

XIV.

LES DROITS CONSTITUTIONNELS DES ÉTRANGERS

PAR

MATTHIEU LYS

ASSISTANT À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN
AVOCAT AU BARREAU DE BRUXELLES

Ainsi que le rappelle à juste titre Dirk Vanheule (1), la lecture rapide des différents titres de la Constitution belge peut, à première vue, donner l'impression que la Constitution ne se soucie que des citoyens belges. Le Titre II de la Constitution ne s'intitule-t-il pas «Des Belges et de leurs droits»?

Cette impression est cependant trompeuse. Les Belges ne sont pas les seuls à bénéficier de la protection offerte par la Constitution : les étrangers, eux aussi, ont des droits constitutionnels. L'article 191 de la Constitution, fort éloigné, il est vrai, des dispositions du Titre II relatives aux droits fondamentaux (2), précise que tout étranger se trouvant sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi.

Cet article de la Constitution pose donc comme principe constitutionnel l'égalité entre les Belges et les étrangers en ce qui concerne la protection accordée aux personnes et aux biens. Seule la loi peut y apporter des exceptions.

L'on s'attachera tout d'abord à définir la portée exacte et actuelle de l'article 191 de la Constitution, en s'appuyant sur la jurisprudence constitutionnelle (I). En s'attachant à délimiter le champ d'application matériel de cet article (I.A) et en analysant l'évolution de l'interprétation de ses limitations (I.B), on verra, en fin de compte, que l'article 191 de la Constitution est une application particulière du principe d'égalité et de non-discrimination, garanti aux articles 10 et 11 de la Constitution.

(1) D. VANHEULE, «De positie van de vreemdeling in de Grondwet», in B. PEETERS et J. VELAERS (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief – Liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Intersentia, 2007, p. 483.

(2) D. RENDERS, «L'extension des compétences de la Cour d'arbitrage au statut constitutionnel de l'étranger», *R.B.D.C.*, 2000, p. 196.

Dans une seconde partie (II), il s'agira de pointer du doigt les nombreuses difficultés qui subsistent dans l'application et l'interprétation de l'article 191 de la Constitution, et qui ne pourront qu'en partie être résolues – disons-le sans ambages – par une révision de la Constitution.

I. – LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE L'ÉGALITÉ ENTRE BELGES ET ÉTRANGERS

L'article 191 de la Constitution dispose que les étrangers jouissent de la même protection accordée aux personnes et aux biens dont bénéficient les Belges, à la double condition qu'ils se trouvent sur le territoire de la Belgique et que la loi n'ait pas établi d'exception à cette égalité de protection.

Il est très frappant de constater que, depuis son insertion dans la Constitution «pour conserver à la Belgique son antique renom de terre hospitalière» (3), cet article n'a jamais été modifié, malgré les profondes évolutions de l'immigration depuis plus de 175 ans.

Depuis l'origine, donc, cet article «pose un principe d'assimilation» (4) des étrangers aux nationaux. L'article 191 de la Constitution établit bien «un principe – l'assimilation constitutionnelle – et une *exception* – le pouvoir de dérogation» (5). En adoptant l'article 191 de la Constitution, en effet, le Congrès national souhaitait protéger les droits des étrangers tout comme les droits des Belges, tout en se réservant la possibilité d'établir des exceptions ponctuelles dans un but de protection de l'ordre public (6).

Il s'agira d'abord de bien cerner le contenu matériel des droits visés par ce principe (I.A). Il faudra ensuite s'attacher à l'analyse des limitations posées par l'article 191 de la Constitution à l'égalité reconnue entre Belges et étrangers, en ayant recours à la jurisprudence constitutionnelle (I.B).

I.A. – *L'étendue de l'assimilation constitutionnelle*

Le principe d'égalité entre les Belges et les étrangers ne vaut que pour la protection accordée aux personnes et aux biens. Qu'est-ce à dire? Pour quels droits et libertés vaut cette assimilation? S'agit-il uniquement des

(3) T. JUSTE, *Le Congrès National de Belgique 1830-1831*, Bruxelles, Librairie européenne Muquardt, 1880, I, p. 417 (cité par D. VANHEULE, *op. cit.*, p. 483).

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

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

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

droits reconnus par le Titre II de la Constitution? L'assimilation est-elle plus large?

La doctrine a déjà eu, à de nombreuses reprises, l'occasion de se pencher sur la question (7). Il s'agit ici de faire la synthèse des enseignements doctrinaux et jurisprudentiels en la matière.

L'on distingue, à cette fin, le champ d'application *ratione materiae* (I.A.1) et *ratione personae* (I.A.2) de l'article 191 de la Constitution.

I.A.1. Champ d'application ratione materiae de l'article 191 de la Constitution

I.A.1.1. Les droits politiques

I.A.1.1.1. Le droit de vote et d'éligibilité

À l'origine, il n'était pas question, dans l'article 191 de la Constitution, de consacrer au bénéfice des étrangers présents sur le territoire de la Belgique, la reconnaissance de droits politiques (8). La Constitution, dans l'ancienne version de ses articles 8 et 10, se basait sur l'idée que c'est la possession de la nationalité belge qui confère l'exercice du droit de vote, du droit d'éligibilité, et du droit d'être élu à des emplois publics. En d'autres termes, c'était la nationalité belge, et uniquement elle, qui conférait à une personne la qualité de «citoyen».

Cette notion de citoyenneté, éminemment liée à la possession de la nationalité, était fort restrictive. Si, aujourd'hui, le principe de base reste celui du lien entre nationalité belge et citoyenneté, il n'en demeure pas moins que d'importantes modifications constitutionnelles ont étendu le droit de vote et d'éligibilité, dans des mesures diverses, à des non-nationaux.

Tout d'abord, l'article 8, alinéa 3, de la Constitution, octroie aujourd'hui à la loi le pouvoir d'organiser le droit de vote des citoyens de l'Union européenne, conformément aux engagements internationaux de la Belgique. L'ancien article 17 du Traité instituant la Communauté européenne (aujourd'hui l'article 20 du TFUE), en effet, garantit à tout ressortissant de l'Union européenne résidant sur le territoire d'un autre Etat membre que le sien, le droit de vote et d'éligibilité aux élections communales et aux élections des membres du Parlement européens, et ce dans les mêmes condi-

(7) Voy., entre autres, D. VANHEULE, *op. cit.*, pp. 495 et s.; P. BOUCQUEY, *op. cit.*, pp. 291 et s.; D. RENDERS, *op. cit.*, pp. 195-197.

(8) Sur cette question, voy. F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, P.U.F., coll. Que sais-je?, 1995.

tions que les ressortissants de l'Etat membre dans lequel il se trouve (9). C'est aujourd'hui acquis en Belgique (10).

Ensuite, un alinéa 4 a été inséré à l'article 8 de la Constitution, disposant que le droit de vote peut être étendu aux étrangers non-ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne, mais résidant en Belgique, aux conditions prévues par une loi. En 2004, le législateur a adopté une loi conférant aux étrangers non-ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne le droit de vote aux élections communales, à condition, entre autres, d'en faire la demande écrite et de pouvoir faire valoir, au moment de l'introduction de la demande, cinq années ininterrompues de résidence principale en Belgique couvertes par un séjour légal (11). Il faut remarquer que, contrairement à la situation prévalant pour les ressortissants européens, seul le droit de vote a été octroyé aux étrangers non européens en séjour légal depuis au moins cinq ans, et non le droit d'éligibilité.

Sous réserve des deux extensions du droit de vote et/ou d'éligibilité aux non-nationaux qui viennent d'être mentionnées, l'on doit tout de même constater qu'aujourd'hui, la notion de citoyenneté reste fortement liée, en Belgique, à celle de nationalité. On ne peut que rejoindre Dirk Vanheule (12) lorsqu'il constate que, l'article 8, alinéas 1^{er} et 9, de la Constitution confiant au législateur fédéral le soin d'élaborer les conditions d'acquisition de la qualité de Belge, il manque une vision constitutionnelle générale de ce signifie la notion de citoyenneté.

Comment, en effet, justifier que les étrangers non ressortissants d'un Etat membre de l'Union européenne ne se voient pas accorder le droit d'éligibilité aux élections communales? Pourquoi ne pas accorder le droit de vote aux élections législatives aux étrangers non européens, disposant d'un séjour légal en Belgique? Pour reprendre les termes de Dirk Vanheule, «is het nog zinnig om kiesrecht voor te behouden aan Belgen, wanneer de nationaliteitsweggeving zelfs geen coherente criteria aanreikt om een voldoende graad van inburgering die vereist is voor de uitoefening van de politieke rechten als burger in een democratische samenleving te meten» (13)?

(9) Voy. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2000, pp. 149-150.

(10) Les modifications législatives qui ont permis à la Belgique de se mettre en conformité avec ses engagements internationaux sont au nombre de deux : voy. la loi du 11 avril 2004 modifiant la loi du 23 mars 1989 relative à l'élection du Parlement européen (*Mon. b.*, 16 avril 2004) et la loi du 27 janvier 1999 modifiant la loi du 19 octobre 1921 organique des élections provinciales, la Nouvelle loi communale et la loi électorale communale, et portant exécution de la directive du Conseil de l'Union européenne n° 94/80/CE du 19 décembre 1994 (*Mon. b.*, 30 janvier 1999).

(11) Loi électorale communale du 4 août 1932, art. 1^{ter}. Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de M. VERDUSSEN sur les droits électoraux.

