

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Les droits sociaux

Fierens, Jacques

Published in:
L'étranger face au droit

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Fierens, J 2010, Les droits sociaux: synthèse des travaux en atelier. dans J-Y Carlier (ed.), *L'étranger face au droit: XXes journées juridiques Jean Dabin*. Bruylant, Bruxelles, pp. 587-594.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LES DROITS SOCIAUX

Synthèse des travaux en atelier

PAR

JACQUES FIERENS

PROFESSEUR EXTRAORDINAIRE
AUX FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX
ET À L'UNIVERSITÉ DE LIÈGE,
AVOCAT

Outre l'auteur du présent rapport sont intervenus à cet atelier, sous la présidence de Joël HUBIN, premier président de la Cour du travail de Liège et maître de conférences à l'université de Liège :

- Steve GILSON, maître de conférences invité à l'université catholique de Louvain, avocat;
- Herwig VERSCHUEREN, professeur à l'Universiteit Antwerpen et à la Vrije Universiteit Brussel;
- Hugo MORMONT, juge au tribunal du travail de Bruxelles;
- Danielle BOUCHAT, assistante sociale au Centre des immigrés Namur-Luxembourg;
- Nicolas BARDOS-FÉLTONYI, géopolitologue, professeur émérite de l'université catholique de Louvain.

Les droits sociaux sont ou devraient être, littéralement, les «droits des amis», puisque *socius* se traduit adéquatement par «ami». Le professeur Rigaux a rappelé que Jean Dabin parlait des «étrangers amis». Une des questions implicitement traitée par cet atelier pourrait dès lors être formulée ainsi : les droits sociaux font-ils des étrangers nos amis?

Les communications ont concerné exclusivement la sécurité sociale et l'aide sociale.

Il est possible de relire les différentes interventions et la discussion qui a suivi en songeant aux catégories d'étrangers déterminées dans l'antique Athènes, considérée, peut-être un peu hâtivement, comme le berceau de nos démocraties.

Homère déjà, Eschyle après lui, la pensée athénienne dans son ensemble établissent une des plus anciennes et des plus solides distinctions qu'opéreront les ordres juridiques entre les citoyens, les métèques, les barbares et les esclaves.

Manifestement, ces catégories structurent encore de nos jours la distribution des droits sociaux.

Le citoyen est celui qui est né de père (et à certaines époques de mère) grec, parfois celui qui a acquis la citoyenneté par attribution individuelle – on dit aujourd'hui «naturalisation» –, parfois, mais très rarement, par attribution à titre collectif – on dit aujourd'hui «régularisation»¹.

Les droits sociaux contemporains, à l'évidence, ont été conçus initialement pour les citoyens. Certes, la nationalité n'est pas une condition d'assujettissement, ni de bénéfice de la prestation de sécurité sociale au sens étroit d'assurance contre les risques dits «sociaux» (maladie, accident, vieillesse, survenance d'enfants, chômage). Ces régimes ont été créés pour ceux qui exercent un travail juridiquement reconnu, sur la base du paiement de cotisations. Aucun souci de créer l'amitié au sein de la Cité², ni même aucune bienveillance ne peuvent y être décelés : la sécurité sociale bismarckienne protège ceux qui sont utiles au système économique, d'autant mieux qu'ils sont plus rentables. Le système a toujours mieux protégé les riches que les pauvres.

Les régimes d'assistance (garantie de revenu aux personnes âgées, allocations aux handicapés, minimum de moyens d'existence remplacé aujourd'hui par le «droit à l'intégration sociale») sont quant à eux, à l'origine, explicitement réservés aux citoyens, même si d'autres paient également les impôts qui financent la garantie de ressources.

Le mot «métèque» n'avait pas, à Athènes, la connotation péjorative ou injurieuse qu'il a acquise de nos jours. Littéralement, il vise

¹ Du moins dans la mesure où la régularisation a été, à Athènes, un premier pas indispensable vers la citoyenneté. Le problème de la régularisation n'est donc pas nouveau non plus. En 507 avant J.-C., Clisthène avait déterminé les critères de régularisation pour les non-Athéniens résidant sur le territoire de la Cité.

² Pour PLATON, «Le but auquel visent fondamentalement nos lois, c'est, nous le savons, de rendre les citoyens le plus heureux possible et, au plus haut point, amis les uns des autres» (*Les lois*, V, 743c, trad. fr. ROBIN L., Paris, Gallimard, Bibliothèque de la Pléiade, 1950, t. II, p. 803; voir aussi III, 693b, V, 739c; *La République*, IV, 424a et V, 449c; *Gorgias*, 507; *Alcibiade*, 126c). Sur la notion de *philia* en Grèce et à Rome, voir FRAISSE J.-C., *Philia. La notion d'amitié dans la philosophie antique. Essai sur un problème perdu et retrouvé*, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1974.

