

IDÉES ET PERSPECTIVES

Pour une politique migratoire humaine et réaliste en Belgique, dans l'Europe de demain

par Jean-Yves CARLIER

Professeur à la Faculté de Droit de l'U.C.L.
Professeur invité à Paris II (Panthéon-Assas),
Avocat

En 1970, les *Annales de Droit* ont consacré un dossier à «La condition des étrangers en Belgique»¹. François Rigaux titrait l'introduction de ce dossier : «La nécessaire modernisation du droit des étrangers».

Ceci montre que la question abordée dans le présent article n'est pas neuve. Elle mérite un premier rappel : le constat de l'existence et de la persistance des migrations (Section I^{re}). Au sein de l'Union européenne, il n'est plus possible d'envisager la gestion des migrations indépendamment des autres États membres et des institutions européennes. C'est l'objet du deuxième point (Section II). Le troisième point tente de profiler le contenu d'une future politique belge et européenne en matière de migrations (Section III).

Ce texte, écrit au moment où le sujet est à l'ordre du jour des agendas politiques en Belgique et en Europe, n'est pas une analyse du droit positif mais une réflexion prospective. Cette réflexion repose sur une conviction : une politique migratoire à la fois humaine et réaliste est possible.

SECTION I^{re}. — CONSTAT : LA RÉALITÉ DES MIGRATIONS

Les migrations ont toujours existé et continueront d'exister. Le phénomène est structurel². Bien que banal, ce constat mérite d'être rappelé. Les politiques de fermeture absolue des frontières qui seraient conduites au nom du réalisme, dont la nécessité de sauvegarder l'emploi et l'identité culturelle, sont au contraire profondément irréalistes en ce qu'elles nient une réalité

¹ *Annales de Droit*, 1974, 4, pp. 291-655.

² G. SIMON, *Géodynamique des migrations internationales dans le monde*, Paris, P.U.F., 1995.

constante de l'histoire : l'existence et la persistance des migrations. Loin de nier le phénomène migratoire, il convient de le gérer au mieux des intérêts concernés : ceux des États d'origine et d'accueil ainsi que ceux des migrants.

Si l'on prend l'exemple belge, il se caractérise par un décalage permanent entre le droit et la réalité. Lorsqu'une nouvelle réalité migratoire est constatée, l'adoption de textes appelés à la réguler intervient tardivement à un moment où une nouvelle réalité fait déjà jour. Dès après l'indépendance, des textes qui se voulaient provisoires, seront régulièrement prolongés³. Alors que la Constitution affirme, dès l'origine, un principe libéral d'égalité entre Belges et étrangers⁴, les textes, et surtout les pratiques, d'application se caractérisent davantage par un principe de discrimination. Dans le numéro précité des *Annales de Droit*, son actuel directeur, Michel Verwilghen, constatait que la loi du 28 mars 1952 sur la police des étrangers « donne au gouvernement — et principalement au ministre de la Justice — des pouvoirs extrêmement étendus. En pratique, cela signifie que la police des étrangers, section de l'administration de la Sûreté publique... possède un pouvoir discrétionnaire quasi illimité »⁵.

Alors même que cette législation de 1952 sur la police des étrangers laisse un large pouvoir discrétionnaire sur ce qui pourrait être considéré comme une frange marginale et peu importante de la population de Belgique, l'immigration de travail va se développer par des accords bilatéraux. Ces accords sont signés d'abord avec les pays limitrophes après la Première guerre mondiale⁶, avec l'Italie après la Deuxième guerre mondiale jusqu'à la catastrophe de Marcinelle en 1956⁷, ensuite avec d'autres pays du Sud de l'Europe⁸, puis du Nord de l'Afrique⁹. L'immigration de travail est arrêtée en 1974, en Belgique comme dans les autres pays européens, suite à la crise pétrolière. Pourtant, les accords bilatéraux d'immigration avec la Turquie, le Maroc, l'Algérie et la Tunisie ne seront ratifiés par le législateur

³ Ph. GODDING, « L'expulsion des étrangers en droit belge (Aperçu historique 1830-1952) », *Annales de Droit*, 1970, p. 301 ; J. GILISSEN, « Le statut des étrangers en Belgique du XIII^e au XX^e siècle », *Rec. Soc.*, J. BODIN, 1958, p. 231, qui note « le divorce constant entre la règle juridique et la réalité sociale » (p. 331).

⁴ Article 191 (ex 128) 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 ».

Sur l'interprétation ultérieure de ce texte par la Cour d'arbitrage, voy. notamment : A. RASSON-ROLAND et M. VERDUSSEN, « Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière. Belgique », *Annuaire international de justice constitutionnelle*, XIV, 1998, p. 121.

⁵ M. VERWILGHEN, « La police des étrangers : accès, séjour, établissement. Droit commun et traités bilatéraux », *Annales de Droit*, 1970, p. 331, italiques dans le texte.

⁶ France (1924), Luxembourg (1926), Pays-Bas (1933).

⁷ Italie (1946).

⁸ Espagne (1956), Grèce (1957), Turquie (1964).

⁹ Maroc (1964), Tunisie (1969), Algérie (1970).

que fin 1976¹⁰. À cette même époque, suite aux grèves de la faim d'étudiants étrangers et belges en 1970, la réforme de la loi de 1952 est mise en chantier. L'on veut construire un véritable statut administratif des étrangers. Ce sera la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers¹¹. A peine quatre ans après son entrée en vigueur, elle est modifiée¹². Elle demeure aujourd'hui la législation de base relative au statut des étrangers mais a été modifiée à plusieurs reprises pour s'adapter aux nouvelles formes de migrations : le regroupement familial d'abord, les réfugiés ensuite. Tant en la forme, pour éviter une numérotation d'articles devenue ubuesque (exemple : art. 57/23bis, 74/4bis...) que sur le fond, il paraît nécessaire de revoir l'ensemble de cette législation et d'élaborer une nouvelle *Loi relative au statut des étrangers*. Certes, ce texte sera lui aussi dépassé un jour, le législateur ne pouvant anticiper les nouvelles formes de migrations. Mais accepter le constat de la persistance des migrations permettrait de réduire l'hiatus entre le texte et la réalité qu'il est appelé à régler en distinguant mieux ce qui relève des droits de ce qui relève de la faveur (*infra*, Section III).

Les réalités économiques et démographiques contemporaines ne doivent pas être rappelées. Elles confirment la persistance, voire le développement de migrations économiques et de peuplement¹³. Elles condamnent à long terme toute tentative de fermeture absolue des frontières. L'option «frontières fermées» rejetée, il reste aujourd'hui deux options possibles. La première, à l'opposé, se veut «frontières ouvertes». Elle est intellectuellement séduisante. Elle prend acte de la réalité du mouvement, dans une logique libérale, et ne voit pas de justification éthique à l'interdiction de s'installer où l'on souhaite vivre¹⁴. Selon le titre d'un ouvrage collectif, «on est né

¹⁰ Loi du 13 décembre 1976, *M.B.*, 17 juin 1977.

¹¹ *M.B.*, 31 décembre 1980. Voy. F. RIGAUX, «Vers un nouveau statut administratif des étrangers», *J.T.*, 1981, p. 111. Pour une connaissance générale de cette loi et son évolution, voy. sur feuillets mobiles aux Éditions La Charte, *Le Code du droit des étrangers et L'étranger et le droit belge* et chez Kluwer, *Le guide de la personne étrangère*; D. ANDRIEN, D. BATSELÉ, E. DERIKS et M. SCARCEZ, *Comprendre les statuts et les droits des étrangers par les textes*, Bruxelles, Bruylant, 1997, ainsi que les différentes publications de la *Revue du droit des étrangers*, dont le n° 90 de 1996, «Loi du 15 décembre 1980, 15 ans après» et le n° 100 de 1998, comportant des tables de 1977 à 1998.

¹² Loi du 28 juin 1984, *M.B.*, 12 juillet 1984.

¹³ A. BASTENIER, «La 'mondialisation heureuse' n'aura pas lieu», *Revue Nouvelle*, novembre 1998, p. 84.

