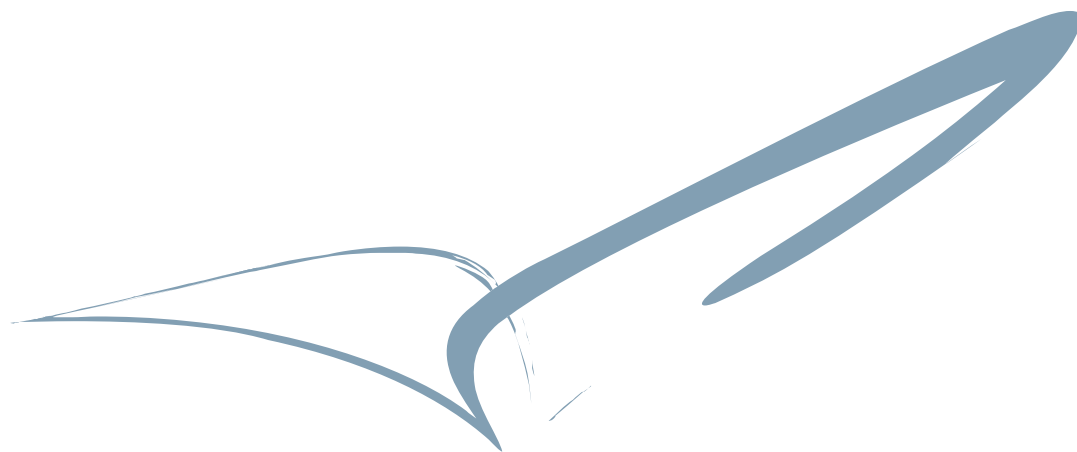


LE DROIT A LA SANTE DES ETRANGERS



2idhp

institut international
des droits de l'homme
et de la paix

Conférences du 18 mai 2011

Nous tenons à remercier les différents conférenciers qui ont participé à cet après-midi débat du 18 mai sur « *le Droit à la santé des étrangers* » : Véronique BACON, de la cellule DETRES de la Caisse Primaire d'Assurance Maladie du Calvados ; Juliette LECAME, Doctorante en Droit public à l'Université de Caen ; Catherine-Amélie CHASSIN, Maître de conférences à l'Université de Caen ; Samuel ETOA, Docteur en Droit public.

Merci également à la Région Basse-Normandie, et plus particulièrement à Annie ANNE, conseillère régionale en charge de la laïcité et des Droits de l'Homme, pour leur accueil et leur soutien.

SOMMAIRE

- 1) *L'Aide Médicale d'Etat (A.M.E.) menacée, Juliette LECAME p.4*

- 2) *Le juge administratif et la santé des étrangers, Samuel ETOA..... p.14*

1) L'AIDE MEDICALE D'ETAT MENACEE – JULIETTE LECAME

Le dispositif de l'Aide Médicale d'Etat, posé à l'article L. 251-1 du Code de l'action sociale et des familles, résulte d'une logique d'assistance sociale différente de celle d'assurance sociale. La sécurité sociale est en principe liée au versement de contributions préalables, tandis que l'aide sociale répond à l'impératif d'assister les plus démunis et de leur assurer un minimum vital, et cela dans le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine¹.

Jusque dans les années 70, les étrangers même en situation irrégulière pouvaient bénéficier du système de sécurité sociale ; la régularité du séjour était sans impact sur l'accès aux droits sociaux. La situation va progressivement évoluer, jusqu'à la loi Pasqua du 24 août 1993 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France², qui va refuser l'accès à la sécurité sociale des étrangers en situation irrégulière et les faire basculer vers l'aide médicale. Ce dispositif permet alors de dispenser de l'avance des frais médicaux tous les individus en situation de précarité, nationaux et étrangers réguliers ou irréguliers, exclus de l'assurance maladie. Puis la loi du 27 juillet 1999³ portant création de la Couverture Maladie Universelle modifie le système et désormais, seules 3 catégories d'individus continuent à avoir recours à l'AME.

La première catégorie concerne les étrangers en situation irrégulière, présents sur le territoire français depuis au minimum 3 mois et dont les ressources ne dépassent pas un certain seuil, ainsi que leurs ayants-droits. La deuxième est relative à des individus admis de façon exceptionnelle au bénéfice de l'AME pour des raisons humanitaires, sur décision individuelle du ministre chargé de l'action sociale. Enfin, la dernière catégorie a été ajoutée par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 et concerne toute personne gardée-à-vue sur le territoire, qu'elle réside ou non en France, dès lors que son état de santé le justifie.

Si l'on s'intéresse aux principaux bénéficiaires de l'AME, à savoir les étrangers irréguliers en situation de précarité et sur le territoire français depuis 3 mois, l'on s'aperçoit que nous sommes face à un raisonnement catégoriel qui soumet ces individus à une procédure d'accès aux soins dérogatoire. Cette logique a été validée par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 13 août 1993⁴ au regard de deux principes constitutionnels : le droit à la protection de la santé et le principe d'égalité. Tout

¹ C.C., 27 juillet 1994, déc. 94-343/344 DC, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, cons. 2.

² Loi n°93-1027 du 24 août 1993 relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.

³ Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle : art. L. 380-1 du Code de la sécurité sociale.

⁴ C.C., déc. n°93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 122 à 127 ; C.C., déc. n°99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture médicale universelle*, cons. 2 à 9.

d'abord, le Conseil estime que l'exclusion des étrangers irréguliers du système de sécurité sociale est conforme au droit à la protection de la santé, puisque le dispositif AME leur permet malgré tout un accès aux soins. Le droit de la protection de la santé, consacré par le Conseil dès 1980⁵, a été expressément rattaché en 1991 au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 qui dispose que la Nation « *garantit à tous [...] la protection de la santé* »⁶. A la lecture de cette disposition, on s'attendrait logiquement à la reconnaissance expresse de l'universalité du droit à la protection de la santé, cad que la situation administrative des individus ne soit pas prise en compte en matière d'accès aux soins et que tous relèvent du même dispositif.

Cependant, le Conseil refuse de se placer sur le terrain de l'universalité des droits, et met en avant le principe souple d'égalité afin de valider le système de l'AME. Selon une jurisprudence classique, ce principe « *ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façons différentes des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Il résulte de cela que le législateur est en droit de placer les étrangers précaires irréguliers sous un régime spécifique d'assistance sociale, puisque précisément, ceux-ci seraient dans une situation différente de celle des nationaux ou des étrangers bénéficiant d'un titre de séjour ; on peut donc leur appliquer un traitement différent, le principal étant qu'ils ne soient pas privés d'un droit à être soigné.

Ce faisant, la non-consécration du caractère universel du droit à la protection de la santé et la mise en place subséquente de dispositifs sociaux dérogatoires permettent au final la stigmatisation des étrangers irréguliers précaires. Le problème n'est pas tant l'existence d'une prise en charge administrative catégorielle (càd tel organisme s'occupant de telle catégorie de la population), mais que la protection de la santé se soit stratifiée : aujourd'hui, tous les individus ne bénéficient pas du même accès aux soins et notamment, les bénéficiaires de l'AME et leurs ayant-droits ne jouissent pas de la pleine effectivité de leur droit à la protection de la santé.

