

Régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980

Du neuf en aide sociale

par Olivier De Schutter *

La décision rendue par le tribunal de travail de Bruxelles le 23 octobre 2002 décide que doit se voir reconnaître le droit à l'aide sociale équivalente au minimum des moyens d'existence – devenu revenu d'intégration sociale suite à l'adoption de la loi du 26 mai 2002 ⁽¹⁾ – l'étranger qui a introduit une demande de régularisation de son séjour sur le territoire sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, jusqu'à ce qu'il soit statué sur le bien-fondé de cette demande. Le juge du travail conclut en ce sens nonobstant, d'une part, les termes de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale, selon lequel «Par dérogation aux autres dispositions de la présente loi, la mission du centre public d'aide sociale se limite à l'octroi de l'aide médicale urgente, à l'égard d'un étranger qui séjourne illégalement dans le Royaume» ⁽²⁾, et alors que, d'autre part, la circonstance que l'introduction d'une demande de régularisation du séjour de l'étranger se trouvant illégalement sur le territoire national n'a pas pour effet de rendre ce séjour légal, ou d'accorder un droit provisoire d'y demeurer ⁽³⁾.**

La décision intervient au surplus dans un contexte particulièrement peu favorable. Dans un arrêt n° 89/2002 du 5 juin 2002 rendu sur question préjudicielle du tribunal du travail de Charleroi, la Cour d'arbitrage a en effet considéré que ne constitue pas une discrimination contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution la limitation, par l'effet de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976, de l'aide sociale des étrangers demandeurs de régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, alors que l'aide sociale à laquelle ont droit les demandeurs d'asile ayant introduit un recours contre le rejet de leur demande ne subit pas pareille limitation. La Cour d'arbitrage semble donc estimer que, en tant qu'elle traduit la volonté du législateur de ne pas récompenser un recours abusif à l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, c'est-à-dire une utilisation de cette disposition à la seule fin de pouvoir bénéficier de l'aide sociale, l'application de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 n'est pas disproportionnée à l'objectif poursuivi.

La position qu'adopte le tribunal du travail dans la décision rapportée est donc courageuse. Elle n'est pas inédite dans la jurisprudence des juridictions du tra-

vail ⁽⁴⁾. Elle n'en mérite pas moins de faire l'objet d'une analyse approfondie, et non seulement en raison de son intérêt doctrinal. D'abord, dès lors qu'elle

* Professeur à l'Université catholique de Louvain *

* L'auteur assurait la représentation des requérants dans l'affaire Conka c./ Belgique portée devant la Cour européenne des droits de l'homme, et à laquelle il a été fait référence dans cette note. Le lecteur gardera à l'esprit qu'il peut en résulter une subjectivité dans l'interprétation qui en est donnée ici.

** Publié page 37 de ce numéro.

(1) M.B., 31 juillet 2002.

(2) Il n'est pas nécessaire de rappeler aux lecteurs du J.D.J. le détail des péripéties qui ont jalonné l'interprétation du champ d'application de cette clause, depuis la première modification apportée à l'article 57 de la loi du 8 juillet 1976 par la loi du 28 juin 1984, qui y avait apporté la précision que les étrangers en court séjour ou en séjour illégal n'ont droit qu'à une «aide limitée à l'aide matérielle et médicale pour assurer leur subsistance». Le Conseil d'État ayant jugé que l'aide matérielle ainsi définie devait être équivalente au minimum des moyens d'existence accordé aux plus démunis (C.E., 22 mai 1991, n°37.048, R.D.E., 1992, p. 68), le législateur était intervenu par la loi du 30 décembre 1992 portant des dispositions sociales et diverses, modifiant l'article 57 de la loi du 8 juillet 1976 (M.B., 9 janvier 1993), afin de restreindre à la seule «aide strictement nécessaire pour leur permettre de quitter le pays» ainsi qu'à l'«aide médicale urgente» l'aide sociale due aux étrangers en situation illégale et aux demandeurs d'asile déboutés auxquels un ordre définitif de quitter le territoire a été signifié. Enfin, suite aux controverses ayant divisé la jurisprudence sur l'interprétation à donner au terme de «définitif» dans cette version de l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976, la loi du 15 juillet 1996 a substitué à ce terme celui d'«exécutoire», avant que la Cour d'arbitrage annule ce terme, considérant qu'aboutissant à priver l'étranger du droit à une aide sociale pendant l'examen par le Conseil d'État du recours qu'il a introduit contre l'ordre de quitter le territoire qui lui est adressé, cette restriction apportée à l'aide sociale due aux étrangers porte atteinte au caractère effectif du recours juridictionnel (C.A., arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, M.B., 29 avril 1998, B.33 à B.37, J.D.J., 1998, liv. 176, p. 22, note S. Saroléa; R.D.E., 1998, p. 37, note S. Goffin). En doctrine, on consultera surtout M.-Cl. Foblets et F. Bernard, «L'aide sociale aux étrangers en séjour illégal : la saga de l'ordre définitif de quitter le territoire de l'article 57 § 2 de la loi sur les CPAS», R. Cass., 1996, n°7; S. Saroléa, «Aide sociale aux étrangers en situation illégale : les droits de l'homme en quête d'effectivité», J.T., 1998, p. 345; J. Fierens, «L'aide sociale et les (candidats) réfugiés», Formation permanente CUP, vol. XXXII, septembre 1999, p. 53; S. Saroléa, «Droit de séjour et aide sociale», Formation permanente CUP, vol. XXXIX, mai 2000, p. 73.

(3) En principe, l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour de plus de trois mois doit être demandée par l'étranger «auprès du poste diplomatique ou consulaire belge compétent pour le lieu de sa résidence ou de son séjour à l'étranger» (art. 9, al. 2, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers). L'alinéa 3 de l'article 9 introduit une dérogation à cette règle, quant au lieu où cette demande doit être introduite, en prévoyant que «Lors de circonstances exceptionnelles, cette autorisation de séjour peut être demandée par l'étranger auprès du bourgmestre de la localité où il séjourne qui la transmettra au ministre ou à son délégué»; l'autorisation sera alors délivrée en Belgique. Sur les conséquences qui s'attachent cependant à l'introduction d'une telle demande de «régularisation» du séjour illégal, voy. ci-après.

Éclairage sur la différence de traitement entre les deux catégories de demandeurs de régularisation

étend, au bénéfice des demandeurs de régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, une solution adoptée par la Cour de cassation⁽⁵⁾ au bénéfice uniquement des demandeurs de régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume⁽⁶⁾, la décision du 23 octobre 2002 s'oppose à une jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, antérieure de quelques jours seulement⁽⁷⁾ – et sur laquelle les plaideurs n'avaient manifestement pas attiré l'attention du tribunal du travail –. C'est peut-être une nouvelle source de tensions entre les juridictions du travail et la Cour de cassation que la décision annotée vient ainsi créer.

