

La Cour d'arbitrage et la protection des droits fondamentaux de l'étranger

par Pascal BOUCQUEY

Assistant à l'Université catholique de Louvain

1. — La Constitution confie notamment à la Cour d'arbitrage la mission de veiller au respect de l'égalité des Belges devant la loi et de l'application, sans discrimination, des droits et libertés reconnus aux Belges. Ignore-t-elle, pour autant, celui qui n'est pas Belge ?

En l'espace de six années, la Cour d'arbitrage rend cinq arrêts qui traitent de la situation de l'étranger. Sa jurisprudence se développe en deux temps.

La Cour semble, dans un premier temps, reconnaître au législateur la faculté d'établir des régimes distincts pour l'étranger. Le juge constitutionnel accepte la différence entre le Belge et l'étranger, y compris pour l'exercice des droits fondamentaux (Chapitre I^{er}). Dans un second temps, la Cour d'arbitrage revient sur sa jurisprudence. Elle consacre la règle de l'égalité entre le Belge et l'étranger, en particulier pour l'exercice des droits fondamentaux (Chapitre II).

CHAPITRE I^{er}. — Le maintien de la différence entre le Belge et l'étranger

2. — Une question de procédure retient, d'abord, l'attention. Elle est de savoir si l'étranger a *accès* à la Cour d'arbitrage.

L'article 142 de la Constitution permet à « toute personne justifiant d'un intérêt » de s'adresser à la Cour d'arbitrage. La loi spéciale du 6 janvier 1989 indique, pour sa part, que « toute personne physique ou morale justifiant d'un intérêt » peut introduire un recours devant la juridiction constitu-

tionnelle (1). L'accès de l'étranger à la Cour est reconnu dès les travaux préparatoires de la loi spéciale (2).

La Cour d'arbitrage retient d'emblée cette solution (3) qui se comprend aisément. Quel serait le sens de la protection des droits fondamentaux de l'étranger si seuls les Belges avaient la possibilité d'introduire un recours en annulation, ou de poser une question préjudicielle à la Cour d'arbitrage ?

3. — Une question de fond vient naturellement compléter la question de procédure. Devant la Cour d'arbitrage, l'étranger peut-il se prévaloir des articles 10 et 11 de la Constitution ? L'accès à la Cour d'arbitrage est une chose. Mais a-t-il quelque utilité si l'étranger peut y invoquer uniquement les règles répartitrices de compétences entre l'État fédéral et les collectivités fédérées ?

L'article 142 de la Constitution, ainsi que les articles 1^{er} et 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, restent muets à ce propos. Ils reflètent l'opinion particulièrement indécise de la Commission de révision de la Constitution (4) qui laisse au juge constitutionnel le soin de se prononcer lui-même sur cette question.

L'arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990 donne une solution de principe à cet important problème. Se fondant sur l'article 191 de la Constitution (5), la Cour d'arbitrage observe que « pour la matière incriminée, ni le Constituant, ni le législateur n'impose à l'égard (des) étrangers des dérogations ou des limitations en ce qui concerne la jouissance des droits et des libertés. L'article (191) de la Constitution ne s'oppose donc pas *en l'espèce* à ce que des étrangers se prévalent des articles (10) et (11) » de la Constitution (6).

Une opinion identique est avancée trois ans plus tard. Dans un arrêt du 5 mars 1993, le juge constitutionnel estime que « les étrangers peuvent (...) invoquer les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les

(1) Loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour d'arbitrage, *Mon. b.*, 7 janvier, art. 2, al. 2.

(2) *Doc. parl.*, Sénat, session 1988-1989, n° 483/2, pp. 25-26. Sur l'accès concret des étrangers à la Cour d'arbitrage, voy. cependant X. DELGRANGE, « La Cour d'arbitrage et le citoyen », in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 231 et s.

(3) C.A., arrêt n° 25/90 du 5 juillet 1990, *Rec. C.A.*, 1990, p. 187.

(4) *Doc. parl.*, Sénat, session 1988-1989, n° 432/2, p. 47.

(5) « Les étrangers qui se trouvent sur le territoire de la Belgique jouissent de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi ».

(6) Arrêt n° 25/90, déjà cité, considérant B.3.1. Cet arrêt a fait l'objet de deux commentaires : un de J.-P. LAGASSE, « Les étrangers et le principe d'égalité et de non-discrimination (articles 6 et 6bis de la Constitution) », *R.D.E.*, 1991, pp. 33 et s. ; un autre de R. ERGEC, « Le droit international et le droit à l'égalité des étrangers dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *R.C.J.B.*, 1991, pp. 621 et s.

articles (10 et 11) de la Constitution à la double condition qu'ils se trouvent sur le territoire de la Belgique et qu'il n'y soit pas dérogé par la loi (...) » (7).

Dans ces deux décisions, le juge constitutionnel souligne néanmoins que la Constitution permet à la loi d'« établir des exceptions à l'égalité de principe des Belges et des étrangers » (8). Cette solution rejoint la doctrine majoritaire (9) ainsi que la jurisprudence du Conseil d'État (10).

4. — Quels sont ainsi les principes constitutionnels qui s'appliquent à la matière des droits fondamentaux des étrangers (A) ? Après avoir posé ces principes, il convient de comparer l'argumentation de la Cour d'arbitrage, reproduite ci-dessus, avec les dispositions du droit international qui garantissent l'égalité et la non-discrimination (B). Il faut aussi s'interroger sur les contradictions qui peuvent naître entre les principes constitutionnels et les exigences du droit international (C).

A. — *Les principes constitutionnels*

5. — La Cour d'arbitrage le rappelle. En matière de « droits et libertés », le principe posé par l'article 191 de la Constitution est celui de l'application à l'étranger des dispositions inscrites au titre II de la Constitution. En règle générale, l'étranger est assimilé au national.

Le principe constitutionnel est, cependant, assorti de deux réserves (11). D'une part, il ne vaut que pour la « protection accordée aux personnes et aux biens ». Il faut en ce sens s'attacher à rechercher l'*étendue de l'assimilation* constitutionnelle. D'autre part, il permet que le législateur ménage des exceptions. Il convient, à cet égard, de se demander si la Constitution fixe elle-même des *limites à l'habilitation* qu'elle confère.

1. *L'assimilation constitutionnelle*

6. — L'étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens. Quelle signification donner à cette règle ? La Constitution fait référence aux « droits et libertés », ainsi

(7) *Rec. C.A.*, 1993, p. 213, motif B.2.2.

(8) *Ididem*, motif B.2.4.

(9) Voy. les références citées par R. ERGEC, *op. cit.*, p. 640, n° 38, ainsi que B. BLÉRO, « Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d'asile », *R.B.D.C.*, 1994/3-4, pp. 241 et s., spéc. 256-257.

(10) Voy., par exemple, C.E., 1^{er} décembre 1983, n° 23734 ; 5 juin 1990, *Karikari*, n° 35043, *J.L.M.B.*, 1990, p. 1079 ; 13 novembre 1990, *Davisson*, n° 35834, *A.P.M.*, 1990, p. 146.

(11) Tel est le sens du motif déjà indiqué dans son arrêt n° 25/90 : pour que les articles 10 et 11 de la Constitution s'appliquent, il convient de rechercher si le Constituant ou le législateur n'a pas imposé des restrictions en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés des étrangers.

que le laisse entendre la Cour d'arbitrage. Mais quels « droits et libertés » ? S'agit-il uniquement des droits inscrits dans la Constitution ? Et, parmi ceux-ci, faut-il prendre en compte tant les libertés publiques que les droits politiques ? Faut-il leur adjoindre les droits économiques, sociaux et culturels ? L'assimilation va-t-elle plus loin encore que les droits fondamentaux ?

7. — L'article 191 de la Constitution semble ne faire référence qu'aux *libertés-franchises*, ainsi qu'en témoigne le terme de « *protection* ». Dans l'esprit de la société libérale, le texte viserait les droits qui requièrent l'abstention de l'autorité publique : le droit à la sûreté, la liberté des cultes, la protection du domicile, etc.

Certes, parmi ces libertés-franchises, il en est certaines dont le texte constitutionnel prévoit expressément qu'elles sont reconnues aux Belges. L'article 26 énonce que « les *Belges* ont le droit de s'assembler paisiblement et sans armes... », tandis que l'article 27 prescrit que « les *Belges* ont le droit de s'associer ». Pour une partie de la doctrine (12) — déjà ancienne, il est vrai —, le régime de l'assimilation constitutionnelle ne s'étendrait pas à ces deux libertés.

Une telle doctrine ne tient pas compte, cependant, de l'économie générale du texte constitutionnel. Le titre II de la Constitution se borne à énumérer les droits et libertés qui reviennent aux Belges. Tel est d'ailleurs son intitulé. L'article 191, qui s'inscrit pour sa part dans le titre VII, regroupant des « dispositions générales », entend procurer à l'étranger les mêmes garanties. Il se garde de préciser que la protection ainsi assurée ne couvre pas telle liberté particulière. Il faut donc admettre que les libertés-franchises reviennent en bloc à l'étranger comme au national. Le Conseil d'État juge ainsi que « l'usage (de la liberté d'expression et du droit d'association politique) par les étrangers est nécessairement limité par les dispositions légales qui, *en application de l'article (191) de la Constitution*, permettent de sanctionner par une expulsion des agissements jugés nuisibles à la sécurité du pays » (13). Des restrictions à l'exercice des droits et libertés pourront donc être apportées par le législateur, dans les conditions fixées par la Constitution (14).

(12) Voy. G. DOR et A. BRAAS, « La Constitution », in *Les Nouvelles, Lois politiques et administratives*, t. V, Bruxelles, Larcier, 1935, p. 122, n° 308 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La sécurité de l'Etat et les libertés individuelles en droit belge », *R.D.I.D.C.*, 1958, p. 58 ; P. WIGNY, *Droit constitutionnel. Principes et droit positif*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1952, p. 265, n° 152.

(13) C.E., 13 juillet 1953, n°s 2670 à 2677, *R.A.A.C.E.*, 1953, p. 976 ; 14 juillet 1954, *Groez*, n° 3637, *R.A.A.C.E.*, 1954, p. 768. Voy. sur cette jurisprudence, Ch. HUBERLANT, « Statut administratif des étrangers et ordre public national », in *Évolutions constitutionnelles en Belgique et relations internationales. Hommage à P. De Visscher*, Paris, Pédone, 1984, pp. 133 et s.

(14) On peut aussi remarquer que le Conseil d'Etat vise tant la liberté d'association que la *liberté d'opinion*, dont la Constitution ne dit pas spécialement qu'elle est reconnue aux Belges.

8. — Le régime d'assimilation recouvre-t-il également les *droits politiques* (15) ? Une loi qui attribuerait des droits politiques fondamentaux aux étrangers serait-elle conforme à la Constitution ?

Pareille proposition n'est pas acceptable. Une loi qui permettrait à l'étranger d'avoir accès aux emplois publics dans la même mesure que les nationaux, irait directement à l'encontre de l'article 10, al. 2, de la Constitution (16). De son côté, l'article 61 de la Constitution réserve aux « citoyens » le droit de vote aux élections législatives. Les articles 64 et 69 de la Constitution indiquent aussi et de manière claire qu'il faut être Belge pour être élu à la Chambre des représentants ou au Sénat. Cette règle doit être étendue aux élections communautaires et régionales, qui ont une influence sur la composition du Sénat (17), ainsi qu'aux élections provinciales, dont on connaît les affinités avec les élections législatives. Dans chacun de ces cas, la Constitution elle-même empêche l'assimilation de l'étranger au national.

Une controverse a surgi sur le point de savoir si les étrangers pouvaient se voir conférer le droit de vote et d'éligibilité aux élections communales. Selon la doctrine majoritaire (18), l'article 162 de la Constitution habilite le législateur à organiser l'élection des conseils communaux. Il ne lui permet pas pour autant de faire fi de la condition de nationalité inscrite à l'article 8, alinéa 2, de la Constitution. Seuls les Belges sont titulaires du droit de vote et d'éligibilité aux assemblées délibérantes qui participent, d'une manière ou

(15) On n'entend ici par « droits politiques », les droits subjectifs que l'on considère traditionnellement comme politiques, c'est-à-dire le droit de vote, l'éligibilité et le droit d'accès aux emplois publics. Voy. R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. II, *Les libertés publiques*, Bruxelles, Story-Scientia, 1995, pp. 40-41 ; F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 87, p. 155.

(16) On sait que cette disposition a donné lieu à des difficultés, depuis que la Cour de justice des Communautés européennes a établi que la liberté de circulation des travailleurs s'appliquait également aux emplois publics, à la seule exception des emplois « qui comportent 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'Etat ou des autres collectivités publiques » (C.J.C.E., 17 février 1980, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. 149/79, *Rec. C.J.C.E.*, 1980). Voy. à ce propos F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, P.U.F. (Coll. « Que sais-je ? »), 1995 ; C.E., 11 janvier 1995, *Billy*, n° 51104, *R.R.D.*, 1995, pp. 230 et s.

(17) Voy. Const., art. 67.

(18) F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 87 ; IDEM, « Les étrangers et les élections en Belgique », *A.P.T.*, 1978-1979, pp. 34 et s. ; R. ERGEC, « Le droit international... », *op. cit.*, pp. 642-643, n° 45 ; C.E., section de législation, avis du 22 octobre 1980, *Doc. parl.*, Chambre, session 1985-1986, n° 262/2.

d'une autre, à la souveraineté nationale (19). Comme le souligne le professeur Ergéc, « comment confondre la protection que (l'article 191) accorde à la personne et aux biens des étrangers avec la participation active à la souveraineté » (20) ?

9. — Les *droits économiques, sociaux et culturels* entrent-ils, pour leur part, dans l'assimilation constitutionnelle de l'article 191 ? Les lois qui attribuent des avantages sociaux aux travailleurs sont-elles, par exemple, applicables d'office aux étrangers ? L'aide sociale prodiguée par les centres publics leur est-elle accordée ?

Depuis peu, les droits économiques, sociaux et culturels sont inscrits dans la Constitution. L'article 23 de la Constitution prescrit désormais (21) que « *chacun* a le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine (...) ». C'est dire explicitement que ces droits sont garantis tant à l'étranger qu'au Belge (22). C'est dire également que l'article 191 trouve à s'appliquer et que la loi peut déroger à l'application de ces règles au détriment de l'étranger. L'on pourrait reprocher peut-être à cette argumentation de « ne pas tenir compte assez de la date à laquelle ont été adoptées chacune des dispositions constitutionnelles évoquées » (23). La solution inverse aurait, cependant, pour conséquence de faire échapper les droits économiques,

(19) Voy. A. ALEN, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Deurne, Kluwer, 1995, p. 726, n° 729. A nouveau, le droit européen impose de nuancer la conclusion. L'article 8B du traité de Maastricht instaure en effet le droit de vote et l'éligibilité des ressortissants communautaires aux élections communales dans les Etats membres de l'Union. A l'occasion de l'avant-projet de loi portant assentiment du Traité, l'assemblée générale du Conseil d'Etat a constaté l'incompatibilité de l'article 8B du Traité avec la Constitution (*Doc. parl.*, Chambre, Session 1991-1992, n° 482/1). Voy. à ce sujet, P. D'ARGENT, « Le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes comme attribut de la citoyenneté de l'Union », *Ann. dr.*, 1993, pp. 221 et s. ; F. DELPÉRÉE, « La Belgique et l'Europe », *R.F.D.C.*, 1993, n° 12, pp. 643 à 650 ; IDEM, *Les droits politiques des étrangers*, *op. cit.*, pp. 36-37 ; E. COLLA, « La ratification du traité sur l'Union européenne par la Belgique », *A.P.T.*, 1994, pp. 1 et s.

