

LE VISAGE DU MIGRANT

Matthieu LYS

Avocat au Barreau de Bruxelles

Assistant à la Faculté de Droit de l'U.C.L.

*Membre du Centre de Recherche sur l'État et la Constitution (CRECO)
et de l'Équipe Droit européen et migrations (EDEM)*

Lorsque l'on évoque les visages de l'État, que l'on se place du point de vue du droit constitutionnel ou du droit international, l'on pense en premier lieu aux caractéristiques qui lui sont généralement attribuées : le territoire, la nation et la population, et la souveraineté. Yves Lejeune définit d'ailleurs brillamment l'État en se basant sur ces trois piliers : «[l]État peut être défini comme un groupement humain, c'est-à-dire une collectivité possédant une homogénéité minimale : la communauté des nationaux, dotée par un statut – la Constitution – d'une structure institutionnelle exerçant une autorité souveraine exclusive sur la population vivant sur un territoire déterminé » (1).

Le visage de l'étranger, lui, n'apparaît peut-être que dans un second temps. Pourtant, la population d'un État « ne se limite pas aux nationaux » et « comprend aussi des étrangers » (2).

C'est ce visage que nous avons choisi d'évoquer, au travers de la question de la reconnaissance de droits aux migrants dans nos États de droit.

Le phénomène migratoire fait aujourd'hui débat. Les étrangers sont, en Europe, devenus la cible de politiques migratoires de plus en plus rigoureuses et sévères. Dans le contexte de crise que nous connaissons, l'objectif de maîtrise de l'immigration est devenu une obsession politique, et aboutit à l'adoption de normes restreignant de manière importante les droits fondamentaux des étrangers, dont la protection se heurte à un écueil de plus en plus souvent invoqué : le pouvoir de l'état de contrôler les entrées et les sorties de son territoire, attribut d'une certaine conception de la souveraineté nationale.

Aujourd'hui et peut-être plus que jamais, l'étranger se situe au cœur d'une tension forte entre deux logiques qui s'affrontent : la logique de la souveraineté nationale, justifiant l'objectif poursuivi de maîtrise de l'immigration, et

(1) Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2014, p. 25.

(2) *Ibid.*, p. 28.

la logique des droits fondamentaux, qui, dans leur principe, ne connaissent pas de frontières.

Nous allons évoquer cette tension en mobilisant les concepts-clés de la définition du statut constitutionnel de l'étranger, pour démontrer qu'entre une égalité de principe et une souveraineté nationale toujours davantage invoquée (I), l'étranger est confronté à un réel problème d'effectivité de ses droits fondamentaux (II).

I. – PRINCIPE D'ÉGALITÉ ET SOUVERAINETÉ NATIONALE

Si le statut constitutionnel de l'étranger est défini, en droit belge, au travers d'une égalité de principe avec les nationaux dans la reconnaissance de ses droits fondamentaux (A.), il entretient des rapports de tension avec une certaine conception de la souveraineté nationale, notion centrale en théorie de l'État, mais dont les contours sont complexes (B.).

A. – Les étrangers et le principe d'égalité

Si les Constitutions nationales et les textes internationaux contiennent peu de dispositions spécifiques aux étrangers, la Constitution belge, quant à elle, n'ignore pas leur statut, qu'elle consacre en son article 191. Cet article dispose que les étrangers jouissent de la même protection accordée aux personnes et aux biens dont bénéficient les Belges, à la double condition qu'ils se trouvent sur le territoire de la Belgique et que la loi n'ait pas établi d'exception à cette égalité de protection.

Cet article « pose un principe d'assimilation » (3) des étrangers aux nationaux. L'article 191 de la Constitution établit bien « un *principe* – l'assimilation constitutionnelle – et une *exception* – le pouvoir de dérogation » (4). En adoptant l'article 191 de la Constitution, en effet, le Congrès National souhaitait protéger les droits des étrangers tout comme les droits des Belges, tout en se réservant la possibilité d'établir des exceptions ponctuelles dans un but de protection de l'ordre public (5).

En droit belge, l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au national vaut pour la reconnaissance de tous les droits fondamentaux contenus dans le titre II de la Constitution (6). Tant les libertés-franchises que les droits dits

(3) S. VAN DROOGHENBROECK, « L'article 191 de la Constitution », *R.B.D.C.*, 2006, p. 305.

(4) P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *Ann. dr. Louvain*, 1996, p. 297 (c'est l'auteur qui souligne).

(5) Voy., à ce sujet, P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. I, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 264, n° 151 ; Ch. HUBERLANT, « Les garanties de procédure et de recours actuellement accordées aux étrangers », *Ann. Dr.*, 1970, pp. 133-134.

(6) Le fait que certaines dispositions du Titre II de la Constitution fassent expressément référence aux Belges, tels les articles 26 et 27 de la Constitution consacrant les droits de réunion et d'association, ne signifie en aucun cas que de tels droits ne seraient pas reconnus aux non-nationaux. Voy. P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », *op. cit.*, p. 292.