Ensuite, la décision apporte un éclairage sur une question – celle du caractère justifiable ou non d'une différence de traitement entre les deux catégories de demandeurs de régularisation – sur laquelle la Cour d'arbitrage aura à se prononcer dans les mois qui viennent. Un arrêt rendu le 18 décembre 2002 par le Conseil d'État statuant en procédure d'urgence⁽⁸⁾ fait droit à la demande de suspension de l'exécution d'un ordre de quitter le territoire pris suite à une décision d'irrecevabilité d'une demande introduite en vertu de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, et pose à la Cour d'arbitrage deux questions préjudicielles. La première question est formulée de la manière suivante : «*Les articles 2 et 4 de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, en raison du caractère temporaire qu'ils donnent à cette loi, violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution, éventuellement combinés avec son article 191 en ce qu'ils établissent une différence de traitement qui ne repose pas sur des éléments suffisamment significatifs et raisonnables entre les étrangers qui remplissent les conditions prévues à l'article 2 «au moment de leur demande» et dans le délai de trois se-*

maines établi par l'article 4 de la loi du 22 décembre 1999, et les étrangers qui remplissent les mêmes conditions après l'expiration de ces délais ?». Bien que cette question préjudicielle situe la source de la discrimination éventuelle entre les deux catégories de demandeurs de régularisation ailleurs que dans l'octroi de l'aide sociale aux uns alors que les autres en seraient privés, la question de principe (peut-on justifier qu'un traitement plus favorable soit réservé aux demandeurs de régularisation qui respectent les critères énoncés par l'article 2 de la loi du 22 décembre 1999 lors de l'introduction d'une demande qui ne peut être introduite qu'au cours des trois semaines ayant suivi l'entrée en vigueur de la loi, le 10 janvier 2000 ?) n'est pas sans présenter certaines analogies avec la question à laquelle le jugement rendu par le tribunal du travail de Bruxelles le 23 octobre 2002 répond, lui, par l'affirmative : faut-il étendre aux demandeurs de régularisation en vertu du droit commun de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 une solution adoptée en faveur des demandeurs de régularisation désignés régularisables par la loi d'exception, aux effets limités dans le temps, du 22 décembre 1999 ?

La décision annotée repose, pour l'essentiel, sur deux motifs. Premièrement, elle se fonde sur l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui garantit le droit à un recours effectif devant une instance nationale à toute personne dont les droits ou libertés reconnus dans la Convention ont été violés, pour estimer que cette disposition implique une interdiction d'éloigner les personnes ayant introduit une demande fondée sur l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980. Deuxièmement,

la décision déduit de ce droit de recours que – «*afin de garantir le droit au recours effectif de la requérante dans le cadre de sa demande de régularisation*» –, une aide sociale doit lui être accordée. On peut approuver chacun de ces deux motifs, tout en indiquant d'autres voies par lesquelles il aurait été possible d'aboutir aux mêmes conclusions : procéder ainsi aboutit non pas à affaiblir la décision annotée, mais au contraire à renforcer encore le poids de la motivation qui la soutient.

1. L'effectivité du recours ouvert à l'étranger menacé d'éloignement

Il ne fait pas de doute que, afin de présenter le caractère effectif que requiert l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, le recours introduit contre un ordre de quitter le territoire doit présenter un caractère suspensif, c'est-à-dire que l'introduction du recours doit faire obstacle à toute mise à exécution d'une décision d'éloignement contestée. Cette exigence constitue un des principaux enseignements de l'arrêt *Conka c./ Belgique*, rendu le 5 février 2002 par la Cour européenne des droits de l'homme. La Cour confirme dans cet arrêt ce qui se dégageait déjà de :

- la Recommandation 1236 (1994) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe relative au droit d'asile, dans laquelle l'Assemblée recommande au Comité des ministres d'insister pour que les procédu-

(4) Cette position n'est pas inédite dans la jurisprudence des juridictions du travail : voy. par ex. Trib. trav. Charleroi, 23 mars 1999, R.G. 55.141/R, inédit; Trib. trav. Bruxelles, 1^{er} octobre 1998, R.G. 73.7643/98, 73.765/98 et 76.081/98, inédit. Ces décisions sont citées par J. Fierens, «L'aide sociale aux étrangers demandeurs de régularisation», obs. sous Trav. Liège (8^{ème} ch.), 22 mars 2000, J.L.M.B., 2000, p. 949, ici p. 953.

(5) R.D.E., n° 118, 2002, p. 233 et JDJ, n° 219, novembre 2002, p. 59.

(6) M.B., 10 janvier 2000. Voy. sur cette loi J.-Y. Carlier, «Loi relative à la régularisation des étrangers», J.T., 2000, p. 77; et S. Saroléa, «La loi relative à la régularisation des sans-papiers», Journ. Procès, 2000, n° 1.

(7) Cass., 7 octobre 2002, C.P.A.S. de Huy c./ B.N. et H.R., inédit.

(8) C.E. (Xvème Ch., réf.), n° 113.932, 18 décembre 2002.

res d'octroi de l'asile prévoient certaines garanties juridiques minimales, parmi lesquelles la garantie que pendant le recours qu'il aura introduit contre le refus de la demande d'asile, le demandeur d'asile «ne pourra être expulsé»;

- de la Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe, où l'Assemblée recommande au Comité des ministres de demander instamment aux États membres «de prévoir dans leur législation l'effet suspensif de tout recours juridictionnel»⁽⁹⁾;
- enfin, de la Recommandation n° R(98)13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, adoptée le 18 septembre 1998.

L'arrêt Conka prolonge aussi ce qui se dégageait des arrêts antérieurs de la Cour européenne des droits de l'homme, liant l'effectivité du recours en matière d'éloignement du territoire à son caractère suspensif⁽¹⁰⁾ et refusant de considérer que devaient être épuisés préalablement à la saisine du juge international les recours ne présentant pas cette qualité⁽¹¹⁾. Il rejoint enfin la jurisprudence rendue par le Comité contre la torture sur la base de l'article 3 de la Convention contre la torture du 10 décembre 1984⁽¹²⁾.

L'exigence du caractère suspensif du recours juridictionnel pouvant être introduit contre une mesure d'éloignement adoptée à l'égard d'un étranger a pu à l'origine s'expliquer par le caractère irréversible du dommage pouvant résulter de l'éloignement de l'étranger vers les frontières d'un État où sa vie ou sa sécurité seraient menacées, ou bien où il risquerait de subir des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Mais l'arrêt Conka précité exige que le recours ait un caractère suspensif alors même que la seule violation pou-

vant être alléguée, selon l'arrêt, était la violation de l'article 4 du Protocole n° 4 additionnel à la Convention, qui interdit l'expulsion collective d'étrangers.

Ainsi, l'exigence d'un caractère suspensif du recours s'impose dès lors que l'éloignement risque de porter atteinte à un droit fondamental de l'étranger qui en fait l'objet, que l'atteinte résulte des risques courus dans l'État de renvoi ou qu'elle résulte de la décision d'éloignement elle-même, par exemple en raison de la restriction qu'elle apporte au droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger.

2. L'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2002

Bien que, dans la décision commentée, le tribunal de travail de Bruxelles ne cite pas l'arrêt Conka c./ Belgique, sa motivation repose sur une même compréhension de ce qui découle de l'exigence d'un recours «effectif» en matière d'éloignement d'étrangers : un recours contestant l'ordre de quitter le territoire ne présenterait aucune utilité réelle pour le requérant si, avant qu'il ait pu être examiné, l'étranger pouvait être éloigné du territoire.

C'est sur cette conception de l'effectivité du recours que le tribunal du travail fonde l'analogie entre la situation de l'étranger qui a demandé sa régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 relative à

la régularisation de séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, déjà citée. En vertu de l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999, les demandeurs en régularisation sont protégés contre l'éloignement du territoire jusqu'au jour où il sera statué sur leur demande : cet article dispose en effet que «*hormis les mesures d'éloignement justifiées par l'ordre public ou la sécurité nationale, ou à moins que la demande ne réponde manifestement pas aux conditions de l'article 9 [de la loi du 22 décembre 1999, relatif aux documents à fournir par le demandeur], il ne sera pas procédé matériellement à un éloignement entre l'introduction de la demande et le jour où une décision négative a été prise en application de l'article 12*».