¹⁴ Voy. J.H. CARENS, «Migration and morality : A liberal egalitarian perspective», in B. BARRY et R.E. GOODIN (Ed.), *Free movement. Ethical issues in the transnational migration of people and of money*, The Pennsylvania State University Press, 1992. CARENS reconnaît que cette perspective de liberté absolue de mouvement «is not politically feasible today and so it mainly serves to provide a critical standard by which to assess existing restrictive practices and policies. While almost all forms of restriction on movement are wrong from a liberal egalitarian perspective, some practices and policies are worse than others».

quelque part mais on peut vivre ailleurs»¹⁵. Le droit international lui-même n'est pas exempt d'ambiguïté lorsqu'il reconnaît le droit pour toute personne de «quitter n'importe quel pays y compris le sien»¹⁶, sans en déduire le droit d'entrer sur le territoire d'un autre pays, abandonnant aux États la liberté d'autoriser l'accès à leur territoire sous la réserve, notable, de ne pas refouler une personne vers un pays dans lequel elle craint une persécution¹⁷ ou un traitement inhumain ou dégradant¹⁸.

La deuxième option entend se situer entre les «frontières fermées» et les «frontières ouvertes». Si elle prend acte de la réalité des migrations pour refuser la fermeture absolue des frontières, elle prend aussi acte de la réalité du monde contemporain pour admettre qu'une ouverture absolue des frontières conduirait aujourd'hui à des flux importants mettant en péril les acquis sociaux des pays d'immigration. Il faut toutefois reconnaître que ce réalisme résiste mal à un questionnement éthique à long terme. Qu'est-ce qui me permet, en dehors d'un égoïsme bien compris, de vouloir sauvegarder mes acquis de pays riches et d'en exclure les populations de pays pauvres? Il convient de garder à l'esprit qu'à long terme, seule une liberté généralisée de circulation sera la preuve d'un plus grand équilibre entre les parties du monde. Ce n'est donc que de façon transitoire et temporaire, à moyen terme, que le maintien d'une fermeture partielle des frontières est politiquement, sinon éthiquement, défendable. Encore faut-il que cette politique s'accompagne de moyens destinés à diminuer, dans les pays d'origine, les *push factors* qui conduisent à l'émigration : violation des droits fondamentaux, pauvreté, surpopulation. Si rien n'est fait en amont dans les pays pauvres par les pays riches, ces derniers, qui affichent leur vitrine de richesse notamment par écrans de télévision interposés, devront accepter les flux migratoires qui s'imposeront au besoin par la force, de minces «parois de verre» ne résistant pas à la logique des vases communicants¹⁹.

¹⁵ P. BÉDAY-HAUSER et C. BOLZMAN, Paris, I.E.S., 1997 (ouvrage de sciences sociales sur les familles et la migration).

¹⁶ Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 12.2; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Protocole 4, art. 2.2.

¹⁷ Ce qui serait contraire au principe de non-refoulement de l'article 33 de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés.

¹⁸ Ce qui, selon la jurisprudence, serait une violation «par ricochet» de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'État expulsant participant indirectement au traitement inhumain ou dégradant auquel la personne devrait faire face dans le pays vers lequel elle est expulsée, depuis Cour Eur. D.H., 7 juillet 1989, *Soering*, Série A, 161 en matière d'extradition, suivi d'arrêts en matière d'expulsion : *Cruz Varas* (1991), *Vilvarajah* (1991), *Chahal* (1996), *Ahmed* (1996), *Nsona* (1996), *H.L.R.* (1997), *D.* (1997).

¹⁹ «La grande salle à manger... devenait comme un immense et merveilleux aquarium devant la paroi duquel la population ouvrière de Balbec... [tous]... invisibles dans l'ombre, s'écrasaient au vitrage pour apercevoir... la vie luxueuse de ces gens, aussi extraordinaire pour les pauvres

En conséquence, c'est dans un esprit d'ouverture à long terme que l'on doit développer aujourd'hui dans le cadre européen une politique migratoire de moyen terme : humaine et réaliste.

SECTION II. — CADRE : L'EUROPE

La gestion des migrations n'est plus une question abandonnée à la seule souveraineté nationale qui pourrait s'abstraire de mécanismes d'intégration régionale, comme l'Union européenne²⁰. L'europanisation de la gestion des politiques migratoires était inscrite dans la logique même de l'intégration européenne. Dès 1957, le traité de Rome inscrit parmi les libertés fondamentales la libre circulation des travailleurs (art. 39 CE, ex 48).

Déjà, le 8 juillet 1985, la Commission avait adopté une décision 85/381 *instaurant une procédure de communication préalable et de concertation sur les politiques migratoires vis-à-vis des pays tiers*²¹. Ce ne fut pas sans opposition des États membres, dont plusieurs introduirent une procédure en annulation de cette décision en raison de l'atteinte à leur souveraineté nationale. Tout en faisant droit à ce recours, au motif que la Commission avait quelque peu outrepassé ses compétences en prévoyant la concertation non seulement dans le domaine social et du travail mais aussi dans le domaine culturel, la Cour a reconnu la compétence de la Commission et, partant, de la Communauté européenne, en matière de politique migratoire, considérant que cette politique était liée à la libre circulation des travailleurs²².

L'élargissement progressif de cette liberté de circulation à toutes catégories de personnes et l'établissement progressif, depuis l'Acte unique de 1987, d'un marché intérieur comportant «un espace sans frontières intérieures» (art. 14 CE, ex 7A, ex 8A) fera inévitablement rentrer la politique migratoire dans les préoccupations communes.

La suppression des contrôles aux frontières intérieures conduit nécessairement les États à se préoccuper en commun du contrôle des frontières extérieures. Simple logique : si je supprime les portes intérieures entre les pièces

que celle de poissons et de mollusques étranges (une grande question sociale de savoir si la paroi de verre protégera toujours le festin des bêtes merveilleuses et si les gens obscurs qui regardent avidement dans la nuit ne viendront pas les cueillir dans leur aquarium et les manger)», M. PROUST, *A la recherche du temps perdu. A l'ombre des jeunes filles en fleur*, II, 1918, Gallimard, Pléiade, 1988, t. II, p. 41.

²⁰ Pour plus de détails et des références, voy. J.Y. CARLIER et Fr. CRÉPEAU, «Intégration régionale et politique migratoire», *Clunet*, 1999, p. 953.

²¹ *J.O.C.E.*, L 217, p. 25.

²² *C.J.C.E.*, 9 juillet 1987, *Allemagne, France, Pays-Bas, Danemark et Royaume-Uni c. Commission*, C-281, 283, 285 et 287/85, *Rec.*, p. 3203. La décision sera remplacée par la décision 88/384 du 8 juin 1988, portant même titre, *J.O.C.E.*, L 183, p. 35.

d'une maison commune, je me soucie de l'accès par les portes extérieures de la maison commune. En 1992, au sein du troisième pilier du traité de Maastricht, titré les « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures », l'article K 1 précisait qu'« aux fins de la réalisation des objectifs de l'Union, notamment de la libre circulation des personnes... les États membres considèrent... comme des questions d'intérêt commun : 1) la politique d'asile, 2) les règles régissant le franchissement des frontières extérieures... ; 3) la politique d'immigration ». Certaines constitutions ont été modifiées pour permettre cette délégation de souveraineté ²³. Les principaux textes adoptés dans le cadre de la coopération intergouvernementale concernent la politique d'asile. Cette coopération intergouvernementale se heurte à deux obstacles de taille dans l'élaboration d'une politique commune : l'unanimité requise au moment de l'adoption du texte et la durée avant son entrée en vigueur. Si le texte se veut contraignant, il prend la forme d'une convention classique qui doit être ratifiée par chaque État membre. Si le texte prend des formes moins contraignantes de positions communes, d'actions communes, de résolutions ou de recommandations, son processus de mise en œuvre est plus rapide, évitant les ratifications nationales mais son effectivité est réduite à celle d'un droit mou (*soft law*). Le traité d'Amsterdam du 8 octobre 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999, rencontre ces difficultés en communautarisant ces matières par l'introduction dans le traité CE d'un nouveau titre IV, intitulé « Visas, asile, immigration et autres politiques liées à la libre circulation des personnes ». Il s'agit de « mettre en place progressivement... dans les cinq ans qui suivent l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam », un « espace de liberté, de sécurité et de justice ». La communautarisation est imparfaite pour différents motifs, dont le maintien de l'unanimité au sein du Conseil pour l'élaboration des normes, au moins pendant cinq ans et une compétence limitée de la Cour pour le contrôle de la norme ²⁴.