économiques, sociaux et culturels inscrits dans la Constitution rentrent dès lors dans le champ d'application de l'article 191 de la Constitution. Ceci revient dès lors à la fois à dire que ces droits sont, en principe, garantis à l'étranger au même titre qu'au Belge, mais également que la loi peut établir des exceptions à la reconnaissance de ces droits au détriment des étrangers (7). Cette assimilation vaut également, en principe, pour tous les autres droits, même ceux qui ne sont pas considérés comme fondamentaux (8).

On l'a dit, cette assimilation de l'étranger au national est assortie d'une importante exception : le pouvoir de dérogation accordé au législateur. Ce pouvoir fut d'abord interprété comme conférant un blanc-seing à celui-ci dans l'établissement de ces exceptions (9), l'affranchissant des limites posées par les articles 10 et 11 de la Constitution, siège du principe constitutionnel d'égalité et de non-discrimination. La Cour constitutionnelle avait, dans un premier temps, admis que le législateur dispose d'un pouvoir absolu en la matière, jugeant que les étrangers ne pouvaient invoquer les principes d'égalité et de non-discrimination qu'« à la double condition que, comme en l'espèce, ils se trouvent sur le territoire de la Belgique et que la loi n'ait pas fait d'exception en ce qui les concerne » (10). En raison notamment d'une contrariété avec des dispositions de droit international, tels les articles 1^{er} et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour constitutionnelle a effectué un revirement total de jurisprudence en soumettant désormais les distinctions de traitement fondées sur la nationalité aux exigences des règles constitutionnelles et internationales d'égalité et de non-discrimination. Elle a jugé ainsi que l'article 191 de la Constitution « n'a

(7) Il n'était cependant pas question, à l'origine, de consacrer au bénéfice des étrangers présents sur le territoire de la Belgique des droits politiques (sur cette question, voy. F. DELPÉREE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, collection « Que sais-je ? », 1995). C'était, en principe, la nationalité belge qui conférait à une personne la qualité de « citoyen ». Depuis, d'importantes modifications constitutionnelles et législatives ont étendu le droit de vote et d'éligibilité à des non-nationaux : droit de vote et d'éligibilité des citoyens ressortissants d'un État membre de l'Union européenne aux élections du Parlement européen et aux élections communales (voy. F. DELPÉREE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 149-150), et droit de vote aux élections communales des étrangers non-ressortissants d'un État membre de l'Union européenne faisant valoir de cinq années ininterrompues de résidence principale en Belgique couvertes par un séjour légal. En ce qui concerne le droit d'accès aux emplois publics, traditionnellement réservé aux seuls nationaux, il faut rappeler que, sous l'impulsion de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, seul peut être réservé à un Belge « l'emploi qui comporte une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'État et des autres collectivités publiques » (C.J.C.E., 17 décembre 1980, Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique, affaire 149/79, *Recueil*, p. 3881).

(8) Voy. D. VANHEULE, « De positie van de vreemdeling in de Grondwet », in B. PEETERS et J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief, Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Intersentia, 2007, p. 496.

(9) Voy. P. BOUCQUEY, « La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger », op. cit., pp. 291 et suivantes ; R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », obs. sous C.C., arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990, *R.C.J.B.*, 1991, pp. 643 et ss.

(10) C.C., arrêt n° 51-94 du 29 juin 1994, considérant B.3.

pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il ne découle donc en aucune façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause » (11).

Si le principe est désormais bien établi dans la jurisprudence constitutionnelle, sa mise en œuvre s'avère complexe. En effet, le principe d'égalité est un principe en soi vide de contenu, un principe éminemment formel (12). Ce constat prend toute son ampleur quand on le confronte aux politiques publiques mises en œuvre en matière migratoire, où le respect du principe d'égalité se heurte fréquemment à la marge d'appréciation laissée par le juge constitutionnel et par le juge international au législateur dans la mise en place de ces politiques, expression de la souveraineté nationale sur le contrôle des entrées et des sorties du territoire.

Nous verrons, dans la seconde partie de cette contribution, quelques exemples de la difficile mise en application du principe d'égalité lorsqu'il est confronté aux situations migratoires. Mais avant cela, il nous faut nous arrêter sur la notion essentielle de souveraineté, qui se retrouve en filigranes de toute la problématique de l'effectivité des droits fondamentaux des étrangers.

B. – Les étrangers et la souveraineté nationale

Comme l'illustre admirablement Sylvie Saroléa (13), un certain « malaise » a de tout temps affecté la reconnaissance de droits fondamentaux aux migrants. Si la consécration des droits de l'homme a, bien sûr, contribué à faire avancer les droits des étrangers, il reste que « leur potentiel semble [...] entravé par la fixité des prémisses qui n'ont pas été ébranlées par l'évolution du droit international et interne des droits de l'homme » (14). Parmi ces « prémisses » inchangées, figure le principe de souveraineté des États en matière d'accès et de séjour sur le territoire.