Dans un arrêt du 17 juin 2002⁽¹³⁾, la Cour de cassation a déduit de cette garantie qui lui était accordée que le demandeur en régularisation «se trouve ainsi autorisé par la loi, dans le but de régler des difficultés liées à la politique concernant l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement d'étrangers, à prolonger sur le territoire du royaume son séjour pourtant entaché d'illégalité»⁽¹⁴⁾ : la limitation au droit à l'aide sociale inscrite à l'article 57, § 2, al. 1^{er} de la loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale ne se justifiant, selon la Cour, que par le souci légitime que peut avoir le législateur d'inciter l'étranger en situation illégale à se conformer à l'ordre de quitter le territoire qui lui a été notifié – selon la justification que lui avait trouvée la Cour d'arbitrage dans un arrêt du 29 juin 1994⁽¹⁵⁾. Il en résulte

(9) Voy. le § 8, vii, f., de la Recommandation 1327 (1997) relative à la protection et au renforcement des droits de l'homme des réfugiés et des demandeurs d'asile en Europe, Ann. Conv., 1977, vol. 20, p. 83.

(10) Cour eur. D.H., arrêt Soering c./ Royaume-Uni du 7 juillet 1989, Série A n° 161, § 123.

(11) Voy. Cour eur. D.H., arrêt Bahaddar c./ Pays-Bas du 19 février 1998, § 44 («un recours qui n'a pas pour effet de suspendre l'exécution d'une décision d'expulsion n'est pas efficace aux fins de l'article [35 de la Convention] et n'a pas à être exercé lorsque le concluant allègue une violation de l'article 3 de la Convention»).

(12) Voy. not. CCT (CAT), Conclusions et recommandations formulées sur la 3^{ème} rapport périodique du Canada (CAT/C/34/Add.13)(CA/C/XXV/Concl.4) (13-24 novembre 2000), § 5, f).

(13) R.D.E., n° 118, 2002, p. 233 et JDJ, n° 219, novembre 2002, p. 59.

(14) Sur l'ambiguïté de ce statut, voy. surtout S. Saroléa, «Les étrangers en procédure de régularisation : vrais faux légaux ou faux vrais légaux ?», R.D.E., 2000, p. 648.

La solution adoptée par la Cour de cassation a déjoué les intentions du législateur

selon elle que pareille limitation «ne s'applique pas à l'étranger contre qui il ne peut être procédé matériellement à un éloignement en vertu de l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999».

La solution adoptée par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 juin 2002 a déjoué les intentions du législateur. Les travaux préparatoires de la loi relative à la régularisation répercutent le point de vue du ministre de l'intérieur selon lequel l'introduction d'une demande de régularisation «ne change en rien la situation juridique du requérant et, en conséquence, n'ouvre pas le droit à l'aide sociale»⁽¹⁶⁾.

L'exposé des motifs de la loi souligne le caractère limité du droit de l'étranger à ne pas être matériellement éloigné du territoire pendant l'examen de sa demande de régularisation («... lorsqu'une mesure d'éloignement a été décidée, celle-ci subsiste, mais il est simplement veillé à ce qu'elle ne soit pas exécutée matériellement jusqu'au jour de la décision négative»⁽¹⁷⁾). Les travaux préparatoires indiquent encore que «la loi n'a pas pour objectif d'ouvrir un droit à l'aide sociale pour ceux qui n'en bénéficient pas autrement. Il s'agit seulement de créer une possibilité exceptionnelle d'obtenir un séjour légal»⁽¹⁸⁾. Manifestement contraire à ces intentions affichées, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2002 n'est certainement pas davantage conforme à ce qu'aurait souhaité le Gouvernement⁽¹⁹⁾. Cette solution n'en avait pas moins été anticipée par les juridictions du fond⁽²⁰⁾, et notamment par la Cour du travail de Liège⁽²¹⁾ et la Cour du travail de Bruxelles⁽²²⁾. Et elle peut se revendiquer non seulement de l'avis formulé le 25 octobre 1999 par la section de législation du Conseil d'État lorsque celle-ci fut amenée à se prononcer sur le projet de loi relative à la régularisation⁽²³⁾, mais aussi, d'une certaine manière, de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage elle-même.

Certes, la Cour d'arbitrage a estimé, dans deux arrêts respectivement du 30 octobre 2001 et du 17 janvier 2002, que l'application de la limitation du

droit à l'aide sociale à la situation des étrangers ayant demandé leur régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 ne violait pas les articles 10 et 11 de la Constitution, «lus isolément ou combinés avec les articles 23 et 191 de la Constitution, avec l'article 11.1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et avec l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme»⁽²⁴⁾.

Mais ces arrêts – ainsi que le soulignait ailleurs S. Saroléa avec une lucidité que viendra reconnaître la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation⁽²⁵⁾ – doivent être ramenés à leur juste portée : il ne serait pas conforme à l'harmonie d'ensemble de la jurisprudence de la Cour d'arbitrage

de leur reconnaître une portée trop étendue. Ainsi, dans son arrêt déjà cité du 29 juin 1994, la Cour d'arbitrage n'avait trouvé admissible la limitation du droit à l'aide sociale de certaines catégories d'étrangers qu'en raison de l'objectif poursuivi (celui d'«inciter l'intéressé à obéir à l'ordre reçu [de quitter le territoire]»⁽²⁶⁾), ce dont il n'est pas interdit de déduire que, lorsque tel ne peut plus être l'objectif poursuivi – comme là précisément où l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999 exclut la mise à exécution d'un ordre de quitter le territoire pris à l'encontre de l'étranger ayant introduit une demande de régularisation –, la limitation normalement prévue à l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 ne devrait plus être admise⁽²⁷⁾.

(15) C.A., arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994, M.B., 14 juillet 1994, Arr. C.A., 1994, p. 665; J.L.M.B., 1995, p. 656; J.T.T., 1994, p. 469, note Ph. Gosseries; Dr. Quart Monde, 1995, p. 50, obs. Fr. Rigaux.

(16) Voy. la réponse du ministre, telle que reprise au rapport du Sénat sur le projet de loi : Sénat, sess. 1999-2000, *Projet de loi relative à la régularisation de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, Rapport fait au nom de la commission de l'intérieur et des affaires administratives par Mme Nagy*, 8 décembre 1999 (doc. 2-202/3), p. 36. Voy. également Doc. parl., Ch., sess. 1999-2000, n°500234/001, p. 5.

(17) Doc. parl., Ch., sess. 1999-2000, *Exposé des motifs*, doc. 50-0234/001, p. 18.

(18) *Ibid.*, p. 5.

(19) Voy. la circulaire adressée le 11 février 2000 par le ministre de l'Intégration sociale aux présidents des centres publics d'aide sociale, sur laquelle l'on revient ci-après.

(20) Voy. les nombreuses références rassemblées par J. Fierens, dans une étude parue dans ces pages, «Dignité humaine et étrangers demandeurs de régularisation. Quelques remarques complémentaires», J.D.J., n° 197, septembre 2000, p. 32, à la note 4.

(21) *Trav. Liège*, 22 mars 2000, J.L.M.B., 2000, p. 953, obs. J. Fierens, «L'aide sociale aux étrangers demandeurs de régularisation».

(22) *Trav. Bruxelles*, 8 juin 2000, J.D.J., n° 197, septembre 2000, p. 44. Également J. Fierens, «Du choc des arrêts jaillira (peut-être) la lumière», J.D.J., n° 215, mai 2002, p. 219.