«celui qui a changé de maison» (*méta-oikos*), ou, et c'est encore plus joli, «celui qui habite avec nous». Si le métèque n'est pas citoyen, il est toutefois d'origine grecque et a le droit de résider dans la Cité³.

Comment ne pas faire le lien, aujourd'hui, avec les ressortissants des États membres de l'Union européenne, étrangers sans doute, mais «de chez nous»? Ils ont en effet, du moins pour la plupart, le droit de résider en Belgique. Le droit européen consacre une règle d'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants communautaires. Afin de faciliter la liberté de circulation sans pénaliser les travailleurs migrants, il édicte notamment un principe de conservation des droits acquis par l'exportation des prestations. Le règlement n° 1612/68 visait déjà à assurer la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, en garantissant le droit de se déplacer et de séjourner sur le territoire des États membres. Il consacrait la liberté d'accès aux emplois et l'égalité de traitement par rapport aux nationaux. Le principe de citoyenneté européenne introduit par le traité de Maastricht consacre le droit à la non-discrimination en raison de la nationalité⁴, mais il est conditionné à la résidence légale sur le territoire d'un autre État membre. Le droit des métèques a ainsi fondamentalement changé la physionomie des droits sociaux des étrangers dits «privilegiés». Le règlement n° 1408/71, quant à lui, gommait déjà la distinction entre les régimes «contributifs» et «non contributifs», chère au système belge. Si, à l'origine, les règlements excluaient en effet les régimes d'assistance sociale, la jurisprudence de la Cour de justice y a intégré des régimes non contributifs dits «mixtes», parce qu'ils assurent complètement à certaines prestations de sécurité sociale ou se rattachent à un risque déjà couvert.

C'est dans la logique de ces règles internationales que les ressortissants d'un État membre de l'Union entrent notamment dans le champ d'application de la loi du 26 mai 2002 concernant le droit à l'intégration sociale, ou de la loi du 27 février 1987 relative aux allocations aux handicapés, ce qui n'est pas le cas, en principe, des

³ BASLEZ M.-F., *L'étranger dans la Grèce antique*, Les Belles lettres, coll. «Realia», Paris, 1984; CLERC M., *Les métèques athéniens*, Bibliothèque des Écoles françaises d'Athènes et de Rome, n° 64, Paris, Thorin et fils éditeurs, 1893; LONIS R., *L'étranger dans le monde grec*, 2 vol., Presses universitaires de Nancy, coll. «Études anciennes», 1991 et 1993; WHITEHEAD D., *The Ideology of the Athenian Metec*, Cambridge Philological Society, 1977.

⁴ Art. 12 CE.

autres étrangers. Danielle Bouchat a toutefois fait remarquer que ces règles ne sont pas effectives.

Aux yeux des Athéniens de l'époque classique, l'étranger non grec ne peut être civilisé. Il ne sait même pas vraiment parler. Le «barbare» est celui qui n'est capable que de prononcer des borborygmes, celui qui ne parle pas une véritable langue comme le grec. Il ne se définit pas par lui-même, ne se donne pas de lois propres, mais en est réduit à copier celles des autres. Il n'accède pas à l'autarcie au sens premier du mot, qui est de se donner à soi-même sa propre loi⁵.

Comment, aujourd'hui, ne pas cette fois mettre en parallèle la conception que se faisaient des barbares les anciens Grecs et celle, contemporaine, que se font les Européens des étrangers non-ressortissants d'États de l'Union européenne? Ces barbares viennent chercher en Europe un bien-être, juridique ou autre, qui n'existe pas chez eux, éventuellement en demandant de se voir reconnaître la qualité de réfugiés. Ils parlent des langues incompréhensibles, ignorent l'anglais ou très subsidiairement le français, et leurs mœurs ne ressemblent guère aux nôtres, étant d'habitude jugées moins évoluées.

Danielle Bouchat constate que, de manière générale, les droits des demandeurs d'asile sont en régression, au point que la situation faite à beaucoup d'entre eux se traduit par des problèmes de santé, notamment par des troubles psychiatriques.

Nicolas Bárdos-Féltoronyi a, pour sa part, rappelé les liens souvent volontairement estompés entre la (non-)coopération au développement des pays riches et les tentatives de migration vers le Nord de populations acculées, par la situation interne et internationale, à rechercher ailleurs une vie plus digne.