(11) C.C., arrêt n° 106/2003 du 22 juillet 2003, B.5.4. Sur cet arrêt, voy. P.-O. DE BROUX, « Observations », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 50-57. Sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, voy. égal. B. RENAULD, « La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux de l'étranger », in A. RASSON-ROLAND, D. RENDERS et M. VERDUSSEN (dir.), *La Cour d'arbitrage, vingt ans après – Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 122-128; M. LYS, « 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'État et de la Cour de cassation*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 607-634.

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

(13) Sur cette question, voy. S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 3 et suivantes.

(14) *Ibid.*, p. 3.

La lecture de la jurisprudence constitutionnelle en matière de droits des étrangers révèle souvent le tiraillement entre le respect de la souveraineté du législateur dans l'établissement des politiques d'accès et de séjour, et le respect des droits fondamentaux des migrants, dont le principe d'égalité, posé à l'article 191 de la Constitution, est la clé de voûte.

Mais qu'est-ce que la souveraineté ? Définir ce terme n'est pas chose facile (15). Yves Lejeune rappelle que le pouvoir souverain est « suprême », « plénier » et « en principe discrétionnaire » (16). Pour autant, la souveraineté constitue-t-elle une limite aux droits fondamentaux, y compris ceux des étrangers, ou bien doit-on considérer que les droits fondamentaux constituent une limite à la souveraineté ?

Pour Sylvie Saroléa, les droits de l'homme sont tout à la fois une limite et l'expression de la souveraineté de l'État : « [i]ls sont une limite à la souveraineté si elle est entendue comme un pouvoir discrétionnaire de l'État. Ils sont aussi une expression de celle-ci lorsqu'elle signifie, dans l'ordre interne, le droit de choisir un mode de fonctionnement de l'État, et, dans l'ordre international, celui de participer à la création de textes internationaux de protection des droits de l'homme et de s'y lier » (17). Pour elle, le droit international des étrangers « a une place importante dans le développement des limites au pouvoir absolu des États », ces derniers ayant « cherché à poser des limites aux droits dits souverains des États en matière de traitement des étrangers dans la mesure où, ce faisant, ils étaient susceptibles de porter atteinte à leur souveraineté » (18). La problématique de la condition des étrangers comporterait « une dimension internationale puisque même si le législateur agit souverainement lorsqu'il statue sur la condition des étrangers, son intervention est assujettie à ses obligations internationales envers l'État dont les étrangers sont ressortissants. Il s'ensuit une limite à la liberté de l'État qui détermine la condition des étrangers » (19).

Suite à la Seconde Guerre mondiale, les limites à la souveraineté absolue des États deviennent plus grandes encore. De nombreux traités internationaux ayant pour objet la protection des droits de l'homme sont adoptés, contribuant à transformer profondément le droit international, qui, jusqu'alors, était davantage centré sur les rapports interétatiques que sur la protection des droits de la personne. La souveraineté ne peut plus être comprise, depuis, comme un pouvoir absolu. Les États ont été contraints, « par leurs propres sujets, d'élaborer des règles pour en limiter l'emprise sur les libertés

(15) R. BERNHARDT (dir.), *Encyclopedia of Public International Law*, Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, vol. 4, North-Holland, Elsevier, 2000, p. 500 : la souveraineté est « the most glittering and controversial notion in the history, doctrine and practice of public international law ».

(16) Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, op. cit., pp. 32-33.

(17) S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, op. cit., p. 46.

(18) *Ibid.*, p. 49.

(19) *Ibid.*

individuelles » (20). La souveraineté ne peut plus se concevoir, dans nos démocraties occidentales, en dehors du cadre conceptuel de l'État de droit.

C'est pour toutes ces raisons que Sylvie Saroléa propose une conception des droits de l'homme qui soit à la fois le « dépassement » et « l'expression » de la souveraineté, qui deviendrait davantage un « devoir » qu'un « pouvoir » et qui aurait pour « corollaire une autonomisation du droit par rapport à l'État » (21).

Cependant, il reste que c'est aux États qu'il appartient de mettre en œuvre les droits de l'homme dans leur ordre juridique interne, au titre de la marge nationale d'appréciation qui leur est accordée par les conventions internationales en matière de droits de l'homme, et en vertu du principe de subsidiarité, bien ancré en droit international des droits de l'homme. L'effectivité des droits de l'homme dépend, *in fine*, de l'État. C'est également à l'État qu'il revient d'organiser en première ligne le contrôle du respect des dérogations ou des limitations apportées aux droits fondamentaux.

Le réel pluralisme des divers ordres juridiques dans le domaine des droits fondamentaux laisse, en droit des étrangers, un espace de souveraineté important aux États : la définition des conditions du statut de séjour. Même si, aujourd'hui, le droit international ou européen a posé le cadre juridique que doivent respecter les États membres en matière de droit d'asile (22), en matière de regroupement familial (23), en matière de régularisation par le travail (24) ou en matière d'expulsion et de renvois (25), les États membres jouissent encore d'une marge d'appréciation importante dans l'appréciation de certaines conditions d'octroi de séjour. Cette marge d'appréciation reste une expression de la souveraineté nationale, davantage comprise comme

(20) J.-Y. MORIN, « L'état de droit : émergence d'un principe de droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 254, 1995-IV, p. 447.