(23) Selon celle-ci, l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999, dès lors qu'il s'agit d'une disposition «qui revient à suspendre le caractère obligatoire de l'ordre de quitter le territoire pendant un délai déterminé, l'usage de la contrainte étant effectivement légalement exclu, pourrait être jugée comme contraire aux règles constitutionnelles de l'égalité et de la non-discrimination, si elle ne s'accompagnait pas d'une dérogation inscrite dans l'avant-projet, et valant pour la durée de la procédure de régularisation, à l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976, de manière à octroyer le droit à l'aide sociale aux étrangers concernés» (Doc. parl., Ch., 1999-2000, n° 50.0234/001, p. 31).

(24) Voy. F. Abu Dalu, «L'aide sociale aux étrangers en demande de régularisation : raidissement spectaculaire Place Royale», obs. sous C.A., 30 octobre 2001, J.L.M.B., 2002, p. 278; et surtout, anticipant l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 2002, S. Saroléa, «Les arrêts de la Cour d'arbitrage du 30 octobre 2001 et du 17 janvier 2002 : six mois plus tard», R.D.E., 2002, n° 117, p. 3.

(25) S. Saroléa, «Les arrêts de la Cour d'arbitrage du 30 octobre 2001 et du 17 janvier 2002 : six mois plus tard», précité.

(26) Le passage pertinent de l'arrêt n° 51/94 du 29 juin 1994 est le suivant : «Lorsqu'un État qui entend limiter l'immigration constate que les moyens qu'il emploie à cet effet ne sont pas ou ne sont guère efficaces, il n'est pas déraisonnable qu'il ne se reconnaisse pas les mêmes devoirs face aux besoins de ceux, d'une part, qui séjournent légalement sur son territoire (ses nationaux et certaines catégories d'étrangers), et des étrangers, d'autre part, qui s'y trouvent encore après avoir reçu l'ordre de le quitter. En disposant de telle manière que celui qui a reçu un ordre définitif de quitter le territoire avant une date déterminée sache qu'il n'a pas obtenu, il ne recevra, un mois après cette date, plus aucune aide des centres publics d'aide sociale, à la seule exception de l'aide médicale urgente, le législateur a adopté, afin d'inciter l'intéressé à obéir à l'ordre reçu, un moyen dont les effets permettent d'atteindre l'objectif poursuivi. Ce moyen n'est pas disproportionné à cet objectif dès lors qu'il garantit à l'intéressé une aide matérielle nécessaire pour quitter le territoire pendant un mois, et l'aide médicale urgente, sans délai» (point B.4.3.).

Garantir contre le risque de faire l'objet d'un éloignement au cours de l'examen de sa demande de régularisation

Plus encore, dans son arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998 ⁽²⁸⁾, la Cour d'arbitrage avait estimé qu'en choisissant de priver de l'aide sociale l'étranger qui a reçu un ordre de quitter le territoire «*exécutoire*», y compris s'il a introduit un recours en annulation accompagné ou non d'une demande de suspension devant le Conseil d'État, la loi du 15 juillet 1996 a apporté une restriction disproportionnée au droit à l'aide sociale et au droit à l'exercice effectif d'un recours juridictionnel ⁽²⁹⁾.

Cet arrêt fait donc figurer la reconnaissance pour l'étranger d'un droit à l'aide sociale parmi les éléments qui conditionnent l'effectivité des recours qui lui sont ouverts contre l'ordre de quitter le territoire dont il fait l'objet. Or, cela peut également constituer un argument en faveur de la reconnaissance aux demandeurs de régularisation – que ce soit sur la base de la loi du 22 décembre 1999 ou sur la base de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 – d'un droit à l'aide sociale : la demande de régularisation de l'étranger qui demeure illégalement sur le territoire national constitue bien, en effet, un «*recours*» contre la mesure d'éloignement dont il peut redouter à tout moment de faire l'objet, et l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme requiert d'un tel «*recours*» qu'il soit «*effectif*».

3. La comparaison des deux types de régularisation

C'est par ce détour que l'on peut revenir au lien entre l'effectivité du recours que l'étranger introduit contre la mesure d'éloignement dont il fait l'objet et le caractère suspensif de ce recours, la confirmation de ce lien étant, ainsi qu'il a été indiqué, l'un des principaux enseignements qui se laisse dégager de l'arrêt Conka.

En effet, la décision annotée du tribunal du travail de Bruxelles transpose la solution dégagée par la Cour de cassation, à propos de l'inap-

plicabilité de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 dans le cadre de la loi du 22 décembre 1999, au cadre de la «*régularisation*» que rend possible le recours à la clause dite «*de circonstances exceptionnelles*» de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980. Or, pareille transposition prend appui sur le fait que, comme les articles 2, 4 et 14 de la loi du 22 décembre 1999 relative à la régularisation, l'article 9 alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 fournit à l'étranger menacé de faire l'objet d'une mesure d'éloignement un recours effectif contre pareille menace. Ces dispositions constituent autant de traductions, en droit belge, de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme. Elles doivent donc satisfaire à l'ensemble des exigences de cet article, et notamment – puisqu'elles doivent lui fournir un recours pleinement «*effectif*», donc utile – garantir l'étranger qui demande sa régularisation contre le risque de faire l'objet d'un éloignement au cours de l'examen de sa demande.

S'il n'était la garantie du droit à un recours effectif on pourrait croire en effet que les deux situations sont nettement dissemblables : tandis que l'article 14 de la loi du 22 décembre 1999 exclut explicitement qu'il soit procédé à l'éloignement de l'étranger qui a introduit une demande de régularisation au moins si celle-ci ne sort pas manifestement des conditions que la loi relative à la régularisation prévoit, ne bénéficie pas d'une telle garantie lé-

gale contre l'éloignement l'étranger qui, faisant état de «*circonstances exceptionnelles*», demande à pouvoir demeurer sur le territoire sans introduire une demande d'autorisation de séjour à partir d'un poste diplomatique ou consulaire à l'étranger.

Il serait cependant erroné de déduire de l'absence, dans la loi du 15 décembre 1980, d'une garantie contre l'éloignement au bénéfice de l'étranger qui a invoqué l'article 9, alinéa 3 de la loi, semblable à la garantie que prévoit pour le demandeur de régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 l'article 14 de celle-ci, que l'un et l'autre se trouveraient dans des situations radicalement dissemblables.

Premièrement, les situations ne sont pas aussi distinctes qu'il n'y paraît au premier abord. Le demandeur en régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 n'est pas, à strictement parler, en situation «*légitime*» de séjour, du simple fait de l'introduction de sa demande de régularisation : sa présence sur le territoire est simplement tolérée tant qu'il n'a pas été statué sur la demande qu'il a introduite.

Quant au demandeur en régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, sa situation est elle aussi assez ambiguë. La circulaire du ministre de l'intérieur du 9 octobre 1997 relative à l'application de cette disposition ⁽³⁰⁾ – bien qu'elle précisait que le récépissé de la demande introduite auprès du bourgmestre de la commune où l'étranger séjourne ne devait produire aucune

(27) Voy. d'ailleurs C.A., arrêt n° 80/99 du 30 juin 1999, M.B., 24 novembre 1999 (viole les articles 10 et 11 de la Constitution la restriction de l'aide sociale opérée par l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976, en tant qu'elle est appliquée à des personnes qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité absolue de donner suite à l'ordre de quitter la Belgique).

(28) C.A., arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, Mon. b., 29 avril 1998. Également à la R.D.E., n°97, 1998, p. 37, obs. S. Goffin; et à la J.L.M.B., 1998, p. 896, obs. A. Simon, «*La Cour d'arbitrage et l'ordre 'exécutoire' de quitter le territoire*». Il est permis enfin de référer à notre commentaire de cet arrêt in O. De Schutter et S. van Drooghenbroeck, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 618, qui contient une discussion et des références plus approfondies que celles qui sont présentées ici.