Depuis une dizaine d'années, on observe une véritable complexification de l'accès au dispositif AME et une restriction progressive du panier de soins et de la couverture sociale offerte, avec des mesures phares comme l'instauration par la loi de finances rectificative pour 2002⁷ d'un ticket modérateur (resté lettre morte faute de décrets d'application) ou encore la création d'un timbre fiscal annuel de 30 euros / personne par la loi de finances pour 2011 du 29 décembre 2010⁸. Ces réformes relèvent dans leur majorité des lois de finances puisque l'AME est financée par l'Etat qui prévoit des

⁵ C.C., déc. n°80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*, cons. 4.

⁶ C.C., déc. n°90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, cons. 8.

⁷ Loi n°2002-1576 du 30 décembre 2002 de finances rectificative pour 2002.

⁸ Loi n°2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011.

fonds budgétaires pour rembourser les frais engagés par l'assurance maladie⁹. Il revient ainsi au législateur de concilier le droit à la protection de la santé des étrangers précaires irréguliers aux exigences constitutionnelles de bon usage des deniers publics et de lutte contre la fraude, le dernier objectif étant d'ailleurs révélateur de l'actuelle politique migratoire.

Somme toute, le phénomène de conciliation entre diverses exigences constitutionnelles est classique ; la limite en la matière est, selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que « *s'il est loisible au législateur [...] de modifier des textes antérieurs ou d'abroger ceux-ci en leur substituant, le cas échéant, d'autres dispositions, [c'est à la condition qu'] il ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles* ». Le législateur peut modifier des dispositions législatives, mais sous réserve de ne pas attenter à la substance du droit en cause, de ne pas remettre en cause / annihiler son effectivité. C'est précisément sur l'existence de ces garanties légales qu'achoppent les dernières réformes relatives à l'AME que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de « *moribonde* » ou « *de vidée de toute effectivité* »¹⁰. Il convient de se demander si le dispositif actuel permet encore de garantir le respect du droit à la protection de la santé des étrangers irréguliers en situation de précarité.

En décortiquant les réformes en la matière et malgré ce qu'affirme le Conseil constitutionnel, l'on s'aperçoit de l'ineffectivité patente du droit à la protection de la santé des étrangers irréguliers en raison des restrictions globales qu'a connu le dispositif AME (I) et l'on se rend compte que mises bout à bout, ces différentes modifications, en plus d'être contreproductives, ont finalement dénaturé l'alinéa 11 du Préambule de 1946 (II).

I. L'atteinte au droit à la protection de la santé en raison d'une restriction globale du système AME

Du fait d'une restriction de l'admission à l'AME (A) et d'une limitation du panier de soins pris en charge (B), l'on ne peut que constater la remise en cause des garanties légales nécessaires au respect du droit à la protection de la santé des étrangers précaires irréguliers.

A. Une restriction permanente de l'admission à l'AME

⁹ Nouvel article L. 253-3-1 CASF : « *Il est créé un fonds national de l'aide médicale d'Etat (...). L'Etat assure l'équilibre du fonds en dépenses et en recettes* ».

¹⁰ Didier Maille, Adeline Toullier, Pierre Volovitch, « L'aide médicale d'Etat : comment un droit se vide de son sens faute d'être réellement universel », *Revue de droit sanitaire et social*, 2005 p. 543 ; Adeline Toullier, « Aide médicale d'Etat : les droits sociaux fondamentaux bafoués », *Droit social*, novembre 2005, p. 1011-1017.

Tout d'abord, l'on observe des complexifications et restrictions dans les modalités d'admission à l'AME. Le bénéfice annuel de l'AME est soumis à la réunion de trois conditions cumulatives : il faut que l'étranger réside depuis au moins 3 mois sur le territoire français de façon irrégulière et qu'il ne dépasse pas un certain plafond de ressources. Ce plafond est réévalué chaque année par décret pris en Conseil d'Etat ; depuis le 1^{er} janvier 2011, les finances d'un individu seul ne doivent pas dépasser 634 euros par mois, 951 euros pour un couple, etc¹¹. Il faut justifier de cette absence de ressources auprès des Caisses primaires d'assurance maladie (CPAM) lors du dépôt de la demande d'AME, tout comme il faut justifier de son identité, de son irrégularité de séjour ainsi que de sa résidence stable et régulière.

Le principe déclaratif a en effet été supprimé par deux décrets du 28 juillet 2005¹² qui viennent préciser les documents valant preuve, laissant en même temps présumer que les intéressés sont majoritairement des fraudeurs. Ces décrets modifient également la rétroactivité de la prise en charge ; jusqu'alors, un étranger admis au bénéfice de l'AME pouvait être remboursé des soins exécutés dans une période antérieure de 4 mois. Désormais, la rétroactivité n'est plus que d'un mois et il faut nécessairement que les soins aient été réalisés alors que l'intéressé répondait à l'ensemble des conditions sans avoir toutefois fait la demande de l'AME. C'est-à-dire que pour être pris en charge rétroactivement, il faut que l'étranger ait été soigné alors qu'il résidait en France de manière stable et régulière¹³ depuis déjà 3 mois.

La modification la plus critiquée et critiquable d'ailleurs ressort de la loi de finances pour 2011 qui supprime la gratuité de l'AME et introduit un timbre fiscal annuel d'un montant de 30 euros dont devra s'acquitter chaque bénéficiaire de l'AME ainsi que chacun de ses ayants-droits majeurs¹⁴. Faisant suite à la création avortée mais non-supprimée d'un ticket modérateur en 2002, ce timbre fiscal est exigé depuis le 1^{er} mars 2011 selon les modalités précisées dans la circulaire du 16 février 2011 du Ministre du travail, de l'emploi et de la

¹¹ Le plafond de ressources pour bénéficier de l'AME est identique à celui pour la CMU complémentaire ; voir <http://www.securite-sociale.fr/chiffres/baremes/plafondcmu.htm>.

¹² **Décret n°2005-859 du 28 juillet 2005 relatif à l'aide médicale de l'Etat et modifiant le décret n° 54-883 du 2 septembre 1954 modifié pris pour l'application de l'ensemble des dispositions du décret du 29 novembre 1953 relatif à la réforme des lois d'assistance ; Décret n°2005-860 du 28 juillet 2005 relatif aux modalités d'admission des demandes d'aide médicale de l'Etat.**

¹³ C.E., avis n°328134 du 8 janvier 1981 : « *La condition de résidence posée par cette disposition et qui s'impose aux étrangers en l'absence de convention contraire doit être regardée comme satisfaite, en règle générale, dès lors que l'étranger se trouve en France et y demeure dans des conditions qui ne sont pas purement occasionnelles et qui présentent un minimum de stabilité. Cette situation doit être appréciée, dans chaque cas, en fonction de critères de fait et, notamment, des motifs pour lesquels l'intéressé est venu en France, des conditions de son installation, des liens d'ordre personnel ou professionnel qu'il peut avoir dans notre pays, des intentions qu'il manifeste quant à la durée de son séjour. En revanche, il ne peut être exigé que l'intéressé séjourne en France dans des conditions régulières et notamment soit titulaire d'une carte de séjour ou d'un titre équivalent* ».