Un arrêt du 21 septembre 1999 de la Cour de justice des Communautés européennes, dans une affaire *Wijsenbeek*, confirme le lien logique entre la

²³ Constitution française, art. 88-2 : « Sous réserve de réciprocité et selon les modalités prévues par le Traité sur l'Union européenne signé le 7 février 1997, la France consent aux transferts de compétences nécessaires [...] à la détermination des règles relatives au franchissement des frontières extérieures des États membres de la Communauté européenne ».

²⁴ Voy. notamment H. LABAYLE, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *R.T.D.E.*, 1998, p. 810; B. VAN SIMAEYS et J.Y. CARLIER, « Le nouvel espace de liberté de sécurité et de justice », in Y. LEJEUNE (dir.), *Le Traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 228; M. WATHELET, « La Cour de justice : acteur et objet des réformes du Traité d'Amsterdam », *idem*, p. 128; K. HAILBRONNER, « The Treaty of Amsterdam and Migration Law », *European Journal of Migration and Law (E.J.M.L.)*, 1999, p. 9; J.D.M. STEENBERGEN, « All the King's Horses... Probabilities and Possibilities for the Implementation of the New Title IV EC Treaty », *E.J.M.L.*, 1999, p. 29.

liberté de circulation interne des personnes et la politique migratoire commune. Monsieur Wijnsbeek, citoyen néerlandais, a refusé de produire sa carte d'identité lors d'un contrôle à l'aéroport de Rotterdam, à l'arrivée d'un vol régulier en provenance de Strasbourg. Il a été condamné de ce chef à une amende. Il conteste cette condamnation estimant devoir bénéficier de la libre circulation sans contrôle aux frontières intérieures. Répondant à une question préjudicielle de l'Arrondissementsrechtbank de Rotterdam, la Cour ne considère pas que le droit communautaire serait violé, estimant que ni l'article 14 CE (ex 7A, marché intérieur), ni l'article 18 CE (ex 8A, liberté de circulation des citoyens) ne s'opposaient, en l'état du droit communautaire, «à ce qu'un État membre oblige, sous peine de sanctions pénales, une personne, citoyen ou non de l'Union européenne, à établir sa nationalité lors de son entrée sur le territoire de cet État membre par une frontière intérieure de la Communauté», pourvu que les sanctions soient proportionnées²⁵. La référence à l'état du droit communautaire est importante. La Cour s'en explique : «Il suffit de constater que, au moment des faits au principal, il n'existait pas de règles communes ni d'harmonisation des législations des États membres, notamment en matière de contrôles aux frontières extérieures, de politique d'immigration, de visas et d'asile. Par conséquent, même au cas où, en vertu de l'article 7A ou de l'article 8A du traité, les ressortissants des États membres auraient un droit inconditionnel de circuler librement sur le territoire des États membres, ces derniers conserveraient le droit d'effectuer des contrôles d'identité»²⁶.

Le lien logique entre libre circulation interne et politique migratoire est ainsi confirmé. Là n'est toutefois pas l'essentiel. Ce qui est frappant est le renversement de perspective. Le contrôle commun des frontières extérieures n'est plus une simple conséquence de la suppression des contrôles aux frontières intérieures, il en devient une condition. La Cour dit très clairement que les contrôles d'identité aux frontières intérieures seront permis aussi longtemps qu'il n'y aura pas de politique migratoire commune, faisant de cette politique une condition de ce qui semblait pouvoir être un acquis : la pleine réalisation du marché interne. Il y a là un paradoxe : la politique migratoire commune, dont les États ne voulaient pas afin de sauvegarder leur souveraineté nationale, devient le moyen de retarder la mise en œuvre d'une liberté totale de circulation au sein de l'Union. Tel n'était pas le cas antérieurement. Dans les années cinquante, la liberté de circulation au sein

²⁵ C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Florus Ariël Wijnsbeek c. Pays-Bas*, C-378/97, non encore publié; conclusions de l'avocat général COSMAS, du 16 mars 1999.

²⁶ *Id.*, pt. 43.

du Benelux²⁷ et de l'Union nordique²⁸ n'a pas été conditionnée par une politique migratoire commune. Même en 1985, l'Accord de Schengen entre les trois pays du Benelux, la France et l'Allemagne, sur la suppression graduelle des contrôles aux frontières intérieures, tout en envisageant le transfert du contrôle aux frontières externes, n'en fait pas une condition préalable. En revanche, la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19 juin 1990 se caractérise par des mesures beaucoup plus précises sur le «franchissement des frontières extérieures» et par un imposant titre II : «Police et sécurité»²⁹. La lutte contre le terrorisme a renforcé le souci sécuritaire. C'est légitime. Ce l'est moins lorsque la logique sécuritaire s'inscrit dans la durée. Ce l'est moins encore lorsque la logique sécuritaire s'accompagne d'un glissement d'objet : du terrorisme au banditisme, du banditisme à l'immigration. L'on ne peut se départir de l'impression que, pour abandonner une part de leur souveraineté nationale dans une politique migratoire commune, les États entendent prouver que la sécurité sera renforcée. Loin de la logique d'ouverture à long terme, proposée au début du présent texte, c'est une logique de fermeture qui s'en déduit. La communautarisation de la matière n'immunise pas nécessairement contre cette logique. Il y va de choix politiques. Le Conseil Européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 sur la création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, paraît avoir voulu donner le signe d'une Europe à la fois ouverte et sûre³⁰. La Belgique, avec les autres pays du Benelux, pourrait, comme elle l'a fait par le passé et en d'autres domaines, accentuer cette tendance et, par des réformes menées en Belgique, inciter l'Union à conduire une politique dynamique et ouverte en matière d'asile et d'immigration.

²⁷ Traité Benelux du 3 février 1958, Loi du 20 juin 1960, *M.B.*, du 27 octobre 1960; Convention Benelux du 11 avril 1960, Loi du 30 juin 1960, *M.B.*, 1^{er} et 11 août 1960 et Protocole du 29 avril 1969 sur la suppression des contrôles et des formalités aux frontières intérieures du Benelux, Loi du 2 février 1971, *M.B.*, du 11 décembre 1973.

²⁸ Accord et Protocole du 22 mai 1954 entre le Danemark, la Finlande, la Norvège, la Suède et l'Islande sur la suppression des passeports et du permis de séjour et du 12 juillet 1957 sur la suppression des contrôles aux frontières internes.

²⁹ Loi du 18 mars 1993, *M.B.*, 15 octobre 1993.

³⁰ Presidency conclusion Tampere European Council, 15 et 16 octobre 1999, D/99/14, point 4 «The aim is an open and secure European Union» et point 5 «This freedom [of movement] should not, however, be regarded as the exclusive preserve of the Union's own citizens. Its very existence acts as a draw to many other world-wide who cannot enjoy the freedom Union citizens take for granted». Voy. aussi pour plus de détails le Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en œuvre des positions du Traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice, du 3 décembre 1998, *J.O.C.E.*, C 19/1 du 23 janvier 1999, qui précise que «la philosophie inhérente au concept d'espace de liberté, de sécurité et de justice [est que] ces trois notions sont étroitement liées entre elles... [et]... ont un dénominateur commun, les personnes.» (pt. 5), et Parlement européen, *Liberté, sécurité, justice : un agenda pour l'Europe*, document de travail, P.E. 168.396, LIBÉ 106, 10-1999.

SECTION III. — CONTENU :
UNE POLITIQUE HUMAINE ET RÉALISTE

L'ordre des adjectifs de ce titre n'est pas neutre. Le premier adjectif indique l'objectif principal : la politique migratoire doit être humaine, conduite dans un esprit d'ouverture. Si elle intéresse les États d'origine et d'accueil, son objet premier concerne la personne migrante. Le deuxième adjectif indique une explication et un tempérament. Le réalisme explique le choix d'une politique humaine qui seule tient compte de la persistance des migrations qu'il serait vain de nier. Le réalisme tempère aussi l'humanisme en acceptant le maintien à moyen terme d'une certaine fermeture des frontières pour sauvegarder la cohésion sociale et les acquis socio-économiques de nos sociétés. Une distinction peut alors se faire entre les droits et les faveurs. Les étrangers présents de longue date, classés dans les *stocks* migratoires, devront bénéficier de droits de plus en plus équivalents à ceux des nationaux (§ 1^{er}). Les nouveaux migrants, classés dans les *flux* migratoires, devront bénéficier de certains droits fondamentaux et seront soumis, pour le surplus, à un régime de faveurs (§ 2).