(29) La Cour d'arbitrage s'était notamment fondée sur le constat que, le Conseil d'État ayant les moyens de «*rejeter à bref délai les demandes de suspension et les recours en annulation qui seraient manifestement irrecevables ou manifestement non fondés*», les recours purement dilatoires peuvent être filtrés dans des délais acceptables. Le souci d'éviter que des recours soient introduits uniquement en vue d'obtenir une prolongation de l'aide sociale ne pouvait donc, aux yeux de la Cour d'arbitrage, constituer une justification objective et raisonnable, respectant l'exigence de proportionnalité, de la restriction de l'aide sociale accordée aux étrangers ayant reçu un ordre de quitter le territoire exécutoire.

Argument en faveur de cette assimilation entre les deux types de demandeurs de régularisation

conséquence sur le statut du séjour de l'intéressé – mentionnait à son paragraphe IV, B, in fine, que l'administration communale ne notifiera pas à l'étranger l'ordre de quitter le territoire qui lui est transmis par l'Office des étrangers s'il apparaît que celui-ci a demandé une autorisation de séjour sur la base de l'article 9 alinéa 3 : si l'ordre de quitter le territoire précédemment notifié peut en principe être mis à exécution, l'étranger en situation illégale se trouve ainsi protégé par sa demande de régularisation contre la notification d'un ordre de quitter le territoire. La circulaire du 15 décembre 1998⁽³¹⁾, qui s'est substituée à la circulaire du 9 octobre 1997, ne contient plus une telle précision⁽³²⁾. Mais la pratique est demeurée ce qu'elle était sous l'empire de la précédente circulaire : non seulement des ordres de quitter le territoire ne sont pas notifiés par l'administration communale lorsqu'est pendante une demande faisant usage de la procédure que permet l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, mais l'Office des étrangers s'abstient en outre de faire exécuter l'ordre de quitter le territoire notifié antérieurement à l'introduction d'une demande de régularisation. Ainsi, sans être protégé juridiquement contre le risque d'être éloigné, le demandeur de régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 est en fait à l'abri, dans la plupart des cas, d'une mesure d'éloignement.

Un deuxième argument en faveur de cette assimilation entre les deux types de demandeurs de régularisation est que pareille assimilation a été opérée par l'Exécutif lui-même. La circulaire adressée le 11 février 2000 par le ministre de l'intégration sociale aux présidents des centres publics d'aide sociale, afin de préciser les conséquences de la loi du 22 décembre 1999 sur l'application de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976, énonce que «*tout comme l'introduction d'une demande d'autorisation de séjour conformément à la procédure prévue à l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au terri-*

toire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers, la demande de régularisation visée dans le cadre de la loi du 22 décembre 1999 n'entraîne pas l'ouverture du droit à l'aide sociale durant la procédure, hormis l'aide médicale urgente s'il échet, conformément à l'article 57, § 2, de la loi du 8 juillet 1976».

Il n'y a dès lors pas lieu de s'étonner que le rejet, par la Cour de cassation, du raisonnement tenu par le législateur à propos des conséquences de l'introduction d'une demande de régularisation introduite sur la base de la loi du 22 décembre 1999, produise des répercussions sur l'appréciation des conséquences qui s'attachent à l'introduction d'une demande de même nature fondée sur l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980.

Troisièmement, l'on peut se demander si le maintien d'une différence de traitement entre, d'une part, les demandeurs de régularisation selon le droit commun de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, et d'autre part les demandeurs de régularisation invoquant la loi du 22 décembre 1999, n'est pas discriminatoire. Ne serait-il pas contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution d'interpréter l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 organique des CPAS de façon à exclure l'octroi à ceux-là de l'aide sociale alors qu'elle est accordée au contraire à ceux-ci ? En décidant d'interroger la Cour d'arbitrage sur l'éventuelle discrimination qu'aurait créée la loi du 22 décembre 1999 entre deux catégo-

ries d'étrangers (ceux arrivant en temps utile pour bénéficier de l'opération exceptionnelle et limitée dans le temps de régularisation qu'organise cette loi, d'une part; les autres étrangers réunissant les mêmes conditions à un moment postérieur à la clôture de l'opération de régularisation, d'autre part), le Conseil d'État a reconnu – mais c'était l'évidence – que ces deux catégories sont comparables l'une à l'autre⁽³³⁾. Même si la Cour d'arbitrage devait répondre par la négative à la question préjudicielle qui lui est posée, le constat d'une absence de violation des articles 10 et 11 de la Constitution lié uniquement à l'existence d'une procédure particulière pour les étrangers en situation illégale remplissant les conditions de l'article 2 de la loi du 22 décembre 1999 au moment de l'opération de régularisation (pendant les trois semaines suivant le 10 janvier 2000), ne devrait pas s'interpréter comme excluant qu'une discrimination puisse résulter du refus de l'aide sociale aux étrangers en situation illégale invoquant l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, alors que pareille aide sociale est accordée aux étrangers ayant introduit une demande de régularisation non manifestement dépourvue de chances de succès dans le cadre de la loi du 22 décembre 1999. En effet, à la différence d'une extension du bénéfice de la loi du 22 décembre 1999 à d'autres étrangers que ceux auxquels s'adressait cette loi, l'extension du droit à l'aide sociale ne met

(30) M.B., 14 novembre 1997. Sur le statut de cette circulaire, voy. not. B. Bléro, «À propos de quelques circulaires du ministre de l'Intérieur en droit des étrangers. Nature et valeur du procédé», R.D.E., n°99, 1998, p. 297. Sur cette circulaire en particulier, voy. F. Bernard, «L'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers : d'une règle de procédure à une règle de fond. Commentaire de la circulaire du ministre de l'Intérieur du 9 octobre 1997», R.D.E., n° 97, 1998, p. 3.

(31) Circulaire du 15 décembre 1998 relative à l'application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la régularisation de situations particulières, M.B., 19 décembre 1998. Cette circulaire se substitue également à la circulaire du 10 octobre 1997 relative aux étrangers qui, suite à des circonstances extérieures et indépendantes de leur volonté, ne peuvent provisoirement pas donner suite à un ordre de quitter le territoire pris à leur encontre dans le cadre de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (M.B., 14 novembre 1997).

(32) La circulaire du 15 décembre 1998 précise au contraire : «L'introduction d'une demande d'obtention d'une autorisation à séjourner conformément à la procédure prévue par l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, ne suspend pas une mesure d'éloignement et n'affecte donc nullement le statut de séjour de l'intéressé».

(33) C.E. (Xvème Ch., réf.), n° 113.932, 18 décembre 2002.

Pouvoir mener une vie conforme à la dignité humaine pendant l'examen de sa demande



pas en cause la philosophie même de cette dernière loi – celle consistant à organiser une opération de régularisation unique («one-shot»), strictement limitée dans le temps. Il est donc permis de regretter que, dans le cadre de l'affaire C.P.A.S. de Huy c./ Brajevic et Halilovic, la Cour de cassation n'ait pas jugé devoir interroger la Cour d'arbitrage sur l'éventuelle discrimination qui pourrait résulter d'une différence de traitement entre ces deux catégories de régularisables⁽³⁴⁾. La Cour d'arbitrage se serait vu fournir ainsi l'occasion de décider si l'inapplicabilité de l'article 57, § 2 de la loi du 8 juillet 1976 aux demandeurs de régularisation sur la base de la loi du 22 décembre 1999 ne doit pas entraîner l'inapplicabilité de cette disposition également au bénéfice des demandeurs de régularisation sur la base de l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, sous peine de créer entre ces deux catégories d'étrangers en situation illégale une discrimination.

