



**HAL**  
open science

## ”Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens”

Serge Slama

► **To cite this version:**

Serge Slama. ”Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens”. Diane Roman. Les droits sociaux, entre droits de l’Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits?., pp.57 - 95, 2012, 978-2-275-03819-3. hal-04371056

**HAL Id: hal-04371056**

**<https://hal.science/hal-04371056>**

Submitted on 3 Jan 2024

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

## Les nouvelles frontières des droits sociaux des étrangers non européens

Par Serge SLAMA, maître de conférences en droit public à l'Université Evry-Val-d'Essonne (Centre Léon Duguit)

Paru in Diane ROMAN, *Les droits sociaux, entre droits de l'Homme et politiques sociales. Quels titulaires pour quels droits?*, LGDJ, 2012, p.57-95.

« En somme, notre législation sur l'Assistance publique est empreinte d'un esprit très libéral à l'égard des étrangers (...) [qui] se justifie non seulement par des raisons humanitaires mais encore – il faut bien le dire – par des raisons d'équité. La plupart des étrangers résidant en France sont des travailleurs qui sont venus nous apporter l'appui de leurs bras à une heure particulièrement critique de notre histoire. Ils sont destinés en grande nombre à s'incorporer dans la communauté nationale (...). Cependant, il serait vain de nier que les étrangers occasionnent à nos services d'assistance une très lourde charge »<sup>1</sup>. Cette phrase issue d'une thèse soutenue en 1928 par un membre du Conseil d'Etat, Marcel Lachaze, traduit assez bien la logique qui guide de longue date la législation républicaine s'agissant de l'accès aux droits sociaux des étrangers : admission de principe mais qui n'est pas inconditionnelle ni sans arrière-pensées. L'état d'esprit d'une récente décision du Conseil constitutionnel n'est guère différent lorsqu'il valide une disposition législative restreignant l'accès à l'aide médicale d'Etat (« AME ») 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 » (Cons. const. n°2010-622 DC du 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*)<sup>2</sup>. Ces préoccupations ont, à certaines époques, croisé des considérations moins glorieuses mêlant protectionnisme, nationalisme et xénophobie – invoquant souvent l'argument de « l'appel d'air ». Elles ont conduit, parallèlement à la construction du régime français de protection sociale, à érigé certaines entraves à l'encontre des étrangers voire même, pour certains droits sociaux, à les exclure totalement.

Depuis la Libération, on a toutefois assisté à la disparition progressive et inéluctable de la condition de nationalité et de réciprocité. Cette différence de traitement est devenue illégitime dans un système de protection sociale financé par les contributions sociales, et subsidiairement par l'impôt, compte tenu du fait que les résidents étrangers cotisent, et sont contribuables, dans les mêmes conditions que les nationaux. Comme l'analyse Danièle Lochak : « qu'il s'agisse des droits reconnus aux travailleurs ou du bénéfice des droits garantis par l'État providence, l'égalité est désormais la règle et les exceptions ne sont plus que résiduelles. »<sup>3</sup>. Toute condition de nationalité, ou de réciprocité, est donc désormais assurément jugée contraire au principe constitutionnel d'égalité et aux engagements internationaux de la France, particulièrement au principe de non-discrimination de l'article 14 de la CEDH combiné à l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole additionnel (protection des « biens ») et à l'article 8 de la CEDH (protection de la vie familiale)<sup>4</sup>. En témoigne la première décision rendue par le Conseil constitutionnel sur une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'une des plus anciennes discriminations à l'encontre des étrangers produisant encore des effets – la cristallisation des pensions des anciens combattants des ex-territoires sous souveraineté française (Cons. constit. n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010 *consorts Labane*)<sup>5</sup>. La force du principe de non-discrimination selon la nationalité au

<sup>1</sup> Marcel LACHAZE, *Du statut juridique de l'étranger au regard du droit public français*, sous dir. L. ROLLAND, Dalloz, 1928, p.199.

<sup>2</sup> *Actualités droits-libertés* (« ADL ») du 16 janvier 2011 par T. GRÜNDLER. Toutes les lettres du CREDOF sont accessibles sur le blog <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr>.

<sup>3</sup> Danièle LOCHAK, « Droits et libertés des étrangers : droits économiques et sociaux », *Jurisclasseur Libertés*, fasc. 740, 2009, n°1 et n°49. Cette étude constitue la source de référence pour de nombreuses informations contenues dans cet article.

<sup>4</sup> V. en dernier lieu ; Cour EDH, 1<sup>er</sup> Sect. 28 octobre 2010, *Saidoun c. Grèce et Fawsie c. Grèce*, Resp. Req. n° 40083/07 et 40080/07 ; *ADL* du 29 octobre 2010 par N. HERVIEU.

<sup>5</sup> *RFDA*, 2010, p. 717, comm. D. KATZ ; *Constitutions*, 2010, p. 441, comm. S. SLAMA.

bénéfice des citoyens de l'Union européenne en droit communautaire a également joué un rôle moteur<sup>6</sup>.

Mais si le principe d'assimilation a fini par l'emporter s'agissant de l'exigence de nationalité, la majeure partie des prestations, aides et droits sociaux n'est pas accordée de façon inconditionnelle et indifférenciée aux étrangers. D'une part, sauf (rares) exceptions, ce n'est qu'une fois acquis le droit au séjour qu'ils deviennent accessibles en vertu du principe de régularité. Depuis une vingtaine d'années, la régularité du séjour – et même parfois la possession de certains types de cartes de séjour ou de titres de séjour renouvelés durant une certaine durée – conditionnent quasi-systématiquement leur accès. D'autre part, et de manière cumulative, une condition de résidence voire de permanence du séjour a été posée en raison d'un principe de territorialité. Et même lorsque pour un nombre de droits résiduels la régularité du séjour ne prévaut pas, la condition de résidence est pratiquement systématiquement exigée.

Et c'est là le phénomène marquant de cette « nouvelle frontière » des droits sociaux des étrangers : d'une protection sociale en partie « nationale » le système français est passé à un système « territorialisée » accessible à tous les résidents étrangers, à l'exception des irréguliers. Seuls quelques droits résiduels de première nécessité – assurant l'intégrité physique, la protection de la dignité ou de l'enfance – restent, pour des raisons évidentes d'humanité, accessibles de manière inconditionnelle. Ainsi, pour reprendre cet exemple, pour les pensions des anciens combattants des ex-colonies, si le Conseil constitutionnel a invalidé le critère de nationalité, il en a revanche admis qu'une différence de traitement soit fondée « *sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat* » (Cons. constit. n° 2010-1 QPC, *préc.*, cons. 9). En admettant que les pensionnés français expatriés à l'étranger pouvaient subir la même « cristallisation » que des étrangers résidant dans le même pays, il donne son aval à une éventuelle « *égalisation par le bas* » de la protection sociale<sup>7</sup>.

La frontière des droits sociaux ne passe donc plus entre Français et étrangers mais peut se déplacer, si le législateur le décide, entre les pensionnés expatriés ou non<sup>8</sup>. Cela interroge sur l'universalité réelle des droits sociaux fondamentaux. Au demeurant, comme l'observe Antoine Math, la protection sociale fonctionne « *selon un principe de territorialité et les droits sociaux sont ancrés dans un territoire national, parfois infra-national, mais jamais supranational* »<sup>9</sup> - du moins tant qu'il n'existera pas un socle de protection sociale pour l'ensemble de l'humanité<sup>10</sup>.

L'effacement progressif et inéluctable du principe de nationalité, ou de réciprocité, dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle (I) a consécutivement laissé place à un principe de territorialité doublé, la plupart du temps, par un principe de régularité (II.)

### **I. L'effacement progressif et inéluctable de la condition de nationalité ou de réciprocité**

Le développement de l'Etat providence parallèlement à l'Etat nation et le coût de la réalisation des droits-créances pour la collectivité, alors que la population immigrée augmentait, a eu tendance à favoriser l'exclusion des étrangers de tout, ou partie, des dispositifs de protection sociale. Ces conditions de nationalité, ou de réciprocité, ont lentement reculé dans la législation française dans l'après guerre (A). Le chemin de l'égalité a été plus long pour les prestations de Sécurité sociale non contributives et les pensions des ex-fonctionnaires civils et militaires des anciens pays ou territoires sous souveraineté française (B).

---

<sup>6</sup> Sur cette question, outre la contribution de Myriam Benlolo-Carabot, v. Jean-Philippe LHERNOULD, « Non discrimination en raison de la nationalité en matière sociale », *Droit social*, juin 2011, p.694 (à paraître également in Catherine GAUTHIER et Marie GAUTIER, *La non-discrimination entre les Européens*, Pédone, 2011).

<sup>7</sup> Laurence GAY, « L'égalité et la protection sociale dans les premières décisions QPC du Conseil constitutionnel : un bilan mitigé », *RDSS* 2010 p. 1061.

<sup>8</sup> V., en ce sens, notre commentaire de la QPC n°1 *Labane, préc.*

<sup>9</sup> Antoine MATH, « Droit de circuler et protection sociale » in *Liberté de circulation un droit, quelles politiques ?* Journée d'étude novembre 2009, Gisti coll. « Penser l'immigration autrement », 2010, p.20.

<sup>10</sup> V. « L'Initiative OIT-ONU pour un socle de protection sociale: le rôle de la sécurité sociale dans les réponses à la crise, la reprise et l'après-crise », 16 juin 2010 ([http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/insight/WCMS\\_141819/lang--fr/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/press-and-media-centre/insight/WCMS_141819/lang--fr/index.htm))

## A – Le lent recul des conditions de nationalité et de réciprocité dans l’après guerre

L’avènement de l’Etat providence coïncide avec l’affirmation de l’Etat Nation et une « *nationalisation* » des sociétés européennes dans la seconde moitié du XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup><sup>11</sup>. Pour l’hexagone, le basculement dans cette logique intervient – symboliquement – en 1848 avec *l’avènement du suffrage universel* masculin qui sera suivi, l’année suivante, d’un débat sur *la naturalisation et le séjour des étrangers en France* (Loi des 3-11 décembre 1849). Le travail de l’universalisation qui se réalise alors est ambivalent<sup>12</sup> : s’il tend à faire de chaque homme vivant en société un citoyen-électeur, il s’accompagne parallèlement de l’érection d’une « *impérieuse frontière : celle de l’identité nationale* »<sup>13</sup>. Or, c’est précisément à cette époque qu’est formalisée et généralisée la condition de nationalité pour bénéficier du droit de vote, occuper des mandats électifs ou accéder aux fonctions publiques et offices ministériels et à un nombre croissant de droits et d’emplois<sup>14</sup>.

Le même phénomène peut être décrit s’agissant de construction de la protection sociale en France puisque les conditions de nationalité et de réciprocité sont formellement inscrites dans les textes dans cette période dans laquelle la protection sociale rime souvent avec la protection du travail national (1<sup>o</sup>). Il faudra attendre la Libération pour assister à un recul de ces exigences (2<sup>o</sup>).

### 1<sup>o</sup>) Les origines de la condition de nationalité ou de réciprocité ou quand la protection sociale rime avec la protection du travail national

Peu connues aujourd’hui, les conditions d’accès des étrangers aux droits sociaux au XIX<sup>e</sup> siècle étaient systématiquement abordées dans une abondante doctrine soit dans les ouvrages ou articles de droit international privé<sup>15</sup> soit même dans des nombreuses thèses sur la condition des étrangers<sup>16</sup>. Les restrictions ont d’abord concerné **l’assistance publique**. Pendant longtemps les textes sur l’assistance n’établissaient pas formellement de distinction entre Français et étrangers (v. article 18 du titre V du décret du 24 vendémiaire an II et article 1<sup>er</sup> de la loi du 7 août 1851). Mais, dans la pratique, les étrangers pouvaient rencontrer des difficultés d’accès à l’assistance publique compte tenu d’interprétations restrictives de la notion de « *domicile de secours* » rattachée artificiellement à la citoyenneté<sup>17</sup>. Mettant fin à cette ambiguïté<sup>18</sup>, la loi du 15 juillet 1893 se montre à la fois plus libérale et plus restrictive. En effet tout en admettant formellement les étrangers à **l’assistance médicale gratuite**, elle conditionne dans le même temps cet accès à une condition de réciprocité<sup>19</sup>. Cette loi

---

<sup>11</sup> Gérard NOIRIEL, *Réfugiés et sans-papiers. La République face au droit d’asile XIX<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup>*, Hachette Littératures (coll. « Pluriel »), 1998, p. 84 et s.

<sup>12</sup> V. sur le même type d’ambivalence à l’égard des femmes : Juliette RENNES, *Le mérite et la nature. Une controverse républicaine, l’accès des femmes aux professions de prestige (1880-1940)*, Fayard, coll. « L’espace du politique », 2007. 594 p.

<sup>13</sup> Pierre ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen. Histoire du suffrage universel en France*, Gallimard (coll. « Folio Histoire »), 2001, p.558.

<sup>14</sup> V. notre thèse : *Le privilège du national. Etude historique sur la condition civique des étrangers*, Thèse Paris X-Nanterre, 2003, partie 2 (disponible au CREDOF).

<sup>15</sup> V., par exemples, René VINCENT et Edouard PENAUD, *Dictionnaire de droit international privé. Législation, doctrine, jurisprudence françaises*, Larose et Forcel, 1887 ; André WEISS, *Traité théorique et pratique de droit international privé*, Larose et Forcel, 1892. Témoignage de l’état d’esprit de l’époque, cet éminent auteur écrivait que « *mettre à la charge de notre pays les misères de tous les étrangers auxquels il plaît de se fixer sur son sol hospitalier ce serait faire de la France le rendez-vous préféré des mendiants et des vagabonds du monde entier* » (2<sup>e</sup> éd, t. 2, p.148).

<sup>16</sup> V. en particulier : EVEILLE, *L’assistance aux étrangers en France*, Thèse, 1899 et A. HOUZE DE L’AULNOIT, *Les ouvriers belges à Lille. Etude sur les conditions d’admissibilité des indigents étrangers au secours publics*, Danel, Lille, 1885. On recense une trentaine de thèses sur la condition des étrangers à la fin du XIX<sup>e</sup>.

<sup>17</sup> Henri DEROUIN et Fernand WORMS, « Les étrangers en France, au point de vue de l’assistance et des secours charitables », *Journal du droit international privé « Clunet »*, 1890, p.545.

<sup>18</sup> Il a été jugé que cette loi a abrogé les textes précédents : CE, 12 février 1897, *Journal du droit*, 4 mars 1897 et CE 8 juillet 1893, *Gazette des tribunaux*, 9 juillet 1898 cité par EVEILLE, *thèse préc.*, p.16.

<sup>19</sup> Article 1er, §3 : « *Les étrangers malades privés de ressources sont privés assimilés aux Français toutes les fois que le gouvernement aura passé un traité d’assistance réciproque avec leur nation d’origine* ».

intervient d'ailleurs symptomatiquement en plein débat sur la « *protection du travail national* »<sup>20</sup> qui devait aboutir à la loi du 8 août 1893 posant les premières restrictions légales à l'embauche des étrangers. Durant ce débat, l'idée d'instaurer une taxe sur le séjour ou l'embauche d'étrangers visant notamment à assurer la couverture des frais de l'assistance médicale gratuite<sup>21</sup> est souvent défendue<sup>22</sup>. Toutefois, ce projet a été finalement abandonné car en vertu d'accords bilatéraux la majeure partie des étrangers travaillant ne pouvaient être assujettis à aucun impôt autre que ceux dont les Français sont eux-mêmes redevables<sup>23</sup>. Cela explique que le législateur ait alors opté pour la condition de réciprocité. Ce n'était pas sans arrière-pensée puisqu'il n'existait alors qu'un seul traité d'assistance réciproque – l'accord franco-suisse de 1882. Néanmoins, au fur et à mesure, des accords seront conclus avec les principaux pays d'émigration vers la France (Italie, Pologne, Belgique, Luxembourg, Sarre). Ainsi, en 1925 54% des étrangers traités dans les hôpitaux parisiens sont couverts par un tel accord<sup>24</sup>.

Les restrictions vont ensuite s'étendre à d'autres branches du dispositif de protection sociale. En premier lieu, pour **l'assurance sur les accidents du travail**, la loi du 9 avril 1898 apporte deux restrictions à l'égard des étrangers : s'ils quittaient la France, ils recevaient pour toute indemnité un capital égal à trois fois la rente qui leur avait été allouée ; et en cas d'issue mortelle, l'épouse n'avait aucun droit si elle ne résidait pas sur le territoire français au moment de l'accident. La convention franco-polonaise du 3 septembre 1919 a toutefois prévu un dispositif plus favorable en assurant la réciprocité. En second lieu, pour **l'assistance aux vieillards infirmes et incurables**, la loi du 14 juillet 1905 a formellement exclu les étrangers car il s'agit d'une « *des plus lourdes charges* » sur les finances publiques<sup>25</sup>. En pratique des accords de réciprocité, avec les mêmes pays, permettaient une prise en charge dans certaines conditions. La loi du 5 avril 1910 a ensuite prévu qu'ils cotisent et bénéficient du régime de l'assurance retraite des ouvriers dès qu'ils travaillent en France. Les **secours au chômage** ont aussi pendant longtemps été refusés aux étrangers (v. not. décret du 31 octobre 1935). Mais là aussi les conventions bilatérales négociées durant l'entre-deux-guerres avec les gouvernements polonais, italiens et belges prévoyaient pour les ressortissants de ces pays des indemnités de chômage au même titre que les ouvriers français<sup>26</sup>. En troisième lieu, **l'assistance aux femmes en couches** est réservée, par la loi du 13 juillet 1913, aux seules femmes « *de nationalité française* », sans prévoir une possible extension par des accords bilatéraux. Mais, dans la pratique les accords bilatéraux ont prévalu et permis l'accès sur la base de la réciprocité<sup>27</sup>. En quatrième lieu, **l'assistance aux familles nombreuses** n'est initialement accordée par la loi du 14 juillet 1913 qu'aux « *chefs de famille de nationalité française* ». Le décret-loi du 29 juillet 1939 prévoit même que les enfants doivent avoir acquis définitivement la nationalité française<sup>28</sup>.

