert de norme de contrôle alternative, protectrice des droits fondamentaux des migrants. Récemment, la Cour constitutionnelle a cependant puisé un arsenal de balises procédurales protectrices des migrants du côté de Strasbourg, qu'elle articule avec la prémisse.

B. *La liberté des migrants face au principe de souveraineté*

L'article 12 de la Constitution et l'article 5 de la CEDH garantissent le droit à la liberté. L'article 5, § 1^{er}, f) dispose cependant qu'une personne peut être détenue en vue de l'empêcher de pénétrer irrégulièrement sur le territoire ou de procéder à son expulsion ou son extradition, pour autant qu'un recours devant un tribunal soit ouvert (article 5, § 4). Très tôt, la Cour constitutionnelle a affirmé que ces dispositions ne s'opposent pas à la détention d'étrangers si cette dernière est justifiée par les circonstances et que des garanties juridictionnelles suffisantes l'accompagnent (121). Elle a, depuis, enrichi son raisonnement de références à la Cour eur. D.H. (122). En l'occurrence, elle reproduit non seulement sa prémisse dont découle le droit des Etats d'enfermer les étrangers en situation irrégulière, mais également les limites qui ressortent de sa jurisprudence (1). De même, elle a réitéré les balises posées à Strasbourg quant à l'enfermement des mineurs, sur base également de l'article 3 de la CEDH qui prohibe les traitements inhumains et dégradants (123). Cependant, déplacées dans le contexte abstrait du contrôle de constitutionnalité, ces balises ne lui ont fourni qu'un cadre vide (2).

1. Une souveraineté encadrée (arrêt n^o 95/2008)

L'une des questions soulevées par l'arrêt à l'examen est de savoir si un demandeur d'asile peut être détenu pendant la détermination de la responsabilité de l'Etat belge à son égard au terme du règlement Dublin (124). La Cour constitutionnelle commence par rappeler la prémisse strasbourgeoise, sous son autre versant, dans un considérant qui mérite d'être reproduit :

(121) C.A., arrêt n^o 61/94 du 14 juillet 1994, B.7.7.

(122) Sur l'évolution de la Cour eur. D.H. en la matière, voy. A. SHINHA, « Defining Detention: The Intervention of the European Court of Human Rights in the Detention of Involuntary Migrants », *Columbia Human Rights Law Review*, 2019/3, pp. 176-227, spec. pp. 216-226. L'auteur met en lumière certains arrêts où, même dans un contexte de crise migratoire, la Cour a exercé un contrôle appuyé des détentions (p. 220 : « a more migrant-protective analysis on the issue of detention »).

(123) J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2010/21, pp. 357-362 ; J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droits des étrangers, op. cit.*, pp. 234-237 ; C. SMYTH, « Towards a Complete Prohibition on the Immigration Detention of Children », *op. cit.*, pp. 16-19 et 27-29.

(124) C.C., arrêt n^o 95/2008 du 26 juin 2008, B.64.

« [...] les Etats jouissent du droit indéniable de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire (CEDH, 25 juin 1996, *Amuur c. France*, § 41 ; 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, § 73 ; confirmé récemment par l'arrêt du 29 janvier 2008 (G.C.), *Saadi c. Royaume-Uni*, § 64). La faculté pour les Etats de placer en détention des candidats à l'immigration ayant sollicité — par le biais d'une demande d'asile ou non — l'autorisation d'entrer dans le pays est un corollaire indispensable de ce droit, de sorte que la détention d'immigrés est compatible avec l'article 5.1, alinéa f), de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH, 29 janvier 2008 (G.C.), *Saadi c. Royaume-Uni*, § 64) » (125).

Elle énumère, ensuite, les garde-fous matériels et procéduraux qui se dégagent de cette jurisprudence (126). Elle conclut cependant à la non-violation « en raison des circonstances qui justifient la mesure et des garanties juridictionnelles qui permettent d'en contrôler la légalité » (127). Ce sont là les termes de son arrêt de 1994 portant sur la même question, mais qui n'examinait pas la jurisprudence de la Cour eur. D.H. Or, la première des deux conditions énumérées par ce considérant, à savoir l'existence de circonstances particulières justifiant la détention des étrangers en cause, ne provient pas des arrêts de la Cour eur. D.H., qui excluent toute exigence de nécessité en la matière (128), mais uniquement de l'arrêt de 1994, auquel n'est fait aucun renvoi. En effet, comme le soulignent Jean-Yves Carlier et Sylvie Sarolea, la Cour constitutionnelle avait, au titre de *circonstances particulières*, eu égard en 1994 au contexte de démultiplication des demandes manifestement infondées, constaté par le Gouvernement (129), suggérant par-là « que le législateur devrait régulièrement revoir ces hypothèses en fonction de l'évolution des circonstances » (130). A l'inverse, dans son arrêt de 2008, la Cour constitutionnelle ne recherche plus de telles circonstances conjoncturelles particulières, à telle enseigne que le droit indéniable de l'Etat semble désormais tenir lieu de justification. Il s'agit d'un exemple de mélange de langues, dont on constate qu'il produit des conséquences tangibles en termes de protection constitutionnelle de l'étranger.

Enfin, on observera, dans l'extrait reproduit ci-dessus, la métamorphose de l'enfermement de demandeurs d'asile en une « détention d'immigrés ». Ces termes sont certes utilisés par la Cour eur. D.H. Mais on peut s'interroger

(125) C.C., arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008, B.66, al. 1.

(126) C.C., arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008, B.66, al. 2.

(127) C.C., arrêt n° 95/2008 du 26 juin 2008, B.69, *in fine*. Comp. C.A., arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, B.7.7, qui n'est pas cité.

(128) Cour eur. D.H. (G.C.), *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, § 112 ; *Saadi c. Royaume-Uni* (G.C.), 29 janvier 2008, § 72. Comp., sur cette question, avec l'Opinion en partie dissidente commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Kovler, Hajiyeve, Spielmann et Hirvela jointe à l'arrêt *Saadi c. Royaume-Uni*.

(129) C.A., arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, B.7.5.

(130) J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droits des étrangers*, *op. cit.*, p. 500.

sur la nécessité de les emprunter, sans même les assortir de guillemets, alors que la notion « d'immigré » est connotée négativement(131), qu'elle n'est jamais utilisée par la Cour constitutionnelle de son propre chef(132) et qu'elle n'ajoute rien au raisonnement. A ce propos, on se souviendra que la Cour constitutionnelle dissémine en parallèle l'idée de migration « choisie », qu'elle tire de l'arrêt *Bah*, dans la série d'arrêts analysés dans la section précédente.

2. L'enfermement des mineurs ou le paradoxe du cadre vide (arrêt n° 166/2013)

En confirmant la constitutionnalité de l'enfermement des mineurs sous certaines conditions, le dernier arrêt qui appelle un commentaire dans le cadre du présent chapitre a suscité de vives critiques. Celles-ci se concentrent sur l'utilisation exclusive, en l'espèce, de la jurisprudence strasbourgeoise. Les uns soutiennent que la Cour aurait dû tenir compte de la position du Comité des droits de l'enfant(133), mentionnée par les parties requérantes(134) ; les autres remarquent que sa position tranche nettement avec sa jurisprudence très protectrice de l'enfant en matière, par exemple, de filiation(135).

(131) Voy., par ex., A. SPIRE, « De l'étranger à l'immigré. La magie sociale d'une catégorie statistique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 1999/4, pp. 50-56 ; B. BOUDOU, « Etranger : la constitution progressive d'une catégorie juridique et statistique », in L. CALABRESE et M. VENT-LARD (éds), *Penser les mots, dire la migration*, Academia/L'Harmattan, Louvain-La-Neuve, 2018, pp. 91-105, spéc. 92-93. Dans le même ouvrage, voy. aussi P. FIALA, « La famille *migr-*, champ lexical et affrontements discursifs », pp. 145-152.

(132) En 1999, elle a jugé que, utilisée par le législateur, cette notion est « générale et neutre [et] n'a par elle-même aucun effet stigmatisant » (C.A., arrêt n° 133/99 du 22 décembre 1999, B.4.3, al.3). Elle évite cependant d'y avoir recours. Ainsi, lorsque le Conseil des ministres parle « d'immigrés illégaux », elle préfère « étrangers sans documents de voyage valables » (C.A., arrêt n° 125/2003 du 24 septembre 2003, comp. A.3 et B.6). Récemment, on ne retrouve la notion que lorsqu'elle est employée par le législateur, telle que dans « politique d'intégration des immigrés » (C.C., arrêt n° 126/2018 du 4 octobre 2018, commenté dans la section précédente) ou par la Cour eur. D.H. (pour un autre exemple, voy. C.C., arrêt n° 112/2019 du 18 juillet 2019, B.24.5).

(133) B. VAN KEIRSBLICK, « Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle sur la loi permettant l'enfermement d'enfants », obs. sous C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, *J.D.J.*, 2014/2, pp. 40-43, spéc. p. 43 ; B. VAN OVERSTRAETEN et P. DEBUQUOIS, « Droit des étrangers, étranges droits », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, p. 274.

(134) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, A.15.1, al. 2. Pour un argumentaire en faveur d'une prise en compte des jurisprudences onusiennes par la Cour constitutionnelle ainsi qu'un aperçu des premiers (et timides) pas dans cette direction, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, « Justice internationale des mineurs, Justice mineure ? A propos de l'autorité de la "jurisprudence" du Comité des droits de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 199-208, spéc. pp. 203-204.

(135) A.-C. RASSON, « "L'intérêt de l'enfant", clair-obscur des droits fondamentaux de l'enfant », in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 183-186, spéc. note en bas de page 146.

Ainsi donc, la prémisse strasbourgeoise, de même qu'elle mène la Cour constitutionnelle à éluder des questions d'égalité relativement au respect de la vie privée et familiale des migrants, de même elle l'incite à reléguer l'intérêt de l'enfant au second plan par rapport à la souveraineté étatique (136) et ce, nonobstant le prescrit constitutionnel en vertu duquel « dans toute décision qui le concerne, l'intérêt de l'enfant est pris en considération de manière primordiale » (137). Cet arrêt illustre, par conséquent, un cas aigu d'alternance codique où la Cour constitutionnelle ne travaille plus que dans le langage de la Cour eur. D.H., alors que ses propres outils, plus protecteurs, auraient tout autant pu être mobilisés. Mais l'analyse se complexifie encore lorsqu'on examine de plus près la forme que prend, sous cette influence, le raisonnement constitutionnel.