Si, en matière de sécurité sociale au sens strict, la condition de nationalité n'est ni une condition d'assujettissement ni une condition d'octroi des prestations pour lesquelles une cotisation a été prélevée, il en va tout autrement en matière d'aide sociale au sens large. Il n'est pas question d'assujettissement pour ces prestations non contributives. Financées par l'impôt, la logique qui les sous-

⁵ «Chez eux pas d'assemblées [agorai] où l'on porte le conseil, pas de règlements, ils habitent au haut des monts ou au fond des cavernes et chacun, sans tenir compte d'autrui, règle la vie de sa femme et de ses enfants» (HOMÈRE, *Odyssée*, IX, 112-115).

tend est celle de la solidarité entre citoyens. La condition de nationalité ou de citoyenneté européenne est, dès lors, en principe toujours présente dans les conditions d'octroi.

La Cour européenne des droits de l'homme est venue troubler cette logique nationaliste par ses arrêts *Gaygusuz*⁶, *Koua Poirrez*⁷ et *Stec*⁸. Dans le premier de ceux-ci, la Cour considère que l'article 14 de la convention, combiné avec l'article 1^{er} du Protocole n° 1, a été violé et souligne que «seules des considérations très fortes peuvent l'amener ... à estimer compatible avec les conventions une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité»⁹, y compris dans des régimes non contributifs. Le critère du lien effectif du bénéficiaire avec l'État concerné est retenu comme essentiel, plutôt que celui du financement direct ou indirect de la prestation. Herwig Verschueren a montré la convergence entre cette jurisprudence et le droit communautaire.

La Cour de cassation belge résiste pourtant. Dans une célèbre affaire *Browning*, elle a estimé que le droit à la pension de retraite ne constituait pas un droit patrimonial visé par le Premier protocole additionnel de la convention européenne des droits de l'homme¹⁰.

Il n'y a bien sûr plus d'esclaves en Belgique, qualifiés comme tels par le droit. Pourtant, si l'on accepte qu'en langage moderne l'esclave pourrait être celui à qui est dénié en droit ou en fait la dignité humaine, des questions se posent à l'évidence.

Le bénéfice de certains régimes non contributifs n'est, à première vue, soumis à aucune condition de citoyenneté. Ainsi en va-t-il du droit à l'aide sociale *stricto sensu*, reconnu à toute personne se trouvant sur le territoire belge. L'article 1^{er} de la loi du 8 juillet 1976 organique des Centres publics d'action sociale (CPAS) dispose en effet que «toute personne a droit à l'aide sociale. Celle-ci a pour but de permettre à chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine».

⁶ Cour EDH, arrêt du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, req. 17371/90, *Recueil des arrêts et décisions*, 1996-IV.

⁷ Cour EDH, arrêt du 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c. France*, req. 40892/98, *Recueil des arrêts et décisions*, 2003-X.

⁸ Cour EDH, décision du 6 juillet 2005, *Stec et autres c. Royaume-Uni*, req. 65731/01 et 65900/01, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-X.

⁹ § 42.

¹⁰ Cass., 28 février 2005, *JTT*, 2005, p. 273.

Cependant, une fois ce droit de l'homme proclamé, s'agissant des étrangers, le droit à l'aide sociale a été subordonné à partir de 1984 à la légalité de leur séjour sur le territoire belge¹¹. En vertu du très fameux article 57, §2, de la loi organique, un étranger en séjour illégal n'a aujourd'hui droit qu'à l'aide médicale urgente. En d'autres termes, la dignité humaine des étrangers en séjour illégal n'est pas la même que celle des Belges et des autres étrangers, et ne lui est même pas comparable. La raison politique de cette restriction est évidente : la Belgique ne veut pas faire face aux besoins des étrangers qui cherchent à l'intérieur de nos frontières un sort meilleur que celui qu'ils connaissent ailleurs. La raison juridique ne l'a toutefois pas emporté sur la raison politique. Il y a eu, à ce jour, trente arrêts de la Cour constitutionnelle relatifs à cet article 57, §2, dans ses formulations successives. Dans son premier arrêt en la matière, du 29 juin 1994, prononcé dix ans après la première restriction, la Cour, alors dénommée Cour d'arbitrage, a manifestement raté l'occasion de refuser les contradictions du législateur lorsqu'elle a admis que

« il n'est pas déraisonnable [que l'État] 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 ».

