

## SECTION 2

### LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES DROITS SOCIAUX COMPAREE A CELLE DES DROITS CIVILS : EXISTE-T-IL UNE REELLE DIFFERENCE DE MISE EN ŒUVRE DES DROITS ?

Le postulat est constamment mis en avant : les droits sociaux seraient essentiellement programmatiques et ne pourraient pas faire l'objet d'une protection juridictionnelle comparable à celle dont bénéficient les droits civils ou politiques. Face aux droits sociaux, le juge, respectueux du pouvoir démocratique du Parlement et limité par le caractère politique des arbitrages budgétaires nécessaires à leur mise en œuvre, pratiquerait un *self restraint* et renverrait vers l'hémicycle des questions qui ne pourraient être tranchées dans les prétoires. L'argument méritait que l'on s'y attardât. Deux exemples ont été choisis, pour tenter de prendre la mesure de l'écart existant dans la mise en œuvre juridictionnelle des droits. Celui, d'une part, du contentieux du droit du séjour des étrangers (1), celui, d'autre part, des droits des salariés (2).

#### 1) PROTECTION COMPAREE DU DROIT AU SEJOUR POUR MENER UNE VIE PRIVEE ET FAMILIALE NORMALE ET POUR RAISON MEDICALE : UNE APPROCHE SPECIFIQUE DU JUGE DANS LA PROTECTION DES DROITS ECONOMIQUES ET SOCIAUX ?

#### JOHANN MORRI

Le développement massif du contentieux des étrangers depuis la fin des années 1980 a fait l'objet de nombreux commentaires ou analyses. Une de ses caractéristiques est non seulement le nombre des affaires jugées chaque année mais aussi, au sein de ces affaires, la récurrence de certains types de contentieux, des moyens invoqués et des solutions juridictionnelles données.

Parmi les moyens les plus fréquemment invoqués figure, sans aucune contestation possible, le moyen tiré de la méconnaissance de l'article 8 de la

CEDH<sup>912</sup>. A partir de l'admission par le Conseil d'État du caractère opérant de ce moyen contre un refus de titre de séjour ou une mesure d'éloignement par les arrêts d'assemblée *Babas* et *Belgacem* du 19 avril 1991, s'est progressivement développé un corpus jurisprudentiel très codifié, qui a l'intérêt, pour les praticiens, les étrangers et l'administration, de présenter certains gages de prévisibilité et de stabilité<sup>913</sup> mais qui, corrélativement, peut sembler désormais ne plus guère présenter d'intérêt pour les chercheurs et les universitaires.

L'invocation du droit à la santé, ou, pour être plus précis, du droit de séjourner en France ou de ne pas être éloigné lorsque cette mesure emporterait, à raison de l'état de santé de l'intéressé et de l'absence de possibilités de soins des conséquences graves est également la source d'un contentieux récurrent et abondant<sup>914</sup>. Là encore, on est en présence d'un corpus jurisprudentiel relativement stable, même s'il n'exclut pas des évolutions majeures, comme vient de le montrer le Conseil d'État dans l'arrêt de Section du 7 avril 2010 *Ministre de l'intérieur c. Jabnoun et Ministre de l'Immigration c/ Bialy*<sup>915</sup>, en réouvrant un chapitre qu'on croyait clos depuis années (la prise en compte des facteurs économiques et sociaux dans l'appréciation de l'effectivité de l'accès aux soins, sujet sur lequel aucune décision de principe n'était intervenue mais sur lequel les sous-sections du Conseil d'État avait tranché à de nombreuses reprises dans le même sens).

On est donc en présence, dans les deux cas, de contentieux présentant à juger chaque année des milliers d'affaires, et dans lesquels l'abondance du contentieux a permis la formation de ligne de forces, de principes et de standards de nature à faciliter la compréhension globale et l'étude critique (par opposition aux domaines où, faute de contentieux nombreux, l'observateur est confronté au risque de la généralisation hypothétique à partir d'exemples épars).

Mais au-delà de cette similitude tenant à la catégorie d'usagers concernés, au nombre des contentieux et à l'existence d'une jurisprudence stable, on pourrait objecter qu'il existe entre ces types de contentieux une différence de nature. Dans un cas, le juge intervient dans la protection d'un droit généralement classé dans les droits civils et politiques (le droit de mener une vie privée et familiale normale)<sup>916</sup> et, dans l'autre, dans la protection d'un droit

---

<sup>912</sup> Il est difficile de chiffrer avec précision le nombre d'affaires dans lequel ce moyen est invoqué, mais une estimation de 10 000 à 20 000 affaires par an paraît raisonnable sur un total de 35 015 requêtes contre des APRF ou des OQTF en 2008.

<sup>913</sup> Pour une analyse exhaustive de la jurisprudence en la matière, v. N. FERRAN, *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006*, dir. D. Rousseau : Th. dactyl., Montpellier 1, 2008.

<sup>914</sup> Chaque année, sur les 40 000 avis médicaux concernant des étrangers malades (premières demandes ou renouvellement), 12 000 sont négatifs. Si le taux de recours est identique au contentieux général des étrangers, le nombre de requêtes s'élèverait à plus de 3 000/ an. Compte tenu des enjeux humains le taux de recours est probablement plus élevé.

<sup>915</sup> AJDA, 2010, p.881, chron. S.-J. LIÉBER et D. BOTTEGHI, JCP A, 2010, note S. SLAMA et B. DEMAGNY.

<sup>916</sup> Encore que cette classification ne soit pas évidente s'agissant du droit de mener une vie privée et familiale normale. Ainsi, dans les grands arrêts de la jurisprudence administrative, on note

social, le droit à la santé. Bien sûr, une objection vient immédiatement à l'esprit sur ce point : le fait que dans les deux cas, ces deux droits sont appréhendés sous l'angle commun du droit au séjour, c'est-à-dire, en définitive, d'une forme de la liberté d'aller et venir, est qui est l'archétype des droits civils et politiques, des « droits de ». Pour autant, doit-on considérer qu'un droit social perd toute spécificité dès lors qu'il est appréhendé sous l'angle du droit civil et politique qui en conditionne l'exercice ? En d'autres termes, le droit au séjour pour raisons de santé est-il un droit civil et politique avant d'être un droit social, ce qui fausserait par avance la comparaison ?

L'idée qu'il faudrait distinguer de « vrais » droits économiques et sociaux, qui se manifesteraient sous la forme pure d'un droit créance, de « faux » droits économiques et sociaux, qui seraient en réalité des libertés à coloration économique et sociale mériterait sans doute de vastes développements. Pour les besoins de cette étude, on se limitera à indiquer que tout droit économique et social, fut-il un droit de créance, suppose en amont la reconnaissance du minimum de libertés indispensables pour jouir effectivement de cette créance. De même que le droit à la retraite suppose de pouvoir correspondre avec sa caisse d'assurance vieillesse et de pouvoir franchir les portes de celle-ci pour déposer son dossier, le droit à la santé suppose de pouvoir accéder physiquement à un lieu où des soins seront prodigués. L'idée qu'il y aurait disqualification d'un droit économique et social chaque fois qu'il s'accompagnerait de l'exercice de la liberté d'aller et venir conduirait donc à vider la catégorie des droits économiques et sociaux, ce qui paraît une conséquence difficilement admissible.