(12) Voy. D. VANHEULE, *op. cit.*, pp. 485 et s.

(13) *Ibid.*, p. 489.

Depuis les modifications législatives ayant étendu le droit de vote aux étrangers non européens, on sent bien que la notion de nationalité ne peut pas être tenue pour équivalente à celle de citoyenneté. En imposant comme condition la résidence légale de plus de cinq ans dans le Royaume, la loi précitée du 19 mars 2004 ne pose-t-elle pas comme principe que la citoyenneté résulte plutôt d'une intégration réussie dans notre société? Mais n'est-il pas trop difficile, voire dangereux, de déterminer les critères d'une intégration réussie? Ces questions sont délicates. Elles touchent, sans doute, aux fondements des relations entre les personnes vivant sur le territoire d'un Etat entre elles, et aux fondements de leurs relations avec leurs autorités. Mais elles méritent d'être posées.

I.A.1.1.2. *Le droit d'accès aux emplois publics*

L'article 10, alinéa 2, de la Constitution réserve aux seuls Belges le droit d'accès aux «emplois civils et militaires». Le pouvoir constituant souhaitait, en effet, que seuls les nationaux puissent avoir accès à des fonctions, qui «supposent une délégation plus ou moins importante de la puissance publique» (14).

Sous l'impulsion du droit communautaire, cette condition de nationalité est aujourd'hui dépassée. En effet, il apparaît que, dans sa formulation actuelle, l'article 10, alinéa 2, de la Constitution ne se concilie pas avec l'article 39, 4 du Traité instituant la Communauté européenne, tel qu'interprété par la Cour de Justice des Communautés Européennes (15) (aujourd'hui l'article 45 du TFUE). En effet, dans son arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique* du 17 décembre 1980, la Cour de Justice a eu l'occasion d'affirmer que seul peut être réservé à un Belge «l'emploi qui comporte une participation directe ou indirecte à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions qui ont pour objet la sauvegarde des intérêts généraux de l'Etat et des autres collectivités publiques» (16). Cette affirmation entraîne comme conséquence que les emplois qui ne comportent pas de participation à l'exercice de la puissance publique ne peuvent être réservés aux seuls Belges, même s'ils sont liés, d'une manière ou d'une autre, à l'Etat ou à une autre autorité publique.

Cette jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes est largement reçue en droit belge. Le Conseil d'Etat, dans son célèbre arrêt *Orfinger* du 5 novembre 1996, a confirmé que l'article 39 du Traité instituant la Communauté européenne primait sur l'alinéa 2 de l'article 10 de

(14) J.-J. THONISSEN, *La Constitution belge annotée*, Bruxelles, Bruylant, 1879, p. 21. Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de P. NIHOUL sur l'accès aux emplois publics.

(15) Sur ce point, voy. F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., pp. 160-162. Voy. aussi D. VANHEULE, op. cit., pp. 492-494.

(16) C.J.U.E., arrêt *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique*, aff. 149/79, du 17 décembre 1980, *Recueil*, p. 3881.

la Constitution (17). Aujourd'hui, la condition de nationalité a été supprimée en ce qui concerne les fonctionnaires des administrations communales et régionales qui n'ont aucun lien avec l'exercice de la puissance publique (18). On le voit, le droit vivant diffère du texte de la Constitution quant à cette condition de nationalité pour l'accès aux emplois publics. Une réécriture du texte constitutionnel serait, à cet égard, éminemment souhaitable.

I.A.1.2. *Les autres droits*

Il est certain que l'article 191 de la Constitution consacre le principe de l'assimilation de l'étranger au Belge pour la reconnaissance de tous les droits fondamentaux contenus dans le Titre II de la Constitution. Le fait que certaines dispositions du Titre II de la Constitution fassent expressément référence aux Belges, tels les articles 26 et 27 de la Constitution consacrant les droits de réunion et d'association, ne signifie en aucun cas que de tels droits ne seraient pas reconnus aux non-nationaux (19). Tant les libertés-franchises que les droits dits économiques, sociaux et culturels inscrits dans la Constitution rentrent dès lors dans le champ d'application de l'article 191 de la Constitution. Ceci revient dès lors à la fois à dire que ces droits sont, en principe, garantis à l'étranger au même titre qu'au Belge, mais également que la loi peut établir des exceptions à la reconnaissance de ces droits au détriment des étrangers.

L'attention de la doctrine a également été attirée par la question de savoir ce qu'il en est des autres droits, ceux qui ne sont pas considérés comme fondamentaux ou ceux qui ne sont pas contenus dans le Titre II de la Constitution. Rentrent-ils également dans le champ d'application de l'article 191 de la Constitution ? Dans la mesure où, comme le rappelle Dirk Vanheule (20), il est établi que l'article 191 de la Constitution accorde aux non-nationaux la protection des articles 10 et 11 de la Constitution, garantissant les principes d'égalité et de non-discrimination, il faut conclure que les étrangers peuvent prétendre à l'égalité dans la jouissance de tous les droits, même ceux qui ne sont pas considérés comme fondamentaux ou qui ne se retrouvent pas textuellement dans le Titre II de la Constitution.

I.A.2. *Champ d'application ratione personae de l'article 191 de la Constitution*

À la lecture du texte constitutionnel, il apparaît que l'article 191 ne peut être invoqué que lorsque la différence de traitement envisagée est établie

(17) C.E., arrêt *Orfinger*, n° 62.922, du 5 novembre 1996, *J.T.*, 1997, pp. 254 et s., note R. ERGEC.

(18) Voy. arrêté royal du 2 octobre 1937 portant le statut des agents de l'Etat, art. 16, al. 1^{er}, 1°.

(19) P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 292.

(20) D. VANHEULE, *op. cit.*, p. 496.

entre «Belges» et «non-Belges». Dans toutes les autres hypothèses, ce seront les articles 10 et 11 de la Constitution qui devront être invoqués. Y compris lorsqu'on se trouve en présence d'une différence de traitement contestée entre étrangers eux-mêmes.

Cette analyse trouve confirmation dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle. En effet, ayant toujours accepté que les étrangers puissent introduire un recours basé sur la violation des articles 10 et 11 de la Constitution (21), elle a déjà eu l'occasion de juger que les différences de traitement entre étrangers eux-mêmes, quel que soit leur statut de séjour, ne rentraient pas dans le champ de l'article 191 de la Constitution. Lorsqu'une telle différence de traitement est invoquée, il faut, selon la Cour, avoir recours aux articles 10 et 11 de la Constitution (22). Dans un même ordre d'idées, la Cour constitutionnelle a encore jugé récemment que, lorsqu'une disposition dont on invoque le caractère discriminatoire s'applique indistinctement aux Belges et aux étrangers, l'article 191 ne s'appliquait pas (23).

I.B. – *Les limitations*

Le principe de l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au national, s'il est bien posé par l'article 191 de la Constitution, est cependant assorti de deux importantes limitations : premièrement, la Constitution octroie au législateur un pouvoir de dérogation (I.B.1); deuxièmement, ce principe ne vaut que pour les étrangers «se trouvant sur le territoire de la Belgique» (I.B.2).

I.B.1. *Le pouvoir de dérogation octroyé au législateur*

I.B.1.1. *A l'origine : un pouvoir discrétionnaire*

Malgré l'assimilation des étrangers aux nationaux, l'article 191 de la Constitution permet à la loi d'établir des exceptions à l'égalité de principe entre Belges et étrangers.

Dès l'origine, il était cependant bien clair que l'article 191 de la Constitution posait un principe, celui de l'assimilation de l'étranger au national,

(21) C.C., arrêt n° 25/90, du 5 juillet 1990.

(22) Voy. notamment, à ce sujet, l'arrêt n° 20/93 de la Cour constitutionnelle (C.C., arrêt n° 20/93, du 4 mars 1993) concernant une différence de traitement alléguée entre candidats réfugiés, ainsi que l'arrêt n° 77/97 de la Cour (C.C., arrêt n° 77/97, du 17 décembre 1997) concernant une différence de traitement alléguée entre les demandeurs d'asile et les étrangers établis en Belgique. Dans ces deux affaires, la Cour a refusé d'appliquer l'article 191 de la Constitution pour analyser les différences de traitement soumises à son appréciation, mais elle a bel et bien fait application des articles 10 et 11 de la Constitution.

(23) C.C., arrêt n° 1/2009, du 8 janvier 2009, B.7.

qui ne pouvait pas être totalement vidé de sa substance par les exceptions qui pourraient être établies par le législateur (24).

Malgré tout, cette limitation constitutionnelle fut d'abord interprétée comme conférant un blanc sein au législateur dans l'établissement de ces exceptions. En d'autres termes, «quelle que soit la différence de traitement [entre Belges et étrangers]», la Cour constitutionnelle était «sans pouvoir pour la contrôler au regard des principes d'égalité et de non-discrimination» contenus dans les articles 10 et 11 de la Constitution (25). Le législateur avait donc un pouvoir absolu en la matière, pouvoir qui n'était subordonné à aucun contrôle. La Cour constitutionnelle ne disait pas autre chose en affirmant, dans un arrêt du 29 juin 1994, que «[l]es étrangers peuvent donc 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» (26). En d'autres termes encore, la simple constatation de l'existence d'une loi établissant une différence de traitement entre Belges et non-Belges suffisait à exonérer celle-ci du respect du principe d'égalité et de non-discrimination.

