



HAL
open science

La Cour de Strasbourg contre les droits de l'homme? Réflexions sur la réception, dans le droit français, de la jurisprudence de la CEDH relative à la protection des étrangers malades

Lionel Zevounou

► To cite this version:

Lionel Zevounou. La Cour de Strasbourg contre les droits de l'homme? Réflexions sur la réception, dans le droit français, de la jurisprudence de la CEDH relative à la protection des étrangers malades. Annales de droit de Louvain, 2012. hal-01630796

HAL Id: hal-01630796

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01630796>

Submitted on 29 Nov 2017

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.

La Cour de Strasbourg contre les droits de l'homme ? Réflexions sur la réception, dans le droit français, de la jurisprudence relative à la protection des étrangers malades en Europe

La protection offerte par l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après CESDH) apparaît comme l'une des plus abouties qui soient. L'article 3, on le sait, dispose que « nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains et dégradants ». Selon la doctrine, cette disposition : « consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques »¹. La sophistication du régime jurisprudentiel qui en découle tient principalement à l'interprétation dynamique qu'en fait la Cour². C'est presque un truisme d'observer, aujourd'hui, que ce dynamisme reste indissociable du raisonnement téléologique qui lui tient lieu de support³. La « protection par ricochet »⁴ constitue, en ce sens, l'illustration manifeste d'une telle politique jurisprudentielle : les requérants peuvent, par ce mécanisme, se prévaloir d'une protection extensive des stipulations conventionnelles. Au-delà du simple « traitement », la Cour étend l'article 3 aux « conditions de vie inhumaines ou dégradantes »⁵.

C'est ainsi que la protection des étrangers malades s'est progressivement imposée dans la jurisprudence européenne. En effet, l'éloignement d'un étranger atteint d'une maladie grave peut, dans certaines circonstances, être qualifié de « traitement inhumain et dégradant » par la Cour. On touche, ici, les limites du raisonnement téléologique développé par les juges de Strasbourg : une maladie — par nature douloureuse et grave, tant d'un point de vue physiologique que psychologique — entre dans le champ de l'article 3 lorsque l'éloignement de celui qui en est victime est susceptible d'aggraver son état

¹ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 7^e ed., Paris, PUF, 2005, p. 281.

² F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 228-229, Voy. Cour eur. dr. h., arrêt, Gde Ch., 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, série A, n° 18.

³ Sur cette question du pouvoir discrétionnaire des juges : A. BARAK, « The Nature of Judicial Discretion and its Significance for the Administration of Justice », in O. WINKLUND (ed), *Judicial Discretion in European Perspective*, Kluwer Law International, Stockholm, 2003, pp. 15-28.

⁴ La protection par ricochet désigne ici l'extension jurisprudentielle de l'application de la CESDH à des situations non expressément prévues par les dispositions de la Convention.

⁵ F. SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, H. FULCHIRON (dir.), LGDJ, 1999, p. 72.

en raison de conditions sanitaires et médicales inadéquates dans le pays d'origine. Bien entendu, toute la question reste de savoir si cette protection doit s'appliquer de façon large ou au contraire, s'il faut l'entendre de façon plus stricte.

Dans ce débat, il convient de rappeler que le texte de la Convention ne proclame que des droits civils et politiques. Par une interprétation dynamique, la Cour européenne a consacré de façon prétorienne les droits sociaux notamment, « le droit à un logement gratuit, le droit au travail, le droit à une assistance médicale gratuite ou le droit d'exiger de l'État une assistance financière pour maintenir un certain niveau de vie »⁶. Ainsi, l'arrêt *Airey c. Irlande* admet une certaine perméabilité de la CESDH aux droits sociaux, relativisant la frontière avec les droits civils⁷. Néanmoins, et comme l'indique Mme la professeure D. Roman, « Si intéressante soit-elle, cette socialisation de la convention reste d'un impact limité (...) si la frontière n'est pas étanche, elle n'en demeure pas moins réelle, ce dont témoigne la rédaction de certains arrêts »⁸.

Classiquement, la protection de l'étranger malade entre dans la catégorie de ce qu'il convient d'appeler les « droits-créances ». Et dès lors que l'on emploie cette terminologie, l'assimilation réductrice entre droit-créance et droit « à » — sous entendu une prestation de l'État —, demeure un préjugé tenace⁹. Certes, il convient de rappeler que la Cour n'oblige nullement les États membres à fournir des soins aux étrangers malades. Elle rappelle simplement qu'en cas d'expulsion du territoire, ces mêmes États sont tenus de ne pas poser d'actes susceptibles de priver l'étranger malade d'un accès aux soins médicaux. À strictement parler, une telle obligation ne constitue pas en soi un droit-créance. Toutefois, si l'on s'essaie à un effort de déconstruction du choix interprétatif retenu par la Cour, on arrive à la conclusion qu'il est sous-tendu par le refus d'imposer aux États une obligation — celle-là entrant dans la catégorie des droits-créances — de soins aux étrangers malades. Ce préjugé, qui finalement conduit la Cour à « s'autocensurer », imprègne très

⁶ Cour eur. dr. h., arrêt, 28 octobre 1999, *Paneenko c. Lettonie*, n° 40772/98, § 2 ; Cour eur. dr. h., arrêt, 9 juillet 2002, *Salvetti c. Italie*, n° 42197/98 ; Cour eur. dr. h., décision, 4 février 1982, *Fay Godfrey c. Royaume-Uni*, n° 8542/79, D.R. 27, p. 103.

⁷ Cour eur. dr. h., arrêt, Gde Ch., 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A n° 32, § 26.

⁸ D. ROMAN, « Les droits civils au renfort des droits sociaux : l'interchangeabilité des droits fondamentaux dans le discours judiciaire », in *Droit des pauvres, pauvres droit ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, CREDOF, Mission Recherche Droit et Justice, 2010, <http://www.gip-recherche-justice.fr>, pp. 308-326 ; F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de 'jurisprudence fiction' », *Rev.trim.dr.h.*, n° 55/2003, pp. 755-779.

⁹ T. GRÜNDLER, « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », in *Droits des pauvres, pauvres droits. Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, CREDOF, Mission Recherche Droit et Justice, ONPES, DREES, 2010, <http://www.gip-recherche-justice.fr>, pp. 90-103.

largement la jurisprudence en matière de protection des étrangers malades. En effet, faire le choix de la consécration d'un « droit à » dans le sens précité c'est aboutir, *in fine*, à une prestation susceptible de grever les finances publiques des États. De façon implicite, les droits-créances, dont fait partie le droit à la santé, sont parfois catégorisés *de facto* — même si cela ne transparaît pas toujours dans les discours ou les rapports — comme des droits de « seconde zone », des droits simplement programmatoires, à la différence des droits individuels.

Rares sont toutefois ceux qui considèrent que, si les droits-créances ont un coût ou sont susceptibles d'en avoir, les droits individuels en ont tout autant. Pour assurer la liberté et les droits de propriété, il faut une armée, une police, une administration, des juges, lesquels engendrent autant de « coûts » pour la collectivité. Même la grande famille libérale, en ce compris les « libertariens »¹⁰, s'accorde sur le fait qu'un « minimum » d'État reste nécessaire afin de protéger les libertés individuelles¹¹. Ainsi, l'argument qui consisterait à conditionner l'effectivité des droits sociaux aux contingences financières des États, par opposition aux droits individuels, est problématique. Il témoigne du triomphe d'une idéologie encore prégnante selon laquelle les droits attachés à la liberté individuelle constituent irrémédiablement ou, si l'on préfère, « par nature », le noyau dur des droits de l'homme.

On partira, ici, de la prémisse de l'indivisibilité¹² des droits de l'homme en laissant volontairement de côté toute tentative de catégorisation et les conséquences qui lui sont généralement attachées. En admettant cette indivisibilité¹³, nous acceptons par la même occasion la dimension à la fois individualiste et holiste de la protection des droits de l'homme.

Ainsi, si la France et les États membres du Conseil de l'Europe ne sont pas destinés « (...) à devenir l'hôpital du monde »¹⁴ en matière de protection des étrangers malades, ils ne peuvent pas non plus prendre prétexte de la

¹⁰ Excepté bien entendu les anarcho-libéraux, voy. R. MODUGNO, « Un dialogue entre les Autrichiens et les libertariens américains », in P. NEMO, J. PETITO, *Histoire du libéralisme en Europe*, pp. 1279-1306.

¹¹ Voy. par ex : G. FACCARELLO, « La 'liberté du commerce' et la naissance de l'idée de marché comme lien social », in P. NEMO, J. PETITO, *Histoire du libéralisme en Europe*, pp. 205-253 ; P. STEINER, « Le débat sur la liberté du commerce des grains (1750-1775) », in P. NEMO, J. PETITO, *op. cit.*, pp. 255-278.

¹² Rapporté aux discours sur les droits de l'homme, on entend ce terme de manière usuelle comme l'absence de séparation entre les droits civils et politiques d'une part et les droits économiques et sociaux de l'autre. Voy. en ce sens : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, *op. cit.*, § 26.