---

<sup>20</sup> Marie-Claire LAVAL-REVIGLIO, « Parlementaires xénophobes et antisémites sous la III<sup>ème</sup> République. Débats relatifs à la nationalité et à la protection du travail national », in *Le droit antisémite de Vichy, Le Genre humain*, été-automne 1996, n°30-31, Le Seuil, p.85.

<sup>21</sup> Alexandre BERARD, *L'invasion des étrangers et la taxe de séjour*, Lyon, Mougin-Rusand, 1886. Docteur en droit, l'auteur était avocat et sénateur radical. Il est aussi l'auteur de *L'invasion arabe dans la Bresse*, la Dombes et le Bugey, 1889.

<sup>22</sup> C'était une thématique souvent présente dans ouvrages polémiques, voire xénophobes, qui ne sont pas rares à la fin du XIX<sup>e</sup> : Maurice BARRES, *Contre les étrangers. Etude pour la protection des ouvriers français*, Déclaration lue par le député sortant dans les réunions des cantons de Neuilly-Boulogne, Grande Imprimerie parisienne, 1893 ; J. BERJONT, *De l'envahissement des étrangers en France*. La Provence italienne, s. l., Imprimerie spéciale de la Ligue, 1903 ; G. MARCHAL-LAFONTAINE, *L'invasion pacifique de la France par les étrangers*, Dentu, 1886.

<sup>23</sup> Janine PONTY, *L'immigration dans les textes*. France 1789-2002, Belin sup, 2002, doc 48.

<sup>24</sup> M. LACHAZE, *Du statut juridique...*, *op. cit.*, p.199.

<sup>25</sup> *Ibid.* p.196.

<sup>26</sup> Dans la pratique il existait des restrictions : v. Janine PONTY, *Polonais méconnus. Histoire des travailleurs immigrés en France dans l'entre-deux-guerres*, Publications de la Sorbonne, 1988, pp. 143 et 226.

<sup>27</sup> M. LACHAZE, *loc. cit.*

<sup>28</sup> M. CHAIGNE, « La condition des étrangers en France quant à la jouissance des droits civils » in *Le statut de l'étranger et le marché commun*, Librairies techniques, 1959, p.109. Le Professeur Jean-Paulin NIBOYET, expliquait que « *cela se conçoit car la France n'a pas à grever son budget pour encourager la natalité étrangère qui, au surplus, n'appelle pas de pareilles mesures, parce qu'elle est très satisfaisante dans l'ensemble* » (*Traité de droit international privé français*, t.2 : *La condition des étrangers*, Sirey, 1938 (2<sup>ème</sup> éd. 1951), n°647).

En définitive, seule l'**assistance aux enfants abandonnés** n'est soumise, sous la III<sup>e</sup> République, à aucune restriction liée à la nationalité. Marcel Lachaze l'explique par le fait que d'une part « *la nationalité de l'enfant peut demeurer inconnue (...)* » mais, aussi, d'autre part, que « *même lorsque la nationalité étrangère de l'enfant est établie, des considérations élémentaires d'humanité s'opposent à ce que l'assistance soit refusée dans ce cas particulier* »<sup>29</sup>.

## 2°) Libération : le premier recul des conditions de nationalité et de réciprocité

A la Libération le Centre d'action et de défense des immigrés (CADI), mouvement fédérant les associations d'immigrés de la Résistance proches du parti communiste, revendiquait, dans un projet de statut des étrangers, approuvé par le Conseil national de la Résistance, l'égalité des droits sociaux entre Français et étrangers<sup>30</sup>. Si ce projet est écarté car il risquait d'être interprété « *comme une sorte d'invitation à tous les sans patries de venir chercher refuge en France* »<sup>31</sup>, les textes adoptés sous l'égide de Pierre Laroque ouvrent très largement la Sécurité sociale aux étrangers, sans pour autant supprimer toutes les exclusions<sup>32</sup>.

Ainsi, en premier lieu, s'agissant **du régime général**, l'article 5 de l'ordonnance du 19 octobre 1945 prévoit l'affiliation obligatoire des salariés étrangers dans les mêmes conditions que les travailleurs français et ce sans condition de régularité<sup>33</sup>. Ils bénéficient, tout comme leurs ayants droit résidant en France, des mêmes prestations d'assurance maladie. C'est à cette période que s'impose le principe de territorialité de la Sécurité sociale qui s'applique, indépendamment de la nationalité, lorsque l'intéressé réside et travaille en France métropolitaine. Les obligations des travailleurs étrangers sont les mêmes que celles des travailleurs français en ce qui concerne notamment la déclaration d'emploi et l'immatriculation ainsi que le versement des cotisations. Les droits peuvent en revanche être différents suivant l'existence, ou non, d'un accord de réciprocité avec le pays d'origine. En second lieu, le **régime d'accidents du travail** de la loi du 9 avril 1898, modifiée en 1938, est intégré à l'assurance obligatoire des accidents du travail et des maladies professionnelles. La loi du 30 octobre 1946 *sur la prévention et la réparation des accidents du travail et maladies professionnelles* transforme la législation ancienne et constitue un progrès considérable. Tous les travailleurs étrangers bénéficient de cette législation et ils ont droit aux mêmes réparations que les travailleurs français. Une réserve doit cependant être faite : les ressortissants d'Etats n'ayant ni adhéré à la Convention de Genève de 1925 ni passé avec la France un accord de réciprocité voient leurs rentes remplacée par le versement d'une somme égale à trois annuité de cette rente s'ils viennent à quitter la France. En troisième lieu, les **prestations familiales** bénéficient, en application de la loi du 22 août 1946, aux étrangers résidents « ordinaires » ou « privilégiés » – à l'exclusion résidents temporaires (cartes de séjour d'un an). Ces derniers seront néanmoins admis à leur bénéfice par une loi du 30 juin 1948 dès lors qu'ils justifient être titulaires d'une carte de séjour autorisant à travailler.

S'agissant en dernier lieu des **pensions de retraite**, l'ordonnance du 24 octobre 1945 assimile également les étrangers aux nationaux notamment en abrogeant l'article 8 du Code des retraites minières qui « *frappait les étrangers de certaines discriminations* »<sup>34</sup>. L'étranger qui regagne son pays d'origine perd son droit à la retraite sauf s'il est ressortissant d'un Etat ayant passé un accord de réciprocité. Une disposition assez ancienne du Code des pensions, datant de 1851, prévoyait aussi, et surtout, la suspension du droit à pension en cas de perte de la qualité de Français.

C'est d'ailleurs pour surmonter cette disposition qu'au moment de la décolonisation le gouvernement du général du Gaulle adopte une législation visant à assurer le maintien de anciens pensions des fonctionnaires civils et militaires des pays ou territoires jusque là sous souveraineté française. Mais, comme cela est connu, y compris des cinéphiles, le système mis en place repose alors **sur le principe de la « cristallisation »**, c'est-à-dire du versement de pensions, rentes et allocations viagères

<sup>29</sup> M. LACHAZE, *loc. cit.*

<sup>30</sup> Alexis SPIRE, *Etrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, pp.24-25.

<sup>31</sup> *Ibid.*, p.26 (citant le chef de cabinet du directeur de la Sûreté générale).

<sup>32</sup> Cette partie doit beaucoup à des notes originales d'Alexis Spire pour sa thèse réalisées à partir de la consultation de diverses archives. Il les a amicalement transmises à l'auteur. Qu'il en soit remercié.

<sup>33</sup> V. *infra*.

<sup>34</sup> A. SPIRE, notes de recherches originales.

forfaitaires. Initialement, ce système de gel des pensions apparaît, dans l'ensemble, comme « *un moindre mal* » dès lors que l'indemnité annuelle pouvait être revalorisée ponctuellement par décret<sup>35</sup>. Mais dans la réalité ces revalorisations seront exceptionnelles. En outre, les lois de « cristallisation » interviendront à des dates différentes selon les nationalités entraînant d'importants écarts de pension selon le pays d'origine<sup>36</sup>.

Jusqu'à la fin des années 1990 les législations ont aussi eu tendance à maintenir aussi les étrangers à l'écart des prestations dites « *non contributives* », c'est-à-dire à dire financées par solidarité nationale – alors même qu'ils sont des contribuables comme les autres.

## **B – Le long chemin vers l'égalité pour les prestations financées par la solidarité nationale et les pensions des ressortissants des ex-colonies**

La condition de nationalité ou de réciprocité pour l'aide sociale facultative n'a été remise en cause que dans les années 1990 sous la triple impulsion des droits constitutionnel, communautaire et européen des droits de l'homme. Mais cette suppression s'est heurtée à des résistances des pouvoirs publics, en raison principalement du coût financier d'une telle ouverture. Dans la plupart des cas, elle n'a été acquise qu'à la suite de combats contentieux, comme le montre les exemples du minimum vieillesse et de l'allocation adulte handicapé (1), de la carte famille nombreuse (2), de la « cristallisation » des prestations et aides versées aux anciens fonctionnaires civils ou militaires des ex-colonies (3<sup>o</sup>) ainsi que des Harkis et autres supplétifs de l'armée françaises (4<sup>o</sup>).

### **1<sup>o</sup>) Minimum vieillesse et allocation adulte handicapé : les droits européens contre une conception étroite de la solidarité nationale**

Jusqu'à la fin des années quatre-vingt-dix, les diverses prestations sociales non contributives comme celles du « *minimum vieillesse* » ainsi que l'allocation aux adultes handicapés (« AAH ») n'étaient versées qu'aux Français ou aux ressortissants des États ayant conclu un accord de réciprocité avec la France, ainsi, bien sûr, qu'aux citoyens de l'Union européenne. L'argument utilisé pour justifier cette exclusion reposait sur le fait que le financement de ces prestations par le principe de solidarité et non d'assurance, parce qu'elles étaient financées par l'impôt et non les cotisations sociales. Mais, comme l'analyse Danièle Lochak, « *outré qu'une conception aussi étroite de la solidarité sociale, limitée aux seuls nationaux, paraissait contestable, on voit mal ce qui autorisait logiquement à en écarter les étrangers dès lors qu'ils sont astreints, au même titre que les nationaux, au paiement de l'impôt qui sert à financer les prestations en question* »<sup>37</sup>. Cette condition de nationalité, ou de réciprocité, a fait l'objet de contestations au regard du principe constitutionnel d'égalité et des engagements internationaux de la France garantissant l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale ou la non-discrimination.

Le premier front ouvert a été celui de **la constitutionnalité**. Avant même l'intervention du juge constitutionnel, le Conseil d'Etat est venu poser les bases d'une jurisprudence favorable à l'assimilation des étrangers. Il s'est notamment constamment opposé à tout mécanisme de « *préférence nationale* » – ou communautaire – dans l'attribution des prestations ou aides sociales facultatives, notamment celles délivrées par les collectivités<sup>38</sup>. Ainsi, à propos de l'allocation de congé parental réservée en 1984 aux seules familles parisiennes françaises ou de l'Union européenne de trois enfants dont l'un des parents s'arrêtaient de travailler, confirmant que *Paris est laid lorsqu'il se croit français*, le Conseil d'Etat a estimé infondée « *l'institution de différences de traitement entre les attributaires potentiels [d'une] allocation (...)* » dès lors qu'il n'existe aucune nécessité d'intérêt général en rapport avec l'objet de l'allocation en cause « *qui auraient commandé de telles*

<sup>35</sup> Pierre-François RACINE, « Le feuilleton de la décristallisation », *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Genevois*, Dalloz 2009, p. 890.

<sup>36</sup> V. notre commentaire de la QPC n°1 sur la décision *consorts Labane*, préc. dans lequel nous rappelons les motifs de cet « étalement » de la cristallisation selon la nationalité entre 1958 (Vietnamiens et Cambodgiens) et 1981 (Algériens) et la jurisprudence du Conseil d'Etat dans cette période.

<sup>37</sup> D. LOCHAK, « Droits et libertés des étrangers... », *étude préc.*, n°54.

<sup>38</sup> V. sur cette question : Hugues MOUTOUH, « Le bon grain et l'ivraie. Brève histoire de la préférence nationale en droit français », *D.*, chr. 1999, p.419.

discriminations » au regard notamment « des charges occasionnées par l'éducation des enfants » (CE, 30 juin 1989, *Ville de Paris et a. c/ Lévy*, n° 78113<sup>39</sup>). Lui emboîtant le pas, le Conseil constitutionnel a estimé contraire au principe constitutionnel d'égalité une disposition législative visant à donner l'accès à l'allocation supplémentaire du fonds national de solidarité (« *minimum vieillesse* ») aux étrangers bénéficiaires de conventions internationales, en particulier les ressortissants communautaires, tout en laissant subsister l'exclusion des autres étrangers (Cons. const., déc. n° 89-269 DC, 22 janv. 1990, *Loi portant DMOS*)<sup>40</sup>. Le raisonnement mené valait pour toutes les allocations non contributives soumises à une condition de nationalité – ce que confirmera sa décision de 1993 garantissant le bénéfice « des droits à la protection sociale » à tous les étrangers résidant de manière stable et régulière en France (Cons. const., déc., no 93-325 DC, 13 août 1993, cons. 3)<sup>41</sup>. La difficulté est que l'invalidation de la disposition qui visait à modifier le Code de la sécurité sociale a eu pour conséquence, en l'absence de modulation des effets de la décision ou de réserve d'interprétation, le maintien de la rédaction initiale écartant tous les étrangers sans exception. A une époque où le contrôle de constitutionnalité des lois promulguées n'était pas encore inscrit dans la Constitution française, les caisses continuèrent à appliquer ces dispositions inconstitutionnelles en se retranchant derrière la théorie dite de la « *loi écran* »<sup>42</sup>.

Un second front s'est par conséquent ouvert contre ces restrictions dans le cadre du **contrôle de conventionnalité**. Ainsi les dispositions du Code de la sécurité sociale ont été contestées également au regard des accords d'association conclus entre les Communautés européennes et l'Algérie, le Maroc, la Tunisie, la Turquie. Ceux-ci posent un principe d'égalité dans le domaine de la sécurité sociale, sans discrimination selon la nationalité, dès lors que les intéressés sont légalement admis sur le marché du travail d'un État d'accueil. La Cour de cassation a retenu ce moyen en reconnaissant à un ressortissant algérien, en application des accords CE-Algérie, le droit de bénéficier d'une prestation sociale non contributive (Cass. soc., 7 mai 1991, *Mazari c/ CPAM de Grenoble*<sup>43</sup>), en s'inscrivant dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg<sup>44</sup>. Malgré ces décisions, les caisses de sécurité sociale ont alors pris le parti de se « *moquer de la justice* »<sup>45</sup> en refusant d'ouvrir les droits aux étrangers, sauf en cas d'introduction d'un contentieux individuel<sup>46</sup>. Ces blocages ne seront levés que grâce à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. En 1996, elle condamna l'Autriche pour avoir soumis à une condition de nationalité le bénéficiaire d'une prestation de ce type en considérant que, bien que financées par l'impôt, elle n'en constituait pas moins un « *bien* » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n°1 (« 1P1 »). En l'absence de justification objective et raisonnable, seuls des « *considérations très fortes* » peuvent fonder une telle exigence de nationalité prohibée par l'article 14 de la CEDH (Cour EDH, 16 déc. 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, Req. no 17371/90<sup>47</sup>). Cette décision

<sup>39</sup> RFDA 1990, p. 575, concl. D. LEVIS.

<sup>40</sup> AJDA 1990, p.471, note F. BENOIT-ROHMER ; *Dr. soc.*, 1990, p.352, note X. PRETOT.

<sup>41</sup> Bruno GENEVOIS, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », RFDA, 1993, p. 871.

<sup>42</sup> D. LOCHAK, « Droits et libertés des étrangers... », *étude préc.*, n°56.

<sup>43</sup> *Bull. civ.*, n°231. Dans un article, Patrick MONY rappelle que la première décision dans ce domaine – CJCE 15 janvier 1986, *Pinna c/ CAF de Savoie*, aff. 414/84 – a été obtenue grâce à un responsable du secteur immigration de la CGT et que la décision *Mazari* a été obtenue grâce « à l'opiniâtreté d'un juriste de l'ODTI (Office dauphinois des travailleurs immigrés) », en liaison avec le Gisti (« La découverte des questions de protection sociale » et Adeline TOULLIER, « La protection sociale, terrain d'expérimentation de nouvelles stratégies », in GISTI, *Défendre la cause des étrangers en justice. 30 ans après le « grand arrêt » Gisti de 1978*, Dalloz/Gisti coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p.10).

<sup>44</sup> CJCE 12 juil. 1990, *Commission c/ France*, C-236/88 ; CJCE 11 juin 1991, *Commission c/ France*, aff. C-307/89 ; CJCE 31 janv. 1991, *Kziber c/ Onem*, aff.C-18/90. V. aussi CJCE 5 avril 1995, *Krid c/ CNAVTS*, aff. 103/94, D.1996.J.105, note B. CHAUVET.