Cette analyse procédait d'une lecture étroite de l'article 191 de la Constitution. L'idée était la suivante : il ne serait pas logique que le législateur, en établissant des exceptions au principe constitutionnel de l'assimilation de l'étranger au national, doive respecter les principes d'égalité et de non-discrimination, à partir du moment où les articles 10 et 11 de la Constitution sont précisément visés par cette assimilation constitutionnelle (27).

I.B.1.2. *Aujourd'hui : un pouvoir encadré*

Malgré toutes les justifications qui pouvaient lui être données, l'octroi d'un pouvoir absolu au législateur dans l'établissement d'exceptions à la reconnaissance de droits fondamentaux aux étrangers, se heurtait frontalement avec les exigences du droit international auxquelles la Belgique était soumise. Comme le rappelait Jacques Velu, le droit belge instituait 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» (28). Or, de nombreux textes

(24) Voy., en ce sens, F. DELPÉRÉE, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, op. cit., pp. 139 et s.

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

(26) C.C., arrêt n° 51/94, du 29 juin 1994, B.3.

(27) Voy., *supra*, point I.A.2.

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

internationaux conventionnels interdisent expressément toute différence de traitement constitutive d'une discrimination entre Belges et étrangers.

Tout d'abord, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit, dans son article 1^{er}, que les Etats parties à la Convention sont tenus d'assurer les droits et libertés y figurant au bénéfice de «toute personne». L'article 14 de cette même Convention interdit toute discrimination dans la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention, et «subordonne aux conditions de légitimité et de proportionnalité les distinctions de traitement réalisées entre nationaux et étrangers dans la jouissance des droits conventionnellement garantis» (29). L'on sait également que la jurisprudence strasbourgeoise ne laisse qu'une marge d'appréciation très étroite aux Etats lorsqu'ils établissent une différence de traitement basée sur le critère – suspect aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme – de la nationalité : «seules des considérations très fortes peuvent amener la Cour à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité» (30). Il résulte de la brève analyse des exigences strasbourgeoises qu'une distinction de traitement entre Belges et étrangers, dans la reconnaissance des droits constitutionnels analogues aux droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme, ne saurait relever exclusivement d'un quelconque pouvoir totalement discrétionnaire du législateur.

Ensuite, il faut avoir égard au Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui, dans son article 26, prohibe l'existence de discriminations entre nationaux et étrangers dans la reconnaissance de n'importe quel droit reconnu par le droit national de l'Etat contractant. Contrairement à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques consacre un principe d'égalité et de non-discrimination autonome, c'est-à-dire qu'il ne vaut pas uniquement pour les droits reconnus par ce Pacte.

En outre, l'article 2 (2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels précise que les Etats parties garantissent sans discrimination fondée, entre autres, sur la nationalité, la jouissance des droits qui y sont reconnus.

Même si la Belgique avait fait une déclaration interprétative restrictive de cet article 2 (2) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, en arguant que l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité n'entraînait pas nécessairement, pour les Etats parties, l'obligation de conférer aux étrangers les mêmes droits sociaux que

(29) S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 191 de la Constitution», *op. cit.*, p. 306.

(30) Cour eur. D.H., arrêt *Gaygusuz c. Autriche*, du 16 septembre 1996, §42. Cette jurisprudence de la Cour fut confirmée par la suite, entre autres dans son arrêt *Koua Poirrez c. France*, du 30 septembre 2003, §46.

ceux octroyés aux nationaux, l'on sent bien, à l'instar de Eva Brems, que le droit international des droits de l'homme est marqué par une tendance forte et claire conduisant à accepter de moins en moins toute différence de traitement qui serait fondée sur le critère de la nationalité (31).

Aujourd'hui, la Cour constitutionnelle s'est totalement écartée de sa jurisprudence ancienne. Depuis son important arrêt du 14 juillet 1994 (32), elle refuse de limiter son contrôle au simple constat d'utilisation, par le législateur, de sa possibilité de dérogation.

Comme le dit très justement Bernadette Renauld, la Cour constitutionnelle utilise aujourd'hui l'article 191 de la Constitution «non plus dans son aspect 'autorisation de différencier' par la partie défendant la différence de traitement, mais bien dans son aspect 'garantie d'égalité' par la partie qui en poursuit l'annulation ou l'invalidation» (33). En effet, la Cour affirme aujourd'hui de manière constante que, si l'article 191 de la Constitution confie bien un pouvoir de dérogation au législateur au détriment des étrangers, il n'en demeure pas moins que cet article «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 façon de l'article 191 que le législateur puisse, lorsqu'il établit une différence de traitement au détriment d'étrangers, ne pas veiller à ce que cette différence ne soit pas discriminatoire, quelle que soit la nature des principes en cause» (34). En d'autres termes, lorsque la Cour constitutionnelle est saisie d'un recours introduit contre une loi établissant des distinctions de traitement entre Belges et étrangers, elle vérifiera si cette loi est conforme aux règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination. C'est pourquoi la Cour rappelle, dans son arrêt précité du 14 juillet 1994, que «[l]es règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination n'excluent pas qu'une différence de traitement soit établie entre des catégories de personnes, pour autant qu'elle repose sur un critère objectif et qu'elle soit raisonnablement justifiée. L'existence d'une telle justification doit s'apprécier en tenant compte du but et des effets de la mesure considérée ainsi que de la nature des principes en cause; le principe d'égalité est violé lorsqu'il est établi qu'il

(31) Pour une analyse plus fouillée de cette affirmation, voy. E. BREMS, «Inclusie, burgerschap en de Grondwet: over Belgen, vreemdelingen en vreemde Belgen. Een blik vanuit de mensenrechten», in F. JUDO et G. GEUDENS (ed.), *Burgerschap, inburgering, migratie* (Staatsrecht-conferentie 2006 Vlaamse Juristenvereniging), Bruxelles, Larcier, 2007, pp. 16 et s.

(32) C.C., arrêt n° 61/94, du 14 juillet 1994.

(33) B. RENAULD, «La Cour d'arbitrage et les droits fondamentaux de l'étranger», in *La Cour d'arbitrage vingt ans après - Analyse des dernières réformes*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 124.

(34) C.C., arrêt n° 61/94, du 14 juillet 1994, B.2.

n'existe pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé» (35).

Aujourd'hui, donc, la faculté du législateur d'établir des exceptions à l'assimilation constitutionnelle entre l'étranger et le national échappe à l'arbitraire. Les lois qu'il adopte en la matière doivent donc passer au crible du contrôle du respect des principes d'égalité et de non discrimination, dont les étapes ont été brillamment rappelées dans une autre contribution du présent ouvrage (36).

Pascal Boucquey voit dans cette jurisprudence de la Cour une tentative d'établir une hiérarchie parmi les normes constitutionnelles : la Cour admettrait que le législateur puisse « déroger aux droits et libertés des étrangers, hormis cependant le principe d'égalité qui ne peut, lui, souffrir d'aucune exception ». L'égalité apparaîtrait « comme un droit transcendant que la loi ne peut méconnaître, même lorsqu'elle y est habilitée par la Constitution » (37).

Nous pensons que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle prend plutôt acte du fait que le principe d'égalité et de non discrimination n'est pas un droit fondamental comme les autres. Comme le rappellent à bon escient Sébastien van Drooghenbroeck et Bernadette Renault dans une autre contribution du présent ouvrage, « il ne s'agit pas d'un droit politique, ni d'un droit civil, il ne s'agit pas non plus d'un droit économique, social ou culturel, ni d'un droit catégoriel » (38). Il s'agit d'un principe qui se lie aux autres droits fondamentaux, droits qu'il convient de reconnaître à tous sans discrimination. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, à notre estime, confirme que l'article 191 de la Constitution constitue une application particulière du principe d'égalité et de non-discrimination (39).

I.B.2. *La présence sur le territoire de la Belgique*

L'article 191 de la Constitution conditionne la protection qu'il offre aux étrangers à leur « présence » sur le territoire de la Belgique.

(35) *Ibid.*, B.3.

(36) Voy., en effet, dans le présent ouvrage, la contribution de B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK.

(37) P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 313.

(38) Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK. Voy. aussi F. BENOÎT-RHOMER, « L'égalité dans la typologie des droits », in E. BRIBOSIA et L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 135-152.

(39) Voy., en ce sens, B. RENAULD, *op. cit.*, p. 120, qui, par rapport au contrôle effectué par la Cour constitutionnelle au regard de l'article 191 de la Constitution, affirme qu'il « ne s'agit pas d'une combinaison des principes d'égalité et de non-discrimination avec une liberté qui en serait différente, mais d'une répétition, d'une précision de ces principes, appliqués à l'hypothèse particulière d'une différence de traitement fondée sur la nationalité ».

Il s'agit d'une condition factuelle, que la Cour constitutionnelle analyse de manière assez souple. Dans une affaire ayant trait à la législation régissant le droit au séjour des étrangers, l'Etat belge avait argumenté, devant la Cour constitutionnelle, que la condition prescrite par l'article 191 de se trouver sur le territoire de la Belgique signifiait que l'étranger qui invoquait la violation de cet article devait bénéficier d'un titre de séjour légal en Belgique. La Cour considère que la présence factuelle, même illégale, sur le territoire de la Belgique suffit à autoriser un étranger à se réclamer de la protection offerte par l'article 191 de la Constitution (40).

Nous verrons dans la deuxième partie de cette contribution que cette condition de présence sur le territoire est problématique au regard du droit international et européen des droits de l'homme, qui impose aux Etats de protéger les droits fondamentaux non pas des seules personnes se trouvant sur leur territoire, mais bien de toutes les personnes se trouvant sous leur «juridiction» (41).