Quant à la décision annotée, c'est sur un quatrième argument qu'elle fait reposer l'assimilation entre les deux situations où l'étranger en séjour illégal introduit une demande visant à faire régulariser son séjour. Cet argument est fondé sur l'idée que l'étranger en situation illégale qui demande la régularisation de son séjour doit pouvoir mener une vie conforme à la dignité humaine pendant l'examen de sa demande.

Les deux circulaires ministérielles ayant précisé successivement, le 9 octobre 1997 et le 15 décembre 1998, les conditions d'application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, ont exclu expressément que cette disposition puisse être «utilisé[e] comme voie de recours contre une mesure d'éloignement». Le tribunal du travail de Bruxelles n'en considère pas moins dans la décision annotée que l'introduction d'une demande de régularisation sur cette base constitue un «recours» au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, ce qui exige qu'il ait l'effectivité voulue. C'est l'argument principal qui le conduit à con-

clure qu'il faut accorder l'aide sociale à la demanderesse : il faut accorder celle-ci, lit-on dans la décision, «afin de garantir le droit au recours effectif de la requérante dans le cadre de sa demande de régularisation». Ce raisonnement évoque celui adopté par la Cour d'arbitrage dans son arrêt n° 43/98 du 22 avril 1998, où celle-ci avait conclu à l'existence d'une restriction disproportionnée au droit à l'exercice effectif d'un recours juridictionnel dans le chef du demandeur d'asile ayant reçu un ordre de quitter le territoire «exécutoire», et dès lors privé de l'aide sociale alors qu'un recours pouvait encore être introduit devant le Conseil d'État.

Pareille application par analogie de l'arrêt rendu le 22 avril 1998 par la Cour d'arbitrage aboutit sans doute à «étend[re] (...) une solution impliquant l'introduction d'un recours juridictionnel à une demande administrative de régularisation»⁽³⁵⁾. Mais c'est justement cette extension⁽³⁶⁾ qu'a opéré l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 juin 2002. Cet arrêt considère en effet que, étant toléré sur le territoire afin qu'il lui soit possible de suivre la procédure de régularisation – celle-ci impliquant notamment qu'il puisse répondre aux convocations qui lui sont adressées –, le demandeur de régularisation doit pouvoir y demeurer

(34) Dans l'arrêt du 10 septembre 2001 par lequel elle saisit la Cour d'arbitrage d'une question préjudicielle, la Cour de cassation interroge celle-ci uniquement sur la discrimination que créerait éventuellement l'article 57 § 2, al. 1^{er}, de la loi du 8 juillet 1976, en ce que cette disposition «traite de la même manière les étrangers qui séjournent illégalement dans le Royaume et peuvent être éloignés et les étrangers qui, entrés régulièrement en Belgique et ayant introduit soit une demande de régularisation de séjour fondée sur l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980 et transmise à la Commission de régularisation par application de la loi du 22 décembre 1999, soit une demande de régularisation fondée sur les dispositions de la loi du 22 décembre 1999, ne peuvent être éloignés du territoire en vertu de l'article 14 de cette dernière loi» (pour la réponse de la Cour d'arbitrage, voy. l'arrêt n° 15/2002 du 17 janvier 2002, précité). La formulation de la question, surtout si on la rapporte aux circonstances de l'affaire portée devant la Cour de cassation, confirme que dans l'esprit de cette juridiction, les étrangers en situation illégale mais protégés d'un risque d'éloignement. C'est oublier cependant, ainsi qu'on le verra, que même à défaut d'une garantie dans la loi belge, certaines catégories d'étrangers, dès lors qu'ils ne peuvent être expulsés du territoire compte tenu des obligations internationales de la Belgique, sont protégés contre toute mesure d'éloignement de la même manière que si la loi leur garantissait formellement une telle protection.

(35) Fierens, «L'aide sociale aux étrangers demandeurs de régularisation», précité, p. 958 (la formule est utilisée à propos d'une autre décision, rendue dans un contexte proche).

(36) Que la jurisprudence de la Cour d'arbitrage ne semble pas exclure : voy. C.A., arrêt n°89/2002 du 5 juin 2002, point B.5. (estimant que se trouvent dans une situation comparable les étrangers qui introduisent un recours juridictionnel contre une décision de refus de reconnaissance de la qualité de réfugié, d'une part, les étrangers qui ont introduit une demande de reconnaissance d'apatridie ou une demande de régularisation fondée sur l'article 9, alinéa 3, de la loi du 15 décembre 1980, d'autre part).

L'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme trouve à s'appliquer

dans des conditions acceptables, en conformité avec l'exigence formulée à l'article 23, alinéa 1^{er}, de la Constitution, que chacun puisse mener une vie conforme à la dignité humaine. L'arrêt du 17 juin 2002 laisse donc entendre, au fond, que si l'aide sociale ne peut être refusée au demandeur de régularisation, c'est qu'il y va de l'effectivité de la procédure de régularisation – procédure administrative donc, et non juridictionnelle. C'est un argument de bon sens : la procédure que décrit la circulaire du 15 décembre 1998 relative à l'application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 mentionne en divers endroits qu'il est essentiel que le demandeur puisse être « *informé rapidement des décisions prises dans son dossier et des éventuelles demandes de renseignements [et des preuves] supplémentaires* », ce qui, suppose-t-on, doit impliquer qu'il puisse demeurer sur le territoire dans l'attente d'un examen de sa demande.

Mais ce qui paraît surtout décisif, c'est que la demande de régularisation qui, faisant état de « *circonstances exceptionnelles* », invoque le bénéfice de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980, invoquera le plus souvent des risques d'atteintes graves aux droits fondamentaux, à l'appui de la demande de régularisation. Les droits invoqués seront le droit à la vie ou droit de ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant à l'étranger, notamment par suite de circonstances de guerre ou de violations massives des droits de l'homme dans l'État d'origine, ou par suite de circonstances médicales; le droit au respect de la vie privée ou familiale, que menacerait la notification et la mise à exécution d'un ordre de quitter le territoire alors que l'intéressé a tissé des liens professionnels, sociaux et familiaux en Belgique et a rompu tous ses liens avec son pays d'origine ⁽³⁷⁾.

Dès lors que la demande de régularisation constitue une procédure par laquelle l'étranger en situation illégale en Belgique vise à éviter une violation de ses droits fondamentaux, l'article 13 de la Convention européenne

des droits de l'homme trouve à s'appliquer. Or, cette disposition exclut qu'il puisse être procédé à l'éloignement de l'étranger qui allègue, de manière suffisamment plausible, que son éloignement crée un tel risque, pourvu que celui-ci soit sérieux et avéré. En ce sens, elle garantit un droit de séjour provisoire à l'étranger : celui de demeurer sur le territoire tant qu'il n'aura pas été statué sur la réalité des craintes qu'il exprime quant aux conséquences d'un éloignement.

Il est indifférent que le droit belge – qu'il s'agisse de la loi du 15 décembre 1980 ou d'une circulaire ministérielle – ne qualifie pas de « *recours* » la possibilité qui est offerte à l'étranger de demander la régularisation de son séjour, dès lors que sont en jeu ses droits fondamentaux. Au regard de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, constitue un « *recours* » toute procédure instituée dans le droit interne qui est susceptible de protéger l'individu contre une violation de ses droits fondamentaux; et lorsque le recours est introduit par un étranger contre le risque qu'entraîne la menace de l'éloignement du territoire, ce recours ne sera considéré comme « *effectif* » que si, au moins jusqu'au moment où une instance présentant toutes les garanties d'indépendance et d'impartialité requises aura pu statuer, il n'est pas privé de tout

effet utile par la mise à exécution de la décision d'éloigner l'étranger ⁽³⁸⁾.