§ 1^{er}. — Les étrangers présents (*stocks*)

Le principe d'égalité, inscrit dans la constitution, ne devrait plus connaître d'exceptions s'agissant des droits civils, dont les droits sociaux, des étrangers séjournant régulièrement sur le territoire. Si ce principe est déjà largement appliqué, il reste des traitements différenciés qui sont disproportionnés ou qui, parfois, ne poursuivent pas d'objectif légitime. Pourquoi maintenir l'exigence d'un permis de travail lorsqu'un étranger est en séjour régulier? Les limites à son droit au travail, par exemple s'il est étudiant, peuvent, comme pour le national, être indépendantes de l'obtention préalable d'un permis. Le titre de séjour devrait emporter le droit au travail.

La question des droits politiques est plus délicate. Elle peut se résoudre par un accès plus aisé à la nationalité. C'est une tendance dominante dans les pays européens qui s'est traduite nettement dans le Code de la nationalité belge depuis 1984 et pourrait encore s'accroître selon des projets gouvernementaux permettant l'accès automatique à la nationalité belge par simple déclaration après cinq ans de résidence, sauf opposition du Procureur du Roi. Cette option n'exclut pas le développement d'une citoyenneté, distincte de la nationalité, fondée sur une certaine durée de résidence et ouvrant l'accès à certains droits politiques, comme le droit de vote aux élec-

tions locales³¹. Cette possibilité, acquise dans certains États, est renforcée par la citoyenneté européenne ouvrant à tout citoyen de l'Union le droit de vote aux élections locales et européennes dans son pays de résidence. C'est en ce sens que la Belgique a modifié, tardivement, l'article 8 de la Constitution pour permettre, selon l'alinéa 3, le droit de vote aux citoyens européens, mais aussi, selon l'alinéa 4, après 2001, aux ressortissants d'États tiers³². On remarquera que, contrairement à d'autres pays qui ont introduit le droit de vote dans leur constitution, celui-ci n'est pas limité, *a priori*, aux élections locales³³. En revanche, le constituant a omis de mentionner le droit d'éligibilité pourtant expressément prévu par les textes européens.

La liberté de circulation des personnes dans l'Union européenne devra s'étendre aux ressortissants d'États tiers y séjournant régulièrement. À moyen terme, il paraît normal qu'un Marocain qui a travaillé de nombreuses années en Belgique, puisse également travailler dans un autre État de l'Union. Aujourd'hui, cette possibilité n'est ouverte que pour les membres de la famille d'un citoyen de l'Union, même s'ils n'ont pas la nationalité d'un État membre³⁴ ou pour des prestations de services tempo-

³¹ Voy. F. DELPÉRÉE, *Les droits politiques des étrangers*, Paris, PUF, Q.S.J. n° 2993, 1995; P. D'ARGENT, «Le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales et européennes comme attribut de la citoyenneté de l'Union», *Annales de droit*, 1993, p. 221; L. BRUNO, «La participation politique des personnes d'origine immigrée. À propos de quelques propositions de loi et des projets de 'Constitution' flamande et wallonne», dans *Wallonie, terre de couleurs*, Charleroi, Institut Jules Destrée, 1998, p. 74.

³² C.J.C.E., 9 juillet 1998, *Commission c. Belgique*, condamnant la Belgique en manquement pour non transposition en temps utile de la directive 94/80 du 19 décembre 1994, fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité, *J.O.C.E.*, L 368.

Constitution, article 8 :

«La qualité de Belge s'acquiert, se conserve et se perd d'après les règles déterminées par la loi civile.

La Constitution et les autres lois relatives aux droits politiques déterminent quelles sont, outre cette qualité, les conditions nécessaires pour l'exercice de ces droits.

Par dérogation à l'alinéa 2, la loi peut organiser le droit de vote des citoyens de l'Union européenne n'ayant pas la nationalité belge, conformément aux obligations internationales ou supranationales de la Belgique.

Le droit de vote fixé à l'alinéa précédent peut être étendu par la loi aux résidents en Belgique qui ne sont pas des ressortissants d'un État membre de l'Union européenne, dans les conditions et selon les modalités déterminées par ladite loi.

³³ Par exemple la Constitution des Pays-Bas, article 130 :

«La loi peut conférer le droit d'élire les membres du conseil municipal et d'être membres du conseil municipal à des résidents n'ayant pas la nationalité néerlandaise, pourvu qu'ils répondent pour le moins aux conditions qui s'appliquent aux résidents de nationalité néerlandaise».

³⁴ Règlement 1612/68 du 15 octobre 1968 *relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté*, *J.O.C.E.*, 1969; p. 2, art. 10 : «Ont le droit de s'installer avec le travailleur ressortissant d'un État membre employé sur le territoire d'un autre État membre, quelle que soit leur nationalité, le conjoint, les descendants et les ascendants». Le législateur belge a repris ces dispositions aux articles 40 et suivants de la loi du 15 décembre 1980 en étendant ce droit au regroupement familial aux étrangers membres de la famille d'un Belge, afin d'éviter les discri-

raires d'une entreprise exécutant, avec ses travailleurs ressortissants d'États tiers, des prestations dans un autre État de l'Union³⁵. Selon les instances européennes, «des discussions pourraient se dérouler au sein des organes compétents du Conseil sur les conditions dans lesquelles, compte tenu des incidences sur l'équilibre social et le marché du travail, les ressortissants des pays tiers pourraient, à l'instar des ressortissants de la Communauté et de leurs familles, être autorisés à s'établir et à travailler dans n'importe quel État membre de l'Union européenne»³⁶

Cette intégration civile, sociale et politique des étrangers résidant régulièrement doit s'accompagner de l'éradication de diverses formes de racismes et de xénophobie. Les textes existent. Leur mise en œuvre est insuffisante³⁷. Le nouvel article 13 CE permet l'adoption de nouveaux instruments européens contre toute forme de discrimination³⁸.

À dire vrai les mesures destinées à favoriser l'intégration des étrangers en séjour régulier sont déjà bien développées et se multiplient. Elles résultent du constat, dès la fin des années septante, de l'installation permanente des travailleurs immigrés et du «mythe d'une immigration temporaire»³⁹. En revanche, la poursuite des flux migratoires fut davantage ignorée. Il conviendrait d'y remédier pour le futur en mettant en œuvre des droits et des faveurs pour les nouveaux migrants (B) et pour le présent en régularisant les étrangers en séjour irrégulier présents depuis une certaine durée.

Une «procédure de régularisation de séjour, limitée dans le temps et permettant de régulariser au cas par cas, selon des critères bien définis, un grand nombre de personnes en situation irrégulière» est envisagée par le

minations à rebours. Ceux-ci sont «assimilés à l'étranger CE» (art. 40, § 6). En conséquence, ces dispositions s'interprètent de façon extensive, au regard du droit européen : C.J.C.E., 18 octobre 1990, *Dzodzi c. Belgique*, C-237/88, *Rec.* 3763.

³⁵ C.J.C.E., 9 août 1994, *Vander Elst c. Office des migrations internationales*, C-43/93, *Rec.*, I-3803. Voy. une proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un État tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers et une proposition de directive du Conseil étendant la libre prestation de services transfrontaliers aux ressortissants d'un État tiers, *J.O.C.E.*, C 67, 10 mars 1999.

Sur l'élargissement des possibilités de circulation de ressortissants d'États tiers pour des prestations de services, dans le cadre des accords de l'O.M.C., voy. E. GUILD et Ph. BARTH, «The Movement of Natural Persons and the GATS (General agreement on trade in services) : A UK Perspective and European Dilemmas», *European Foreign Affairs Review*, 1999, p. 395.

³⁶ Plan d'action du 3 décembre 1998, *op. cit.*, pt. 38, c) iii).

³⁷ Centre pour l'égalité des chances et la lutte contre le racisme, *La loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie. Jurisprudence*, Bruxelles, S.F.I., mai 1999 et <http://www.antiracisme.be>.

³⁸ Voy. notamment le règlement 1035/97 du 2 juin 1997 portant création d'un observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes.