(21) S. SAROLÉA, *Droits de l'homme et migrations. De la protection du migrant aux droits de la personne migrante*, *op. cit.*, p. 136.

(22) Convention de Genève, Directive du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés ; Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection, dite « Directive Qualification Refonte » ; Directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale.

(23) Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial ; Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres.

(24) Directive 2011/98/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 établissant une procédure de demande unique en vue de la délivrance d'un permis unique autorisant les ressortissants de pays tiers à résider et à travailler sur le territoire d'un État membre et établissant un socle commun de droits pour les travailleurs issus de pays tiers qui résident légalement dans un État membre (non encore transposée en droit belge).

(25) Directive 2008/115/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

le pouvoir absolu des États de contrôler les entrées, le séjour, et les sorties de son territoire que comme l'expression des droits de l'homme. Elle pose de réelles difficultés à réaliser l'égalité pourtant affirmée en principe par la Constitution. Et elle limite parfois fortement l'effectivité des droits fondamentaux des étrangers. Nous en verrons quelques illustrations dans la seconde partie de cette contribution.

II. — L'EFFECTIVITÉ DES DROITS FONDAMENTAUX DE L'ÉTRANGER ET LE PRINCIPE DE PROPORTIONNALITÉ

La tension que nous avons pointée entre une égalité de principe dans la reconnaissance des droits fondamentaux pour les étrangers, et la grande marge d'appréciation laissée au législateur dans la mise en place d'une politique migratoire, expression d'une certaine idée de la souveraineté nationale, se retrouve dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

Lorsqu'est invoquée devant elle la violation d'un droit fondamental au détriment d'une catégorie d'étrangers, qui est souvent l'expression d'une violation du principe d'égalité, un principe occupe le devant de la scène : le principe de proportionnalité.

Le test de proportionnalité est généralement défini comme l'exigence d'un rapport raisonnable d'adéquation entre une ingérence dans l'exercice d'un droit fondamental et l'objectif légitime qu'elle poursuit (26). Ce test de proportionnalité se déroule en plusieurs étapes bien définies par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, reprise par la Cour constitutionnelle belge : l'ingérence doit être « prévue par la loi » ; elle doit poursuivre un objectif légitime ; elle doit entretenir avec cet objectif légitime un rapport d'*adéquation* ou de *pertinence* (« proportionality requires [...] that the means chosen were rationally connected to achieve that objective » (27)) ; elle doit être *nécessaire* à la réalisation de l'objectif poursuivi, en ce sens qu'il ne doit pas exister de moyens moins drastiques le rencontrer ; elle doit, enfin, être *proportionnelle au sens strict*, les coûts que provoque l'ingérence (atteinte aux droits fondamentaux) ne pouvant pas être disproportionnés au regard de l'avantage qu'elle procure.

Le principe de proportionnalité est confronté à deux écueils importants lorsqu'il est mis en œuvre par la Cour constitutionnelle dans le cadre de

(26) Pour des études complètes sur le principe de proportionnalité, voy. e.a. : S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme – Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001 ; K. MÖLLER, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford University Press, 2012 ; M. KLATT et M. MEISTER, *The constitutional structure of proportionality*, Oxford University Press, 2012 ; XXV^e Table ronde internationale de justice constitutionnelle, *Le juge constitutionnel et la proportionnalité*, Aix-en-Provence, 4-5 septembre 2009, AIJC, 2009 ; X. PHILIPPE, *Le contrôle de proportionnalité dans les jurisprudences constitutionnelle et administrative françaises*, Economica, PUAM, 1990.

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

situations migratoires. D’une part, le contrôle qu’il induit s’inscrit dans une politique d’immigration contrôlée, considérée comme objectif légitime par la Cour constitutionnelle (A.). D’autre part, la reconnaissance de droits aux migrants est largement tributaire de la possession d’un titre de séjour, dont les conditions de délivrance font l’objet de dispositions législatives rarement soumises au contrôle de la Cour (B.). Ces deux écueils, qui sont l’expression de la souveraineté nationale, ont un impact sur l’effectivité des droits des migrants (C.).

A. – Le principe de proportionnalité confronté à l’objectif légitime d’immigration contrôlée

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

En droit belge, force est de constater que la Cour constitutionnelle « n’entre pas vraiment dans un examen de la légitimité même du but ; sa présence suffit » (28). Pourtant, dans le domaine du droit de l’immigration, de nombreuses discussions pourraient porter sur la légitimité de tel ou tel objectif, sur « l’acceptabilité d’une politique d’immigration au point de vue éthique, idéologique, [...] » (29). La Cour ne prend pas le risque de se prononcer sur une question qui, en réalité, relève davantage de la sphère politique que juridique. Elle n’entre pas dans les débats sociaux, politiques ou éthiques, que peuvent soulever les politiques migratoires mises en place par le législateur et accepte que la maîtrise de l’immigration soit invoquée comme objectif légitime.