Le droit international exclut que l'État belge puisse priver l'étranger dont l'éloignement du territoire risquerait de porter atteinte à ses droits fondamentaux d'un recours effectif, donc suspensif de la mise à exécution de la mesure d'éloignement dont il fait l'objet.

De la même manière, le droit international exclut que les personnes ainsi provisoirement admises à pouvoir demeurer sur le territoire national soient privées de l'aide sociale nécessaire à mener une vie conforme à la dignité humaine.

4. Le droit à l'aide sociale au bénéfice de toute personne qui ne peut être éloignée du territoire ⁽³⁹⁾

L'article 13, § 1 de la Charte sociale européenne mérite d'être mentionné, en dépit des limites de son champ d'applicabilité *ratione personae*. Aussi bien dans sa version originelle du 18 octobre 1961 que dans sa version révisée le 3 mai 1996, cette disposition prévoit que les Parties s'engagent « *à veiller*

(37) Voy. not. la deuxième partie de la Circulaire relative à l'application de l'article 9, alinéa 3 de la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers et la régularisation de situations particulières, précitée. Cette partie traite des « *cas exceptionnels* » : non seulement celui des demandeurs d'asile qui ont dû attendre une décision pendant une période déraisonnablement longue, mais également celui des « *étrangers qui ne peuvent provisoirement pas donner suite à un ordre de quitter le territoire pour des raisons exceptionnelles et indépendantes de leur propre volonté* » – hypothèse qui comprend celle de l'impossibilité « *situationnelle* » de retour, par exemple la situation de guerre dans le pays d'origine -, celui des personnes gravement malades, ou encore celui des étrangers ayant des raisons humanitaires de vouloir demeurer en Belgique. Dans beaucoup des situations ainsi visées par la circulaire, l'éloignement de l'étranger vers son pays d'origine est en réalité impossible à envisager en raison des engagements internationaux de la Belgique.

(38) Voy. Cour eur. D.H., arrêt *Conka c./ Belgique* du 5 février 2002, § 79 : « *La Cour considère que l'effectivité des recours exigés par l'article 13 suppose qu'ils puissent empêcher l'exécution des mesures contraires à la Convention et dont les conséquences sont potentiellement irréversibles (...)* En conséquence, l'article 13 s'oppose à ce que pareilles mesures soient exécutées avant même l'issue de l'examen par les autorités nationales de sa compatibilité avec la Convention ». Rappelons qu'il ressort également de l'arrêt *Conka* que ces conséquences « *potentiellement irréversibles* » ne sont pas uniquement celles qui risquent de découler de mauvais traitements subis dans l'État de renvoi : toute atteinte aux droits fondamentaux (par exemple, dans l'espèce *Conka*, au droit de ne pas être victime d'une expulsion collective, au sens de l'article 4 du Protocole n°4 à la Convention) peut être considérée comme pouvant entraîner pareilles conséquences.

(39) On trouvera d'autres développements sur ce point dans la belle étude de I. Hachez, « *L'application du principe de standstill... à l'envers !* », J.D.J., n° 206, juin 2001, p. 19.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

à ce que toute personne qui ne dispose pas de ressources suffisantes et qui n'est pas en mesure de se procurer celles-ci par ses propres moyens ou de les recevoir d'une autre source, notamment par des prestations résultant d'un régime de sécurité sociale, puisse obtenir une assistance appropriée et, en cas de maladie, les soins nécessités par son état». Conformément à l'Annexe à la Charte sociale européenne (révisée) sur la Portée de la Charte en ce qui concerne les personnes protégées, cette garantie est stipulée au bénéfice de toute personne ayant la nationalité d'un État partie à la Charte sociale européenne, pour autant qu'elle réside légalement sur le territoire de la Partie intéressée.

En vertu du paragraphe 4 de l'article 13 de la Charte sociale européenne (révisée), cette obligation est due par les États parties à la Charte sociale européenne et liés par cette disposition, «sur un pied d'égalité avec leurs nationaux, aux ressortissants des autres Parties contractantes se trouvant légalement sur leur territoire, conformément aux obligations qu'elles assument en vertu de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale [du 11 décembre 1953]».

L'extension aux ressortissants des autres États parties à la Charte sociale européenne, sans discrimination fondée sur la nationalité, du droit à l'assistance sociale accordé par un État partie à ses nationaux, n'est donc subordonnée qu'à la condition que la résidence sur le territoire de l'État intéressé ait un caractère légal. Il est douteux, mais il n'est pas exclu, que cette expression permette d'inclure les étrangers, ressortissants d'un autre État partie à la Charte, tolérés provisoirement sur le territoire belge en raison de l'introduction d'une demande de régularisation de leur séjour alors que celui-ci demeure illégal notwithstanding l'introduction d'une telle demande.

L'effet de l'article 13, § 4 de la Charte sociale européenne est d'étendre l'obligation figurant à l'article 1^{er} de la Convention européenne d'assis-

tance sociale et médicale⁽⁴⁰⁾ à l'ensemble des États parties à la Charte, qu'ils aient ou non ratifié la Convention européenne sur l'assistance sociale et médicale de 1953.

Or, l'article 1^{er} de la Convention européenne sur l'assistance sociale et médicale prévoit que «Chacune des Parties contractantes s'engage à faire bénéficier les ressortissants des autres Parties contractantes, en séjour régulier sur toute partie de son territoire auquel s'applique la présente Convention et qui sont privés de ressources suffisantes, à l'égal de ses propres ressortissants et aux mêmes conditions, de l'assistance sociale et médicale (...) prévue par la législation en vigueur dans la partie du territoire considéré».

Aux termes du rapport explicatif à la Convention européenne sur l'assistance sociale et médicale, adopté le 21 novembre 2001, la Convention s'applique aux ressortissants d'une Partie contractante qui sont en séjour régulier sur le territoire d'une autre Partie contractante, «indépendamment de la longueur de leur séjour. Les seules conditions d'attribution de l'assistance sociale et médicale sont le caractère régulier du séjour et l'existence d'une situation de besoin. Pour déterminer si une personne se trouve en séjour régulier, il faut se référer aux législations des Parties contractantes qui réglementent les conditions d'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire respectif, sans oublier les traités internationaux qui peuvent modifier ces conditions» (§ 5).

Dès lors que l'obligation de tolérer le séjour en Belgique des étrangers ayant demandé leur régularisation est imposée par la loi belge (art. 14 de la loi du 22 décembre 1999) ou par le droit international (art. 13 de la Convention européenne des droits de l'homme), l'on ne saurait ainsi exclure que cette obligation puisse entraîner celle, corrélatrice, fondée sur l'article 13 de la Charte sociale européenne, de fournir

aux étrangers qui sont ressortissants d'autres États parties à la Charte sociale européenne l'«assistance appropriée» que celle-ci mentionne.

Mais les instruments universels, en raison de l'absence de limites mises à leur champ d'application *ratione personae*, présentent pour nous un intérêt plus évident. L'article 11, § 1 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966, reconnaît à toute personne le droit à «un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisants». En vertu de l'article 2, § 2 dudit Pacte, le droit doit être accordé sans discrimination à toute personne se trouvant sous la juridiction de l'État en cause. Au paragraphe 6 de son Observation générale n° 15 (Situation des étrangers au regard du Pacte), le Comité des droits de l'homme, dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, a estimé que «L'autorisation d'entrée peut être soumise à des conditions relatives aux déplacements, au lieu de séjour et à l'emploi. Un État peut aussi imposer des conditions générales aux étrangers en transit. Cependant, une fois autorisés à entrer sur le territoire d'un État partie, les étrangers bénéficient des droits énoncés par le Pacte».