Par ailleurs, le droit au séjour pour raison de santé ne se limite que rarement à l'exercice d'un simple droit au séjour : en effet, sauf dans des hypothèses exceptionnelles, le droit au séjour s'accompagne le plus souvent d'un accès aux soins (prise en charge médicale et protection sociale). Donc, en réalité, le « *droit de* » est non seulement une condition nécessaire pour l'exercice du « *droit à* », mais, en pratique, cette condition -le droit de séjourner pour être soigné- tend être à nécessaire et suffisante pour bénéficier de l'accès aux soins.

Pour peu que l'on admette, donc, que l'on est bien en présence d'un droit civil et politique d'un côté et d'un droit économique et social de l'autre, l'observation de la façon dont le juge assure la protection de ces droits dans le contentieux du séjour et de l'éloignement peut être l'occasion de rechercher s'il existe, en la matière, une approche spécifique du juge en fonction de la nature des droits en cause. A cet égard, il semble qu'il faille distinguer deux questions. D'une part, la question de l'impulsion initiale qui aboutit à consacrer ces droits

---

que : « La décision GISTI est (...) symptomatique de la reconnaissance par le juge administratif de principes généraux du droit à caractère social » (GAJA, 16<sup>ème</sup> édition, arrêt n° 90). Milite en ce sens la présence de ce droit dans le préambule de la constitution de 1946. Mais, à l'inverse, on peut noter que la présence de ce droit dans la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, qui regroupe des droits de « première génération », est un élément de rattachement à la catégorie des droits civils et politiques cf. arrêt CEDH du 27 mai 2008 N... c. Royaume Uni, § 44 : RTDH 2009. 261, comm. F. JULIEN-LAFERRIÈRE.

ou à leur donner leur plein effet. D'autre part, la question de la mise en œuvre du régime de protection de ces droits et de ses modalités.

## I. Le rôle du juge dans la consécration de ces droits

Un des aspects de l'opposition traditionnelle entre droits civils et politiques et droits économiques sociaux consiste souvent à insister sur le fait que la consécration des droits économiques et sociaux peut difficilement être réalisée par la simple voie jurisprudentielle, dans la mesure où leur mise en œuvre relève d'une politique publique, des mesures positives, une organisation administrative, des ressources, etc. et implique un ensemble de choix, qui relève en principe plutôt du législateur ou du gouvernement.

### A. Le droit au séjour des étrangers malades : un droit préfiguré par le juge, consacré et étendu par le législateur

La consécration du droit au séjour des étrangers malades est le résultat d'un processus en plusieurs étapes : un principe posé par le juge, une pratique administrative qui en découle, et qui est finalement reprise et consacrée par le législateur.

A l'origine du processus, se trouvent les arrêts d'assemblée du 29 juin 1990, *Olmos Quinteiro* et *Imanbaccus*. Dans ces affaires, le Conseil d'État se penchait sur la première fois sur le contentieux de la reconduite à la frontière et consacrait l'existence d'un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation des conséquences d'une telle mesure. Le commissaire du gouvernement Faugère suggérait alors que cette hypothèse pourrait s'appliquer à « des cas exceptionnels dans lesquels la reconduite à la frontière aurait des conséquences humainement inacceptables : ainsi d'un étranger sous traitement médical lourd et continu ; de même sans doute d'une femme en fin de grossesse ». Ainsi, il ne s'agissait au départ que d'une application particulière de la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, illustrée dès l'année suivante par des arrêts contrôlant l'erreur manifeste au regard des conséquences sur l'état de santé<sup>917</sup>.

L'avis rendu en section administrative le 22 août 1996 à la suite de l'évacuation de l'Église Saint-Bernard achève de poser en principe le fait qu'est entachée d'erreur manifeste d'appréciation la reconduite la frontière lorsqu'est « sérieusement en cause l'état de santé des intéressés »<sup>918</sup>, et c'est notamment à cet avis que se réfère le ministre de l'Intérieur pour estimer inutile un amendement déposé au mois de décembre suivant, dans le cadre de la discussion du projet de loi sur l'immigration<sup>919</sup>. L'amendement est toutefois adopté, et le 8°

---

<sup>917</sup> CE, 10 octobre 1991, *Préfet des Alpes Maritimes c. Soares Semedo* (aux tables, n° 125193) ; CE, 19 juin 1992, *Préfet de l'Yonne c. Larbi* (n° 131547, aux tables).

<sup>918</sup> Rapport annuel du CE pour 1996, p. 279 ; Grands avis du Conseil d'État, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., n° 29.

<sup>919</sup> V. l'historique des débats dans les conclusions du rapporteur public Claude JARDIN dans l'affaire *Préfet de Police c. Jabnoun*.

de l'article 25 de l'ordonnance de 1945, issu de la loi du 24 avril 1997, inscrit dans le droit positif le principe de l'interdiction d'éloignement d'un étranger résidant habituellement en France atteint d'une pathologie grave nécessitant la poursuite d'un traitement médical dont l'interruption pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi. De l'interdiction d'éloignement, on passe assez logiquement à la garantie d'un droit au séjour avec la loi dite « Chevènement » du 11 mai 1998, sur proposition de la mission Weil<sup>920</sup>. On assiste à cette occasion à quelques passes d'armes sur la générosité et l'impact excessifs de cette disposition. Ainsi, un ancien ministre de l'Intérieur déclare : « L'instauration d'une carte de séjour pour les étrangers malades (...) va multiplier les charges sociales que nous supportons... la France n'a ni vocation, ni intérêt à devenir l'hôpital du monde »<sup>921</sup>.

La disposition adoptée, quelle appréciation peut-on porter sur l'impact du juge dans la consécration de ce droit ? Un point ressort avec certitude de la chronologie et des débats parlementaires : c'est bien de la jurisprudence administrative qu'est née l'impulsion qui a conduit à l'instauration d'une pratique administrative<sup>922</sup>, puis à l'inscription d'un droit dans la loi elle-même. Pour autant, peut-on affirmer que la reconnaissance du droit au séjour pour raisons médicales est essentiellement l'œuvre du juge, et que le législateur n'aurait fait que couronner le dispositif ? Comme cela a été indiqué, il ne s'agit au départ, pour le juge, que d'illustrer la théorie de l'erreur manifeste d'appréciation, qui est, par essence, assez restrictive<sup>923</sup>. Mais le juge a joué un rôle essentiel en concrétisant par des annulations effectives, dès 1991-1992, ce qui n'était au départ qu'un propos illustratif dans des conclusions de commissaire de gouvernement. En revanche, rien ne pouvait laisser prévoir, dans ces conclusions, ou dans les premières solutions jurisprudentielles, l'ampleur du droit finalement reconnu. Ce droit change d'échelle, lorsque le législateur accepte de le reprendre à son compte et de lui donner une portée qui n'avait pas nécessairement été prévue au départ. Mais qu'il s'agisse d'un malentendu ou d'un « effet boule de neige », il reste que le juge a bien apporté une contribution importante à l'instauration d'un droit économique et social, qui concerne aujourd'hui des dizaines de milliers de personnes par an.