La Cour constitutionnelle s’inscrit donc « dans la politique d’immigration contrôlée, et accepte que des mesures soient prises », par exemple, « pour obliger les étrangers sans résidence légale à partir » (30). Conséquence : une différence de traitement établie sur la base de l’illégalité du séjour n’est pas, en soi, illégitime.

Cela ne signifie pas, évidemment, que la Cour n’effectuera aucun contrôle de proportionnalité de la mesure en cause. Mais tant la définition très large, par la Cour, de l’objectif poursuivi par le législateur, que son acceptation automatique comme « but légitime », affaiblissent l’effectivité du contrôle de proportionnalité de l’ingérence des autorités publiques dans les droits fondamentaux de l’étranger, surtout à l’égard des droits matériels (31), les

(28) D. VANHEULE, « L’égalité dans la jurisprudence de la cour constitutionnelle relative aux étrangers », in *L’Étranger face au droit*, XX^e Journée d’études juridiques Jean Dabin, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 219.

(29) *Ibid.*, p. 219.

(30) *Ibid.*, p. 220.

(31) *Ibid.*, pp. 219 et ss.

droits procéduraux étant mieux protégés car le contrôle exercé à leur égard implique moins d'interférence du juge dans la politique migratoire mise en œuvre (32).

Ce phénomène comporte de nombreuses illustrations dans la jurisprudence constitutionnelle belge. Il est impossible, dans le cadre de la présente contribution, de recenser l'ensemble de la jurisprudence constitutionnelle sur cette question. Mais le constat ressort clairement de nombreux arrêts, rendus dans des domaines variés. Ainsi, la Cour justifie la proportionnalité de mesures de détention administrative d'étrangers en séjour irrégulier (33), pourvu que cette détention ne soit pas illimitée (34). En matière de prestations sociales accordées aux étrangers, la jurisprudence de la Cour est abondante. Elle juge par exemple proportionnée à l'objectif poursuivi la limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente pour les étrangers en séjour irrégulier (35) ou admet encore la constitutionnalité de mesures visant à supprimer l'accueil des demandeurs d'asile en cas de demandes d'asiles multiples (36). En matière de protection du droit à la vie familiale, la Cour admet par exemple des restrictions très importantes au droit au regroupement familial, allant même dans certains cas à admettre un traitement moins favorable pour les nationaux que pour les citoyens de l'Union européenne, créant ainsi des « discriminations à rebours » difficilement compréhensibles (37).

B. – Le principe de proportionnalité confronté aux différents statuts de séjour du migrant

Une autre illustration des écueils du contrôle de proportionnalité en droit constitutionnel des étrangers est tirée du contrôle, par la Cour, du respect du principe d'égalité lorsqu'elle est confrontée aux situations migratoires. Dans l'analyse de sa jurisprudence sur ces questions, on constate que le contrôle de la Cour est largement tributaire du type de titre de séjour octroyé par les autorités publiques à un étranger. Entre le résident permanent et le sans-papier, il existe une liste impressionnante de statuts différents qui donnent aux étrangers qui en sont titulaires un accès plus ou moins important à certains droits, fondamentaux ou non. Ici, le critère de différenciation

(32) Voy. M. Lys, « Les droits constitutionnels des étrangers », *op. cit.*, pp. 627 et ss.

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

(34) C.C., arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, considérant B.24.

(35) C.C., arrêt n° 51/94 du 19 juin 1994.

(36) C.C., arrêt n° 135/2011 du 27 juillet 2011.

(37) C.C., arrêt n° 121/2013 du 26 septembre 2013. Sur la question des discriminations à rebours, 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, pp. 27-54. Sur la question du droit au regroupement familial dans la jurisprudence de la C.J.U.E. : A. JAURÉGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : étude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 351 à 427.

n'est pas tant celui de la nationalité que celui du type de droit de séjour octroyé.

Si les différences de traitement établies sur base de la nationalité sont sévèrement contrôlées par la Cour constitutionnelle, celle-ci admet en général assez facilement les différences de traitement établies sur la base du statut administratif ou de l'inscription au registre de la population, considérant qu'il s'agit d'un indicateur pertinent pour évaluer l'attachement de l'étranger à la Belgique (38). Confronté aux choix législatifs posés quant aux conditions d'octroi de tel ou tel titre de séjour, le contrôle de proportionnalité des mesures créant des différences de traitement entre différentes catégories d'étrangers semble affaibli. Plus un étranger a un titre de séjour précaire, plus les différences de traitements dans la reconnaissance de tel ou tel droit fondamental sont facilement admises.