Comme l'observe Jacques Fierens, avocat des parties requérantes dans cette affaire, la Cour eur. D.H. a reconnu la conventionnalité de principe de l'enfermement d'un mineur en séjour irrégulier moyennant le respect de balises essentiellement tirées de l'article 3 de la CEDH (138), prohibant de manière absolue les traitements inhumains et dégradants et, dans une moindre mesure, de l'article 5 de la CEDH (139). Sur le terrain de l'article 3, la Cour eur. D.H. tient compte de l'âge des enfants (140), des conditions de détention et de la durée réelle de celle-ci (141). La grille d'analyse applicable est donc de facture éminemment casuistique. Sur le terrain de l'article 5, la Cour eur. D.H. renvoie généralement à son examen des conditions de détention sous l'angle de l'article 3 et ajoute que l'enfermement doit constituer une mesure de dernier ressort (142). Mais il importe de noter que la prémisse de la Cour eur. D.H. diffère selon l'article convoqué. Sous l'angle des traitements inhumains et dégradants, le mot d'ordre est que « la

(136) Voy. aussi en ce sens J.-Y. CARLIER, et S. SAROLÉA, « "On n'enferme pas un enfant. Point" Jacques Fierens, une voix pour les sans-voix » in G. MATHIEU, N. COLETTE-BASECQZ, S. WATTIER et M. NIHOUL (coord.), *L'étranger, la veuve et l'orphelin... Le droit protège-t-il les plus faibles ? Liber amicorum Jacques Fierens*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 215-218.

(137) Article 22bis, alinéa 4 de la Constitution. Selon la meilleure doctrine, par cet alinéa, « le Constituant a entendu reconnaître l'intérêt de l'enfant, pris dans son acceptation la plus large, comme un principe général de droit constitutionnel » (A. RASSON-ROLAND et A.-C. RASSON, « Les droits constitutionnels des enfants », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 1628). Le deuxième moyen des parties requérantes était notamment pris de cette disposition, que la Cour cite donc, sans toutefois l'utiliser, au considérant B.12.1.

(138) J. FIERENS, « La privation de liberté des enfants et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 359.

(139) *Ibid.*, p. 360.

(140) Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010, § 59.

(141) Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 110.

(142) Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 119. Voy. aussi Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, §§ 102-104. Dans une affaire récente, la Cour examine les conditions de détention sous l'angle de l'article 5 après avoir rejeté comme irrecevable *ratione temporis* le grief tiré de l'article 3 (Cour eur. D.H., *Bilalova et autres c. Pologne*, 26 mars 2020, § 75).

situation d'extrême vulnérabilité de l'enfant est déterminante et prédomine sur la qualité d'étranger en séjour illégal »(143). Sous l'angle de l'enfermement gouverne, à l'inverse, le principe selon lequel « les Etats contractants ont le droit de contrôler souverainement l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire [...] en conformité avec les dispositions de la Convention »(144), ce qui redistribue les intérêts en présence.

De manière flagrante, le rapport entre ces deux volets se trouve inversé dans le raisonnement de la Cour constitutionnelle. Le premier moyen, tiré de la violation du droit à la liberté, l'occupe dix pages durant(145), tandis que le second, pris de la méconnaissance de l'intérêt supérieur de l'enfant, est écarté en trois paragraphes(146) et que le troisième, pris de la prohibition des traitements inhumains et dégradants, est éludé en deux paragraphes seulement(147). C'est que, de l'aveu même de la Cour constitutionnelle, elle n'avait à connaître que de l'hypothèse abstraite de l'enfermement et non d'une espèce particulière(148). Mais son raisonnement prête tout de même le flanc à deux critiques majeures.

Premièrement, comme le remarque Hind Riad, la Cour ne définit nulle part les conditions qu'elle établit(149). Or, elle aurait pu, par exemple, lister les éléments mis en avant par la Cour eur. D.H. au fil de ses arrêts, tels que la présence d'un espace de jeu(150) ou l'absence de facteurs anxiogènes liés à une présence policière visible(151) ou au bruit constant des avions(152). La variable de l'âge est, au demeurant, largement occultée(153). Dans le même ordre d'idées, bien que telle ne soit pas son habitude(154), la Cour constitutionnelle aurait pu s'inspirer des sources scientifiques variées que

(143) Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010, § 56 ; *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, 13 décembre 2011, § 62 ; *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 91 ; *S.F. et autres c. Bulgarie*, 7 décembre 2017, § 79.

(144) Cour eur. D.H., *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, § 96 ; *Kanagaratnam et autres c. Belgique*, 13 décembre 2011, § 80 ; *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 117. Voy. *contra* : Cour eur. D.H., *Muskhadzhiyeva et autres c. Belgique*, 19 janvier 2010, §§ 69-75 ; *Bilalova et autres c. Pologne*, 26 mars 2020, §§ 73-82. Ce dernier arrêt contient une évolution sémantique intéressante : « La Cour ne perd pas de vue à cet égard que les mesures de détention s'appliquent à des ressortissants étrangers qui, le cas échéant, n'ont commis d'autres infractions que celles liées au séjour » (§ 75).

(145) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, B.4-B.10.

(146) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, B.12.2.

(147) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, B.14.2.

(148) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, B.8.4, al. 4.

(149) H. RIAD, « België kiest opnieuw voor de opsluiting van gezinnen met kinderen », obs. sous C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, *Tijdschrift Jeugd- en Kinderrechten*, 2014/2, p. 205.

(150) Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 95.

(151) Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 102.

(152) Cour eur. D.H., *A.B. et autres c. France*, 12 juillet 2016, § 113.

(153) Comp. Cour eur. D.H., *Popov c. France*, 19 janvier 2012, § 102.

(154) Entre 1985 et 2015, la Cour constitutionnelle ne s'est référée qu'à 71 reprises à des rapports scientifiques, nombre lui-même à relativiser dans la mesure où la même étude peut avoir été citée plusieurs fois (J. DE JAEGERE, *Judicial review and strategic behaviour. An empirical case law analysis of the Belgian Constitutional Court*, op. cit., p. 255).

lui présentaient les requérants en précisant que la Cour eur. D.H. y avait déjà fait référence⁽¹⁵⁵⁾. Deuxièmement, elle ne reproduit que la prémisse favorable à l'Etat. Nulle part dans l'arrêt on ne retrouve la mention, systématique du côté de la Cour eur. D.H., à la prépondérance de la vulnérabilité de l'enfant sur sa situation irrégulière, alors que le droit souverain de l'Etat, quant à lui, fait l'objet d'un long développement. Or, cette prémisse concurrente était mise en évidence, sans ambages, par les requérants⁽¹⁵⁶⁾.

En dernière analyse, l'alternance codique à l'œuvre dans cet arrêt joue clairement en la défaveur des étrangers en cause, en raison du contexte abstrait dans lequel est reçue la jurisprudence casuistique de la Cour eur. D.H., d'une part, et de l'agencement des extraits retenus par la Cour constitutionnelle, d'autre part. En conséquence, les balises protectrices posées à Strasbourg ne se réduisent plus qu'à un cadre vide. A cet égard, on ne manquera pas de noter que la Cour renvoie explicitement la balle « au Conseil d'Etat et aux cours et tribunaux »⁽¹⁵⁷⁾, le premier ayant récemment fait mine de la saisir⁽¹⁵⁸⁾.

3. Synthèse

La comparaison des deux arrêts commentés met en évidence une perméabilité à géométrie variable de la Cour constitutionnelle vis-à-vis des éléments de langage strasbourgeois — qui nourrit un « processus d'altération »⁽¹⁵⁹⁾ et effrite l'universalité des droits fondamentaux en cause —, ainsi qu'un assouplissement corrélatif de son contrôle. En effet, si la Cour reproduit systématiquement les extraits insistant sur la souveraineté des Etats en matière migratoire, sans même les débarrasser de termes stéréotypés qu'elle n'utilise pas de sa propre initiative, elle néglige les — rares — éléments de langage pro-migrants, ce que démontre l'arrêt sur la détention des mineurs. En conséquence, le niveau de protection garanti par ces deux arrêts est revu à la baisse en comparaison avec sa jurisprudence antérieure — dans le cas de l'enfermement générique — ou contemporaine — dans le cas de l'enfermement des mineurs.

(155) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, A.13.1.

(156) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, A.13.1.

(157) C.C., arrêt n° 166/2013 du 19 décembre 2013, B.8.4, al. 4.

(158) Dans son arrêt en suspension relatif à l'arrêté royal mettant en œuvre la loi litigieuse, le Conseil d'Etat se montre, en effet, enclin à poursuivre le travail de la Cour constitutionnelle en énumérant les conditions que doit respecter un tel dispositif d'enfermement au regard de l'article 3 de la CEDH (C.E., arrêt n° 244.190 du 4 avril 2019, §§ 43 et s.). Pour un bref commentaire de cet arrêt, voy. A.-C. RASSON, « La détention des familles avec enfants mineurs dans le centre 127bis suspendue par le Conseil d'Etat : un premier (petit) pas en faveur des droits de l'enfant étranger », 17 juillet 2019, disponible en ligne : <https://www.justice-en-ligne.be/La-detention-des-familles-avec>, consulté le 7 avril 2020.

(159) Expression empruntée à François Crépeau, dans la capsule « Populisme et pistes de réflexion » du cours EdX de l'UCL, *Regards croisés sur les migrations*, en ligne : <https://www.edx.org/course/regards-croises-sur-les-migrations>, consulté le 10 juin 2020.

III. PROBLÈMES SOCIOÉCONOMIQUES : UNE UTILISATION PROGRESSIVE ET POLYMORPHE

La jurisprudence de la Cour eur. D.H. relative à l'accès des étrangers résidant légalement sur le territoire d'un Etat aux prestations sociales repose sur une autre prémisse que celle relative aux migrations, à savoir le principe d'égalité(160). Ces prestations ne peuvent pas être refusées — sauf « considérations très fortes » — à des étrangers sur base de leur seule nationalité, érigée de la sorte en critère de distinction suspect(161). Historiquement, c'est la première à avoir fait son entrée dans les raisonnements de la Cour constitutionnelle touchant aux droits fondamentaux des étrangers(162). En particulier, l'arrêt *Koua Poirrez c. France* a donné lieu à des développements sophistiqués du côté de la Place Royale(163).

C'est également en cette matière que les plaideurs devant la Cour constitutionnelle, ainsi que les juges *a quo* dans la formulation de leurs questions préjudicielles, ont commencé à l'inciter à tenir compte des précédents strasbourgeois(164). Leurs premières tentatives se sont toutefois soldées par un échec(165), exception faite d'un arrêt où la Cour semble avoir informé son raisonnement à la lumière de l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche*(166). Cependant, l'arrêt *Koua Poirrez* l'a contrainte à un changement de stratégie. Retracer cette évolution permet d'épingler un type particulier d'usage des précédents strasbourgeois, focalisé sur les circonstances d'espèce ayant donné lieu à

(160) Ce contraste a, par exemple, été mis en évidence par E. BRIBOSIA, « Les politiques d'intégration à l'épreuve du principe de non-discrimination », *op. cit.*, p. 52 (manuscrit).

(161) O. DE SCHUTTER, *Links between Migration and Discrimination. A legal Analysis of the situation in the EU Member States*, *op. cit.*, p. 68 ; J.-Y. CARLIER, « Droits de l'homme et nationalité », *Annales de droit de Louvain*, 2003/3, p. 255.

(162) C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004, B.11.2.

(163) Marc Bossuyt ne cache pas ses réticences vis-à-vis de ces arrêts strasbourgeois : « De uitbreiding van de rechtmacht van het Europees Hof van de Rechten van de Mens tot socialezekerheidsregelgeving : een rechterlijke revolutie ? », *op. cit.*, pp. 842-856. Il dénonce leur caractère « révolutionnaire » tenant en ceci qu'ils empiètent sur un domaine *a priori* étranger à la CEDH (p. 855). La Cour a toutefois, de longue date, refusé tout cloisonnement de principe entre générations de droits fondamentaux (Cour eur. D.H., *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, § 26).