¹³ Pour une justification philosophique d'un tel point de vue : R. FORST, « The Justification of Human Right and the basic Right to Justification : A reflexive approach », *Ethics*, vol. 120, n° 4, 2010, pp. 711-740 ; R. FORST, *The Right to Justification : Elements of a constructivist Theory of Justice*, Columbia Univ. Press, 2011.

¹⁴ On s'inspire ici des propos de Charles Pasqua au Sénat du 21 janvier 1998.

rhétorique financière, généralement opposée à l'effectivité des droits sociaux pour s'exonérer de leurs engagements dans ce domaine.

Pourtant, à l'instar de ce qui se passe dans d'autres systèmes juridiques étrangers, le juge pourrait justifier l'autorité de sa décision — par référence, par exemple, à certaines valeurs de justice sociale, lesquelles ne figurent pas nécessairement dans les textes — afin de rendre effective la réalisation des droits sociaux ; il pourrait aussi choisir d'étendre son contrôle sur la « rationalité » des politiques publiques menées par un gouvernement ¹⁵. Pourtant, tel n'est pas le chemin que prend la jurisprudence actuelle de la Cour. Dans un contexte de durcissement des politiques migratoires, la Cour se mure progressivement dans une position conservatrice. Ce conservatisme est sous-tendu par les arguments de nature économiques et financiers évoqués : celui du coût à l'effectivité du droit à la protection des étrangers malades. Les juges se réfugient derrière la justification selon laquelle assurer une telle effectivité reviendrait à empiéter sur les choix politiques nationaux.

On voudrait, dans cet article, proposer une analyse autant critique que prospective de la protection des étrangers malades. Critique, l'analyse l'est à l'égard de l'évolution du droit français, laquelle s'oriente vers une restriction progressive de la protection des étrangers malades. Cette évolution est rendue possible par la position conservatrice de la Cour de Strasbourg, laquelle persiste à maintenir un standard de protection insuffisamment élevé en la matière. Si la Cour jouit généralement du prestige de gardien et de défenseur de la cause des droits de l'homme ¹⁶, le domaine de la protection des étrangers malades vient, en effet, démentir ce point de vue : les juges nationaux, dont le Conseil d'État français, en dépit du contexte politique défavorable, promeuvent une approche plus progressiste que celle de la Cour. On illustrera ce premier argument par quelques éléments de comparaison puisés dans les jurisprudences nationales d'autres États parties à la CESDH (I). Le risque d'une protection au rabais qui s'étendrait, par l'influence de la jurisprudence européenne, aux États membres n'est donc pas à exclure. Au rebours de la jurisprudence actuelle de la Cour, on plaide, au moyen d'une démonstration prospective, pour un revirement de jurisprudence (II).

¹⁵ On peut se reporter utilement sur cette question à D. ROBITAILLE, « La justiciabilité des droits sociaux en Inde et en Afrique du Sud : séparation des pouvoirs, manque de ressources et pauvreté massive comme facteurs d'interprétation des droits sociaux », *Droits des pauvres, pauvres droits. Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., pp. 146-163.

¹⁶ Voy. A. STONE SWEET, « Sur la constitutionnalisation de la Convention européenne des droits de l'homme : cinquante ans après son installation, la Cour européenne conçue comme une cour constitutionnelle », *Rev.trim.dr.h.*, n° 80, pp. 923-944.

I. — UN STANDARD DE PROTECTION CONTRASTÉ :
 LES JUGES NATIONAUX PROTÈGENT-ILS MIEUX
 LES ÉTRANGERS MALADES QUE LA COUR DE STRASBOURG ?

Il existe, en Europe, une disparité dans le standard de protection des étrangers malades. En France, le Conseil d'État a, depuis ces dernières années, opéré dans ce domaine des avancées substantielles, même si la Haute juridiction n'a pas toujours été suivie par l'ensemble des juges du fond¹⁷. Si elle s'appuie sur le droit de la CESDH, cette évolution ne rejoint nullement la position actuelle des juges de Strasbourg. On peut, en ce sens, émettre l'hypothèse selon laquelle ces dispositions nationales restent plus favorables à la protection des étrangers malades que les normes européennes. C'est, du moins, la tendance générale des jurisprudences belge, espagnole ou allemande à l'exception notable du juge anglais (A). Toutefois, l'interprétation restrictive de l'article 3 de la Convention fait elle-même l'objet de solutions contradictoires. Ce n'est qu'au prix d'un raisonnement fort critiquable que la Cour parvient à maintenir une interprétation aussi minimaliste (B).

A. Le revirement du juge administratif français dans une perspective comparée

En France, sous l'empire des lois du 24 avril 1997 et du 11 mai 1998¹⁸, les articles L 313-11, 11° et L. 511-4 du Code d'entrée et de séjour des étrangers (ci-après CEDESA) encadraient la protection de l'étranger malade susceptible d'être expulsé vers son pays d'origine¹⁹. La légalité de la procédure devait satisfaire deux critères cumulatifs. D'abord l'autorité administrative était tenue, au regard de l'avis du médecin, d'examiner les conséquences de sa décision sur l'état de santé de l'intéressé : « (...) et, en particulier,

¹⁷ Voy. par ex, C.E., 11 avril 1999, *N'Satou*, n° 200065.

¹⁸ Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, *J.O.R.F.*, n° 97, 25 avril 1997, p. 6268. Ces dispositions ont codifiées des solutions antérieures de la jurisprudence administrative : C.E., 13 mai 1996, *M. Harrat*, req. n° 167634, note F. MALLOL, *RDSS*, 1997, p. 200. Voy. en ce sens, F. SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Les étrangers et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, H. FULCHIRON (dir.), LGDJ, 1999, pp. 61-82.

¹⁹ L'article L. 313-11, 11° disposait : « (...) À l'étranger résidant habituellement en France dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire » ; l'article L. 511-4 de son côté disposait qu'un titre de séjour temporaire portant la mention « vie privée familiale » était délivré un étranger « (...) résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi » ne pouvait faire l'objet d'une mesure d'expulsion ».

d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature de la gravité des risques qu'entraînerait un défaut de prise en charge médicale dans le pays où l'étranger est originaire »²⁰ ; ensuite, lorsque le défaut de prise en charge risquait d'entraîner des conséquences d'une « exceptionnelle gravité » sur la santé de l'intéressé, le préfet ne pouvait refuser d'accorder le titre de séjour qu'à la condition qu'il existe des possibilités de traitement dans le pays approprié.

L'application de ces dispositions a donné lieu à une abondante jurisprudence relative au respect des règles déontologiques²¹, à la place de l'avis dans la décision rendue par l'autorité administrative²² ou encore, pour ce qui nous intéresse, à l'appréciation des conditions de fond relatives à l'accès aux soins dans le pays d'origine.

Longtemps, le Conseil d'État a interprété cet accès effectif comme signifiant que le traitement devait simplement être « disponible »²³. En dehors de cas peu ordinaires²⁴, ce raisonnement ne tenait compte que de critères purement théoriques²⁵ : il évacuait tout type de contrôle sur l'effectivité des soins prodigués dans le pays d'origine. Il en était de même en ce qui concernait l'accessibilité de l'étranger à son traitement pour des raisons financières, voire géographiques²⁶.

L'évolution est venue des juges du fond²⁷. Suite à une interprétation des articles L. 313-11, 11° et L. 511-4 du CESEDA, un arrêt solennel de la Cour administrative d'appel de Paris décide qu'il appartient au juge de

²⁰ C.E., 14 février 2007, *Hafed*, Lebon.T. p. 888.

²¹ C.E., 20 avril 1998, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 82321 ; C.E., 29 juillet 2002, *Préfet de police c/ Asawu Omeoko*, n° 241912 ; C.E. 3 mai 2004, *Cheroud c/ Préfet du Tarn*, n° 25013 ; C.E., 27 juillet 2005, *Aduako*, n° 266826 ; C.E., 19 juin 2009, *Monir Hossain*, n° 325913.

²² C.E., 28 avril 2006, *Préfet de police c/ Beekawa*, req. n° 264042, Lebon T.897 ; C.E., avis 19 juin 2009, *M.M.*, n° 325913 ; C.E., 21 octobre 2005, *Rhka*, n° 278032 ; C.E., 19 juin 2009, *Monir Hossain*, *op. cit.*

²³ C.E., 30 avril 2009, *Mlle K.*, req. n° 311428.

²⁴ C.E., 28 avril 2004, *Préfet de Police c/ M. Kamal B.*, n° 252621, note C. Cournil, « A quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *RDSS*, 2004, p. 872.

²⁵ Le Conseil d'État jugeait inopérant le moyen tiré de l'accès effectif aux soins : C.E., 13 février 2008, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/M. Jilani Antir*, n° 297518 ; C.E., 28 septembre 2005, *Préfet de police c/Ngmabi*, n° 241505 ; C.E., 5 novembre 2005, *Singh c/ Préfet du Val d'Oise*, n° 241505 ; C.E., 28 décembre 2005, *Préfet de police c/ Ramirez Castillo*, n° 275581 ; C.E., 27 juillet 2005, *Tidiane c/Préfet de police*, n° 264574 ; C.E., 3 novembre 2004, *Mkhinini*, n° 264734.