³⁹ A. BASTENIER, F. DASSETTO, J. DELCOURT, *Demain les immigrés...*, dossier de *La Revue Nouvelle*, septembre 1980.

législateur belge⁴⁰. Les critères de régularisation seraient au nombre de quatre :

1. soit avoir demandé la reconnaissance de la qualité de réfugié sans avoir reçu de décision exécutoire dans un délai de quatre ans (trois ans pour les familles avec enfant en âge de scolarité)

2. soit ne pas pouvoir retourner dans le pays d'origine pour des raisons indépendantes de sa propre volonté

3. soit être gravement malade

4. soit faire valoir des circonstances humanitaires et avoir développé des attaches sociales durables avec la Belgique. Ces attaches sociales durables seraient présumées si l'intéressé est en Belgique depuis plus de six ans (cinq ans pour les familles avec enfant) ou s'il n'est pas sous le coup d'un ordre de quitter le territoire depuis au moins cinq ans.

À l'examen seul le quatrième motif correspond véritablement à une *régularisation*, dans le sens d'une faveur accordée à des personnes en séjour irrégulier. Les personnes visées par le premier motif ne sont pas en séjour irrégulier en qualité de candidats réfugiés. Il s'agira simplement de rendre illimité un séjour qui est précaire. Les personnes visées par les deuxième et troisième motifs correspondront pour la plupart à l'interdiction d'expulsion de personnes qui subiraient un traitement inhumain ou dégradant en cas de retour dans leur pays d'origine, en violation de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹.

La régularisation envisagée en Belgique se veut une opération unique et temporaire destinée à «remettre les compteurs à zéro» en raison des lacunes du passé. Il n'est pas envisagé, comme en Italie, de faire de la régularisation un mécanisme de quotas annuels d'accueil d'étrangers sur le territoire. Il reste qu'il faudra, pour le futur, adopter des normes plus claires pour les nouvelles migrations permettant de réduire la nécessité de régularisations collectives⁴²

⁴⁰ Exposé des motifs d'un avant-projet de loi relatif à la régularisation du séjour de certaines catégories d'étrangers séjournant sur le territoire du Royaume, 8 novembre 1999, Chambre des Représentants, Doc. 50 0234/001, p. 3. Sur les péripéties d'un Arrêté Royal ayant précédé cet avant-projet de loi, voy. J.-Y. CARLIER, «Le Tzigane et le schizophrène. Quelques réflexions à propos de l'éloignement et de la régularisation des étrangers», *Journal des Procès*, n° 378, 15 octobre 1999, p. 10.

⁴¹ Cour eur. D.H., 2 mai 1997, *D. c. Royaume Uni, Rec.*, 1997-III, 30.240/96 fait interdiction au Royaume-Uni d'expulser vers Saint-Kitts une personne en phase terminale du Sida, au motif qu'elle n'y bénéficiera pas de soins suffisants, ce qui serait constitutif d'un traitement inhumain et dégradant.

⁴² — Dans son avis sur l'avant-projet de loi relatif aux régularisations, le Conseil d'État note : «Encore faut-il, en effet, pour éviter tout risque d'encourir cette critique [de violation du principe d'égalité entre étrangers] que les étrangers qui n'auront pas pu bénéficier des faveurs de l'avant-projet, ne se trouvent pas, à l'avenir, à leur tour, dans une situation aussi regrettable

§ 2. — Les nouveaux migrants (*flux*)

Le temps paraît venu, au moins à moyen terme, de distinguer un droit absolu de voyager, d'un droit relatif de s'installer.

A. Le droit absolu de voyager

Dans son *Projet de paix perpétuelle*, en 1795, Kant envisage ce droit qu'il qualifie de droit d'hospitalité ou de droit de visite :

«Hospitalité signifie le droit qu'a tout étranger de ne pas être traité en ennemi dans le pays où il arrive. On peut refuser de le recevoir, si l'on ne compromet point par là son existence; mais on ne peut agir hostilement contre lui, tant qu'il demeure pacifiquement à sa place. Il ne s'agit point d'un *droit d'être admis au foyer domestique*, auquel il pourrait prétendre (car il faudrait pour cela des conventions particulières, grâce auxquelles il serait généreusement admis à devenir pour un temps l'hôte de ce foyer), mais seulement du *droit de visite* ou du droit de s'offrir à faire partie de la société, lequel appartient à tous les hommes, en vertu de celui de la possession commune de la surface de la terre. Car, à cause de la forme sphérique de cette surface, ils ne peuvent s'y disperser à l'infini, et ils sont forcés à la fin de se souffrir les uns à côté des autres; mais originairement personne n'a plus de droit qu'un autre à un bien de la terre»⁴³.

Aujourd'hui, ce droit de visite ou droit de voyager devrait comporter le droit d'accès, d'entrée sur un territoire et de court séjour touristique, généralement fixé à un maximum de trois mois. Le droit absolu de voyager ne devrait plus être conditionné par une autorisation préalable qu'est le visa. Le visa touristique ne se justifie plus ni en son principe, ni dans son application pratique. Dans son principe il est contraire à la liberté de mouvement qui se développe en toute matière et qui, s'agissant des personnes, est le complément logique de la liberté pour toute personne de quitter n'importe quel pays y compris le sien. Si même l'on considère que le contrôle de l'accès au territoire poursuit un objectif légitime de contrôle des migrations d'installation, le moyen du visa est, en pratique, disproportionné. D'une part son efficacité est douteuse. Loin de quitter le territoire d'accueil, de nombreuses personnes qui ont été confrontées à la difficulté d'obtention d'un visa, craignant de ne pouvoir revenir pour d'autres visites, prolongent

que celle à laquelle le gouvernement cherche à porter remède par l'avant-projet», C.E., 27 octobre 1999, L. 29.610/4.

— Une étude comparée de la situation des étrangers en séjour irrégulier dans les différents pays d'Europe est en cours dans le cadre du réseau Odysseus, réseau académique d'études juridiques sur l'immigration et l'asile. Pour tout renseignement : <http://www.ulb.ac.be/assoc/odysseus>.

⁴³ KANT, *Projet de paix perpétuelle*, troisième article, réédition Paris, Hatier, 1988. Pour des développements sur cette question à partir de la pensée de Kant, voy. S. CHAUVIER, *Du droit d'être étranger. Essai sur le concept Kantien d'un droit cosmopolitique*, Paris, L'Harmattan, 1996.

leur séjour au-delà de l'expiration du visa. Quant aux personnes qui souhaitent à tout prix émigrer, loin d'être freinées, elles trouvent des moyens d'accès et font prospérer les filières de la clandestinité que l'on voudrait combattre ⁴⁴. D'autre part, le visa n'est pas un moyen nécessaire au contrôle migratoire, d'autres moyens permettent de poursuivre le même objectif légitime, sans porter de la même façon atteinte aux droits des personnes concernées : droit à la vie familiale par des visites régulières aux membres de sa famille, droit de commercer par des échanges économiques ou culturels, droit de ne pas subir des traitements dégradants lors des formalités, des files d'attente de plusieurs jours, des délais de réponse de plusieurs mois, imposés par les ambassades des pays de visite. Ces moyens sont notamment les accords de réadmission avec les États d'origine chargés de reprendre leurs ressortissants qui, sans droits, prolongent leur séjour au-delà du délai de trois mois.

La mise en œuvre pratique de la suppression des visas pourrait se faire de façon progressive. Dans un premier temps, il est possible de réduire de plus en plus la liste des pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa pour accéder au territoire. C'est ce qui est engagé dans le cadre européen, la politique des visas ayant déjà été communautarisée lors du Traité de Maastricht ⁴⁵. Malheureusement l'uniformisation est minimale ; à la liste commune d'États tiers dont les ressortissants doivent avoir un visa, chaque État membre peut ajouter des pays. En outre, il n'y a pas de reconnaissance automatique par tous les États membres du visa délivré par un autre État ⁴⁶. Une différence de perspective, qui vise à long terme le droit absolu de voyager, considérant le visa comme une exception, permet d'une part de fixer la liste commune européenne comme un maximum, d'autre part d'autoriser chaque État à réduire cette liste en limitant dans ce cas le

⁴⁴ Dans le mémoire de licence en droit d'une jeune Marocaine, présenté à la Faculté des sciences juridiques, économiques et sociales de l'Université de Rabat-Souissi, on peut lire : « La mise en place par les pays européens d'une procédure compliquée quant à l'obtention légale du visa, loin de détruire ce rêve si cher de 'partir à tout prix' a bien au contraire contribué à l'essor de la clandestinité », Myriam MOULAY RCHID, *Le Marocain face au problème du visa pour l'Europe*, Mémoire sous la direction de Khalid BERJAOUI, polyc., Rabat, 1999, p. 3.