¹⁴ Combinaison des articles L. 251-1 CASF et 986 E du code général des impôts. La liste des ayants-droits majeurs a également été restreinte par la LF 2011 : exclusion des ascendants, descendants ou collatéraux tels que définis à l'article L. 161-14 4°.

santé¹⁵. Pour valider le dispositif, le Conseil constitutionnel estime dans sa décision du 28 décembre 2010 que « *eu égard à son montant, ce droit de timbre ne remet pas en cause les exigences constitutionnelles du onzième alinéa du Préambule de 1946* »¹⁶.

Pour autant, ce rapide contrôle de proportionnalité est largement insatisfaisant puisque basé sur les ressources maximales qu'un bénéficiaire de l'AME peut avoir. Le timbre fiscal représenterait 0,39% des ressources annuelles des intéressés. Deux remarques s'imposent : d'une part, si le timbre est annuel, il doit être acquitté par l'étranger en une seule fois ; d'autre part, la majorité des bénéficiaires AME disposent de ressources nulles ou quasi-nulles et sont bien en-deçà du plafond fixé. Dès lors, si l'individu ne dispose que de très faibles moyens financiers, comment peut-il s'acquitter de 30 euros, puisqu'une telle somme est nécessairement prohibitive ?

Conscient de ce problème matériel, le ministre de la santé dans sa circulaire de février précise que « *lorsque le demandeur n'est pas en capacité de s'acquitter du droit de timbre de l'ensemble des personnes majeures du foyer, le paiement des droits de chacune peut intervenir ultérieurement* ». Cependant, le paiement ultérieur n'ouvre pas droit à une AME annuelle ; celle-ci prendra fin un an après que le 1^{er} bénéficiaire aura acquitté son propre droit de timbre. De même, malgré cette procédure « étalée », il n'est pas certain que la famille dispose d'assez de ressources pour assurer chaque membre. La circulaire précise alors que « *Concrètement, si au sein du foyer une personne majeure est malade, et que le paiement des droits de timbre ne peut être acquitté intégralement, il convient de recommander à la famille que la demande soit formulée par cette personne* ».

Quoique d'un pragmatisme certain, cette solution démontre le risque majeur de priver de soins les étrangers irréguliers en situation de précarité, l'arbitraire du système AME et donc l'ineffectivité du droit à la protection de la santé. Ce constat est également renforcé lorsqu'on étudie le panier de soins auquel ont droit les bénéficiaires AME.

B. Une limitation de l'accès aux soins

De prime abord, il n'existe pas de différence manifeste entre les bénéficiaires de la CMU et ceux de l'AME quant aux soins pris en charge. Néanmoins, quelques remarques sont possibles. Tout d'abord, selon l'article L.251-2 du Code de l'action sociale et des familles, les bénéficiaires AME ont l'obligation d'accepter les médicaments génériques, dès lors qu'il n'y a pas de contre-indication

¹⁵ Ministre du travail, de l'emploi et de la santé, Circulaire n°DSS/2A/2011/64 du 16 février 2011 relative aux modalités de mise en œuvre par les caisses primaires d'assurance maladie et les caisses générales de sécurité sociale du droit de timbre annuel conditionnant l'accès à l'aide médicale de l'Etat, à compter du 1er mars 2011.

¹⁶ C.C., déc. n°2010-622 DC, 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 36.

majeure et que les génériques ont un prix inférieur à celui des *princeps*. En outre, l'alinéa 1 du même article prévoit que certains frais peuvent être exclus de la prise en charge si les soins en cause ne sont « *pas qualifiés de moyen ou d'important ou lorsqu'ils ne sont pas destinés directement au traitement ou à la prévention d'une maladie* », ce qui laisse présager une prise en charge médicale plus sommaire que celle offerte par la CMU.

La loi de finances pour 2011 a également modifié l'accès aux « *soins hospitaliers programmés dont le coût dépasse un seuil fixé par décret en Conseil d'Etat* » ; la réalisation de ces soins est désormais soumise à l'agrément préalable de l'autorité compétente, à savoir les CPAM qui gèrent les dossiers AME. Concrètement, il s'agira de vérifier si l'actuel bénéficiaire de l'AME répond effectivement aux conditions de la prise en charge, notamment aux conditions financière et de stabilité de la résidence¹⁷, afin d'éviter que des frais onéreux soient engagés hors obligation légale. Saisi de cette disposition, le Conseil la valide en estimant que « *le législateur a adopté des mesures propres à assurer une conciliation qui n'est pas disproportionnée entre les exigences constitutionnelles, d'une part, de bon emploi des deniers publics et de lutte contre la fraude et, d'autre part, du droit à la protection de la santé* ». Il émet cependant une réserve d'interprétation directive à l'égard du pouvoir réglementaire qui devra prévoir « *des délais de vérification compatibles avec le droit à la protection de la santé* »¹⁸. Il n'y a en revanche pas de précisions supplémentaires et les décrets n'ayant pas encore été pris, l'on ne peut jauger davantage cette procédure.

Cependant, on perçoit parfaitement la volonté de restreindre davantage le panier de soins accessibles par l'AME et, encore une fois, la remise en cause des garanties légales nécessaires au respect de l'aliéna 11 du Préambule de 1946. D'autant qu'il n'apparaît pas inutile de souligner les dysfonctionnements matériels de l'accès aux soins. Les frais médicaux ne sont pris en charge que dans la limite des tarifs de responsabilité, cad qu'il existe pour certains traitements (notamment pour les prothèses dentaires et l'optique) une différence entre le coût réel à la charge du praticien et le montant du remboursement. Cet écart financier a pour conséquence pratique que le professionnel de santé refuse de pratiquer certains actes afin de ne pas être mis en déficit. Le rapport de l'Inspection générale des finances sur l'AME rendu en novembre 2010 conclut d'ailleurs qu'« *il existe donc, de fait, un panier de soins limité* »¹⁹.

Au regard de l'ensemble de ces restrictions, l'on s'aperçoit que les bénéficiaires de l'AME sont non seulement soumis à un statut dérogatoire, mais surtout que le dispositif reste largement

¹⁷ L. 251-2 *in fine* et L. 252-3 du CASF introduisent la notion de « *stabilité de la résidence* » qui devra être définie par décret pris en CE.

¹⁸ C.C., déc. n°2010-622 DC, 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 35.

¹⁹ Inspection générale des finances et Inspection générale des affaires sociales, *Analyse de l'évolution des dépenses au titre de l'aide médicale d'Etat*, novembre 2010, p. 49.

insatisfaisant. Les difficultés de bénéficier effectivement de l'AME combinées à la délimitation de la prise en charge permettent d'émettre un doute justifié quant à l'existence de garanties légales suffisantes à faire respecter le droit à la protection de la santé des étrangers irréguliers en situation de précarité. En réalité, il est même à se demander si leur droit à la protection de la santé n'est pas entièrement dénaturé, aliéné par les réformes successives.