II. – LE PRINCIPE CONSTITUTIONNEL DE L'ÉGALITÉ ENTRE BELGES ET ÉTRANGERS À L'ÉPREUVE

Nous venons de retracer, dans les grandes lignes, la manière dont les plus hautes juridictions belges analysent l'article 191 de la Constitution. Malgré les tempéraments que l'on retrouve dans le texte constitutionnel, le fil rouge de la jurisprudence en la matière est de rappeler que le principe est bien celui de l'égalité entre Belges et étrangers.

Mais, derrière l'affirmation de ce principe, se cachent encore de nombreuses difficultés.

Difficultés qui, tout d'abord, ont trait au texte même de l'article 191 de la Constitution, qui comprend de nombreuses zones d'ombre (II.A). En effet, on verra tout d'abord que, si l'on s'en tient à la théorie des matières réservées, seul le législateur fédéral serait compétent pour aménager les droits et libertés des étrangers. Les Communautés et les Régions, dont certaines législations restreignent l'égalité de principe entre Belges et étrangers, n'auraient-elles aucune compétence pour établir des différences de traitement entre Belges et étrangers (II.A.1)? Ensuite, on pointera le fait que le texte de la Constitution n'autorise une distinction de traitement entre les Belges et les étrangers qu'à la condition qu'elle soit établie par une loi formelle (II.A.2), ce qui n'est nullement le cas en ce qui concerne les autres distinctions de traitements soumises au régime des articles 10 et 11 de la Constitution. Enfin, l'on se demandera si la condition de présence sur

(40) Voy., par ex., C.C., arrêt n° 51/94, du 29 juin 1994.

(41) Voy., *infra*, II.A.3.

le territoire, exigée par l'article 191 de la Constitution, résiste aux exigences de protection internationale des droits de l'homme émanant, entre autres, de la Convention européenne des droits de l'homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (II.A.3).

Difficultés qui, ensuite, concernent l'application de l'article 191 de la Constitution aux étrangers en séjour illégal, aux «sans-papiers» (II.B). En Belgique, c'est, en pratique, la possession d'un titre de séjour qui conditionne la reconnaissance, au bénéfice des étrangers, d'un grand nombre de droits. Or, le droit au séjour est une matière qui relève de la compétence du législateur fédéral qui, à ce niveau, jouit d'une grande latitude, confirmée par la Cour constitutionnelle dans sa jurisprudence. On verra en effet que, dans cette matière, la Cour définit souvent de manière très large l'objectif poursuivi par le législateur, ce qui n'est pas sans conséquences sur le contrôle de proportionnalité qu'elle exerce lorsque sont attaquées devant elles certaines dispositions de la législation relative au séjour des étrangers. Sans surprise, c'est dans les domaines les plus sensibles que l'on constate que les différences de traitement entre Belges et étrangers en séjour illégal sont les plus importantes, qu'il s'agisse du droit au respect de la vie familiale des étrangers, du droit de l'aide sociale, ou de la problématique des détentions administratives des illégaux dans des centres fermés.

II.A. – *Les zones d'ombre du texte constitutionnel*

II.A.1. *L'article 191 de la Constitution, une règle de répartition des compétences?*

On l'a vu, l'article 191 de la Constitution précise que seule la «loi» peut établir des exceptions à l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au Belge. Dans l'esprit du constituant, en 1831, cette réserve de compétence au législateur avait pour but d'empêcher toute ingérence du pouvoir exécutif dans l'établissement des exceptions au principe constitutionnel de l'assimilation de l'étranger au Belge.

Mais, lorsque la Belgique, dans les années 1970-1980, s'est transformée en un Etat fédéral, le nombre de législateurs s'est multiplié, les différentes collectivités fédérées étant désormais investies du pouvoir d'édicter des normes de valeur législative dans les domaines relevant de leurs compétences.

Or, toutes les anciennes dispositions constitutionnelles contenant le terme «loi» n'ont pas été réécrites. On voit tout de suite quel problème a alors surgi : lorsque la Constitution emploie le terme «loi», s'agit-il d'affirmer l'intervention du législateur à l'exclusion de celle du pouvoir exécutif, ou s'agit-il d'affirmer l'intervention du législateur fédéral à l'exclusion des législateurs communautaires ou régionaux ?

La réponse à cette question reste aujourd'hui extrêmement difficile à cerner.

Selon la théorie des matières réservées dans sa version actuelle (42) telle qu'elle résulte de la jurisprudence constitutionnelle la plus récente (43), les Communautés et les Régions ne peuvent intervenir dans une matière réservée par la Constitution à la «loi» avant 1970 que dans la mesure où elles y ont été *expressément et précisément* habilitées par une disposition d'une loi spéciale de réformes institutionnelles.

Appliquée à l'article 191 de la Constitution, qui n'a plus été modifié depuis 1831, cette théorie constitutionnelle nous conduit à penser qu'il «appartiendrait au seul législateur fédéral d'aménager les droits et libertés des étrangers», les Communautés et les Régions, «faute d'y avoir été habilitées par une disposition expresse et précise», ne pouvant «intervenir en la matière, si ce n'est par le biais étroit de leurs pouvoirs implicites (Loi spéciale du 8 août 1980, art. 10)» (44).

Cette conclusion peut paraître surprenante. Pourquoi la réglementation des droits et libertés des étrangers serait-elle organisée différemment que celle des droits et libertés des Belges ?

En pratique, force est de constater que les hautes juridictions du pays semblent avoir écarté toute dimension répartitrice de compétence du terme «loi» contenu dans l'article 191 de la Constitution.

(42) Pour un historique complet des débats jurisprudentiels et doctrinaux sur cette question, ainsi que sur la révision de l'article 19, §1^{er}, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, voy. M. UYTENDAELE, *Précis de droit constitutionnel belge – Regards sur un système institutionnel paradoxal*, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 956-965. Voy. aussi W. PAS, «De door de Grondwet aan de 'wet' voorbehouden aangelengheden, vroeger en nu», in A. ALLEN (ed.), *De vijfde staatsherforming van 2001*, Brugge, die Keure, 2002, pp. 25-63.

(43) Voy. C.C., arrêt n° 35/2003, du 25 mars 2003, en particulier B.12.6 : «Le contenu de l'article 162, alinéa 1^{er}, de la Constitution (l'ancien article 108, alinéa 1^{er}, de la Constitution) est demeuré inchangé depuis 1831, bien que la rédaction de cet article ait été adaptée lors de la modification constitutionnelle du 20 juillet 1970. L'utilisation des termes 'par la loi' (dans la rédaction originaire 'par des lois') dans cette disposition ne permet pas de déduire que le Constituant ait voulu ainsi réserver une matière au législateur fédéral puisque ce n'est que par la modification constitutionnelle du 24 décembre 1970 qu'il a procédé à la création des communautés et des régions, qu'il a, à cette date, attribué aux communautés une compétence de nature législative et a, ultérieurement – lors de la modification constitutionnelle du 17 juillet 1980 apportée à l'article 134 (l'ancien article 26bis) –, créé la possibilité explicite pour les régions d'exercer une telle compétence. En utilisant les termes 'par la loi', le Constituant a uniquement voulu exclure cette matière de la compétence du pouvoir exécutif, de sorte que le législateur spécial peut confier aux régions la compétence de régler cette matière, à condition que cette attribution soit expresse et précise. Une modification de la portée de l'article 162, alinéa 1^{er}, ne peut être déduite de ce que l'alinéa 3, inséré ultérieurement, permet que la réglementation de l'organisation et de l'exercice de la tutelle administrative soit confiée, en exécution d'une loi adoptée à la majorité spéciale, aux Conseils de communauté ou de région et de ce que l'alinéa 4 permet de manière identique de régler, par décret ou par la règle visée à l'article 134 de la Constitution, les conditions et le mode suivant lequel plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer».

(44) S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 191 de la Constitution», *op. cit.*, p. 308. Comp. P. BOUCQUEY, *op. cit.*, p. 297.

En effet, la Cour constitutionnelle n'a jamais eu de problème à admettre qu'une différence de traitement entre Belges et étrangers pouvait être établie par un législateur communautaire ou régional. A titre d'exemple, dans une affaire concernant l'exclusion, dans l'enseignement supérieur, de certains étudiants étrangers du financement par la Communauté française, la Cour s'est contentée de constater que la disposition décrétable attaquée constituait une différence de traitement entre Belges et étrangers et que, cette distinction étant faite dans un domaine touchant aux droits fondamentaux, elle méritait sa plus grande attention (45). Elle ne s'est nullement posé la question de savoir si la Communauté française était constitutionnellement compétente pour établir une distinction de traitement entre Belges et étrangers. Dans sa jurisprudence ultérieure, la Cour explique qu'une «différence de traitement qui défavorise un étranger ne peut être établie que par une norme législative» (46).

Le Conseil d'Etat suit la même tendance : des avis de la section de législation admettent que les législateurs communautaires et régionaux puissent assortir d'exceptions le principe constitutionnel de l'assimilation de l'étranger au national, et ce même en l'absence d'une habilitation expresse et précise en ce sens, et sans devoir recourir au mécanisme des compétences implicites prévu par l'article 10 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 (47).