²⁶ C.E., 13 février 2008, *Ministre de l'intérieur et de l'aménagement du territoire c/M. Jilani Antir*, *op. cit.* ; C.E., 7 juillet 2004, *M. Toumi*, n° 261709 ; C.E., 28 décembre 2005, *Préfet de police c/ M. Nicolas Gnali*, n° 275880.

²⁷ S.-J. LIEBER, D. BOTTEGHI, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », *A.J.D.A.*, 2010, p. 881. Un parallèle antérieur peut être tracé sur le même sujet entre la position du Conseil d'État et celle de Tribunaux administratifs : C.E., 28 décembre 1992, *Préfet des Yvelines c/ M. Hinveanu*, n° 136795 ; TA Nantes, 26 septembre 1996, *Bamba Bamba*, concl. J. KRULIC, *RFDA*, Mars/avril, 1997, pp. 315-317.

contrôler si les possibilités financières d'un traitement médical approprié existent bel et bien dans le pays de renvoi ²⁸. À cet égard, les juges rendent une interprétation particulièrement protectrice des articles 2 et 3 de la CESDH : « (...) l'exécution d'un arrêté de reconduite à la frontière ferait courir à ce dernier des risques méconnaissant les dispositions précitées de la Convention européenne des droits de l'homme » ²⁹. Saisi d'un pourvoi, le Conseil d'État a suivi le raisonnement des juges du fond. Jusqu'alors, l'interprétation des conditions posées par l'article L. 313-11-11° reposait sur les deux critères cumulatifs évoqués ³⁰.

Le revirement du Conseil d'État ³¹ du 7 avril 2010 ajoute un critère supplémentaire : dans l'hypothèse où l'étranger décide de contester les éléments relatifs à sa situation personnelle ou celle de son pays d'origine, la charge de preuve reposerait sur l'autorité administrative. Cette solution est déduite d'un raisonnement littéral au regard des travaux préparatoires de la loi du 24 avril 1997. Encore fallait-il s'accorder sur la nature des critères à prendre en considération.

L'accès effectif aux soins doit être examiné au regard de « (...) la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts de traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés », ou « en raison de circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle » ³². Ainsi, il appartient à l'étranger d'apporter les preuves susceptibles de réfuter l'appréciation de l'administration ³³. Ainsi, en dépit du revirement opéré par le Conseil d'État, la protection accordée à l'étranger malade est appréciée de manière stricte, comme en témoignent plusieurs arrêts postérieurs de la Cour

²⁸ C.A.A. Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de Police c/ Jabnoun*, n°06PA00482 ; C.A.A. Paris, 3 avril 2008, *Bialy*, n°07PA04394.

²⁹ C.A.A. Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de Police c/ Jabnoun*, n°06PA00482 ; C.A.A. Paris, 3 avril 2008, *Bialy*, n°07PA04394 *op. cit.*, note O. LECUCQ, « Précisions sur la protection de l'étranger gravement malade », *A.J.D.A.*, 2007, p. 749.

³⁰ *Supra*, p. 4.

³¹ C.E., 7 avril 2010, *Ministre d'État, ministre de l'intérieur et de l'Aménagement du territoire*, n° 301640, n° 316625.

³² Le revirement du Conseil d'État reste toutefois en deçà du raisonnement de la Cour administrative d'appel de Paris concernant l'interprétation de l'article 3 de la CEDH. Si les juges du fond procédèrent à une interprétation extensive de cette disposition, le Conseil d'État reste attaché à une interprétation restrictive. La Cour administrative d'appel étend en effet le bénéfice de l'article 3 aux effets de l'arrêté de reconduite à la frontière : C.A.A. Paris, 15 décembre 2006, *Préfet de Police c/ Jabnoun*, n°06PA00482 ; voy. en sens contraire : C.E., 16 février 2000, *Préfet du Val d'Oise c/ Slimane* ; C.E., 29 novembre 2002, *Préfet de police c/ Faked*, n° 244752 ; C.E., 16 janvier 2004, *M.X.*, n° 255554.

³³ En pratique, il est difficile de réunir de telles preuves. B. DEMAGNY, S. SLAMA, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *JCP Administration et collectivités territoriales*, 19 juillet 2010, n° 2238. Voy. par ex, C.A.A. Lyon, 13 avril 2011, *Grigorian c/ Préfet de l'Isère*, n°10LY02411.

administrative d'appel³⁴. Si le juge du fond étend désormais son contrôle à l'accès aux soins dans le pays d'origine, en pratique il fonde souvent son appréciation sur les informations fournies par l'administration. Une décision récente du Conseil d'État censure toutefois un arrêt d'appel, au motif qu'au-delà de l'avis du médecin inspecteur de santé publique, les juges auraient dû rechercher « (...) si l'intéressé pouvait effectivement bénéficier dans son pays d'origine d'un traitement approprié à son état de santé (...) »³⁵. Dans le même ordre d'idées, un autre arrêt du Conseil censure le défaut de prise en considération du coût élevé d'un acte chirurgical dans le pays d'origine³⁶.

Cette situation contrastée n'est pas propre à la France. La jurisprudence anglaise est plus stricte que celle du Conseil d'État, mais non moins divisée³⁷. Depuis un arrêt de principe de 2003³⁸, les décisions de l'*United Kingdom Asylum and Immigration Tribunal* font une interprétation restrictive de l'article 3. En ce sens, les « circonstances exceptionnelles » déduites de l'arrêt *D c. Royaume-Uni*³⁹ sont systématiquement opposées aux requérants⁴⁰ : pour bénéficier de la protection de l'article 3, le ressortissant étranger doit prouver que « son état de santé relève d'une situation humanitaire si « extrême », qu'aucun État civilisé ne pourrait y rester indifférent »⁴¹.

³⁴ Pour un aperçu de ces appréciations diverses : C.A.A. Nancy, 12 mai 2011, *Mme M. HANANI*, n°10NC01268 ; C.A.A. Bordeaux, 21 juin 2011, *Papy LUKOMBO M'BELA*, n°11BX00129 ; C.A.A. Versailles, 24 mai 2011, *Préfet du Val d'Oise c/M. HAMDAROU*, n°10VE0206 ; C.A.A., Versailles, 3 août 2010, *TIGHILT*, n°09VE03757 ; C.A.A. Versailles, 23 juin 2011, *A. ZERKAN*, n°10VE00806 ; C.A.A., Paris, 1^{er} juin 2011, *Simeda Vamara KONE*, n°09PA00953 ; C.A.A. Lyon, 13 avril 2011, *Grigorian c/ Préfet de l'Isère*, n°10LY02411 ; TA, Lille, 1^{er} juin 2010, *Akodegnon*, n° 1003412.

³⁵ C.E., 30 mai 2011, *Gurnam Singh*, n° 339157 ; voy. aussi : C.E., 11 juillet 2011, *M. EL Hchimy*, n° 334634 ; C.E. 8^{ème} et 3^{ème} ss réunies, 26 juillet 2011, *Mme Sissako*, n° 335752.

³⁶ C.E., 16 février 2011, *Mme Benabid*, n° 329450.

³⁷ Voy. par ex, l'opinion de Lord Hope, Chambre des lords (UKHL) 5 novembre 2005, *Regina v Secretary of State for Home Department, ex parte Limbuela* 66 ; voy. aussi l'opinion dissidente du Lord Justice Carnwath dans l'affaire *EWCA Civ 1369*, 16 octobre 2003, *N v Secretary of State for the Home Department*, n°C1/2003/0915.

³⁸ Chambre des Lords (UKHL), 5 novembre 2005, *N v Secretary of State for Home Department*, 31 ; *EWCA Civ 1369*, 16 octobre 2003, *N v Secretary of State for the Home Department*, n°C1/2003/0915 ; UKAIT, 29 janvier 2004, *S v Secretary of State for the Home Department*, n° 00018 S ; UKAIT, 22 août 2003, n° 00055 *G v Secretary of State for the Home Department* ; UKIAT, 22 juin 2004, *LS v Secretary of State for the Home Department*, n° 00181, pts 32-47 ; UKAIT, 31 mars 2005, *JB v Secretary of State for Home Department*, n° 00077 ; UKAIT, 17 janvier 2005, *Secretary of State for Home Department v F.M.*, n° 00012 ; UKAIT, 21 mars 2005, *Secretary of State for the Home Department*, n° 00075, pts 39-64.

³⁹ Cour. eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *D c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *Rec.* 1997-III.

⁴⁰ *EWCA Civ 1369*, 16 octobre 2003, *N v Secretary of State for the Home Department*, n°C1/2003/0915, pt 40 ; pour une illustration récente de cette politique jurisprudentielle : UKUT 35 (IAC), *Gs v The secretary of State for the House department*, [2011] ; *KH (Afghanistan) v Secretary of State for the Home Department*, (2009) *EWCA Civ 1354* ; *DM (Zambia) v Secretary of State for the Home Department* [2009] *EWCA Civ 474*.