II. Les atteintes disproportionnées subies par le droit à la protection de la santé en raison de sa valeur juridique singulière

L'étude des différentes lois relatives à l'AME laisse apparaître que les conciliations opérées par le législateur se font systématiquement au détriment du droit à la protection de la santé, ce qui est symptomatique de la faible valeur juridique accordée à ce droit désormais altéré (B). Ce constat est d'autant plus critiquable que, dans leur majorité, ces réformes législatives sont contreproductives (A) et ne permettent ni la réalisation d'économie, ni l'assistance des étrangers irréguliers en situation de précarité.

A. La contreproductivité des réformes législatives en matière d'AME

Comme déjà dit précédemment, l'objectif avoué des modifications de l'AME est de lutter contre la fraude en la matière et de bon usage des deniers publics. Ces deux exigences constitutionnelles, respectivement liées à l'article 13 de la DDHC²⁰ et aux articles 14 et 15 de ladite déclaration²¹, permettent de concilier et donc, de limiter, le droit à la protection de la santé, et elles ont été le moteur des dernières réformes. Lors des débats parlementaires, les bénéficiaires de l'AME ont été présentés comme des profiteurs du système, venant en France dans le seul but d'abuser du dispositif d'assistance sociale que leur permettrait d'être mieux soigné que des nationaux ou des non-nationaux disposant d'un titre de séjour. L'AME elle-même était dénoncée comme étant responsable d'un « *appel d'air* »²², d'où un coût exponentiel (422 millions d'euros en 2004, 540 en 2009).

Or les différentes associations (Gisti, Comede, ODSE) ainsi que le rapport de l'IGF précité rappellent avec force que ces allégations ne sont pas fondées. La hausse estimée, d'ailleurs de façon approximative, du coût de l'AME n'est pas tant liée à l'augmentation du nombre de bénéficiaires qu'aux modalités de recouvrement des praticiens et des hôpitaux. De même, la majorité des étrangers

²⁰ C.C., déc. n°99-424 DC du 29 décembre 1999, *Loi de finances pour 2000*, cons. 52.

²¹ C.C., déc. n°2006-545 DC du 28 décembre 2006, *Loi pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social*, cons. 24.

²² Didier Maille, Adeline Toullier, Pierre Volovitch, « L'aide médicale d'Etat : comment un droit se vide de son sens faute d'être réellement universel », *Revue de droit sanitaire et social*, 2005 p. 543.

bénéficiaires ne sont pas souffrants à leur arrivée en France, mais contractent des maladies par la suite, et l'étendue des soins mis à leur disposition ne leur permet pas de pallier à leur état de précarité. La fraude, bien qu'existante, n'est que résiduelle et semblait déjà avoir trouvé une solution avec la création en 2009 d'un titre sécurisé avec photo remis en main propre²³. Enfin, alors que le gouvernement présente la mise en place du droit de timbre et la création d'un guichet unique (prévue quant à elle par l'actuelle petite loi sur l'immigration²⁴) comme des mesures économiques nécessaires, les différents rapports démontrent au contraire que leur mise en place va demander des moyens financiers considérables qui, clairement, vont accentuer le déficit actuel.

Apparaît ici la contreproductivité des dernières mesures législatives, contreproductivité renforcée par l'atteinte constituée à l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique. Cet OVC, reconnu par le Conseil constitutionnel dès 1993²⁵, caractérise le volet collectif du droit à la protection de la santé issu de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 et oblige le législateur à favoriser la sécurité sanitaire par la mise en œuvre d'une politique sociale adéquate. On ne peut que constater l'écart entre cet OVC et l'actuel article L.251-1 du CASF. L'impossibilité de s'acquitter du droit de timbre aura pour conséquence directe la renonciation aux soins ou le retard dans la prise en charge, ce qui engendrera des complications, des surcoûts hospitaliers ainsi que des risques sanitaires de propagation de la maladie. De même, la réduction du panier de soins et de la liste des ayants-droits contrevient aux logiques de prévention, de dépistage et de lutte contre les épidémies découlant de l'OVC de protection de la santé publique.

En ne permettant pas la mise en œuvre de l'objectif de protection de la santé publique, les différentes réformes législatives ont « *pour effet [...] de priver de protection légale [le] principe de valeur constitutionnelle* »²⁶ tiré du onzième alinéa du Préambule de 1946. L'on constate ainsi la non-conformité à la Constitution de l'actuelle AME et la remise en cause du droit à la protection de la santé.

B. La mutation du droit à la protection de la santé

Pour autant, il est certain que ce dispositif d'assistance sociale n'est pas dépourvu de toute efficacité, notamment à l'égard des mineurs qui sont protégés de façon inconditionnelle. Depuis l'arrêt

²³ Arrêté du 10 juillet 2009 (NOR : SASS0916307A) relatif au titre d'admission au bénéfice de l'aide médicale de l'Etat.

²⁴ Projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité n°2400 adopté le 11 mai 2010. Sur ce point, voir <http://www.gisti.org/spip.php?rubrique448>.

²⁵ C.C., 13 août 1993, déc. 93-325 DC, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 70.

²⁶ C.C., déc. n°86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, cons. 23.

du Conseil d'Etat du 7 juin 2006, *Association Aides et autres*²⁷, l'intérêt supérieur de l'enfant prime sur l'ensemble des considérations économiques, ce qui a des conséquences concrètes majeures en matière d'AME. Conformément à cette jurisprudence administrative, relayée par une circulaire du 7 janvier 2008 ainsi que par la circulaire relative au paiement du droit de timbre, l'enfant mineur est admis immédiatement au dispositif de l'AME, même si la condition de résidence et d'ancienneté de 3 mois sur le territoire n'est pas remplie. En outre, on ne peut pas opposer aux mineurs la limitation du panier de soins et ils sont exonérés du droit de timbre.

De ce point de vue, le dispositif de l'AME apparaît satisfaisant et conforme à une décision de 2007 du Conseil constitutionnel dans laquelle il affirmait que découle de l'alinéa 11 du Préambule de 1946 « *la prise en charge des dépenses de santé des personnes bénéficiant, en raison de leurs faibles ressources, d'une protection particulière* »²⁸. En revanche, en-dehors du cas particulier de la minorité, aucun bénéficiaire de l'AME ne peut se prévaloir d'une telle effectivité de son droit à la protection de la santé. Lors de l'instauration du ticket modérateur en 2002, le législateur avait expressément exclu les mineurs, les femmes enceintes et les individus atteints de pathologies lourdes ; seule la 1^{ère} catégorie subsiste concernant le timbre fiscal.

Afin de valider ce dispositif au regard du préambule de 1946, le Conseil constitutionnel précise que les étrangers non-admis au bénéfice de l'AME peuvent toujours bénéficier du fond des soins urgents et vitaux inscrit (FSUV) à l'article L. 254-1 du CASF²⁹. L'accès au FSUV est gratuit et permet la prise en charge d'individus en cas de « *soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé* ». On observe en effet que les restrictions permanentes de l'accès à l'AME forcent les étrangers précaires en situation irrégulière à se tourner vers ce type de dispositif sanitaire.