La Cour de cassation fait de même. Elle considère que l'article 191 de la Constitution impose que les exceptions au principe de l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au national doivent être élaborées par une norme de valeur législative, ce qui exclut l'intervention du pouvoir exécutif en la matière. Ce faisant, elle analyse le mot «loi» dans l'article 191 de la Constitution comme faisant rempart à toute intervention gouvernementale dans le domaine, mais aucunement comme énonçant une règle de réserve de compétence au profit du législateur fédéral. C'est ce qu'elle entend en affirmant,

(45) C.C., arrêt n° 62/98, du 4 juin 1998. Voy. aussi l'arrêt de la Cour constitutionnelle (C.C., arrêt n° 12/2008, du 14 février 2008), traitant de violations alléguées de l'article 191 de la Constitution par un décret de la Communauté française dont les requérants arguaient que, derrière une distinction entre étudiants «résidents» et «non-résidents» se cachait une discrimination sur base de la nationalité.

(46) C.C., arrêt n° 92/2004, du 19 mai 2004, B.4.2.

(47) Voy. not. C.E., avis L. 27535/VR/3 du 26 mai 1998 sur un avant-projet de décret de la Communauté germanophone sur les médias, *T.B.P.*, 1999, pp. 148 et s. Des avis plus anciens, cependant, donnaient à penser que la section de législation du Conseil d'Etat appliquait plus strictement la théorie des matières réservées. Voy. C.E., avis n° 24814/9 du 4 mars 1996 sur un avant-projet de décret relatif à l'intégration des personnes étrangères ou d'origine étrangère, *Doc. parl.*, C.R.W., sess. ord. 1995-1996, n° 148/1; C.E., avis du 21 octobre 1987, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 1987-1988, n° 215/2 : la section de législation du Conseil d'Etat ne concevait pas, dans cet avis, que les droits fondamentaux, «qui apparaissent comme des attributs de la personne humaine, puissent, au sein d'un Etat, être tantôt reconnus, tantôt ne pas l'être».

à propos de l'article 191 de la Constitution, que le mot «loi» doit y être entendu comme visant le «pouvoir législatif» (48).

Sébastien van Drooghenbroeck considère que «ce 'gommage' pur et simple de la dimension répartitrice de compétences de l'article 191 doit sans doute être approuvé en termes de cohérence du système belge des droits et libertés» (49). Il est vrai, à cet égard, qu'une telle règle de répartition des compétences n'a pas d'équivalent en ce qui concerne l'aménagement des droits et libertés du Titre II de la Constitution, pour lesquels est organisé un «système de compétences *parallèles* entre les différents législateurs» (50). Les droits fondamentaux ne relèvent pas exclusivement d'une compétence fédérale : il appartient à chaque législateur de contribuer à leur mise en œuvre effective.

Par ailleurs, dans le même ordre d'idées, nous avons déjà eu l'occasion de souligner que l'article 191 de la Constitution constitue une application particulière du principe d'égalité et de non-discrimination, garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution. Or, «la règle de base qui gouverne la répartition des compétences dans le domaine de la mise en œuvre du principe d'égalité, est qu'il appartient à chaque législateur, dans les matières qui ressortissent de sa compétence, de garantir le respect de l'exigence de non-discrimination» (51).

Cependant, force est de constater que l'article 191 de la Constitution n'a pas été modifié pour y inclure explicitement la faculté pour le décret ou l'ordonnance d'aménager des exceptions au principe constitutionnel de l'égalité entre Belges et étrangers. Or, l'article 191 de la Constitution a été inséré, comme on l'a rappelé plus haut, pour conserver à la Belgique «son antique renom de terre hospitalière». Si la *ratio legis* de l'article 191 de la Constitution est bien de conserver le principe de l'égalité entre Belges et étrangers, ne pourrait-on pas arguer qu'il vaut effectivement mieux conser-

(48) Voy. not. Cass., 25 mars 2002, www.cass.be, concernant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la Cour du travail de Bruxelles du 7 février 2001, lui faisant grief, entre autres, de méconnaître les effets de l'habilitation légale par laquelle l'article 7, §1^{er}, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs aurait habilité le Roi à établir des exceptions à l'assimilation de l'étranger au national en ce qui concerne le droit aux allocations d'attente : «Attendu qu'aux termes de l'article 191 de la Constitution, tout étranger qui se trouve sur le territoire de la Belgique jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi; qu'au sens de cette disposition, la loi doit être comprise comme l'acte émanant du pouvoir législatif; (...) Attendu que l'arrêt ne méconnaît pas non plus l'article 7, §1^{er}, de l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (...) dès lors que ces dispositions ne dérogent pas elles-mêmes au principe énoncé par l'article 191 de la Constitution et n'habilitent pas le Roi à y déroger».

(49) S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 191 de la Constitution», *op. cit.*, p. 309.

(50) *Ibid.*, p. 309 (c'est l'auteur qui souligne).

(51) S. VAN DROOGHENBROECK et J. VELAERS, «La répartition des compétences dans la lutte contre les discriminations», in C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK (éd.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten – Les nouvelles lois luttant contre la discrimination*, Bruges/Bruxelles, die Keure/la Charte, 2008, p. 106.

ver au profit du seul législateur fédéral la faculté d'aménager des exceptions à la reconnaissance de droits fondamentaux au profit des étrangers? Et ce, d'autant plus que le droit au séjour, principalement aménagé dans la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, reste fédéral?

La question mérite d'être posée. S'il est vrai qu'il appartient à chaque législateur d'assurer la garantie du respect des droits fondamentaux dans le domaine de compétence matérielle et territoriale qui est le sien, il pourrait ne pas forcément en être de même lorsqu'il s'agit, non pas de garantir le respect des droits fondamentaux, mais d'établir des exceptions à leur reconnaissance au détriment des étrangers.

C'est l'idée qui fut avancée par Sébastien van Drooghenbroeck à propos de la mise en place, par la Communauté flamande, d'une politique d'*inburgering* (52), telle qu'elle était prévue encore en décembre 2004 par le décret flamand du 28 février 2003 (53). Il ne fait aucun doute, en vertu du principe d'attribution des compétences, que les Communautés sont, aux termes de l'article 5, § 1^{er}, II, 3^o, de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, compétentes pour la matière de l'accueil et de l'intégration des immigrants. Mais l'auteur affirmait à cet égard que les Communautés ne peuvent prendre que des mesures positives se situant dans une «logique d'incitation» et de «facilitation», mais nullement dans une «logique de coercition» (54). A l'appui de son raisonnement, il se référait entre autres à l'article 191 de la Constitution et l'interprétation de la notion de «loi» qu'il contient, en faisant application de la théorie des matières réservées. Il en déduisait que, sauf à justifier l'empiètement de la Communauté flamande sur la compétence fédérale par le biais des compétences implicites (55) – ce qui paraissait hasardeux au vu des conditions posées à la constitutionnalité de ce procédé –, la politique flamande d'*inburgering* était inconstitutionnelle.

Malgré les changements opérés depuis lors à la politique flamande d'*inburgering*, l'exemple reste éclairant.

La difficulté est donc réelle : «les lois spéciales de réformes institutionnelles ne comportent pas de disposition 'expresse et précise' attribuant aux

(52) S. VAN DROOGHENBROECK, «Fédéralisme, droits fondamentaux et citoyenneté : les certitudes à l'épreuve de l'*inburgering*», in E. BREMS et R. STOKX (ed.), *Tegenspraak cahier «Recht en minderheden. De ene diversiteit is de andere niet»*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 268 et s.

(53) Aujourd'hui, la situation a sensiblement évolué. Aujourd'hui, la sanction en cas de non-respect du parcours d'intégration civique est une amende administrative (décret flamand du 28 février 2003, art. 25, §2). S. VAN DROOGHENBROECK avait également écrit ce texte avant l'arrêt de la Cour constitutionnelle (C.C., arrêt n° 101/2008, du 10 juillet 2008) à propos du Code flamand du logement.

(54) *Ibid.*, p. 268. *Contra* : J. CLEMENT et M. VAN DE PUTTE, «De bevoegdheidsverdeling inzake vreemdelingen en alloctonen», in F. JUDO et G. GEUDENS (ed.), *Burgerschap, inburgering, migratie*, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 31.

(55) Loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980, art. 10.

législateurs fédérés (...) le pouvoir d'opérer des distinctions de traitement entre étrangers» (56). Et, même admise par la jurisprudence, l'intervention possible de chaque législateur dans le domaine se fait, en l'état actuel du droit constitutionnel, au prix d'une interprétation erronée de la théorie des matières réservées.

Ne devrait-on dès lors pas affirmer, dans le souci de donner ses pleins effets tant au principe d'attribution des compétences qu'à la théorie des matières réservées, que les Communautés et les Régions, si elles peuvent prendre toutes les mesures utiles, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées, pour favoriser la protection des droits fondamentaux des étrangers, doivent laisser au seul législateur fédéral le soin d'établir des exceptions au principe d'égalité entre Belges et étrangers contenu dans l'article 191 de la Constitution? On sait que la Cour constitutionnelle n'aperçoit pas de contrariété au principe d'égalité si tel ou tel droit se trouve mieux protégé dans l'une ou l'autre collectivité fédérée. Mais se pose tout de même la question de savoir si une telle solution retenue est compatible avec les instruments internationaux, ratifiés par la Belgique, et consacrant le principe d'égalité. Dans ce cadre, en effet, la Belgique ne peut invoquer son organisation fédérale pour justifier de manière objective et raisonnable le non respect de ses engagements internationaux.