(20) R. ERGEC, « Le droit international... », *op. cit.*, p. 643, n° 45.

(21) Avant la révision constitutionnelle de 1993, la question était réglée de manière assez floue. On acceptait généralement l'opinion du procureur général Ganshof van der Meersch, selon laquelle les droits que le citoyen retire du fait de sa *participation passive* à la communauté politique ne sont attribués à l'étranger « que dans la mesure où la loi le prévoit » (conclusions précédant cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 450). Cependant, la différence de traitement résidait surtout — et réside encore — dans l'obligation pour l'étranger ordinaire d'obtenir un permis de travail pour pouvoir bénéficier des avantages sociaux (voy. F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 86 ; R. ERGEC, *Introduction au droit public*, t. II, *op. cit.*, p. 40, n° 730 *in fine* ; ALEN, *Handboek...*, *op. cit.*, n° 731).

(22) Voy. R. ERGEC, « Introduction générale », in *Les droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 12 ; G. HAARSCHER, « Le droit de mener une vie conforme à la dignité humaine », in *ibidem*, p. 133 ; P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995/1, p. 18 ; David RENDERS, « La Cour d'arbitrage et l'article 191 de la Constitution », *J.L.M.B.*, 1995, p. 1416.

(23) D. RENDERS, *op. cit.*, *loc. cit.*

sociaux et culturels à la possibilité de dérogation qu'instaure l'article 191 de la Constitution, alors que les libertés publiques traditionnelles y seraient encore soumises. En l'état actuel du droit, il semble difficile d'admettre que les premiers fassent l'objet d'un traitement préférentiel par rapport aux secondes.

10. — Quant aux *autres droits fondamentaux* — qu'ils soient consacrés ou non par la Constitution —, ils sont, selon la doctrine (24) et la jurisprudence de la Cour d'arbitrage (25), garantis à l'étranger.

Un exemple vient illustrer le propos. Le droit du citoyen à l'information dans ses rapports avec l'administration — que l'on qualifie de « droit politique complémentaire » (26) — concerne tout administré dans ses rapports avec l'autorité publique. Il n'y a, dans cette matière, aucune raison de réserver un sort particulier à l'étranger, qui — plus que le national, peut-être — entre fréquemment en contact avec l'État ou ses administrations. La nature « fondamentale » du droit à la transparence de l'administration a été maintes fois reconnue (27). Ce droit tombe dès lors dans le champ de la « protection accordée aux personnes et aux biens » et du régime d'assimilation constitutionnelle.

11. — Qu'en est-il, enfin, des autres droits, ceux *qui ne sont pas considérés comme fondamentaux* ? Doit-on penser qu'ils ne sont pas visés par l'assimilation constitutionnelle de l'article 191 ?

Comment ne pas le reconnaître ? La distinction entre les droits essentiels et ceux qui ne le sont pas, est malaisée. Car qu'est-ce qu'un droit fondamental, et qu'est-ce qui ne l'est pas ? N'y a-t-il pas une tendance à élargir le concept — quitte à le banaliser (28) —, tant il est vrai que de nos jours, il n'y a de pire disgrâce pour un droit que de n'être pas fondamental ?

(24) Voy. F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, op. cit., n^{os} 81 et s. ; J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van Publiekrecht*, t. II, Brugge, Die Keure, 1994, p. 158 ; D. RENDERS, op. cit., p. 1414.

(25) En témoigne l'expression utilisée par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n^o 25/90 du 5 juillet 1990 : l'assimilation constitutionnelle vise les « droits et libertés » (considérant B.3.1.).

(26) F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, op. cit., p. 5.

(27) Voy. R. ERGEC, « La transparence administrative comme droit fondamental et ses limites », *A.P.T.*, 1993, pp. 87-89 ; IDEM, *Introduction au droit public*, op. cit., pp. 57 et s. ; G. BRAIBANT, « Réflexions sur la transparence administrative », *A.P.T.*, 1993, p. 58 ; F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, op. cit., loc. cit. ; P. BENEDEK et P. DE BRUYCKER, « La transparence de l'administration : quelques observations à propos de l'accès aux documents administratifs en droit belge », in *Présence du droit public et des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de J. Velu*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 798 et s. ; Proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, avis de la section de législation du Conseil d'État (ch. réunies), *Doc. parl.*, Sénat, session 1987-1988, n^o 215/2.

(28) L'expression est de G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Editions de l'Université de Bruxelles, 1987, p. 42.

Par le biais du principe d'égalité, cependant, il est possible d'échapper à l'opération de qualification. Le droit à l'égalité devant la loi est fondamental ; il tombe, de ce fait, dans l'assimilation constitutionnelle. Invoquer le principe d'égalité implique nécessairement l'existence d'un autre droit subjectif qu'un individu entend se voir reconnaître — ce dernier n'étant pas nécessairement fondamental.

L'on pourrait, certes, être d'avis que l'étranger ne peut se prévaloir des articles 10 et 11 que dans le cadre fixé par l'article 191 de la Constitution — vis-à-vis donc des seuls droits et libertés fondamentaux (29). Telle n'est cependant pas la tendance de la jurisprudence. Dès le 10 octobre 1929, en effet, la Cour de cassation a jugé qu'il résultait de l'article 191 de la Constitution que les étrangers jouissent des droits privés, et notamment des droits reconnus par le Code civil, « sauf disposition contraire expresse » (30). La Cour d'arbitrage opte pour une solution identique dans son arrêt du 5 juillet 1990. Les articles 10 et 11 de la Constitution sont considérés comme fondamentaux. A défaut de dérogation légale, les étrangers peuvent s'en prévaloir, quelle que soit la nature du droit subjectif en question — en l'occurrence, le droit de réclamer une réparation en cas de dommage causé par l'autorité publique.

2. *L'exception constitutionnelle*

12. — Si la Constitution assimile l'étranger au Belge, elle ménage cependant la possibilité pour la loi d'établir des « exceptions » à la protection de la personne et des biens de l'étranger. Qu'est-ce à dire ? La Constitution confère-t-elle ainsi au législateur un pouvoir absolu de dérogation ? Fixe-t-elle, au contraire, des limites à cette habilitation, et, si oui, dans quelle mesure ?

13. — Tout d'abord, les exceptions à la protection accordée à l'étranger doivent être *établies par la loi*. La Constitution place l'étranger sous la protection immédiate de la loi. Le législateur ne saurait à son tour habiliter le Roi à prévoir des exceptions au régime d'assimilation (31). Comme le relève le Conseil d'État, le législateur est seul habilité à restreindre l'exercice des libertés « au nom de certaines valeurs tenues par lui pour essentielles dans une société démocratique » (32).

(29) D. RENDERS, *op. cit.*, *loc. cit.*

(30) *Pas.*, 1929, I, 1322 ; voy. F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n° 86.

(31) Voy. dans le même sens, Ch. HUBERLANT, « Les garanties de procédure et de recours actuellement accordées aux étrangers », *Ann. dr.*, 1970, p. 448.

(32) Proposition de loi relative à la motivation formelle des actes administratifs, avis du Conseil d'État (précité), *Doc. parl.*, Sénat, session 1987-1988, n° 215/2.

Le législateur fédéral est-il seul habilité à intervenir, à l'exclusion des assemblées communautaires et régionales ? L'arrêt rendu par la Cour d'arbitrage, le 28 mai 1991 (33), semble accréditer cette interprétation. Il établit la compétence exclusive de la loi en matière de protection des droits fondamentaux (34). Dans le même sens, la section de législation du Conseil d'État ne « conçoit pas que (les libertés fondamentales), qui apparaissent comme des attributs de la personne humaine, puissent, au sein d'un État, être tantôt reconnues, tantôt ne pas l'être » (35). A la vérité, cependant, il est permis de se demander si la Cour d'arbitrage et le Conseil d'État ne seront pas amenés à revoir leur jurisprudence, afin de tenir compte des droits et libertés qui, dès aujourd'hui, sont réglés par la Communauté (36) ou par la Région (37) et pour permettre à celles-ci d'établir, à leur tour, des exceptions ou des dérogations (38).

14. — Par ailleurs, L'article 191 de la Constitution établit *un principe* — l'assimilation constitutionnelle — et *une exception* — le pouvoir de dérogation. En d'autres termes, la loi ne peut établir que des *exceptions*, c'est-à-dire des limitations ponctuelles à une règle. « Les exceptions qui sont ainsi établies de manière générale ne sauraient avoir pour résultat de vider de son contenu le principe constitutionnel d'assimilation de l'étranger au Belge, quant au régime des droits et libertés. » (39)

Cette idée reflète la double préoccupation du Congrès national (40). Assurer la protection des étrangers et leur garantir ainsi les « droits naturels dont l'existence — avant toute législation positive — est postulée par la nature

(33) *Rec. C.A.*, 1991, p. 141 (à propos de la compétence de la loi fédérale de régler le droit de réponse).

(34) Voy. A. SCHAUS, « L'incidence de la fédéralisation de l'Etat sur la mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques...*, *op. cit.*, pp. 121 et s., spéc. 123.

(35) Avis du 21 octobre 1987, *Doc. parl.*, Sénat, session 1987-1988, n° 215/2.

(36) Est-il nécessaire de rappeler que l'enseignement relève de la compétence des Communautés (Const., art. 24) ?

(37) L'exemple le plus clair est celui de l'inviolabilité du domicile, dont l'article 15 de la Constitution dit que les seules exceptions à ce principe « sont prévues par la loi ». Or, l'article 11 de la loi spéciale du 8 août 1980 établit que les *décrets* peuvent, dans la limite des compétences des Communautés et des Régions, fixer, notamment, « les cas pouvant donner lieu à perquisition ». Pour d'autres exemples, voy. A. SCHAUS, *op. cit.*, pp. 123-124.

(38) Il convient de souligner, en outre, que les *termes mêmes* « sauf les exceptions établies par la loi » de l'article 191 de la Constitution ne sont plus susceptibles de réserver le pouvoir de dérogation au parlement fédéral. Les articles 10 et 19 de la loi spéciale de réformes institutionnelles indiquent en effet que les décrets peuvent régler, à titre de *compétence implicite*, les matières que la Constitution réserve à la loi.

(39) F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, t. I^{er}, *op. cit.*, p. 153 ; A. MAST, *Overzicht van het Belgisch Grondwettelijk Recht*, Gent, Story-Scientia, 1972, n° 47.

(40) Voy. Ch. HUBERLANT, « Statut administratif des étrangers... », *op. cit.*, pp. 133-134.

même de l'homme et par ses besoins » (41). Se réserver aussi la possibilité d'établir des dérogations spécifiques, afin de sauvegarder la sécurité nationale, la sûreté de l'État et l'ordre public. Comme le rapporte Raikem, « il ne suffit pas que la Constitution ait garanti les droits des Belges ; elle doit aussi protéger les droits des étrangers ». A son estime, cette protection doit, cependant, « avoir des bornes » (42).

15. — La dernière observation a trait au champ d'application *ratione personae* de l'habilitation constitutionnelle. Les arrêts n^{os} 25/90 et 20/93 distinguent plusieurs hypothèses.

Dans une première hypothèse, la loi établit un régime distinct pour deux catégories de personnes. Dans chacune de ces catégories, l'on trouve des Belges et des étrangers. Ici, cela va de soi, le législateur n'a pas utilisé son pouvoir de dérogation inscrit à l'article 191 de la Constitution (43).

Dans une deuxième hypothèse, la loi organise un régime dérogatoire pour des catégories particulières d'étrangers. Comme l'indique la Cour d'arbitrage, « l'article 191 de la Constitution prévoit (...) que la loi peut établir des exceptions à l'égalité de principe des Belges et des étrangers. Ce pouvoir d'établir des exceptions ne saurait conférer un fondement constitutionnel à la disposition entreprise, puisqu'une distinction y est faite non pas entre les Belges et les étrangers, mais entre les étrangers eux-mêmes » (44).

Dans une troisième hypothèse, la loi prévoit un régime différencié pour le Belge et l'étranger. Telle est l'hypothèse visée implicitement par l'article 191 de la Constitution. Quelle que soit la différence de traitement, la Cour d'arbitrage est sans pouvoir pour la contrôler au regard des principes

(41) P. WIGNY, *Droit constitutionnel*, *op. cit.*, n^o 151.

(42) RAIKEM, « Rapport sur le 'Titre VI. Dispositions générales' et sur le 'Titre VII. Révision de la Constitution' », in HUYTTENS, *Discussions du Congrès national*, t. IV, Bruxelles, Société typo. belge, 1844, n^o 63, p. 110. Voy. dans le même sens, J.J. THONISSEN (*La Constitution Belge annotée*, Bruxelles, 1879, p. 383), pour lequel la possibilité d'établir des exceptions à l'exercice des droits et libertés des étrangers relève du « bon sens » (cité par R. ERGEC, *op. cit.*, pp. 643-644). Quant à P. WIGNY, (*op. cit.*, *loc. cit.*), il note que « par définition, les Citoyens sont attachés à la Nation et à l'Etat dont ils sont les membres. Mais peut-on faire la même confiance à des étrangers ? Est-on sûr qu'ils ont suffisamment de respect pour la communauté qui les reçoit ? »

(43) La loi du 30 août 1988, qui a donné lieu à l'arrêt du 5 juillet 1990, établissait une différence de traitement entre, d'une part, ceux — Belges ou étrangers — qui ont le droit de réclamer réparation suite à un préjudice subi par la faute d'une autorité publique et, d'autre part, ceux qui ne le peuvent pas en vertu de la loi — qu'ils soient Belges ou étrangers.

(44) C.A., arrêt n^o 20/93, considérant B.2.4. Une telle solution avait déjà été proposée par le professeur R. ERGEC (« Le droit international... », *op. cit.*, p. 641, n^o 42). Dans l'arrêt n^o 20/93, la Cour d'arbitrage a annulé une disposition de la loi du 15 décembre 1980 qui établissait une discrimination entre « les étrangers qui sont originaires d'un pays d'où provenaient, au cours de l'année précédente, cinq pour cent au moins des demandeurs d'asile et pour lesquels moins de cinq pour cent des décisions ont abouti à une reconnaissance (de la qualité de réfugié) d'une part, et les autres étrangers, d'autre part... » (considérant B.2.7.).

d'égalité et de non-discrimination (45). Dans ces conditions, l'article 191 de la Constitution fait écran, entre autres, au contrôle de la *proportionnalité* de la distinction établie (46). La solution, d'une parfaite logique, peut impliquer un pouvoir de dérogation dépourvu de tout contrôle, au profit du législateur (47).

16. — La Constitution n'établit pas d'autres limites au pouvoir légal de dérogation. En particulier, elle ne fixe aucune restriction *matérielle* à l'habilitation qu'elle confère. Comme le souligne le professeur Jacques Velu, « il existe entre les Belges et les étrangers une différenciation fondamentale quant à la jouissance des droits subjectifs : si les droits fondamentaux des Belges sont garantis par la Constitution à laquelle la loi ne peut déroger, les étrangers peuvent se voir privés de ces droits par la loi » (48).