Il est également intéressant d'observer à quel point le processus qui a mené à la consécration de ce droit relativise l'opposition traditionnelle entre les

---

<sup>920</sup> Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, La Doc. fr., 1997 p. 85.

<sup>921</sup> Charles PASQUA, Sénat, séance du 21 janvier 1998.

<sup>922</sup> Une approche complète impliquerait de prendre en compte l'impact de la mobilisation des associations qui se sont mobilisées pour le droit au séjour des étrangers malades, comme le Comede, l'ODSE, Act Up, etc., mais ce n'est pas le sujet de la présente étude.

<sup>923</sup> Il faut relativiser ce point, car c'est un argument rhétorique classique des commissaires du gouvernement que de montrer que l'évolution qu'ils proposent n'a qu'un impact limité... Il est rare, à l'inverse qu'un commissaire présente une solution comme révolutionnaire, bouleversante ou hérétique. Cela dit, il n'est pas certain que les formations de jugement soient dupes de ce type d'« euphémisation », tant il est fréquent qu'une évolution présentée comme limitée ait, par la suite, des conséquences majeures.

droits-libertés, qui pourraient être garantis par une simple abstention, et les droits-créances, qui supposent une action organisée pour que leur jouissance soit effective. En effet, la protection du droit à la santé pour les étrangers en situation irrégulière est, au départ, assurée par l'imposition d'une simple abstention. Mais la situation qui est créée par cette abstention (la présence d'étrangers ne pouvant être éloignés, au statut juridique indéterminé, et dont la prise en charge doit être assurée d'une façon ou d'une autre) engendre une situation face à laquelle les pouvoirs publics sont sinon tenus d'agir, du moins fortement incités à le faire, à la fois pour passer de l'obligation de ne pas éloigner à la création d'un statut juridique (un titre de séjour spécifique) et pour organiser l'octroi de ce statut (intervention du médecin inspecteur de santé publique ou, aujourd'hui, à compétences constantes, du médecin de l'Agence régionale de la santé). Par ailleurs, l'existence d'un droit au séjour pour soins ou à raison de l'état de santé est un élément important pour inciter à la mise en œuvre d'une prise en charge financière et médicale qui permette l'accès aux soins pour lesquels, précisément, le séjour a été protégé.

## **B. Le droit de mener une vie privée et familiale normale : une création revendiquée par le juge**

On ne refera pas ici en détail l'historique de la reconnaissance du droit de mener une vie privée et familiale normale, si ce n'est pour rappeler les deux étapes majeures qu'on constitué l'arrêt d'Assemblée *Gisti* du 8 décembre 1978, qui énonce « qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 auquel se réfère la Constitution du 4 octobre 1958 que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale », et les arrêts *Babas* et *Belgacem* du 19 avril 1991 qui consacrent la possibilité d'invoquer à l'encontre d'une mesure d'éloignement l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme protégeant le droit de mener une vie privée et familiale normale. On peut également souligner la continuité entre ces deux étapes qui, même si elles reposent sur des sources différentes, s'inscrivent dans une démarche générale du juge dont la cohérence a été souvent soulignée, notamment dans les commentaires les plus autorisés. Ainsi, les grands arrêts notent, à propos des arrêts *Babas* et *Belgacem*, que « la convention internationale prend ici le relais du principe général du droit dégagé par le juge » (*GAJA*, 16<sup>ème</sup> édition, arrêt n°90).

Si l'on examine la contribution respective du législateur et du juge dans la consécration du droit de mener une vie privée et familiale normale, on est frappé de voir que le rôle du législateur a été beaucoup plus limité que ne l'a été son rôle dans la reconnaissance du droit au séjour pour raisons de santé.

Certes, l'arrêt *Gisti* de 1978 ne consacrait pas ex-nihilo un droit au regroupement familial, puisque le principe d'un droit au séjour pour les membres des familles des étrangers autorisés à résider en France avait été posé, deux ans avant, par le décret du 29 avril 1976. Mais la simple consécration de ce



droit par voie réglementaire ne lui garantissait aucune pérennité, comme le démontrent aussitôt les circonstances de la suspension de ce droit par le décret du 10 novembre 1977, qui restreignait fortement le droit au regroupement familial, et la contestation de ce décret par le Gisti. En indiquant qu'il résulte des principes généraux du droit et, notamment, du Préambule de la Constitution que les étrangers résidant régulièrement en France ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale, qui comporte, en particulier, la faculté de faire venir auprès d'eux leur conjoint et leurs enfants mineurs, le Conseil d'État confère à ce droit une pérennité que le législateur s'était abstenu lui reconnaître. Le commissaire du gouvernement Dondoux indiquait d'ailleurs, à propos du décret, qu'il « vise à mettre en œuvre, aux lieu et place d'un législateur défaillant un droit au regroupement familial qu'impliquait soit un principe général du droit soit un principe à valeur constitutionnelle »<sup>924</sup>. L'intervention du législateur ne sera pas jugée urgente ou particulièrement nécessaire, puisqu'il faudra attendre la loi n° 93-1027 du 24 août 1993 pour que soit introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 un chapitre VI consacré au « regroupement familial ».

S'agissant de la protection contre l'éloignement, elle est là encore essentiellement l'œuvre du juge, ou plus exactement des conséquences qu'il tire des engagements internationaux. En effet, si le législateur avait délimité certaines catégories protégées contre l'éloignement à raison d'attaches familiales en France, il n'avait pas organisé de façon générale une protection contre l'éloignement à raison de ce droit. La consécration par le Conseil d'État de l'applicabilité de l'article 8 de la CEDH au contentieux des mesures d'éloignement<sup>925</sup> donne une portée générale à cette protection. C'est désormais essentiellement en fonction de la jurisprudence administrative que vont être fixés ses contours.

Certes, l'intervention du législateur conserve tout son intérêt lorsqu'elle aboutit à protéger contre l'éloignement des étrangers dont la situation ne se rattache pas à la vie privée et familiale (par exemple la protection à raison de la durée du séjour habituel en France), mais dans les autres cas, compte-tenu de l'évolution restrictive de la législation en vigueur, les standards du législateur sont en général moins protecteurs que ceux du juge.

Au total, l'étude comparée du rôle joué par le juge dans la consécration du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit à la santé pour les ressortissants étrangers ne remet pas fondamentalement en cause l'opposition traditionnelle entre droit civils et politiques et droits économiques et sociaux, mais incite cependant à la nuancer.