En admettant dès lors que les collectivités fédérées puissent prendre des mesures de protection des droits des étrangers, dans les domaines qui relèvent de leurs compétences, et que le législateur fédéral puisse, seul, établir des exceptions à l'assimilation constitutionnelle, l'on respecterait davantage le texte de la Constitution et l'on éviterait de potentielles contradictions avec les clauses d'égalité contenues dans les instruments internationaux de protection des droits fondamentaux.

Tout en étant bien conscient que telle n'est pas la solution retenue par la jurisprudence des hautes juridictions belges, il nous semble tout de même que la question devrait être tranchée par le Constituant. Il s'agit, en réalité, d'un aspect particulier de la problématique de la tension, de l'ambiguïté qui existe entre le fédéralisme et les droits fondamentaux : alors que ces derniers ont une prétention universelle, le fédéralisme, lui, tend à délimiter, au sein d'un même état, différentes collectivités qui sont chacune investies du pouvoir de reconnaître des droits ou d'imposer des obligations aux personnes qui se trouvent sur leur territoire (57). Ainsi, au sein d'un même Etat fédéral, les droits reconnus dans l'une ou l'autre des collectivités fédérées peuvent varier. Mais les droits fondamentaux ne s'accommodent-ils

(56) S. VAN DROOGHENBROECK, «Fédéralisme...», *op. cit.*, p. 269.

(57) Sur cette question, voy. e.a. A.E. DICK HOWARD, «Does Federalism Secure or Undermine Rights?», in E. KATZ et A. TARR (dir.), *Federalism and Rights*, Londres, Rowman and Littlefield, 1996.

pas difficilement de ces particularismes? Cette question, pour importante qu'elle soit, n'a pourtant été que très peu traitée en droit constitutionnel belge. Il serait souhaitable que la Belgique, à l'instar d'autres Etats fédéraux comme le Canada ou les Etats-Unis, aménage enfin ces relations tendues entre le fédéralisme et la protection des droits fondamentaux (58).

II.A.2. L'exigence d'une loi formelle pour établir des exceptions au principe de l'assimilation de l'étranger au Belge

Si nous venons de voir que le terme «loi» contenu dans l'article 191 de la Constitution semble avoir perdu sa dimension répartitrice de compétences dans la jurisprudence des plus hautes juridictions, nous avons également remarqué que celles-ci insistent toujours sur le fait qu'une différence de traitement entre Belges et étrangers dans la reconnaissance de droits fondamentaux ne peut être le fait que d'un acte émanant du pouvoir législatif, à l'exclusion du pouvoir exécutif.

Il est frappant de constater qu'une telle exigence formelle n'a pas d'équivalent en ce qui concerne les distinctions de traitement entre Belges. L'article 191 de la Constitution offre donc aux étrangers une garantie qui n'existe pas pour les Belges : une distinction de traitement au détriment des étrangers ne peut être établie que par une loi qui, en outre, doit respecter les articles 10 et 11 de la Constitution (59).

Cette particularité a été mise en exergue dans le rapport du 25 janvier 2007 fait à la Chambre des représentants par le groupe de travail chargé de l'examen du Titre II de la Constitution (60).

Vu que désormais les différences de traitement entre Belges et étrangers dans la reconnaissance des droits fondamentaux doivent respecter les exigences substantielles des articles 10 et 11 de la Constitution, certains se demandent légitimement si cela a encore un sens de leur imposer en plus une condition de validité formelle telle que celle-ci (61).

Cependant, en modifiant l'article 191 pour autoriser l'intervention du pouvoir exécutif dans l'établissement de différences de traitement entre Belges et étrangers, on perdrait, au détriment des étrangers, ce bénéfice non négligeable de la réserve de compétence à la loi. Dès lors, plutôt que d'aligner le système de l'article 191 de la Constitution sur celui des articles 10 et 11, ne vaudrait-il pas mieux «niveler par le haut», c'est-à-dire à introduire une réserve à la loi formelle de portée générale, applicable à toutes

(58) S. VAN DROOGHENBROECK, «Fédéralisme...», *op. cit.*, p. 274.

(59) B. BLÉRO, «Protection constitutionnelle et internationale des demandeurs d'asile», *R.B.D.C.*, 1994, pp. 258-259.

(60) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2006-2007, n° 2867/001, pp. 210-211.

(61) Voy., en effet, dans le présent ouvrage, la contribution de B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBROECK.

les distinctions de traitement constitutionnellement autorisées» (62)? Il appartiendra sans doute au Constituant de trancher cette question.

II.A.3. *L'applicabilité du principe de l'égalité entre Belges et étrangers restreinte aux seuls étrangers «se trouvant sur le territoire de la Belgique»*

Nous avons vu que, aux termes de l'article 191 de la Constitution, l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au Belge ne vaut que sous la limite de la présence de l'étranger sur le «territoire» de la Belgique.

Même si la Cour constitutionnelle n'impose pas, pour l'application de l'article 191 de la Constitution, que l'étranger dispose d'un titre de séjour légal en Belgique, cette limitation du principe constitutionnel à l'étranger se trouvant sur le territoire de la Belgique n'en reste pas moins contradictoire avec les engagements internationaux de la Belgique.

En effet, les article 2 et 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques imposent que le droit à l'égalité dans la jouissance des droits fondamentaux énoncés dans le droit interne d'un Etat partie soit reconnu au bénéfice de toutes les personnes se trouvant «sur [son] territoire et relevant de [sa] compétence». Dans le même ordre d'idées, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme impose que les Etats parties reconnaissent les droits qui y sont énumérés à «toute personne relevant de leur juridiction».

Ce critère de «juridiction», provenant du droit international et européen des droits de l'homme, est indiscutablement plus large que celui de «territoire», pourtant encore inscrit dans l'article 191 de la Constitution (63). En effet, il apparaît clairement que cette notion de «juridiction» contenue dans l'article 1^{er} de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme résulte de la volonté des rédacteurs de celle-ci «d'étendre autant que possible l'application de la Convention» (64). En ce qui concerne les autres instruments de protection des droits de l'homme, tant le Comité des droits de l'homme que le Comité des droits économiques, sociaux et culturels et la Commission interaméricaine des droits de l'homme «s'accordent pour considérer que le notion de juridiction, qui conditionne l'application des textes que ces organes sont chargés de contrôler, ne se réfère pas à l'endroit où la violation des droits de l'homme s'est déroulée, mais bien à la relation entre l'individu et l'Etat» (65).

(62) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2006-2007, n° 2867/001, p. 211.

(63) Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 191 de la Constitution», *op. cit.*, p. 308.

(64) C. ROMAINVILLE, «Contentieux irakien et extra-territorialité : de la nécessité de dépasser *Bankovic*», *Rev. trim. dr. h.*, 2009, p. 1014.

(65) *Ibid.*, p. 1014. Voy., en effet, Comm. dr. h., *Lopez Burgos c. Uruguay*, du 21 juillet 1981 (13^e session), CCPR/C/13/D/52/1979, §12.2. Sur le même sujet, voy. aussi O. DE SCHUTTER, «Globalization and Jurisdiction : Lessons from the European Convention on Human Rights», *CRIDHO Working Paper*, 2005/04, www.epdr.ucl.ac.be/cridho, p. 7.

En d'autres termes, au regard du droit européen et international des droits de l'homme, l'assimilation constitutionnelle énoncée par l'article 191 de la Constitution doit valoir au-delà des frontières géographiques du territoire de la Belgique pour embrasser toutes les situations où l'Etat exerce effectivement une «autorité»(66) sur un étranger. Une modification de l'article 191 de la Constitution sur ce point serait bienvenue.

*II.B. – Droit au séjour et droits fondamentaux de l'étranger :
la question des «sans-papiers»*

Le principe constitutionnel de l'assimilation de l'étranger au Belge quant à la reconnaissance des droits fondamentaux ne peut donc faire l'objet de dérogation que par une loi respectueuse des principes d'égalité et de non discrimination garantis aux articles 10 et 11 de la Constitution.

Si une telle jurisprudence doit évidemment être saluée, il subsiste tout de même un problème de taille dans l'application concrète de ce principe aux litiges portés devant la Cour constitutionnelle. En effet, lorsqu'il s'agit de procéder à l'analyse de la violation alléguée du principe d'égalité par une loi établissant une exception à la reconnaissance d'un droit fondamental au détriment d'un étranger, la Cour constitutionnelle doit procéder au test de comparabilité des situations, étape essentielle de son contrôle(67). Lorsqu'elle procède à une telle analyse, elle est dès lors forcée de procéder à une comparaison entre deux catégories de personnes, les Belges et les étrangers, qui obéissent à des régimes juridiques très différents. En effet, si le Belge a, par définition, le droit de rentrer et de s'établir sur le territoire national, tel n'est pas toujours le cas de l'étranger. Le problème est le même lorsque la Cour est chargée d'analyser la constitutionnalité d'une distinction de traitement entre étrangers eux-mêmes, selon qu'ils disposent, ou non, d'un titre de séjour.

Le droit au séjour n'est qu'un droit parmi d'autres. Mais tout se passe comme si, bien plus que l'égalité de principe proclamée par l'article 191 de la Constitution, c'est ce droit au séjour qui conditionne la reconnaissance de nombreux droits fondamentaux aux étrangers, par exemple le droit à l'aide sociale, pour ne citer que lui. C'est au carrefour de ces difficultés que l'on touche à une question fondamentale qui se pose actuellement à nos sociétés occidentales : celle des «sans-papiers».

La majorité du contentieux constitutionnel de l'égalité entre Belges et étrangers s'est centré, sans surprise, sur la législation relative à l'accès au

(66) S. VAN DROOGHENBREOCK, «L'article 191 de la Constitution», *op. cit.*, p. 308.