⁴⁵ Anc. Art. 100C, actuel article 63, 2, b. et Règlement 2317/95 du 25 septembre 1995, *déterminant les pays tiers dont les ressortissants doivent être munis d'un visa lors du franchissement des frontières extérieures des États membres*, J.O.C.E., L 235, p. 1, et Règlement 1683/95 du 29 mai 1995, *déterminant un modèle type de visa uniforme*, J.O.C.E., L 164, p. 1.

⁴⁶ C.J.C.E., 10 juin 1997, *Parlement c. Conseil*, V-392/95, *Rec.*, I, 3213, avait annulé le règlement au motif du non respect des compétences du Parlement. La même liste minimale et le même principe de non reconnaissance mutuelle ont toutefois été maintenus. Sans vouloir se prononcer expressément sur l'interprétation de l'ancien art. 100C, l'Avocat général Fenelly avait toutefois laissé entendre que cette disposition « semblerait à première vue être également susceptible d'une interprétation selon laquelle un visa accordé à un ressortissant d'un pays tiers... doit ou peut être reconnu dans tous les États membres ». (conclusions, pt. 39).

droit d'accès à son seul territoire⁴⁷. Trois autres mesures sont possibles, dans une période intermédiaire, pour mettre en œuvre progressivement cette suppression du visa. Premièrement, procéder par réciprocité dans la suppression d'États de la liste des États dont les ressortissants doivent avoir un visa. Exemple : le Maroc ayant supprimé l'obligation de visa pour les Belges, la Belgique pourrait, par réciprocité, faire de même pour les Marocains. Après une période d'essai, il serait possible d'évaluer si la mesure doit être supprimée ou maintenue, voire adoptée par les autres États membres de l'Union. Deuxièmement, pendant la période d'essai, un visa automatique serait maintenu. Ce visa, délivré par l'ambassade, sur simple demande, permet de maintenir le contrôle du nombre d'entrées et de supprimer la mesure si le flux devient excessif, d'établir un décompte entre les entrées et les sorties pour mesurer les risques d'installation et, éventuellement, de maintenir l'exception d'ordre public. Ce mécanisme permet une certaine police administrative des étrangers : il donne au visa «sa signification littérale : signifier que l'étranger a été vu à [et même avant] son entrée, qu'il a déclaré qu'il entrait»⁴⁸. Ce visa automatique permet également d'informer l'étranger des limites de ses droits : un court séjour de trois mois sans accès au marché du travail, ni aux droits sociaux. La troisième mesure consiste à imposer la motivation de tout refus de visa. En conséquence, durant une période intermédiaire, la suppression des visas peut se faire progressivement en diminuant les pays soumis au visa et en accompagnant la mesure de différents moyens techniques : réciprocité, visa automatique et motivation.

Même à moyen terme, la proposition de l'abolition du visa, considéré comme entrave disproportionnée à la liberté de circulation des personnes, ne doit pas effrayer. Loin de favoriser la migration d'installation, une plus grande liberté de mouvement favorise les déplacements temporaires, les aller-retour, le véritable voyage plutôt que la migration d'installation. Tant les élargissements de la Communauté européenne vers le Sud (Espagne, Portugal, Grèce), que la chute du mur de Berlin et la suppression du visa pour les ressortissants des pays d'Europe centrale n'ont pas engendré les importants flux migratoires craints initialement.

La migration d'installation doit faire l'objet d'une gestion distincte qui se caractérise par un droit relatif.

⁴⁷ Les autres États membres pourront renvoyer cet étranger vers l'État qui a autorisé l'entrée sans visa, toutefois l'absence de contrôle aux frontières internes devrait avoir un effet d'entraînement vers l'établissement d'une liste commune plus courte.

⁴⁸ S. CHAUVIER, *op. cit.*, p. 175.

B. Un droit relatif de migrer

La migration d'installation couvre deux types distincts d'hypothèses : d'une part celles qui sont aujourd'hui indissociables du respect des droits fondamentaux de la personne, ce sont les migrations d'asile et de regroupement familial qui doivent être considérés comme des droits (1°); d'autre part les hypothèses qui relèvent de la faveur accordée par l'État ou par un groupe intégré d'États, en fonction de différents critères : travail, peuplement, études (2°).

1. Les droits : asile et vie familiale ⁴⁹

Traditionnellement, le droit d'asile s'analyse comme un droit de l'État d'accorder l'asile à qui il l'entend, non comme un droit de l'individu à l'asile ⁵⁰. La combinaison des articles 1 (définition) et 33 (principe de non refoulement) de la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative aux réfugiés conduit toutefois à reconnaître un droit à l'asile pour la personne qui est reconnue réfugiée et un droit à l'asile provisoire pour la personne qui demande le statut de réfugié, pendant la durée de l'examen de sa demande. Ces droits doivent être respectés dans le cadre de la construction européenne ⁵¹. La définition du réfugié est plus large que celle du «réfugié politique» induite par l'abus de ces mots. Est réfugié toute personne qui craint avec raison des persécutions du chef de cinq causes : race, religion, nationalité, appartenance à un certain groupe social ou opinion politique ⁵². L'harmonisation du contenu devra s'accompagner d'une harmonisation des procédures. Les réformes envisagées en Belgique devront s'inscrire dans cette perspective. Un contrôle juridictionnel commun, au moins sur les questions de principe, par voie de questions préjudicielles à la Cour de justice des communautés européennes, est de nature à renforcer une interprétation

⁴⁹ Voy. notamment H. FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, Paris, L.G.D.J., 1999, particulièrement les articles de F. SUDRE (art. 3) et de H. LABAYLE (art. 8) et les références y citées. Voy. également le dossier spécial consacré à «La police des étrangers et la convention européenne des droits de l'homme», dans la *R.T.D.H.*, n° 37, 1999, pp. 7 à 220.

⁵⁰ Voy. J.-Y. CARLIER, «L'état du droit international», in F. RIGAUX (Ed.), *Droit d'asile*, Bruxelles, Story Scientia, 1988, p. 29.

⁵¹ Plan d'action du 3 décembre 1998, *op. cit.*, pts. 32 ss. Voy. dans la présente livraison l'article de R. BORN spécifiquement consacré à cette question du droit d'asile dans le cadre européen.

⁵² Convention de Genève, art. 1, A, 2. Voy. G. GOODWIN-GILL, *The Refugee in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 2^e ed., 1996; J. HATHAWAY, *The Law of Refugee Status*, Toronto, Butterworths, 1991; F. CRÉPEAU, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995; J.Y. CARLIER (dir.), *Qu'est-ce qu'un réfugié?*, Bruxelles, Bruylant, 1998; F. NICHOLSON et P. TWOMEY (Ed.), *Refugees Rights and Realities*, Cambridge University Press, 1999.

commune de la notion même de réfugié. Trois compléments pourront accroître le droit de la personne en quête d'asile : un droit d'asile complémentaire, dans certains États, selon les dispositions constitutionnelles (France, Allemagne), une protection temporaire commune à l'Union européenne en cas d'afflux en masse en raison de situations de crise⁵³ et une protection contre l'expulsion, fondée sur le risque de subir dans le pays d'origine des traitements inhumains ou dégradants n'atteignant pas le seuil de la persécution pour l'un des motifs de la Convention de Genève mais violant indirectement l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

La protection de la vie familiale trouve sa source dans une autre disposition de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 8. Il est acquis que cette disposition interdit l'éloignement du territoire d'un étranger si l'expulsion porte, de façon disproportionnée, atteinte à sa vie privée ou familiale. Il est moins certain que cette disposition impose, dans son interprétation contemporaine, une obligation positive dans le chef de l'État d'accueillir sur son territoire des membres de la famille. Cette distinction entre obligation négative et obligation positive, dont la Cour européenne paraît se défendre en théorie mais qu'elle met en pratique, devrait s'estomper. Il convient de regarder le centre du problème, la vie familiale, non le sens du mouvement, tantôt de sortie pour l'expulsion, tantôt d'entrée pour l'accès au territoire. Ce qui est en jeu est la sauvegarde de la cellule familiale ou de la vie privée, en ce compris les liens sociaux. Que l'atteinte à cette vie familiale résulte d'une sortie forcée (expulsion) ou d'une entrée refusée (refus d'accès) importe peu : l'atteinte est condamnable dès l'instant où elle est disproportionnée⁵⁴. Tant le droit communautaire, que les droits internes

⁵³ Ce qui n'a rien à voir avec un statut complémentaire à la Convention de Genève (ou statut B) qui, loin de renforcer la protection du réfugié, aurait pour résultat de vider la Convention de Genève de son contenu. L'article 3 CEDH représente, dans ce cas, une protection complémentaire suffisante. La protection temporaire est destinée à suspendre l'examen individuel au cas par cas lorsque de trop nombreux candidats réfugiés se présentent en raison de situations de crises. Elle permet un accueil temporaire, par quotas de réfugiés *prima facie*. De telles situations se sont présentées lors de l'instauration des dictatures en Amérique du Sud, lors des *boat people* du Sud Est Asiatique, lors des crises issues du démantèlement de l'Ex-Yougoslavie.