⁴¹ Nous reformulons ici l'argumentation du juge Law.

La politique jurisprudentielle du juge allemand semble plus protectrice⁴². Une décision juge, au regard des données fournies par l'ONUSIDA et le Rapport sur l'épidémie mondiale du sida, qu'une ressortissante ougandaise « atteinte du sida faisant l'objet d'une mesure d'expulsion est menacée par un danger d'ordre général »⁴³. La décision est justifiée par référence aux principes constitutionnels de « dignité et d'intangibilité de la personne humaine », « du droit à la vie et de l'intégrité physique ».

En Belgique, certains arrêts du Conseil du contentieux des étrangers confèrent à l'article 3 un caractère absolu. Ainsi, l'impossibilité pour un étranger de prouver clairement son identité n'exempte pas l'administration d'examiner sa demande de séjour pour raison de santé. Alors même que la demande formulée n'entre pas dans les conditions prévues par la loi, le juge estime qu'« Il est toutefois évident qu'un étranger gravement malade qui est exclu du bénéfice de l'article 9ter (...) ne sera pas éloigné si son état de santé est sérieux au point que son éloignement constituerait une violation de l'article 3 de la Convention »⁴⁴. Cette position n'est toutefois pas partagée par le Conseil d'État belge⁴⁵. En effet, si les juges du fond confèrent à l'article 3 un caractère absolu, en rappelant l'obligation inconditionnelle qui s'impose à l'administration d'examiner le bien-fondé d'une mesure d'éloignement, tel n'est pas le cas du juge suprême. Se ralliant à l'argument selon lequel l'appréciation de la gravité de l'état de santé du requérant doit nécessairement être précédée de la preuve de son identité, le Conseil d'État belge vient nuancer le caractère absolu qui, selon les juges du fond, découlerait de l'interprétation de l'article 3 CESDH.

⁴² VG Lüneburg, 10 décembre 2008, 1A 173/06 ; BVerwG, 29 octobre 2002, 1C.02 ; le juge contrôle aussi l'effectivité des soins dans le pays d'origine, le bénéfice d'une protection pour raison de santé sur le fondement de l'article 60 VII 3 *AufenthG* BVerwG. Cette disposition s'inspirant elle-même de la jurisprudence de la Cour du 2 mai 1997, *D c. Royaume-Uni*, n° 30240/96, *op. cit.*, voy. sur cette question : E. GESLOT, « La protection des étrangers malades contre l'éloignement et l'article 3 de la CESDH », <http://m2bde.u-paris10.fr>

⁴³ BVerwG, 27 avril 1998, 9C276.94 ; VG Ansbach 26 février 2008, AN9K 07.30470 ; voy. pour une appréciation contraire : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *N c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, aff n° 26565/05

⁴⁴ Cette interprétation est déduite en l'espèce des travaux préparatoires de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 (*Doc. Parl.*, Ch., 51/2478/001, exposé des motifs, p. 36) : Conseil du Contentieux des étrangers, 29 mai 2009, n° 28139, pt 2.2.2 ; Conseil du Contentieux des étrangers, 15 janvier 2010, n° 37026. L'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 modifiée relative à l'accès au territoire, au séjour, à l'établissement et à l'éloignement des étrangers prévoit que « l'étranger qui séjourne en Belgique et qui dispose d'un document d'identité et souffre d'une maladie dans un état tel qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain et dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays dans lequel il séjourne, peut demander l'autorisation de séjourner dans le Royaume au ministre ou à son délégué (...) » : https://dofi.ibz.be/sites/dvzoe/FR/Documents/19801215_F.pdf

⁴⁵ Conseil d'État Belge, 5 octobre 2010, *État Belge c/ X*, n° 207.909.

Le juge espagnol quant à lui, se réfère très peu aux dispositions de la Convention en matière de protection des étrangers malades. Le Tribunal Suprême espagnol fait plutôt référence — au regard du droit national — à la notion très large « d'enracinement ». Ainsi, « l'enracinement d'un citoyen étranger en Espagne, qu'il soit pour motifs économiques, sociaux ou familiaux, est une cause suffisante pour suspendre l'exécution d'un ordre d'expulsion ou d'obligation de quitter le territoire. L'on considère que dans cette hypothèse, l'intérêt particulier prime sur l'intérêt général »⁴⁶.

De ce tableau, il ressort deux courants d'interprétations opposées de l'article 3 : le premier restrictif, le second — à l'instar de plusieurs législations nationales — plus protecteur. Le plus frappant, c'est que cette divergence divise, non seulement au sein des juridictions des États membres, mais aussi au sein des juges de la Cour de Strasbourg. Elle jette une lumière crue sur les contradictions du régime de l'article 3⁴⁷.

B. L'influence des politiques migratoires nationales sur l'interprétation de l'article 3 par la Cour de Strasbourg

L'arrêt *N c. Royaume-Uni* a fait l'objet de plusieurs commentaires, souvent critiques et pour cause⁴⁸. Madame N, ressortissante ougandaise, demandait le bénéfice de la protection de l'article 3 en raison de son état de santé. Atteinte d'« une infection du VIH accompagnée d'une immunodépression extrêmement forte et (...) d'une diffusion du bacille de Koch »⁴⁹ puis du sarcome de Kaposi quatre mois plus tard, son taux de lymphocytes avait sensiblement augmenté grâce aux soins prodigués par les autorités britanniques. Devant la

⁴⁶ Voy. par ex. Tribunal Supremo (contentioso administrativo) : *STS 7950/1998* du 28 décembre 1998 ; *STS 256/1999* du 23 janvier 1999 ; *STS 2963/1999* du 3 mai 1999 ; *STS 6275/1999* du 11 mai 1999 ; *STS 7214/1999* du 15 novembre 1999 ; *STS 7769/1999* du 4 décembre 1999 ; *STS 10222/2001* du 20 janvier 2001 ; *STS 10248/2001* du 20 janvier 2001. L'article 57, de la loi LO 8/2000, du 22 décembre 2000, sur les droits et libertés des étrangers en Espagne et leur intégration sociale interdit l'expulsion en cas de maladie professionnelle.

⁴⁷ Voy. en ce sens : F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 7^e éd., 2005, p. 281 ; l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dispose aussi : « Toute personne a le droit d'accéder à la prévention en matière de santé et de bénéficier de soins médicaux dans les conditions établies par les législations et pratiques nationales. Un niveau élevé de protection de la santé humaine est assuré dans la définition et la mise en œuvre de toutes les politiques et actions de l'Union ».

⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt, Gde Ch., 27 mai 2008, *N c. Royaume-Uni*, n° 26565/05, note J-F. FLAUSS, *A.J.D.A.*, 2008, p. 1937 ; note F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'éloignement de l'étranger malade : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev.trim.dr.h.*, n° 77/2009, pp. 261-277 ; note M. LEVINET, *RDJ*, 2009, p. 903 ; note J-P. MARGUENAUD, *RSC*, 2008, p. 694 ; note F. SUDRE, *JCP ed. G*, n° 30, 23 juillet 2008, I-167, n° 7 ; M. AFROUKH, « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'État français », *Rev.trim.dr.h.*, 2011/86, p. 325 ; opinion dissidente commune aux juges TULKENS, BONELLO, SPIELMANN in, Cour eur. dr. h., arrêt, Gde Ch., 27 mai 2008, *N c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt, Gde Ch., 27 mai 2008, *N c. Royaume-Uni*, § 11.

Cour, la requérante arguait l'impossibilité de se procurer dans son pays d'origine les soins nécessaires au traitement de sa pathologie. Son expulsion aurait, à terme, pour conséquence une aggravation sensible de son état.

On le sait, la Cour a rejeté le moyen en se fondant sur plusieurs arguments. Le premier s'appuie sur l'autorité de précédents relatifs à l'expulsion de personnes gravement malades. À l'exception de l'affaire *D c. Royaume-Uni*, la Cour rappelle qu'elle a toujours maintenu élevé le seuil probatoire permettant de bénéficier de la protection de l'article 3⁵⁰. Ainsi, elle aboutit, par une relecture de sa jurisprudence relative à l'article 3, à une interprétation restrictive de cette disposition appliquée aux étrangers malades.

De là — et c'est le second argument —, elle déduit plusieurs « principes généraux » relatifs à l'article 3. Tout d'abord, en vertu d'un « principe de droit international bien établi (...) le droit de contrôler l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux »⁵¹ relève de la compétence des États membres⁵². La Cour indique ensuite que les non-nationaux susceptibles d'expulsion ne peuvent « revendiquer un droit à rester sur le territoire d'un État contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance et des services médicaux, sociaux ou autres, fournis par l'État qui expulse (...) »⁵³. Le paragraphe 44 de l'arrêt rappelle à ce titre que la Convention a pour objectif essentiel de protéger les droits civils et politiques. Enfin, la Cour opère un contrôle de proportionnalité entre « (...) les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ». La solution d'espèce est désormais bien connue : l'article 3 n'oblige pas les États à pallier les disparités économiques et sociales entre différents systèmes de santé selon les pays. L'affirmation est justifiée en ces termes : « conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants »⁵⁴. On le sait, la Cour parvient à cette solution au moyen de la méthode désormais éprouvée du *distinguishing*, fréquemment utilisé dans les systèmes de *Common Law*, dans le but d'éviter l'application d'un précédent⁵⁵.