B. — *Les exigences du droit international*

17. — Les solutions du droit constitutionnel sont-elles avalisées par le droit international ? Rien n'est moins certain. Un grand nombre de textes conventionnels prohibent l'instauration de tout régime discriminatoire à l'encontre des étrangers. Mais la plupart d'entre eux — essentiellement en matière de droits économiques, sociaux et culturels — ne produisent pas

(45) Voy. dans le même sens, R. ERGEC, « Le droit international... », *op. cit.*, pp. 643-645, n^{os} 46 à 50 ; J.P. LAGASSE, *op. cit.*

(46) En effet, les articles 10 et 11 de la Constitution ne prohibent pas toutes les différences de traitement. Selon la jurisprudence constante de la Cour, « Les règles constitutionnelles d'égalité et de non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie selon certaines catégories de personnes (...) Le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (arrêt n^o 20/93 du 5 mars 1993, considérant B.2.6.).

(47) *Contra* : F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *La dérogation en droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1991. L'auteur soutient que, d'une manière générale, les règles adoptées par le législateur sur la base d'une habilitation constitutionnelle sont soumises « aux exigences des principes inscrits dans les articles (10) et (11) de la Constitution... » (p. 227). A cet égard, « (les) traitements différenciés établis par le législateur doivent être justifiés non seulement dans leur principe, mais encore dans leur ampleur » (p. 233), c'est-à-dire être objectifs (...), raisonnables et proportionnels.

Cependant, cette opinion ne semble pas être applicable à la dérogation légale permise en vertu de l'article 191 de la Constitution. En effet, l'habilitation autorise justement des exceptions aux articles 10 et 11 : les principes d'égalité et de non-discrimination sont visés dans l'assimilation constitutionnelle, et les exceptions autorisées renvoient nécessairement aux droits à l'égard desquels l'assimilation existe. Il semble dès lors plus rigoureux de s'en tenir formellement au principe en vertu duquel « le pouvoir constituant qui, ses obligations internationales mises à part, n'est tributaire d'aucune contrainte dans la détermination de ses actes, est (...) *totalelement libre* d'autoriser l'autorité qu'il juge la plus qualifiée, à déroger aux règles qu'il a lui-même établies » (F. LEURQUIN-DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 177. Nous soulignons).

(48) J. VELU, *Droit public*, t. II, *Le statut des gouvernés*, Bruxelles, P.U.B., 1978, p. 700.

d'effet juridique dans l'ordre interne. Ils laissent le soin au législateur national de mettre en œuvre les intentions qu'ils énoncent (49).

Seuls deux traités sont de nature à restreindre effectivement la compétence du législateur (50). Il s'agit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

1. *La Convention européenne des droits de l'homme*

18. — Plusieurs dispositions retiennent l'attention. L'article 1^{er}, tout d'abord, prescrit que « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction » les droits et libertés définis dans la Convention. C'est dire autrement que les États doivent en garantir la bonne application, non seulement pour leurs nationaux, mais aussi pour tout ressortissant d'un État étranger, partie ou non à la Convention (51).

L'article 14 est le complément nécessaire de l'article 1^{er} : « La jouissance des droits et des libertés reconnus dans la Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur (...) l'origine nationale (...) ». L'article 14 n'a pas d'existence *indépendante* : comme le texte l'indique, celui qui s'en prévaut doit faire référence à une liberté reconnue dans la Convention. Mais la disposition a une existence *autonome* : la liberté à laquelle est jumelé l'article 14 ne doit pas être elle-même violée (52).

Les libertés protégées par la Convention doivent être appliquées sans discrimination. Cela ne veut pas dire, cependant, que l'article 14 de la Convention prohibe *a priori* toute distinction. « L'égalité de traitement est violée si

(49) Voy. E. VOGEL-POLSKY, « La reconnaissance en droit international des droits économiques, sociaux et culturels de la personne et son interrelation avec l'article 23 de la Constitution », in *Les droits économiques...*, *op. cit.*, pp. 43 et s. ; P. LAMBERT, « La mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels », in *ibidem*, pp. 107 et s.

(50) Il n'est fait référence ici qu'aux textes qui s'appliquent à l'ensemble des étrangers, qu'ils soient ordinaires ou privilégiés. Le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne n'est donc pas abordé.

(51) Voy., pour plus de détails, J. VELU et R. ERGEC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 67, n° 76, et les références citées ; M. MELCHIOR, « Le principe de non-discrimination dans la Convention européenne des droits de l'homme », in *Egalité et non-discrimination*, Antwerpen, Kluwer, 1991, pp. 3 et s. ; L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention européenne des droits de l'homme, commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 134-141.

(52) Voy. à ce sujet, P. VÉGLÉRIS, « Le principe d'égalité dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. 1^{er}, Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 572 ; J. VELU et R. ERGEC, *op. cit.*, n°s 139 et s. ; Ch. PETTITI, « La discrimination en raison du sexe au sens de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence de la Cour européenne », *R.T.D.H.*, 1995, pp. 87 et s. ; P. LAMBERT, « La Cour européenne des droits de l'homme en 1994 », *J.T.D.E.*, 1995, pp. 56 et s., et les références citées ; L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 475 et s., spéc. 478-481.

la distinction manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport aux buts et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. (...) L'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (53).

19. — Dans le même sens, les libertés de conscience, d'expression, d'association et de réunion pacifique, ainsi que la protection de la vie privée peuvent faire l'objet de restrictions, au détriment, notamment, des étrangers. L'intérêt général peut exiger de telles limitations (54). Ces ingérences doivent néanmoins être nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire répondre à un « besoin social impérieux » (55) ; elles doivent aussi être légitimes.

L'article 16 de la Convention européenne dispose, par ailleurs, qu'« aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties Contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».

2. *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*

20. — Le Pacte a lui aussi pour vocation de s'appliquer à tous les individus se trouvant sur le territoire des États parties, et qui relèvent de leur compétence (article 2). Les droits qui y sont reconnus sont garantis aux étrangers autant qu'aux nationaux.

L'article 26 du Pacte stipule que « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit sans discrimination à une égale protection de la loi. A cet égard, la loi doit interdire toute discrimination et garantir à toutes les personnes une protection égale et efficace contre toute discrimination, notamment (de) race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique et de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».

(53) *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, 23 juillet 1968, *Série A*, p. 34, § 10.

(54) Voy. les seconds paragraphes des articles 8, 9, 10 et 11. Pour un commentaire général, voy. J. VELU et R. ERGEC, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 146-153 ; L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 328 et s.

(55) Voy. *infra*, n° 59.

L'article 26 est directement applicable (56) : « Tout individu, tant belge qu'étranger, peut s'en prévaloir devant les juridictions internes. Comme l'article 14 de la Convention européenne, l'article 26 du Pacte ne prohibe pas toutes les différences de traitement : une différenciation est valide si elle est fondée sur des critères raisonnables et objectifs, et si le but visé est légitime au regard du Pacte » (57). Il possède par contre un avantage sur l'article 14 de la Convention : il peut être invoqué sans relation avec un autre droit du Pacte. Il est donc autonome *et* indépendant (58).

C. — *Le conflit entre la Constitution et le droit international*

21. — L'article 191 de la Constitution, on l'a souligné, peut faire écran à l'application, aux étrangers, du principe constitutionnel d'égalité. Le droit international, de son côté, permet les différences de traitement entre nationaux et étrangers dans la seule mesure où elles sont raisonnables et mesurées. Dans ces conditions, une loi qui établit une discrimination entre le Belge et l'étranger est compatible (59) avec la Constitution mais s'inscrit en violation des règles établies par le droit international. Un conflit existe entre le droit interne et le droit conventionnel. Comment le régler ?

1. *L'existence d'un conflit entre la Constitution et le droit international*

22. — A proprement parler, la Constitution n'entre pas directement en conflit avec les normes de droit international qui garantissent l'égalité. L'ar-

(56) J. VELU (*Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme*, Bruxelles, Swinnen, 1981, pp. 33 à 53, spéc. 37-38), considère que l'article 26 fait partie des dispositions du Pacte qui « sont formulées de manière suffisamment précise et ont un contenu suffisamment complet pour que leur application soit possible sans mesure complémentaire d'exécution » ; voy. M. BOSSUYT, « The direct applicability of international instruments on human rights », *R.B.D.I.*, 1980, pp. 317 et s., spéc. 325-332 et les références citées ; B. BLÉRO, « Protection constitutionnelle... », *op. cit.*, pp. 261-262.

(57) Ch. PETTITI, « La discrimination... », *op. cit.*, p. 89, citant le commentaire général adopté le 9 novembre 1989 par le Comité des droits de l'homme des Nations-Unies.

(58) Voy. B. BLÉRO, *op. cit.*, p. 262, et les références citées ; M. BOSSUYT, « Het gelijkheidsbeginsel in het internationale Pacten inzake mensenrechten », in *Egalité et non-discrimination*, *op. cit.*, pp. 35 et s.

(59) Le professeur EISENMANN (« Le droit administratif et le principe de légalité », *E.D.C.E.*, 1957, pp. 25 à 40) a mis en évidence la distinction qu'il faut faire entre la compatibilité et la conformité. Le premier concept désigne le rapport minimum que deux normes doivent établir entre elles : la norme inférieure ne doit rien établir qui soit *contraire* à la norme de référence, étant entendu qu'elle peut régler tout ce que la norme de référence n'a pas prévu. Ce rapport existe notamment entre la Constitution, norme de référence, et la loi, norme inférieure. En revanche, un rapport de conformité entre deux normes implique une « similitude », au moins « logique ou rationnelle », entre elles ; « le principe de conformité postule l'existence de la réglementation-modèle comme condition nécessaire à chaque acte ; l'absence de réglementation empêche *a priori* qu'il puisse être satisfait. » (*op. cit.*, p. 31.).

ticle 191 de la Constitution ne fait que permettre au législateur d'adopter des dérogations à la protection des étrangers. On peut comprendre, dans ces conditions, que le juge du fond, en présence d'une loi qui discrimine les étrangers, règle le conflit sans faire référence à l'article 191 de la Constitution (60). Le juge ordinaire peut faire l'économie d'un passage par la Constitution.

Le problème est différent lorsqu'il est posé devant le juge constitutionnel, chargé de vérifier la compatibilité de la loi avec les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits dans la Constitution. Par nature, la Cour d'arbitrage fait application des dispositions constitutionnelles. Les arrêts n^{os} 25/90 et 20/93 l'indiquent clairement : si, saisie d'une loi discriminatoire, la Cour est amenée à se prononcer sur l'applicabilité, à l'étranger, des principes d'égalité et de non-discrimination, elle ne peut ignorer l'article 191 de la Constitution, dans la mesure où celui-ci conditionne l'application des articles 10 et 11 de la Constitution.

Or, si elle devait valider une loi discriminatoire, la Cour d'arbitrage refuserait, par la même occasion, de se conformer aux solutions que lui dicte le droit international. Dans ces conditions, devant la Cour d'arbitrage, le conflit entre le droit interne et le droit international prend sa source à l'article 191 de la Constitution, puisqu'il empêche la Cour d'appliquer les principes d'égalité et de non-discrimination.

2. *Le règlement du conflit entre la Constitution et le droit international*

23. — Le problème du conflit entre le droit interne et le droit conventionnel fait, comme on le sait, l'objet d'une réponse de principe par la Cour de cassation, depuis son arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971 (61) : « Lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir. La prééminence de celle-ci résulte de la nature même du droit international. » Comme c'est la nature du droit international qui implique la primauté de celui-ci sur les normes de droit interne, on pourrait être tenté de considérer qu'il n'y a pas lieu de distinguer la Constitution des normes législatives. Dans cette logique, le droit internatio-

(60) Voy. par exemple, Bruxelles, 27 juillet 1989, *J.L.M.B.*, 1989, pp. 1062 et s., *R.D.E.*, 1989, pp. 156 et s., avec la note de F. RIGAUX et J.-Y. CARLIER : « l'interdiction du référé face au principe de non-discrimination en droit international » ; Bruxelles, 25 juin 1991, *R.D.E.*, 1991, pp. 234 et s. ; Civ. Verviers, 11 juillet 1991, *R.D.E.*, 1992, pp. 34 et s. ; Corr. Namur (ch. du Conseil), 19 mars 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 462 ; Civ. Bruxelles (réf.), 8 octobre 1993, *R.D.E.*, 1993, pp. 454 et s. ; Corr. Nivelles (Ch. Cons.), 19 janvier 1995, *R.D.E.*, 1995, p. 64 ; Civ. Huy (réf.), 27 juin 1995, *R.D.E.*, 1995, p. 315.

(61) *Pas.*, 1971, I, 886, et les conclusions de M. le procureur général GANSHOF VAN DER MEERSCH.

nal directement applicable primerait aussi la Constitution. Une telle conclusion peut découler, juridiquement et logiquement, de la « vision moniste du droit » (62) que la Cour de cassation a adoptée.

Cette solution se heurte cependant à la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, selon laquelle les dispositions conventionnelles déployant des effets juridiques dans l'ordre interne demeurent (63) soumises, par le biais de l'acte d'assentiment, au contrôle de constitutionnalité (64). Dans l'esprit de la Cour, la Constitution aurait la primauté sur le droit international déployant des effets directs dans l'ordre interne.

24. — Comme l'ont écrit justement X. Delgrange et P. van Ypersele, « il n'est (...) guère possible de départager, sur le plan de l'argumentation théorique, les tenants de la primauté du droit international et les champions de la suprématie de la Constitution » (65).

Pourquoi, dès lors, ne pas tenter de réconcilier la jurisprudence de la Cour d'arbitrage avec celle de la Cour de cassation — non plus sur une base conceptuelle, mais au départ du *contrôle* dont la Constitution et le droit international font l'objet, c'est-à-dire à partir de leur effectivité ? N'est-il pas

(62) Selon l'expression de J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités*, discours prononcé lors de la rentrée solennelle de la Cour de cassation, le 1^{er} septembre 1992, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 196, n° 88. Outre le Procureur général Velu, se prononcent pour la primauté du droit international, J.-V. LOUIS, « La primauté, une valeur relative ? », *C.D.E.*, 1995, n°s 1-2, pp. 23 et s. ; P. DE VISSCHER, « Cours général de droit international public », *Recueils des Cours de l'Académie de droit international*, vol. 136, La Haye, 1972 ; M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droit interne », in *Problèmes de droit des gens. Mélanges H. Rolin*, Paris, Pédone, 1964, pp. 488-504 ; W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, conclusions précédant cass., 27 mai 1971, *Pas.*, 1971, I, 886 ; R. ERGEC, « Le droit international... », *op. cit.*, pp. 647-648, n° 54.

(63) Quelle que soit la date de leur entrée en vigueur...

(64) Voy. C.A., arrêt n° 26/91 du 16 octobre 1991, *Rec. C.A.*, 1991, p. 271 ; *Mon. b.*, 23 nov. 1991, p. 26335 ; C.A., arrêt n° 12/94 du 3 février 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 221 ; *Mon. b.*, 11 mars 1994, p. 6142 ; arrêt n° 33/94 du 26 avril 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 419 ; *Mon. b.*, 1994, p. 17038.