Cependant, cette prise en charge de dernier recours nous semble largement insatisfaisante au regard des prescriptions de l'alinéa 11 ou encore au regard de la définition de la santé dans le préambule de la Constitution de l'OMS de 1946. « *La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social (...). La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale* ». Les restrictions de l'admission à l'AME et des soins pris en charge, le report vers des dispositifs sanitaires résiduels nous font quitter le droit à la protection de la santé pour un droit à la survie. Celui-ci, toujours lié à l'impératif de sauvegarde de la dignité de

²⁷ C.E., req. n°285576 du 7 juin 2006, *Association Aides et autres* ; Christophe Devys, « La réforme de l'aide médicale d'Etat censurée par le Conseil d'Etat », *Droit social*, novembre 2006, p. 1037-1042.

²⁸ C.C., déc. n°2007-546 DC du 25 janvier 2007, *Loi ratifiant l'ordonnance n°2005-1040 du 26 août 2005 relative à l'organisation de certaines professions de santé et à la répression de l'usurpation de titres et de l'exercice illégal de ces professions et modifiant le code de la santé publique*, cons. 14.

²⁹ Dispositif créé par la **Loi n°2003-1312 du 30 décembre 2003 de Finances rectificative pour 2003** ; C.C., déc. n°2003-488 DC du 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, cons. 14 à 20 ; C.C., déc. n°2010-622 DC, 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 36.

la personne humaine, apparaît indispensable, mais en-deçà des exigences de l'alinéa 11 et des nombreux textes internationaux en la matière, certes dépourvus d'effet direct pour la plupart, mais dont la France reste malgré tout signataire.

L'étude de l'AME révèle au final le flou quant à la valeur juridique exacte du droit à la protection de la santé et quant à sa justiciabilité. Le refus du Conseil constitutionnel de consacrer l'universalité du droit et celui du juge des référés de le considérer comme une liberté fondamentale³⁰ le maintiennent dans la catégorie de droits-créances davantage soumise à conciliation et à restriction, jusqu'à parfois n'y voir plus qu'un « droit programmatore » sans effectivité garantie³¹.

³⁰ C.E. ord. réf., n°284803 du 8 septembre 2005, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice*.

³¹ Sur ce point, voir Laurence Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Bruylant, Collection de droit public comparé et européen, Bruxelles, 2007, p. 826.

2) LE JUGE ADMINISTRATIF ET LA SANTE DE L'ETRANGER SAMUEL ETOA

I – LA PROTECTION DELICATE DU DROIT A LA SANTE DES ETRANGERS DEVANT LE JUGE ADMINISTRATIF

A priori, la protection du droit à la santé des étrangers ne devrait pas poser problème devant les juridictions administratives. Cela pour plusieurs raisons :

La première tient à ce que le droit à la santé constitue un droit fondamental de la personne humaine. Ce droit est en effet fondamental d'un point de vue axiologique, dans la mesure où derrière la santé, c'est en réalité la vie et la qualité de vie qui sont visées. Mais ce droit est aussi fondamental dans un sens formel et plus juridique du fait des très nombreuses consécutions qui s'y attachent et qui contribuent à faire de cette prérogative l'une des plus proclamées qui soit. Ainsi le Préambule de la Constitution de 1946 consacre-t-il en son alinéa 11 la protection de la santé. De même, le droit à la santé est-il consacré par de très nombreux textes et documents internationaux. Le législateur français est également intervenu pour qualifier ce droit de *droit fondamental* (art. 1^{er} de la loi du 4 mars 2002) ou pour rappeler avec l'article L. 1110-2 du Code de la Santé Publique « (qu'aucune) *personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ». Droit fondamental donc.

Une deuxième raison, plus procédurale, nous renvoie cette fois-ci à un constat qui est le suivant : en aucun cas la saisine du juge administratif n'est bornée par la qualité de 'national', de telle manière que les ressortissants de pays tiers, peuvent avec, il est vrai, plus ou moins de bonheur selon leurs ressources matérielles ou leur situation sur le territoire, saisir le juge administratif de demandes ou de litiges qui mettent en cause leur droit à la santé ou leur droit à recevoir des soins, pour peu que lesdits requérants disposent d'un intérêt et/ou de la capacité pour agir. Cette possibilité de saisine est d'autant plus ouverte que le droit au recours est lui aussi considéré comme un droit fondamental, voire comme le premier des droits fondamentaux. Les juridictions tant nationales qu'européennes ou communautaires veillent à préserver la réalité et l'intégrité droit à un recours effectif comme en atteste l'affaire *Gebremedhin c./ France*, rendue par la Cour européenne des droits de l'homme le 26 avril 2007 et qui concernait le droit des étrangers et notamment la qualité de la procédure juridictionnelle mise en place par l'article L. 521-2 du CJA.

Une troisième raison enfin, plus terre à terre et en un sens paradoxale, consiste à dire que la protection juridictionnelle du droit à la santé des étrangers ne pose pas de problème tout simplement car il y a là matière à contentieux. De sorte que l'équation : Mesure défavorable + Violation des droits fondamentaux + recours juridictionnel offrirait l'illustration de la bonne protection du droit mis en cause resterait valable.

Or, tel n'est pas le cas. C'est ainsi que la protection du droit à la santé des étrangers se trouve polluée par un certain nombre de facteurs défavorables. Le premier tient directement à la matière dans laquelle nous évoluons : le droit des étrangers. Il n'est sans doute pas nécessaire de revenir ici sur le nombre conséquent de textes qui sont intervenus pour tenter de régler le sort des étrangers en France, ni sans doute sur le large pouvoir d'appréciation qui est laissé à l'administration dans l'appréciation des situations juridiques qui lui sont soumises et qui aboutit le plus souvent et de manière corrélative à restreindre le contrôle porté par le juge administratif sur les décisions en cause (Car en principe plus la liberté d'interprétation laissée à l'administration par les textes est grande plus le contrôle du juge est restreint, ce qui du coup diminue d'autant les possibilités d'obtenir gain de cause devant lui). Un point intéressant en revanche et qui peut expliquer la situation du juge administratif consiste à remarquer que la santé de l'étranger n'est pas toujours susceptible d'ouvrir à des décisions favorables. C'est notamment le cas lorsque la santé est appréciée à l'aune de la notion d'ordre public, notion dont on peut raisonnablement dire qu'elle constitue le plus souvent le vecteur de mesures négatives. Une illustration éclatante de ce point de vue nous est donnée dans le cadre du contentieux relatif aux refus de naturalisation et/ou de réintégration dans la nationalité française. Ainsi, le Conseil d'Etat a-t-il affirmé la faculté du Ministre compétent de rejeter une demande de naturalisation au regard de l'état de santé du demandeur. Dans une décision déjà ancienne, la Haute-juridiction administrative valide la décision ministérielle qui refuse la naturalisation d'une requérante atteinte de cécité (CE., 18 janvier 1993, *Ministre de la Solidarité c./ Arab*, n° 110311, *AJDA*, 1994, p. 314, note F. J. Laferrière)³². S'il est vrai que le juge administratif est revenu sur ce genre de décision, en jugeant désormais que l'état de santé ne peut commander *seul* le refus ministériel, la règle demeure toutefois que la santé de l'étranger est un élément qui permet de caractériser le rejet d'une demande de naturalisation

³² Cette solution est pour le moins contestable dans la mesure où la cécité ne semble aucunement susceptible de mettre en cause la salubrité publique. Cette décision a du reste été contestée jusque dans les rangs du Conseil d'Etat.

ou de réintégration dans la nationalité³³. La naturalisation du reste est qualifiée par le juge de faveur ; faveur que l'administration accorde à l'étranger³⁴.