⁵⁰ §§ 32-34 ; Cour eur. dr. h., décision, *Karara c. Finlande*, 29 mai 1998, n° 40900/98 ; Cour eur. dr. h., décision, *SCC c. Suède*, 15 février 2000, n° 46553/99 ; Cour eur. dr. h., arrêt, *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 février 2001, n° 44599/98 ; Cour eur. dr. h., décision, *Ndangoya c. Suède*, 22 juin 2004, n° 17868/03 ; Cour eur. dr. h., décision, *Amegnigan c. Pays-Bas*, 25 novembre 2004, n° 25629/04 ; Cour eur. dr. h., décision, *Arcila Henao c. Pays-Bas*, 24 juin 2003, n° 13669/03.

⁵¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Vilvarajah et autres c. Royaume-Uni*, 30 octobre 1991, série A n° 215, p. 34, § 102.

⁵² Cour eur. dr. h., arrêt, *Abdilaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, 28 mai 1985, série A, n° 94, § 67 ; Cour eur. dr. h., arrêt, *Boujlifa c. France*, 21 octobre 1997, *Rec.* 1997-VI, § 42.

⁵³ § 42.

⁵⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *N c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 44.

⁵⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., *B c. France*, arrêt, 25 mars 1992, n° 13343/87 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hatton e.a c. Royaume-Uni*, n° 36022/97, § 120. Pour une critique de cette instrumentalisation des précédents de la Cour par la Cour elle-même : F. SUDRE, « La motivation et le style des décisions juridictionnelles, le regard de la doctrine », in, L. COUTRON (dir.), *Péda-*

Bien que séduisant, le raisonnement n'emporte pas la conviction. Afin de justifier sa solution, la Cour invoque, en effet, au regard de l'autorité de ses précédents — notamment l'arrêt *D c. Royaume-Uni* —, le caractère « très exceptionnel » de l'article 3 : la protection « par ricochet » pour raison de santé ne s'appliquerait que lorsqu'il existe des « considérations humanitaires militant contre l'expulsion ». L'argument évacue tout lien entre l'état de santé du requérant et les actes posés par des autorités administratives. Pourtant, tel n'est pas ce qui ressort de la jurisprudence *Pretty c. Royaume-Uni* (§ 52) où ce lien est clairement établi : « La souffrance due à une maladie (...) peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement — que celui-ci résulte de conditions de détentions, d'une expulsion ou d'autres mesures — dont les autorités peuvent être tenues pour responsables »⁵⁶.

Il y a, par conséquent, plusieurs lectures, parfois contradictoires, de l'article 3, selon les jugements de valeur sous-jacents à l'interprétation. Et il convient de rappeler, à ce titre, la prémisse du raisonnement dans l'arrêt *D c. Royaume-Uni* : en l'occurrence l'affirmation du caractère « absolu » de l'article 3 (§ 47-49)⁵⁷. Toute la difficulté est de savoir si ce caractère « absolu » peut souffrir des exceptions. Cette question, on le sait, reste très discutée en doctrine et la jurisprudence n'y apporte pas de réponse claire⁵⁸. La Cour semble distinguer deux hypothèses. Lorsqu'existe un lien entre des actes « intentionnels » voire des omissions imputables aux autorités publiques du pays de renvoi et des risques de tortures ou de traitements inhumains, le caractère absolu de l'article 3 s'impose⁵⁹. Lorsque ce lien apparaît plus ténu, la Cour privilégie une protection « relative ». C'est précisément cette seconde hypothèse qui fonde le raisonnement dans l'affaire *N c. Royaume-Uni* pour aboutir au caractère « très exceptionnel » de l'article 3. La Cour justifie ce seuil « très exceptionnel » affirmant qu'il proviendrait « (...) non pas d'actes ou d'omissions intentionnels » mais d'une maladie naturelle et de « l'absence de ressources pour y faire face dans le pays de destination » (§ 43).

gogie judiciaire et application des droits communautaire et européens, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 150-154.

⁵⁶ Voy. aussi : Cour eur. dr. h., *Price c. Royaume-Uni*, Gde Ch., arrêt, 10 juillet 2001, n° 33394/96, § 24 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Valašinas c. Lituanie*, 24 juillet 2001, n° 4458/98, § 117 ; raisonnement repris récemment par la Cour dans l'arrêt Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *MSS c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, n° 30696/09, § 220.

⁵⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A, n° 37201/06, § 88 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Cruz Varas et autres c. Suède*, 20 mars 1991, série A, n° 201, p. 28, §§ 69-70 ; Cour eur. dr. h., décision, *B.B. c. France*, 9 mars 1998, n° 30930/96 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, n° 372001/06.

⁵⁸ Voy. F. SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.* ; F. SUDRE, « L'arrêt *Soering*, un grand arrêt ? », *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 99-121 ; J. CALLEWAERT, « L'article 3 de la Convention européenne : une norme relativement absolue ou absolument relative ? », *Mélanges Marc-André Eissen*, Bruylant, 1995, p. 13.

⁵⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Saadi c. Italie*, 28 février 2008, n° 372001/06, *op. cit.*

Or, rien ne prouve en l'espèce cette absence de lien que s'attache à démontrer la Cour : « la souffrance due à une maladie survenant naturellement, qu'elle soit physique ou mentale, peut relever de l'article 3 si elle trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement (...) dont les autorités peuvent être tenues pour responsables »⁶⁰. La solution retenue paraît ce faisant contestable, ne serait-ce que du point de vue de la cohérence de sa jurisprudence.

L'illustration manifeste de cette incohérence logique est l'introduction d'un contrôle de proportionnalité défendu avec ardeur par certains États⁶¹. Comme il a été noté, la Cour opère dans l'arrêt *N c. Royaume-Uni* un contrôle de proportionnalité entre, d'une part, les prérogatives découlant de la maîtrise des flux migratoires et, d'autre part, les exigences de l'article 3. Or, cette approche rompt avec la position initiée par la jurisprudence *Chahal*⁶² où la Cour affirmait le caractère « absolu » de l'article 3. La protection « par ricochet » de l'article 3 ne saurait être mise en balance avec les politiques intérieures des États membres⁶³. Admettre le « caractère relativement absolu »⁶⁴ équivaut à consacrer une protection à géométrie variable, laquelle ne peut que s'avérer préjudiciable du point de vue de la crédibilité du système européen des droits de l'homme. Face à ce standard très élevé de protection, on se demande finalement s'il existe encore des cas susceptibles de bénéficier de la protection de l'article 3 pour raison de santé.

À quoi tient cette interprétation minimaliste ? On peut avancer plusieurs hypothèses. La plus évidente tient au contexte politique majoritaire de durcissement des politiques migratoires qui perdure depuis plusieurs années. Les juges de Strasbourg auraient-ils craint qu'une interprétation plus protectrice de l'article 3 soit perçue comme un « appel d'air » favorable aux flux migratoires ? Sans doute. Mais alors, pourrait-on rétorquer, la jurisprudence de la Cour doit-elle être tributaire des politiques migratoires majoritaires ?⁶⁵ Adhérer à cet argument revient à enterrer toute avancée « progressiste » au détriment d'un *statu quo* défavorable à la crédibilité politique de la Cour. Les

⁶⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *D c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997, *Rec.* 1997-III, *op. cit.* On pense ici aux arguments du Royaume-Uni dans l'affaire *Saadi* : voy. note F. SUDRE, *JCP ed. G.*, n° 30, 23 juillet 2008, I-167.

⁶¹ Voy. pour un abandon de ce contrôle : Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Tomasi c. France*, 26 août 1992, n° 12850/87, A-241-A.

⁶² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *Chahal c. Royaume-Uni* 15 novembre 1996, n° 22414/93, *Rec.* 1996-V.

⁶³ F. SUDRE, « Le renouveau jurisprudentiel de la protection des étrangers par l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », in H. FULCHIRON (dir.), *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, LGDJ, 1999, pp. 61-82.

⁶⁴ F. SUDRE, *op. cit.*, p. 77.

⁶⁵ Pour une explication de ce modèle par la science politique : W. MATTLI, A-M. SLAUGHTER, « Revisiting the European Court of Justice », *International Organization*, vol. 52, n° 1, 1998, pp. 177-209.

juges de Strasbourg privilégient en ce sens, les intérêts financiers des États au détriment d'une position jurisprudentielle plus audacieuse, mais non moins délicate à tenir vis-à-vis des préférences politiques nationales ⁶⁶.

L'introduction du principe de proportionnalité constitue l'illustration parfaite de ce raisonnement « utilitariste » ⁶⁷ : parce que les finances publiques des États membres risqueraient de pâtir de soins gratuits et illimités fournis aux étrangers malades, la Cour juge préférable de ne pas mettre en péril le soutien de ces mêmes États membres, plutôt que de défendre une interprétation plus favorable à la protection des étrangers malades au regard de l'article 3 et ce, quitte à opérer des concessions dans la consécration du caractère « absolu » de cette disposition. Ce cas de figure accrédite la thèse selon laquelle les choix politiques de la Cour joueraient le jeu de la « majorité », autrement dit celui des États membres les plus influents.