---

<sup>924</sup> Droit social, 1979, p. 57.

<sup>925</sup> Qui faisait suite aux arrêts de la Cour Européenne des droits de l'Homme dans les affaires *Berrehab c. Pays Bas* du 21 juin 1988 (série A n° 138) et *Moustaquim c. Belgique* du 18 février 1991.

En effet, dans le cas de la consécration du droit à la santé, le juge, sans procéder lui-même à une consécration générale, pose les jalons qui vont sinon contraindre du moins inciter le législateur à intervenir. Il n'est donc pas étranger à l'impulsion initiale qui aboutit à la consécration de ce droit et ne se limite pas à mettre en œuvre les principes posés par le législateur. La jurisprudence, en consacrant la protection contre l'éloignement pour raisons de santé, a précédé la loi. En revanche, le rôle joué par le législateur est décisif dans le changement d'échelle pour la mise en œuvre de ce droit, car au départ la protection qui résulte de la jurisprudence n'est conçue que pour agir dans des cas exceptionnels. Par ailleurs, si le juge joue un rôle important, quoique non exclusif ou décisif, il n'a pas nécessairement une conscience claire des conséquences de sa jurisprudence et ne revendique pas un rôle moteur par rapport au législateur. En revanche, s'agissant du droit de mener une vie privée et familiale normale, on observe deux différences essentielles. En premier lieu, le juge semble avoir une conscience plus claire de la portée de son intervention et moins de complexes sinon à empiéter sur le champ du législateur, du moins à le suppléer : qualifié ici de « législateur défaillant » (conclusions Dondoux sur l'arrêt Gisti de 1978), ou rappelé ouvertement à ses limites<sup>926</sup>. En second lieu, l'intervention du législateur et du gouvernement est assez limitée, sauf pour définir les modalités de mise en œuvre du droit au regroupement familial.

## II. Le rôle du juge dans la mise en œuvre de ces droits

Dès lors qu'il s'agit d'examiner l'efficacité réelle de la protection d'un droit, « le diable est dans les détails ». La façon dont ces droits sont mis en œuvre, notamment par le juge, peut avoir une incidence pratique extrêmement importante, qui peut, selon les cas, donner sa pleine portée à un droit ou, au contraire, en rendre l'exercice limité ou aléatoire. Ainsi, des règles en théorie très protectrices sur le droit d'asile sont à peu près sans portée sans possibilité concrète d'accéder au guichet pour déposer une demande. Or, ce qui paraît aller de soi pour des usagers *lambda* de l'administration est loin d'être évident pour des personnes en situation juridique ou matérielle précaire, telles qu'un demandeur d'asile. Il aura fallu l'intervention du Conseil d'État, dans le cadre d'un des premiers référés-liberté, pour rappeler l'évidence : pas de droit d'asile sans possibilité effective de déposer une demande<sup>927</sup>. Un très grand nombre de facteurs interviennent entre la proclamation ou la reconnaissance d'un droit et sa garantie effective. Pour n'évoquer que ceux qui concernent le juge, on peut évoquer des questions telles que les modes d'interprétation de la loi, le degré de contrôle, les « standards » jurisprudentiels, la charge de la preuve, etc.

---

<sup>926</sup> « Si l'on suppose un instant que le législateur a entendu écarter toute protection en dehors des cas prévus (par la loi) il en résulterait nécessairement que la loi serait, dans cette mesure, incompatible avec la Convention », concl. DONDOUX, précit.

<sup>927</sup> « Le référé liberté et le droit d'asile », note J. MORRI et S. SLAMA sous CE, réf., 12 janvier 2001 Mme Hyacinthe, AJDA, 2001, p. 589.



Si l'on en revient à la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux, la thèse classique de l'opposition entre ces deux notions devrait logiquement conduire à ce que la spécificité des droits économiques et sociaux s'illustre dans une approche particulière et restrictive, voire particulièrement restrictive, à leur endroit, qu'il serait possible d'opposer à une approche plus audacieuse ou plus intransigeante du juge en matière de droits civils et politiques. De même, on pourrait penser que lorsqu'il intervient dans la protection des droits économiques et sociaux, qui est « étroitement dépendante des ressources dont l'État peut disposer »<sup>928</sup>, le juge est particulièrement attentif à l'impact économique et budgétaire de sa jurisprudence.

### **A. Article 8 *versus* regroupement familial ou comment le juge s'efforce d'appliquer les engagements internationaux sans priver le Gouvernement et le Législateur de leurs prérogatives**

L'une des questions récurrentes s'agissant de l'application du droit de mener une vie privée et familiale normale dans le contentieux des étrangers concerne les rapports entre l'institution du regroupement familial et la norme européenne de l'article 8 de la convention européenne des droits de l'Homme.

L'institution du regroupement familial est l'ensemble des règles permettant à l'étranger en situation régulière de faire venir en France, sous certaines conditions, son conjoint et ses enfants mineurs. Les conditions ont varié au gré des évolutions politiques et juridiques dont le droit des étrangers est coutumier, mais restent, pour l'essentiel, fondées sur deux critères<sup>929</sup> : l'existence de ressources stables et suffisantes et d'un logement considéré comme normal pour une famille de même composition vivant en France<sup>930</sup>. Ces règles reposent sur l'idée qu'en contrepartie du droit reconnu au ressortissant étranger d'être rejoint par sa famille, il est normal d'exiger que celui-ci puisse démontrer, au préalable, qu'il sera en mesure d'assurer des conditions matérielles satisfaisantes pour sa famille, cette exigence étant justifiée soit par des considérations utilitaristes (empêcher que le membre de famille ne devienne une « charge » pour la société française), soit par ces considérations d'intégration (donner au membre de famille les conditions permettant une intégration rapide dans la société française)<sup>931</sup>.

Le « revers de la médaille » est la difficulté ou l'impossibilité pour les étrangers, même en situation régulière et présents de longue date sur le

---

<sup>928</sup> J. RIVERO, H. MOUTOUH, *Libertés publiques*, t. I, 9<sup>e</sup> édition, n° 135.

<sup>929</sup> On laissera ici de côté les critères d'intégration qui tendent, dans la période récente, à être mis en avant, avec les problèmes que posent ces critères dans d'une procédure concernant des personnes qui résident et vivent à l'étranger.

<sup>930</sup> Auxquels s'ajoutent depuis 2003 la condition d'intégration républicaine dans la société française. V. D. LOCHAK, « Devoir d'intégration et immigration », *Revue de droit sanitaire et social*, 2009, p. 18 ; « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits*, 64, hiver 2006, n° 51.