Si cette évolution doit être approuvée pour l'étranger ayant un droit de séjour « fort », il reste qu'elle est préoccupante pour les autres. En effet, la question des conditions d'obtention de tel ou tel statut n'est quasiment jamais posée à la Cour (39), qui, de toute façon, laisse à cet égard une large marge d'appréciation au législateur. Pourtant, les conditions d'obtention d'un statut de séjour sont, *in fine*, déterminantes pour l'obtention de certains droits fondamentaux, comme, par exemple, celui à l'aide sociale.

On le voit : l'application du principe de proportionnalité lorsqu'il est appliqué dans le contentieux constitutionnel du droit des étrangers, surtout pour ceux qui sont en situation de séjour précaire, est confronté à des limites importantes. Un constat semblable peut être posé suite à l'analyse de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui laisse également une grande marge de manœuvre aux États dans la mise en œuvre d'une politique migratoire (40). Si elle est moins souvent confrontée à la mise en œuvre du principe de proportionnalité, la Cour de Justice de l'Union européenne se trouve face à la même difficulté de principe (41).

(38) Pour une analyse complète de cette jurisprudence, voy. M. LYS et B. RENAULD, « Le principe constitutionnel de l'égalité et les étrangers : du critère de la nationalité à celui du droit de séjour », *op. cit.*, pp. 217 et ss.

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

(40) Pour une analyse du principe d'égalité confronté aux situations migratoires dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, voy. J. HARDY, « Les situations migratoires comme critères suspects de différenciation », *R.D.E.*, n° 165, 2012, pp. 383 à 490.

(41) Ce constat doit évidemment être nuancé, mais nous n'avons pas l'occasion de développer notre propos dans le cadre de cette contribution. Il faut tout de même rappeler ici que la Cour européenne des droits de l'homme a placé des limites très fortes à la marge d'appréciation des États dans les cas où était invoquée devant elle la violation de l'article 3 de la C.E.D.H. en cas de retour d'un étranger dans son pays d'origine, éventuellement combiné avec l'article 13 de la C.E.D.H. Je pense ici aux importants arrêts *M.S.S. c. Belgique et Grèce* du 21 janvier 2011 et *Singh et autres c. Belgique* du 2 octobre 2012. Je pense également à l'importance de la jurisprudence strasbourgeoise sur la prise en compte des certificats médicaux déposés à l'appui d'une demande d'asile, telle qu'elle résulte de ses arrêts *R.J. c. France* du 19 septembre 2013 et *I. c. Suède* du 5 septembre 2013. La Cour de justice de l'Union européenne a, elle aussi, contribué à augmenter le degré de protection de certains droits fondamentaux des étrangers.

C. – Réconcilier proportionnalité et effectivité des droits fondamentaux des étrangers

Nous venons de le voir, les limites du principe de proportionnalité, confronté au droit constitutionnel des étrangers, sont nombreuses, et tiennent tout à la fois à une définition large de l'objectif poursuivi, considéré comme légitime car attribut de la souveraineté de l'État, à la large marge de manœuvre laissée aux États dans l'élaboration de la politique migratoire, et, enfin, à la difficile mise en balance de l'intérêt général à contrôler la migration et de l'intérêt individuel de l'étranger à voir ses droits fondamentaux respectés.

Le droit constitutionnel des étrangers, caractérisé par son extrême tension entre des logiques contradictoires, révèle en réalité plus que n'importe quelle autre matière la profonde ambiguïté du principe de proportionnalité : présenté comme une technique juridictionnelle mise en œuvre lors du contrôle des limitations d'un droit fondamental, il contribue en réalité également à en définir tant le contenu que les titulaires.

Cette distinction entre limitation et définition d'un droit fondamental a déjà été relativisée par de nombreux auteurs. Ainsi, Torke Opsahl affirmait que « to define a right is in fact at the same time to limit it : It excludes what it does not cover » (42). À sa suite, Jonas Christoffersen affirme que « proportionality is more a matter of interpretation of rights than a matter of limitation of rights » (43) et postule que la dichotomie limitation/définition d'un droit fondamental ne présente aucun intérêt. Il pose un constat qui est largement applicable au droit constitutionnel des étrangers : « [f]ocusing on the interference in fundamental human rights often creates the impression that the measure affecting the right is of a dubious character and amounts to a *prima facie* violation, but the strength of the *prima facie* violation depends [...] on the normative value attached to the various interests » (44).

Sur base des constats que l'on a pu faire, doit-on en déduire que le principe de proportionnalité serait, en fin de compte, une menace pour les droits des étrangers ? Le défi qui se présente aujourd'hui aux États européens est d'y

Nous renvoyons par exemple à l'arrêt *Elgafaji* du 17 février 2009, où elle a nivelé par le haut la définition de la protection subsidiaire énoncée à l'article 15 de la Directive Qualification, ou encore à l'arrêt *Cimade et Gisti* du 27 septembre 2012 où la Cour a fait bénéficier du droit aux conditions minimales d'accueil l'ensemble des demandeurs d'asile sous procédure Dublin tant qu'ils sont autorisés à demeurer sur le territoire d'accueil et jusqu'à leur reprise en charge effective. Mais force est de constater que ces jurisprudences, certes importantes, ont été rendues soit dans des cas où était invoqué un risque de traitement inhumain et dégradant en cas de retour, soit dans des cas où étaient en cause des demandeurs d'asile. En ce qui concerne la situation des étrangers en séjour totalement irrégulier, les deux grandes cours européennes se retrouvent confrontées aux limites du principe de proportionnalité de manière similaire aux cours constitutionnelles nationales.