Compte tenu de l'identité des formulations de l'article 2, § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et de l'article 2, § 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, cette conclusion doit être présumée valable également en ce qui concerne les droits énoncés dans ce dernier instrument.

La Cour d'arbitrage devrait y être d'autant plus sensible que, comme le Comité des droits économiques, sociaux et culturels lui-même, elle se dit particulièrement attentive à la qualité des justifications que peut fournir le législateur lorsque celui-ci opère dé-

(40) Convention européenne sur l'assistance sociale et médicale, signée à Paris le 11 décembre 1953 (S.T.E., n° 14).

Engagements internationaux que la Belgique

libérement une rétrogression dans les droits de l'homme qu'il doit respecter. Ainsi a-t-elle récemment noté, à propos de l'obligation imposée au législateur belge par l'article 23 de la Constitution, que «cette disposition constitutionnelle impose aux législateurs de ne pas porter atteinte au droit garanti par la législation qui était applicable le jour où l'article 23 est entré en vigueur», ce qui leur «interdit d'adopter des mesures qui marqueraient un recul significatif du droit [à l'aide sociale] garanti par l'article 23, alinéa 1^{er} et alinéa 3, 2^o, de la Constitution»⁽⁴¹⁾.

Or c'est bien une restriction apportée, à partir de 1984⁽⁴²⁾, à un droit à l'aide sociale initialement reconnu à toute personne, au détriment des étrangers en situation illégale, à laquelle nous avons assisté en Belgique.

Il faut enfin tenir compte des exigences des articles 3, § 2 et 27 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, du 20 novembre 1989. L'obligation que ces dispositions imposent aux États parties d'adopter des mesures de protection au bénéfice de l'enfant et de son bien-être, ainsi que de garantir à l'enfant un niveau de vie suffisant pour permettre son développement physique, mental, spirituel, moral et social, combinées avec l'interdiction de toute discrimination dans la jouissance de ces droits (art. 2, § 1 de la Convention), font obstacle à ce que les États membres refusent l'assistance sociale à une famille se trouvant sous leur juridiction⁽⁴³⁾. Certaines juridictions belges l'ont déjà admis⁽⁴⁴⁾. La Cour d'arbitrage est saisie d'une question préjudicielle qui pourrait l'amener à prendre, à son tour, position.

5. Conclusion

La décision annotée s'inscrit dans un débat très simple, même s'il se trouve obscurci par le foisonnement des positions qui s'y expriment. La Belgique fait figurer dans une loi relative au statut de l'étranger une disposition qui

permet à celui qui, en situation illégale sur le territoire, se trouve empêché par des «circonstances exceptionnelles» de se rendre dans son pays d'origine pour introduire là une autorisation de retourner en Belgique, d'être dispensé de cette obligation, et d'introduire une demande de régularisation auprès de l'autorité la plus proche : celle de la commune où il se trouve. Ayant assumé la responsabilité de traiter une telle demande, la Belgique peut-elle refuser d'assumer la responsabilité, assurément plus coûteuse, de permettre aux personnes ayant fait usage de cette possibilité de vivre dignement : sans devoir mendier pour subsister, ou subir l'exploitation par autrui ? La question est peut-être mal posée. Elle repose sur une opposition entre la régularisation envisagée comme «une mesure qui relève du pouvoir d'appréciation souverain des autorités belges»⁽⁴⁵⁾, et le fait d'assumer certaines obligations envers les étrangers non pas «librement», mais en raison d'engagements internationaux que la Belgique a acceptés. Cette opposition contamine tout le débat; elle le structure même; or elle est une opposition fautive.

La réalité est que tout étranger qui se trouve sous la juridiction de la Belgique a des droits à faire valoir, et que la Belgique doit respecter ses obligations internationales dans le traitement qu'elle lui réserve, quel que soit son statut administratif. La différence entre les illégaux demandeurs de ré-

gularisation et les autres étrangers en situation illégale n'est pas que ceux-ci pourraient être forcés de vivre dans des conditions non conformes à la dignité humaine, alors qu'un tel traitement ne pourrait au contraire être infligé à ceux-là. La seule différence entre les uns et les autres, c'est que les demandeurs de régularisation sortent du bois, alors que les clandestins «véritables» se cachent, craignant de n'avoir aucun argument à faire valoir contre leur éloignement du territoire qu'ils risquent à tout moment. Aux demandeurs en régularisation, l'aide sociale devrait pouvoir être accordée, parce qu'aucun obstacle pratique ne s'oppose plus à ce qu'elle soit octroyée à des étrangers qui se sont identifiés et sont sortis de leur clandestinité. Mais rien, sinon justement les difficultés d'en assurer l'acheminement vers ses bénéficiaires, ne devrait s'opposer en principe à ce que le droit à l'aide sociale soit reconnu à tous les illégaux tant qu'ils demeurent sur le territoire. Par leur seule présence sur le territoire, ces illégaux se trouvent sous la responsabilité de notre État. Ils peuvent en être éloignés, à certaines conditions. Mais tolère-t-on qu'ils restent, il faut en accepter la conséquence : ne pas ignorer la réalité de leur présence, ne pas faire comme s'ils n'étaient pas là, ne pas les abandonner à la nature.

(41) C.A., arrêt n°169/2002 du 27 novembre 2002, points B.6.5. et B.6.6.

(42) Donc après le 21 juillet 1983, date de l'entrée en vigueur du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels à l'égard de la Belgique (loi d'assentiment du 21 avril 1983, M.B., 6 juillet 1983). C'est cette date que retient la Cour d'arbitrage : C.A., arrêt n° 33/92 du 7 mai 1992, point B.4.3.

(43) Voy. par ex. Comité des droits de l'enfant, 30^{ème} session, Examen des rapports soumis par les États membres en application de l'article 44 de la Convention, Observations finales concernant la Belgique, 7 juin 2002 (CRC/C/15/Add. 178), § 4.

(44) Comp., excluant la reconnaissance d'un effet direct de la Convention relative aux droits de l'enfant de manière à permettre d'écarter les termes de l'article 57 § 2 de la loi du 8 juillet 1976 au bénéfice de demandeurs en régularisation, Trav. Mons, 23 mai 1999, J.T.T., 2000, p. 251, Trib. trav. Bruxelles, 2 mars 2000, J.T.T., p. 253, Trib. trav. Bruxelles, 26 juillet 2002, avec, en faveur de pareille reconnaissance, Trib. trav. Bruxelles, 27 septembre 2001, R.G. n° 9.903/01, Trib. trav. Bruxelles, 13 novembre 2001, R.G. n° 13.883/01, Trib. trav. Bruges (7^{ème} ch.), 24 décembre 2001, J.T.T., 2002, p. 291, ou Trib. trav. Bruxelles (15^{ème} ch.), 5 février 2002. En doctrine, Th. Werquin, «La Convention des Nations Unies du 20 novembre 1989 sur les droits de l'enfant et l'aide sociale aux étrangers en séjour illégal», J.T.T., 2000, p. 241; et S. Bouckaert, «De directe werking van het Kinderrechtenverdrag in het contentieux omtrent de toepassing van artikel 57, § 2 van de OCMW-wet», noot onder Arbrb. Antwerpen 3 mei 2000, T.V.R., 2001, p. 255.

(45) Ainsi que l'exprime la Cour d'arbitrage pour distinguer la régularisation de l'examen de la demande d'asile par les autorités belges, examen qui «s'inscrit [au contraire] dans le cadre d'obligations internationales auxquelles l'État a souscrit» (C.A., arrêt n° 89/2002 du 5 juin 2002, point B.16).