Sur cette jurisprudence, voy. Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités », note sous C.A., 16 octobre 1991, *J.T.*, 1992, pp. 671 et s. ; P. BROUWERS et H. SIMONART, « Le conflit entre la Constitution et le droit international conventionnel dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », *C.D.E.*, 1995, n°s 1-2, pp. 7 et s. ; J. DE GRÈVE et M. MELCHIOR, « Rapport belge », *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'homme : concurrence ou complémentarité ?*, Bruxelles, Cour d'arbitrage, 1992 ; C. NAOMÉ, « Les relations entre le droit international et le droit interne belge après l'arrêt de la Cour d'arbitrage du 16 octobre 1991 », *R.D.I.D.C.*, 1994, pp. 24-56 ; J. VAN NIEUWENHOVE, « Over internationale verdragen, samenwerkingsakkoord en 'etablisement'. Enkele kanttekingen bij de arresten 12/94 en 33/94 van het Arbitragehof », *R.W.*, 1994-1995, pp. 449 et s. ; P. POPELIER, « Ongrondwettige verdragen : de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdsperspectief », *R.W.*, 1994-1995, pp. 1076 et s. ; J. DELVA, « De impact van het Europese verdragsrecht op de rechtspraak van het Arbitragehof — Een poging tot kritische doorlichting », *T.B.P.*, 1995, pp. 637 et s.

(65) « Le juge du fond, la Cour d'arbitrage et la Cour de justice », *R.B.D.C.*, 1995/4, pp. 413 et s., spéc. p. 429.

possible, en effet, de faire entrer le contrôle de constitutionnalité opéré par la Cour d'arbitrage dans une *structure moniste du droit* (66) ? Ainsi, le droit international ne primerait la Constitution qu'à condition de passer le test de constitutionnalité organisé par l'article 142 de la Constitution à l'encontre des lois d'assentiment et des traités internationaux.

Les arrêts rendus par la juridiction constitutionnelle en la matière ne viennent pas contredire cette conception. La Cour d'arbitrage n'a pas reconnu *de manière générale* la primauté de la Constitution sur le droit international ayant des effets directs dans l'ordre interne (67). Elle n'a fait qu'établir — implicitement, par le biais de son contrôle de constitutionnalité — la primauté des dispositions *visées à l'article 142* de la Constitution. La Cour indique d'ailleurs clairement que sa seule mission est d'empêcher le législateur d'adopter, directement ou indirectement, des normes *contraires aux dispositions visées par l'article 142* de la Constitution (68).

Le contrôle de la Cour d'arbitrage sur les lois portant assentiment aux traités — et la *relative* primauté de la Constitution sur le droit international — ne peuvent dès lors valoir, pour l'instant, que vis-à-vis des règles répartitrices de compétences entre les diverses collectivités fédérées et l'État fédéral, ainsi que des articles 10, 11 et 24 de la Constitution, et l'ensemble des dispositions intégrées à celles-ci par la jurisprudence de la Cour d'arbitrage.

25. — On pourrait déduire de ce qui précède une solution radicale : à partir du moment où il n'y a pas de contrôle possible, c'est-à-dire lorsque le conflit entre la Constitution et le droit international porte sur des dispositions constitutionnelles qui ne sont pas appelées à être protégées par la Cour d'arbitrage, les normes conventionnelles doivent avoir la primauté sur la Constitution. Dans cette hypothèse, la Cour d'arbitrage aurait l'obligation de faire primer les normes du droit international garantissant l'égalité sur l'exception constitutionnelle posée par l'article 191.

Pareille conclusion serait, cependant, difficilement admissible. Appartient-il au juge constitutionnel de censurer la Constitution, alors que sa mission est justement de veiller au respect de celle-ci par le législateur ? N'y a-t-il pas une limite implicite à la compétence de toute juridiction constitutionnelle :

(66) Voy. P. POPELIER, « Ongrondwettige verdragen... », *op. cit.*, pp. 1080-1081.

(67) Arrêt n° 12/94 du 3 février 1994, considérant B.4., précité. Il est à noter que cet argument est repris du Rapport établi par les présidents Melchior et De Grève. Cependant, à la différence de l'arrêt, le rapport ne vise pas seulement les dispositions indiquées à l'article 142. « Ce que le législateur ne peut pas ou ne peut plus faire (adopter des normes législatives internes contraires à la Constitution), il ne pourrait le faire indirectement, par le biais de l'assentiment donné à un traité international » (*op. cit.*, p. 43, n° 41. C'est nous qui soulignons).

(68) A condition que l'on ne tienne pas compte de l'argument superfétatoire selon lequel aucune norme de droit international ne donne aux États le pouvoir de faire des traités contraires à leur constitution (C.A., arrêt n° 12/94, précité).

ne pas juger la Constitution, ne pas suspendre ou censurer la raison d'être de sa juridiction ? La Cour d'arbitrage n'a pas été créée pour juger la Constitution, mais pour juger *selon* la Constitution (69). Si le droit international doit, en l'occurrence, prévaloir sur la Constitution, force est néanmoins de constater « qu'il n'entre pas dans les compétences de la Cour de censurer le Constituant, fût-ce par voie d'exception » (70).

25bis. — Une remarque, propre au conflit entre l'article 191 de la Constitution et le droit international vient nuancer l'impossibilité devant laquelle se trouve le juge constitutionnel de préférer le droit international. Quelle sera l'attitude du juge *a quo* si, à l'occasion d'un arrêt préjudiciel, la Cour d'arbitrage devait valider une loi discriminatoire adoptée en vertu de l'article 191 de la Constitution ?

A la Cour d'arbitrage appartient le contrôle de constitutionnalité ; au juge *a quo*, le contrôle de compatibilité avec les traités (71). Le fait que le juge constitutionnel assure le respect de droits et libertés identiques à ceux qui sont garantis par le droit international est susceptible de provoquer une interférence entre l'interprétation de la Cour d'arbitrage et celle des juridictions de fond. L'interprétation, que procure la Cour aux dispositions garantissant les droits fondamentaux, vide-t-elle le pouvoir du juge du fond de contrôler la compatibilité de la loi avec les traités ? Cette interprétation a-t-elle autorité de chose jugée ?

La question est délicate (72). Néanmoins, elle ne se pose pas en l'occurrence. Si, dans un arrêt préjudiciel, la Cour décide de ne pas examiner la compatibilité d'une loi avec les articles 10 et 11 de la Constitution, au motif que la distinction entre Belges et étrangers est admise par l'article 191 de la Constitution, le juge *a quo* aura encore la possibilité de mener un contrôle de compatibilité de la loi au regard des normes conventionnelles ayant des effets directs. Dans la mesure où l'article 191 de la Constitution fait écran à l'application des articles 10 et 11, la Cour n'aura exercé *aucun contrôle* du respect de l'égalité par la norme attaquée — pas plus qu'elle n'aura interprété la norme attaquée vis-à-vis des dispositions garantissant les droits et

(69) Voy. notamment C.A., arrêt n° 32/91 du 14 novembre 1991, *Rec. C.A.*, 1991, p. 333 ; *Mon. b.*, 28 novembre 1991 ; arrêt n° 90/94 du 22 décembre 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 1021, B.2. et B.3.

(70) R. ERGEC, *op. cit.*, p. 648, n° 55.

(71) En ce qui concerne le refus d'ajouter aux compétences de la Cour d'arbitrage celle de se prononcer sur la compatibilité des lois avec le droit international, voy. X. DELGRANGE (« Les articles 6 et 6bis de la Constitution : des dispositions longues portées », *R.R.D.*, 1990, p. 428) citant l'avis du Conseil d'Etat à propos du projet de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage : laisser à la Cour le soin de statuer, à titre préjudiciel, sur les questions relatives à la compatibilité entre le droit interne et le droit international, eût équivalu à supprimer la compétence des tribunaux judiciaires en ce domaine, alors qu'ils en avaient fait un « usage prudent ».

(72) Voy. à ce propos, Liège, 28 novembre 1995, *J.L.M.B.*, 1996, p. 110.

libertés. Il s'agira donc, pour le juge *a quo*, de doubler le contrôle de constitutionnalité d'un contrôle de compatibilité avec les traités, puisque le premier n'est pas susceptible d'effacer toute violation des droits fondamentaux.

Toutefois, n'est-il pas dangereux que, relativement aux mêmes droits fondamentaux, juge constitutionnel et juge du fond parviennent à des solutions divergentes ? Pareille situation n'aurait-elle pas pour conséquence de porter atteinte à la sécurité juridique ? Ne convient-il pas, dans ces conditions, d'harmoniser les points de vue ?

*

* *

26. — L'interprétation que la Cour d'arbitrage donne, dans ses premiers arrêts, de l'article 191 de la Constitution, la place devant une alternative. Soit elle joue son rôle de juge constitutionnel *sensu stricto* — elle applique la Constitution, et rien que la Constitution. Soit la Cour interprète d'une manière plus souple ses attributions et choisit de privilégier avant tout son rôle protecteur des libertés fondamentales. Auquel cas, elle s'efforcera de s'aligner sur les solutions dégagées par le droit international.

CHAPITRE II. — L'émergence de l'égalité entre le Belge et l'étranger

27. — Trois arrêts donnent à la Cour d'arbitrage l'occasion de revenir sur sa première jurisprudence et lui permettent d'échapper à l'alternative devant laquelle ses arrêts antérieurs l'avait placée.

Le 29 juin 1994 (73), le juge constitutionnel se prononce sur un recours en annulation tendant à faire invalider les dispositions, insérées dans la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, qui suppriment l'aide sociale à l'étranger « auquel un ordre définitif de quitter le pays a été signifié ». La Cour d'arbitrage reprend d'abord les termes de ses arrêts antérieurs : les étrangers peuvent invoquer « les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution 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 » (B.3.). En l'occurrence, la Cour reconnaît que la loi établit une distinction entre les étrangers visés, d'une part, et les Belges et les autres étrangers d'autre part (B.4.). Sans justifier sa démarche, elle décide cependant de *contrôler la loi entreprise au regard des articles 10 et 11 de la Constitution*. L'existence d'une exception légale adoptée sur la base de l'article 191 de la Constitution ne

(73) C.A., arrêt n° 51/94, *Mon. b.*, 14 juillet 1994, p. 18544.

semble plus constituer un obstacle à l'application, à l'étranger, du principe d'égalité.

Le pas décisif dans l'affirmation, par la Cour d'arbitrage, de l'égalité entre le Belge et l'étranger est posé quelques jours plus tard, dans l'arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994 (74). A nouveau, la Cour exerce un contrôle de constitutionnalité sur diverses restrictions aux droits et libertés des étrangers, introduites dans la loi du 15 décembre 1980 sur la police des étrangers. Le juge constitutionnel motive cette fois sa démarche : il indique que « l'article 191 (de la Constitution) n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser, lorsqu'il établit une telle différence, d'avoir égard aux principes fondamentaux consacrés par la Constitution. Il le rappelle d'ailleurs expressément en commençant par poser en règle que l'étranger qui se trouve sur le territoire 'jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens'. Il ne résulte donc en aucune manière 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 » (B.2.).

L'interprétation de la Cour est confirmée le 9 janvier 1996. L'arrêt n° 4/96 (75) se prononce sur la constitutionnalité, au regard du principe d'égalité, d'une loi apportant des limitations au regroupement familial des étrangers et qui déroge ainsi au droit à la protection de la vie familiale. Une fois encore, l'existence de cette dérogation ne fait pas écran au contrôle de constitutionnalité : « *Il appartient à la Cour de vérifier si le législateur, lorsqu'il établit une différence de traitement, ne méconnaît pas les principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution* » (B.3.).

28. — Le revirement de jurisprudence est évident. Une première section est consacrée à l'analyse de la solution adoptée par la Cour d'arbitrage. L'interprétation proposée est-elle conforme aux exigences de la Constitution (A) ? Une seconde section traite des conséquences qui découlent des arrêts indiqués ci-dessus. Si l'égalité entre le Belge et l'étranger est affirmée désormais, quels sont les contours et les limites de cette égalité (B) ?

(74) *Rec. C.A.*, 1994, p. 796 ; *J.T.*, 1994, p. 673 ; *J.L.M.B.*, 1995, p. 1141, et les observations de D. RENDERS, « La Cour d'arbitrage et l'article 191 de la Constitution » *op. cit.* ; *R.R.D.*, 1994, p. 449, précédé du commentaire de V. LEMAIRE, « L'interdiction du référé administratif en matière de demande d'asile au regard des articles 10 et 11 de la Constitution ». A propos de cet arrêt, voy. aussi B. BLÉRO, « Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d'asile », *op. cit.*, *R.B.D.C.*, 1994/3-4, pp. 241 et s. ; J.-Y. CARLIER et D. VANHEULE, « Les limites de l'égalité. L'arrêt n° 61/94 de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 1994 », *R.D.E.*, 1994, pp. 574 et s.

(75) *J.T.*, 1996, p. 188.

A. — *L'affirmation de l'égalité
entre le Belge et l'étranger*

29. — On l'a souligné précédemment : il était délicat pour la Cour d'arbitrage de ne pas reconnaître à l'étranger le bénéfice des principes d'égalité et de non-discrimination.

Pour ce faire, la Cour pouvait s'y prendre de deux manières. Elle pouvait tenter d'interpréter la Constitution, de telle manière que celle-ci soit compatible avec la Convention européenne ainsi qu'avec le Pacte international. C'est d'ailleurs ce qu'elle fait : elle établit l'égalité entre le Belge et l'étranger en vertu de la Constitution. La Cour d'arbitrage aurait pu également choisir de faire primer, sur les dispositions légales querellées, les texte internationaux directement applicables. Elle aurait pu consacrer l'égalité sur la base du droit international.

1. *L'égalité en vertu de la Constitution*

30. — Pour garantir l'application à l'étranger des articles 10 et 11 de la Constitution, la Cour d'arbitrage pose en règle que les exceptions légales aux droits et libertés de l'étranger *doivent être adoptées en tenant compte des « principes fondamentaux consacrés par la Constitution »* ; le législateur est tenu d'avoir égard à ces principes lorsqu'il établit une différence de traitement qui défavorise un étranger. *En aucun cas la distinction ne peut être discriminatoire.* En d'autres termes, l'article 191 de la Constitution ne fait pas écran à l'application des articles 10 et 11 de la Constitution.

Au regard de la doctrine et de la jurisprudence traditionnelles (76), l'interprétation est originale — pour ne pas dire radicalement nouvelle. Il n'est pas impertinent de se demander si la solution adoptée par la Cour d'arbitrage constitue une *interprétation conforme* de la Constitution, ou plutôt une *révision implicite* de la Constitution.

31. — *La juridiction constitutionnelle a-t-elle interprété la Constitution ?* La Constitution exige une interprétation constitutionnelle. Acte fondateur et hiérarchiquement supérieur aux autres normes nationales, une Constitution est, par nature, abstraite et imprécise (77). En outre, la Constitution belge est, pour partie, fort ancienne. Comme l'indique justement le professeur

(76) Voy. en particulier *supra*, n° 4.

(77) Voy. Y. AGUILA, « Cinq questions sur l'interprétation constitutionnelle », *R.F.D.C.*, 1995, pp. 9 et s., spéc. 14-17 ; F. DELPÉRÉE, « La vie de la Constitution », *Ann. dr.*, 1980, pp. 123 et s., spéc. 130.