Néanmoins, la Cour ne va pas jusqu'au bout de l'approche utilitariste qu'elle initie dans l'arrêt *N*. Si l'on devait poursuivre l'idée selon laquelle étendre la protection par ricochet de l'article 3 aux étrangers gravement malades risquerait d'engendrer des coûts supplémentaires pour les États membres, il faudrait alors, preuves économiques à l'appui, pouvoir évaluer clairement : 1) le coût qu'engendre pour les systèmes sociaux des États membres de telles dépenses et 2) en quoi ce coût serait susceptible de grever leur budget de façon substantielle au regard de la proportion d'étrangers gravement malades susceptibles de bénéficier de la protection « par ricochet » de l'article 3. À terme, cette voie revient implicitement à reconnaître que le droit à la santé a un « coût » et que ce coût serait, — à la différence des droits individuels —, évaluable. Ou pire encore : que le bénéfice de l'article 3 n'est applicable qu'à la condition qu'il n'engendre pas de coûts « excessifs » pour le budget des États membres ⁶⁸. Et l'on voit mal dès lors, ce qui interdirait d'élargir le raisonnement aux autres libertés garanties par l'article 3. Comme l'indiquent des travaux récents en la matière, la position de la Cour reste caractéristique d'une période, dans laquelle les enjeux économiques tendent à prendre le pas sur l'effectivité des droits sociaux ⁶⁹.

⁶⁶ Pour une illustration de cette stratégie développée par référence à la Cour de Justice de l'Union européenne : G. GARRETT, D. KELEMEN, H. SCHULTZ, « The European Court of Justice, National Governments, and Legal Integration in the European Union », *International Organization*, vol. 52, n° 1, 1998, pp. 149-176.

⁶⁷ Le terme réfère ici à un modèle de comportement coûts/avantage et non pas à la philosophie utilitariste (voy. en ce sens : B. DEFFAINS, S. FERREY, *Agir et juger : comment les économistes pensent le droit*, ed. Panthéon-Assas, 2010). Pour un aperçu de la littérature sur le sujet en matière de droits de l'homme : D. KOLACINSKI, *Analyse économique des droits de l'homme*, PU Rennes, 2004 ; H. MIALON, P. RUBIN, *Economics Law and Individual Right*, Routledge, 2008.

⁶⁸ Ce glissement se remarque à nouveau dans l'arrêt de grande chambre Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *MSS c. Belgique et Grèce* 21 janvier 2011, n° 30696/09, § 223.

⁶⁹ T. GRÜNDLER, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2006, 531 p. ; A. FORNEROD, « L'article 3 de la Convention européenne des

II. — LES CONSÉQUENCES DE LA POLITIQUE JURISPRUDENTIELLE DE LA COUR DE STRASBOURG

Les conséquences de la jurisprudence *N c. Royaume-Uni* risquent, à terme, de porter atteinte à la crédibilité du système européen de protection des droits de l'homme. En effet, si le raisonnement utilitariste de la Cour suscite l'adhésion de certaines juridictions comme le Conseil constitutionnel, il procure aux États membres nombre d'arguments substantiels justifiant l'abaissement de leurs standards de protection nationale (A). Face à cette situation, on propose quelques considérations plaidant pour un revirement de jurisprudence (B).

A. La jurisprudence de Strasbourg comme justification du durcissement des politiques migratoires des États

À la suite de débats controversés, l'avancée jurisprudentielle opérée par le Conseil d'État dans la protection des étrangers malades a récemment été mise en cause par le législateur⁷⁰. Une loi du 16 juin 2011 modifie à cet égard sensiblement les articles L.313-11 et L.511-4 du CESEDA de la manière suivante : désormais, la condition d'un traitement « approprié » en cas de « circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative » se substitue à celle d'un traitement « effectif ». Au regard des arguments du gouvernement présentés devant le Conseil constitutionnel saisi, avant promulgation, de la loi du 16 juin 2011⁷¹, ce recul prend clairement appui sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Plusieurs dispositions, dont l'article 26 qui modifie les dispositions précitées, ont été attaquées. Les moyens avancés critiquaient d'une part, l'imprécision de l'expression « circonstance humanitaire exceptionnelle », elle-même contraire à l'objectif constitutionnel

droits de l'homme et l'éloignement forcé des étrangers : illustrations récentes », *Rev.trim.dr.h.*, 2010/82, pp. 315-339 ; T. GRÜNDLER, « Le droit à la protection de la santé », in *Droits des pauvres, pauvres droits : recherche sur la justiciabilité des droits sociaux*, CREDOF/ANR Mission Recherche Droit et Justice/ONPES/DREES, novembre 2010, <http://www.gip-recherche-justice.fr>, pp. 200-214 ; C. MARZOT, « Doctrinal Vision as to the Protection of Social Right by the European Court of Human Right », in *Diversity of Social Right in Europe(s), Right of Poor, Poor Right*, EUI working paper, 2010/07, pp. 123-139.

⁷⁰ La modification a été introduite, retirée puis finalement réintroduite. Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, dite loi « Besson/Hortefeux/guéant) NOR : IOCK1003689L, article 26 : « A l'étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire, sauf circonstance humanitaire exceptionnelle appréciée par l'autorité administrative après avis du directeur général de l'agence régionale de santé, sans que la condition prévue à l'article L. 311-7 soit exigée », Voy. pour un commentaire de la loi : V. TCHEN, « Etrangers : regard critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *DA*, n° 8-9, septembre 2011, pp. 24-29.

⁷¹ Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

de « clarté et d'intelligibilité de la loi »⁷² ; d'autre part, la violation du respect du secret médical au regard du respect de la vie privée.

Le Conseil écarte les moyens de manière lapidaire : « Considérant que, d'une part, en adoptant le critère d'« absence » d'un traitement approprié dans le pays d'origine ou de renvoi, le législateur a entendu mettre fin aux incertitudes et différences d'interprétation nées de l'appréciation des conditions socio-économiques dans lesquelles l'intéressé pouvait « effectivement bénéficier » d'un traitement approprié dans ce pays (...) »⁷³.

Certes, il était possible pour les requérants de fonder leurs prétentions sur d'autres moyens. En premier lieu, l'alinéa 11 du préambule de 1946 qui, pour rappel, dispose : « elle [la Nation] garantit à tous, notamment à la mère, à l'enfant et aux vieux travailleurs la protection de la santé »⁷⁴. De façon complémentaire, l'alinéa 10 indique : « la Nation assure à l'individu et à sa famille les conditions nécessaires à leur développement »⁷⁵. On avouera ne pas partager le point de vue du Conseil selon lequel, la substitution « d'un traitement effectif » par « l'absence d'un traitement approprié » vise à mettre fin aux incertitudes d'interprétation des articles L 313-11, 11° et L 511-4 du CEDESA. Il n'est pas sûr, à cet égard, que le nouvel état du droit positif en vigueur parvienne à réduire sensiblement le risque de divergences d'interprétation entre juridictions dans la mesure où ces divergences étaient déjà présentes avant le revirement du Conseil d'État⁷⁶. À vrai dire, cette décision valide le retour à l'état du droit antérieur. Il accorde, une fois de plus, une place privilégiée aux contraintes budgétaires au détriment de la protection des droits fondamentaux. Car ce qui était en jeu se rapportait moins à la clarté des textes législatifs qu'au degré de protection juridique susceptible d'être accordé aux étrangers malades.

À l'évidence, la décision du Conseil constitutionnel s'interprète comme une volonté claire de ne pas s'engager dans le débat très sensible de la protection juridique des étrangers malades, quand bien même il existerait, en droit positif, un principe de valeur constitutionnelle tenant à la « protection de la santé »⁷⁷. Il semble, ici encore, que la protection des droits économiques et sociaux cède la place aux contraintes financières. Un parallèle peut en ce sens être dressé entre cette solution et celle antérieure, où le Conseil a été amené à trancher entre les

⁷² Décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, à l'intégration et à l'asile*, cons. 19.

⁷³ Décision n° 2011-631 DC, *op. cit.*, cons. 26.

⁷⁴ J. RIVERO, G. VEDEL, « Les principes économiques et sociaux de la Constitution : le préambule », *Droit Social*, 1947, vol. XXXI, pp. 13-35.

⁷⁵ Voy. en ce sens : Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France*, cons. 69-70.

⁷⁶ Voy. dvpmts I-A/, *supra*.

⁷⁷ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, *RJC-I*, p. 417, cons. 29.

contraintes liées aux mécanismes de financement de l'assurance maladie et le droit à la santé⁷⁸. On se souvient que le contenu de cette liberté découlant du préambule de 1946 n'avait pas été défini sinon de façon négative. Autrement dit, les contraintes budgétaires fixées par le législateur n'avaient pas fondamentalement été remises en cause en dehors de quelques réserves mineures.