<sup>45</sup> V. Hélène GACON-ESTRADA, « Etrangers : la Sécurité sociale se moque de la justice », *Dr. soc.*, 1996 p.709 ; D. Lochak, « Quand l'administration fait de la résistance. Les prestations non contributives et les étrangers » in *Drôle(s) de droit(s). Mélanges en l'honneur de Elie Alfandari*, Dalloz, 2000, pp.405-413. Voir aussi Xavier PRETOT, « L'application du principe d'égalité à l'étranger résidant en France », RDSS, 1990, p.437 ; « La conformité de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé », *Dr. soc.*, 1990, p.352.

<sup>46</sup> Danièle LOCHAK, « Quand la sécu ignore les décisions de justice » et Hélène GACON, « Deux pas en avant, un pas en arrière », *Plein droit*, n°28, sept. 1995.

<sup>47</sup> RFDA 1997, p.965, obs. F. SUDRE.



« *nourrissait quelques espoirs de démêler positivement* » ces différends<sup>48</sup>. Ces espoirs ne furent pas déçus puisque, la Cour de cassation constata à son tour la violation de l'article 14 Conv. EDH combiné au 1P1 (Cass. soc. 14 janv. 1999, *Bozkurt*<sup>49</sup>). Parallèlement, sur proposition de la commission « Weil », la loi « Chevènement » du 11 mai 1998 mettra un terme à cette situation discriminatoire en supprimant ces exigences<sup>50</sup>. Cela n'empêchera pas la condamnation de la France pour des faits antérieurs à la loi (Cour EDH 30 sept. 2003, *K. Poirrez c/ France*, Req. n° 40892/98<sup>51</sup>).

Le passage par Strasbourg n'a en revanche pas été nécessaire pour obtenir l'abrogation de la disposition soumettant à une condition de nationalité bien particulière – coloniale – la carte SNCF « famille nombreuse ».

## **2°) Carte famille nombreuse : une condition de nationalité « coloniale » pour réaliser des économies budgétaires**

La carte « famille nombreuse » de la SNCF a été créée par l'article 8 de la loi du 29 octobre 1921. Une loi budgétaire du 22 mars 1924 a réservé son bénéfice « *[aux] citoyens français et [aux] personnes originaires des colonies françaises ou des pays de protectorat* ». Cet avantage social a été conservé par les anciens ressortissants des pays anciennement sous souveraineté française après les indépendances. Des extensions sont intervenues ultérieurement au bénéfice des ressortissants du Togo, des ressortissants des États membres de Communauté européenne (CJCE, 30 sept. 1975, *Cristini c/ France*, aff. 32-75) et, par assimilation, de ceux des autres États de l'Espace économique européen.

Cette étrange condition de nationalité « *coloniale* » n'a pas facilement disparu de l'ordonnement juridique. A cette fin, le GISTI et la LDH ont dans un premier temps demandé au Premier ministre de « *déclasser* » les dispositions de la loi de 1924 en application du second alinéa de l'article 37 de la Constitution ou, à tout le moins, de constater sa contrariété au droit communautaire (accords CE-pays tiers) et de la Convention européenne des droits de l'homme. Saisi par ces associations, le Conseil d'Etat a jugé que les réductions au bénéfice des familles nombreuses constituaient une prestation d'aide sociale au sens de l'article 34 de la Constitution, de sorte que le Premier ministre n'était pas compétent pour l'abroger (CE, 22 oct. 2003, *GISTI et LDH*, n° 248237 : *Lebon* p.404)<sup>52</sup>. Il aurait donc fallu contester une mesure d'application de la loi – ce qui faisait défaut – ou qu'un étranger non ressortissant d'une ancienne colonie française, parent d'au moins trois enfants, assigne la SNCF, service public industriel et commercial, devant un juge civil et, par la voie de l'exception, obtienne le constat d'inconventionnalité de cette disposition légale.

Dans un second temps, à l'occasion de la mise en place d'une nouvelle mouture de la carte en juin 2006, les associations ont alerté la HALDE, qui s'est autosaisie de la question. La Haute autorité a recommandé la modification de la loi (Délib. n° 2006-192, 18 sept. 2006)<sup>53</sup>. Ce fut chose faite par la loi n°2007-293 du 5 mars 2007 *réformant la protection de l'enfance* qui porta donc abrogation de la disposition d'économie budgétaire du gouvernement... Poincaré.

Les discriminations fondées sur la nationalité frappant les « Indigènes » et les anciens supplétifs de l'armée française en Afrique du Nord étaient moins anciennes, mais leur effacement du droit français a posé bien plus de difficultés et résistances. Malgré la décision du Conseil constitutionnel et la récente intervention du législateur, elles n'ont toujours pas été entièrement effacées.

---

<sup>48</sup> Isabelle DAUGAREILH, « Les prestations sociales non contributives et les étrangers non communautaires », *RDSS*, 1997, p.189.

<sup>49</sup> *JCP* 1999. II. 10082, note F. SUDRE ; *D.* 1999. Jur. p.334, note J.-P. MARGUENAUD et J. MOULY ; *Dr. soc.* 1999. 219, obs. J. Bernard.

<sup>50</sup> Sur le recul de la condition de nationalité voir I. DAUGAREILH, « La loi du 11 mai 1998 sur l'entrée et le séjour des étrangers en France : les modifications apportées au droit de la protection sociale », *RDSS* 1998, p.634 ; J-Ph. Lhernould, « Minima sociaux et résidence sur le territoire français », *Dr. soc.*, 1999, p.366. Plus largement K. Michelet, *Les droits sociaux des étrangers*, Ed. L'harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2003, p.253.

<sup>51</sup> *D.* 2004. Somm. 375, obs. F. GUIOMARD.

<sup>52</sup> *RDSS* 2004 p.155, concl. J-H. STAHL ; *AJDA* 2004, p.347, note F. TOURETTE.

<sup>53</sup> Danièle LOCHAK, « Les conditions de la saisine : l'exemple des associations en droit des étrangers » in Daniel BORILLO (dir.), *Halde: actions, limites et enjeux*, colloque CERSA-CREDOF-HALDE, La Documentation française, 2007, p.20.

### 3°) Combat encore inachevé des « Indigènes » contre la cristallisation de leurs pensions

Bien que concernés en derniers par la cristallisation, les anciens combattants et fonctionnaires sénégalais ont ouvert **un premier front contentieux**. Pour surmonter une situation de blocage en l'absence de contrôle *a posteriori* de la loi (CE, 31 mai 1985, *Mme Tine Khady née Dieng*), plus de sept cents tirailleurs sénégalais ont dénoncé le caractère discriminatoire de la législation française devant le Comité des droits de l'homme. Cette instance des nations unies leur a donné raison en constatant la violation de l'article 26 du Pacte sur les droits civils et politiques (3 avr. 1989, *Ibrahima Gueye c/ France*, n°196/1985<sup>54</sup>). Aucun gouvernement – de gauche comme de droite – ne s'est pourtant depuis conformé à cette décision qui, il est vrai, n'est pas revêtue de l'autorité d'une décision de justice. Il en a été de même pour le Conseil d'Etat dont la jurisprudence a alors été source de blocage. En effet, dans un arrêt d'Assemblée, il a rendu un avis sur une question de droit dans lequel il estima qu'« *il résulte de la coexistence [des deux pactes de New-York] (...) que l'article 26 (...) du premier de ces pactes [PIDCP] ne peut concerner que les droits civils et politiques mentionnés par ce pacte et a pour seul objet de rendre directement applicable le principe de non-discrimination propre à ce pacte* » (CE, Ass., avis, 15 avr. 1996, *Doukouré*, n°176399, *Lebon* p.126<sup>55</sup>). Cet avis a d'ailleurs été rendu sur conclusions contraires du commissaire du gouvernement Philippe Martin<sup>56</sup> et a connu une opposition unanime de la doctrine juridique<sup>57</sup>. Ce pacte comprend en effet en son article 2 une autre clause de non-discrimination pour les droits et libertés qu'il garantit. A l'évidence l'article 26 est donc un principe *autonome* d'égalité devant la loi sans discrimination. Pourtant, jusqu'à aujourd'hui le Conseil d'Etat a constamment persisté dans cette posture rigide et *contra legem* (CE 7 juin 2006, *Aides et a.*, au *Lebon*<sup>58</sup> ; CE, 18 juill. 2006, *Gisti*<sup>59</sup>, n°274664, *Lebon* p.353 et avis *Ka*, n°286122, au *Lebon* p.349 ; CE, 26 nov. 2007, *Association nationale des pupilles de la nation, orphelins de guerre ou du devoir*, n°272704 ; CE, 30 avril 2008, *Grewis*, n°305 614), sans jamais la justifier par des arguments juridiques pertinents<sup>60</sup>, y compris après l'entrée en vigueur de la QPC<sup>61</sup> (CE, Ass. 22 octobre 2010, *Marianne Bleitrach*, n° 301572, au *Lebon*<sup>62</sup>).

<sup>54</sup> RUDH, 1989, p. 62 ; AFDI 1989, p. 424, note G. COHEN-JONATHAN.

<sup>55</sup> RFDA 1996, p.1239, note J. DHOMMEAUX ; AJDA 1996, p. 507, chron. D. CHAUVAUX et T.-X. GIRARDOT.

<sup>56</sup> RFDA 1996, p. 808, concl. Ph. MARTIN.

<sup>57</sup> Frédéric SUDRE, « La portée du droit à la non-discrimination : de l'avis d'assemblée du Conseil d'Etat du 15 avril 1996, *Mme Doukouré*, à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* », RFDA 1997, p. 966 ; Emmanuel DECAUX, *Le droit face au racisme*, Pedone, 1999 et notre article « Délégitimer les discriminations fondées sur la nationalité. Une stratégie politique et contentieuse », in Gisti, *Défendre la cause des étrangers en justice, préc.*, p.114.

<sup>58</sup> D. 2007. 2192 ; AJDA 2006 p. 944, note H. RIHAL ; RDSS 2006 p. 1047, note L. GAY.

<sup>59</sup> Le Conseil d'Etat était expressément invité à abandonner la jurisprudence *Doukouré* dans les écritures de l'association (<http://www.gisti.org/doc/argumentaires/2006/combattants/analyse.html>).

<sup>60</sup> La doctrine autorisée reconnaît que, dans l'affaire *Doukouré*, ce sont des « *considérations d'opportunité* » qui ont « *poussé [sic] l'assemblée du contentieux à retenir une interprétation a minima de l'article 26 [...], pour ne pas introduire en droit interne un substitut du principe constitutionnel d'égalité* » (chron. Didier CHAUVAUX et Thierry-Xavier GIRARDOT sous CE, Sect. 23 avril 1997, *Gisti* : AJDA 1997, p.435).

<sup>61</sup> Le vice-président du Conseil d'Etat a fait valoir à propos de la cristallisation que « *dans certaines affaires [CE, Sect., 7 février 2008, Dme Vve Baomar], nous avons eu à connaître de moyens tirés de la violation du principe d'égalité qui ont été rejetés sur un terrain conventionnel, mais qui, à notre avis, auraient pu être accueillis sur le terrain constitutionnel* » (Rapport de M. Jean-Luc WARSMANN n° 1599 relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution, annexe p. 91). Mais si le Conseil d'Etat n'avait pas neutralisé, *contra legem*, l'autonomie de l'article 26 du PIDCP le moyen aurait pu être accueilli dans le cadre du contrôle de conventionnalité...

<sup>62</sup> Les chroniqueurs de l'arrêt *Bleitrach* concèdent toutefois que cette question est « *en suspens* ». Ils relèvent en effet que si l'Assemblée a maintenu, de manière « *classique* » (sic) cette limitation de l'article 26 du PIDCP c'est que « *l'issue du litige ne dépend[ait] pas de ce moyen* ». Mais, cette doctrine autorisée reconnaît que la position défendue par Philippe Martin a gardé sa « *pertinence* » et que se pose donc « *la question de la pérennité de cette jurisprudence, qui maintient une position opposée aux instances internationales chargées d'appliquer le pacte* » (chron. Damien BOTTEGHI et Alexandre LALLET sous CE, Ass. 22 octobre 2010, *Mme Bleitrach* : AJDA 2010 p. 2207). La reconnaissance de l'autonomie du principe de discrimination serait heureuse car elle montrerait que « *les solutions qui paraissent les mieux établies (...) ne le sont qu'à un moment donné, dans un contexte donné et que, même si elles vivent plus longtemps que les roses, rien ne permet de dire qu'elles ne changeront jamais* » (RFDA, p.1146, comm. J-

Du reste, dès cette époque, est apparu, dans le prolongement des arrêts *Gaygusuz c/ Autriche* de 1996, **un second front contentieux** puisqu'il a été possible, en substitution, d'invoquer la violation de la Convention européenne des droits de l'homme. L'avocat de M. Diop, Me Arnaud Lyon-Caen, obtint sur ce fondement le constat que le refus de revalorisation d'une pension d'un ancien auxiliaire de gendarmerie sénégalais constituait « *une différence de traitement entre les retraités en fonction de la seule nationalité* » incompatible avec ces stipulations de la CEDH dès lors que ces pensions civiles et militaires sont qualifiées de « *créances* » qui doivent être regardées comme des « *biens* » au sens des stipulations de l'art. 1<sup>er</sup> (CE, Ass., 30 nov. 2001, *Min. de la Défense c/ Diop*, n° 212179<sup>63</sup>, *Lebon* p. 605 concl. J. Courtial<sup>64</sup> ; CE, 6 févr. 2002, *Min. de l'économie c/ Doukouré*, n°216172). Le gouvernement Jospin n'a alors organisé qu'un processus de « *décrystallisation partielle* » en ne suivant que partiellement les préconisations du rapport « Le Pors » qu'il avait commandé<sup>65</sup> et malgré les revendications des associations<sup>66</sup>.

Face à cette situation, un **troisième front contentieux** a été ouvert devant le Conseil d'Etat fondé, comme le second, sur la Convention européenne des droits de l'homme en raison du caractère discriminatoire de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002 et des ses textes d'application. Mais, dans deux décisions de Section rendues le 18 juillet 2006, *Ka et Gisti*<sup>67</sup>, le Conseil d'Etat a considéré que le nouveau dispositif était compatible avec la Convention compte tenu de la « *marge d'appréciation* » reconnue aux Etats membres. Assez curieusement, il a jugé que même si le critère de résidence n'était pas applicable aux Français expatriés cette différence de traitement était « *de portée limitée* » en prenant en compte les inconvénients que présenterait « *l'ajustement à la baisse* » des pensions déjà liquidées de Français qui « *ont vocation à résider en France* ». Ce faisant il a confirmé que la disposition de la loi de 2002 a bien maintenu *de facto* une différence de traitement selon la nationalité – ce qu'avait toujours dénié le gouvernement. En effet, le mécanisme ne s'appliquait pas aux Français expatriés et les pensionnés des anciennes colonies résidant en France ne bénéficiaient pas de l'égalité s'ils ont liquidé leur pension à l'étranger.

Pourtant, au moment même où le Conseil d'Etat rendait ses décisions du 18 juillet 2006, sa position était déjà condamnée : la Cour de Luxembourg (**quatrième front contentieux**) venait de constater le caractère discriminatoire de la loi du 26 décembre 1959 au regard du principe d'égalité de traitement de l'accord d'association euro-méditerranéen (CJCE 13 juin 2006, Aff. C-336/05, *Echouikh*<sup>68</sup>). En application de cette ordonnance, dans une série de six jugements rendus sur observations de la Halde, le tribunal administratif de Bordeaux a annulé des refus de revalorisation de pensions militaires de retraite postérieurs à l'entrée en vigueur de l'article 100 de loi de finances pour 2007 pour d'anciens tirailleurs marocains (TA Bordeaux, 8 oct. 2008, *Qessaoui*<sup>69</sup>). Néanmoins, déférence au Conseil d'Etat oblige, la discrimination a été validée pour les autres nationalités (TA Bordeaux, 8 oct. 2008, *Sylla*, n° 0701652).

Surtout que, dans l'intervalle, la question a fini par émerger de nouveau sur la scène politico-médiatique avec la projection à l'Elysée et au festival de Cannes du film *Indigènes* récompensé d'un prix

---

F. LACHAUME). Il serait aussi nécessaire de procéder à la ratification du Protocole n°12 qui contient aussi un principe de non discrimination autonome et qui est entré en vigueur sans... la France (Gauthier de BECO, « Le protocole n°12 de la Convention européenne des droits de l'homme, *RTDH*, 2010, p.591).

<sup>63</sup> *AJDA* 2001, p. 1039, chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN ; *AJDA*, p. 2002, p. 580, note E. ROYER ; *RDSS* 2002. 611, note I. DAUGAREILH ; *LPA* 12 avr. 2002, note B. VIAL ; *AJFP* 2002, p. 29, note L. COMBET ; *RTDH* 2003, p. 299, note P. WACHSMANN ; *RJS* 2002, p. 109, obs. J.-Ph. LHERNOULD ; *RGDIP* 2002. 207, note A. GESLIN ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 17e éd., n° 110, p. 827.

<sup>64</sup> Le commissaire du gouvernement suggérait une interprétation neutralisante sur la base du critère de résidence : *RFDA* 2002, p. 573, concl. J. COURTIAL.

<sup>65</sup> Anicet LE PORS, *La revalorisation des pensions des anciens combattants de l'outre-mer*, Rapport au premier ministre, avril 2002 (non publié).

<sup>66</sup> GISTI, CATRED et ATMF, *Anciens combattants et fonctionnaires étrangers : le gouvernement orchestre la désinformation*, 23 novembre 2002 et les « Les spoliés de la décolonisation », *Plein Droit*, n°56, mars 2003.