⁵⁴ Dans *Cour Eur. D.H.*, 19 février 1996, *Gül*, tout en relevant que «la frontière entre les obligations positives et les obligations négatives de l'État au titre de cette disposition [art. 8] ne se prête toutefois pas à une définition précise» (pt. 38), la Cour va néanmoins considérer qu'il n'y a pas ingérence de la Suisse dans la vie familiale de turcs auxquels l'accès au territoire de leur enfant est refusé au motif que l'entrée de l'enfant en Suisse ne constitue pas le seul moyen de développer une vie familiale qui pourrait s'exercer par un retour, fut-il difficile, en Turquie. S'agissant d'une obligation positive, l'examen s'est donc limité à l'existence ou non d'une ingérence. Or, quand il y va de l'obligation négative de ne pas expulser, la Cour considère qu'en principe l'expulsion est une ingérence mais qu'il convient de poursuivre l'examen plus avant pour voir si l'ingérence poursuit un but légitime par un moyen proportionné. En revanche, de façon plus nette, en cette affaire, l'opinion dissidente des juges MARTENS et RUSSO souligne que

devraient, plus clairement et pour toute personne, affirmer le droit au séjour des membres de la famille ⁵⁵.

L'existence de nouveaux types de famille en Europe (unions civiles, PACS,...) devrait permettre de relativiser la notion de famille et, dans une certaine mesure, de l'adapter aux réalités familiales venues d'ailleurs, pour autant que l'effectivité de liens non pas tant de droit que de dépendance ou de solidarité sociologique puissent être établis. L'article 4 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, du 18 décembre 1990 (non ratifiée par la Belgique), définit comme membres de la famille «les personnes mariées aux travailleurs migrants ou ayant avec ceux-ci des relations qui, en vertu de la loi applicable, produisent des effets équivalent au mariage, ainsi que leurs enfants à charge et autres personnes à charge qui sont reconnues comme membre de la famille en vertu de la législation applicable ou d'accords bilatéraux ou multilatéraux applicables entre les États intéressés». Les travaux préparatoires laissent apparaître des divergences de vues quant à la détermination de «la loi applicable» correspondant à la loi de résidence pour les pays d'immigration et à la loi personnelle pour les pays d'émigration, dont les pays du Maghreb. C'est bien sûr la règle de conflit de lois du juge saisi qui déterminera la loi applicable. Ce serait, en Belgique, la loi nationale, conformément à l'interprétation bilatéralisée de l'article 3, alinéa 3 du Code civil ⁵⁶.

«la question de savoir si la décision suisse a, le cas échéant, violé une obligation positive ou une obligation négative relève essentiellement de la sémantique» et en déduit qu'il y a lieu d'examiner si l'ingérence est ou non disproportionnée. Cette même position paraît adoptée par la Cour, dans une autre matière, s'agissant de l'examen d'une liberté «négative» de ne pas s'associer (art. 11 C.E.D.H.) qu'elle conduit au moyen de critères de proportionnalité identiques à ceux utilisés pour mesurer une ingérence dans la liberté «positive» de s'associer (Cour Eur. D.H., 29 avril 1999, *Chassagnou*, pts. 103 et 104, *J.T.D.E.*, 1999, p. 146 et note S. VAN DROOGHENBROECK, «Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation», *J.T.D.E.*, 1999, p. 162.

⁵⁵ Pour quelques réflexions sur l'introduction d'une telle disposition en France par la loi du 11 mai 1998 (l'art. 12bis, 7° de l'ordonnance du 2 novembre 1945). Voy. H. FULCHRON, *op. cit.*, «Avant-Propos», p. 7 et in «La réforme du droit des étrangers, commentaire de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile», *Clunet*, 1999, pp. 5 et s. et 335 et s.

Pour une analyse de l'application actuelle en droit belge, voy. M. NYS, «Le regroupement familial. Des droits et des protections», *R.D.E.*, 1996, p. 493 et O. DE SCHUTTER, «Le droit au regroupement familial au croisement des ordres juridiques européens», *idem*, p. 531.

⁵⁶ Voy. R. CHOLEWINSKY, *Migrant Workers in International Human Rights Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, partic. p. 171; *adde* V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, «La notion de famille dans les jurisprudences de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme», in F. KEUWER-DÉFOSSEZ (dir.), *Internationalisation des droits de l'homme et évolution du droit de la famille*, Paris, *L.G.D.J.*, 1996, p. 49; N. LOWE et G. DOUGLAS (Ed.), *Families across frontiers*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1996.

2. Les faveurs : peuplement, travail, études

La persistance des migrations indique que de nouveaux flux migratoires devront être acceptés au-delà des deux principales sources d'un droit à la migration que sont l'asile et le regroupement familial. Si la réalité impose ces flux, ils échapperont, pour longtemps encore, au droit : la décision d'accorder ou non un droit de séjour à certaines catégories de personnes est politique. Elle demeurera une décision de faveur, même si la souveraineté et partant l'autorité de décision, glisse de l'État vers des groupements régionaux d'États, comme l'Union européenne. Trois causes traditionnelles de flux migratoires se maintiendront : le peuplement, le travail et les études. Dans l'Union européenne, ces hypothèses ne sont pas expressément visées dans le cadre des compétences accordées par le traité d'Amsterdam au Conseil. Elles pourraient toutefois s'intégrer dans l'article 63, 3), lettre a), qui vise les « mesures relatives à la politique d'immigration », notamment dans le domaine « de titres de séjour de longue durée, y compris aux fins de regroupement familial », ce qui n'exclut pas d'autres motifs que le regroupement familial qui devrait rentrer dans le droit (*supra*), mais n'impose pas davantage une politique commune dans ces autres catégories de migrations⁵⁷. La souveraineté nationale s'imposera plus longtemps dans ces domaines mais sera nécessairement rognée par l'extension progressive de la libre circulation intra-européenne permettant à des ressortissants d'États tiers de s'installer dans d'autres États de l'Union, après avoir été autorisés au séjour dans un premier État d'accueil. L'incidence de la communautarisation de la gestion des étrangers présents (les *stocks*) sur la gestion des nouveaux flux migratoires est, ici aussi, patente.