D'autres décisions déduisent de l'alinéa 10 du préambule de 1946 un certain nombre « d'exigences constitutionnelles » dont la mise en œuvre est laissée à l'appréciation du législateur⁷⁹. Ainsi, les droits sociaux qui se rattachent au préambule de 1946 sont interprétés soit de manière très vague soit, — de façon plus rare —, utilisés comme tempérament à d'autres droits individuels comme le droit de propriété ou encore la liberté d'entreprendre⁸⁰. Le principe ne fait généralement l'objet d'aucune application positive : rarement consacré au bénéfice de droits individuels, il est simplement invoqué de manière indirecte par le Conseil constitutionnel⁸¹.

Quoique minoritaire au regard du contexte politique actuel, la protection accordée à l'étranger malade pour raison de santé n'a pas toujours été absente du droit positif comme l'illustre encore nombre de jurisprudences nationales⁸². Tel est le cas d'un étranger sous le coup d'un arrêté de reconduite à la frontière dont le juge administratif estime qu'il doit être annulé au motif que : « M. H était, à la date du 27 janvier 1995 à laquelle a été prise à son encontre la mesure de reconduite à la frontière attaquée, atteint d'une grave maladie nécessitant la poursuite ininterrompue d'une prise en charge thérapeutique lourde par le centre hospitalier où il était suivi en France (...) »⁸³. Il semble que l'on puisse rattacher cette interprétation — rendue avant la jurisprudence de Strasbourg relative à l'article 3 —, aux alinéas 10 et 11 du préambule de 1946 en matière de protection de la santé⁸⁴.

⁷⁸ Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*.

⁷⁹ Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, *Loi de finances pour 2010*, cons. 100 et 101.

⁸⁰ Décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, *RJC-I*, p. 417, cons. 15, 29.

⁸¹ Sur cette question : T. GRÜNDLER, « Le droit à la protection de la santé », in *Droits des pauvres, pauvres droits : recherche sur la justiciabilité des droits sociaux*, op. cit., p. 207.

⁸² V. développements *supra*.

⁸³ C.E., 13 mai 1996, *M.H.*, n° 167634, note F. MALLOL, *RDSS*, 1997, p. 200 ; C.E., 11 octobre 1991, *Préfet des Alpes-Maritimes c/ Soares-Semedo*, *Rec. Tables*, p. 942 ; C.E., 6 mai 1996, *Préfet du Val-d'Oise c/ Ntonga*, n° 149294 ; C.E., 7 juin 1995, *Préfet du Val-de-Marne c/ Mme Nkunga*, n° 148446 ; C.E., 26 janvier 1996, *Préfet de police de Paris*, n° 145636 ; C.E., 21 novembre 1994, *Alrached*, n° 153141. Quoique légèrement différent, voy. les arrêts du Conseil d'État, en vue de protéger la santé des travailleurs victimes de l'amiante : C.E. ass. 3 mars 2004, *Ministre de l'Emploi et de la solidarité c/ conjoints B, conjoint B, conjoints T et conjoints X*, n° 241150, n° 241151, n° 241152 et n° 241153.

⁸⁴ Dans le même sens : C.E., 17 mai 1999, *Mme Hawa Damba*, n° 199859 ; C.E., 26 octobre 2001, *Préfet de police c. Minthe*, n° 227664 ; C.E., 30 avril 2004, *Préfet de police c. Aich*, n° 252135 ; C.E., 30 mars 2005, *J-P. Kasembe*, n° 258628 ; C.E., 15 juin 2007, *Baihi*, n° 294881 ; C.E., 30 avril 2009, *Kadi*, n° 311428.

Ainsi, la protection de la santé, tel qu'elle ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne fait pas l'objet d'une interprétation plus protectrice, du moins s'agissant des étrangers malades. Sans doute les sages de la rue Montpensier ont-ils davantage été sensibles aux arguments du gouvernement. Ceux-ci avancent l'effet négatif de la jurisprudence administrative à la fois sur les finances publiques et sur la procédure administrative découlant de l'article R.313-22 du CESEDA. Plus encore, se fondant sur le droit communautaire dérivé⁸⁵ et sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le gouvernement parvient à justifier avec succès l'appréciation restrictive selon laquelle la protection juridique de l'étranger malade résulterait de « circonstances humanitaires exceptionnelles ». Bien que la jurisprudence de la Cour n'interdise nullement aux États de procéder à l'expulsion de l'étranger malade, on remarque que le gouvernement français prend prétexte de cette simple faculté pour l'ériger en obligation. Il y a là un détour rhétorique caractéristique d'un choix politique mal assumé qu'il y a lieu de relever. En effet, la jurisprudence *N c. Royaume-Uni* ne pose qu'un standard minimum de protection des étrangers malades.

Cette interprétation, il faut le reconnaître, correspond à celle de la Cour européenne des droits de l'homme⁸⁶. C'est du reste ce même argument qui a été invoqué avec succès devant la Cour ou la Commission par les gouvernements anglais, néerlandais ou suédois⁸⁷. C'est dire finalement combien la jurisprudence de Strasbourg sert de prétexte au durcissement des politiques migratoires contre les jurisprudences nationales plus protectrices. Il y a là plus qu'une divergence d'interprétation, une opposition de valeur sur la manière de concevoir la dignité de la personne humaine en rapport avec d'autres valeurs concurrentes⁸⁸.

B. Plaidoyer pour un revirement de jurisprudence

Rien ne contraint les juges, en particulier la Cour de Strasbourg, à maintenir sa rigueur interprétative dans le domaine de la protection des étrangers

⁸⁵ Directive 2004/83/C.E. du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, *J.O.* n°L 304 du 30 septembre 2004, pp. 12-23.

⁸⁶ Pour une décision du Conseil allant dans le même sens : Décision n° 2004-504 DC du 12 août 2004, *op. cit.*

⁸⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *N c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008, req n° 26565/05, *op. cit.* ; Cour eur. dr. h., décision, *S.C.C c. Suède*, 15 février 2000, n° 46553/99 ; Cour eur. dr. h., arrêt, *Bensaid c. Royaume-Uni*, 6 mai 2001, n° 44599/98.

⁸⁸ Pour une argumentation en faveur de la thèse faisant primer le droit de la santé : P. HUNT, *Le droit de toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mental susceptible d'être atteint*, Rapport Nation Unies, Conseil économique et social, 2004, E/CN.4/2004/49.

malades. Dans un contexte européen de durcissement des lois sur l'immigration, il importe de rappeler aux États membres la dimension solidariste et universaliste des droits de l'homme⁸⁹. Moins qu'une contrainte, ce contexte de durcissement de politique migratoire pourrait permettre à la Cour de réaffirmer le caractère indissociable des droits socio-économiques d'une part, et des droits civils et politiques d'autre part. Tel est l'enjeu et l'intérêt d'un rapprochement entre systèmes juridiques européen et communautaire, susceptible de consolider la création d'un espace de liberté, sécurité et justice⁹⁰. On peut formuler plusieurs propositions en ce sens.

Il importe, en premier lieu, d'améliorer, au niveau européen, la qualité d'information des différents systèmes administratifs nationaux. Il apparaît souhaitable, non plus d'adapter les informations recueillies sur les pays de renvoi en fonction des préférences nationales, mais de centraliser ces dernières au niveau de l'Union européenne. Un tel outil empirique pourrait indirectement, contribuer à modifier les appréciations de la Cour européenne des droits de l'homme de même que celle de nombreux juges nationaux et ce, d'autant plus qu'en vertu du traité de Lisbonne, l'Union européenne est désormais susceptible d'adhérer à la CESDH⁹¹. Dire cela n'a pas pour conséquence de porter préjudice au pouvoir discrétionnaire des États dans la définition de leurs politiques migratoires. En revanche, il devient indispensable, tant en matière d'asile que d'accès aux soins, de disposer d'informations fiables, objectives et précises.

Le dispositif administratif français se caractérise, à cet égard, par un déficit de légitimité. Il est en effet subordonné à plusieurs formalités, souvent lourdes⁹². Sans y revenir en détail, un praticien hospitalier ou un médecin agréé, établit, sur demande de l'étranger, un rapport relatif à sa situation médicale ; ce rapport, à nouveau examiné par le médecin de l'Agence Régionale de la Santé (ci-après ARS)⁹³, fait l'objet d'un avis adressé au préfet⁹⁴. Au vu de l'ensemble de ces éléments, ce dernier rend alors sa décision. Le médecin de l'agence régionale de santé (ex MISP) joue un rôle primordial dans la procé-

⁸⁹ M-C. PONTHEUREAU, « Le principe de l'indivisibilité des droits », *RFDA*, 2003, pp. 928-936.

⁹⁰ Sur cette question : voy. conclusions P. MADURO du 9 septembre 2008 dans l'affaire *Elgafaji* : C.J.U.E., 17 février 2009, *Elgafaji*, aff. C-465/07, *Rec.* 2009, p. I-921.