(164) Voy. C.A., arrêt n° 8/99 du 28 janvier 1999, A.3.3, commenté par P. MARTENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, p. 355.

(165) Symboliquement, nos recherches révèlent que l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche* du 16 septembre 1996 n'a jamais été cité par la Cour constitutionnelle, bien que les parties et les juges *a quo* aient continué de l'invoquer régulièrement (C.A., arrêts n° 75/2003 du 28 mai 2003, A.2 ; n° 92/2004 du 19 mai 2004, II et C.C., arrêts n° 12/2013 du 21 février 2013, A.1.2 ; n° 9/2017 du 25 janvier 2017, A.1 ; n° 133/2018 du 11 octobre 2018, A.1.2).

(166) C.A., arrêt n° 75/2003 du 28 mai 2003, B.9, commenté par M. DELANGE, note sous Cour eur. D.H., *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, *R.D.E.*, 2003, p. 441 ; *contra* : Ph. FRUMER, « La discrimination à l'égard des étrangers en matière de prestations sociales (arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003) », in P. TAVERNIER (dir.), *La France et la Cour européenne des droits de l'Homme. La jurisprudence en 2003*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 169 ; pour une remise en contexte de cet arrêt, voy. S. GILSON et M. GLORIEUX, « Aperçu du droit à l'aide sociale des étrangers », in J.-Y. CARLIER et S. SAROLÉA (éd.), *Droit des étrangers et nationalité*, Commission Université Palais (CUP), vol. 77, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 246.

l'arrêt cité (A). Depuis, la Cour constitutionnelle a non seulement continué de se référer à l'arrêt *Koua Poirrez*, mais a également intégré plusieurs autres précédents strasbourgeois au moyen de techniques argumentatives polymorphes, toutes traversées par une tension entre le principe général et le fait particulier (B).

*A. De 2004 à 2007 :
errements méthodologiques au départ de Koua Poirrez*

Dans l'arrêt ayant donné lieu à la première référence à un arrêt de la Cour eur. D.H. en matière de droit des étrangers, était en cause le refus d'octroi d'allocations de remplacement de revenu opposé à une personne handicapée, du fait qu'elle ne bénéficiait pas de la nationalité belge ni ne tombait dans l'une des cinq catégories d'étrangers pouvant prétendre à ces prestations au terme de la disposition incriminée. Le problème de constitutionnalité soulevé était, en toute logique, la comptabilité de cette exclusion avec le principe de non-discrimination lu à la lumière du droit de la CEDH.

Indépendamment de la formulation de la question préjudicielle, qui nommait l'arrêt *Gaygusuz*(167), aucune circonstance particulière n'empêchait *a priori* la Cour de réitérer le raisonnement tenu dans l'arrêt n° 138/2003, traitant également du refus d'une aide sociale à une handicapée étrangère mais n'abordant pas l'aspect strasbourgeois du problème. C'est d'ailleurs ce qu'elle fit en insistant sur l'absence de disposition internationale obligeant la Belgique à octroyer lesdites prestations au demandeur devant le juge *a quo* à l'égard des Belges(168), sur le caractère raisonnable du choix par le législateur des catégories d'étrangers éligibles(169) ainsi que sur le fait qu'à défaut d'avoir droit à ces aides spécifiques, tout étranger — handicapé ou non — a droit à l'aide sociale, pour l'octroi de laquelle les CPAS prennent en considération un éventuel handicap(170). Seul le dernier considérant rompt l'identité des motifs avec l'arrêt précédent, sans toutefois mener à une conclusion inverse :

(167) C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004, II.

(168) C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004, B.8. Comp. C.A., arrêt n° 138/2003 du 22 octobre 2003, B.8.2.

(169) C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004, B.11.1, al. 1.

(170) C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004, B.11.1, al. 2. Comp. C.A., arrêts n° 75/2003 du 28 mai 2003, B.10 et n° 138/2003 du 22 octobre 2003, B.8.3. On notera que ce dernier motif reviendra de manière récurrente dans les raisonnements de la Cour constitutionnelle, malgré le large éventail de critiques doctrinales dont il a fait l'objet (voy. not. S. BOUCKAERT, « Vreemdelingen, tegemoetkomingen aan personen met een handicap en mensenrechten. Het Europees hof voor de rechten van de mens *versus* het Arbitragehof », note sous Cour eur. D.H., *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, *T. Vreemd.*, 2004, p. 236 ; Ph. FRUMER, « La discrimination à l'égard des étrangers en matière de prestations sociales (arrêt *Koua Poirrez c. France* du 30 septembre 2003) », *op. cit.*, p. 171 ; V. FLOHIMONT, « Gelijkheid en discriminatie: wordt het recht op sociale zekerheid in vraag gesteld ? », *R.D.S.*, 2008/1, p. 85 ; K. STANGHERLIN, « Les allocations aux personnes handicapées étrangères : une épopée », *J.L.M.B.*, 2008/7, p. 293). Il reproduit en fait l'un des arguments avancés par le CPAS d'Hasselt dans C.A., arrêt n° 75/2003 du 28 mai 2003, A.2.

« L'affaire à l'examen présente, sur ce point, une différence importante par rapport à l'affaire *Koua Poirrez c. France* sur laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a statué par un arrêt du 30 septembre 2003. Celle-ci concernait aussi un étranger en séjour légal à qui une allocation d'aide aux personnes handicapées était refusée en raison de sa nationalité. Contrairement au requérant de cette affaire, l'étranger privé d'allocations aux personnes handicapées dont il est question au B.3 peut, le cas échéant, revendiquer le bénéfice d'une aide sociale qui prend son handicap en considération » (171).

Cet arrêt opère, pour cette raison, un tournant méthodologique. Dans l'arrêt n° 8/99, la Cour avait interprété elle-même les dispositions idoines de la CEDH en rejetant implicitement l'applicabilité des enseignements de la Cour eur. D.H. à la question dont elle avait à connaître (172) tandis que, dans l'arrêt n° 75/2003, elle avait adapté son raisonnement à la lumière de *Gaygusuz* (173) en niant toutefois l'apport du droit de la CEDH (174). Ici, en revanche, elle se saisit d'initiative (175) d'un précédent strasbourgeois dont elle reconnaît explicitement la pertinence — ce qu'elle n'a jamais fait relativement à *Gaygusuz* — mais dont elle se refuse à appliquer les enseignements pour des raisons de fait, non de droit. Autrement dit, elle ne revendique pas se réapproprier les critères légaux mobilisés par la Cour eur. D.H. — les notions de « bien » ou de « considérations très fortes » par exemple — mais insiste sur un élément extrinsèque, à savoir le fait que les CPAS peuvent prendre le handicap en considération au moment d'octroyer une aide sociale, qu'elle isole pour opérer un *distinguishing* d'ordre factuel (176). Ce qu'il importe de bien noter, c'est que la Cour constitutionnelle n'intègre pas, de cette façon, l'arrêt *Koua Poirrez* dans le cadre de sa démonstration légale ni ne situe l'élément factuel qu'elle isole au sein du raisonnement antidiscriminatoire de la Cour eur. D.H. Autrement dit, l'opération de *distinguishing* relevée ne sert qu'à exclure l'arrêt *Koua Poirrez* du champ de la question préjudicielle posée ; les langues ne sont pas mélangées, mais cloisonnées. Corrélativement, il n'en découle pas que la correcte application des enseignements strasbourgeois mène, en l'espèce, à conclure à la conventionnalité de la distinction de traitement litigieuse.

(171) C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004, B.11.2, nous soulignons.

(172) C.A., arrêt n° 8/99 du 28 janvier 1999, B.8.2.

(173) C.A., arrêt n° 75/2003 du 28 mai 2003, B.9.

(174) C.A., arrêt n° 75/2003 du 28 mai 2003, B.12.2.

(175) L'arrêt *Koua Poirrez* ayant été prononcé en cours de délibéré, ni le juge *a quo*, ni le Conseil des ministres n'avaient pu l'aborder (P. MARTENS, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur la Cour constitutionnelle », *op. cit.*, pp. 355-356).

(176) Cette différenciation a été vivement critiquée, voy. not. K. STANGHERLIN, « Les allocations aux personnes handicapées étrangères : une épopée », *op. cit.*, p. 293 ; S. BOUCKAERT, « Vreemdelingen, tegemoetkomingen aan personen met een handicap en mensenrechten. Het Europees hof voor de rechten van de mens versus het Arbitragehof », *op. cit.*, pp. 237-238.

De ce point de vue, une nette distinction doit ainsi être tracée entre un raisonnement constitutionnel qui écarte — peu importe la stratégie rhétorique déployée à cette fin — et un raisonnement qui intègre un précédent strasbourgeois, fût-ce pour aboutir à un constat de constitutionnalité(177). C'est ce que confirme l'arrêt n° 153/2007, dans lequel la Cour constitutionnelle s'est penchée à nouveau sur l'arrêt *Koua Poirrez*. Ici encore le juge *a quo*, à savoir le tribunal du travail de Liège, a joué un rôle central, en formulant sa question préjudicielle de manière à contraindre la Cour à appliquer l'arrêt *Koua Poirrez* — sans toutefois le citer nommément — pour y répondre. En effet, il mit en évidence que le demandeur n'aurait pas pu, malgré son handicap, obtenir une aide sociale en raison de ses revenus trop élevés. Persistait néanmoins, selon lui, une différence de traitement problématique, entre les étrangers handicapés pouvant prétendre à l'aide spécifique postulée et ceux, comme ce demandeur, tombant hors du champ d'application *ratione personae* de la loi en raison de leur nationalité.

De manière incidente, le juge *a quo* insistait également sur le fait que le demandeur était inscrit au registre de la population. Or, la Cour constitutionnelle s'est saisie de cet élément pour déployer un raisonnement inédit. Il lui servit d'abord pour circonscrire le problème de constitutionnalité soulevé qui résidait selon elle dans le fait que la norme contrôlée « n'octroie pas les allocations précitées aux étrangers qui sont inscrits au registre de la population par suite d'une autorisation d'établissement »(178). Cette précision lui permit ensuite de considérer que le rejet d'application de *Koua Poirrez* dans son arrêt n° 92/2004 ne se justifiait que dans la mesure où le demandeur devant le juge *a quo* n'était alors autorisé qu'à « séjourner — non à s'établir — sur le territoire du Royaume »(179). Sur cette base, la Cour décida alors explicitement d'appliquer les enseignements de l'arrêt *Koua Poirrez*, dans des considérants dont la formulation contraste avec celui qui rejetait l'application du même arrêt en 2004 :

« B.11. La demanderesse devant le juge *a quo* se trouve dans une situation différente de celle de la personne qui était en cause dans l'arrêt n° 92/2004.