(42) T. OPSAHL, « Articles 29 and 30 – The Other Side of the Coin », in *The Universal Declaration of Human Rights – A Commentary*, Scandinavian University Press, Stockholm, 1992, p. 459.

(43) J. CHRISTOFFERSEN, « Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter », in *Scandinavian Studies in Law*, 2010, vol. 55, p. 12.

(44) *Ibid.*

apporter une réponse, en redonnant du sens à ce principe via la mobilisation d'autres instruments de mesure de la validité des ingérences dans les droits fondamentaux des étrangers, et en améliorant la qualité du processus législatif. Nous proposons à cet égard deux pistes de réflexion.

La première piste de réflexion a trait à l'immense difficulté, pour le juge, de déterminer seul, dans des cas complexes, s'il existe un lien réel de pertinence ou de nécessité entre les mesures adoptées par le législateur et l'objectif poursuivi. Par exemple, comment peut-il en effet savoir si la nouvelle législation belge en matière de regroupement familial a réellement un impact sur le nombre d'entrées irrégulières sur le territoire, ou sur le budget de la sécurité sociale ? À cet égard, la mise en place systématique de politiques d'évaluation législative apparaît nécessaire, pour donner au juge constitutionnel des éléments tangibles sur lesquels baser son contrôle. Un contrôle abstrait, même au contentieux objectif de constitutionnalité, ne peut qu'être biaisé s'il ne se base pas sur une réalité objectivable.

La seconde piste de réflexion est un appel à un travail de redéfinition du contenu même des droits fondamentaux. Dans le droit constitutionnel des étrangers, on constate que le test de nécessité, c'est-à-dire la question de savoir s'il n'existe pas d'autres moyens moins attentatoires aux droits fondamentaux d'atteindre l'objectif poursuivi, n'est que très peu mis en œuvre, au nom de la marge d'appréciation laissée au législateur. La raison de cette prudence est assez évidente : la flexibilité inhérente au principe de proportionnalité et la marge d'appréciation laissée aux États rend très périlleuse la détermination de la « mesure la moins attentatoire ». En outre, il n'est souvent pas évident de déterminer quelle mesure est *en soi* moins intrusive dans les droits fondamentaux, eu égard à la multiplicité des intérêts en présence.

Si le principe de proportionnalité est à cet égard insatisfaisant, ne faudrait-il pas envisager, pour le compléter, de définir une substance des droits fondamentaux, sorte de zone d'intangibilité, de « noyau dur » auquel il ne serait pas possible de déroger ? En effet, si l'idée de la substance des droits fondamentaux paraît à première vue opposée à l'idée de proportionnalité, ce sont, en réalité, deux logiques qui se complètent. Comme l'explique Sébastien Van Drooghenbroeck, « l'intangibilité d'un droit n'est pas assimilée à la disproportion des limitations qui l'affectent. Simplement, s'opère entre ces deux notions un recouvrement fonctionnel. Si toute disproportion n'est pas nécessairement une atteinte à la substance, toute atteinte à la substance se traduira cependant et nécessairement en une disproportion [...] » (45). Pourquoi, donc, ne pas tenter de cumuler les deux logiques, en faisant un travail de définition claire du noyau dur indérogeable des droits fondamentaux ?

(45) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 478.

Cette question a maintes fois été posée par la doctrine, mais aucune réponse satisfaisante n’a encore pu y être apportée, tant il paraît impossible de déterminer la substance d’un droit fondamental. Comment, en effet, devrait-on s’y prendre ? Et puis, comment déterminer cette substance, ce noyau dur de prérogatives que l’on devrait, en tout état de cause, reconnaître aux étrangers, fussent-ils en séjour irrégulier, sans empiéter *de facto* sur le pouvoir de décision politique, qui n’appartient pas au juge, mais au législateur ?

La présente contribution n’a pas pour ambition de répondre à cette question, qui en dépasse largement le cadre. Son objectif était simplement d’esquisser certaines difficultés que pose, en pratique, un principe très largement admis – le principe de proportionnalité –, lorsqu’il est confronté au phénomène migratoire. Ces difficultés sont autant de défis à relever par les Cours constitutionnelles.

CONCLUSION

Entre la logique des droits fondamentaux et celle de la souveraineté, le contrôle du respect des droits constitutionnels des étrangers souffre parfois d’un manque d’effectivité, lié aux limites du principe de proportionnalité confronté aux situations migratoires.