Si, jusque-là, on peut être d'accord avec cette assertion de principe, la difficulté, irréductible, provient de la prétention de l'État d'utiliser une loi visant à préserver la dignité humaine comme moyen de pression exercée sur des étrangers en vue de les faire quitter le pays ou de ne pas y venir. Comme l'écrivait à l'époque François Rigaux,

« l'idée que l'état de détresse infligé à l'étranger en séjour illégal par le refus de l'aide sociale est un moyen d'affamer le renard pour lui faire quitter son terrier est un subterfuge indigne d'un pays civilisé »¹².

Certes, la Cour constitutionnelle a été amenée à introduire des exceptions aux limitations de l'aide sociale, à propos des deman-

deurs d'asile en instance devant le Conseil d'État, à propos des personnes qui, pour des raisons médicales, sont dans l'impossibilité absolue de donner suite à l'ordre de quitter la Belgique ou encore à propos des enfants, mais elle demeure inéluctablement empêtrée dans la contradiction, et avec elle notre législateur, nos tribunaux et, surtout, les étrangers. Les points de repères légaux proposés en matière de respect de la dignité humaine aux destinataires de la loi, étrangers ou non, sont demeurés incompréhensibles, illogiques et contradictoires.

Hugo Mormont et, sans doute, la plupart des participants à l'atelier espèrent que la Cour européenne des droits de l'homme pourra un jour se prononcer sur la compatibilité de l'article 57, §2, de la loi organique des CPAS avec la convention.

En 1956, notre droit constitutionnel ne connaissait pas la catégorie des droits économiques, sociaux et culturels. L'actuel article 23 de la Constitution n'existait pas. Toutefois, au regard des articles de notre Charte fondamentale qui, aujourd'hui, portent les numéros 144 et 145, s'était posé le problème de savoir si un droit social, tel que le bénéfice de l'allocation de chômage, est un droit civil ou un droit politique¹³. La Cour de cassation décida qu'il y avait là un droit politique¹⁴, un droit du citoyen, plutôt qu'un droit de l'homme en tant qu'homme.

La haute juridiction ne croyait peut-être pas si bien dire, et c'est ici que les réflexions de Hannah Arendt se rappellent à notre souvenir. Elle explique dans *L'impérialisme*, deuxième des trois parties qui composent *Les origines du totalitarisme*¹⁵, que les droits prétendument fondés sur la seule qualité d'être humain, sur la dignité humaine, n'ont pas de sens et aucune efficacité s'ils ne visent pas des personnes insérées dans une communauté politique et juridique. En d'autres mots, il ne sert à rien d'invoquer la dignité humaine ou les droits fondamentaux si des personnes n'appartiennent plus à leur communauté d'origine, et pas encore à la communauté au sein

¹³L'enjeu était de savoir si le contentieux du droit à l'allocation de chômage pouvait relever de tribunaux administratifs.

¹⁴Cass., 21 décembre 1956, *Pas.*, 1957, I, p. 430 et conclusions GANSHOF VAN DER MEERSCH W., alors avocat général. La distinction entre citoyens actifs et citoyens passifs remonte à Siéyes et à la Constitution française de 1791 (voir RIALS S., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, coll. « Pluriels », 1988, p. 600). Elle sera reprise par Kant.

¹⁵Spéc. au chap. V, « Le déclin de l'État-nation et la fin des droits de l'homme ». Voir ARENDT H., *Les origines du totalitarisme. L'impérialisme*, trad. fr. LEIRIS M., coll. « Points politiques », Paris, Fayard, 1982.

¹¹La première insertion de cette condition est due à la loi du 28 juin 1984 relative à certains aspects de la condition des étrangers et instituant le Code de la nationalité belge (art. 11). À l'époque, les questions de principe soulevées par la formulation nouvelle de l'article 57 sont demeurées inaperçues de la plupart des commentateurs. Le texte de l'article 57, §2, de la loi organique a été maintes fois modifié depuis.

¹²RIGAUX F., « Approche critique de l'article 57, §2, de la loi du 8 juillet 1976 organique des Centres publics d'aide sociale au regard de l'arrêt de la Cour d'arbitrage n° 51/94 du 22 juin 1994 », *Droit en quart monde*, 1995, p. 50.

de laquelle ils se trouvent géographiquement. La norme fait d'eux ce qu'elle veut, y compris leur imposer des négations plus ou moins flagrantes de leur dignité d'homme.

Ou encore, l'existence de droits civils pourrait n'être qu'une illusion. Tous les droits sont politiques, y compris les droits sociaux, quelles que soient les qualifications données et les conditions d'ouverture de ceux-ci. C'est pour cette raison qu'il n'y a jamais de ligne de démarcation nette entre droit et politique.