<sup>931</sup> V. en ce sens la thèse de N. FERRAN, précit.

territoire français, de faire venir leur famille lorsque leur emploi, leurs ressources ou leurs possibilités d'obtenir un logement ne satisfont pas ces conditions. Cette difficulté concerne notamment les travailleurs précaires, occupant des emplois à temps partiel ou mal rémunérés, vivant dans des agglomérations où l'offre de logement est insuffisante, ou parents de familles nombreuses. Face à ces difficultés, la pratique consistant à se faire rejoindre par des membres de famille « hors regroupement familial », entrés avec un visa de court séjour ou, plus rarement, de façon irrégulière, est relativement courante. Les gouvernements successifs ont fréquemment réaffirmé leur souhait de faire échec à ces pratiques, notamment en limitant au maximum les possibilités de régularisation pour les membres de famille entrés hors de ce regroupement, qui sont par exemple exclus du droit à la carte de séjour « *vie privée et familiale* »<sup>932</sup>.

L'apparition du contrôle fondé sur l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme aurait pu remettre en cause ce dispositif, dans la mesure où il conditionne l'exercice du droit de mener une vie privée et familiale normale à des conditions d'ordre économique et social, ce qui n'est pas prohibé par principe par la convention, mais pouvait occasionner des contradictions de « standard », dans l'appréciation de la balance entre atteinte au droit protégé et justification invoquée pour cette atteinte. En effet, dans la mesure où les notions de la convention sont des notions autonomes, éclairées par la jurisprudence d'une juridiction internationale, il n'y a pas de raison pour qu'elles coïncident *a priori* avec les exigences du droit national (sauf recours à la notion de marge nationale d'appréciation dans certains cas). En d'autres termes, il était tout à fait possible que les exigences de l'article 8 obligent à assouplir les règles de séjour des enfants et conjoints d'étrangers, et relèguent au second plan les exigences d'ordre économique et social mises en avant par le législateur et l'Exécutif pour limiter ce séjour. L'enjeu de ce débat était essentiel, car l'affaiblissement du regroupement familial par une lecture totalement autonome de l'article 8 aurait retiré au Gouvernement et au Parlement un instrument de contrôle de l'immigration (enjeu de souveraineté) et aurait sinon fait disparaître, du moins fortement atténué, le principe selon lequel le droit d'être rejoint par sa famille devait être conditionné par le respect de conditions matérielles et économiques (enjeu économique et social).

Le terrain privilégié de cette opposition a été le contentieux de l'éloignement. En effet, s'il est possible de contester le refus de regroupement familial en invoquant l'article 8, cette voie est peu utilisée, sans doute en raison de la durée des procédures (qui s'ajoute à la durée de la procédure de regroupement). Le contentieux se noue donc le plus souvent lors de l'édition d'une mesure d'éloignement à l'encontre du membre de famille et de son contrôle

---

<sup>932</sup> Ceseda, art. L. 313-11 7 ; exclusion en partie théorique, dans la mesure où elle aboutit soit à placer l'étranger protégé par l'article 8 mais exclu par le législateur dans une situation de « ni-ni » (ni éloignable, ni régularisable) en cas d'annulation de la mesure d'éloignement, soit à la délivrance du titre que le législateur entendait refuser (en cas d'annulation du refus de titre de séjour assortie d'une injonction).

par le juge. Face à une telle situation, deux types d'orientations jurisprudentielles étaient concevables. La première consistait à estimer que la possibilité de bénéficier d'une procédure de regroupement familial, même lorsque les conditions de cette procédure ne seront pas nécessairement remplies à brève échéance, constitue un élément qui sera, sinon un obstacle à ce que soit retenue l'atteinte disproportionnée, du moins un élément qui conduira à ne la retenir que dans des cas tout à fait exceptionnels. On retrouve les premières décisions consacrant cette approche dès le début des années 1990<sup>933</sup>. La seconde approche consiste à faire prévaloir le caractère autonome des droits reconnus par la convention et à estimer que, même si la possibilité de regroupement familial est un élément à prendre en compte pour apprécier la gravité de l'atteinte portée au droit à la vie familiale, elle ne l'exclut pas par principe. Elle est consacrée dans un arrêt CE, 3 avril 2002, *Mme Owusu*<sup>934</sup>, qui censure pour atteinte disproportionnée au droit de mener une vie privée et familiale un arrêté de reconduite à la frontière pris à l'encontre du conjoint d'un étranger en situation régulière et parent de deux enfants « *alors même* » que cette personne peut prétendre au regroupement familial.

En pure logique, une de ces approches aurait dû prévaloir sur l'autre. En réalité, l'on a assisté pendant plusieurs années à la cohabitation de ce que le rapporteur public L. Derepas nommait, dans ses conclusions sur l'arrêt *Boudaa*, un « premier ensemble » et un « second ensemble » de décisions, c'est-à-dire de deux courants jurisprudentiels sinon parallèles du moins d'une conciliation délicate... Et si le rapporteur public estimait, avec une certaine bienveillance, que « ces deux courants ne sont pas contradictoires » et « traduisent simplement le fait que le même critère, la possibilité de recourir au regroupement familial, peut, en fonction des circonstances de l'espèce, venir au soutien d'un rejet ou ne pas faire obstacle à une annulation », force est de constater qu'il était parfois bien difficile de déterminer dans quelles circonstances d'espèce l'article 8 devait céder le pas devant le regroupement familial, et réciproquement. En pratique, c'est une typologie de situations qui a été progressivement forgée par le juge pour indiquer les cas dans lesquels, malgré la possibilité de regroupement, l'atteinte devait être regardée comme constituée (en fonction du titre de séjour détenu par le conjoint, de la durée du séjour, du nombre des enfants, etc.). Mais si cette typologie a assurée une certaine prévisibilité, elle ne réglait pas la question de principe.

La façon dont le Conseil d'État, dans le récent arrêt *Boudaa*,<sup>935</sup> a choisi de clarifier cette question lancinante, offre une illustration de la façon dont le juge évalue l'impact de sa jurisprudence sur la politique publique avec laquelle

---

<sup>933</sup> V. CE, Président de la section du contentieux, 2 décembre 1992, *Mme Yachir*, n° 135418, non publié ; CE, Président de la section du contentieux, 19 septembre 1994, *Préfet de la Marne*, n° 156808 ; CE, Président de la section du contentieux, 21 novembre 1994, *M. Li*, n° 147199, non publié ; en dernier lieu, CE 30 mai 2005, *Préfet du Val-de-Marne c. Mme Diarra*, n°260364, aux tables.

<sup>934</sup> Req. n° 231033, publié aux tables.

<sup>935</sup> CE Sect., 28 déc. 2009, n° 308231, *Mme Boudaa*, épouse Azzi.

elle est susceptible d'entrer en contradiction ou en concurrence. Le Conseil d'État énonce désormais sans ambiguïté que : « la circonstance que l'étranger relèverait, à la date de cet examen, des catégories ouvrant droit au regroupement familial ne saurait, par elle-même, intervenir dans l'appréciation portée par l'administration sur la gravité de l'atteinte à la situation de l'intéressé ». Mais le regroupement familial, chassé par la porte, revient aussitôt par la fenêtre, puisque dans le deuxième temps du raisonnement, le Conseil d'État indique que l'administration « peut en revanche tenir compte le cas échéant, au titre des buts poursuivis par la mesure d'éloignement, de ce que le ressortissant étranger en cause ne pouvait légalement entrer en France pour y séjourner qu'au seul bénéfice du regroupement familial et qu'il n'a pas respecté cette procédure ».