Un second écueil, que l'on dit plus technique, permet d'expliquer les difficultés rencontrées par le juge administratif dès lors que l'on parle du droit à la santé des étrangers. Il s'agit d'un problème lié cette fois-ci à la *justiciabilité de ce droit*, autrement dit, à la capacité de ce dernier de faire l'objet d'une protection par un juge. Certes, nous avons dit et vu que le droit à la protection de la santé était un droit fondamental. Et nous avons dit aussi que le droit à un recours effectif constituait le premier de ces droits fondamentaux en ce qu'il est le bouclier de tous les autres. Mais cela ne suffit pas et ne rend pas compte de la réalité de cette protection. Il semble en effet que les multiples proclamations ne suffisent pas : soit que le juge considère le texte proclamant le droit à la santé comme trop flou, trop imprécis pour que l'on puisse en inférer une règle suffisamment déterminée ; soit encore qu'il considère ce 'droit' comme une simple directive, un texte uniquement adressé à l'Etat et aux pouvoirs publics (et non aux individus) et dans la mise en oeuvre duquel la personne publique ne serait investie que d'une obligation de moyen ; non point de résultat.

Une illustration éclatante de l'anesthésie générale du droit à la santé par le juge administratif nous est ici fournie par le Conseil d'Etat dans une décision *Association Aides* rendue le 7 juin 2006. Dans cette affaire, qui concernait très directement le droit des étrangers, l'association requérante entendait obtenir l'annulation des décrets du 28 juillet 2005, relatif à l'Aide Médicale d'Etat et aux conditions d'admission au bénéfice de cette aide. Ils invoquaient pour cela plusieurs dispositions internationales dont certaines intéressaient très directement le droit à la santé. Or que dit le Conseil d'Etat en l'espèce ? Il dit dans la majorité des cas que les dispositions invoquées sont dépourvues d'effets contraignants tantôt parce

³³ Est ainsi annulée, sur le fondement de l'erreur manifeste d'appréciation, la décision qui refuse la naturalisation à une personne simplement parce qu'elle est handicapée (CAA., Nantes, 23 juillet 1998, *Ministre de l'Aménagement du Territoire, de la Ville et de l'Intégration c./ Amessis, RFDA.*, 1999, p. 359, Concl. Evelyne Coënt-Bochard). Egalement, CE., 26 septembre 2001, n° 206486 : *« l'administration qui dispose en matière de naturalisation d'un large pouvoir d'appréciation, peut légalement prendre en compte, dans l'examen auquel elle procède du bien fondé de la demande de naturalisation ou de réintégration dans la nationalité française, l'état de santé de l'étranger demandeur ; que, toutefois, elle ne peut se fonder exclusivement sur l'existence d'une maladie ou d'un handicap, sans rechercher si l'état de santé de l'étranger constitue un obstacle à sa réintégration dans la société française, notamment par l'exercice d'une activité professionnelle »*.

³⁴ Pour un exemple en ce sens, CAA., Nantes, 12 mai 2010 : *« Considérant (...) que le fait de satisfaire aux conditions de recevabilité d'une demande de naturalisation, laquelle constitue une faveur accordée par l'Etat français à un étranger, ne confère aucun droit à obtenir la nationalité française (...)»*. Nous soulignons.

qu'elles sont inscrites dans des textes dépourvus de valeur juridique en droit français ; tantôt parce qu'inscrites dans des textes qui bénéficient de cette valeur, les dispositions en cause sont dépourvues d'effectivité ou, pour le dire comme le juge : « *ces stipulations ne produisent pas d'effet direct à l'égard des particuliers (et comme telles) ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation des décrets attaqués* ».

Il faut toutefois se souvenir que cette situation, cette manière de procéder est caractéristique dès lors que l'on pénètre dans le terrain des droits-créances, autrement dit des « droits à », ceux dont la satisfaction passe par une prestation de la part des pouvoirs publics, une obligation positive ; à l'inverse des « droits de », ou droits-libertés, dont la mise en œuvre implique, dit-on, une simple abstention, une obligation négative³⁵. Cette distinction opérée dans la justiciabilité des différentes catégories de droits (droits à/droits de) n'est pas seulement topique dans le contentieux classique des juridictions administratives mais irrigue également les procédures d'urgence et notamment le référé-liberté de l'article L 521-2 du CJA.

Il n'est en effet que de reprendre les décisions rendues en la matière pour constater que les droits-créances sont, du moins lorsqu'ils sont invoqués directement devant le JA, systématiquement écartés de la notion de liberté fondamentale éligibles à ce référé. Ceci est vrai par exemple pour le droit à la santé proclamé par le 11^{ème} alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 ; le Conseil d'Etat ayant, dans une décision *Bunel* de 2005, décidé qu'il n'était pas une liberté fondamentale ; que la simple reconnaissance de ce droit parmi les principes de valeur constitutionnelle ne suffisait pas à lui conférer la protection de l'article L

³⁵ Cette distinction traditionnelle entre les droits-libertés, d'essence libérale, impliquant un simple devoir d'abstention et les droits-créances, d'essence sociale voire socialiste, dont la mise en œuvre passe par une prestation des pouvoirs publics est cependant loin d'être convaincante. Il est en effet largement admis que la satisfaction pleine et entière des droits-libertés passe aussi désormais par des prestations, à tout le moins des obligations positives. La Cour européenne des droits de l'homme a du reste très clairement signifié ce dépassement dans nombre de ses décisions. Voir pour un exemple, Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c./ Irlande*, Série A, n° 6, § 11. La Cour reconnaît que si la Convention européenne des droits de l'homme, « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique ou social* ». Et le juge d'estimer qu'il ne lui est pas possible d'écarter une prétention « *pour le simple motif qu'à l'adopter on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux (et que) nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention* ». Un mouvement de convergence similaire est perceptible en droit interne, même si la question de la justiciabilité des droits sociaux n'est pas réglée pour autant. Une chose est de dire ou de penser l'indivisibilité des droits de l'homme une toute autre semble de mettre en œuvre ces droits lorsque ces derniers imposent l'existence d'une prestation ; prestation qui, souligne-t-on dans la doctrine, a un coût pour la société ; coût que le juge ne saurait ordonner, faute de légitimité démocratique.

521-2 du Code de justice administrative³⁶. Un raisonnement similaire a été retenu par le juge des référés administratifs dans un domaine qui, pour être distinct du droit à la santé, demeure cependant lié à ce dernier : le droit à un logement. Nous savons en effet, depuis une décision *Association de réinsertion sociale du Limousin et autres*, que le droit au logement n'est pas, lui non plus, considéré comme une liberté fondamentale protégée par l'article L 521-2 CJA. La raison, là encore tient, aux dires du juge, à l'absence de justiciabilité de cette norme. Pour le juge il n'existerait pas en somme un *droit* au logement, mais – et il reprend là les termes du Conseil constitutionnel –, *un objectif de valeur constitutionnelle* relatif à la *possibilité* – le terme est important –, *de disposer d'un logement décent*³⁷. Ici encore, le juge prend soin de noter que ni les textes français ni les textes internationaux ne confèrent de droit(s) directement applicable(s) aux individus. Les situations du droit au logement et du droit à la santé sont ainsi relativement proches en tout cas du point de vue des méthodes appliquées par le juge³⁸.