Delpérée, à son originalité « répond la spécificité de son interprétation » (78).

Deux voies sont ouvertes à qui recherche le sens d'une disposition constitutionnelle : l'interprétation subjective et l'interprétation objective (79). L'interprétation subjective consiste à rechercher les indices de la volonté du Constituant — quitte, si le besoin s'en fait sentir, à actualiser cette volonté. L'interprétation objective revient à rechercher le sens du texte en l'insérant dans la structure de la Constitution ou du système juridique.

32. — L'« intention originelle » (80) du Congrès national était — on l'a déjà souligné — de garantir les droits fondamentaux à l'étranger, et de permettre à la loi de déroger à l'assimilation constitutionnelle. La loi — et la loi seule — peut établir des différences de traitement au détriment de l'étranger. La jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne change rien à cet égard : « Une différence de traitement qui défavorise un étranger ne peut être établie que par la loi » (81). Dans quelles limites s'exerce cette compétence ? La Constitution n'en fixe aucune. Dans l'esprit du pouvoir constituant originaire, c'est au législateur — garant des droits fondamentaux (82) — qu'il appartient d'estimer la nécessité et la proportionnalité des mesures dérogatoires.

33. — L'intention originelle du Constituant doit être actualisée (83). Le « contexte social » (84) a évolué depuis la rédaction de l'article 191 de la Constitution. Cette évolution exige-t-elle une identité de traitement entre le Belge et l'étranger ? Pareille proposition semble déraisonnable. Bon nombre de restrictions aux droits et libertés des étrangers — notamment à la liberté

(78) F. DELPÉRÉE, « L'interprétation par le juge des règles écrites en droit constitutionnel belge », in *L'interprétation par le juge des règles écrites. Travaux de l'association H. Capitant*, t. XXIX, Paris, Economica, 1980, p. 151. Du même auteur, « Le bon usage de la Constitution », *Ann. dr.*, 1993, p. 29 ; « La Constitution et son interprétation », in M. VAN DE KERCHOVE (dir.), *L'interprétation en droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1978, pp. 199 et s. Voy. aussi A. MAST, « L'interprétation de la Constitution », in *Rapports belges au VIII^e Congrès international de droit comparé*, Bruxelles, C.I.D.C., 1970, pp. 521-554, spéc. 543 et s.

(79) Voy. Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel et la philosophie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, pp. 63 et s.

(80) Selon l'expression de R. DWORKIN, « Controverses constitutionnelles », *Pouvoirs*, 1991, p. 8.

(81) C.A., arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994, considérant B.2. ; arrêt n° 4/96 du 9 janvier 1996, considérant B.3.

(82) Selon l'expression de Montesquieu, les libertés s'exercent « à l'abri de la loi » (cité par F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel*, op. cit., t. I^{er}, n° 163).

(83) Voy. aussi M. TROPER, « The interpretation of the Declaration of Human Rights by a constitutional judge », in E. SMITH (dir.), *Constitutional justice under old constitutions*, The Hague, London, Boston, Kluwer, 1995, pp. 161 et s. ; Y. AGUILA, « Cinq questions... », op. cit., pp. 26-27.

(84) Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel...*, op. cit. pp. 71-72.

d'aller et venir — paraissent aller de soi dans un État moderne (85). Le principe même de la différenciation entre le national et l'étranger ne peut être considéré comme anachronique.

La création d'une juridiction constitutionnelle vient-elle modifier les données du problème ? La liberté du pouvoir législatif de déterminer la mesure des différenciations entre l'étranger et le Belge doit-elle être désormais soumise à un contrôle ? Le constitutionnalisme moderne, pour qu'il soit effectif, ne s'oppose-t-il pas à ce qu'une autorité publique — quelle qu'elle soit — puisse exercer ses attributions sans faire l'objet d'aucune limitations (86) ? En clair, la nécessité d'actualiser la volonté de l'auteur de la Constitution aurait-elle pour conséquence d'imposer le respect des articles 10 et 11 de la Constitution — *désormais protégés* par la Cour d'arbitrage — aux normes législatives prises en vertu de l'article 191 de la Constitution (qui permet justement à la loi de déroger à ces articles 10 et 11 de la Constitution) ? Rien n'est moins sûr. La deuxième méthode d'interprétation constitutionnelle en apporte la preuve.

34. — L'interprétation subjective se double d'une interprétation dite « objective ». En interprétant la Constitution, le juge doit privilégier une méthode « déductive » : il doit « faire apparaître ce qui dans la Constitution est *implicite mais nécessaire* » (87).

L'article 191 de la Constitution autorise le législateur à apporter des dérogations aux principes constitutionnels d'égalité et de non-discrimination. Mais qu'impliquent ces principes ? Qu'exigent les articles 10 et 11 de la Constitution ?

La Cour d'arbitrage enseigne qu'une différence de traitement reste compatible avec le principe d'égalité si elle se révèle objective, adéquate et proportionnée par rapport au but que s'est assigné le législateur. Ces trois critères sont appréciés en tenant compte « du but et des effets de la norme attaquée, ainsi que de la nature des principes en cause » (88). Une distinction établie entre les Belges qui répondrait à ces trois critères ne sera pas

(85) Voy. notamment l'application restrictive qu'il convient de donner à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, en ce qui concerne l'entrée des étrangers sur le territoire national : B. BLÉRO, « Protection constitutionnelle... », *op. cit.*, pp. 262 et s.

(86) Sur la notion de constitutionnalisme, voy. C. FRIEDRICH, *La démocratie constitutionnelle*, Paris, P.U.F., 1958, spéc. pp. 25 et s. Sur l'effectivité du constitutionnalisme, voy. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 738 et s.

(87) Voy. Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 67-68 ; « Cinq questions... », *op. cit.*, p. 29.

(88) Jurisprudence constante. Voy. notamment : C.A., arrêt n° 4/96 du 9 janvier 1996. Sur la définition du principe d'égalité par la Cour d'arbitrage, voy. P. MARTENS, « Thémis et ses plumes. Réflexions sur l'écriture juridique », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 345 et s., spéc. 370.

considérée comme une exception au principe d'égalité, puisqu'elle s'y conforme.

La loi peut, en revanche, *déroger* aux articles 10 et 11 de la Constitution lorsqu'elle établit une différence de traitement entre le Belge et l'étranger. Est-ce à dire que la loi ne doit se conformer à aucun des trois critères d'évaluation contenu dans le principe d'égalité ? Il n'en est rien. La Constitution impose que l'exception légale porte uniquement sur l'assimilation *de l'étranger au Belge* (89). Le législateur est dès lors tenu de se conformer au *critère d'objectivité* contenu dans le principe d'égalité. La Cour d'arbitrage va dans le même sens : « La nationalité est un critère objectif pouvant justifier des traitements différents. » (90) La dérogation doit, en outre, rester exceptionnelle : l'assimilation de l'étranger au Belge est un principe qui ne peut être vidé de son contenu (91).

En réalité, seul le respect du *principe de proportionnalité* n'est pas imposé au législateur. Les distinctions établies entre les Belges et les étrangers sont, dans cette mesure, laissées à la discrétion du législateur. Ôter ce pouvoir à la loi reviendrait à vider l'habilitation constitutionnelle de toute portée (92).

35. — Telle est cependant la solution que retient la Cour d'arbitrage. L'attitude du juge constitutionnel provient, semble-t-il, de sa volonté de *concilier les articles 10 et 11 avec l'article 191 de la Constitution*. Elle l'indique d'ailleurs dans son arrêt n° 61/94 : « lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment des étrangers », le législateur doit « veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire ». L'habilitation constitutionnelle de l'article 191 semble donc intacte, à ceci près que l'autorité habilitée doit désormais respecter les articles 10 et 11 de la Constitution. Les deux dispositions s'appliquent conjointement.

Mais l'interprétation conciliante est-elle concevable en l'occurrence ? L'interprète est amené à concilier deux dispositions lorsqu'elles semblent antinomiques (93), lorsque l'application autonome et séparée d'une des deux normes aurait pour conséquence de nier l'autre. Par exemple, si l'on applique la liberté de presse sans se soucier de la vie privée d'autrui, le droit au respect de la vie privée s'en trouvera automatiquement atteint. Les deux principes doivent être conciliés.

(89) Voy. *supra*, n° 17.

(90) C.A., arrêt n° 4/96, déjà cité, point B.3.

(91) Voy. *supra*, n° 16.

(92) Dans le même sens, voy. R. ERGEC, *op. cit.*, p. 645, n° 49.

(93) Y. AGUILA, *Le Conseil constitutionnel...*, *op. cit.*, pp. 48 et s. ; F. DELPÉRÉE, « Le bon usage de la Constitution », *op. cit.*, p. 31. Il convient d'ajouter qu'en droit constitutionnel, l'interprétation conciliante s'impose en raison de la logique présumée du pouvoir constituant.

Or, comment pourrait-on concilier un principe (l'égalité devant la loi) et une habilitation à déroger à ce même principe ? L'habilitation à déroger vient nécessairement limiter, sur un point particulier, la règle générale. Tel est même le but de la dérogation : prévoir un régime distinct pour une matière spécifique. Pourrait-on dire de la dérogation qu'elle doit se concilier avec le principe auquel elle fait exception ? Pourrait-on dire, par exemple, que les exceptions légales au droit au respect de la vie privée et familiale doivent se concilier avec le droit au respect de la vie privée et familiale (94) ? L'interprétation conciliante est, en ce sens, difficilement envisageable. En tentant de concilier l'inconciliable, la Cour d'arbitrage établit une hiérarchie au sein du texte constitutionnel et modifie implicitement la Constitution.

36. — *La Cour établit une hiérarchie parmi les normes constitutionnelles.* Elle laisse entendre, en effet, que le législateur peut déroger aux droits et libertés des étrangers, hormis cependant le principe d'égalité qui ne peut, lui, souffrir aucune exception. L'égalité apparaît ainsi comme un droit transcendant que la loi ne peut méconnaître, même lorsqu'elle y est habilitée par la Constitution.

On serait bien en peine, pourtant, de trouver une indication, dans le texte constitutionnel, qui permette d'établir une hiérarchie au sein des dispositions de la Constitution (95). La preuve en est que toutes les dispositions constitutionnelles sont égales devant la révision. Il n'en est pas une qui puisse y échapper. L'article 195 de la Constitution établit une compétence générale qui ne pourrait souffrir d'exception (96). Partant, si elles sont toutes égales, si elles ont chacune le même poids, aucune ne pourra prendre le pas sur les autres, quelle que soit la nature des principes en cause.

37. — En conséquence, *la Cour d'arbitrage modifie implicitement la Constitution.* Les termes mêmes auxquels le juge constitutionnel a recours donnent un indice sur sa volonté de réviser le texte constitutionnel. La Cour précise en effet que « l'article 191 de la Constitution n'a pas pour objet d'habiliter le législateur à se dispenser (...) d'avoir égard aux *principes fondamentaux consacrés par la Constitution* ».

Chaque fois que le juge constitutionnel a recours aux « principes » — qu'il s'agisse de « principes généraux » ou de « principes fondamen-

(94) Const., art. 22. A ce sujet, voy. néanmoins *infra*, n° 49.

(95) Cela tient au fait, écrit J. VELU, que « le droit public belge est essentiellement écrit et trouve sa source quasi-exclusive dans le texte même de la Constitution » (in « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux — Rapport belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1990, pp. 61 et s., spéc. n° 43).

(96) F. DELPÉRÉE, *Droit constitutionnel...*, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 94, n° 50. La question fait cependant l'objet d'une controverse. Pour un état de la question, voy. M.-F. RIGAUX, *La théorie des limites matérielles à l'exercice de la fonction constituante*, Bruxelles, Larcier, 1985, pp. 51-56.

taux » (97) — c'est qu'il tente d'élargir son contrôle de constitutionnalité. Le fait que les principes soient qualifiés de « fondamentaux » permet ici à la Cour d'arbitrage d'exiger de l'autorité habilitée qu'elle n'y porte pas une atteinte disproportionnée. Même si, en vertu de l'article 191 de la Constitution, le législateur peut y déroger — les droits et libertés sont « en règle » (98) garantis aux étrangers —, il ne peut les méconnaître, dans la mesure où ils sont « fondamentaux ».

Ce n'est pas la première fois que le juge constitutionnel est amené à réviser « silencieusement » (99) la Constitution. Parfois même, il fait œuvre « prémonitoire » (100). En l'occurrence, on peut admettre que la Cour d'arbitrage « vivifie » (101) la Constitution plutôt qu'elle ne la viole. Le constitutionnalisme ne gagne-t-il pas en effectivité ou en efficacité, dès lors que devient possible un contrôle de l'autorité habilitée à apporter des exceptions aux droits des étrangers ? Sans doute. Mais, comme on l'a justement fait remarquer, l'œuvre du juge constitutionnel s'inscrit « dans un contexte particulier, distinct des conditions qui président au travail législatif » — ou constituant (102). Il n'appartient pas à la Cour d'arbitrage de modifier la Constitution.

2. *L'égalité en vertu du droit international*

38. — La solution retenue, de faire reposer l'égalité entre l'étranger et le Belge sur les seules dispositions constitutionnelles n'est pas satisfaisante.

(97) La Cour d'arbitrage a hissé au rang de norme quasi-constitutionnelle les principes généraux du droit suivants :

— les droits de la défense (voy. C.A., arrêt n° 23/93 du 1^{er} avril 1993, *Rec. C.A.*, 1993, p. 251 ; 6/94 du 20 janvier 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 159 ; 27/94 du 22 mars 1994, *ibidem*, p. 379) ;

— les principes généraux du droit pénal (C.A., arrêt n° 72/92 du 1^{er} novembre 1992, *Rec. C.A.*, 1992, p. 773) ;

— le principe de l'indépendance des juridictions — à propos des validations législatives (voy. notamment C.A., arrêt n° 61/91 du 13 juin 1991, *Rec. C.A.*, 1991, p. 161 ; *J.T.*, 1991, p. 836, note R. ERGEC) ;

— le principe général d'impartialité du juge : C.A., arrêt n° 35/94 et 36/94 du 10 mai 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 461 (voy. *infra*, n° 47) ;

— l'union économique et l'unité monétaire : C.A., arrêt n° 47 du 25 février 1988, *Mon. b.*, 17 mars 1988.

(98) C.A., arrêt n° 61/94, point B.3.

(99) L'expression est de F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Révision de la Constitution et justice constitutionnelle — Rapport belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, pp. 35 et s., spéc. pp. 37-38.

(100) F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, pp. 40-41.

(101) F. TULKENS, « La Cour d'arbitrage et le pouvoir constituant », in F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN (dir.), *Regards croisés sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 30-31.

(102) F. DELPÉRÉE, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, p. 41.

Une autre voie était ouverte à la Cour d'arbitrage : elle aurait permis de reconnaître le principe d'égalité *sur la base du droit international*, sans pour autant méconnaître la Constitution. Cette méthode alternative revenait à effectuer un examen séparé de l'article 191 de la Constitution, d'une part, et des articles 10 et 11, d'autre part — en faisant ainsi précéder le contrôle de constitutionnalité d'un *contrôle de compatibilité avec les traités*.

39. — Cela va sans dire : une telle solution n'est admissible que si un contrôle de compatibilité est envisageable dans le chef d'une juridiction constitutionnelle.