Si le droit sera absent des décisions politiques d'ouverture ou non à de nouvelles migrations de peuplement de travail et d'études, il ne sera pas absent des modalités d'exercice de ces nouvelles migrations, tant dans la procédure d'octroi des autorisations de séjour provisoire (visas de longue durée), que dans les droits reconnus au migrant qui aura été autorisé au séjour. Cette dernière question, l'exercice des droits une fois le séjour accordé, relève de la gestion des stocks. La première question sera rencontrée par la mise en œuvre de garanties procédurales : modalités d'introduction des demandes, autorités et modalités de décisions, motivation de décisions? Ces décisions demeurent des décisions d'opportunité abandonnées

⁵⁷ Le plan d'action précité du 3 décembre 1998 ne vise pas davantage les migrations de peuplement, de travail ou d'études. En Belgique, une note gouvernementale du 24 septembre 1999, titrée « Une politique d'immigration et d'asile globale : Humanité et fermeté », affirme sur ce point que « L'admission et le droit au séjour dépendent de la capacité d'intégration de chaque État dont la détermination reste une compétence nationale », faisant référence à la note franco-allemande proposée à Turku en vue du Sommet européen de Tampere des 15-16 octobre 1999.

largement à l'appréciation des administrations compétentes. En cela, les garanties procédurales ne doivent pas atteindre le même niveau que les garanties offertes à l'étranger séjournant (stock) ou à l'étranger bénéficiaire d'un droit à la migration (asile et famille). Des garanties minimales s'imposent toutefois, principalement dans la mise en œuvre de mesures d'éloignement. Il y aura encore des étrangers en séjour irrégulier soit parce qu'ils seront venus sans visa, soit parce que, si le visa est supprimé, ils prolongent leur séjour au-delà d'un délai de trois mois alors qu'ils ne rentrent pas dans une des catégories de droit à la migration (asile ou regroupement familial) et ne sont pas autorisés au séjour pour un autre motif. La mesure d'éloignement du territoire qui serait alors mise en œuvre, si elle ne pourra faire l'objet d'un contrôle juridictionnel d'opportunité, doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel dans ses modalités d'exercice au regard des droits fondamentaux. Trois étapes devraient caractériser toute mesure d'éloignement du territoire : la notification de la mesure d'éloignement, un délai raisonnable pour l'exécution volontaire de la mesure d'éloignement assorti de prolongation en cas de mise en œuvre d'une formation dans le cadre de la coopération, et, enfin, l'exécution forcée de la mesure d'éloignement. Dans cette dernière étape, l'usage de la contrainte doit demeurer proportionné à l'objectif de contrôle des migrations⁵⁸. Ce contrôle de proportionnalité doit pouvoir se faire au besoin par une juridiction, au regard de l'ensemble des éléments de fait de la cause : situation en Belgique, situation dans le pays d'origine et situation de la personne (âge, famille, santé). Aujourd'hui déjà cette question relève de la compétence de la Chambre du Conseil du Tribunal de Première instance, lorsqu'il y a privation de liberté en vue de l'exécution de la mesure d'éloignement du territoire. La Chambre du Conseil est appelée à vérifier, selon l'article 72 de la loi du 15 décembre 1980, «si les mesures privatives de liberté *et* l'éloignement du territoire sont conformes à la loi sans pouvoir se prononcer sur leur opportunité»⁵⁹. L'interdiction d'un contrôle d'opportunité n'exclut pas un contrôle de légalité interne de la mesure d'éloignement du territoire au regard des droits fondamentaux consacrés, notamment, par la Constitution et par la Convention européenne des droits de l'homme⁶⁰.

⁵⁸ La note gouvernementale sur «Une politique d'immigration et d'asile globale : Humanité et fermeté», du 24 septembre 1999, fait référence à la proportionnalité en utilisant le test d'interchangeabilité en ces termes : «L'on ne pourra recourir à la force que pour poursuivre un objectif légitime qui ne peut être atteint autrement. Tout recours à la force est [on devrait lire : 'doit être'] proportionné à l'objectif poursuivi» (p. 3).

⁵⁹ Italiques ajoutées.

⁶⁰ Voy. F. RIGAUX et M. FALLON, *Droit international privé*, Bruxelles, Larcier, 1993, t. II, p. 94, n° 665; S. SAROLÉA, «L'allongement de la durée de détention et le rôle de la Chambre du Conseil», *R.D.E.*, 1996, p. 221 et «Contrôler la détention des étrangers en séjour irrégulier :

De manière générale, s'agissant du contrôle juridictionnel de l'ensemble des matières relatives à la condition des étrangers, les compétences des cours et tribunaux ont été progressivement réduites au motif que ces matières ne sont pas des droits civils mais des droits politiques ou administratifs, soumis à la censure du Conseil d'État, juridiction administrative. L'existence d'une seule juridiction administrative conduit à son engorgement. Deux solutions paraissent possibles : soit la création de tribunaux administratifs, compétents notamment en matière de droit des étrangers⁶¹, soit la réinstauration d'une compétence plus large en ce domaine pour les cours et tribunaux, notamment en référés. Si l'on accepte la définition donnée par Jean Dabin des droits civils, rien n'indique que le respect des droits fondamentaux dans l'exercice d'une mesure relative à la condition des étrangers devrait y échapper, s'ils constituent l'objet véritable du litige : «Les droits civils sont les droits naturels ou artificiels reconnus ou institués par la loi au profit de tout individu humain, national ou étranger, en-dehors de sa qualité de citoyen et dont l'objet immédiat est le bien propre et privé de l'individu»⁶². Quelle que soit la thèse soutenue — droit civil ou droit politique —, l'essentiel réside dans la nécessité de soumettre l'ensemble de la matière du droit des étrangers, en ce compris les mesures d'éloignement dans le cadre de nouveaux flux migratoires, à un contrôle juridictionnel suffisant.

Préfaçant, en 1940, l'un des premiers ouvrages de synthèse sur «Le statut des étrangers en Belgique», écrit par Hermann Bekaert, administrateur adjoint de la Sûreté publique⁶³, le ministre de la Justice de l'époque, Eugène Soudan, relevait deux constats qui n'ont rien perdu de leur actualité. D'une part, cette matière est volontiers reléguée «dans le domaine de l'activité gou-

comment et pourquoi?», *R.D.E.*, 1997, p. 200; B. CHAPAUX, «Les droits de l'étranger détenu à la disposition de l'Office des étrangers», *R.D.E.*, 1997, p. 190.

⁶¹ *Contra* : P. VAN ORSHOVEN, «Administratieve rechtbanken? Ja en neen. Pleidooi voor juridictioneel monisme», *R.W.*, 1994/1995, col. 897.

⁶² J. DABIN, «Lésion d'intérêt ou lésion de droit», *Annales de droit et de sciences politiques*, 1948, p. 36. A l'opposé des droits politiques, appelés par Dabin «Droits du citoyen», qui lui permettent de participer au titre de membre de la collectivité politiquement organisée à la distribution des services et avantages que la puissance publique procure.

Sur ce débat, déjà ancien, relatif à la distinction entre droits civils et politiques, voy. les conclusions de l'avocat général GANSHOF VAN DER MEERSCH, sur Cass., 21 décembre 1956, aff. *Trine, Pas.*, 1957, I, p. 430, à propos d'allocations de chômage considérées comme droits administratifs. Plus récemment à propos du caractère politique du droit à être reconnu réfugié, voy. C.A., 18 mars 1997, n° 14/97, *R.B.D.I.*, 1996, p. 671, note S. SAROLÉA, «La nature civile du droit des réfugiés en droit belge et au sens de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai de définition et analyse des enjeux»; note B. Bléro, «Les droits subjectifs, les droits civils et les droits politiques dans la Constitution», in *A.P.*, 1997, p. 233. Voy. aussi Cass., 17 novembre 1994, aff. *Saldes-Baldini*, *J.L.M.B.*, 1995, p. 44, qui, en revanche, rejette la compétence du Conseil d'État en matière d'inscription au registre des étrangers s'agissant d'un droit subjectif civil.

⁶³ Bruxelles, Larcier, 1940, t. I, vol. I, pp. 7 et 10.

vernementale empirique». D'autre part, «dans certains pays, la connaissance plus approfondie et la pratique plus libre du droit, ont permis aux pouvoirs responsables de mieux sauvegarder certaines aspirations individuelles». Ces deux constats peuvent guider une politique migratoire future à la fois humaine et réaliste. Si des choix politiques et «empiriques» doivent permettre aux autorités de mener une politique réaliste en matière de migrations de peuplement et de travail, le droit doit rappeler qu'au-delà des États, il est des personnes concernées. Les droits fondamentaux doivent être respectés en termes de garanties procédurales pour tous les migrants, en termes de droits subjectifs pour certaines catégories de migrants : les étrangers en séjour régulier, les requérants d'asile, les bénéficiaires du regroupement familial. Par-delà l'errance, la marche des migrants peut alors symboliser la lente progression des droits fondamentaux pour toute personne et, plus loin, la difficile approche d'un équilibre entre les diverses sociétés humaines dans le monde ⁶⁴.

⁶⁴ Sur le rôle du droit dans la rupture de cet équilibre, voy. F. RIGAUX, «La science du droit entre un modèle éthique et un modèle scientifique», Académie royale de Belgique, *Bulletin de la Classe des Lettres*, 5, 1990, p. 111.