Il ressort en effet du jugement *a quo* que la demanderesse, qui est de nationalité américaine, vit en Belgique depuis 40 ans, qu'à la suite d'un premier mariage, elle a possédé la nationalité belge du 29 janvier 1977 au 23 juillet 1983, que ses deux enfants, dont un enfant mineur qui vit avec elle, sont Belges, qu'elle percevait en

(177) Voy., en ce sens, B. RENAULD, « L'application du droit international et les renvois préjudiciels à la Cour constitutionnelle belge », *op. cit.*, p. 338.

(178) C.C., arrêt n° 153/2007 du 12 décembre 2007, B.3 *in fine*.

(179) C.C., arrêt n° 153/2007 du 12 décembre 2007, B.10.

2005 des allocations familiales pour ses deux enfants et qu'elle a été autorisée à s'établir en Belgique, étant par conséquent inscrite au registre de la population, et non au registre des étrangers.

B.12. La demanderesse devant le juge *a quo* est unie à la Belgique par des liens aussi forts que ceux qui unissaient le requérant *Koua Poirrez* à la France.

Il convient dès lors d'examiner s'il existe des "considérations très fortes" justifiant que le bénéfice d'allocations aux personnes handicapées soit refusé à la catégorie d'étrangers qui, comme c'est le cas de la demanderesse devant le juge a quo, ont été autorisés à s'établir en Belgique ».

Le même critère dicte finalement la solution à apporter à la question préjudicielle, non sans grever le raisonnement déployé d'une certaine circularité :

« B.15. Il découle de ce qui précède que, s'il peut être admis qu'un étranger qui a été autorisé à séjourner en Belgique, soit pour un court séjour (chapitre 2 de la loi sur les étrangers) soit pour un séjour de plus de trois mois, et qui est par conséquent inscrit au registre des étrangers (article 12 de la même loi), ne présente pas de lien suffisant avec la Belgique pour bénéficier des allocations prévues par la loi du 27 février 1987, il n'existe pas de « considérations très fortes » permettant — et par conséquent, il n'est pas raisonnablement justifié — d'exclure du bénéfice de ces allocations l'étranger qui, autorisé à s'établir en Belgique et par conséquent inscrit au registre de la population, est supposé, en raison de son statut administratif, être installé en Belgique de manière définitive ou à tout le moins pour une durée significative ».

Ce qui est frappant, c'est que la Cour formule ce considérant B.15, recherchant des considérations très fortes, de manière beaucoup plus abstraite que le considérant B.11, où elle exprime son choix d'appliquer les enseignements de *Koua Poirrez*. Dans ce dernier considérant, elle brosse un portrait détaillé — et flatteur — de l'étranger se cachant derrière la question préjudicielle, comme l'aurait fait la Cour eur. D.H. au moment de se pencher sur l'existence de considérations très fortes⁽¹⁸⁰⁾. Tout se passe, ce faisant, comme si la Cour constitutionnelle, d'un côté, réagissait à la casuistique strasbourgeoise au moment de trancher l'applicabilité du précédent et, de l'autre, tentait d'insuffler au moment de l'analyse légale

(180) Voy., par ex., Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, §§ 46-48 ; *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, §§ 46-47 ; *Andrejeva c. Lettonie* (G.C.), 18 février 2009, § 88 ; *Zeibek c. Grèce*, 9 juillet 2009, §§ 47-49 ; *Saidoun c. Grèce*, 28 octobre 2010, § 35 ; *Fawsie c. Grèce*, 28 octobre 2010, § 33 ; *Dhahbi c. Italie*, 8 avril 2014, § 52. Comp., dans le cadre d'une discrimination alléguée fondée sur le statut migratoire, le portrait défavorable dressé de la requérante dans *Bah c. Royaume*, 27 septembre 2011, § 51.

proprement dite une dose de systématisation, réaffirmant ainsi la nature abstraite de son office.

De la sorte, elle réifie toutefois la notion malléable de considérations très fortes en une simple inscription au registre de la population. Or si les deux critères partagent, certes, une même prémisse, à savoir que « plus [le] droit de séjour [d'un étranger] est solide, moins il peut être distingué d'un national »(181), il reste que le critère du registre de la population fait fi des autres manières dont un lien d'attachement ferme avec le pays d'accueil peut, dans les faits, se manifester(182). La Cour a cependant réaffirmé son critère avec une rigueur toute janséniste(183), à l'exception des cas où le législateur lui-même a défini la forme que doit revêtir le lien d'attachement avec la Belgique(184) ou de ceux où une telle exigence aboutit à une discrimination entre Belges, par exemple lorsqu'elle pèse sur les parents étrangers d'un enfant belge pour percevoir des allocations familiales(185).

En dernière analyse, la Cour constitutionnelle a, dans les arrêts ci-dessus, tendance à exagérer la casuistique strasbourgeoise au moment de décider d'appliquer ou non le précédent examiné mais, une fois cette décision prise, elle cherche à se départir un maximum de ce maquis casuistique au profit de principes abstraits et réitérables, qu'elle greffe elle-même aux enseignements strasbourgeois. Cette pratique est caractéristique d'un mélange de langues, dont les exemples iront se multipliant dans ses arrêts subséquents.

B. Depuis 2007 : démultiplication des références et des usages

La tension tout juste relevée entre la particularité des espèces strasbourgeoises et la généralité des principes qui les traversent a, depuis, subi moult métamorphoses dans la jurisprudence constitutionnelle. D'une part, la Cour constitutionnelle a tiré de certains précédents strasbourgeois des principes qu'elle applique de manière moins circonstanciée que la Cour eur. D.H.

(181) J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droit des étrangers*, op. cit., p. 93.

(182) K. STANGHERLIN, « Les allocations aux personnes handicapées étrangères : une épopée », op. cit., p. 299.

(183) C.C., arrêts n° 3/2012 du 11 janvier 2012, B.4 et B.5 ; n° 108/2012 du 9 août 2012, B.5 ; n° 114/2012 du 4 octobre 2012, B.3 et B.4 ; n° 12/2013 du 21 février 2013, B.12.3.

(184) Cette déférence se manifeste, par exemple, dans la dernière phrase du considérant B.12.3 de l'arrêt n° 12/2013 du 21 février 2013. Voy. aussi C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, B.10.5, analysé à la page suivante.

(185) C.C., arrêt n° 62/2009 du 25 mars 2009, B.7. On remarquera que, dans cet arrêt, la Cour mobilise la Convention internationale des droits de l'enfant, non la CEDH. Elle écarte cependant explicitement la possibilité d'exiger des parents une inscription au registre de la population pour bénéficier des allocations familiales ouvertes pour un enfant belge. L'enseignement de l'arrêt n° 62/2009 a été étendu aux enfants possédant la citoyenneté de l'Union européenne (C.C., arrêt n° 48/2010 du 29 avril 2010, B.11), mais pas à ceux possédant une nationalité tierce, y compris dans le cas d'une fratrie composée d'enfants belges et étrangers (C.C., arrêt n° 12/2013 du 21 février 2013). On notera au passage que la conclusion de ce dernier arrêt se concilie mal avec l'arrêt de la Cour eur. D.H., *Niedzwiecki c. Allemagne*, 25 octobre 2005, § 33, auquel la Cour constitutionnelle ne s'est, du reste, jamais référée.

et ce, à plusieurs égards (1). D'autre part, lorsqu'elle est confrontée à des précédents de facture fortement casuistique, elle choisit tantôt de ne retenir aucune des circonstances de fait prises en compte à Strasbourg, mais d'avaliser l'exclusion de la catégorie d'étrangers visée du droit postulé, tantôt de les hisser toutes au rang de conditions légales pour bénéficier de la prestation litigieuse (2).

1. Du *distinguishing* pointilliste aux glissements de principes

Alors qu'après l'arrêt n° 153/2007, on aurait pu croire que la Cour constitutionnelle avait, par son critère de l'inscription au registre de la population, stabilisé son intégration de l'arrêt *Koua Poirrez*, de nouveaux développements relatifs à des différences de traitement fondées sur la nationalité en matière de pensions sont venus brouiller les lignes.

Dans un premier arrêt, le Tribunal du travail interrogeait la Cour sur la distinction de traitement opérée entre les Belges et certaines catégories d'étrangers privilégiés, d'une part, et les autres étrangers inscrits au registre de la population, d'autre part, relativement à la garantie de revenus en faveur des personnes âgées (GRAPA)(186). Pour la seconde catégorie uniquement, une condition spécifique, à savoir qu'un droit à une pension belge leur soit ouvert, était prévue par la loi. Les requérants devant le Tribunal du travail, de nationalité congolaise et n'ayant aucune carrière professionnelle à faire valoir en Belgique, lui demandaient d'appliquer directement les enseignements de l'arrêt de 2007, qui leur étaient manifestement favorables, sans réinterroger la Cour constitutionnelle à ce sujet(187). Le tribunal préféra néanmoins poser une nouvelle question préjudicielle à la Cour.

Devant cette dernière, les débats se cristallisèrent une nouvelle fois autour de l'arrêt *Koua Poirrez*. Les requérants devant le juge *a quo* s'estimaient être liés à la Belgique par des attaches aussi fermes que Monsieur Koua Poirrez à la France — ayant en particulier une fille de nationalité belge. Sur cette base, ils alléguaient qu'aucune considération très forte ne justifiait de rendre leur accès à l'aide sociale postulée plus difficile qu'aux Belges et aux étrangers privilégiés(188).

La Cour confirma cependant la constitutionnalité de la disposition en cause, en réitérant le type de raisonnement qu'elle déployait avant 2007. *Primo*, vu le caractère non contributif de l'aide postulée, l'Etat est fondé à exiger de certains étrangers la preuve d'un lien suffisant avec la Belgique et de prescrire la forme que doit revêtir ce lien(189). *Secundo*, tous les

(186) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010.

(187) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, II, ainsi que l'article 26, § 2, 2° de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989.

(188) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, A.5.

(189) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, B.10.1.

étrangers privilégiés le sont en vertu de traités multilatéraux ou d'accords bilatéraux, ce qui les différencie objectivement et raisonnablement. Il faut noter que cet élément, qui n'avait pas été jugé pertinent par la Cour eur. D.H. dans les arrêts *Gaygusuz* et *Koua Poirrez*(190), est pourtant avancé par la Cour constitutionnelle sur base d'un précédent strasbourgeois, référence que la Cour opère sans en justifier la pertinence(191).

Il s'agit de l'arrêt de Grande chambre *Carson et autres c. Royaume-Uni* du 16 mars 2010, rendu une dizaine de jours après la prise en délibéré de l'affaire par la Cour constitutionnelle, de sorte qu'aucune partie n'a pu en discuter la pertinence(192). Dans un des paragraphes cités par la Cour constitutionnelle, la Cour eur. D.H. y affirme, certes, que « le droit international permet incontestablement aux Etats de conclure des accords bilatéraux en matière de sécurité sociale »(193). Mais la Cour constitutionnelle ne s'intéresse ici nullement au contexte dans lequel cet arrêt fut rendu, alors qu'elle se montrait très pointilleuse sur ce point au moment de juger de l'applicabilité de l'arrêt *Koua Poirrez*. Or, se livrer à l'exercice permet de se convaincre de ce que sa résolution ne va pas de soi.