(67) Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de B. RENAULD et S. VAN DROOGHENBREOCK.

territoire, au séjour et à l'établissement des étrangers, et sur cette épineuse question des «sans-papiers».

En Belgique, le droit au séjour est principalement réglé par la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers. S'agissant d'une loi, elle peut donc établir des exceptions à l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au Belge. C'est très clairement ce qu'elle fait en précisant les conditions dans lesquelles les étrangers peuvent avoir accès au territoire et s'y établir, les conditions auxquelles un étranger peut être renvoyé ou expulsé hors du territoire de la Belgique, ainsi que les conditions auxquelles il peut être détenu à cette fin.

L'analyse exhaustive de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle quant à la constitutionnalité des dispositions de la loi du 15 décembre 1980 ne peut évidemment pas être faite dans le cadre de cette contribution. L'objectif est plus modeste : en s'appuyant sur certains arrêts de la Cour constitutionnelle, il va s'agir de pointer quelques exemples de l'extraordinaire difficulté d'analyser l'existence alléguée d'une discrimination non seulement entre les Belges et les étrangers, surtout lorsqu'ils sont en séjour illégal, mais aussi entre les différentes catégories d'étrangers, selon leur statut de séjour. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle, en matière de séjour, se fonde autant sur l'article 191 de la Constitution, lorsqu'est invoquée une différence de traitement entre les nationaux et les étrangers, que sur les articles 10 et 11 de la Constitution, lorsqu'il s'agit d'une différence entre différentes catégories d'étrangers.

L'on verra que, si la Cour exerce un contrôle très soigneux sur le respect du principe d'égalité entre Belges et étrangers en séjour illégal au niveau des droits procéduraux octroyés à ces derniers (II.B.1), elle laisse une plus grande latitude au législateur dans les choix qu'il opère en matière de reconnaissance de droits matériels aux étrangers en séjour illégal (II.B.2.).

II.B.1. Le principe d'égalité et l'examen des ingérences étatiques dans les droits procéduraux des étrangers en séjour illégal

Il faut tout d'abord relever que la Cour constitutionnelle exerce un contrôle très soigneux sur le respect du principe d'égalité au niveau des droits procéduraux octroyés aux étrangers en séjour illégal (68). En effet, elle a toujours considéré comme discriminatoires les dispositions légales qui limitaient les droits procéduraux des étrangers en séjour illégal ou qui les mettaient dans une position moins favorable que les Belges ou que d'autres catégories d'étrangers. Comme le rappelle Dirk Vanheule, ce faisant, la

(68) D. VANHEULE, S. BOUCKAERT et M.-C. FOBLETS, «Grondrechten van vreemdelingen : de toepassing van artikel 191 van de Grondwet door het Arbitragehof», in A. ALEN e.a., *20 Jaar Arbitragehof*, Mechelen, Kluwer, 2005, pp. 112-114.

Cour montre son attachement au principe de l'Etat de droit et à la protection effective de l'étranger par le droit contre les abus de l'autorité (69). Nous en verrons deux exemples révélateurs.

Premier exemple. La Cour a déjà eu l'occasion d'admettre que, via le prisme des articles 10 et 11 de la Constitution, elle pouvait vérifier si les garanties établies par l'article 144 de la Constitution n'étaient pas retirées arbitrairement aux étrangers (70). Une question préjudicielle lui était posée à propos de la violation alléguée par le législateur du principe d'égalité et de non discrimination, combiné avec les articles 144 et 145 de la Constitution, en ce qu'il avait mis sur pied une juridiction administrative, la Commission permanente de recours des réfugiés, pour traiter, en appel, des demandes d'asile introduites. Les requérants arguaient du fait qu'un tel contentieux portait sur un droit de nature civile, et que, dès lors, les garanties offertes par l'article 144 de la Constitution devaient trouver à s'appliquer. Ils affirmaient que la loi ne pouvait confier à une juridiction administrative une quelconque compétence dans le domaine. Si la Cour a effectivement admis qu'elle était compétente pour traiter de la question, elle a cependant répondu que les contestations relatives à l'obtention de la qualité de réfugié constituaient des contestations relatives à un droit politique, si bien que, au vu de l'article 145 de la Constitution, la loi n'était pas anticonstitutionnelle.

Deuxième exemple : dans son arrêt précité du 14 juillet 1994 (71), la Cour a annulé une disposition législative qui supprimait la possibilité, pour le Conseil d'Etat, d'ordonner la suspension d'une décision du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides (72) déclarant irrecevable une demande d'asile, alors même qu'était invoqué le risque de traitement inhumain et dégradant en cas de retour de l'intéressé dans son pays d'origine. La Cour a en effet estimé que, dans ce cas, la seule faculté d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat n'apparaissait pas comme l'exercice d'un recours effectif, vu que les délais de procédure ne permettraient jamais d'obtenir un arrêt en temps utile.

Enfin, il faut saluer le fait que la Cour a toujours montré une grande ouverture pour reconnaître l'intérêt à agir, dans la matière du contentieux constitutionnel des étrangers, de nombreuses organisations non gouverne-

(69) D. VANHEULE, *op. cit.*, p. 502.

(70) C.C., arrêt n° 14/97, du 18 mars 1997, B.3 : «Toutefois, en disposant que les contestations qui ont pour objet des droits civils sont exclusivement du ressort des tribunaux, l'article 144 accorde à tous une garantie qui ne peut être arbitrairement retirée à certains : s'il apparaissait qu'une catégorie de personnes est privée du droit de saisir les tribunaux à propos d'une contestation portant sur un droit civil, cette différence de traitement ne pourrait être justifiée puisqu'elle se heurterait à l'article 144 précité. Elle violerait donc l'article 10 de la Constitution».

(71) C.C., arrêt n° 61/94, du 14 juillet 1994, B.5.9.6 et s.

(72) Le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides est, en Belgique, l'instance administrative compétente pour décider du sort des demandes d'asile introduites.

mentales ou d'associations dont l'objet social est la protection des droits des étrangers et/ou des sans-papiers (73). Ce faisant, la Cour permet aux sans-papiers, via ces organisations, de contester devant elle la constitutionnalité de différentes lois qui peuvent leur porter préjudice, alors même que, dépourvus du droit de vote, ils ne participent pas au choix des élus chargés de l'élaboration de la loi.

II.B.2. Le principe d'égalité et l'examen des ingérences étatiques dans les droits matériels des étrangers en séjour illégal

Les droits matériels ont également joué un grand rôle dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle relative aux étrangers. Si elle procède également à un contrôle de proportionnalité des ingérences étatiques dans les droits matériels des étrangers en séjour illégal, force est de constater que, souvent, elle laisse au législateur une certaine latitude dans les choix qu'il opère, dans le cadre de sa maîtrise de la politique de l'immigration.

Il nous est impossible, dans le cadre de cette contribution, d'envisager la jurisprudence de la Cour par rapport à tous les droits et libertés des étrangers. Tout au plus nous contenterons-nous, au travers de deux exemples, de pointer les difficultés que la Cour rencontre dans son analyse de la violation alléguée de certains droits fondamentaux des étrangers en séjour illégal.

Le premier exemple a trait aux arrêts de la Cour qui concernent la détention administrative des étrangers en séjour illégal, prérogative exorbitante par rapport au droit commun. Il ne fait aucun doute que seuls les étrangers en séjour illégal courent le risque de voir leur droit à la liberté individuelle limité par une détention administrative dans un centre pour illégaux. La Cour constitutionnelle a déjà eu l'occasion de se pencher sur la question, analysant des violations alléguées des articles 10, 11, et 191 de la Constitution, combinés avec l'article 12 de la Constitution et 5 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, garantissant le droit à la liberté individuelle.

Dans un arrêt précité du 14 juillet 1994, la Cour était amenée à juger de la constitutionnalité d'une disposition légale permettant de détenir durant deux mois un étranger se trouvant en situation illégale sur le territoire, mais qui n'est pas soupçonné d'une infraction pénale et dont il n'est même pas prétendu que son comportement constituerait un danger pour l'ordre public. Par rapport à cette mesure, la Cour a répondu que «la disposition critiquée s'inscrit dans un ensemble de mesures destinées à faire face à la multiplication des demandes qui apparaissent d'emblée comme dépourvues de tout fondement. Le maintien dans un lieu déterminé concerne une caté-

(73) Voy., par ex., C.C., arrêt n° 20/93, du 4 mars 1993; arrêt n° 61/94, du 14 juillet 1994 et arrêt n° 77/97, du 17 décembre 1997.

gorie de réfugiés : ceux dont la demande a été rejetée par le ministre ou son délégué pour une des causes d'irrecevabilité ou de non-fondement manifestes prévues par l'article 52 de la loi. La mesure tend à éviter qu'ils ne vivent dans la clandestinité, ce qui les rendrait introuvables et empêcherait leur éloignement du territoire. Elle réalise un équilibre entre le souci d'exécuter les décisions d'irrecevabilité devenues définitives et la nécessité de permettre à ceux qui ont introduit le recours urgent et suspensif prévu par l'article 63/2 de la loi du 15 décembre 1980 de rester en Belgique pendant l'instruction de ce recours. En raison des circonstances particulières qui l'ont inspirée, la mesure ne porte pas à la liberté d'aller et de venir de ceux qui la subissent une atteinte qui serait disproportionnée» (74). La Cour rajoute en outre que la loi a prévu un recours possible auprès de la Chambre du conseil du Tribunal de Première instance contre cette décision. Même si la mission de la Chambre du conseil, dans ce cadre, se limite à un strict contrôle de légalité, la Cour constitutionnelle a jugé que l'atteinte à la liberté individuelle des étrangers en séjour illégal n'était pas disproportionnée.