Nous ne pouvons pourtant pas envisager le contentieux constitutionnel des droits fondamentaux sans balance des intérêts. Comme le dit très justement J. Christoffersen, « [p]roportionality is inherent in adjudication, unless adjudication were to be reduced to a formalistic and unrealistic exercise » (46). Même en arrivant à définir un noyau dur de droits fondamentaux, il faudrait utiliser le test de proportionnalité pour les ingérences touchant le reste des prérogatives qu’ils confèrent. Mais comment faire en sorte que le nécessaire exercice de la balance des intérêts ne contribue pas, *in fine*, à limiter la catégorie des bénéficiaires d’un droit fondamental en en appauvrissant la définition et les prérogatives ? Comme le dit très justement Olivier Lecucq, si « ce qui est réconfortant avec le principe de proportionnalité, c’est que, lorsqu’il s’applique, l’on est à peu près assuré que le droit fondamental affecté ne sera pas excessivement sacrifié au profit de l’intérêt général poursuivi », « ce qui est inquiétant, c’est que ce qui n’est pas excessif n’est pas pour autant juste et que, surtout, ce qui est excessif un jour peut ne plus l’être le lendemain » (47).

Cette question me semble être le défi majeur à relever par le droit constitutionnel pour répondre de manière satisfaisante à la question de l’immigration, en nivelant par le haut le niveau de protection des droits fonda-

(46) J. CHRISTOFFERSEN, « Straight Human Rights Talk – Why Proportionality does (not) Matter », *op. cit.*, p. 39.

(47) O. LECUCQ, « Le principe de proportionnalité : simple technique juridictionnelle ou norme de fond. Réflexions tirées du droit constitutionnel des étrangers », *Conference Paper, Congrès mondial de droit constitutionnel de Mexico (2010), Atelier sur le principe de proportionnalité*, disponible sur <http://www.juridicas.unam.mx/wcc/ponencias/9/170.pdf>

mentaux. En effet, pour reprendre les mots de Paul Martens, « les droits de l'homme ne sont pas seulement d'ordre philosophique et moral : ils font partie des données implicites de tout ordre juridique. On ne pourrait donc enlever aux hommes ce qu'ils tiennent de leur qualité d'homme, ce qui impose d'assimiler l'étranger au citoyen, sous peine de commettre un crime de lèse humanité » (48).

La philosophie politique nous apporte un éclairage sur cette ambivalence fondamentale des droits de l'homme, qui ne semblent réellement protégés qu'en tant qu'ils sont des droits des citoyens d'un État donné. Existe-t-il des droits de l'homme en dehors des droits du citoyen ? Les droits de l'homme ont-ils une réelle existence pour ceux qui sont tombés en dehors des barrières de la souveraineté ? Hannah Arendt a tenté de répondre à cette question en affirmant que le premier des droits de l'homme, celui qui conditionne tous les autres, c'est le « droit d'avoir des droits », c'est-à-dire le droit d'appartenir à une communauté politique donnée (49). Hannah Arendt posait sa réflexion dans le cadre de la problématique des apatrides nés du second conflit mondial, mais ses écrits trouvent une résonance particulière dans le contexte de l'immigration d'aujourd'hui, où les « sans-papiers » d'aujourd'hui peuvent être comparés aux apatrides d'hier.

Comme Hannah Arendt, nous devons tenter de dépasser la tentation de réduire les droits de l'homme aux droits des citoyens, aux droits des seuls nationaux. Dans la droite ligne des analyses de Justine Lacroix et Jean-Yves Pranchère (50), il faut prendre au sérieux la dimension aporétique de l'œuvre d'Arendt pour poser les fondations d'une réelle conception politique des droits de l'homme. Il ne faut pas nier les paradoxes inhérents au concept de droits de l'homme, mais s'installer au cœur de ceux-ci pour tenter de les dépasser. Le droit constitutionnel des étrangers nous montre que les droits de l'homme ne sont pas naturels. L'égalité n'est pas donnée. Elle est un « produit de l'action humaine, par la négociation, la lutte, les compromis, la défaite, la victoire de tous ceux, initialement exclus des définitions légales des droits [...], qui ont accédé à la citoyenneté en réclamant des droits qu'ils n'avaient pas » (51). L'égalité est obtenue dans le cadre d'un processus démocratique. Si les droits de l'homme étaient réduits à ceux des citoyens, autant abolir l'article 191 de la Constitution et préciser que les articles 10 et 11 de celle-ci ne s'appliquent qu'aux distinctions de traitement établies entre nationaux. Le phénomène migratoire nous pousse à sortir les droits de l'homme d'une conception purement nationale et à continuer à inventer, malgré les vents contraires, les conditions d'une vraie citoyenneté cosmopolitique.

(48) P. MARTENS, « Restaient les étrangers », in *L'Étranger face au droit*, op. cit., p. 611.

(49) H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, vol. 2, New York, Harcourt Brace & Co., 1951.

(50) J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'homme – Généalogie du scepticisme démocratique*, Paris, Éditions du Seuil, 2016, pp. 299 et suivantes.

(51) *Ibid.*, p. 303.