Si l'on s'en tient à la formulation de principe, la portée de l'évolution jurisprudentielle ainsi opérée est difficile à saisir. Car si l'administration ne peut plus, dans un premier temps, faire « *comme si* » la possibilité future et hypothétique d'obtenir un regroupement familial atténue les effets, immédiats et certains, d'une mesure d'éloignement, elle peut, dans un second temps, justifier la gravité de l'atteinte ainsi portée en invoquant la nécessité de s'opposer au contournement du regroupement familial : au final, on peut donc se demander ce que cela change, pour les intéressés, que le regroupement familial soit opposé dans la phase initiale ou finale du raisonnement de l'administration...<sup>936</sup> Derrière cette formulation subtile, voire byzantine, les conclusions du rapporteur public font en réalité apparaître une nouvelle distinction : entre les cas où la vie familiale est née sur le territoire français (par exemple, dans le cas du titulaire d'une carte de séjour étudiant qui rencontre, en France, un autre étranger en situation régulière, et l'épouse alors que les deux conjoints sont présents sur le territoire français) et ceux où cette vie familiale est née à l'étranger et où le « rejoignant » était conscient, dès l'origine, d'enfreindre les règles du regroupement familial.

Sans aller jusqu'à dire que la montagne accouche d'une souris, il faut constater que cette évolution –si elle devait être la seule conséquence de l'arrêt *Boudaa*- est d'une portée limitée, la situation dans laquelle la vie familiale est née sur le territoire français étant beaucoup moins fréquente que celle du conjoint ou des enfants qui rejoignent ce territoire quelques années après le départ du père ou de la mère.

La justification du caractère limité de cette évolution est très explicite : éviter, autant que possible, de retenir dans l'application de la Convention une solution qui contredise l'approche du législateur national. Dans ses conclusions, le rapporteur public, après avoir longuement développé les raisons qui militent pour l'abandon de la jurisprudence antérieure, revient néanmoins sur « la

---

<sup>936</sup> V. en ce sens N. FERRAN, S. SLAMA, « Contentieux de la reconduite : l'éveil de la conscience des préfets à l'article 8 de la Convention EDH en cas de non-recours au regroupement familial », JCP G, 2010, p. 231.

nécessité d'assurer une certaine effectivité à la procédure de regroupement familial », et après avoir rappelé que la jurisprudence Diarra se veut « la traduction du primat donné par les textes à la procédure de regroupement familial sur les autres modes d'installation régulière des familles étrangères sur le territoire français », il invite le Conseil à adopter une solution qui ne sape pas le primat du regroupement familial : « Nous avons dit combien ce primat avait un caractère relatif depuis que les étrangers peuvent se prévaloir directement de la méconnaissance de l'art. 8 de la CEDH. Il reste que vous devez vous efforcer de donner une portée à la volonté ainsi exprimée par le législateur. »

Au total, la position retenue par le Conseil d'État semble reposer sur le postulat que ce n'est ni au juge de définir une politique publique définie par le gouvernement et le législateur, ni d'en contrecarrer la mise en œuvre. Certes, elle s'accompagne également d'une justification sur le terrain de la morale et du rapport à la loi, puisqu'il s'agirait, toujours selon le rapporteur public, de traiter différemment –de manière moins favorable- les personnes qui ont « sciemment contourné la procédure de regroupement familial en procédant à l'introduction des « rejoignants » par d'autres voies ». Mais sur, ce point, on peut estimer que le raisonnement est un peu circulaire, car le respect dû à la loi dépend aussi de sa conformité à la norme supérieure (en l'occurrence internationale).

Opposer l'audace du juge et son constructivisme en matière de droits « classiques » à sa frilosité en matière de droits économiques et sociaux se heurte pour le moins au constat qu'en matière de droits classiques, le juge prend aussi largement en compte des aspects de politique publique. A l'inverse, il peut même dans la mise en œuvre de droits économiques et sociaux, faire preuve d'une certaine « audace » pour tirer les conséquences de la législation en vigueur.

## **B. Droit à la santé et prise en compte des ressources dans l'accès aux soins : quand le juge tire, tardivement mais complètement, toutes les conséquences des principes posés par le Législateur**

La loi garantit le droit au séjour de l'étranger « résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire »<sup>937</sup>. De l'interprétation qui est faite de ces conditions (résidence habituelle, nécessité d'une prise en charge médicale, conséquences d'une exceptionnelle gravité en cas de défaut de prise en charge, absence de possibilité effective de bénéficier d'un traitement approprié dans le pays d'origine) dépend l'étendue des droits reconnus aux étrangers concernés et, corrélativement, l'impact pour l'État français. Or, la question de la charge représentée par ces dispositions avait été largement évoquée lors des débats

---

<sup>937</sup> Ceseda, art. L. 313-11, 11 et L. 511-4.

ayant précédé leur adoption, les opposants à cette mesure insistant sur les conséquences financières potentielles d'une telle réforme.

Le juge a tout d'abord eu à déterminer ce qu'il fallait entendre par « conséquences d'une exceptionnelle gravité ». Sans surprise, eu égard à la rédaction de la disposition en cause, la jurisprudence a rapidement écarté l'interprétation très restrictive qui aurait conduit à considérer que seul un risque vital pouvait faire regarder cette condition comme remplie. La notion de conséquences d'une exceptionnelle gravité a donc été comprise comme incluant les cas de pathologies invalidantes ou d'atteinte à l'intégrité physique, comme le risque de cécité<sup>938</sup>. Un degré supplémentaire a été franchi lorsque cette notion également a été comprise comme incluant, mais uniquement dans certaines circonstances particulières, l'interruption d'un processus de fécondation *in vitro* ou d'un traitement contre la stérilité<sup>939</sup>, ou l'interruption d'une hormonothérapie féminisante pour des personnes transsexuelles, lorsqu'elle répond à une indication thérapeutique et que l'interruption du traitement entraînerait des risques importants<sup>940</sup>. Au total, et malgré certaines limites<sup>941</sup>, c'est une notion relativement large de « conséquences d'une exceptionnelles gravité » qui a été retenue.