On le voit : une certaine latitude est laissée au législateur pour atteindre le but, défini de manière très large, de lutter contre la clandestinité. Or l'on sait les conditions de détention très difficiles qui sont celles d'étrangers en centre fermé. Il faut tout de même souligner que la Cour, dans son arrêt du 22 avril 1998 (75), a interdit le principe de la prolongation illimitée dans le temps de la détention d'un étranger en séjour illégal, jugeant cette mesure disproportionnée à l'objectif poursuivi.

Le second exemple est emprunté à la problématique de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal, par rapport à laquelle la Cour a également eu l'occasion de rendre de très nombreux arrêts. Là encore, apparaît toute la difficulté d'exercer un contrôle de proportionnalité des mesures prises, sans empiéter sur les choix opérés par le législateur dans le cadre de sa politique de l'immigration.

En Belgique, l'aide sociale est limitée, pour les étrangers en situation illégale de séjour, à l'aide médicale urgente, en vertu de l'article 57, §2 de la loi organique des C.P.A.S. du 8 juillet 1976. Le législateur a justifié cette mesure en expliquant que, d'une part, l'octroi de droits sociaux à cette catégorie de personnes provoquerait un «appel d'air» à l'immigration clandestine, et que, d'autre part, cela pousserait les personnes illégales se trouvant déjà sur le territoire de la Belgique à y rester, sans obtempérer aux ordres de quitter le territoire qu'elles auraient reçus (76).

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

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

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

Sans entrer dans le débat éthique que ne manque pas de soulever cette position du législateur, se posait tout de même une question de constitutionnalité de cette limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente pour l'étranger en situation illégale de séjour. Dans son arrêt du 29 juin 1994 (77), la Cour a estimé que cette mesure n'était pas «déraisonnable» eu égard à l'objectif poursuivi par le législateur (78) et qu'elle ne constituait pas un traitement inhumain susceptible d'entraîner, pour la Belgique, une violation de ses engagements internationaux en matière de droits fondamentaux (79), et ce malgré l'effet de *standstill* que l'on aurait pu (dû ?) attacher à l'article 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (80).

Même s'il est vrai que la Cour constitutionnelle, dans sa jurisprudence ultérieure, a étendu le nombre de situations où elle a jugé inconstitutionnelle cette limitation de l'aide sociale à l'aide médicale urgente, entre autres pour les personnes étant dans l'impossibilité médicale de retourner dans leur pays d'origine (81) ou pour les enfants mineurs des étrangers en séjour illégal (82), il reste que le principe de l'article 57, §2, de la loi du 8 juillet 1976 demeure conforme, selon la Cour et l'analyse qu'elle fait de la *ratio legis* de cette disposition, à la Constitution.

*
* *

Le but de ces quelques lignes n'était pas de réaliser une synthèse exhaustive de toute la jurisprudence de la Cour dans la matière des droits fondamentaux des étrangers (83), mais de pointer, au travers de ces deux exemples, toute la difficulté du rôle de la Cour constitutionnelle en la matière.

On peut en tout cas constater que le rôle de la Cour constitutionnelle dans le contrôle du respect du prescrit des articles 10, 11 et 191 de la Constitution à l'égard des étrangers est fondamental. Même si la Cour laisse une marge de

(77) C.C., arrêt n° 51/94, du 29 juin 1994.

(78) *Ibid.*, B.4.3.

(79) *Ibid.*, B.5.4.

(80) Sur cette question, voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «L'effectivité des droits sociaux fondamentaux de l'enfant : le contentieux de l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal comme paradigme», in *Les enfants et l'aide sociale*, ASBL Jeunesse et Droit, Liège, 2004, pp. 98-103; M. LYS et D. RENDERS, «Le droit des plus défavorisés à l'aide sociale en Belgique», in M. VERDUSSEN (dir.), *Les droits culturels et sociaux des plus défavorisés*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 486-487.

(81) C.C., arrêt n° 80/99, du 30 juin 1999.

(82) C.C., arrêt n° 106/2003, du 22 juillet 2003 et arrêt n° 131/2005, du 19 juillet 2005.

(83) Pour une analyse très complète de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en la matière, voy. M. BOSSUYT et R. LEYSEN, «Het Arbitragehof en het vreemdelingenrecht. Overzicht van rechtspraak 1989-2006», in F. JUDO et G. GEUDENS (ed.), *Burgerschap, inburgering, migratie, op. cit.*, pp. 47-138.

manœuvre au législateur en la matière, même si son contrôle de proportionnalité est parfois tributaire d'une définition un peu trop large de l'objectif poursuivi par le législateur, il reste que, au travers de son attention portée au respect des normes constitutionnelles, la Cour peut influencer, dans une certaine mesure, la politique du législateur en la matière.

CONCLUSION

Nous avons pu apercevoir, au travers des lignes qui précèdent, les difficultés qui subsistent encore, à l'heure actuelle, dans la reconnaissance des droits constitutionnels aux étrangers.

Si la Constitution a, depuis toujours, proclamé l'égalité de principe entre les Belges et les étrangers, nous avons également vu que le législateur peut établir des exceptions à cette assimilation constitutionnelle. Grâce à l'intervention de la Cour constitutionnelle, la «loi» qui établit des exceptions au principe doit, en toute hypothèse, respecter les articles 10 et 11 de la Constitution.

Mais toutes les questions ne sont pas réglées pour autant. L'article 191 de la Constitution garde ses zones d'ombres et ses difficultés d'application. C'est, sans surprise, dans la problématique des étrangers en séjour illégal que les principes constitutionnels sont les plus mis à mal. La matière du droit des étrangers a ceci de particulier qu'elle est éminemment liée à la politique d'immigration mise en place par les Etats, si bien que, dans le contrôle de proportionnalité des ingérences des autorités publiques dans les droits fondamentaux de l'étranger, les hautes juridictions du pays doivent veiller à ne pas empiéter sur les choix posés par le législateur à cet égard. Cela rend leur contrôle plus difficile.

En tout état de cause, sans pouvoir résoudre toutes les difficultés que nous avons pointées dans cette contribution, il semble qu'une modification des articles 10, 11 et 191 de la Constitution soit souhaitable, et ce à quatre niveaux.

Premièrement, l'article 191 de la Constitution constituant une application particulière du principe d'égalité et de non-discrimination, il serait souhaitable, tant pour des raisons de cohérence du texte constitutionnel que pour des raisons symboliques évidentes, qu'il soit rapatrié dans le Titre II de la Constitution, aux côtés des articles 10 et 11. Dans cette perspective, il serait également nécessaire, comme l'ont déjà proposé certains (84), de réviser l'intitulé du Titre II de la Constitution, très largement dépassé, et de supprimer la référence aux «Belges».

(84) D. RENDERS, *op. cit.*, p. 196 et S. VAN DROOGHENBROECK, «L'article 191 de la Constitution», *op. cit.*, p. 310.

Deuxièmement, le Constituant doit se prononcer clairement sur le fait de savoir quel(s) législateur(s) est (sont) compétents pour établir des exceptions à l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au Belge. Nous avons vu qu'il n'était pas déraisonnable de réserver cette compétence au seul législateur fédéral, même si ce n'est absolument pas la solution aujourd'hui retenue par la jurisprudence des trois plus hautes juridictions du pays.

Troisièmement, le Constituant devrait harmoniser le système des articles 10, 11 et 191 de la Constitution en ce qui concerne l'intervention du pouvoir exécutif dans l'établissement de distinctions de traitement. Nous avons vu que, selon les termes de l'article 191 de la Constitution, seule une loi formelle peut établir des exceptions au principe d'assimilation constitutionnelle. Nous avons également pointé le fait que tel n'est pas le cas dans le système prévu par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Quatrièmement, il s'agirait de supprimer, dans l'article 191 de la Constitution, la référence au «territoire de la Belgique» comme champ d'application territorial du principe d'égalité entre Belges et étrangers, dans un esprit de respect du droit international et européen des droits fondamentaux.

Pour terminer, soulignons que certains (85) envisagent proposer la suppression de l'article 191 de la Constitution pour ne garder que les dispositions des articles 10 et 11 comme énonçant un principe d'égalité général s'appliquant à tous, Belges et étrangers. A partir du moment où, aujourd'hui, la loi établissant des exceptions à l'assimilation constitutionnelle de l'étranger au Belge est soumise aux exigences substantielles qui sont celles des articles 10 et 11 de la Constitution, cela ne poserait sans doute pas de gros problèmes.

Mais il faudra être prudent. Si, au niveau symbolique, une telle modification constitutionnelle peut apparaître souhaitable, il ne faudrait pas qu'elle aboutisse, *in fine*, à priver les étrangers de garanties – la réserve à la loi formelle et, à suivre la théorie des matières réservées, à la loi fédérale – qu'ils ne retrouveraient pas en cas de suppression pure et simple de l'article 191 de la Constitution. Vu les nombreuses difficultés qui subsistent dans la reconnaissance du principe d'égalité entre les Belges et les étrangers, surtout lorsqu'ils sont en séjour illégal, il ne faudrait assurément pas se précipiter.

(85) *Ibid.*, p. 310.