Les requérants dans *Carson* touchaient une pension britannique bien que résidant hors du Royaume-Uni. Ils se plaignaient de ce qu'en vertu de la législation britannique, les pensionnés résidant à l'étranger, peu importe leur nationalité, n'ont pas droit à une revalorisation de leur pension au regard de l'évolution du coût de la vie, sauf dans le cas où existe un accord de réciprocité entre leur pays de résidence et le Royaume-Uni(194). Le critère de distinction était donc le lieu de résidence, et non la nationalité, ce qui constitue une différence de taille, puisque le contrôle de proportionnalité est dans le second cas beaucoup plus strict. Cela étant, c'est au niveau de la comparabilité des situations que la Cour constitutionnelle, comme la Cour eur. D.H., prend en compte l'existence d'accords de réciprocité. Or si la Cour eur. D.H. accepte cet argument en l'espèce, c'est parce que le lieu de résidence diffère dans chaque cas, donc aussi les conditions économiques qui prévalent et influent sur la conclusion d'éventuels accords internationaux(195). Pour sa part, la Cour constitutionnelle mobilise cet argument sur un terrain patriotique plutôt qu'économique : si les étrangers privilégiés par des accords internationaux ne se trouvent pas dans une situation analogue à celle des autres étrangers, c'est parce que ces accords manifestent

(190) Cour eur. D.H., *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 51 ; *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, § 49.

(191) Voy. C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, B.10.2, *in fine* : « le bénéfice de la GRAPA est fondé dans ce contexte non seulement sur une obligation internationale, mais également sur la réciprocité (voir CEDH, 16 mars 2010, *Carson et autres c. Royaume-Uni*, §§ 87-90) » (la référence est d'origine).

(192) Comp. avec l'historique de l'arrêt C.A., arrêt n° 92/2004 du 19 mai 2004 commenté *supra*.

(193) Cour eur. D.H. (G.C.), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, § 88.

(194) Cour eur. D.H. (G.C.), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, §§ 42-43.

(195) Cour eur. D.H. (G.C.), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, § 83.

un lien plus fort avec la Belgique. Or, c'est précisément un tel argument qu'avait rejeté la Cour eur. D.H. dans les arrêts *Gaygusuz* et *Koua Poirrez*, au stade de l'examen de la proportionnalité.

Dans la dernière partie de son arrêt, la Cour constitutionnelle concède toutefois qu'elle doit rechercher, sur base de *Koua Poirrez*, s'il existe des considérations très fortes justifiant la différence de traitement en cause(196). Il faut mesurer le paradoxe d'en venir à cette étape après avoir conclu à la non-comparabilité des situations sur base de *Carson*, arrêt qui lui-même se clôturait au stade de la comparabilité(197). Les deux derniers considérants du raisonnement de la Cour constitutionnelle creusent encore ce paradoxe. Dans le premier, la Cour recherche l'existence de considérations très fortes pour justifier le traitement distinct d'étrangers qu'elle a préalablement jugés comme n'étant pas comparables(198). Elle accueille ce faisant l'argument de l'Office national des pensions (ONP) selon lequel il ne lui appartient pas de s'ingérer dans la détermination du critère idoine pour juger de la suffisance du lien rattachant l'étranger non privilégié à la Belgique(199), et ne réitère donc pas l'argument de l'inscription au registre de la population. Dans le second, elle juge la distinction opérée proportionnelle en ce que l'aide sociale au sens strict reste ouverte aux étrangers ne pouvant pas obtenir la GRAPA(200). Par conséquent, elle traite en deux temps l'examen des considérations très fortes et celui de la proportionnalité, alors que le qualificatif « très fortes » induit précisément que c'est le désavantage né d'une distinction fondée sur la nationalité qui doit, en soi, être contrebalancé par des motifs de première importance.

En définitive, le mélange de langues vire ici au sabir. La Cour aboutit, en effet, à un résultat brouillon à force de multiplier les issues contradictoires et de s'évertuer à n'en infirmer aucune. Elle entend remobiliser les critères de sa jurisprudence antérieure à 2007, comme le caractère non contributif de l'aide sociale litigieuse ou la disponibilité de l'aide sociale au sens strict, sans occulter l'apport théorique de *Koua Poirrez*. Mais les contradictions qui émaillent son raisonnement nourrissent l'impression d'un patchwork masquant mal l'antécédence de la solution finale. Ceci étant, avec la référence à *Carson* on observe également l'émergence d'un type particulier de mélange qu'on nommera le glissement de principes, par opposition aux

(196) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, B.10.3.

(197) « En résumé, la Cour estime donc que les requérants, qui se sont expatriés dans des pays non liés au Royaume-Uni par des accords de réciprocité en matière de sécurité sociale prévoyant la revalorisation des pensions, ne se trouvent pas dans une situation comparable à celle des pensionnés résidant sur le territoire britannique ou dans des pays signataires de tels accords. *Partant*, elle conclut à l'absence de discrimination en l'espèce, et donc à la non-violation de l'article 14 de la Convention combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 » (Cour eur. D.H. (G.C.), *Carson et autres c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, § 90, nous soulignons).

(198) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, B.10.5.

(199) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, A.8.2.

(200) C.C., arrêt n° 69/2010 du 10 juin 2010, B.11.

distinguishings mis en évidence dans la section précédente. Celui-ci s'opère en l'espèce d'un critère de discrimination que la Cour eur. D.H. ne considère pas comme suspect, la résidence, vers un critère protégé, la nationalité.

Le glissement à l'analyse est encore plus visible dans l'arrêt n° 86/2014. La disposition en cause établit une énième différence de traitement entre Belges et étrangers privilégiés, d'une part, et étrangers non privilégiés, d'autre part, en ce qu'elle ne permet aux seconds de toucher leur pension belge que s'ils résident effectivement en Belgique, alors que les premiers la perçoivent, peu importe le lieu de leur résidence. En l'espèce, la Cour constitutionnelle raisonne majoritairement sur base de la jurisprudence strasbourgeoise. Elle commence par rappeler qu'une pension constitue un bien au sens de l'article 1^{er} du Premier Protocole, et que les Etats jouissent d'une large marge d'appréciation en matière économique et sociale(201). Elle constate ensuite le but poursuivi par le législateur, à savoir « inciter tous les Etats à conclure avec la Belgique des accords de réciprocité et à payer leur pension à des Belges même en dehors de leur territoire »(202).

Ceci l'amène à se tourner vers les extraits discutés ci-dessus de l'arrêt *Carson*. Elle reconnaît toutefois que les circonstances ayant donné lieu à cet arrêt diffèrent de celles de l'espèce, ce qui ne l'empêche pas de retenir les principes qui s'en dégagent : « bien que cet arrêt porte sur la revalorisation d'une pension et non sur la suspension du droit à la pension, il apparaît que les Etats membres disposent en l'occurrence d'un pouvoir d'appréciation étendu et que l'intérêt pour les Etats de conclure des accords de réciprocité en cette matière est reconnu »(203). Le glissement est patent : non seulement elle applique le principe au-delà de son contexte d'origine, mais elle le translate également du stade de la comparabilité à celui de la justification d'une distinction jugée établie. Il reste que, dans un autre arrêt, la Cour eur. D.H. avait conclu à une violation des mêmes dispositions conventionnelles par une mesure par laquelle l'Ukraine refusait à ses propres nationaux résidant à l'étranger le bénéfice de leur pension, ce que la Cour constitutionnelle reconnaît(204). Mais la Cour constitutionnelle choisit d'écarter ce précédent strasbourgeois au moyen d'un *distinguishing* étonnant :

« L'affaire qui a donné lieu à cet arrêt portait cependant sur un ressortissant du pays en question, et non sur un étranger. En effet, la législation de ce pays prévoyait pour les ressortissants aussi que leur pension ne serait pas versée s'ils résidaient en permanence à

(201) C.C., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014, B.4.2, citant Cour eur. D.H. (G.C.), *Andrejeva c. Lettonie*, 18 février 2009.

(202) C.C., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014, B.5.2.

(203) C.C., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014, B.7.2.

(204) Cour eur. D.H., *Pichkur c. Ukraine*, 7 novembre 2013, cité en B.8.1. Aucune partie intervenant devant la Cour constitutionnelle ne s'y est référée, bien qu'il soit sorti avant la mise en délibéré du 17 décembre 2013.

l'étranger. *Par conséquent, il n'était pas question d'une distinction fondée sur la nationalité ; il était seulement question d'une distinction fondée sur la résidence.*

Par ailleurs, l'intérêt pour les Etats de conclure des accords de réciprocité n'était pas en cause [...]. La Cour européenne des droits de l'homme observe que "le Gouvernement ne s'est pas fondé sur des motifs de coopération internationale pour justifier le fait de traiter les pensionnés résidant en Ukraine autrement que ceux résidant à l'étranger" »(205).

Il étonne, d'une part, parce qu'il suggère qu'une même distinction de traitement peut être contraire au principe d'égalité si elle se fonde sur la résidence, mais conforme à celui-ci si elle repose sur la nationalité, ce qui méconnaît indubitablement la jurisprudence strasbourgeoise exigeant des « considérations très fortes » pour justifier les secondes, considérées comme suspectes(206). Or précisément, la Cour constitutionnelle ne tire pas toutes les conséquences de son *distinguishing* : elle n'affirme pas que, dans le cas d'espèce, l'objectif de pression internationale poursuivi par le législateur constitue des « considérations très fortes » justifiant la discrimination dénoncée au regard de la CEDH. Ce silence est d'autant plus éloquent qu'il s'agissait du raisonnement que proposait l'ONP, intervenant devant elle(207). D'autre part, le second alinéa tronque partialement le considérant tiré de l'arrêt *Pichkur*, qui se lit comme suit :

« Dans ce contexte, la Cour observe que le Gouvernement ne s'est pas fondé sur des motifs de coopération internationale pour justifier le fait de traiter les pensionnés résidant en Ukraine autrement que ceux résidant à l'étranger. *En tout cas, la Cour ne se trouve pas empêchée de définir, sur la base de la Convention, des normes plus élevées que celles contenues dans d'autres actes juridiques internationaux* »(208).

Ce que la Cour eur. D.H. signifie par-là, c'est qu'elle traite en l'espèce la question des accords bilatéraux de manière similaire aux arrêts *Gaygusuz* et *Koua Poirrez* : ceux-ci ne peuvent pas justifier une violation du principe d'égalité sur le terrain de la CEDH(209). On constate ainsi que les usages forgés par la Cour constitutionnelle — ici, le *distinguishing* et le

(205) C.C., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014, B.8.2, nous soulignons.

(206) Pour rappel, cette modalisation du contrôle de proportionnalité selon que la distinction de traitement repose sur la nationalité ou sur une situation « choisie » par le requérant, comme la résidence ou le statut migratoire, a été explicitée par la Cour eur. D.H. dans l'affaire *Bah c. Royaume-Uni*, 27 septembre 2011, § 47.

(207) C.C., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014, A.2.

(208) Cour eur. D.H., *Pichkur c. Ukraine*, 7 novembre 2013, § 53. Nous soulignons la partie tronquée par la Cour constitutionnelle.