<sup>67</sup> *AJDA* 2006, p.1833, chron. C. LANDAIS et F. LENICA ; *Dr. adm.*, n°12, déc. 2006, comm. 189, note A. TAILLEFAIT.

<sup>68</sup> *Europe*, 2006, comm. 241, note F. MARIATTE.

<sup>69</sup> *AJDA* 2009, p.310, concl. J.-M. BAYLE.

d'interprétation masculine, qui évoque l'arrêt « Diop » dans le générique de fin<sup>70</sup>. Interpellé, avant même la lecture de la décision du Conseil d'Etat, le Président de la République, Jacques Chirac, avait d'ailleurs annoncé le 14 juillet 2006 vouloir poursuivre la décrystallisation des pensions afin « *de rendre à ces combattants l'hommage qui leur est légitime* ».

Une lecture attentive du dispositif de l'article 100 de la loi du 21 décembre 2006 montrait pourtant rapidement que la « *victoire des Indigènes* » était des plus limitées<sup>71</sup>. En effet, il apparaissait d'abord que seules les « *prestations du sang* » (retraite du combattant, pensions militaires d'invalidité), dont le montant et le nombre sont faibles, étaient alignées sur celles des ressortissants français – à l'exclusion des pensions civiles et militaires de retraite et d'autres prestations accessoires. Ensuite, cette décrystallisation totale n'a produit des effets qu'à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007, sans aucun effet rétroactif (pas même la prescription quadriennale). Enfin, et surtout, l'égalité n'a été rétablie que sur demande expresse des intéressés, ce qui en a rendu *de facto* le bénéfice de cette revalorisation virtuelle pour la très grande majorité d'entre eux – comme l'a d'ailleurs relevé la Halde<sup>72</sup>. Ainsi, en 2007 et 2008 sur un total de bénéficiaires potentiels de 9 594 ayants droit et 8 489 ayants cause, seules 510 demandes d'ayants droit et 417 d'ayants cause ont été déposées et ont abouti à une revalorisation de ces prestations<sup>73</sup>. Autrement dit, le rétablissement de l'égalité a une très faible effectivité et c'est pour faire des économies budgétaires que la revalorisation intégrale a été, à escient, soumise à une telle démarche. Au bilan, comme le note David Katz, « *ni le droit ni le show business*<sup>74</sup> *n'ont, pour l'instant, conduit à une entière et véritable décrystallisation des pensions* »<sup>75</sup>.

Il était inéluctable pour tous les observateurs que dès lors que les dispositions législatives régissant la cristallisation n'ont jamais été déferées au Conseil constitutionnel la question serait soumise au juge constitutionnel avec l'avènement de la question prioritaire de constitutionnalité. Me Lyon-Caen ouvrit **cet avant-dernier front contentieux** en déposant le jour même de l'entrée en vigueur de la réforme le 1<sup>er</sup> mars 2010 une QPC dans le dossier d'une veuve et d'un orphelin d'un ancien combattant algérien rapidement transmise par le Conseil d'Etat (CE 14 avril 2010, *consorts Labane*<sup>76</sup>). S'écartant de la solution retenue par Conseil d'Etat, comme l'avaient envisagé Jean-Marc Sauvé et David Katz<sup>77</sup>, le Conseil constitutionnel a déclaré les trois dispositions renvoyées contraires au principe d'égalité. S'agissant des dispositions issues des lois de 1981 et 2002, il les a mis en cause frontalement. Pour cela il a relevé que ces textes « *ont pour objet de garantir [à leurs] titulaires (...), selon leur lieu de résidence à l'étranger au moment de l'ouverture de leurs droits, des conditions de vie en rapport avec la dignité des fonctions exercées au service de l'Etat* » et que dès lors ces dispositions ont maintenu une inégalité de traitement sans rapport direct avec l'objet ainsi défini en laissant subsister un traitement des pensionnés étrangers distinct de celui « *des ressortissants français résidant dans le même pays étranger* » (Cons. const., 28 mai 2010, n° 2010-1 QPC, *Consorts L[abane]*, cons. 9). La cristallisation des pensions des Algériens, issue de la loi de 1981 et amendée en 2002, était donc condamnée.

S'agissant de l'article 100 de la loi de 2006 ces dispositions ne sont inconstitutionnelles que dans la

---

<sup>70</sup> Le producteur a financé un documentaire, diffusé sur Canal +, sur ce phénomène (*Indigènes impact*, par Rémi Lainé, 2007). L'auteur de ces lignes y apparaît avec ses étudiants evryens.

<sup>71</sup> « Anciens combattants et fonctionnaires des ex-colonies. Manœuvres gouvernementales pour maintenir les discriminations », site du Gisti, 24 novembre 2006. L'opposition n'a pas, non plus, jugé utile de saisir le Conseil constitutionnel alors que, par ricochet, il aurait été possible de contester la constitutionnalité des lois de 1959 à 2002.

<sup>72</sup> Saisie dès novembre 2005, la Halde a, dans trois recommandations du 9 octobre 2006 (*Gisti et Catred*), du 5 mars 2007 et du 31 mars 2008, estimé discriminatoire l'ensemble du dispositif discriminatoire, y compris celui résultant de l'article 100 de la loi de finances pour 2007 malgré la position contraire adoptée par le Conseil d'Etat le 18 juillet 2006.

<sup>73</sup> Rapport COUR DES COMPTES, « La décrystallisation des pensions des anciens combattants issus de territoires anciennement sous la souveraineté française : une égalité de traitement trop longtemps retardée » in *Rapport public* 2010, p.566 et s.

<sup>74</sup> Jean-Philippe LHERNOULD, « Décrystallisation des pensions des anciens combattants : victoire du droit ou du show business ? », *JCP S.* 2006, n°43, act. 397.

<sup>75</sup> David KATZ, « Principe de non-discrimination et cristallisation des pensions », *RFDA* 2010 p. 334.

<sup>76</sup> *AJDA* 2010 p. 1018.

<sup>77</sup> D. KATZ, *art. préc.*, p.343.

mesure où l'abrogation des deux premières dispositions législatives avait pour effet d'exclure les ressortissants algériens de son bénéfice. Par le jeu de dominos, il en aurait résulté une différence de traitement injustifiée, fondée sur la nationalité, entre les titulaires de pensions militaires d'invalidité et des retraites du combattant algériens et les autres nationalités concernées au regard de l'objet de la loi qui vise précisément « à rétablir l'égalité entre les prestations versées aux anciens combattants qu'ils soient français ou étrangers » (cons. 10). On peut néanmoins regretter que restant au milieu du gué, le Conseil constitutionnel ait opté pour une motivation « minimaliste » en éludant toute interrogation sur le contenu même de la disposition critiquée ou en étendant, par un contrôle par ricochet, son contrôle à l'ensemble des lois de cristallisation depuis 1959<sup>78</sup>. On peut en particulier penser, comme le mentionne fort justement Laurence Gay, au fait que la décristallisation totale est soumise « à la demande expresse des intéressés », ce qui induit une différenciation de traitement vis-à-vis des ressortissants français<sup>79</sup>.

Car précisément, comme nous l'avions craint dans nos commentaires<sup>80</sup>, le législateur n'a pas saisi l'occasion pour rétablir totalement l'égalité. Certes, il a bien abrogé l'ensemble des lois de cristallisation<sup>81</sup>. Toutefois, la révision des pensions est, comme en 2006, soumise « aux demandes » des intéressés. Ils doivent la présenter « dans un délai de trois ans » à compter de la publication du décret d'application<sup>82</sup>. Or, selon les chiffres de la Cour des Comptes pour l'application de l'article 100 de la LFI 2007, on constate que le taux des demandes ne dépassait pas 6% en 2007 et 2008. Et même si les pouvoirs publics tenaient leur engagement de développer une information adéquate<sup>83</sup> - ce qui est loin d'être acquis<sup>84</sup> -, cela ne suffirait sûrement pas pour assurer le rétablissement réel de l'égalité<sup>85</sup>. En outre, la disposition ne « solde » absolument pas les comptes du passé puisqu'aucune indemnisation ou réparation de cinquante années de discriminations fondées sur la nationalité n'est envisagée<sup>86</sup>.

Le **dernier front contentieux ouvert** - devant la Cour européenne des droits de l'homme - s'est toutefois prématurément refermé. Après avoir obtenu la radiation d'une première affaire pour des problèmes de recevabilité<sup>87</sup>, les autorités françaises ont ensuite négocié dossier par dossier avec les

---

<sup>78</sup> V. notre commentaire « Cristallisation des pensions et contrôle de constitutionnalité : le milieu du gué de la QPC n°1 », *Constitutions*, art. préc.

<sup>79</sup> L. GAY, art. préc.

<sup>80</sup> V notre billet : « Cristallisation des pensions: des lendemains qui vont déchanter (CC, n° 2010-1 QPC, 28 mai 2010 consorts Labane) », *Combats pour les droits de l'homme*, 31 mai 2010.

<sup>81</sup> « L'article 170 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958 portant loi de finances pour 1959, l'article 71 de la loi de finances pour 1960 (n° 59-1454 du 26 décembre 1959) et l'article 14 de la loi de finances rectificative pour 1979 (n° 79-1102 du 21 décembre 1979) sont abrogés » (X. de l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011).

<sup>82</sup> V. décret n° 2010-1691 du 30 décembre 2010 pris en application de l'article 211 de la loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010 de finances pour 2011, et arrêté NOR: DEFH1033587A du 30 décembre 2010.

<sup>83</sup> Pour la revalorisation de 2006 « aucun budget de communication n'avait été prévu pour informer les pensionnés dans une matière pourtant particulièrement complexe. » (Cour des comptes, préc., p. 567)

<sup>84</sup> L'article 2 du décret n°2010-1691 prévoit que : « Les missions diplomatiques et consulaires, les services payeurs des pensions et retraites et les services de l'Office national des anciens combattants et des victimes de guerre sis en Algérie, au Maroc et en Tunisie informent les bénéficiaires, notamment par voie de presse ou d'affichage (...) ».

<sup>85</sup> L'opposition socialiste n'a pas jugé opportun de déférer cette disposition au Conseil constitutionnel et ce dernier n'a pas jugé nécessaire d'examiner d'office cette disposition (Cons. constit. décision n° 2010-622 DC, 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 56), alors même que cela aurait permis d'assurer un contrôle à « double détente » en donnant au Conseil constitutionnel la possibilité de vérifier si ses exigences avaient bien été respectées par le législateur.

<sup>86</sup> ATMF, CATRED, GISTI, « Décristallisation des pensions des anciens militaires et fonctionnaires de l'ex-empire colonial. Derrière la victoire politique, une nouvelle stratégie de spoliation », *Communiqué*, 10 février 2011 (<http://www.gisti.org/spip.php?article2246>).

<sup>87</sup> Nicolas HERVIEU, « Cristallisation des pensions des anciens combattants : un avertissement de la Cour de Strasbourg avant la décision du Conseil constitutionnel (Cour EDH, Déc. 20 avril 2010, *El Orabi c. France*) », *Combats pour les droits de l'homme* 9 mai 2010.

autres veuves algériennes<sup>88</sup> et ont obtenu le 22 mars 2011 un règlement amiable en contre partie du versement d'une indemnisation conséquente pour les intéressées mais sans commune mesure avec ce que la France aurait dû payer si elle avait dû rétablir rétroactivement les droits des anciens combattants et de leurs ayant droits ou ayant causes lésés<sup>89</sup>. Toutefois, dans un arrêt d'Assemblée, le Conseil d'Etat tire les conséquences de la QPC n°1 et la prolonge dans le cadre du contrôle de conventionnalité en reconnaissant moins de cinq ans après son arrêt de Section le caractère discriminatoire de la loi de décrystallisation partielle de 2002 (CE Ass., 13 mai 2011, *Mme M'Rida*, n°316734).

Grâce à cette décision, dans les contentieux en cours, les requérants bénéficient d'un rétablissement de l'égalité dans les conditions prévues par cette disposition législative. Comme l'expliquent les chroniqueurs du centre de documentation du Conseil d'Etat, « *tombé dans le trou de la loi de 2011, le juge du litige a glissé jusqu'en 1992 [date du veuvage de la requérante]. Mais comme si ce voyage dans le temps n'était pas encore assez haletant, il a alors été happé par l'effet rétroactif de dispositions prises ultérieurement pour se retrouver finalement nez à nez avec celles de l'article 68 de la loi du 30 décembre 2002, c'est-à-dire celles-là mêmes que le Conseil constitutionnel avait abrogées* »<sup>90</sup>. Cette abrogation n'a néanmoins pas d'effet rétroactif. Mais la requérante contestait précisément leur compatibilité avec les stipulations de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) et de l'article 1er de son premier protocole. L'Assemblée procède alors à un revirement de jurisprudence à l'encontre de dispositions dont, comme le rappellent les chroniqueurs, « *l'espérance de vie était, disons-le, en tout état de cause nulle* »<sup>91</sup> si elle faisait l'objet d'un nouveau contrôle de constitutionnalité à l'occasion d'un autre QPC.

Malgré si le volontarisme dont a su faire preuve l'Assemblée du Conseil d'Etat dans cette décision pour sauver la pension de la veuve et de l'orphelin du soldat M'Rida tranche singulièrement avec la solution donnée dans des affaires précédentes notamment l'arrêt *Dame veuve Baomar*<sup>92</sup> ; il faudra encore plusieurs années pour solder totalement le contentieux de la cristallisation. On retrouve le même type de volontarisme dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel sur les Harkis, Moghaznis et autres supplétifs de l'armée française au moment de la guerre d'Algérie – lesquels, il est vrai, ont été pendant longtemps bien plus méprisés par le droit et dans les faits que les tirailleurs des ex-colonies.

#### 4°) **Raid éclair tardif, triomphal mais inutile des Harkis et autres supplétifs de la guerre d'Algérie**

A l'égard des Harkis et autres supplétifs, le juge constitutionnel a invalidé les conditions de nationalité et de résidence, à la date de la demande, exigées pour bénéficier de la carte du combattant et des modestes avantages associés (retraite et médaille du combattant). Ces dispositions législatives sont déclarées, purement et simplement, contraires au principe constitutionnel d'égalité et ce immédiatement et avec application aux procédures judiciaire en cours. Cette censure *radicale* est fondée sur l'objet de la disposition qui est de témoigner « *de la reconnaissance de la République française* » (décision, n° 2010-18 QPC du 23 juillet 2010, *M. Lahcène Aoued*)<sup>93</sup>. Si, ce raisonnement « *emporte cette fois aisément l'adhésion* »<sup>94</sup>, il interroge rétrospectivement le bien fondé de la motivation de la décision *Labane*. En effet, dans la QPC n°1, le Conseil constitutionnel a validé le

---

<sup>88</sup> Req. n°31721/07 par *Aïcha Daoudi veuve Kouri* du 18 juillet 2007; req. n°55073/08 par *Tayeb Chikr* du 7 novembre 2008; req. no 22276/09 présentée par *Meriam Achour* du 22 avril 2009. Elles étaient défendues par un avocat du SAF, Maître Schneegans.

<sup>89</sup> Voir décisions de radiation: *Chikr c. France* (55073/08) : 95 000€; *Daoudi c. France* (31721/07) : 70000 €; *Ben Ahmed c. France* (4301/09), 65 000€; *Achour c. France* (33384/10) : 25 000€.

<sup>90</sup> Chron. X. DOMINO, A. BRETONNEAU, *AJDA* 2011 p. 1136.

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> CE 7 févr. 2008, n° 267744, *AJDA* 2008. 278 ; *RFDA* 2008. 510, concl. J.-P. THIELLAY.

<sup>93</sup> V. dans le même sens le jugement actuellement en appel: TA Paris, 18 déc. 2007, n°0500249/6-2, *B. Adda* : *JCP A*, 2008, n°2056, concl. F. ROUSSEL.

<sup>94</sup> L. GAY, *art. précit.*

principe de décristallisation partielle en admettant que le législateur pouvait, sans faire de différence selon la nationalité, fonder une différence de traitement « *sur le lieu de résidence en tenant compte des différences de pouvoir d'achat* » et en lui donnant une marge d'appréciation pour tirer les conséquences de cette décision par la modulation des effets dans le temps jusqu'au 1<sup>er</sup> janvier 2011. Selon la doctrine « autorisée », c'est l'objet de la pension qui a été déterminant pour admettre la constitutionnalité du critère de résidence pour les pensions de retraite (le maintien de la dignité des conditions de vie)<sup>95</sup> et invalider la disposition pour la retraite du combattant et les pensions militaires d'invalidité (réparation du préjudice ou témoignage de la reconnaissance). Cette solution avait d'ailleurs déjà été préconisée par Laurent Vallée dans ses conclusions en 2006 sur *Gisti-Ka*<sup>96</sup>.

Dans une décision plus récente, le Conseil constitutionnel a en ce sens confirmé la logique qui sous-tendait ces décisions *Labane* et *Aoued*. Il était saisi d'une QPC du *Comités Harkis et Vérité* portant sur l'ensemble des dispositions législatives successives ayant, depuis 1987, conditionné à la nationalité et la résidence au sein de l'Union européenne l'attribution des allocations et rentes de reconnaissance et aides spécifiques au logement versées aux anciens supplétifs. L'association avait déjà préalablement obtenu la censure de dispositions d'un décret du 17 mai 2005 pour le même motif au regard du principe de non-discrimination de l'article 14 de la Conv. EDH. C'était, là aussi, l'objet de cette allocation – la reconnaissance et la compensation des « *sacrifices consentis par des combattants ayant fait preuve d'un attachement et d'un dévouement particuliers à l'égard de la France* » - qui a été déterminant (CE, 6 avr. 2007, n°282390, *Comité Harkis et Vérité*, au *tables*). A son tour<sup>97</sup>, le juge constitutionnel estime objectivement fondé le critère de résidence car les prestations en cause ont été décidées afin de « *tenir compte des charges entraînées par leur départ d'Algérie et leur réinstallation dans un État de l'Union européenne* ». En revanche, il censure le critère de nationalité en donnant là aussi un effet immédiat à l'abrogation et en l'appliquant dans les procédures en cours (Cons. constit. déc n° 2010-93 QPC du 04 février 2011, *Comité Harkis et Vérité*<sup>98</sup>).