Dès la création de la Cour d'arbitrage, celle-ci se vit refuser la possibilité de se prononcer sur la compatibilité d'une loi avec un traité international ayant des effets directs dans l'ordre juridique interne (103). La juridiction constitutionnelle ne statue que sur les conflits entre les normes légales et les dispositions constitutionnelles inscrites à l'article 142 de la Constitution : « La Cour d'arbitrage étant une juridiction d'attribution, les conflits entre les normes du droit interne et celles du droit international échappent à sa compétence » (104).

Ce n'est pas pour autant que la Cour d'arbitrage ait ignoré le droit international. Au contraire. Dans les limites de ses compétences, elle y a fait une large audience, grâce à l'interprétation extensive du principe de non-discrimination pour laquelle elle a opté. Ainsi, la Cour d'arbitrage a intégré aux normes de référence dont elle contrôle la violation, non seulement les droits et libertés consacrés par la Constitution (105) mais également certains principes de droit non-écrits (106), ainsi que *les droits fondamentaux garantis par des dispositions du droit international*, lorsqu'elles produisent des effets directs dans l'ordre interne (107). Un tel contrôle n'est cependant envisageable que par le biais de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution (108).

(103) Voy. notamment : Projet de loi portant création de la Cour d'arbitrage, avis de la section de législation du Conseil d'Etat, 9 juin 1980, *Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 435/1 ; lors de l'élargissement des compétences de la Cour d'arbitrage en 1988, voy. le Rapport de la Commission du Sénat sur la révision de l'article 107ter de la Constitution, *Doc. parl.*, Sénat, 1988-1989, n° 100/3, p. 44.

(104) J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité...*, *op. cit.*, p. 73, n° 38 ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études sur la Cour d'arbitrage*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 65, n° 38.

(105) Pour la première fois, par l'arrêt n° 23/89 du 13 octobre 1989, *C.A.-A.*, p. 207.

(106) Voy. *supra*, n° 38.

(107) Pour la première fois, par l'arrêt n° 18/90 du 23 mai 1990, *Rec. C.A.*, 1990, p. 121.

(108) Voy. e.a. M. VERDUSSEN, « La Cour d'arbitrage belge et l'application de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.F.D.C.*, 1994, n° 18, pp. 433 et s. ; M. MELCHIOR et L. DE GRÉVE, *op. cit.*, pp. 59 et s. et les références citées ; F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « Chronique belge », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1994, p. 366.

La Cour d'arbitrage l'indique dans son arrêt du 9 janvier 1996 : « Les articles 10 et 11 ont une portée générale. Ils interdisent toute discrimination, quelle qu'en soit l'origine : les règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination sont applicables à l'égard de tous les droits et de toutes les libertés, en ce compris ceux résultant des conventions internationales liant la Belgique, rendues applicables dans l'ordre juridique interne par un acte d'assentiment et ayant effet direct » (109).

40. — Le juge constitutionnel est réceptif au droit international pour une raison supplémentaire. La Cour d'arbitrage est une juridiction (110). De ce fait, les garanties d'une bonne justice s'imposent à elle — spécialement celles qui se trouvent inscrites à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est concevable qu'une juridiction constitutionnelle se prononce indirectement sur des droits de caractère civil ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale (111). En conséquence, l'indépendance et l'impartialité des membres de la Cour doivent être appréciées au regard des exigences posées par la Convention européenne, ainsi que par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (112). Il se pourrait donc que la Cour soit amenée à refuser d'appliquer une norme légale en faisant prévaloir les normes de la Convention.

41. — La Cour d'arbitrage fait application du droit international, tout autant que le droit international s'impose, dans une certaine mesure, au juge constitutionnel. Le principe qui voudrait que la Cour n'a pas à se prononcer sur les conflits entre les règles de droit interne et les règles de droit international n'est, dès lors, pas absolu. La Cour, au détour de son contrôle de constitutionnalité, pourrait être amenée à vérifier *incidemment* la compatibilité d'une norme du droit interne au regard d'une norme du droit international (113). Par contre, il reste vrai qu'un contrôle de compatibilité *à titre principal* est exclu : un recours en annulation ou une question préjudicielle ne peut avoir pour *objet direct* de vérifier la compatibilité d'une loi avec un texte international.

(109) C.A., arrêt n° 4/96, précité, point B.4.

(110) Voy. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études...*, *op. cit.*, pp. 14 et s.

(111) Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Ruiz Matéos* du 23 juin 1993, *R.B.D.C.*, 1994/1-2, pp. 123 et s. ; à propos de cet arrêt, voy. M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 1994/1-2, pp. 131 et s. ; G. MALINVERNI, « Droit à un procès équitable et Cours constitutionnelles », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 389 et s. ; R. ERGEC et A. SCHAUS, « La Convention européenne des droits de l'homme — Examen de jurisprudence 1990-1994 », *R.C.J.B.*, 1995, pp. 337-338, n° 75 et s.

(112) C.A., arrêts n° 35/94 et 36/94, déjà cités.

(113) Dans le même sens, voy. F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, *Recueil d'études...*, *op. cit.*, p. 65, n° 38 : « Des questions de droit international peuvent néanmoins apparaître en filigrane... ».

42. — On imagine mal, cependant, que la Cour d'arbitrage censure une *disposition constitutionnelle* — en l'occurrence, l'article 191 — au profit du droit international. Pourrait-on concevoir que « le juge constitutionnel s'arrogé le droit de censurer l'œuvre du pouvoir constituant, à prétexte qu'elle est illicite ? (...). A ce faire, ne scie-t-il pas la branche sur laquelle la Constitution l'a assis » (114) ?

La Cour d'arbitrage aurait cependant la possibilité d'effectuer un *contrôle préliminaire de compatibilité avec les traités*, sans pour autant censurer l'article 191 de la Constitution. Préalablement à l'application des articles 10 et 11 de la Constitution aux étrangers, le juge constitutionnel devrait se demander si, en l'espèce, le législateur n'a pas établi une exception au détriment des étrangers, sur la base de l'article 191 de la Constitution.

Si une telle loi existe, la Cour d'arbitrage devrait effectuer un contrôle de compatibilité avec les traités : la norme entreprise n'est-elle pas contraire aux dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, ou à l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ? En cas d'incompatibilité entre la loi et le droit international, la première ne pourrait être appliquée et, par voie de conséquence, l'article 191 de la Constitution ne ferait pas obstacle au contrôle de constitutionnalité sur la base des articles 10 et 11 de la Constitution.

La Cour d'arbitrage pourrait ainsi *neutraliser* l'article 191 de la Constitution, sans le censurer. Sans doute, le type de contrôle qu'elle exercerait de la sorte apparaîtrait également comme une « révision silencieuse » (115) de la Constitution ; mais de toute façon, la consécration de l'égalité entre le Belge et l'étranger est à ce prix. Reste que la neutralisation de l'article 191 aurait été davantage compatible avec les exigences du droit international et de la Constitution.

B. — *Les contours de l'égalité entre le Belge et l'étranger*

43. — Le revirement de jurisprudence opéré par la Cour d'arbitrage a cette conséquence : l'étranger ne peut plus faire l'objet d'une discrimination par rapport au traitement réservé au Belge.

Encore faut-il percevoir la portée du principe posé. L'égalité entre le Belge et l'étranger est, d'abord, riche en possibilités, en *virtualités*. Elle offre

(114) F. DELPÉRIÉ, A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, *op. cit.*, p. 48.

(115) Voy. *supra*, n° 38.

de nouvelles perspectives à l'étranger en matière de protection des droits fondamentaux. Mais les arrêts de la Cour d'arbitrage mettent aussi en lumière les *limites* du contrôle de l'égalité et de l'application des droits fondamentaux à l'étranger.

44. — Avant de définir les contours de l'égalité entre le Belge et l'étranger, un bref rappel des trois causes est nécessaire. L'arrêt n° 51/94 s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, inséré par l'article 151 de la loi du 30 décembre 1992. La disposition prévoit que l'aide sociale accordée par le centre se limite à celle « strictement nécessaire pour permettre de quitter le pays : 1°) à l'étranger qui s'est déclaré réfugié, a demandé à être reconnu en cette qualité, n'est pas autorisé à séjourner dans le Royaume en cette qualité et auquel un ordre définitif de quitter le pays a été signifié ; 2°) à l'étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume et auquel un ordre définitif de quitter le pays a été signifié ». La loi précise cependant que « l'aide médicale urgente » reste due quoi qu'il arrive. Au terme de son examen, la Cour d'arbitrage refuse d'invalider la loi entreprise.

L'arrêt n° 61/94 du 14 juillet 1994 a contrôlé la constitutionnalité de dix dispositions de la loi du 6 mai 1993 modifiant celle du 15 décembre 1980 relative à la police des étrangers. Les normes entreprises avaient notamment pour objet de permettre au ministre compétent d'inscrire d'office certains candidats-réfugiés en un lieu déterminé et de sanctionner le manquement à l'obligation de présentation par un refus automatique de séjour. Elles prévoyaient aussi la possibilité pour le ministre de ne pas prendre en considération la demande de reconnaissance du statut de réfugié au cas où le candidat n'invoquerait pas d'éléments nouveaux par rapport à une demande antérieure, et excluaient l'introduction d'un recours en suspension devant le Conseil d'État contre cette décision. La loi du 6 mai 1993 permettait également au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides de déclarer sa décision de rejet, exécutoire nonobstant tout recours. Elle prévoyait encore que le candidat-réfugié pouvait être privé de sa liberté si sa demande était refusée pour cause d'irrecevabilité ou de non-fondement manifeste, et ce, pendant une période de deux mois maximum.

L'arrêt n° 4/96 du 9 janvier 1996 répond à une question préjudicielle posée par le Conseil d'État, interrogeant la Cour d'arbitrage sur la constitutionnalité de l'article 10, 4° de la loi du 15 décembre 1980, qui impose à l'étranger sollicitant le droit au regroupement familial de cohabiter de manière durable avec son conjoint. Le juge constitutionnel valide la disposition.

1. Les virtualités de l'égalité

45. — La jouissance des droits et libertés reconnus aux Belges et aux étrangers doit être assurée sans discrimination. En vertu de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, ces « droits et libertés » comprennent — on l'a déjà indiqué (116) — non seulement les droits visés au titre II de la Constitution, mais aussi certains principes de droit non écrits et les droits qui découlent des dispositions conventionnelles ayant des effets directs dans l'ordre interne. Les trois arrêts à l'examen indiquent comment le juge constitutionnel conçoit l'application des droits et libertés à l'étranger.

46. — Dans l'arrêt n° 51/94, le juge constitutionnel évalue la loi entreprise au regard du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* — loi qui n'a pas d'effet direct en Belgique. Par ce biais, la Cour reconnaît la possibilité d'invoquer devant elle le *droit* à un niveau de vie suffisant (117). Si, en l'espèce, elle écarte le moyen, c'est qu'à son estime, un tel droit « ne peut raisonnablement s'entendre sans restriction » (118) : il ne peut être garanti qu'aux seules personnes dont l'État a la charge, et l'on ne peut compter au nombre de celles-ci les étrangers qui se trouvent encore sur le territoire après avoir reçu un ordre définitif de le quitter (119).

On le voit : le rejet du moyen pris de la violation du Pacte ne résulte pas de l'absence d'effet direct de la norme internationale, mais plutôt du *contenu* de celle-ci (120).

47. — Dans l'arrêt du 14 juillet 1994, les requérants demandaient notamment l'annulation des dispositions qui permettaient au Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides de déclarer exécutoire nonobstant tout recours une décision de rejet de demande de reconnaissance du statut de réfugié. Le juge constitutionnel va accueillir le recours. Si, estime-t-il, le législateur

(116) Voy. *supra*, n° 32.

(117) On peut se demander si la proposition de la Cour d'arbitrage, d'appliquer le *droit* à un niveau de vie suffisant, est pleinement justifiée. L'article 10 de la Constitution est indépendant (Voy. X. DELGRANGE, « Les articles 6 et 6bis de la Constitution, des dispositions longues portées », *R.R.D.*, 1990, pp. 422 et s., spéc. 429). En ce sens, il ne doit pas être nécessairement lié à un droit ou une liberté contenue dans la Constitution. Néanmoins, comme on l'a indiqué plus haut, l'égalité devant la loi ne peut se concevoir que vis-à-vis d'un *droit subjectif* dont on réclame l'application.

(118) Point B.5.5. de l'arrêt.

(119) *Ibidem*.

(120) Un raisonnement identique est tenu par la Cour d'arbitrage dans le point B.5.6., à propos de l'article 13 de la Charte sociale européenne : « Sans qu'il soit besoin d'examiner si l'article 13 est directement applicable à l'ordre juridique interne, il suffit de relever que l'article 13.4 ajoute que l'assistance et l'aide prévues doivent l'être sur un pied d'égalité à l'endroit des nationaux et des ressortissants des autres Parties contractantes 'se trouvant légalement sur le territoire' des Etats signataires (...) ». Voy. B. RENAULD, « Nécessité et proportionnalité des restrictions législatives aux libertés publiques », *J.T.*, pp. 823-825, spéc. n° 15.

entend « permettre à l'autorité de se consacrer à l'examen des demandes sérieuses, sans être retardée par celui des autres demandes », cet objectif doit « se concilier avec le souci de ne pas priver de recours utile celui qui soutiendrait que son renvoi dans le pays qu'il a fui l'expose à subir un traitement inhumain ou dégradant » (121). En l'occurrence, la Cour estime que le législateur ne remplit pas cette condition. La mesure est donc disproportionnée (122).

Par le biais des principes d'égalité et de non-discrimination, la Cour sanctionne ainsi une atteinte excessive au *droit à un recours effectif*. Un tel droit est consacré par l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme (123), dont, pourtant, on ne trouve nulle trace dans l'arrêt. La Cour estime au contraire qu'« aucune disposition de la Constitution ou d'une convention internationale n'oblige le législateur à instaurer de manière générale une procédure de référé administratif » (124).

On peut se demander quel est, d'après le juge constitutionnel, le fondement du droit au recours effectif, dès lors qu'il refuse de l'y voir à l'article 13 de la Convention européenne. Dans ces conditions, ne faut-il pas considérer le recours effectif comme un *principe fondamental* dont la Cour d'arbitrage assure désormais le respect, au même titre que le droit de la défense ou l'impartialité du juge ? Cette interprétation se comprend d'autant mieux qu'est controversée la question de savoir si l'article 13 de la Conven-

(121) Points B.5.9.5. et B.5.9.6. de l'arrêt.

(122) Points B.5.9.8. et B.5.10.

(123) L'article 13 dispose que « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale (...) ». Cette disposition n'a pas d'existence indépendante : il doit être mis en relation avec un droit garanti par la Convention. En revanche, la violation de cet autre droit ne doit pas nécessairement avoir eu lieu : il suffit que le justiciable en allègue la violation (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Klass*, 6 septembre 1978, *Série A*, n° 28, § 84 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention...*, op. cit., pp. 91-92, n°s 111-112 ; L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention...*, op. cit., pp. 455 et s., spéc. p. 459). En l'occurrence, le droit auquel fait référence la Cour d'arbitrage est celui, garanti à l'article 3 de la Convention européenne, de ne pas être exposé à subir des traitements inhumains ou dégradants (B.5.9.6.). Sur la jurisprudence des organes de la Convention à propos des articles 13 et 3 appliqués aux candidats-réfugiés, voy. M. BOSSUYT et I. LAMMERANT, « La conformité à la Convention européenne des droits de l'homme des mesures d'éloignement du territoire du demandeur d'asile débouté », *R.T.D.H.*, 1993, pp. 417-430, spéc. 429, ainsi que O. DE SCHUTTER, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'asile », *R.D.E.*, 1994, pp. 471 et s., spéc. p. 478.