(209) Voy. Cour eur. D.H., *Koua Poirrez c. France*, 30 septembre 2003, § 49. Voy. aussi *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, § 51.

glissement — se combinent. Force est de constater qu'il en résulte, une nouvelle fois, une protection constitutionnelle des étrangers revue à la baisse par rapport à ce que les précédents strasbourgeois pouvaient laisser espérer.

Cet arrêt a été épinglé par la doctrine⁽²¹⁰⁾, car il a donné lieu à un désaveu de la part de la Cour de cassation, l'une des juridictions ayant interrogé la Cour constitutionnelle en l'espèce. Dans son arrêt, la Cour de cassation enjambe le brevet de constitutionnalité en exploitant la zone d'ombre entretenue par la Cour constitutionnelle. Elle affirme sans ambages que « la volonté [...] d'inciter tous les Etats à conclure avec la Belgique des accords de réciprocité ne constitue pas une considération très forte »⁽²¹¹⁾. La Cour de cassation applique ainsi uniquement les enseignements strasbourgeois en matière de discrimination fondée sur la nationalité et, corrélativement, écarte les arguties que la Cour constitutionnelle tisse autour de la ligne *Carson et Pichkur*. Autrement dit, elle démêle les deux terrains jurisprudentiels que la Cour constitutionnelle avait stratégiquement emboîtés. Sous cet angle, l'enjeu réside moins dans l'existence d'une « divergence d'opinion flagrante » entre les deux juridictions suprêmes sur la solution la plus respectueuse du droit de la CEDH⁽²¹²⁾ que dans la marge de jeu que la Cour constitutionnelle s'autorise vis-à-vis des précédents strasbourgeois et les conséquences que cette licence induit.

C'est ainsi que l'arrêt *Carson* a fait l'objet d'un dernier schéma argumentatif, toujours caractérisé par un glissement, dans le chef de la Cour constitutionnelle⁽²¹³⁾. La question portait sur la constitutionnalité d'une distinction de traitement entre, d'une part, les bénéficiaires étrangers d'une pension de retraite due en vertu de la loi du 17 juillet 1963 relative à la sécurité sociale d'outre-mer et, d'autre part, les bénéficiaires belges ou issus

(210) M. VRANCKEN et Ch. BEHRENDT, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de discrimination. Qui, de la Cour constitutionnelle ou de la Cour de cassation, a le dernier mot en matière de droits fondamentaux ? », obs. sous C.C., arrêt n° 86/2014 du 6 juin 2014, et Cass. (3^e ch.), 15 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015/24, pp. 1126-1137 ; G. VAN LIMBERGHE et Y. STOX, « Betaling van Belgische pensionen in het buitenland onafwendbaar », *J.T.T.*, 2015/27, pp. 457-465 ; G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, op. cit., pt. 154.4.

(211) Cass. (3^e chambre), 15 décembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015/24, p. 1126.

(212) G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ? Convergence des droits fondamentaux dans une protection fragmentée, à la lumière du raisonnement du juge constitutionnel belge*, op. cit., p. 277.

(213) C.C., arrêt n° 82/2016 du 2 juin 2016. Peu commenté par la doctrine, cet arrêt a été accueilli par une chronique de jurisprudence faisant autorité sur un ton purement descriptif, ce qui suggère que la structure argumentative à l'analyse produit un certain effet de persuasion (P. NIHOUL, J.-T. DEBRY, M. BORRES, A.-S. BOUVY, M. SOLBREUX et C. NENNEN, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2016 », *R.B.D.C.*, 2017/3, p. 272). Du reste, ladite structure a été réitérée point par point dans l'arrêt C.C., arrêt n° 9/2017 du 25 janvier 2017, B.5.3 et s. Ce dernier arrêt a suscité un accueil doctrinal comparable (P. NIHOUL, J.-T. DEBRY, M. BORRES, A.-S. BOUVY, M. SOLBREUX et N. CAMBIER, « La Cour constitutionnelle. Chronique de jurisprudence 2017 », *R.B.D.C.*, 2018/2, p. 270).

de pays avec lesquels la Belgique a conclu un accord de réciprocité touchant la même pension, en ce que seuls les seconds peuvent bénéficier d'une indexation de cette pension s'ils résident à l'étranger. Le problème de constitutionnalité soulevé consistait donc en une différence de traitement fondée exclusivement sur la nationalité, ce qu'admet la Cour constitutionnelle(214).

Nonobstant la qualification du problème posé et l'arrêt précité de la Cour de cassation, la Cour constitutionnelle persiste à mêler, en matière d'égal accès aux pensions de retraite, la jurisprudence *Koua Poirrez*, portant sur une distinction fondée exclusivement sur la nationalité et ne pouvant se justifier qu'au moyen de considérations très fortes(215), et la jurisprudence *Carson*, portant sur une distinction fondée sur le lieu de résidence(216). La stratégie argumentative déployée en l'espèce diffère néanmoins par rapport aux deux arrêts analysés précédemment.

D'une part, contrairement à l'arrêt n° 69/2010, la Cour mentionne la jurisprudence *Koua Poirrez* et l'exigence qu'elle porte en premier lieu. Elle suggère ce faisant que l'élément de réciprocité accueilli dans l'arrêt *Carson* constitue effectivement une considération très forte, ce qui non seulement se heurte à la jurisprudence *Koua Poirrez*, mais surtout atteste éloquemment du glissement de principe opéré par la Cour. En effet, l'élément de réciprocité est en l'occurrence, tout comme dans l'arrêt n° 86/2014, déplacé explicitement du stade de la comparabilité à celui de la justification de la distinction de traitement.

D'autre part, contrairement à l'arrêt n° 86/2014, la Cour constitutionnelle reconnaît en apparence la spécificité des distinctions de traitement fondées exclusivement sur la nationalité, puisqu'elle mentionne l'exigence de « considérations très fortes ». Cependant, une fois cité l'arrêt *Carson*, cette exigence disparaît sans autre justification, puisque la Cour recherche finalement « si la disposition en cause est pertinente au regard du but poursuivi et si elle n'a pas d'effets disproportionnés à l'égard d'une certaine catégorie de personnes »(217). Sur base d'une série d'éléments, à savoir le caractère facultatif du régime en cause, l'absence de lien entre l'indexation et les cotisations versées, et le coût financier que celle-ci représente, elle conclut que la distinction en cause « n'est pas dénué[e] de justification raisonnable »(218), critère d'appréciation substantiellement amoindri par rapport aux « considérations très fortes » mentionnées à l'entame de son raisonnement. Or, c'est à nouveau l'arrêt *Carson* qui a servi à opérer ce glissement.

(214) C.C., arrêt n° 82/2016 du 2 juin 2016, B.4, *in fine*.

(215) C.C., arrêt n° 82/2016 du 2 juin 2016, B.5.3.

(216) C.C., arrêt n° 82/2016 du 2 juin 2016, B.5.4.

(217) C.C., arrêt n° 82/2016 du 2 juin 2016, B.5.5.

(218) C.C., arrêt n° 82/2016 du 2 juin 2016, B.6.4. Voy. aussi C.C., arrêt n° 9/2017 du 25 janvier 2017, B.6.5.

Un point de comparaison existe dans la jurisprudence strasbourgeoise qui permet d'avancer une hypothèse quant à la signification de ce glissement sémantique. Dans l'arrêt *Stec*, la Cour eur. D.H. a, en effet, conclu à l'absence de violation des articles 14 de la CEDH et 1^{er} du Premier Protocole en des termes identiques(219), alors même que seules des considérations très fortes peuvent justifier l'existence d'une distinction de traitement fondée sur le sexe comme celle dont elle avait à connaître(220). Lorsqu'elle se borne de la sorte à constater que la mesure en cause « n'est pas déraisonnable » et non qu'elle est effectivement soutenue par des considérations très fortes, la Cour eur. D.H. se réfère en réalité à la marge d'appréciation reconnue aux Etats(221). Ainsi donc, lorsque la Cour constitutionnelle raisonne en ces termes, elle signifie que le choix du législateur tombe sous le champ de la marge d'appréciation strasbourgeoise(222) et qu'elle est par conséquent fondée à lui appliquer sa propre grille d'analyse, rivée au caractère non contributif de la prestation corrélée à son poids budgétaire. Le mélange de langues est subtil mais conduit *in fine* à reléguer le droit de la CEDH à l'arrière-plan.

2. Désintégration et hyperintégration de la casuistique strasbourgeoise

Durant la même période, deux nouveaux précédents strasbourgeois ont fait leur apparition dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux « droits matériels des étrangers en séjour illégal »(223). Le premier est l'arrêt *Anakomba Yula c. Belgique* ; le second, l'arrêt *Ponomaryovi c. Bulgarie*. Tous deux ne touchent pas exactement à l'accès aux prestations sociales(224) mais traitent toutefois — directement ou indirectement — de l'accès, par des étrangers en situation irrégulière, à des services mis en place par l'Etat, respectivement l'assistance judiciaire et l'enseignement.

(219) Cour eur. D.H. (G.C.), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 12 avril 2006, §§ 65-65.

(220) Cour eur. D.H. (G.C.), *Stec et autres c. Royaume-Uni*, 1^{er} avril 2006, § 52.

(221) Voy., dans le même sens, Cour eur. D.H. (G.C.), *Andrejewa c. Lettonie*, 18 février 2009, § 83.

(222) Dans l'entame de l'arrêt commenté, la Cour constitutionnelle énonce d'ailleurs que « le législateur dispose d'un pouvoir d'appréciation étendu pour déterminer sa politique dans les matières socioéconomiques » et cite en référence l'arrêt *Andrejewa c. Lettonie* ci-dessus.

(223) Expression empruntée à Matthieu Lys, qui constate un traitement différent, par les juges constitutionnels, des droits procéduraux et des droits matériels des étrangers, en particulier de ceux se trouvant dans une situation irrégulière (« Les droits constitutionnels des étrangers », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 630).

(224) L'apport de la jurisprudence strasbourgeoise en la matière est, du reste, « limité, sinon absent » (K. KAPUY, *The social security position of irregular migrant workers. New Insights from National social security law and international law*, coll. « Ius Commune Europaeum », Cambridge, Intersentia, 2011, p. 136, notre traduction ; à ce propos, voy. aussi M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, op. cit., pp. 280-281).

Dans la première affaire, la requérante s'était vu refuser, en raison de sa situation irrégulière, l'assistance judiciaire aux fins d'introduction d'une action en contestation de paternité(225). Devant la Cour eur. D.H. elle invoquait la violation combinée des articles 6, § 1^{er} et 14 de la CEDH, en ce que ce refus l'avait privée de manière discriminatoire de son droit d'accès à un tribunal(226). Dans son arrêt, la Cour commence par constater la légitimité du but poursuivi par le Gouvernement belge(227), à savoir « réserver les deniers publics à ceux des étrangers qui ont un certain degré de rattachement avec la Belgique, décourager l'immigration illégale et assurer la réciprocité du bénéfice de l'assistance judiciaire entre les Belges à l'étranger et les étrangers en Belgique »(228). La Cour accueille toutefois l'argument de la requérante, compte tenu du caractère grave et irréversible des questions de filiation ainsi que de l'absurdité de prévoir le critère du séjour régulier dans le cadre de l'assistance judiciaire, mais pas dans celui de l'aide juridique(229). Elle souligne aussi les démarches entamées par la requérante pour obtenir sa régularisation ainsi que l'urgence d'agir immédiatement, étant donné le délai d'un an endéans lequel l'action visée doit être introduite(230). Elle en conclut qu'il « fallait des raisons particulièrement impérieuses pour justifier une différence de traitement entre la requérante, qui ne possédait pas de carte de séjour, et les personnes qui en possédaient une », *quod non* (231).