En validant ces critères de résidence, le Conseil constitutionnel a admis une possible « *égalisation par le bas* »<sup>99</sup>. Mais il est vrai que la Cour de Strasbourg a elle-même validé un tel critère compte tenu de la « *très large marge d'appréciation (...) en matière de politique macroéconomique* » (CEDH, G.C. 16 mars 2010, *Carson c/ Royaume-Uni*, n° 42184/05<sup>100</sup>; CEDH, 29 octobre 2009, *Si Amer c. France*, n° 29137/06<sup>101</sup>). En outre, même avec l'effacement dans cette demi-douzaine de dispositions législatives, de toute référence à la nationalité, les décisions du Conseil constitutionnel sur les Harkis n'ont eu en réalité aucune portée concrète. En effet, toutes les dispositions législatives en cause consistaient à allouer des indemnités en prévoyant un système de forclusion de l'action. Une telle restriction dans le temps constitue une atteinte discrimination prohibée par l'article 14 de la CEDH combinée au 1<sup>er</sup> P1 – mais encore faudrait-il soulever ce moyen<sup>102</sup>. Résultat les 15 000 Harkis

---

<sup>95</sup> V commentaire aux *Cahiers* de la décision n° 2010-18 QPC (n°30, pp. 4-5, note 14) et décision n° 2010-93 QPC (n°30, p. 8 note 17). Une telle justification n'est pas clairement affichée dans le commentaire de la décision n° 2010-1 QPC (n°29, pp.12-15)

<sup>96</sup> *RFDA* 2006, p. 1207.

<sup>97</sup> La QPC a été posée dans le cadre d'un contentieux en annulation contre des dispositions de la circulaire du 30 juin 2010 qui avait été prise par le Premier ministre notamment pour tirer les conséquences de la décision de censure du 6 avril 2007. Cette circulaire, publiée au JORF, n'a pas été mise en ligne sur *circulaire.gouv.fr*, elle n'est donc pas applicable ni opposable aux administrés en vertu du décret du 8 décembre 2008 sauf à la requalifier en circulaire réglementaire et par suite en décret.

<sup>98</sup> *ADL* du 11 février 2011 par S. SLAMA. De manière beaucoup plus discutable, on observera le Conseil d'Etat a validé une différence de traitement résultant du même l'article 6 de la loi du 23 février 2005 et du décret du 17 mai 2005 qui n'ont accordé l'allocation de reconnaissance qu'aux seuls anciens supplétifs ayant conservé la nationalité française relevant du statut civil de droit local (c'est-à-dire les populations arabo-berbères) à l'exclusion de ceux soumis au statut civil de droit commun (c'est-à-dire les personnes d'origine métropolitaine, européenne et, depuis le décret Crémieux, de confession juive) (CE 30 mai 2007 n° 282553, *Union nationale laïque des anciens supplétifs : AJDA*, 2007, p.1408, concl. C. LANDAIS).

<sup>99</sup> Selon l'expression de Laurence GAY, *art. préc.*

<sup>100</sup> *ADL* du 16 mars 2010 par N. HERVIEU et *RDSS* 2010, p. 474, comm. D. ROMAN.

<sup>101</sup> *ADL* du 2 novembre 2009 par N. HERVIEU.

<sup>102</sup> Il aurait aussi peu être utilement soulevé devant le juge constitutionnel (v. Cons. constit. décision n° 2010-

étrangers<sup>103</sup> ont obtenu une déclaration de non-conformité purement platonique<sup>104</sup>. On constate donc que si la condition de nationalité a été totalement – ou presque<sup>105</sup> – expurgée du droit social français ; telle n'est pas le cas du critère de résidence qui a été généralisé, imposant un principe de territorialité, souvent doublé par une exigence régularité du séjour.

## **II. L'ancrage consécutif des principes de territorialité et de régularité du séjour**

Consécutivement à la disposition de la condition de nationalité ou de réciprocité, on a assisté à la généralisation de l'exigence d'un séjour régulier, particulièrement depuis 1993, systématiquement associée à une condition de résidence (A). Si bien que les dispositifs sociaux accessibles sans condition sont restreints à quelques droits liés à la protection de la dignité de la personne humaine ou de l'enfance (B).

### **A – La généralisation des exigences de régularité du séjour**

La condition de régularité de séjour, et même parfois d'un titre de séjour particulier ou pendant une durée particulière, est devenue la règle pour les assurés sociaux et leur conjoint (1°) et, dans une moindre mesure, leurs enfants (2°).

#### **1°) Exigence de régularité et de titres de séjour particuliers**

A la Libération le droit aux prestations de l'assurance maladie n'est pas soumis à une condition de régularité du séjour. L'ordonnance du 19 octobre 1945, bien que préparée de manière concomitante à celle du 2 novembre 1945 sur le statut des étrangers, prévoit l'affiliation de tous les travailleurs étrangers, qu'il soit ou non en situation régulière. Le droit à la Sécurité sociale est alors un droit garanti par la solidarité de la collectivité et indépendamment de la régularité du séjour ou du travail. Cette idée d'universalité réelle de la protection sociale va s'effacer progressivement, particulièrement dans les années 1990.

a) L'**exigence de régularité de séjour** pour l'affiliation à la sécurité sociale s'est construite en trois temps. Dans un premier temps, elle a été simplement évoquée dans une lettre-circulaire 13 juin 1967 dans laquelle le ministère de l'intérieur suggérait au ministère des Affaires sociales de prendre des dispositions subordonnant l'immatriculation des étrangers à la présentation des documents constatant la régularité du séjour<sup>106</sup>. En août 1968, une nouvelle disposition est introduite dans le Code de la Sécurité sociale imposant à l'employeur de main-d'œuvre étrangère en situation irrégulière de rembourser aux organismes de sécurité sociale le montant des prestations sociales versées à l'intéressé si celui-ci, au moment de l'événement ou du sinistre, n'a pas subi la visite médicale de l'Office nationale de l'Immigration. En théorie, cette mesure était dirigée contre l'employeur à qui il incombait dès lors la charge des prestations maladies. Dans la pratique, cette disposition a eu un effet inattendu : très peu d'employeurs ont été inquiétés mais la nouvelle menace a incité nombre d'entre eux à ne plus

---

607 DC du 10 juin 2010, *la loi relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée*). Mais sans se pencher sur cette question, le Conseil constitutionnel a déclaré conforme à la Constitution la totalité des « autres dispositions de l'article 9 de la loi n° 87-549 du 16 juillet 1987 » (article 3 du dispositif). Ce régime de forclusion est donc revêtu d'un brevet de constitutionnalité insurmontable (sauf changement de circonstances).

<sup>103</sup> « Des harkis "oubliés en France", selon un ancien officier français », *AFP* 19 novembre 2003.

<sup>104</sup> V. notre billet « Allocation de reconnaissance des Harkis et autres supplétifs : une décision du Conseil constitutionnel privée de toute portée concrète », *Combats pour les droits de l'homme*, 17 avril 2011.

<sup>105</sup> La distinction honorifique rebaptisée « médaille de la famille » est toujours conditionnée à ce que « tous les enfants » soient de nationalité française (CASF, art. D. 215-7). C'est le Gisti qui avait saisi le Conseil d'Etat de la légalité de l'article 1er du décret du 28 octobre 1982, qui réservait la « médaille de la famille française » aux mères de famille de nationalité française dont le mari et tous les enfants sont français. Au regard de l'objet de cette distinction (« récompenser les mérites des personnes ayant élevé de nombreux enfants de nationalité française »), le Conseil d'Etat a invalidé la condition de nationalité pour les parents mais pas pour l'ensemble des enfants (CE, 17 déc. 2003, *Gisti*, n°248238).

<sup>106</sup> Recherche originale d'Alexis SPIRE pour sa thèse (Source : CAC 19960311 Art. 1).



déclarer leurs travailleurs et parfois à refuser de délivrer des bulletins de salaire<sup>107</sup>. Dans un second temps, la condition de régularité est exigée formellement pour l'assurance personnelle en 1978 puis par la loi du 29 décembre 1986, dite loi « *Barzach* », pour les prestations familiales.

Enfin, dans un dernier temps, cette condition de régularité du séjour est généralisée par la loi « *Pasqua* » du 24 août 1993, validée, comme on le sait, par le juge constitutionnel (Cons. const., déc., 13 août 1993, no 93-325 DC, cons. 118). Pour l'accès aux logements sociaux, les exigences de régularité et de permanence du séjour ne résultent pas directement de la loi (CCH art. L. 441-1 issu de la loi n° 85-729 du 18 juillet 1985) mais été posée par un simple décret (CCH, art. R. 441-1, 1° créé par le décret n°86-670 du 19 mars 1986, art. 1er). L'arrêté du 25 mars 1988 a précisé les contours de ces notions en listant les titres et documents de séjours valables. Un arrêté du 15 mars 2010 a actualisé cette liste en supprimant la possibilité d'accéder à un logement social pour les personnes bénéficiaires d'une simple autorisation provisoire de séjour<sup>108</sup>. Plus récemment, un arrêté du 14 juin 2010 relatif au formulaire de demande de logement locatif social a ajouté un obstacle supplémentaire en prévoyant que les intéressés doivent désormais présenter le titre de séjour ou le récépissé de demande de renouvellement « *pour toutes les personnes majeures qui vivront dans le logement* » - ce qui n'est pas sans poser de difficultés. L'accès au logement social est aussi entravé pour les citoyens de l'Union européenne qui doivent justifier du droit au séjour de l'article L.121-1 du CESEDA<sup>109</sup>.

Pourtant, comme le note Isabelle Daugareilh, « *d'un point de vue téléologique ou théorique, (...) nul ne conteste aujourd'hui que la protection sociale comme l'aide sociale sont fondées et organisées selon le principe de solidarité. (...) Le critère de la situation administrative de la personne qui lui a été substitué ne peut pas engendrer de solidarité ; il lui est contraire* »<sup>110</sup>. Mais toutes les tentatives pour remettre en cause la conventionnalité de la condition de régularité de séjour ou son étendue ont échoué – hormis pour les enfants. Ainsi la définition des titres ou documents exigés par un décret du 21 septembre 1994 d'application de la loi du 24 août 1993 a été jugé non contraire aux stipulations l'article 4-1 de la convention n° 118 de l'OIT du 28 juin 1962. Les moyens développés d'une « *prétendue* » violation des articles 24-1, 26-1 et 27-1 de la convention relative aux droits de l'enfant du 26 janvier 1990 ont été jugés inopérants à défaut pour ces conventions de produire des effets directs à l'égard des particuliers<sup>111</sup> (CE, Sect 23 avr. 1997, n°163043, *GISTI* : au *Lebon* p. 142 confirmé par CE, 14 janv. 1998, n°174219, *GISTI et FTDA*). Dans le même sens, la Cour de cassation a estimé que les dispositions des articles L. 161-25-2 et D. 161-15 du code de la sécurité sociale, qui subordonnent l'accès des ayants droit d'un assuré aux prestations de sécurité sociale à la production d'un titre de séjour régulier, ne sont pas incompatibles avec l'article 14 combiné à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ou à l'article 1er de son premier protocole (Cass. soc., 19 déc. 2002, n°00-22.085, *Gagou*<sup>112</sup>). Le Conseil d'Etat a même admis la conventionnalité, au regard des mêmes stipulations de la CEDH, des dispositions de l'article D. 821-8 du code de la sécurité sociale qui a exclu les autorisations provisoires de séjour de la liste des titres de séjour justifiant de la régularité du séjour pour bénéficier de l'Allocation adulte handicapée alors que ce document de séjour donne accès au régime général (CE, 12 déc. 2003, n°235234, *Ammouche et a.*). Il n'est pas certain que

---

<sup>107</sup> GISTI, *Fiche d'information* n° 3, mars 1974.

<sup>108</sup> Cet arrêté fait l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat déposé par l'association des familles victimes du saturnisme.

<sup>109</sup> V. notre article avec Adeline FIRMIN, « Les frontières incertaines du droit au logement et à l'hébergement des étrangers », *AJDI* 2010 p. 610. V. aussi notre commentaire « Expropriation, obligation de relogement et aide au séjour irrégulier. Les personnes publiques expropriantes entre le marteau et l'enclume », *AJ-Droit immobilier*, 2011.509.

<sup>110</sup> I. DAUGAREILH, « Le traitement juridique de l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière », in H. Douchez, J.-P. Théron (dir.), *Santé, minorités, précarité. Approche comparative France-USA*, PU Sc. Soc. Toulouse, 2005, p. 59.

<sup>111</sup> La Section a considéré que ces stipulations ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation « *d'une décision individuelle ou réglementaire* », alors même que le commissaire du gouvernement Ronny Abraham proposait d'admettre une invocabilité d'exclusion (*RFDA* 1997, p. 585). Le Conseil d'Etat a récemment renvoyé en Section une requête du Gisti, de la Fapil et du DAL (n°322326) contre le décret d'application de la loi DALO de novembre 2008 en envisageant expressément d'appliquer la solution proposée par R. Abraham en 1997 (v. *infra*).

<sup>112</sup> *Dr. soc.* n°4, avr. 2003, p. 420, note X. PRETOT.

cette solution soit conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, s'agissant d'un refus de prestations familiales pour des enfants pour les périodes où des demandeurs ont séjourné sur le fondement de titres de séjour précaires, le juge européen a estimé qu'il ne discernait pas de motifs propres à justifier la différence établie, pour la reconnaissance du droit à percevoir des allocations, entre, d'une part, les étrangers titulaires d'un permis de séjour permanent et d'autre part les étrangers qui sont dépourvus de tels titres. Il n'a toutefois pas voulu trancher la question « *d'une manière générale* » (CEDH, 25 oct. 2005, *Niedzwiecki c/ Allemagne*, n°58453/00; *Okpysz c/ Allemagne*, n°59140/00). Mais comme l'explique Isabelle Daugareilh, « *ce critère [de régularité] permet d'instrumentaliser un droit –le droit social- au profit d'une politique, dite de maîtrise de l'immigration. C'est la vocation réelle et –peut-être unique- de la généralisation du critère de la régularité du séjour et de la stabilité de la résidence, malgré l'explication donnée par le Conseil Constitutionnel dans sa décision de 1993* »<sup>113</sup>.

A la régularité du séjour s'ajoute systématiquement **une exigence de stabilité c'est-à-dire une résidence ininterrompue d'au moins trois mois sur le territoire**. Elle est définie par un avis de l'assemblée générale du Conseil d'Etat du 8 janvier 1981<sup>114</sup>. Le Code de la sécurité sociale prévoit que les travailleurs étrangers et leurs ayants droit bénéficient des prestations d'assurances sociales mais que « *le bénéfice de ces prestations est subordonné à la justification de leur résidence en France* » (CSS, art. L. 311-7). Un décret a précisé les modalités d'application de la condition de résidence et instaurer un contrôle annuel de l'effectivité de la résidence en France (D. n° 2007-354, 14 mars 2007 : CSS, art. R. 115-6 et R. 115-7, et art. R. 161-1). Le Conseil constitutionnel a admis quant à lui la conformité à la Constitution de la condition de résidence (Cons. constit. déc., n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, cons. 15 à 17).

On notera que la HALDE a estimé discriminatoires les méthodes de contrôle utilisées par une Caisse d'allocations familiales. En effet, à l'occasion d'un contrôle visant à vérifier si les résidents d'un foyer remplissaient la condition d'occupation effective de leur logement pendant 8 mois par an, nécessaire au bénéfice des allocations personnalisées au logement, leur versement a été suspendu pour les résidents non présents le jour du contrôle ou ayant refusé de présenter leur passeport (Délib., n° 2009-148, 06 avril 2009). Suite à quoi, pour renforcer les pouvoirs des caisses, l'article 118 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2011 a modifié l'article L. 161-1-4 du Code de la sécurité sociale pour leur permettre, lors de tout contrôle de pouvoir demander le passeport et le titre de séjour sous peine de suspension des versements.

b) Certaines prestations sont aussi soumises à l'exigence de détention d'un titre de séjour particulier ou détenu pendant une durée particulière. C'est le cas en premier lieu de **l'inscription à Pôle emploi et de l'accès aux allocations chômage**. Pour cela, il faut être titulaire d'une carte de séjour autorisant à travailler (C. trav., art. R. 5411-3). Ceci exclut non seulement les étrangers qui ont travaillé irrégulièrement, mais aussi ceux qui ont travaillé sous couvert d'une autorisation provisoire de travail alors même que des cotisations ont été prélevées sur leur salaire. De même, les allocations ne sont versées que pendant la durée de validité du titre de séjour autorisant à travailler (C. trav., art. R. 5411-6, 5°). Si le titulaire d'une carte portant la mention « *salarié* » est privé involontairement d'emploi au moment où sa carte arrive à expiration, il obtient automatiquement la délivrance de carte portant la même mention afin de pouvoir toucher l'assurance chômage pour la durée des allocations restant à courir. En revanche, ce droit est refusé aux étrangers sur statut « *étudiant* » ou « *travailleur temporaire* ». Ainsi, par exemple, les doctorants contractuels étrangers ne peuvent en bénéficier<sup>115</sup>. Cette impossibilité pour des salariés légalement admis sur le marché du travail de demeurer en France

---

<sup>113</sup> I. DAUGAREILH, *art. préc.*

<sup>114</sup> CE, Assemblée générale (section sociale), n°328.143, 8 janvier 1981 in *Grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> éd., 2008, n°11, p.151

<sup>115</sup> V. Antoine MATH, Serge SLAMA, Alexis SPIRE et Mouna VIPREY, « De la carte d'étudiant au statut de travailleur étranger. Les étudiants étrangers sollicitant un changement de statut à Lille et à Bobigny (2001-2004) », *Document de travail de l'IRE*S n°06.04, 2005.

pour percevoir les allocations chômage pourrait constituer une discrimination contraire aussi bien à la Convention européenne des droits de l'homme qu'aux accords d'associations CE-pays tiers. Le Conseil d'Etat n'en a pas moins validé un décret de 1999 ne prévoyant pas de maintien du séjour pour les travailleurs temporaires en estimant que « *la différence de traitement alléguée ne saurait en tout état de cause procéder des dispositions du décret attaqué (...)* » (CE 29 décembre 2000, *GISTI*, n° 210231, au *Lebon*).