Beaucoup plus délicat était, en raison de ses enjeux, le problème de la portée à donner à la notion d'accès « effectif » aux soins, qui vient de donner lieu aux arrêts de la section du contentieux du 7 avril 2010 *Jabnoun et Bialy*<sup>942</sup>. Dans une interprétation restrictive et abstraite, on pouvait considérer que cet accès devait s'entendre sur le plan strictement médical et que les soins devaient être considérés comme effectivement disponibles dès lors qu'ils étaient dispensés dans le pays en cause, et sans considération de leur coût et de la possibilité pour le patient de le prendre en charge seul ou dans le cadre d'un système de protection sociale. Au contraire, une interprétation concrète conduisait simplement à rechercher si, dans une situation donnée, un étranger pouvait accéder aux soins, sans distinguer selon la nature des obstacles, médicaux ou financiers, qui pouvaient empêcher cet accès. Elle conduisait à reconnaître le bénéfice de la disposition en cause à des personnes originaire d'un pays dans lequel une offre médicale adaptée existe mais où, par exemple, l'absence de système de protection sociale ou d'accès aux soins exige, pour bénéficier du traitement, un niveau de ressources sans commune mesure avec celles de l'intéressé.

---

<sup>938</sup> CE 31 janvier 2000 Préfet d'Ille et Villaine c. Farzouz, aux tables.

<sup>939</sup> CE 21 février 2000 Préfet de Seine Saint-Denis c. Jelassi, au Recueil, CE 7 juillet 2004 Préfet des Hauts-de-Seine c. Badja, n° 260388 ; a contrario, CE 30 novembre 2005 Préfet de Police c. Njike Nyatcha, n° 263476.

<sup>940</sup> CE 30 juin 2003 Préfet du Val d'Oise c. Martillo Jarrin, n° 248215, et CE 30 juin 2003 Préfet de Police C/ Boubkari n° 252621, publié aux tables.

<sup>941</sup> CE 28 avril 2000 Mboume, n° 211323, l'absence d'intervention chirurgicale pour une arthrose de la hanche droite n'est pas de nature à entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité

<sup>942</sup> Les conclusions de M. GUYOMAR ont été publiées sur le blog : <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/>.



On peut objecter – d’autant plus en connaissant la solution qui été finalement apportée à la controverse- que la loi elle-même était dépourvue d’ambiguïté, et que, comme l’a notamment relevé le rapporteur public C. Jardin devant la Cour administrative d’appel de Paris, le terme « effectivement » renvoyait nécessairement et évidemment à une approche concrète, la simple consultation du dictionnaire indiquant que les synonymes de ce termes sont « réellement », « véritablement » et « vraiment ». Et ce d’autant plus que l’administration elle-même avait – du moins à l’origine<sup>943</sup>- retenu cette interprétation dans la circulaire du ministère de l’intérieur du 12 mai 1998, qui indiquait que « la possibilité pour l’intéressé de bénéficier ou non du traitement approprié (...) dépend notamment de l’existence des moyens sanitaires adéquats, mais encore des capacités d’accès du patient à ces moyens (...) L’accès aux structures sanitaires éventuelles est fonction de la distance entre le lieu de résidence du patient et la structure de soins qui conditionne le suivi médical régulier mais aussi, s’agissant de personnes le plus souvent démunies, de l’existence d’une couverture sociale et de son étendue ou d’une prise en charge financière des soins par la collectivité ».

Mais force est de constater que cela n’est pas du tout celle qui a été retenue pendant la première décennie d’application de la loi. En effet, sans que cette question ait jamais été soumise à une formation solennelle du Conseil d’État ou ait fait l’objet d’une décision publiée, la jurisprudence était constante pour s’en tenir à la disponibilité théorique des soins et pour écarter le critère des ressources<sup>944</sup>. La solution retenue par le Conseil d’État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, en effet, referme cette parenthèse de plus dix ans, en jugeant, conformément aux conclusions du rapporteur public Guyomar, que c’est bien une approche concrète de l’accessibilité des soins qui doit prévaloir. Le Conseil d’État, après avoir rappelé que « l’autorité administrative ne peut légalement décider l’éloignement de l’étranger que s’il existe des possibilités de traitement approprié de l’affection en cause dans le pays de renvoi », indique que « si de telles possibilités existent mais que l’étranger fait valoir qu’il ne peut en bénéficier, soit parce qu’elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l’absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu’en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l’empêcheraient d’y accéder effectivement, il appartient à cette même autorité, au vu de l’ensemble des informations dont elle dispose, d’apprécier si l’intéressé peut ou non bénéficier effectivement d’un traitement approprié dans le pays de renvoi ».

---

<sup>943</sup> Il paraît assez clair que, dans les faits, cette interprétation large n’était plus celle retenue par l’administration, car dans le cas contraire, elle n’aurait pas suscité un abondant contentieux.

<sup>944</sup> V. par exemple CE, 13 février 2008 *Ministre de l’Intérieur c. Antir*, n° 297518 ; CE, 28 septembre 2005 *Préfet de Police c. Ngami*, n° 25826 ; CE, Président de la section du contentieux, 7 juillet 2004, *Toumi*, n° 261709 ; CE, Président de la section du contentieux, 20 décembre 2000 *Rahimi*, n° 22458.

Avancée incontestable dans la protection du droit à la santé des étrangers, cette position ne peut faire l'objet que d'une appréciation nuancée sur ce qu'elle révèle ou illustre de l'attitude générale du juge administratif vis-à-vis de la protection de ce droit et, à travers lui, des droits économiques et sociaux. En effet, cette appréciation doit être la combinaison de trois constats qui ne vont pas nécessairement dans le même sens :

- Le premier constat, qui a été rappelé, et qui serait plutôt un argument en faveur de la thèse d'une prudence particulière ou excessive du juge dans la mise en œuvre de ces droits, réside dans le fait que cette prise de position solennelle du Conseil d'État met un terme à une période de plus dix ans pendant laquelle a prévalu une interprétation de la loi extrêmement minimaliste, dont le rapporteur public a relevé, dans ses conclusions, qu'elle était à la fois en décalage avec « les termes de la loi », « les travaux préparatoires », « l'économie même du dispositif de protection », sans que cela suscite de controverse majeure (qui serait manifestée, par exemple, par des solutions divergentes des sous-sections jugeant seules). La façon dont s'est élaboré ce consensus minimaliste ne permet pas de disposer de document (conclusions de rapporteurs publics, par exemple) qui en aurait explicité de façon incontestable les raisons et les fondements théoriques. Mais il est difficile d'écarter l'hypothèse de craintes vis-à-vis d'un impact financier, économique et social trop important, dans la mesure où, pour préconiser l'évolution de jurisprudence en cause, le rapporteur public, qui n'avait pas relevé de raison juridique déterminante pour l'interprétation antérieure, s'est employé à relativiser, de façon précise et chiffrée, l'impact de l'évolution proposée, en s'appuyant sur le bilan des premières années d'application de la loi<sup>945</sup>.