II – UNE PROTECTION POUR LE MOINS FRAGILE DU DROIT A LA SANTE DES ETRANGERS PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Il faut dissiper d'emblée un malentendu. Dire que la protection du droit à la santé des étrangers est fragile signifie *a priori* que cette protection existe.

Il existe en effet nombre de décisions qui mettent en œuvre cette protection et même l'améliore. Toutes n'empruntent pas nécessairement les termes généraux de la décision de principe ; les progrès, s'opèrent souvent furtivement.

Il en est ainsi lorsque, dans un arrêt *Ospina*, le Conseil d'Etat annule un arrêté de reconduite à la frontière en retenant qu'un étranger atteint d'une pathologie grave et évolutive mettant en cause son pronostic vital est admissible au principe de la protection sanitaire, peu importe qu'il ait ou non fait l'objet d'un traitement médical au moment où a été pris ledit arrêté (CE., 17 février 1999, *Ospina*, 192881). Ou encore, dans la décision *N'Satou*, dans laquelle la Haute juridiction étend son contrôle et retient le principe d'un contrôle normal sur les conséquences d'une absence de traitement (CE., 3 novembre 1999, *N'Satou*, 200065).

Toutes ces décisions tentent ainsi d'améliorer, par le biais de procédés techniques – interprétation stricte des dispositions du texte en cause ou extension du contrôle juridictionnel qui est opéré sur la décision administrative –, la situation de l'étranger face à l'administration.

Nous pourrions multiplier ainsi les exemples.

³⁶ CE., Ord., 8 septembre 2005, *Ministre de la Justice c./ Bunel*, *Rec. Leb.*, p. 338.

³⁷ CE., Ord., 3 mai 2002, *Association de réinsertion sociale du Limousin*, *Rec. Leb.*, p. 168.

³⁸ Encore faut-il souligner que la situation constitutionnelle du droit à la santé semble est peut-être meilleure. Sur la distinction qui existe entre la justiciabilité des normes internationales et celle qui est conférée aux normes constitutionnelles, nous renvoyons aux importantes conclusions du Rapporteur public Yann Aguila sur l'arrêt CE., Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *RFDA*, 2008, pp. 1147-1157

Le fait est cependant que la fragilité de la protection du droit à la santé des étrangers tient à deux facteurs : l'un nous semble largement volitif en ce qu'il est – à notre sens – liée à une *certaine volonté* du juge administratif ; l'autre politique. Est selon nous *volitive* la tendance déjà évoquée plus haut de considérer le droit à la santé comme un droit doté d'une *faible justiciabilité*. Pour le dire clairement, il nous est difficile de comprendre le bien fondé d'une décision (la décision *Bunel* précitée) qui tend à écarter les prescriptions du 11^{ème} alinéa du Préambule de la liste des droits protégés par le biais de l'article L. 521-2. Plusieurs raisons expliquent cette remarque. La première est que l'absence de définition ou de critères de définition de la notion de liberté fondamentale utilisée dans le cadre de l'article L. 521-2 autorisait largement le juge à prendre en compte le droit à la santé ainsi que la plupart des droits-créances. Cette première assertion est en outre renforcée par le fait que, dans le cadre du référé-liberté, le juge n'est investi que de la possibilité de prononcer des mesures provisoires. Par ailleurs, il est souvent arrivé qu'en matière de référé-liberté, les juridictions de première instance se montrent plus volontaires, plus audacieuses, que le Conseil d'Etat. Aussi bien dans l'affaire *Bunel* le premier juge avait-il accordé au droit à la santé le caractère de liberté fondamentale. Enfin, on remarque que si le juge administratif n'accepte pas explicitement le droit à la santé parmi lesdites libertés ouvrant droit à référé sur le fondement de l'article L. 521-2, il accepte néanmoins de protéger certains des aspects de ce droit *médiatement* : c'est le cas lorsque la protection de l'état de santé de la personne n'est plus envisagée sous l'angle de son *droit à la santé* mais, par exemple, sous celui de l'atteinte portée à la liberté personnelle du requérant.

La liberté personnelle a ainsi été invoquée, mais en vain, par une ressortissante marocaine ayant fait l'objet d'un arrêté de reconduite à la frontière. Selon cette dernière, la liberté personnelle « *impliquerait notamment qu'un ressortissant étranger atteint d'une pathologie grave ne puisse être renvoyée dans un pays dans lequel il se trouverait exposé à un risque réel pour sa vie du fait de l'impossibilité qui est la sienne de bénéficier de la prise en charge médicale des soins nécessités par son état* »³⁹. La manière de procéder du requérant est la même dans une autre décision récente, la décision *A. c./ Ministre de l'Intérieur, de l'Outre-mer, des Collectivités territoriales et de l'Immigration*. Dans cette affaire, la demanderesse, de nationalité cambodgienne, se plaignait d'une décision de refus de restitution de son passeport par les autorités administratives françaises. Elle invoquait notamment, le fait que cette décision de refus mettait en cause son droit à la santé car, ne pouvant prouver son identité, elle ne pouvait par conséquent bénéficier de l'AME. Ce qui importe dans cette décision, ce qui retient l'attention, réside dans le fait suivant : la requérante évoque bien une atteinte portée à son droit à la santé, mais pas le droit à la santé en tant que tel, elle invoque le droit à la santé *en tant que composante* de sa liberté personnelle. Contrairement à la décision citée plus haut, le juge administratif ouvre droit à la requête et retient l'application du référé-liberté. Pour autant, une variation terminologique apparaît dans la décision du juge puisque contrairement à la requérante qui arguait *via* le principe de liberté personnelle d'une atteinte au droit à la santé, le juge administratif semble consciemment ou non se réfugier derrière le

³⁹ CE., 10 janvier 2011, n° 345329.

droit de recevoir des soins ; ce qui n'est peut-être pas la même chose (on peut se demander d'ailleurs si le droit de recevoir des soins n'est pas *in se* une manière du juge de caractériser l'urgence de la situation de l'intéressée *qui doit* recevoir ces soins). Une autre interrogation porte cette fois-ci sur la notion de liberté personnelle et la capacité de celle-ci à englober tous les aspects du droit à la santé. Nous devons rappeler ainsi que dans la décision *Bunel* précitée, le juge des référés avait souligné que l'étendue de la protection de la liberté personnelle était fonction des sujétions qui s'imposaient à l'individu requérant, en l'espèce un détenu. Cette précision peut-être importante dans le cas d'étrangers placés dans des centres de rétention administrative. Surtout, on peut se demander si une telle restriction aurait été intrinsèquement admissible au cas d'une atteinte directe du droit à la santé. Car une chose est de dire que la *liberté* personnelle d'un individu peut-être restreinte dans les hypothèses de détention et/ou éventuellement de rétention, une toute autre, nous semble-t-il, serait de dire la même chose au regard du droit à la santé ou du droit de recevoir des soins.