En second lieu, des prestations et aides sociales non contributives, souvent des *minima* sociaux, sont conditionnées à un titre de séjour pendant une durée particulière – ce qui est contestable. C'est le cas, d'abord, du **Revenu de solidarité active**. Cette condition n'a cessé d'être dénoncée. Ainsi dès 1998, le Comité européen des droits sociaux a critiqué l'exigence de trois années sous couvert d'un titre de séjour autorisant à travailler pour bénéficier du Revenu minimum d'insertion en l'estimant contraire à l'article 13 § 1 de la Charte (Concl. XIV-1 - 05/01/1998). Ces critiques ont été régulièrement renouvelées (Concl. XV-1 du 01/01/2000, Concl. 2002 du 01/07/2002, Concl. 2004 sur la France), sans que cela n'émeuve les pouvoirs publics. Bien au contraire, la loi « Sarkozy » de 2003 a porté de trois à cinq la durée exigée. Par la suite, la Cour de justice des communautés européennes a condamné le Luxembourg qui, pour l'attribution de son revenu minimum garanti, exigeait une durée de résidence préalable de cinq années y compris à l'égard des communautaires (CJCE, 20 juin 2002, *Commission c/ Luxembourg*, C-299/01). Dans un arrêt « *Gisti* », le Conseil d'Etat a lui-aussi annulé le refus d'abrogation d'une circulaire de la CNAF qui exigeait un stage préalable de trois ans de séjour régulier avec droit au travail avec le même titre de séjour durant l'ensemble de la période (CE 2 avril 2003, *GISTI*, n° 248889). S'agissant des Algériens, bénéficiaire du principe d'égalité de traitement issu des accords UE-pays tiers, le Conseil d'Etat a jugé qu'on ne peut exiger d'eux la justification « *d'un titre l'autorisant à exercer une activité professionnelle au cours des trois années précédant sa demande* » (CE 9 novembre 2007, *Said Oularbi*, n°279685).

Cela n'a pas empêché le législateur lors de la généralisation du RSA par la loi n°2008-1249 du 1er décembre 2008 de maintenir, pour tous les demandeurs, une condition de résidence en France « *stable et effective* » (art. L. 262-2 CSS) et pour les seuls étrangers non communautaires, un séjour effectif. Cette condition est appréciée, pour les étrangers des pays tiers, par la possession d'un titre de séjour autorisant à travailler « *depuis au moins cinq ans* » (art. L. 262-4)<sup>116</sup> et pour les citoyens européens et assimilés par l'éligibilité au droit de séjour et une résidence en France durant les trois mois précédant la demande (art. L. 262-6). La HALDE a estimé que ces exigences violent le principe de non-discrimination protégé par de nombreux textes internationaux (Délib. n° 2008-228 du 20 octobre 2008, *Gisti*).

Saisi par le biais d'une QPC de ces dispositions législatives, le Conseil constitutionnel l'a toutefois validée sur le fondement d'une argumentation et d'un dossier documentaire indigents. En l'occurrence, le requérant estimait que ces dispositions contraires tant au principe d'égalité qu'au onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 en ce que celui-ci implique « *la mise en œuvre d'une politique de solidarité nationale en faveur des personnes défavorisées* » (Cons. constit. déc. n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 97 et s). Mais le juge constitutionnel juge que le législateur a pu, sans porter atteinte au principe d'égalité, réserver le RSA aux étrangers titulaires depuis cinq ans d'une carte de séjour autorisant de travailler compte tenu du fait que « *la stabilité de la présence sur le territoire national était une des conditions essentielles à l'insertion professionnelle* ». La finalité du RSA est réduite à l'incitation « *à l'exercice ou à la reprise d'une activité professionnelle* » alors qu'il s'agit aussi d'un minimum d'existence<sup>117</sup>. Le Conseil estime

---

<sup>116</sup> La condition n'est pas applicable aux réfugiés, aux bénéficiaires de la protection subsidiaire, aux apatrides et aux étrangers titulaires de la carte de résident ou d'un titre de séjour prévu par les traités et accords internationaux et conférant des droits équivalents et aux personnes ayant droit à la majoration prévue à l'article L. 262-9, qui doivent remplir les conditions de régularité du séjour mentionnées à l'article L. 512-2 du code de la sécurité sociale.

<sup>117</sup> V. sur ces finalités : Céline FERCOT, « Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtés du droit à des conditions minimales d'existence en droit comparé », paru dans le rapport final du projet *Droits des pauvres : pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux* et présenté au Collège de France les 25 et 26 mai 2011.

aussi que les ressortissants de l'Union européenne, d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen ou de la Confédération suisse sont, au regard de l'objet de la loi, « *dans une situation différente de celle des autres étrangers* »<sup>118</sup> (Cons. constit., déc. n° 2011-137 QPC du 17 juin 2011 *M. Zeljko S.*<sup>119</sup>).

Ensuite, **l'allocation de solidarité aux personnes âgées** – qui s'est substitué en 2004 à l'ensemble des prestations constitutives du minimum vieillesse – est conditionnée aux mêmes conditions de permanence et de régularité du séjour, à savoir être titulaire d'une carte de résident ou d'une carte de séjour temporaire donnant le droit de travailler et avoir séjourné de façon régulière et ininterrompue en France depuis cinq ans sous couvert d'un tel titre de séjour (CSS, art. L. 815-1 et L.816-1). Dans une recommandation la HALDE a considéré, là aussi, cette condition discriminatoire (*Délib. n°2009-308 7 septembre 2009*).

Enfin, la loi du 5 mars 2007 instituant le **droit au logement opposable** consacre, elle-aussi, une condition de régularité et de permanence du séjour pour bénéficiaire du « *droit à un logement décent et indépendant* ». Ce droit n'est en effet « *garanti par l'État* » qu'aux personnes « *qui, résid[e]nt sur le territoire français de façon régulière et dans des conditions de permanence définies par décret en Conseil d'État (...)* » (Code construction et habitation, art. L. 300-1). Le décret n° 2008-908 du 8 septembre 2008 distingue la situation des citoyens de l'Union européenne, de l'Espace économique européen et de la Suisse qui doivent bénéficier d'un droit de séjour sur le fondement de l'article L. 121-1 du CESEDA (CCH, art. R.300-1), comme pour l'accès au logement social. En revanche, s'agissant des étrangers des pays tiers, ces conditions correspondent aux titulaires d'une carte de résident (ou titre équivalent) ou « *d'au moins deux années de résidence ininterrompue en France* » sous couvert de titres de séjour particuliers (ceux autorisant à travailler – CCH art. R. 300-2). Cette restriction a immédiatement été critiquée. Dans une recommandation, la HALDE l'a estimée constitutive d'une discrimination prohibée par un certain nombre d'engagements internationaux et communautaires de la France et a présenté des observations (*Délib. HALDE, n°2009-386 du 30 nov. 2009*) au soutien de la requête en annulation introduite par le Gisti et la FAPIL contre ce décret en novembre 2008<sup>120</sup>.

S'agissant des enfants, la disposition réglementaire est assurément contraire à la Convention internationale sur les droits de l'enfant du 26 janvier 1990, en ce que les enfants d'étrangers n'étant pas titulaires des titres ou de la durée de séjour exigés ou dépourvus de titre de séjour seront écartés *de facto* du droit au logement de manière discriminatoire. Car c'est une autre évolution de ce droit de la protection sociale des étrangers : les conditions d'entrée des enfants – bien que ceux-ci ne peuvent pas être en situation irrégulière – sont de plus en plus prises en compte pour le plein accès aux droits sociaux.

## 2°) L'introduction d'un contrôle de la régularité de l'entrée des enfants

Depuis la loi du 29 décembre 1986, le Code de la sécurité sociale subordonne le bénéfice des prestations sociales à une double exigence de régularité de séjour *de l'allocataire* mais aussi de régularité *de l'entrée en France de l'enfant* – à moins qu'il ne soit né en France (CSS art. L. 512-2 issu L. n° 86-1307, 29 déc. 1986, art. 7). Concrètement, en application du décret du 27 avril 1987, il est nécessaire de produire le certificat délivré par l'office chargé des migrations lors de la visite médicale effectuée lors de leur arrivée en France<sup>121</sup>. Saisi de la légalité de ce texte, le Conseil d'Etat considéra que la disposition de l'article D.511-2 du CSS « *ne crée, au détriment [des étrangers], aucune discrimination tenant à la résidence qui serait contraire aux stipulations de l'article 4 de la*

<sup>118</sup> V. pour une affirmation comparable : CE 23 octobre 2009, *Gisti*, n° 314397 et CEDH, 18 févr. 1991, *Moustaquim c/ Belgique*, no 12313/86.

<sup>119</sup> ADL du 22 juin 2011, par. S. SLAMA ; *Dictionnaire Permanent Droit des étrangers*, Bulletin, juillet 2011, n° 202, p. 7, par A. TOULLIER.

<sup>120</sup> Dans ce dossier le CREDOF a présenté le 18 mars 2010 un *amicus curiae* non sollicité (<http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=164>). Dans des conclusions prononcées le 11 mai 2011 devant les 4<sup>ème</sup> et 5<sup>ème</sup> sous-sections réunies, le rapporteur public Gaëlle Dumortier a conclu à l'annulation. Toutefois l'affaire a été renvoyée en Section sur la question de l'invocabilité directe ou d'exclusion des normes internationales garantissant des DESC et le statut des observations de la HALDE. L'affaire devrait être jugée à la rentrée 2011.

<sup>121</sup> « Des familles entières sans protection sociale », *Plein droit* (la revue du Gisti), n°12, nov. 1990.

*convention internationale du travail n° 118* ». Il précisa néanmoins que, s'agissant des enfants, ces dispositions « *n'excluent pas la faculté pour l'administration, de régulariser la situation des intéressés* » (CE, 29 juillet 1993, *Gisti*, n°88727). La contestation de ces exigences n'a pourtant pas cessé depuis.

D'abord, en application de la jurisprudence *Gaygusuz*, la Cour de cassation a interprété ce texte réglementaire au regard des articles 8 et 14 de la CEDH combinés, afin d'en vider le venin discriminatoire. Elle a par conséquent reconnu que les étrangers résidant régulièrement en France avec leurs enfants mineurs « *bénéficient de plein droit des prestations familiales* » (Cass. Ass. plén. 16 avril 2004, *époux Lingouala*<sup>122</sup>). Suivant la recommandation du Comité de suivi des droits de l'enfant des Nations Unies, le Défenseur des enfants a dès lors défendu la position que l'exigence d'une entrée des enfants dans le cadre de la procédure de regroupement était contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant (avis du 9 juin 2004). Dans un arrêt du 6 décembre 2006, la deuxième chambre civile a étendu la portée de l'arrêt d'assemblée plénière en énonçant que la subordination des prestations familiales à la production d'un justificatif de régularité du séjour des enfants mineurs le « *porte une atteinte disproportionnée au principe de non-discrimination et à la protection de la vie familiale* »<sup>123</sup>. Ces prises de position infléchirent la position de certaines Caisses d'allocations familiales, qui jusqu'ici se montraient réticentes à ouvrir les droits pour des enfants en l'absence de recours<sup>124</sup>.

Ensuite, le gouvernement eut recours à la voie législative pour surmonter ces décisions judiciaires – pourtant fondées sur l'inconventionnalité des textes. La disposition a toutefois élargi les catégories des enfants bénéficiaires. Le Conseil constitutionnel valida la disposition en reprenant à son compte les arguments du gouvernement comme justification à la différence de traitement (Cons. constit. déc. n° 2005-528 DC du 15 décembre 2005)<sup>125</sup>. Le juge constitutionnel fit néanmoins une réserve d'interprétation en faveur des enfants bénéficiant d'un regroupement sur place, dans le prolongement de celle du Conseil d'Etat en 1993. Etrangement, ni la loi – ni le décret du 27 février 2006 qui a complété la liste des titres figurant à l'article D.512-1 du CSS – n'ont prévu de faire bénéficier des prestations les enfants titulaires d'un document de circulation pour étrangers mineurs (DCEM) – alors même que ce document atteste de la régularité de leur condition pour leur permettre de circuler hors de France<sup>126</sup>.

L'obstacle légal ne devait pas empêcher les juridictions et les autorités indépendantes de maintenir leur position tendant à la reconnaissance du droit, compte tenu de la dissociation entre contrôle de constitutionnalité de l'article 61 de la Constitution et contrôle de conventionnalité de l'article 55. Ainsi, sur le fondement de la convention européenne des droits de l'homme (article 8 et 14), la HALDE a considéré que les refus des CAF d'ouvrir droit aux prestations familiales pour les parents réguliers d'enfants étrangers entrés en dehors de la procédure de regroupement familial sont discriminatoires (Délib. n°2006-288, 11 décembre 2006). Depuis, et jusqu'à sa suppression, la HALDE n'a pas varié de position, y compris dans des réclamations portant sur des refus postérieurs à la nouvelle rédaction des dispositions du Code de la sécurité sociale. Elle a même soutenu systématiquement les familles étrangères la saisissant en produisant devant les juridictions des observations au soutien de leurs requêtes et face à la passivité du gouvernement, publia au Journal officiel un rapport spécial (Délib. n° 2008-179, 1er sept. 2008). L'avis du défenseur des enfants de 2004 a, quant à lui, été réitéré dans son rapport au Comité des droits de l'enfant des Nations Unies de décembre 2008. Pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur de la nouvelle disposition législative, la Cour de cassation a confirmé à plusieurs reprises sa position de principe (Cass., 2ème civ., 14 septembre 2006<sup>127</sup>; 2ème civ., 6 décembre 2006<sup>128</sup>; 2e civ., 23 octobre 2008<sup>129</sup>). Saisie par le TASS de

<sup>122</sup> *Bull. civ.* 2004, ass. plén., n° 8; *D.* 2004. Somm. 2614, obs. X. PRÉTOT; *RDSS* 2004, p. 964, obs. I. DAUGAREILH; *Dr. soc.* 2004, p.776, obs. A. COURET; *Dr. fam.* 2004, 38, n° 135, comm. A. DEVERS; *Rev. crit. DIP* 2005. 47, note P. Klötgen.

<sup>123</sup> *Bull. civ.* II, n° 342; *D.* 2007, p.2199, obs. L. BRUNET et *D.* 2009 p. 388. étude V. PIRONON.

<sup>124</sup> GISTI, « Les enfant entrés hors du regroupement familial ont droit aux prestations familiales », *Note pratique*, 2005.

<sup>125</sup> *RFDA*, 2006, p. 126, chron. J-E. SCHOETTL.

<sup>126</sup> La même condition existe pour les bénéficiaires du RSA puisque les enfants étrangers mineurs doivent être nés en France ou entrés en France et y séjourner dans des conditions régulières (CASF, art. L. 262-9).

<sup>127</sup> *Bull. civ.* V, n° 238; *Dr. fam.* 2006 comm 214, note A. DEVERS.

Créteil, la Cour de cassation a ensuite botté en touche en estimant qu'il n'y avait pas lieu à donner un avis car l'examen de la compatibilité de cette condition « avec la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et avec la Convention internationale des droits de l'enfant relève de l'examen préalable des juges du fond » (Cass. avis, 8 oct. 2007, n° 0070011<sup>130</sup>). Les Cours d'appel ont quant à elles quasi-unanimement constaté le caractère discriminatoire de la nouvelle législation au regard du droit international (CA de Versailles, 26 février 2008, n°07/01772 ; CA de Bordeaux, 22 mai 2008, n°07/03589; CA Paris, 3 juill. 2008, n° 20700171 ; CA Limoges, 24 novembre 2008, n°08/00785; CA Lyon, 20 janvier 2009 n°08/02578, CA Amiens, 24 mars 2009, n°08/02404 ; CA Versailles, 21 janv. 2010, n° 08/02774)<sup>131</sup>.