Dans la seconde affaire, les requérants, fréquentant l'enseignement secondaire, contestaient la décision des autorités bulgares de leur faire payer des frais de scolarité pour la raison qu'ils ne possédaient pas de permis de séjour permanent(232). Devant la Cour eur. D.H., ils invoquaient une violation de l'article 2 du Premier Protocole, garantissant le droit à l'instruction, combiné avec l'article 14 de la CEDH. En substance, ils s'estimaient « victimes d'une discrimination car, à la différence des ressortissants bulgares et des étrangers titulaires de permis de séjour permanents, ils ont dû payer des frais pour poursuivre leurs études secondaires »(233). La Cour se positionna en leur faveur, tout en soulignant l'importance des

(225) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 9.

(226) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 19.

(227) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 35.

(228) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 29.

(229) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 37. Marie-Bénédicte Dembour note également cette facture casuistique (*When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, op. cit., p. 272 : « *Anakomba Yula* was not phrased in a way which affirmed the equality of all human beings [...]. It nonetheless reads like an extension of *Gaygusuz* »).

(230) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 38.

(231) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 37.

(232) Pour une mise en contexte approfondie de l'affaire, voy. M.-B. DEMBOUR, *When Humans Become Migrants. Study of the European Court of Human Rights with an Inter-American Counterpoint*, op. cit., pp. 272-275.

(233) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011, § 44.

« circonstances particulières de la présente espèce »(234). Parmi celles-ci figure le fait « que les intéressés ne se trouvaient pas dans le pays de manière irrégulière et souhaitant ensuite bénéficier de ses services gratuits », de sorte que « leur cas ne relevait clairement pas de considérations relatives à la nécessité de bloquer ou de renverser le flux d'immigration illégale »(235). La Cour précise à cet égard « qu'on ne peut pas dire non plus que les requérants aient essayé d'abuser du système éducatif bulgare »(236). Tout comme dans l'arrêt *Anakomba Yula*, la décision de la Cour insiste donc sur un faisceau d'éléments factuels parmi lesquels il est difficile de distinguer le facteur décisif. Les deux constats de violation reposent ainsi sur ce que Sébastien Van Drooghenbroeck a appelé une « hypercontextualisation du litige », expression par laquelle il vise « la référence tueuse de précédents à la totalité des circonstances de la cause »(237).

Que deviennent ces précédents hypercontextualisés une fois mobilisés devant — ou convoqués par — la Cour constitutionnelle, dont l'office se caractérise par une forte dose d'abstraction ? Il est remarquable que, dans le premier arrêt où ils se trouvaient mentionnés, ils furent invoqués ensemble par les parties requérantes(238). Il s'agissait d'un recours en annulation introduit par différentes associations contre un décret flamand ajoutant une condition de séjour régulier pour bénéficier de l'enseignement pour adultes. La discrimination dénoncée se logeait entre les Belges et étrangers en situation régulière, d'une part, et les étrangers en situation irrégulière, d'autre part, en ce que ces derniers se voyaient privés de toute possibilité d'enseignement en raison de leur absence de statut. Au soutien de cet argument, les requérants invoquaient les deux arrêts strasbourgeois analysés ci-dessus, y lisant que « des motifs très sérieux doivent exister pour qu'une différence fondée purement et simplement sur la nationalité ou sur le droit de séjour soit justifiée dans le cadre d'un contrôle au regard du droit à l'enseignement » ; elles déduisaient également de l'arrêt *Ponomaryovi* que « le législateur décretaal ne dispose que d'un pouvoir d'appréciation restreint lorsqu'il est question, non pas d'enseignement avancé, mais d'éducation de base »(239).

(234) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011, § 63.

(235) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011, § 60.

(236) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011, § 61. Dans le même paragraphe, la Cour relève encore qu'ils « étaient parfaitement intégrés dans la société et parlaient couramment le bulgare ».

(237) 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., p. 300.

(238) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, A.3.2, al. 2. Si la doctrine a, elle aussi, tendance à traiter ces précédents comme allant de pair (voy. not. J.-Y. CARLIER et S. SAROLEA, *Droits des étrangers*, op. cit., p. 98), c'est le plus souvent pour souligner qu'ils incarnent des approches antagonistes de l'immigration irrégulière (O. DE SCHUTTER, *Links between Migration and Discrimination. A legal Analysis of the situation in the EU Member States*, op. cit., p. 70 ; M.-D. DEMBOUR, « *Gaygusuz revisited: The limits of the European Court of Human Rights' equality agenda* », *Human Rights Law Review*, 2012/4, pp. 709-715).

(239) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, A.3.2, al. 2.

Dans son arrêt, la Cour constitutionnelle raisonne prioritairement au moyen de sa propre jurisprudence. Dans un premier temps, elle rappelle que « lorsque le législateur entend mener une politique en matière d'étrangers et impose à cette fin des règles auxquelles il y a lieu de se conformer pour séjourner légalement sur le territoire, il utilise un critère de distinction objectif et pertinent s'il lie des effets aux manquements à ces règles, lors de l'octroi de l'aide sociale »(240), de sorte qu'aucune discrimination ne peut être alléguée sur cette base(241).

Dans un second temps, elle affirme que « l'article 2 du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et l'article 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels [...] n'empêchent pas non plus, si on les combine avec l'article 24 de la Constitution, que l'accès à l'enseignement dispensé au-delà du terme de la scolarité obligatoire soit soumis à des conditions, pour autant que le principe d'égalité soit respecté à cette occasion »(242). C'est pour étayer cette affirmation que la Cour cite alors un des considérants généraux de l'arrêt *Ponomaryovi*(243). Or, et c'est là que réside l'ingéniosité de son raisonnement, dès lors qu'elle a constaté par avance qu'une mesure ciblant un étranger en séjour irrégulier est par principe justifiée au regard du droit de la non-discrimination et que les dispositions conventionnelles garantissant le droit à l'enseignement ne contiennent pour les adultes rien de plus qu'un principe de non-discrimination, elle conclut automatiquement à la non-violation desdites dispositions(244). Mais, ce faisant, elle ferme les yeux sur les nuances qui, à Strasbourg, entrouvrent un accès à l'enseignement de base par-delà les catégorisations migratoires(245), ne citant qu'au passage un bout du prodrome de l'arrêt *Ponomaryovi*. En particulier, en assimilant le droit à l'instruction de base au droit à l'aide sociale au sens générique(246), elle néglige un enseignement qui ressort clairement de l'arrêt *Ponomaryovi*, à savoir que l'instruction de base requiert un examen de proportionnalité plus strict sur le terrain du droit à la non-discrimination,

(240) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.7.

(241) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.8.

(242) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.11.1.

(243) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.11.2, qui renvoie au § 49 de l'arrêt *Ponomaryovi*, qui rappelle simplement l'obligation des Etats d'organiser leurs systèmes d'enseignement de manière compatible avec le principe d'égalité.

(244) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.12.2, où la circularité du raisonnement est manifeste.

(245) En ce sens, certains auteurs avaient suggéré, quelques mois avant que l'arrêt de la Cour constitutionnelle commenté soit rendu, que l'affaire *Ponomaryovi* ouvrait « des pistes de réflexion pour l'avenir, y compris devant notre Cour constitutionnelle », dans l'optique « d'élargir la portée des prérogatives auxquelles donne lieu tel ou tel droit fondamental, y compris envers les personnes en situation irrégulière de séjour, pour donner davantage de contenu et de matière au droit à l'égalité, parfois très formel » (M. LYS et B. RENAULD, « Le principe constitutionnel d'égalité et les étrangers : du critère de nationalité à celui du séjour », *R.B.D.C.*, 2013/2, p. 217).

(246) C.C., arrêt n° 37/2013 du 14 mars 2013, B.7.

y compris lorsque la discrimination alléguée l'est sur base du statut migratoire(247). Or, comme nous l'avons vu, c'était précisément ce que l'inviétaient à faire les parties requérantes.

Quant à l'arrêt *Anakomba Yula*, il a fait l'objet d'une discussion approfondie dans l'arrêt annulant partiellement la loi du 6 juillet 2016 réformant le régime de l'aide juridique(248). En réaction à la condamnation de la Belgique dans l'arrêt *Anakomba Yula*(249), la loi visée par cet arrêt a élargi le bénéfice de l'assistance judiciaire aux étrangers en situation irrégulière ayant leur résidence en Belgique à trois conditions : « qu'ils aient essayé de régulariser leur séjour en Belgique, que leur demande présente un caractère urgent et que la procédure porte sur des questions liées à l'exercice d'un droit fondamental »(250).

Devant la Cour constitutionnelle, les parties requérantes critiquaient dans leur dixième moyen cette disposition en ce que, d'une part, elle introduirait une discrimination entre étrangers quant à l'accès à l'assistance judiciaire et que, d'autre part, chacune des trois conditions comporterait en soi un obstacle disproportionné au même droit(251). De son côté, le Conseil des ministres affirmait que le législateur avait « par les conditions posées par la disposition attaquée, retranscrit presque littéralement l'enseignement de l'arrêt *Anakomba Yula c. Belgique* »(252). La Cour se rallie sans réserve à la lecture de cet arrêt proposée par le Conseil des ministres(253). Elle évalue ensuite les trois conditions au regard du principe de non-discrimination mais conclut, pour chacune d'elles, que la nature irrégulière du séjour la justifie(254).

Force est de constater que ce qu'a fait le législateur en l'espèce, et ce en quoi il a été suivi par la Cour, consiste à ériger chacune des circonstances de fait épinglées par la Cour eur. D.H. pour justifier son constat de violation en condition légale d'accès à l'assistance judiciaire. Cette hyperintégration de la casuistique d'*Anakomba Yula* contraste ainsi avec la désintégration de celle à l'œuvre dans *Ponomaryovi*. Or, cet extrême inverse prête également le flanc à la critique.

Premièrement, comme le soulignaient les parties requérantes dans l'arrêt sur la réforme de l'aide judiciaire, toutes les circonstances de fait énumérées

(247) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011, §§ 55-56.

(248) C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018.

(249) Cette condamnation est clairement mentionnée dans l'exposé des motifs (*Doc. parl.*, Chambre, 2015-2016, n° 54-1819/001, pp. 8 et 23). La Cour constitutionnelle le fait remarquer (C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, B.40.1).

(250) Article 17 de la loi du 6 juillet 2016 modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne l'aide juridique, *M.B.*, 14 juillet 2016 (qui complète l'article 668 du Code judiciaire).

(251) C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, A.12.1.

(252) C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, A.12.2.

(253) C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, B.40.3.