Si l'on quitte maintenant, le domaine des procédures d'urgence et spécialement le domaine du référé-liberté, on constate que l'on trouve encore certains arrêts pour protéger le droit à la santé de façon médiate ou détournée, c'est-à-dire indépendamment des vecteurs normatifs qui seraient traditionnellement les siens : le 11^{ème} alinéa du Préambule, les différentes consécutions internationales dont nous avons dit qu'elles étaient pour le juge d'une utilité et d'une efficacité toute relative. Exemple nous est donné dans un arrêt important déjà cité, l'arrêt *Association Aides*. Dans la décision *Association Aides* du 7 juin 2006, le Conseil d'Etat consacre en effet un véritable droit aux soins au profit de l'enfant mineur. Cette décision est d'autant plus intéressante dans le contexte actuel, qu'elle fait suite et constitue le point d'apogée d'un long feuilleton politico-juridique entamé devant le Conseil constitutionnel en 2003, feuilleton qui concernait un projet de modification de l'Aide Médicale d'Etat⁴⁰.

Dans sa décision, le Conseil constitutionnel avait considéré comme étant constitutionnelle la réforme de l'AME qui soumettait le bénéfice de cette aide à un séjour ininterrompu de 3 mois de l'étranger sur le territoire national et qui ne garantissait en outre à ce dernier que les soins urgents, ceux dont l'absence pouvait engager le pronostic vital ou conduire à une aggravation durable de l'état de santé de l'intéressé. Dans cette décision le juge administratif prend le contrepied de la décision du Conseil constitutionnel et reconnaît un droit au soin au profit des mineurs étrangers. Il prohibe par ailleurs de manière absolue les restrictions qui ont été apportées à l'accès aux soins nécessaires à la santé. Ainsi, le juge constate-t-il : « (qu')*en tant qu'il subordonne l'accès à l'aide médicale de l'Etat à une condition de résidence ininterrompue d'au moins trois mois en France, sans prévoir de dispositions spécifiques en vue de garantir les droits des mineurs étrangers et qu'il renvoie ceux-ci, lorsque cette condition de durée de résidence n'est pas remplie, à la seule prise en charge par l'Etat des soins énoncés à l'article L. 254-1 du code de l'action sociale et des*

⁴⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-488 DC, 29 décembre 2003, *Loi de finance rectificative*, *JORF*, 31 décembre 2003, p. 22652, considérants n° 14-20.

familles, c'est-à-dire, ainsi qu'il a été dit plus haut, des seuls soins urgents « dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital ou pourrait conduire à une altération grave et durable de l'état de santé de la personne ou d'un enfant à naître », l'article 97 de la loi de finances rectificative du 30 décembre 2003 est incompatible avec les stipulations précitées ; qu'il suit de là que les décrets attaqués sont illégaux en tant qu'ils mettent en oeuvre cette disposition législative à l'égard des mineurs étrangers ». Or, pour procéder de la sorte, le Conseil d'Etat ne recourt pas aux dispositions relatives au droit à la santé mais à l'article 3-1 de la CIDE qui protège l'intérêt supérieur de l'enfant (et l'on pourrait du reste se demander si les prescriptions de l'article 3-1 sont si claires qu'il y paraît, la Cour de cassation a longtemps en effet considéré cette disposition comme étant dépourvue d'effectivité contentieuse, ce qui n'a pas été le cas du Conseil d'Etat)⁴¹.

Encore faut-il constater que la jurisprudence du juge administratif sur les questions de droit des étrangers demeurent fragile puisque soumise aux aléas de la législation dont on sait qu'ils sont nombreux en la matière. L'aspect politique n'est donc pas à exclure qui s'opère souvent dans un sens défavorable aux étrangers. Une illustration paradigmatique de l'emprise du politique résulte du récent projet de loi sur l'immigration qui revient sur la notion d'effectivité du traitement médicale et de l'accès aux soins de l'étranger dans son pays d'origine ou de renvoi. On sait en effet que la jurisprudence administrative avait interprété très rigoureusement les dispositions textuelles en la matière. On peut ainsi citer l'arrêt *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire* qui, dans un considérant de principe décide : « *qu'il appartient à l'autorité administrative, lorsqu'elle envisage l'éloignement d'un étranger du territoire national, de vérifier, au vu de l'avis émis par le médecin (...), que cette décision ne peut avoir de conséquences d'une exceptionnelle gravité sur l'état de santé de l'intéressé et, en particulier, d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et la gravité des risques qu'entraînerait un défaut de prise en charge médicale dans le pays de renvoi* » et la même juridiction de rajouter : « *que lorsque le défaut de prise en charge risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé, 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 ; que si de telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier,*

⁴¹ Arrêt précité. Signalons que la décision Aides s'inscrit elle-même dans le prolongement d'une décision rendue par le Comité européen des droits sociaux. Dans la décision *FIDH c./ France* rendue le 8 septembre 2004 (Reclam. N° 14/2003), le Comité européen des droits sociaux se fonde sur l'article 17 de la Charte sociale européenne qui garantit notamment aux enfants et aux adolescents le droit aux soins, pour déclarer la loi soumise à son examen non-conforme aux stipulations de la Charte. Pour ce faire, le Comité relève que, d'une part, le groupe en question n'a droit à l'assistance médicale qu'en cas de situation mettant en jeu le pronostic vital et, d'autre part, les enfants d'immigrants en situation irrégulière ne sont admis au bénéfice du système d'assistance médicale qu'après une certaine durée de présence sur le territoire.

soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement et 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 ». Comme le souligne Christel Cournil, pour le juge administratif, la question de l'effectivité de l'accès au soin dans le pays d'origine ou de renvoi, exige désormais de la part de l'autorité décisionnaire : « *une analyse poussée du traitement approprié et ne se contente pas d'une simple possibilité de médicaments mais de la disponibilité de ces derniers dans le pays* » (C. Cournil, « Quand un étranger souffrant d'une maladie grave ne peut pas être expulsé, *AJDA*, 2007, pp. 1135 s.). Cette approche de l'effectivité du traitement a par ailleurs été rappelée encore récemment.

Dans une décision du 16 février 2011, le Conseil d'Etat estime en effet qu'il incombe aux juridictions administratives de se demander si le coût d'une opération chirurgicale dans le pays d'origine ne prive pas, dans les faits, l'étranger d'un accès effectif à un traitement (CE., 16 février 2011, *Benabid*, n° 329450, *DPDE*, Bull., n° 198, Mars 2011, p. 6, note V. Baudet-Caille). Cette décision loin d'être anodine dans le contexte politique actuel revient sur l'arrêt d'appel qui n'avait pas tenu compte de l'accès effectif aux soins.

Or, que dire de cette jurisprudence protectrice sinon qu'elle semble à terme remise en cause par les dispositions de la loi Besson qui après avoir envisagé un temps de substituer la notion de disponibilité du traitement à celle d'effectivité, retient une formule liée à l'*absence* de traitement...

Où l'on voit qu'il y a encore beaucoup à dire en la matière...