Néanmoins, dans une décision inattendue, la Cour de cassation a adopté une jurisprudence ambiguë. Sans se placer sur le terrain du principe de non-discrimination de l'article 14 de la CEDH, ni sur celui de l'intérêt supérieur de l'enfant de la Convention internationale des droits de l'enfant, elle a estimé que la condition de régularité qui se traduit, dans certains cas, par la production d'un certificat médical délivré par l'OFII ne porte pas une atteinte disproportionnée à l'article 8 de la CEDH car il répond « à l'intérêt de la santé publique et à l'intérêt de la santé de l'enfant » (Cass., civ 2, 15 avril 2010, *Gharbaoui*, n°09-12911). Elle a renvoyé l'affaire à la Cour d'appel de Lyon. Cette décision, dont il est difficile de dire si c'est une décision d'espèce ou une décision de principe, a été unanimement critiquée par la doctrine<sup>132</sup>, les autorités indépendantes et par les associations. Elle n'en est pas moins appliquée par l'administration<sup>133</sup>. Pourtant elle est fortement critiquable. Bien loin de répondre à des préoccupations de santé publique, « la nature même des prestations familiales, indispensables à l'entretien des enfants, à leur accès à la nourriture, à leur santé, à leur bien-être, c'est-à-dire à « l'intérêt supérieur » de ces enfants, comme au respect effectif de leur vie privée et familiale », expliquait l'avocat général Régis de Gouttes<sup>134</sup>. Plusieurs tribunaux des affaires de sécurité sociale (St Etienne, Lille, Evry, Bobigny) ont d'ailleurs « résisté » à cette jurisprudence « très regrettable »<sup>135</sup>.

Une seule cour d'appel n'a pas suivi la HALDE (CA de Rennes, 28 janvier 2009, n° 07/02 114). Cette décision a fait l'objet d'un pourvoi en cassation sur lequel les milieux militant, doctrinal et la HALDE fondaient beaucoup d'espoir. Pourtant, dans une décision lapidaire, l'Assemblée plénière a jugé que ces dispositions, en subordonnant le versement des prestations familiales à la production d'un document attestant d'une entrée régulière des enfants étrangers en France et, en particulier pour les enfants entrés au titre du regroupement familial, du certificat médical délivré par l'OFII, « revêtent un caractère objectif justifié par la nécessité dans un Etat démocratique d'exercer un contrôle des conditions d'accueil des enfants ». Par suite, selon elle, elles ne portent donc pas une atteinte disproportionnée au droit à la vie familiale garanti par les articles 8 et 14 de la Conv. EDH ni à l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant<sup>136</sup>.

Il n'est toutefois pas acquis que cette décision suffira à mettre fin à cette « saga »<sup>137</sup> du droit aux prestations familiales des enfants mineurs étrangers. A n'en pas douter son épilogue, là aussi, aura lieu

---

<sup>128</sup> Bull. civ. 2006, II, n° 342 ; *Dr. fam.* 2007 comm. 74, note A. DEVERS.

<sup>129</sup> D. 2008. 2801.

<sup>130</sup> Bull. civ. 2007, avis, n° 7 ; *JCP S* 2007, 1963, note Ph. Coursier ; *Dr. fam.* 2007, comm. 211, note A. DEVERS.

<sup>131</sup> V. notre étude « L'accès des enfants entrés en dehors du regroupement familial aux prestations familiales », *AJ-Famille* 2009, p. 289.

<sup>132</sup> *JCP G* 2010, 666, note J.-Ph. LHERNOULD ; *RDSS* 2010, p. 572, obs. T. TAURAN ; *JCP S.* 2010, 1303, note A. DEVERS.

<sup>133</sup> Ministère de l'Immigration, *Instructions relatives à la délivrance, par l'autorité préfectorale, de l'attestation établissant l'entrée en France des enfants à charge d'étrangers admis au séjour, ouvrant droit aux prestations familiales*, 12 mai 2010 ([http://circulaires.gouv.fr/pdf/2010/05/cir\\_31070.pdf](http://circulaires.gouv.fr/pdf/2010/05/cir_31070.pdf)).

<sup>134</sup> Régis de GOUTTES, « Vérité et effectivité dans l'accès aux prestations familiales pour les enfants étrangers entrés en France avec leurs parents » in *Rapp. annuel C. cass.* 2004 : Doc. fr. 2005, p. 69.

<sup>135</sup> Alain DEVERS, « La saga du droit aux prestations familiales des enfants mineurs étrangers », *JCP S* 2010, 1303.

<sup>136</sup> Cass. ass. plén., 3 juin 2011, n° 09-69.052, *M. O. et a. c/ CAF d'Ille-et-Vilaine et a. et n° 09-71.352, CAF de Paris c/ M. G.* ; *JCP G* 2011, 839, n° 4, obs. Y. FAVIER ; *AJ Famille* 2011, p. 375, obs. I. SAYN, *JCP S* 2010, 1250, obs. A. DEVERS. V. aussi concl. G. AZIBERT sur le site de la cour de cassation et *Dr Soc.*, 2011, n°701 et rapport contraire de F. MONEGER sur le site de la cour de cassation et à paraître à la *RDSS*.

<sup>137</sup> A. DEVERS, « La saga du droit aux prestations familiales... », *préc.*

devant la Cour de Strasbourg<sup>138</sup> avec éventuellement un passage préalable devant la Cour Luxembourg – si un juge français lui transmet une question préjudicielle. Les mineurs étrangers auraient dû bénéficier d'une protection renforcée en raison de leur situation de vulnérabilité. Comme le note Alain Devers, il apparaît disproportionné de refuser le bénéfice des prestations familiales pour des enfants étrangers d'ores et déjà entrés en France<sup>139</sup>. En effet, « *les prestations familiales ne sont pas moins indispensables à la protection des mineurs étrangers que les prestations servies au titre des assurances maladie, maternité et décès* »<sup>140</sup>.

Une exigence similaire pour l'accès des enfants à l'aide médicale d'Etat a d'ailleurs été censurée. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS) avait en effet estimé que restrictions adoptées étaient discriminatoires à l'égard des enfants de sans-papiers, en violation de l'article 17 de la Charte sociale européenne révisée qui garantit le droit des enfants et adolescents à une protection sociale (CEDS, 8 sept. 2004, réclamation n° 14/2003, *FIDH c/ France*<sup>141</sup>). Par suite, saisi de la légalité des décrets mettant en œuvre cette réforme, le Conseil d'Etat les a annulés en tant qu'ils concernaient les mineurs en se fondant sur la violation de l'article 3-1 de la CIDE (CE, 7 juin 2006, *Aides et a.*<sup>142</sup>). Il a en revanche validé les autres restrictions dans l'accès des sans-papiers à l'AME. Les droits sociaux échappant à toute condition de régularité, ou de résidence, sont en effet résiduels.

## **B – Des dispositifs sociaux échappant résiduellement à la condition de régularité voire même de résidence**

Dans quelques cas résiduels le principe de territorialité seul s'applique, sans condition de régularité du séjour. (1°) Les droits universellement accessibles correspondent aux droits liés à la dignité de la personne humaine, à des considérations humanitaires ou, sauf pour le cas précédemment étudié, aux droits de l'enfant (2°).

### **1°) Droits soumis à une la seule condition de résidence habituelle**

Lors de la généralisation de la condition de régularité du séjour pour l'affiliation à la sécurité sociale et le droit aux prestations, la loi du 24 août 1993 a laissé subsister quelques exceptions. C'est en premier lieu le cas du **maintien de droit des personnes qui cessent de remplir les conditions pour relever soit en qualité d'assuré**. D'une durée de quatre ans pour les prestations en nature et d'un an pour les prestations en espèces, il est applicable à l'étranger qui perd son droit au séjour en France et continue d'y résider (CE, Sect 23 avr. 1997, *GISTI, préc.*). Le Conseil d'Etat a même précisé que l'article L.161-8 du Code de la sécurité sociale a « *une portée générale* » (CE 14 janvier 1998, *GISTI et a.*, n° 174219, au *tables*). En second lieu, **les ayants droit mineurs d'assurés sociaux étrangers** ne sont pas soumis à la condition de régularité du séjour. Ils doivent seulement établir, par tout moyen, qu'ils résident en France de façon permanente. En troisième lieu, **tout demandeur d'asile** a droit à une protection maladie intégrale (couverture de base et complémentaire) dès lors qu'il est signalé à l'administration préfectorale et qu'il dispose d'un document de séjour mentionnant qu'il a sollicité l'asile. Normalement, les demandeurs d'asile ne relèvent pas de l'aide médicale d'Etat, sauf l'hypothèse des demandeurs en procédure prioritaire qui n'ont pas été admis au séjour. La directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 sur les normes minimales d'accueil des demandeurs d'asile a fait du

---

<sup>138</sup> V. not. CEDH, 12 oct. 2010, *Sté Cofinfo c/ France* : ADL du 30 octobre 2011 par N. HERVIEU ; JCP G 2011, 94, n° 8, obs. F. SUDRE. V. aussi : Adeline GOUTTENOIRE, « La famille dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2008-2009 », *Dr. fam.* 2010, étude 1, n° 12-25.

<sup>139</sup> Comme le faisait valoir l'avocate de la HALDE, Me Masse-Dessen, devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation cette législation crée souvent des distorsions importantes au sein d'une même famille. Ainsi, par exemple, c'est le cas lorsqu'un des enfants d'une fratrie naît pendant des vacances à l'étranger et se retrouve de ce fait exclu du droit aux prestations familiales dès lors que l'enfant n'a pas été introduit en France dans le cadre du regroupement familial et ne peut donc présenter de certificat médical de l'OFII alors que ses frères et sœurs en bénéficient s'ils sont nés en France ou ont été régulièrement introduits.

<sup>140</sup> Alain DEVERS, « Subordonner le versement de prestations familiales à l'entrée régulière des enfants étrangers en France est licite », *JCP S.* 2011, 1380.

<sup>141</sup> *RDSS.*, 2005, p. 555, note I. DAUGAREILH.

<sup>142</sup> *Dr. Soc.*, 2006, p. 1037, concl. C. DEVYS.

droit aux soins de santé l'une des obligations de l'Etat au titre des conditions matérielles d'accueil des demandeurs d'asile. En quatrième lieu, **les détenus, sans distinction de nationalité, sont obligatoirement affiliés au régime général**. De plus, la prise en charge des soins de santé se prolonge pendant quatre années, à compter de leur libération en vertu de l'article L.161-8 du Code de la sécurité sociale. Toutefois, s'ils étaient en situation irrégulière avant leur incarcération, ils ne sont couverts que pendant la seule période de détention.

Enfin, et en dernier lieu, **l'aide médicale de l'État** est depuis 2005 subordonnée à une condition de résidence en France de plus de trois mois (CASF, art. L. 251-1). Cela n'a pas toujours été le cas. La circulaire n° 187 du 28 décembre 1954 précisait que la procédure d'admission à l'aide médicale est la même pour les étrangers que pour les nationaux. En 1974, l'article 186 du Code de l'Aide sociale prévoyait que les étrangers non bénéficiaires d'une convention pouvaient bénéficier de l'admission dans un établissement hospitalier, dans un hôpital psychiatrique, dans un établissement de cure, dans un hospice, dans un centre de rééducation ou d'assistance par le travail. Mais l'actuel Le dispositif actuel de l'AME est né de la conjonction de la suppression du droit à la sécurité sociale pour les étrangers en situation de séjour irrégulier par la réforme de 1993, d'un côté, de la mise en place de la couverture maladie universelle (CMU) en 1999, de l'autre. Au moment de la création de la CMU, la loi a laissé subsister une aide médicale, jusque là départementale, à la charge par l'État (CASF, art. L. 251-1 et s.). Le système était au départ relativement ouvert, mais des réformes successives, depuis 2002, sont venues restreindre l'accès à l'AME. Ainsi, la loi de finances rectificative pour 2003 a exigé la justification de trois mois de présence sur le territoire français pour bénéficier de l'AME (L. n° 2003-1312, 30 déc. 2003, art. 97). Le Conseil constitutionnel a validé cette disposition en estimant que le législateur n'avait pas privé de garanties légales l'exigence de protection de la santé résultant du onzième alinéa du Préambule de 1946 (Cons. const., déc. n° 2003-488 DC, 29 déc. 2003). Plus récemment, afin de « *responsabiliser les personnes* » et de lutter « *contre les abus et la fraude* », la loi de finances pour 2011 a ajouté deux nouvelles restrictions : l'ajout d'une condition pour la prise en charge des frais au titre de l'AME et l'instauration d'un mécanisme permettant de vérifier, au moment des soins, que les conditions exigées pour en bénéficier sont bien remplies par le patient. Eu égard à l'application de l'agrément préalable aux seuls soins onéreux et programmés, dispensés aux personnes majeures (à l'exclusion donc des mineurs), le Conseil constitutionnel a jugé non disproportionnée la conciliation opérée par le législateur 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* » (cons. 35). La seconde mesure introduit un droit de timbre annuel de 30 € (CASF, art. L.251-1 et CGI, art. 968 E) que doit acquitter le bénéficiaire de l'AME pour accéder aux soins n'a pas davantage été invalidé par le Conseil qui juge qu'elle « *ne remet pas en cause les exigences constitutionnelles du onzième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946* » (cons. 36). Le juge souligne d'une part que les « *soins urgents* » ne sont pas soumis à une telle contribution et, d'autre part, que son montant est tel qu'il ne pose pas de problème au regard du texte constitutionnel (Cons. const. n°2010-622 DC du 28 décembre 2010, *Loi de finances pour 2011*, cons. 36). Une telle déclaration de constitutionnalité était attendue. Mais, comme le note Tatania Gründler, « *elle révèle, au-delà de la simple illustration de la faible protection dont bénéficient les droits sociaux devant le juge constitutionnel, l'incapacité du droit à empêcher la mise en œuvre d'une réforme critiquable* »<sup>143</sup>. Les réserves suscitées par cette nouvelle restriction du dispositif de l'AME apparaissent à la lecture d'un rapport établi conjointement par l'Inspection générale des finances et l'Inspection générale des affaires sociales qui invalide tous les présupposés ayant guidé à l'adoption de la loi<sup>144</sup>.

On insistera sur **la situation particulière de l'île de Mayotte** sur laquelle il n'existe pas de dispositif d'AME et où les sans-papiers sont soumis à un système de forfait de soins dissuasif et onéreux par rapport au niveau de vie. Saisie par les associations<sup>145</sup>, la HALDE a conclu au bien-fondé des

---

<sup>143</sup> Tatania GRÜNDLER, « Constitutionnalité des dispositions législatives restreignant l'aide médicale d'Etat », *ADL* du 16 janvier 2011.

<sup>144</sup> Analyse de l'évolution des dépenses de santé au titre de l'aide médicale d'Etat, Rapport novembre 2010 (rendu public après la décision).

<sup>145</sup> V. les deux imposantes saisines associatives : « Impossibilité d'accès aux soins pour les étrangers en situation



affirmations de discrimination dans l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière et de leurs enfants ainsi que des mineurs étrangers en situation irrégulière et de leurs enfants ainsi que des mineurs étrangers isolés résidant à Mayotte. Ces discriminations systémiques concernent un tiers des habitants de l'île – généralement des Comoriens en situation irrégulière ou des Mahorais ne pouvant démontrer leur qualité de Français compte tenu des graves défaillances de la reconstitution de l'état civil républicain. (*Délib. n° 2010-87 du 1er mars 2010*<sup>146</sup>). Comme le suggérait la HALDE et la Défenseur des enfants, le TASS de Mayotte a enfin admis, à l'initiative de Médecins du Monde, l'affiliation directe pour un mineur étranger vivant sur le territoire français, souffrant d'une grave pathologie qui nécessite des soins réguliers médicaux et paramédicaux, et dont les parents sont en situation irrégulière car « aucune couverture médicale analogue au régime d'assurance maladie-maternité ou comparable ne permet de prendre en charge les soins de cette catégorie de mineurs » en violation de la convention relative aux droits de l'enfant (articles 3 et 24) (TASS, 17 décembre 2010<sup>147</sup>). Hormis les soins urgents – dont la définition est d'ailleurs plus restrictive à Mayotte qu'en Métropole – l'île ne connaît pas de dispositifs sociaux – ou presque – accessibles aux irréguliers et même les étrangers réguliers connaissent d'importantes restrictions. L'accès à l'aide sociale à l'enfance elle-même fait l'objet, de la part de la collectivité départementale, de restrictions abusives, dénoncées par les associations du Collectif Migrants Mayotte et le Défenseur des enfants<sup>148</sup>.

## 2°) Droits indépendants de toute condition de régularité ou de durée de résidence en France

Les droits accessibles sans condition de régularité et de résidence en France sont assez réduits et s'expliquent soit par la protection de l'enfance, soit par des considérations élémentaires d'humanité ou de protection de la dignité de la personne humaine.

Se rattachent au premier motif d'une part, comme cela a déjà été mentionné, l'**Aide sociale à l'enfance**. Ces prestations ne sont subordonnées ni à la régularité du séjour, ni même à une durée minimale de résidence en France (CASF, art. L. 111-2). D'autre part, le **droit à l'instruction** est garanti par plusieurs instruments internationaux, en particulier l'article 28 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et par le Préambule de 1946 et mis en œuvre par le Code de l'éducation (C. éduc., art. L. 111-1, L. 111-2, L. 113-1). Sur la base de ces principes, tous les enfants mineurs de 6 à 16 ans doivent être scolarisés, sans condition de régularité de séjour de leurs parents ou responsables légaux ni condition d'entrée dans le cadre du regroupement familial (Circ. n° 2002-063, 20 mars 2002 : NOR : MENE0200681C). Est considéré comme contraire au principe d'égalité un refus d'inscription à l'école publique d'enfants étrangers, quand bien même leurs parents se trouvent en situation irrégulière (TA Bordeaux, 1er juill. 1998, *El Rhazouani : Lebon*, p. 518) ou d'enfants roms fondé sur le motif que leurs familles s'étaient installées dans une zone inondable du territoire communal (*Délib. no 2007-30, 12 févr. 2007*). Dans son rapport 2009, la Halde note que les refus de scolarisation d'enfants roms restent « fréquents » (*Rapport d'activité 2009*, p.47). Dans une recommandation en demi-teinte, elle a aussi recommandé la scolarisation « à terme » de tous les enfants en Guyane, quelle que soit leur situation administrative ou celle de leurs parents (*Délib. n° 2009-318, 14 septembre 2009*).