- Le deuxième constat est tiré de ce que cette prise de position ne s'est pas opérée, comme c'est souvent le cas, sous la contrainte du droit européen des droits de l'Homme ou du droit international. En effet, la position prise par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* contraste singulièrement avec celle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt rendu par la grande chambre dans l'affaire *N... c/ Royaume-Uni* du 27 mai 2008 (*préc.*). En effet, dans cet arrêt la Cour, d'une part, opère une hiérarchisation très nette des droits civils et politiques et des droits économiques et sociaux au regard de la convention européenne, en rappelant que « même si nombre des droits qu'elle énonce ont des prolongements d'ordre économique ou social, la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques » et que « le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention », et, d'autre part, en tire des conséquences extrêmement nettes, voire brutales, en jugeant que si l'article

---

<sup>945</sup> L'analyse était d'autant plus précise qu'elle était faite a posteriori, à partir des taux d'octroi de la carte de séjour pour soins. On peut donc penser que le fait qu'une période d'essai ou d'observation, si l'on peut dire, ait permis d'apprécier l'impact de la loi, a joué un rôle dans l'évolution intervenue.

3 de la CEDH doit empêcher l'expulsion d'étrangers malades « dans des cas très exceptionnels », il ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier les disparités entre les systèmes de soins et les systèmes sociaux-économiques des États « en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. », ajoutant que « conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants »<sup>946</sup>.

- Le troisième constat qui, il est vrai, relève de la tautologie, porte sur le fait qu'au final, le juge a surmonté ses réticences et donné sa pleine portée aux dispositions législatives. Même si la façon dont ces principes seront appliqués par les juges du fond sera déterminante, la position adoptée offre un exemple de cas où, par la combinaison de l'intervention du législateur et du juge, la justiciabilité d'un droit économique et social est garantie, à la fois en principe et en pratique, et avec des implications assez fortes (si on les juge, par exemple, aux craintes que des implications similaires ont pu inspirer à la CEDH).

Au total le juge administratif, même s'il a fait preuve au départ d'une certaine timidité, a fini par tirer toutes les conséquences de la lettre de la loi, tout du moins lorsqu'il est apparu qu'on disposait de suffisamment de recul les implications du dispositif.

Ainsi, s'agissant de la mise en œuvre des droit, l'opposition ou la distinction entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux semble perdre de sa force. Certes, le juge prend soin, en matière de droit à la santé, d'apprécier l'impact de la mise en œuvre complète des règles posées par le législateur. Mais en réalité, cette approche ne singularise pas le contentieux des droits économiques et sociaux, puisqu'elle est également très présente dans le contentieux du droit de mener une vie privée et familiale normale, où se manifeste, dans l'application concrète des principes, un souci – parfois explicite – d'apprécier l'impact de cette jurisprudence par rapport à la politique gouvernementale et la sa mise en œuvre législative<sup>947</sup>.

Au terme de ce tour d'horizon, on peut faire un constat et une réserve.

Pour aussi décevant que cela puisse paraître, l'étude comparée de la protection du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit à la santé n'autorise pas de conclusions radicales sur la différence d'approche du juge à l'égard des droits économiques et sociaux et des civils et politiques. L'idée d'une prudence ou d'une réticence particulière du juge à l'égard des droits économiques et sociaux n'est pas complètement démentie, puisque l'on voit bien

---

<sup>946</sup> Par. 44.

<sup>947</sup> On se souviendra, par exemple, que dans ses conclusions sur l'arrêt Gisti de 1978, le commissaire du gouvernement Dondoux avait pris, avant de conclure, de formuler deux observations sur « l'opportunité du décret » de 1977 dont il proposait la censure, en soulignant, d'une part, que le décret – et son annulation – n'avaient qu'une portée symbolique, 96 % des étrangers vivant en France étant sous régime conventionnel et, d'autre part, que l'influence du regroupement familial sur le marché de l'emploi était marginale.

que la consécration du droit à la santé comme protection contre l'éloignement et droit au séjour a été l'œuvre conjointe du législateur et juge, là où, en matière de droit à la vie privée et familiale, le juge a œuvré de façon plus originale et autonome. En revanche, au stade la mise en œuvre des principes, la distinction s'estompe quelque peu. Loin de se comporter, en matière de droits civils et politiques, comme un « *pur esprit* » indifférent aux conséquences économiques, sociales ou politiques de ses décisions, le juge est attentif à l'impact de ses décisions et à la façon dont elle peuvent se concilier – ou pas – avec les politiques publiques.

Si, dans certains domaines du droit des étrangers, le juge a canalisé le législateur, il s'est aussi montré attentif à ne pas priver les gouvernants successifs des moyens de leur politique. S'il n'a pas été un simple alibi, il n'a pas non plus été le rempart espéré par ceux qui voyaient dans le juge un instrument de contestation de ces politiques<sup>948</sup>. Sur un plan anecdotique, il est par exemple frappant de voir, dans les conclusions des commissaires du gouvernement ou de rapporteurs publics, des développements consacrés à démontrer que l'évolution proposée ne conduira qu'à des annulations exceptionnelles ou ne feront pas peser une charge excessive sur l'administration ou sur les finances publiques<sup>949</sup>.

De ce point de vue, il semble y avoir un invariant, une caractéristique transversale aux deux types de droits. Cela dit, et c'est sur point que s'impose une réserve, le fait que les deux droits étudiés se rattachent au domaine, particulièrement sensible, du droit des étrangers rend difficile de savoir si cette caractéristique est générale ou s'observerait, de la même manière, dans un domaine où les enjeux politiques ou de société sont moins aigus.

*Pour citer cet article*

Johann Morri, « Protection comparée du droit au séjour pour mener une vie privée et familiale normale et pour raison médicale : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux ? », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012  
<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/protection-comparc3a9e-du-droit-au-sc3a9jour-pour-mener-une-vie-privc3a9e-et-familiale-normale-et-pour-raison-mc3a9dicale.pdf>

---

<sup>948</sup> Non que ces limites n'aient pas été perçues par les défenseurs de la cause des étrangers : « il faut admettre que, dans un contexte globalement défavorable aux immigrés, le juge ne peut à lui seul contenir une évolution législative qui paraît faire consensus au sein de la classe politique, à défaut de recueillir le soutien unanime de l'opinion publique. D'autant que ce juge ne vit pas dans une tour d'ivoire et peut être lui aussi convaincu de la nécessité de « maîtriser les flux migratoires », même au prix de restrictions aux droits des étrangers » D. LOCHAK, « Défendre la cause des étrangers : portée et limites de l'arme contentieuse », contribution au colloque électronique de la Fondation Albert-COHEN, mai 2010

<http://ecolloque.fondationmemoirealbertcohen.org/index.php?page=defendreetrangers>.

<sup>949</sup> Pour un exemple, v. Mathias GUYOMAR, concl. précit. : « l'évolution de jurisprudence qui vous est proposée aujourd'hui nous paraît nécessaire pour conférer à la protection des étrangers malades décidée par le législateur sa pleine portée sans que les modalités d'application que nous avons retenues fassent peser sur l'administration une charge insupportable et reposer sur son juge un contrôle impossible ».