(124) Point B.5.7. La Cour d'arbitrage tente, de la sorte, de maintenir son contrôle dans les limites du seul article 10 de la Constitution. La référence aux dispositions du droit international (le recours « effectif » au point B.5.9.7., ainsi que le droit de ne pas subir un traitement inhumain et dégradant au point B.5.6.9.) est pourtant claire dans les développements ultérieurs de l'arrêt.

tion européenne est susceptible de déployer des effets directs dans l'ordre juridique interne (125).

48. — D'une manière ou d'une autre, la Cour d'arbitrage parvient de la sorte à contrôler le respect, par la loi, de normes dépourvues d'effet direct (126). Selon une première méthode, elle a recours à la règle du *stand-still* : la Cour vérifie si le législateur n'a pas adopté de mesure « régressive » (127) par rapport à l'objectif fixé dans la norme internationale.

Selon une seconde méthode, le juge constitutionnel intègre dans son champ de contrôle, par le biais de l'article 11 de la Constitution, un droit contenu « en germe » dans le texte international, en le transformant en un principe fondamental de l'ordre juridique belge.

49. — L'arrêt du 9 janvier 1996 fait application de l'article 22 de la Constitution, en vertu duquel « chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, *sauf dans les cas et conditions fixés par la loi* ». Comme c'est le cas à l'article 191 de la Constitution, l'article 22 habilite le législateur à apporter des exceptions à un droit fondamental.

Cette habilitation n'est pourtant pas absolue. Il résulte des termes de l'arrêt — et notamment de la mise en relation de l'article 22 de la Constitution avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme — que la Cour d'arbitrage se réserve le droit « de vérifier si le législateur n'a pas excédé les limites dans lesquelles ces dérogations sont permises » (128).

50. — Il est intéressant — on vient de le souligner — d'analyser la manière dont la Cour d'arbitrage envisage l'application des droits et libertés à l'étranger. Il est tout aussi intéressant d'imaginer les changements que l'af-

(125) Les juridictions judiciaires — sous la bénédiction de la Cour de cassation — appliquent généralement l'article 13 de la Convention (voy. les références citées dans J. VELU et R. ERGEC, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 92-94, n° 113. Plus récemment, voy. par exemple Civ. Bruxelles (réf.), 8 octobre 1993, *R.D.E.*, 1993, pp. 454 et s. ; Civ. Huy (réf.), 27 juin 1995, *R.D.E.*, 1995, p. 315). Par contre, une partie de la doctrine plaide pour la non-applicabilité de l'article 13 (voy. J. VELU, *Les effets directs des instruments...*, *op. cit.*, p. 26). Il est intéressant de noter que dans leur Rapport, L. DE GREVE et M. MELCHIOR déniaient tout effet direct à l'article 13 de la Convention européenne (*op. cit.*, p. 58).

(126) L'idée que la Cour d'arbitrage pourrait contrôler le respect des conventions internationales dépourvues d'effet direct a été abordée par J. VELU, *Contrôle de constitutionnalité...*, *op. cit.*, n° 47, *in fine*.

(127) Sur la notion de *Stand-still*, voy. notamment P. ORIANNE, « Mythe ou réalité des droits économiques, sociaux et culturels », in *Présence du droit public...*, *op. cit.*, t. III, pp. 1871 et s., spéc. 1885. Sur l'utilisation qu'en fait la Cour d'arbitrage, voy. C.A., arrêts n° 31/94 du 29 avril 1994, 40/94 du 19 mai 1994 et 51/94 du 29 juin 1994, déjà cité ; P. LAMBERT, « La mise en œuvre juridictionnelle des droits économiques, sociaux et culturels », in *Les droits économiques, ..., op. cit.*, ; P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux et culturels dans la Constitution », *R.B.D.C.*, 1995/1, pp. 3 et s., spéc. 18.

(128) Point B.11. de l'arrêt.

firmation de l'égalité est susceptible d'apporter à l'étranger. Un exemple illustre le propos.

En vertu de la loi du 10 avril 1995 sur la consultation populaire communale (129), il est possible — tant pour les autorités que pour les citoyens de la commune — de demander à la population qu'elle se prononce sur des questions d'intérêt municipal. La loi précise qui est consulté : il s'agit des *citoyens* qui « satisfont aux conditions visées à l'article 1^{er}, § 1^{er}, de la loi électorale communale » (130). L'étranger est donc exclu de toute participation à la gestion de la commune (131).

Pareille exclusion est-elle simplement « regrettable » (132) ? Ou bien faut-il considérer qu'elle est contraire à la Constitution, et plus particulièrement aux principes d'égalité et de non-discrimination ?

La possibilité offerte aux citoyens de se prononcer, à l'occasion de la consultation populaire communale, n'est pas un droit politique visé par l'article 8 de la Constitution. Il ne s'agit pas, en effet, d'exercer une forme de souveraineté : comme le souligne le professeur Delpérée, « la consultation préserve, en toutes circonstances, le pouvoir de décision des autorités municipales, seules habilitées, en définitive, à prendre les mesures qui s'imposent » (133). Rien ne s'oppose donc à ce que les étrangers soient consultés sur des questions d'intérêt communal, au même titre que les Belges.

Il apparaît, dès lors, que l'exclusion des étrangers de la consultation populaire ne peut s'expliquer par référence au « monopole » des nationaux quant à l'exercice des droits politiques. La Cour d'arbitrage y verrait-elle une différence de traitement injustifiable entre le Belge et l'étranger (134) ?

2. Les limites de l'égalité

51. — Affirmer le principe d'égalité entre le Belge et l'étranger est une chose. Encore faut-il que sa concrétisation soit véritablement bénéfique à

(129) *Mon. b.*, 21 avril 1995. La loi ajoute les articles 318 à 329 à la nouvelle loi communale.

(130) Art. 322, al. 1^{er}, de la loi communale

(131) La conclusion doit cependant être nuancée. L'article 8.B. du traité de Maastricht prévoit, en effet, que les ressortissants des Etats membres de l'Union possèdent désormais le droit de vote aux élections communales. L'exclusion des étrangers de la consultation populaire communale aura donc cet étrange résultat de dénier au citoyen communautaire le droit de donner son avis sur un sujet d'intérêt communal, alors qu'il a le droit de voter et d'être élu.

(132) F. DELPÉRÉE, « La consultation communale », *Revue dr. com.*, 1995, pp. 287-288, spéc. 294.

(133) F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, op. cit., 1995, pp. 79 et s.

(134) La mesure semble inadéquate au regard du but poursuivi (favoriser « une plus grande participation de la *population* à l'administration » (Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1994-1995, n° 1338, p. 1). Voy. sur cette question F. TULKENS, « La consultation populaire communale — Commentaires et réflexions sur la loi du 10 avril 1995 », *J.T.*, 1995, pp. 729 et s., spéc. 731.

l'étranger. Soumettre le législateur à une possibilité de contrôle de constitutionnalité constitue, sans doute, un pas important dans le respect des droits fondamentaux de l'étranger. Encore faut-il, cependant, que le contrôle soit effectif, et non pas simplement formel.

Des douze dispositions légales dont la constitutionnalité a été contestée devant la Cour d'arbitrage, seules deux ont été invalidées. Cela indique, à tout le moins, que le revirement de jurisprudence opéré par la Cour d'arbitrage ne constitue pas à proprement parler une révolution. Le juge constitutionnel accepte que des différences de traitement soient établies au détriment de l'étranger. Il ne les annulera que dans des cas exceptionnels.

52. — L'investigation ne doit pourtant pas s'arrêter aux statistiques. Pour comprendre dans quelle mesure la Cour d'arbitrage entend protéger les droits fondamentaux de l'étranger, il convient d'analyser les critères qu'utilise la Cour pour vérifier la constitutionnalité des normes entreprises.

A la lecture des trois arrêts, on constate que la Cour d'arbitrage accepte assez largement les exceptions que le législateur établit aux droits et libertés de l'étranger. Ce « laxisme » se manifeste, d'abord, dans la définition que donne la Cour de l'objectif recherché par le législateur. Il pointe aussi dans la manière dont la Cour envisage l'opération de comparaison. On l'aperçoit enfin dans le contrôle marginal du principe de proportionnalité exercé par le juge constitutionnel.

53. — On ne saurait trop insister sur l'importance de la *détermination de l'objectif du législateur*. Si le but poursuivi ne fait, dans aucun des trois arrêts (135), l'objet d'un contrôle en-soi — la réalité, la nécessité et la légitimité de l'objectif du législateur ne sont pas examinées par la Cour d'arbitrage —, il n'en demeure pas moins qu'il est le point de départ de toute l'analyse menée par le juge constitutionnel : adéquation, caractère raisonnable et proportionnalité de la mesure s'évaluent par référence à l'objectif

(135) La jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne permet pas de tirer une conclusion générale quant à savoir si le juge constitutionnel contrôle l'objectif poursuivi. Selon F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, une appréciation de la légitimité du but poursuivi, « si elle devait se révéler, serait particulièrement grave, dès lors que la norme contrôlée émane d'une assemblée législative. » (« Chronique — Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1992, p. 360). Voy. cependant C.A., arrêt n° 67/92 du 12 novembre 1992, point B.11. Sur l'ensemble de la question, voy. D. DÉOM, « Objectifs du législateur et principe d'égalité dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage », in *Le recours aux objectifs de la loi dans son application*, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, pp. 249 et s. ; X. DELGRANGE et J.-P. KEPENNE, « Convergences et divergences dans le contrôle constitutionnel de la non-discrimination et de l'union économique et l'unité monétaire », in X. DELGRANGE (dir.), *L'union économique et l'unité monétaire en Belgique*, Bruges, La Charte, 1993, pp. 71 et s., spéc. pp. 97-100 ; B. RENAULD, « Objectif du législateur et contrôle de constitutionnalité », *R.B.D.C.*, 1994/3-4, pp. 347 et s.

du législateur (136). Le but sert, en quelque sorte, « d'instrument de mesure pour les normes à l'examen » (137).

Si le but poursuivi par le législateur est mal défini par le juge, ou s'il est défini d'une manière trop large, l'analyse s'en trouvera faussée. Plus l'objectif du législateur est circonscrit de manière vague et englobante, plus nombreuses seront les mesures envisageables pour atteindre cet objectif. Parmi ce large ensemble de mesures adéquates, il sera relativement aisé de justifier de la proportionnalité de la mesure adoptée : comparée aux autres, elle portera une atteinte moins grave au droit en cause. Dès lors, « il faut veiller à ne pas surestimer l'objectif (...) Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse » (138).

La Cour d'arbitrage ne semble pas avoir suivi ce précepte. L'exemple le plus clair à cet égard est donné par l'arrêt n° 51/94, où la Cour définit le but poursuivi par le législateur comme étant simplement de « limiter l'immigration » (139). Il n'est guère étonnant, dès lors, que parmi les innombrables possibilités offertes pour atteindre cet objectif, le législateur en ait adopté une (140) qui, à l'estime de la Cour, soit objective (141), raisonnable (142) et proportionnée (143).

Dans l'arrêt du 9 janvier 1996, l'objectif du législateur semble assez mal perçu par la Cour d'arbitrage. Le juge constitutionnel le définit, en effet, comme étant de « freiner l'immigration, tout en tenant compte de la situation des *étrangers qui ont des liens avec les Belges* ». Rattacher, en l'espèce, le regroupement familial aux liens qui unissent les *étrangers et les Belges*, c'est, dès le début, fausser l'analyse : le contrôle de la Cour d'arbitrage en sera moins strict vis-à-vis des mesures adoptées à propos du regroupement familial *entre étrangers*.

(136) J.-C. SCHOLSEM, « L'égalité devant la Cour d'arbitrage », in *Liber amicorum Em. Krings*, Bruxelles, Story-Scientia, 1991, pp. 773 et s., spéc. 778.

(137) B. RENAUD, *op. cit.*, spéc. 355.

(138) Cour suprême du Canada, *RJR-Mac Donald Inc. c. Canada (P.G.)*, 21 septembre 1995, inédit.

(139) Point B.4.3. de l'arrêt.

(140) La mesure supprime l'aide sociale due par les centres publics, sauf l'aide médicale urgente et, pendant un mois, l'aide matérielle nécessaire pour quitter le territoire.

(141) La distinction oppose ceux qui séjournent légalement sur le territoire (les nationaux et certaines catégories d'étrangers) et des étrangers qui s'y trouvent encore après avoir reçu l'ordre de le quitter (B.4.3.).

(142) Le législateur peut adopter une telle mesure s'il « constate que les moyens qu'il emploie » en vue de limiter l'immigration « ne sont pas ou ne sont guère efficaces » (*ibid.*).

(143) En effet, la mesure adoptée « garantit à l'intéressé l'aide matérielle nécessaire pour quitter le territoire, pendant un mois, et l'aide médicale urgente, sans délai » (*ibid.*).

L'objectif du législateur semble être circonscrit de manière plus rigoureuse et plus classique dans l'arrêt n° 61/94. D'abord, la Cour d'arbitrage a recours aux travaux préparatoire de la loi du 6 mai 1993. Ensuite, la Cour fait « s'emboîter » (144), selon une démarche classique, les différents buts dégagés. Enfin, elle définit les objectifs recherchés par le législateur en terme d'*équilibre*. Par exemple, les limitations apportées à la faculté d'introduire un recours suspensif devant le Conseil d'État ont pour objet de « réaliser un équilibre entre, d'une part, une procédure rapide visant à écarter rapidement les étrangers qui se présentent manifestement à tort comme des réfugiés au sens de la Convention de Genève et, d'autre part, le souci d'offrir cependant aux demandeurs d'asile une protection juridique suffisante » (B.5.6.). On conçoit qu'un tel objectif exige du législateur qu'il adopte des mesures assez nuancées : l'adéquation entre la mesure et le but poursuivi sera moins évident à atteindre.

54. — Une deuxième limite à la protection des droits fondamentaux tient aux *catégories de personnes comparées* par la Cour d'arbitrage. La Cour consacre explicitement l'égalité entre le Belge et l'étranger. Or, dans l'État moderne, le national se voit appliquer, par nature, un régime juridique différent de celui réservé à l'étranger. Le Belge a, en toute hypothèse, le droit d'entrer et de s'établir sur le territoire national, tandis que l'étranger ordinaire n'y a, en principe, pas accès. Une série de conséquences juridiques découlent de cette prémisse, au point qu'il convient peut-être de se demander s'il n'est pas dangereux de vouloir comparer deux catégories de personnes dont les régimes sont à ce point différents.

La Cour d'arbitrage ne serait-elle pas tentée de valider des différences d'autant plus grandes qu'est importante la différence entre les catégories de personnes comparées ? Par exemple, la privation de liberté de certains candidats-réfugiés — ceux dont la demande est rejetée pour cause d'irrecevabilité ou de non-fondement manifeste — est, sans doute, acceptable lorsqu'on compare leur régime à la situation des nationaux. Mais en est-il de même lorsque l'on compare ce même régime à la situation des autres candidats-réfugiés, refusés sur d'autres bases ? En réalité, la distinction oppose deux catégories de candidats-réfugiés. Élargir les catégories comparées lorsque ce n'est pas nécessaire, c'est fausser la comparaison.