(254) C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, B.42 à B.44.

par la Cour eur. D.H. ne doivent pas forcément être traitées sur un pied d'égalité. En particulier, il est permis de penser que « le fait que la Cour souligne que la partie requérante avait tenté de régulariser son séjour [est] surabondant » (255). Rien n'empêche de considérer, en effet, que la Cour eur. D.H. aurait constaté la même violation sans ces efforts de régularisation, compte tenu de la gravité du droit en cause (256). Ceci étant, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, dans son rôle de contrôle de l'exécution des arrêts, n'a pas formulé de critique vis-à-vis de la réforme législative belge (257).

Deuxièmement, cette technique d'hyperintégration de la casuistique strasbourgeoise insufflé peu de robustesse à la jurisprudence constitutionnelle, dans la mesure où elle risque de devoir être remise sur le métier à la moindre évolution du côté de Strasbourg. A cet égard, il faut encore rappeler un considérant qui n'a retenu l'attention ni du législateur ni de la Cour constitutionnelle, à savoir celui dans lequel la Cour eur. D.H. souligne l'absurdité de fournir l'aide juridique mais pas l'assistance judiciaire aux étrangers en séjour illégal, invitant ce faisant la Belgique à aligner les deux régimes (258).

Troisièmement, la casuistique touffue déployée à Strasbourg suppose une appréciation systématique des circonstances de fait, de sorte que les critères retenus par le législateur ménagent, en l'état, une large marge d'appréciation aux bureaux d'aide juridique, au détriment de la sécurité juridique que sont en droit d'attendre les justiciables, y compris ceux se trouvant en situation irrégulière sur le plan du séjour (259). Du reste, transposée à l'arrêt *Ponomaryovi*, cette technique d'hyperintégration aurait pu, par exemple, aboutir à insérer dans la loi une condition selon laquelle l'étudiant en situation irrégulière peut s'inscrire aux cours dans la mesure où il démontre « qu'il n'abuse pas du système » (260), critère *a priori* peu opérationnel.

(255) C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, A.12.3.

(256) Voy., en ce sens, O. DE SCHUTTER, *Links between Migration and Discrimination. A legal Analysis of the situation in the EU Member States*, op. cit., pp. 70-71. Selon ce rapport, l'élément clé, dans ce cadre, est la nature du droit en cause.

(257) Résolution CM/ResDH(2016)243. La stratégie adoptée par le Gouvernement belge pour limiter l'impact de cette condamnation a donc, jusqu'ici, porté ses fruits (sur cette question des stratégies gouvernementales post-condamnation, voy. M. BAUMGÄRTEL, « "Part of the Game", Government Strategies against European Litigation Concerning Migrant Rights », in T. AALBERTS et T. GAMMELTOFT-HANSEN (eds), *The Changing Practices of International Law*, Cambridge, C.U.P., 2018, pp. 123 et s.).

(258) Cour eur. D.H., *Anakomba Yula c. Belgique*, 10 mars 2009, § 37.

(259) Voy., par ex., les débats entre le Conseil des ministres et les parties requérantes sur ce que signifie une « tentative de régularisation » (C.C., arrêt n° 77/2018 du 21 juin 2018, A.12.2 et A.12.3). La Cour n'a pas tranché pour l'une ou l'autre interprétation (B.43.1). Concernant l'appréciation de l'urgence, la Cour a considéré qu'il « appartient au bureau de la juridiction compétente, sous le contrôle du juge, d'apprécier le caractère urgent de la demande » (B.43.2). Le même renvoi au bureau d'aide juridique et au juge de fond est opéré concernant l'appréciation de l'existence d'une question portant sur un droit fondamental (B.43.3).

(260) Cour eur. D.H., *Ponomaryovi c. Bulgarie*, 21 juin 2011, § 61.

CONCLUSIONS

L'introduction annonçait, pour l'analyse de notre échantillon de références par la Cour constitutionnelle à la Cour eur. D.H., un paradigme de la langue à opposer à celui du code, capable de tenir ensemble la rigueur de la règle et la souplesse des usages dont elle fait l'objet. Le déroulé de la démonstration visait, *in situ*, à en dégager les premiers jalons, dont il s'agit à présent de dresser l'inventaire.

Dans les arrêts étudiés, lorsque la Cour constitutionnelle se réfère à sa collègue strasbourgeoise, elle ne se comporte pas tant avec le soin et la prudence du traducteur qu'avec l'audace, voire parfois la licence, du locuteur bilingue. C'est pourquoi les concepts linguistiques de *mélange de langues* et d'*alternance codique*, élaborés pour décrire les interférences entre langues en contact, servent utilement à mettre au jour les procédés rhétoriques déployés par la Cour constitutionnelle en la matière. Des cas aigus de chacun de ces phénomènes ont même été épinglés. Ainsi, le deuxième chapitre a mis en évidence plusieurs alternances codiques marquantes, soit que la Cour constitutionnelle écarte explicitement la pertinence du droit de la CEDH dans un arrêt(261), soit au contraire qu'elle ne travaille plus qu'au moyen de ce droit, négligeant le cas échéant les outils constitutionnels plus protecteurs(262). C'est ce dernier type d'alternance qui donne l'impression que la langue constitutionnelle perd de sa spécificité au contact de la langue strasbourgeoise. Dans le troisième chapitre, une palette de mélanges de langues, d'intelligibilité variable, a été reconstituée. Dans les deux cas, des enseignements strasbourgeois sont abondamment convoqués au sein du raisonnement, sans méthode explicite, comme une langue donnée peut l'être au fil d'une conversation entre interlocuteurs bilingues. A première vue, la Cour constitutionnelle se soucie donc bien de respecter la règle strasbourgeoise. Mais cette dernière est intégrée au sein d'une pluralité d'usages hétérogènes, dont le choix se présente d'un cas à l'autre comme contingent, dans la mesure où il ne fait l'objet d'aucune justification et fluctue sans nécessité apparente.

A ces oscillations ponctuelles s'ajoutent cependant des interférences plus structurelles, de nature à remettre en cause l'arbitraire des choix opérés. Dans la vie courante, un locuteur dont le français est la langue maternelle repérera facilement l'origine russe, japonaise, argentine ou sénégalaise de son interlocuteur. C'est que, même lorsque celui-ci maîtrise avec brio la grammaire de la langue apprise, il conserve souvent un *accent* étranger reconnaissable combiné aux autres interférences, par exemple lexicales, avec sa langue d'origine. Pour filer la métaphore, l'accent étranger que

(261) Voy. *supra*, p. 131, à propos des arrêts n^{os} 121/2013, 43/2015, 120/2017 et 14/2018.

(262) Voy. *supra*, pp. 143-146, à propos de l'arrêt n^o 166/2013.

nous croyons avoir identifié au principe des transformations que subissent à Bruxelles les précédents strasbourgeois tient à une empathie de la Cour constitutionnelle vis-à-vis des législateurs en matière de droit des étrangers. Cette empathie permet de comprendre pourquoi la prémisse du contrôle souverain des frontières fait retour de manière accentuée relativement aux problèmes migratoires tandis que la prémisse égalitaire est reprise dans une version atténuée lors du traitement des problèmes socioéconomiques. En effet, le point de rencontre de ces deux constats ne peut résider que dans le concept de marge d'appréciation, en application de laquelle la Cour constitutionnelle s'interdit de s'immiscer dans le travail législatif. Elle refuse ainsi de soumettre une norme à un contrôle appuyé d'égalité lorsque celui-ci pourrait réduire les objectifs des législateurs à néant(263), ou le processus d'élaboration de la loi à un contrôle de qualité, comme peut le faire la Cour eur. D.H.(264). De même, dans le cadre des problèmes socioéconomiques, elle respecte systématiquement la manière dont les législateurs choisissent de se conformer aux enseignements strasbourgeois, y compris lorsque ces derniers sont en tension manifeste avec les solutions retenues.

Le concept d'emprunt s'est avéré fécond pour exhumers cette structure sous-jacente. Nous en avons identifié deux types, qui font écho aux deux volets de notre approche. En effet, certains emprunts présentent des traits plus pragmatiques, tandis que d'autres tiennent davantage de l'effet rhétorique. En clair, la Cour constitutionnelle emprunte tantôt des éléments de langage, tantôt des « outils » juridiques. Les premiers sont fréquents dans le cadre des problèmes migratoires, tandis que les seconds se retrouvent surtout dans le cadre des problèmes socioéconomiques. Or, nous avons constaté une perméabilité à géométrie variable aux éléments de langage dans le deuxième chapitre et une réappropriation biaisée des outils dans le troisième. Ainsi, d'une part, la notion d'immigration « choisie » et le qualificatif « d'immigré » migrent aisément de Strasbourg à Bruxelles, contrairement à l'insistance sur la prépondérance de l'intérêt de l'enfant sur son statut irrégulier. D'autre part, la notion de « considérations très fortes » fait l'objet de multiples réécritures par la Cour constitutionnelle, au terme tantôt de pointilleux *distinguishings*, tantôt de glissements précipités. Dans les deux cas, cette sélectivité occultée par le paradigme du code induit des conséquences tangibles quant à la protection constitutionnelle des étrangers en Belgique.

L'appareil conceptuel qui vient d'être synthétisé a, en définitive, permis de montrer comment la langue autre de la Cour eur. D.H., en devenant l'autre langue de la Cour constitutionnelle, devient surtout une langue propre. Cette dernière est bien, pour une part, fonction des disparités

(263) Les meilleurs exemples de cette pusillanimité sont les arrêts n^{os} 91/2015 et 126/2018 (voy. pp. 132 et s.).

(264) Ceci ressort du récent arrêt n^o 58/2020, analysé *supra*, pp. 138 et s.

entre l'office respectif des deux instances étudiées, la première travaillant dans un cadre subjectif et concret, la seconde dans un cadre objectif et abstrait. En témoigne le fait que les usages repérés se forment souvent au creuset d'une tension entre généralité des principes et particularité des espèces. Mais elle se présente aussi comme un terrain de luttes entre les différents acteurs intervenant au cours du procès constitutionnel. Et il faut sans doute situer le terreau de l'accent dénoté à l'intersection de ces luttes et des préconceptions des juges eux-mêmes, vues qu'ils n'hésitent pas, en matière de droits fondamentaux des étrangers, à partager⁽²⁶⁵⁾. Les deux tensions relevées — méthodologique et sociologique — expliquent, du reste, l'évolutivité des usages étudiés dans le temps. Enfin, si nos constats pragmatiques s'affinent à l'aune du paradigme de la langue que nous avons proposé, c'est surtout parce que la Cour constitutionnelle n'explique pas, lorsqu'elle cite la Cour eur. D.H., *ce qu'elle fait et pourquoi elle le fait*⁽²⁶⁶⁾. Les dynamiques qui sous-tendent ce réseau de citations fréquentes mais éparses doivent donc être reconstituées par l'analyste. Mieux comprises, gageons que lesdits acteurs sauront mieux s'en servir.

(265) Voy., dans l'introduction, les publications mentionnées en note 21.

(266) Selon le mot d'ordre E. BREMS, « Smart human rights integration », *op. cit.*, p. 192.