Se rattachent au second motif, en premier lieu l'**accès aux soins urgents et vitaux**. D'une part, toute personne qui, ne résidant pas en France, est présente sur le territoire français, et dont l'état de santé le justifie, peut, par décision individuelle prise par le ministre chargé de l'action sociale, bénéficier de l'aide médicale d'État (CASF, art. L. 251-1, al. 2). D'autre part, est assurée la prise en charge par l'Etat des « 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 » dispensés par les

---

précaire à Mayotte » - saisine en date du 22 février 2008 et « Le droit à la santé bafoué à Mayotte » - saisine en date du 30 janvier 2009 (<http://www.migrantsoutremer.org/Le-droit-a-la-sante-bafoue-a-319>).

<sup>146</sup> Cédric ROULHAC, « La reconnaissance du caractère discriminatoire du dispositif d'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière à Mayotte : une illustration de l'applicabilité et de l'universalité des droits sociaux. », *RDSS* 2010 p. 704.

<sup>147</sup> <http://www.migrantsoutremer.org/Tass-de-Mamoudzou-17-decembre-2010>

<sup>148</sup> DEFENSEUR DES ENFANTS, « Regard de la Défenseure des enfants sur la situation des mineurs à Mayotte », Annexe au rapport 2008.

établissements de santé (CASF, art. L. 254-1). Enfin, pour des raisons assez proches, **l'accès à l'interruption volontaire de grossesse** n'est plus subordonné à aucune condition de régularité du séjour ni de durée préalable de résidence en France. La loi du 4 juillet 2001 a en effet abrogé l'ancien article L. 162-11 du Code de la santé publique qui imposait, sauf lorsque l'IVG était pratiquée pour des motifs thérapeutiques, que la femme réside en France dans des conditions régulières depuis plus de trois mois.

En second lieu, s'agissant **des accidents du travail**, la prise en charge par la sécurité sociale (accident du travail, accident de trajet, maladie professionnelle) n'est subordonnée à aucune condition de régularité du travail ou du séjour. La victime d'un accident du travail peut faire valoir ses droits même si elle est dépourvue d'autorisation de travail et même de titre de séjour (CSS art. L. 411-1).

En dernier lieu, **certains modes d'hébergement** destinés aux familles et personnes démunies ne sont pas soumis à une condition de séjour régulier. En effet, par respect des considérations les plus élémentaires de dignité et d'humanité, l'accès à des structures d'hébergement d'urgence est un droit pour tout être humain, et ce quelle que soit sa situation administrative. Les textes sont sans ambiguïté sur l'universalité de ce droit. C'est le cas pour le dispositif de veille sociale (article L345-2 CASF), pour les centres d'hébergement d'urgence pour l'accueil des personnes sans domicile fixe (article L345-2-2 CASF), des établissements d'accueil mère-enfant pour les femmes isolées enceintes ou mères de jeunes enfants (CASF., art. L. 221-2), ou encore des centres d'hébergement et de réinsertion sociale (CASF, art. L. 345-1). Au cours de la discussion de du projet de loi « Hortefeux » relatif à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile, un amendement de Thierry Mariani visant à modifier l'article L345-2-2 CASF afin que le droit au maintien en hébergement d'urgence et d'orientation vers un hébergement de stabilisation ne soit plus qu'aux personnes pouvant « justifier de la régularité de son séjour sur le territoire » a été rejeté par le Sénat<sup>149</sup>, suite au tollé provoqué dans le milieu associatif. A cette occasion, dans un discours du 17 octobre 2007 prononcé devant le Conseil économique et social, le Président de la République a rappelé que l'accueil d'urgence « doit être inconditionnel. Quand quelqu'un est à la rue, qu'il est dans une situation d'urgence et de détresse, on ne va tout de même pas lui demander ses papiers ! ».<sup>150</sup>

Par ailleurs, contrairement au droit au logement (v. *supra*), le droit à l'hébergement garanti par la loi DALO n'est soumis à aucune condition de permanence et de régularité du séjour (l'article L.300-1 du CCH ne concerne que le droit au logement). La commission de médiation peut être saisie, sans condition de délai, par « toute personne », en situation régulière ou non, sollicitant un hébergement structure (article L441-2-3 III du CCH). Et ces personnes ont également accès à la procédure contentieuse afférente. C'est d'ailleurs ce qu'avait jugé expressément le tribunal administratif de Lyon (TA de Lyon, 6 avril 2010, *M. Claudiu Iortoman*, n° 0901590<sup>151</sup>). Toutefois, dans une décision fortement critiquable, la Cour administrative d'appel de Lyon a censuré pour erreur de droit ce jugement en estimant « que l'hébergement prévu à l'article L. 441-2-3 III du code de la construction et de l'habitation ne constitue qu'une simple modalité du droit au logement défini à l'article L. 300-1 de ce même code » (CAA de Lyon 7 mars 2011, n° 10LY01383 ; *AJDA* 2011. 1288). Une telle solution ne saurait prospérer tant elle est contraire à la lettre et à l'esprit de la loi « DALO ».

Les demandeurs d'asile ont accès à un dispositif spécifique – le **dispositif national d'accueil** (« DNA »). Le Conseil d'Etat a consacré au bénéfice de tous les demandeurs d'asile un droit à des conditions matérielles décentes, déduit d'une lecture de la législation française au regard des objectifs de la directive 2003/9/CE « accueil » du 27 janvier 2003 (CE, 16 juin 2008, *Cimade*, n°300636, au *Lebon* ; *AJDA* 2008.1232). Ce droit comprend le logement, la nourriture et l'habillement ainsi qu'une allocation journalière, et ce tant qu'ils ont droit de se maintenir sur le territoire. Par suite, dans le cadre de la procédure de référé-liberté, le juge des référés du Conseil d'Etat a assuré la justiciabilité de ce droit (CE, ord., 23 mars 2009, *Ministre de l'immigration c/ Gaghiev et Mme Gaghieva*, n° 325884, *Lebon* 789 ; *AJDA* 2009. 679 ; CE, réf., 6 août 2009, *M et Mme Qerimi*, n°330536). Il est exigible «

<sup>149</sup> V. Rapport n° 287 Assemblée nationale et n° 30 Sénat, Session 2007-2008, Annexe au procès-verbal de la séance du 16 octobre 2007.

<sup>150</sup> V. notre *article préc.*, « Les frontières incertaines du droit au logement et à l'hébergement des étrangers ».

<sup>151</sup> *AJDA* 2010 p. 1391.

quelle que soit la procédure d'examen de sa demande » et « aussi longtemps [que le demandeur] est admis à se maintenir sur le territoire en qualité de demandeur d'asile » (CE, réf., 17 septembre 2009, *Ministre de l'Immigration c/ Mahamad Imane Salah*<sup>152</sup>).

Depuis ces décisions, des milliers de procédures en référé-liberté ont été introduites devant les juridictions administratives, particulièrement pour des demandeurs d'asile relevant des procédures prioritaires ou du règlement « Dublin », dont beaucoup vivent à la rue. En effet, non seulement le DNA est engorgé (pratiquement aucune place en CADA n'a été créée depuis 2006), mais en outre la loi – y compris dans une rédaction modifiée à la suite de la décision de juin 2008 – exclut certaines catégories de demandeurs du dispositif<sup>153</sup>. Et si, en règle générale, le juge des référés donne satisfaction aux demandeurs d'asile en reconnaissant leur droit à l'hébergement et/ou à l'allocation temporaire d'attente (« ATA ») et en prononçant des injonctions ; ces ordonnances ne sont souvent pas exécutées par l'Etat français. Même le prononcé d'astreintes n'aboutit pas nécessairement à l'hébergement effectif. Qui plus est, à défaut de documents d'identité et/ou de comptes bancaires les demandeurs d'asile bénéficiaires de ces décisions ne peuvent pas toucher le produit de l'astreinte lorsqu'elle est liquidée.

Dans le second semestre 2010, le juge des référés du Conseil d'Etat a aussi eu tendance à restreindre l'étendue du droit aux conditions matérielles d'accueil et les catégories de bénéficiaires. Ainsi, il a, d'une part, estimé qu'il y avait lieu de prendre en compte les « *moyens dont dispose l'Administration* » pour déterminer si l'administration préfectorale a failli à son obligation d'hébergement (CE, réf., 13 août 2010, *Min. immigr. c/ Nzuzi*, n° 342330 ; au *tables*<sup>154</sup>) – alors même qu'on peut penser qu'on est en présence d'une obligation de résultats<sup>155</sup>. D'autre part, il a estimé qu'un couple avec des enfants en bas-âge vivant dans une tente n'avait pas de droit aux conditions matérielles d'accueil dès lors qu'elle avait fait l'objet d'un rejet définitif d'une première demande d'asile et que la demande de réexamen ne présentait pas d'éléments nouveaux (CE, réf., 28 octobre 2010, *ministre de l'Immigration c/ M et Mme Youssoufov*, n° 343893, au *tables* ; *AJDA* 2010, p.2134). Enfin, le Conseil d'Etat a établi une catégorisation des bénéficiaires de ce droit. Ainsi si les personnes vulnérables (femmes, enfants, handicapés, malades) doivent être nécessairement hébergées, au moins dans un dispositif d'urgence (CE, réf., 27 octobre 2010, *Min. Immigr. c/ M. et Mme Veseli*, n°343898 et *Ministre de l'Immigr. c/ Limani et a.*, n° 343897 et s. ; CE ord. 22 nov. 2010, *Ministre de l'intérieur c/ Sidy Sonko*, req. n° 344373, au *Lebon* ; *AJDA* 2010. 2285), les hommes célibataires en bonne santé se retrouvent à la rue avec, au mieux, l'ATA et des colis alimentaires, vivant comme n'importe quel SDF (et encore le montant du RSA est supérieur à celui de l'ATA). Pire, dans une ordonnance rendue en plein hiver, le président de la section du contentieux a jugé que si les capacités d'hébergement des demandeurs d'asile sont « *temporairement épuisées* » et qu'aucune place n'est disponible dans une autre région, il est possible de recourir à des modalités d'accueil « *sous forme de tentes ou d'autres installations comparables* » (CE, réf., 19 novembre 2010, *ministre de l'Immigration c/ K. Panokheel*, n°344286, au *Lebon*)<sup>156</sup>. Une telle habilitation jurisprudentielle, manifestement incompatible avec les objectifs de la directive a provoqué de vives réactions dans le milieu associatif et donné lieu, fait peu fréquent, à une manifestation devant le Palais Royal le 20 décembre 2010.

Il n'apparaît dès lors pas anodin de relever que dans une ordonnance plus récentes du juge des référés du Conseil d'Etat, la référence à l'hébergement « *sous tentes* » a disparu (CE, réf. 25 janvier 2011, *Ministre de l'Intérieur c/ Chakraborty*, n° 345800, au *Lebon*<sup>157</sup>). Des ordonnances rendues durant l'été

<sup>152</sup> *AJDA* 2010, p.202, obs. S. SLAMA ; *JCP A* 2009, 2262, obs. L. Feraud.

<sup>153</sup> V. notre article « Le droit à des conditions matérielles d'accueil décentes : une nouvelle forme de justiciabilité pour quelle effectivité ? », *RDSS* 2010, p. 858.

<sup>154</sup> *AJDA* 2010.1559, obs. S. BLONDEL.

<sup>155</sup> V. en ce sens notre billet : « Le droit aux conditions matérielles d'accueil : obligation de moyens ou de résultat », *Combats pour les droits de l'homme*, 8 septembre 2010 (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/09/08>).

<sup>156</sup> V. notre tribune, avec Christophe POULY, « Des demandeurs d'asile sous tentes en plein hiver : la protection de l'effectivité du droit d'asile par le juge administratif ne va toujours pas de soi », *D.* 2010. 2918. Et *AJDI* 2011. 421, chron. F. ZITOUNI.

<sup>157</sup> *JCP A* 2011, act. 90, J-G. SORBARA.

2011 ont aussi donné des signes d'assouplissement puisque l'atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile a été reconnue au bénéficiaire d'hommes célibataires bénéficiaires de la seule ATA en l'absence de proposition d'hébergement (CE réf. 21 juillet 2011, *Ministre de l'Intérieur c/ M. Bazomba-Matso*, n°350760 et CE, réf. 5 août 2011, *ministre de l'Intérieur c/ M. Wazakhil*, n°351083). Il est vrai qu'entre-temps ce contentieux né au Palais royal est en train de se déplacer à Luxembourg et à Strasbourg. Le renvoi à la Cour de justice de l'Union européenne a été provoqué par une requête de la Cimade et du Gisti contre la circulaire du 3 novembre 2009 *relative à l'allocation temporaire d'attente*. Celle-ci est partiellement censurée par le Conseil d'Etat précisément parce qu'elle excluait les demandeurs d'asile en réexamen et en procédures prioritaires de l'ATA. En revanche, alors même que le juge des référés du Conseil d'Etat avait reconnu le droit aux conditions matérielles d'accueil au bénéfice des demandeurs d'asile relevant du règlement « Dublin II » du 18 février 2003 dans l'attente d'une prise en charge ou reprise en charge par l'Etat responsable de l'examen de leur demande (CE, réf., 20 octobre 2009, *Youri et Anna Mirzoian*, n°332631, 332632<sup>158</sup>), il estime dans le cadre de la requête en annulation de la Cimade et du Gisti que cette question pose une difficulté sérieuse sur l'applicabilité de la directive accueil du 27 janvier 2003. Il procède donc à un renvoi préjudiciel<sup>159</sup> à la Cour de Justice de l'Union Européenne en posant trois questions : les « Dublinés » ont-ils droit aux conditions matérielles d'accueil « pendant toute la durée de la procédure de prise en charge ou de reprise en charge par cet autre Etat membre » ? Dans l'affirmative jusqu'à quand (à la prise en charge effective, avant ou après la décision de réadmission) ? Et quel est l'Etat devant assurer la prise en charge financière ? (CE, 7 avril 2011, *La Cimade et Gisti*, n°335924, au *tables*, AJDA 2011 p. 759).

La Cour européenne des droits de l'homme a aussi reconnu un droit aux conditions matérielles décentes dans le cadre de l'importante affaire *M.S.S.* Dans cette affaire de Grande chambre, elle a en effet condamné la Grèce pour atteinte à l'article 3 de la CEDH notamment en raison des conditions d'accueil des demandeurs d'asile. Malgré la situation de la Grèce – située « aux frontières extérieures de l'Union européenne » et rencontrant « actuellement des difficultés considérables pour faire face à un flux croissant de migrants et de demandeurs d'asile » surtout « dans un contexte de crise économique » (§ 223) – la Cour n'en constate pas moins l'existence d'un traitement inhumain et dégradant en relevant notamment que l'intéressé « s'est trouvé pendant des mois, vivant dans la rue, sans ressources, sans accès à des sanitaires, ne disposant d'aucun moyen de subvenir à ses besoins essentiels » (§ 263). Elle relève d'ailleurs que cette situation « est un phénomène à grande échelle et correspond à la réalité pour un grand nombre de demandeurs d'asile présentant le même profil que le requérant » alors qu'il appartient aux Etats de protéger spécialement « un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable » (Cour EDH, G.C. 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09, §§ 251 et 255)<sup>160</sup>. Dans le même contexte, le degré d'exigence est même plus important pour les personnes vulnérables, particulièrement les mineurs isolés (Cour EDH, 1e Sect. 5 avril 2011, *Rahmi c. Grèce*, n° 8687/08<sup>161</sup>).

La Cour de Strasbourg devrait avoir l'occasion d'approfondir sa jurisprudence puisque, saisie d'une mesure provisoire, elle a interrogé le 10 mars 2011 le gouvernement français sur l'éventuelle atteinte à l'article 3 de la CEDH s'agissant de l'évacuation de 80 demandeurs d'asile occupant le squat d'un bâtiment appartenant à l'Etat, rue de Fougères à Rennes (aff. *Barry et a. c/ France*, req. n°15171/11)<sup>162</sup>.

<sup>158</sup> AJDA 2010, p.202, obs. S. SLAMA.

<sup>159</sup> Affaire C-179/11 *La Cimade et Gisti c/ Ministres de l'Immigration et de l'Intégration et de l'Economie et des finances*.

<sup>160</sup> ADL du 21 janvier 2011 (2) par N. HERVIEU.

<sup>161</sup> ADL du 6 avril 2011 par N. HERVIEU.

<sup>162</sup> Par cette lettre la Cour interroge le gouvernement sur le point de savoir d'une part si « compte tenu des circonstances spécifiques de la présente affaire, et à la lumière de l'arrêt de Grande chambre *MSS c/ Belgique et Grèce* (...), quelles sont les mesures que les autorités internes ont envisagé de prendre à l'égard des requérants ? » et d'autre part « quelles sont les possibilités et voies de recours à la disposition des requérants, demandeurs d'asile pourvus d'une autorisation provisoire de séjour, pour faire valoir leurs droits découlant de l'article 3 de la directive 2003/9/CE du 27 janvier 2003 (...) ? ».

Ca sera pour elle une nouvelle occasion de faire la preuve que la Cour européenne des droits de l'homme se montre protectrice des droits sociaux des personnes les plus vulnérables alors même que la Convention ne comprend que des droits de première génération. Preuve qu'il n'y a plus loin d'ériger des cloisons étanches s'agissant de la justiciabilité des générations de droit. Preuve aussi que le droit des étrangers pauvres n'est pas nécessairement un pauvre droit.