Ce n'est pas à dire, pour autant qu'il faut revenir sur l'égalité entre le Belge et l'étranger. Mais cette égalité ne devrait être invoquée que lorsqu'il n'est pas possible de comparer deux catégories plus spécifiques d'étrangers, c'est-à-dire lorsque le législateur aura établi une différence de traitement au détriment de l'ensemble des étrangers.

(144) D. DÉOM, *op. cit.*, p. 251.

55. — Le problème des catégories de personnes qu'il convient de comparer doit être élargi. D'une manière générale, on peut se demander, en effet, s'il n'est pas antinomique de poser, d'un côté, l'égalité entre le Belge et l'étranger et d'accepter, d'un autre côté, des dérogations importantes aux droits et libertés de l'étranger. La Cour d'arbitrage — enfermée dans ses compétences limitées — n'en vient-elle pas à galvauder les concepts d'égalité et de non-discrimination ? Si le juge constitutionnel peut se retrancher derrière la définition qu'il donne de l'égalité — définition à peu près identique à celle élaborée par la Cour européenne des droits de l'homme — il semble difficilement acceptable de soutenir encore que les candidats-réfugiés et les Belges sont *égaux devant la loi*.

N'était-il pas préférable, dès lors, de se contenter de vérifier la compatibilité des dispositions légales avec l'égalité des étrangers entre eux ? Telle était la démarche adoptée par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 20/93 du 5 mars 1993. Elle apparaît avoir eu davantage égard tant aux concepts qu'au texte de la Constitution.

56. — Les limites à la protection des droits fondamentaux de l'étranger tiennent enfin à la manière dont la Cour d'arbitrage envisage *le contrôle de proportionnalité*.

La Cour européenne des droits de l'homme ne censure que les discriminations *manifestement* disproportionnées (145). La jurisprudence de la Cour d'arbitrage est plus nuancée. Le juge constitutionnel entend mener un contrôle strict et approfondi de proportionnalité — un contrôle qui, semble-t-il, ne soit pas uniquement « marginal » (146). Sans entraîner la Cour d'arbitrage dans un jugement sur l'opportunité des mesures adoptées par les différents législateurs (147) — la Cour s'en défend bien —, la vérification de la

(145) Dans l'*Affaire linguistique belge*, la Cour a, en effet, énoncé que « l'article 14 est (...) violé lorsqu'il est *clairement* établi qu'il n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité (...) » (§ 10, p. 34. Nous soulignons).

(146) J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, p. 775 ; voy. aussi P. MARTENS, « L'irrésistible ascension du principe de proportionnalité », in *Présence du droit public...*, *op. cit.*, pp. 49 et s., spéc. 57-58 ; X. DELGRANGE et J.-P. KEPENNE, *op. cit.*, *loc. cit.* E. COLLA, « Le principe de proportionnalité en droit constitutionnel belge », in *Le principe de proportionnalité en droit belge et en droit français*, Liège, Editions du Jeune Barreau, 1995, p. 99. L'analyse de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage indique qu'en trois ans (de 1993 à 1995 inclus), une vingtaine d'arrêtés seulement ont vérifié la proportionnalité « manifeste » des dispositions attaquées.

(147) Voy. J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, pp. 784-785. Voy. par exemple C.A., arrêts n°s 13/91 du 28 mai 1991, *Rec. C.A.*, 1991, p. 119 (« L'article 107ter de la Constitution ne confère pas à la Cour d'arbitrage un pouvoir d'appréciation et de décision qui serait comparable à celui des assemblées législatives. Il n'appartient pas à la Cour de substituer son appréciation à celle du législateur compétent ... »)(point 6.B.5.2.) ; 9/93 du 11 février 1993, *Rec. C.A.*, 1993, p. 93, point B.5.2 ; 34/93 du 6 mai 1993, *Rec. C.A.*, 1993, p. 359, point B.4. ; 3/95 à 5/95, 2 février 1995, *Rec. C.A.*, 1995, p. 27.

proportionnalité l'amène à effectuer un contrôle extrêmement rigoureux de la norme attaquée.

57. — Le contrôle de la proportionnalité des mesures législatives postule la hiérarchisation de l'objectif recherché par le législateur et des principes et des valeurs auxquels cet objectif porte atteinte. Dans un premier temps, le juge constitutionnel a refusé de définir les critères qui lui permettaient d'évaluer la proportionnalité (148). Dans un second temps, la Cour d'arbitrage s'est voulue plus précise. Elle indique que les mesures législatives doivent s'apprécier en tenant compte de la « nature des principes en cause ». En d'autres termes, la Cour d'arbitrage doit mettre en balance, d'un côté, l'objectif poursuivi et, d'un autre côté, « l'importance du droit ou de la liberté restreints, voire niés par la mesure, et l'ampleur de l'atteinte à ce droit ou cette liberté » (149).

Dans la jurisprudence de la Cour d'arbitrage, il apparaît que « le contrôle de proportionnalité doit être particulièrement rigoureux lorsqu'il est porté atteinte à un droit fondamental » (150). On a même pu considérer, à l'analyse de certains arrêts de la Cour, que le simple fait d'établir une différence de traitement à propos d'un droit ou d'une liberté fondamentale entraîne nécessairement une méconnaissance du principe de proportionnalité — et justifie, en conséquence, une invalidation de la norme entreprise, par le juge constitutionnel (151).

58. — Force est de constater, cependant, que la Cour d'arbitrage ne se montre pas enthousiaste à mener un contrôle strict ou rigoureux des différences de traitement établies à l'encontre de l'étranger.

Dans les trois arrêts rapportés, la plupart des dispositions contestées établissaient des exceptions aux droits fondamentaux : le droit à l'aide sociale, le droit à un recours effectif, la liberté individuelle, le droit de choisir sa résidence ou encore le droit au respect de sa vie privée et familiale. Les principes en cause sont fondamentaux, mais cela n'empêche pas la Cour d'accepter qu'ils fassent l'objet d'une limitation importante : la Cour d'arbitrage

(148) J. VELAERS, « Discriminatie in de sektor van klinische biologie : de zaak Biorim voor het Arbitragehof », *T.B.P.*, 1990, pp. 459-460.

(149) B. RENAULD, *op. cit.*, p. 355.

(150) Voy. arrêts n^{os} 74/92 du 18 novembre 1992, *Rec. C.A.*, 1992, p. 795, considérant B.3.6. ; 5/94 du 20 janvier 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 103, considérant B.4. ; n^o 22/94 du 8 mars 1994, *Rec. C.A.*, 1994, p. 313. Voy. B. RENAULD, *op. cit.*, pp. 355-356 ; F. DELPÉRÉE et A. RAS-SON-ROLAND, « Chronique... », *A.I.J.C.*, 1994, *op. cit.*, pp. 369 et 370 ; P. MARTENS, « L'insertion des droits économiques, sociaux... », *op. cit.*, p. 16.

(151) Voy. en particulier l'arrêt n^o 18/90 du 23 mai 1990, précité, B.9.2. ; X. DELGRANGE, « Les articles 6 et 6bis de la Constitution... », *op. cit.*, p. 431 ; P. GILLIAUX, « La protection spéciale de l'égalité est-elle limitée à la seule violation des articles 6 et 6bis de la Constitution ? », *J.L.M.B.*, 1990, pp. 1303 et s., spéc. p. 1311 ; E. COLLA, *op. cit.*, pp. 93-94.

est plus laxiste dans son contrôle de la proportionnalité des mesures dérogatoires lorsque les étrangers sont visés. L'arrêt n° 61/94 le montre à suffisance (152).

59. — La Cour estime, d'abord, qu'« en prévoyant l'inscription d'office (en un lieu déterminé) et l'obligation de présentation des candidats-réfugiés (...), le législateur a pris une mesure à la fois adéquate aux objectifs qu'il poursuivait, et non disproportionnée, *n'étant visés que les étrangers séjournant en Belgique en raison de leur seule demande de reconnaissance du statut de réfugié* » (B.4.4.). A vrai dire, la Cour ne donne aucune justification de la proportionnalité de la mesure en cause ; seule l'adéquation de la mesure est validée. En effet, l'atteinte au droit de choisir librement sa résidence n'est pas mise en balance avec l'objectif du législateur. La Cour tente ainsi de justifier la proportionnalité de la différence de traitement en montrant que seule la catégorie visée fait l'objet de cette différence de traitement.

Le juge constitutionnel semble, en outre, se limiter à un *contrôle marginal* de la proportionnalité. Pour la Cour d'arbitrage, « la sanction liée au non-respect de l'obligation de présentation (...) ne saurait être considérée comme *manifestement disproportionnée* (...). » (B.4.7.) De même, la Cour considère que « le législateur peut adopter des mesures visant à contrecarrer les abus de procédure. En l'espèce, l'exclusion de la seule demande de suspension (devant le Conseil d'État, de la décision refusant de prendre une demande en considération) (...) ne peut être considérée comme *manifestement déraisonnable ou disproportionnée* » (B.5.8.3.). Comment ne pas le constater ? Le contrôle se fait prudent, alors que la nature des principes en cause exige un examen rigoureux.

Il y a plus. La privation de liberté infligée à certains candidats-réfugiés est justifiée pour la Cour d'arbitrage. En effet, « en raison des *circonstances particulières* qui l'ont inspirée, la mesure ne porte pas à la liberté d'aller et venir de ceux qui la subissent une atteinte qui serait disproportionnée » (B.7.5.). Les « circonstances particulières » en question font référence à « la multiplication des demandes qui apparaissent d'emblée comme dépourvues de tout fondement » (*Ibidem*). Pareille situation est, certes, particulière. Mais l'est-elle suffisamment pour justifier la privation de liberté ? Dès lors qu'un droit fondamental est en jeu, ne faut-il pas adopter les critères utilisés par la Cour européenne des droits de l'homme, qui exige qu'une ingérence soit justifiée par un « besoin social *impérieux* » (153) ? Ne doit-on pas considérer

(152) Dans l'arrêt 51/94, le contrôle de la proportionnalité est faussé par la définition trop large de l'objectif du législateur. Voy. *supra*, n° 53.

(153) Voy. L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 65-81 et 337-339 ; J. VELU et R. ERGEC, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 150-153.

que, « faute de circonstances *exceptionnelles* » (154), l'atteinte à un principe fondamental est disproportionnée ? A tout le moins, ne convient-il pas de mettre la liberté limitée en balance avec un « intérêt public supérieur » (155) — ce que la Cour ne fait pas en l'occurrence — ?

60. — A la vérité, la prudence de la Cour d'arbitrage est logique. Comme l'a écrit de manière pertinente le professeur Scholsem, « la notion de proportionnalité présente autant sinon plus d'affinité avec la défense des droits et libertés qu'avec le principe d'égalité » (156). Il ne s'agit plus, à proprement parler, d'une comparaison entre deux catégories de personnes mais d'une comparaison entre un objectif et un droit ou une liberté.

Or, la lecture des arrêts n^{os} 61/94 et 4/96 révèle que le juge constitutionnel admet des atteintes aux droits et libertés, en vertu de l'article 191 de la Constitution. En ce qui concerne « la protection accordée aux personnes et aux biens », elle *dissocie les principes d'égalité et de non-discrimination des autres droits et libertés* consacrés par la Constitution, qui constituent les « *principes fondamentaux consacrés par la Constitution* », et dont la Cour dit simplement d'eux que le législateur doit « y avoir égard » (157).

Dans l'esprit de la Cour, les « principes fondamentaux » seraient ainsi les valeurs à mettre en balance avec l'objectif poursuivi ; des exceptions à ces valeurs ne sont pas interdites par la Constitution, pour autant que ces exceptions soient compatibles avec le principe de non-discrimination. La Cour d'arbitrage indique d'ailleurs que l'article 191 de la Constitution pose « *en règle* que l'étranger qui se trouve sur le territoire jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens » (158). Les principes d'égalité et de non-discrimination ne peuvent, quant à eux, faire l'objet d'aucune déroga-

(154) C.A., arrêt n^o 33/93 du 22 avril 1993, cité par F. DELPÉRÉE et A. RASSON-ROLAND, « Chronique — Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1993, p. 273 ; dans le même sens, J. VELU et R. ERGEC, *La Convention...*, *op. cit.*, pp. 152-153, n^o 195.

(155) Voy. par exemple l'arrêt n^o 62/93 du 15 juillet 1993, *J.T.*, 1993, pp. 820 et s., note B. RENAULD, « Nécessité et proportionnalité des restrictions législatives aux libertés publiques ». La Cour d'arbitrage y met en balance la liberté d'expression avec la nécessité « de garantir le fonctionnement des institutions vitales pour un Etat démocratique ainsi que le droit des citoyens » (B.3.5.).

(156) J.-C. SCHOLSEM, *op. cit.*, pp. 783-784 ; voy. aussi F. DELPÉRÉE et V. BOUCQUEY-RÉMION, « Liberté, légalité et proportionnalité » in *Licéité en droit positif et référence aux valeurs, X^e journées d'études J. Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 493.

(157) La Cour ne dit pas que le législateur ne peut méconnaître ces principes. Dans le même sens, à la fin du point B.2., la Cour d'arbitrage note que le législateur doit prendre en compte la « nature des principes en cause » lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment des étrangers ; en outre, conformément à sa jurisprudence, la Cour indique que la justification de la différence de traitement doit s'apprécier en tenant compte de la nature des principes en cause » (B.3.).

(158) Arrêt n^o 61/94, point B.2.

tion — quand bien même celle-ci serait autorisée par la Constitution elle-même.

CONCLUSION

61. — Les arrêts qu'a rendus la Cour d'arbitrage dans la matière des droits fondamentaux de l'étranger se prêtent à deux remarques finales.

La démocratie constitutionnelle est incomplète tant qu'une autorité publique ne fait l'objet d'aucune limitation ou échappe à tout contrôle. En matière de droits fondamentaux de l'étranger, la jurisprudence de la Cour d'arbitrage que l'on a examinée pose, à cet égard, les limites du pouvoir discrétionnaire attribué par la Constitution au législateur. L'efficacité du contrôle juridictionnel des actes législatifs s'en trouve renforcée.

La Cour d'arbitrage est devenue, au fil des années, l'interprète privilégié de la Constitution. A plus d'une occasion, le juge constitutionnel s'est montré particulièrement audacieux, spécialement dans le contentieux des droits et libertés — en insérant, dans son champ de contrôle, l'ensemble des droits fondamentaux reconnus aux Belges. Les arrêts rendus par la Cour en matière de droits fondamentaux des étrangers sont un exemple frappant de cette audace : ils consacrent l'interdiction des discriminations au détriment de l'étranger, en dépit du texte — dépassé — de l'article 191 de la Constitution.

La Cour d'arbitrage affirme ainsi, au fil de ses arrêts, sa vocation à se muer en un juge protecteur des droits fondamentaux — même si cette mutation se fait au prix de certaines « contradictions » avec la Constitution (159)...

(159) Selon l'expression de F. LUCHAIRE, « Constitutions et contradictions », *R.B.D.C.*, 1995, pp. 263 et s.