⁹¹ Article 218 al.6-II du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne ; voy en ce sens, O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *Rev.trim.dr.h.*, n° 83, 2010, *op. cit.*

⁹² Sur l'exposé de cette procédure : C. CURNIL, « Quand les politiques migratoires françaises « contaminent » l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers », *Rev.trim.dr.h.*, n° 72, 2007, pp. 1027-1036.

⁹³ Ex-médecin inspecteur de la santé publique (MISP).

⁹⁴ S. SLAMA, D. DEMAGNY, « Le Préfet, le médecin, et le droit au séjour des étrangers malades : quelles garanties déontologiques et procédurales ? », *JCP Administration et Collectivités territoriales*, n° 43, 19 octobre 2009, n° 2244.

dure d'examen relative à l'appréciation de la situation d'un étranger malade. D'ailleurs, la loi du 26 novembre 2003⁹⁵ lui donne la possibilité de procéder si besoin, à une « contre-expertise » médicale⁹⁶.

En pratique, beaucoup de médecins sont débordés par la charge administrative qui leur incombe, de sorte qu'ils en sont souvent réduits à fonder leur avis sur les « fiches pays » préparées par les ministères de l'Intérieur et des Affaires étrangères⁹⁷. Plusieurs dysfonctionnements administratifs, dont témoigne une instruction du ministère de la Santé, auraient été notés à cet égard⁹⁸.

Bien que les avis rendus par le médecin de l'agence régionale de santé ne lient pas le Préfet⁹⁹, on constate, en pratique, que ce dernier s'y conforme souvent¹⁰⁰. Lorsqu'il s'agit d'apprécier l'offre de soin dans le pays d'origine, le Préfet peut produire des preuves supplémentaires, notamment les « fiches pays ». Le problème est qu'il est difficile de prendre connaissance du contenu des « fiches pays » élaborées par le ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration. De la même manière, il est difficile de s'enquérir des méthodes utilisées par lesdits ministères, méthodes qui sont loin de faire consensus parmi les acteurs de la procédure administrative. Il règne, sur ce sujet, un manque certain de transparence.

À la différence du dispositif français, d'autres dispositifs apparaissent plus transparents. En Allemagne, les données sur lesquelles se fonde le ministère fédéral de l'Immigration dans l'appréciation de l'offre de soin dans le pays d'origine, sont produites en étroite collaboration avec le centre d'information sur l'asile et l'immigration le *Bundesamt für Migration und Flüchtlinge* (ci-après BAMF). Les informations de ce centre sont élaborées par une équipe de juristes, politologues, médecins et d'associations humanitaires. Cette mixité apporte davantage de légitimité et renforce la rigueur des décisions du BAMF. Ce dernier dispose d'une base fouillée et accessible, de données sociopoli-

⁹⁵ Loi n° 2003-119 du 26 novembre 2003, codifié aux articles R.313-22 à R.313-32 CESEDA.

⁹⁶ Voy. article R. 313-22 CESEDA, *op. cit.*

⁹⁷ Lettre du Syndicat des Médecins Inspecteurs de la Santé publique (SMIP) adressée à la ministre de la santé, de la jeunesse et des sports du 5 mai 2008. Avis rendu par les MISP sur le maintien des étrangers malades sur le territoire, Rapport n°RM2006-139A, septembre 2006 ; dans le même sens, voy. Rapport n° 1, 2003-2004 du Sénat de M. J-P. COURTOIS, déposé le 1^{er} octobre 2003, pp. 72-75.

⁹⁸ Instruction n° DGS/MC1/R12/2010/29 du 29 juillet 2010 relative aux procédures concernant les étrangers malades atteints de pathologies graves.

⁹⁹ C.E., avis, 19 juin 2009, *Monir Hossain*, n° 325913.

¹⁰⁰ Voy. par ex : C.A.A. Douai, 2 septembre 2008, *Kouao c/ Préfet de la Seine Maritime*, n°07DA081840 ; C.A.A. Nancy, 19 mars 2009, *Préfet de la Haute-Saône c/ K. Mohamad*, n°08NC00781 ; C.A.A. Lyon 15 février 2011, *M.A Agab c/ Préfet du Rhône*, n°10LY01528 ; C.A.A. Lyon, 13 avril 2011, *Nepardize c/ Préfet du Rhône*, n°10LY02460 ; C.A.A. Lyon, 13 avril 2011, *Tsikulauri c/ Préfet de l'Allier*, n°10LY02601.

tiques, de publications ou de statistiques sur les conditions sanitaires et l'accès des traitements selon les pays ¹⁰¹.

Au niveau de l'Union européenne, un réseau, composé d'acteurs institutionnels nationaux, d'organisations internationales et d'experts coordonnés par la Commission, a été mis en place sur décision du Conseil ¹⁰². Initié pour accompagner l'espace de liberté, sécurité et justice, le fonctionnement de ce réseau repose sur une pratique intergouvernementale. Pour l'instant, les travaux produits traitent de thèmes ciblés : l'impact économique des politiques migratoires, le regroupement familial ou encore les conditions optimales d'une immigration saisonnière agricole. Il semble que les avancées substantielles se fassent davantage dans le domaine de l'asile que dans celui de l'immigration, dont la protection des étrangers malades ¹⁰³.

Néanmoins, une ouverture semble se dessiner avec la construction progressive d'une citoyenneté européenne qui, à terme, pourrait avoir des répercussions notables sur la protection de l'étranger malade ¹⁰⁴. Ce qui montre en définitive que les juges de Strasbourg n'ont pas le monopole du mouvement d'appropriation des « sources » en matière de droits fondamentaux ¹⁰⁵.

¹⁰¹ <https://milo.bamf.de/lldelivlink.exe/fetch/2000/702450/698578/704870/customview.html?fun=c=ll&objId=704870&ojcAction=browse>.

¹⁰² Décision du 14 mai 2008, instituant réseau européen des migrations, 2008/381/C.E., *J.O.*, L 135 du 21 mai.2008, p. 13. Sur la question : J-Y. CARLIER, *Actualité du droit européen de l'immigration et de l'asile*, Bruylant, 2005.

¹⁰³ Voy. par ex, Communication de la Commission européenne du 17 juin 2008, COM (2008) 360 ; Règlement (C.E.) n°343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers ; Directive 2003/9 du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandes d'asile dans les États membres ; directive 2005/85 du 1^{er} décembre 2005 relative à des règles minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres ; Directive 2004/83 du 29 avril 2004 relative aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons ont besoin d'une protection internationale et relatives au contenu de ces statuts ; N. RUBIO, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS*, 2010, p. 265.

¹⁰⁴ Voy. CJUE, 25 juillet 2008, *Metock et autres*, aff. C-127/08, *Rec.* 2008, p. I-6241, N. RUBIO, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS*, *op. cit.* Dans le même sens, la Cour de Justice semble accorder une protection plus large que la CEDH en matière d'asile : C.J.U.E., 17 février 2009, *Elgafaji*, aff. C-465/07, *Rec.* 2009, p. I-921 ; L. BURGORGUE-LARSEN, « De l'autonomie de la protection du droit communautaire par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1321. Pour une illustration récente de cette tendance en droit interne dans un autre domaine : C.A.A. Marseille, 9 juin 2011, *Préfet des Bouches du Rhône c/ Mme Mehnane epse Marir*, n°09MA04680, *A.J.D.A.*, juillet 2011, n° 26, pp. 1486-1487.

¹⁰⁵ V. MICHEL, « Convention européenne des droits de l'homme et Charte des droits fondamentaux de l'Union : entre mythe ancien et conte moderne », *LPA*, 2003, pp. 8-20 ; O. DE SCHUTTER, F. TULKENS, « Confiance mutuelle et droits de l'homme. La Convention européenne des droits de l'homme et la transformation de l'intégration européenne », *Working paper series*, REFGOV-FR-32, 18 p. ; O. DE SCHUTTER, « L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : feuille de route de la négociation », *Rev.trim.dr.h.*, n° 83, 2010, pp. 535-571.

Une stratégie de concurrence entre juridictions européennes n'est donc pas à exclure, au bénéfice d'une protection accrue du droit des étrangers malades ¹⁰⁶.

La Cour pourrait, en second lieu, modifier sa jurisprudence en matière de protection des étrangers malades. Elle pourrait s'inspirer à cet égard d'une jurisprudence récente du Comité européen des droits sociaux. Une décision du 30 mars 2009 contrôle, à l'aune de l'article 11, § 2 de la Charte sociale européenne, l'effectivité de la protection de la santé au regard des informations données en milieu scolaire ¹⁰⁷. En effet, tout en prenant soin de laisser aux États une marge d'autonomie, le Comité européen déduit de l'article 11 § 2 une obligation positive de garantir le droit à la santé par l'éducation sexuelle. Aussi, l'éducation sexuelle est-elle considérée par le Comité comme une condition d'effectivité du droit à la protection de la santé. La Cour n'est pas sans ignorer non plus l'invocation de sources extraconventionnelles, notamment celles provenant de la Charte sociale européenne ¹⁰⁸. Il serait possible, par une technique d'argumentation éprouvée, de démontrer — au regard des instruments internationaux, communautaires ou européens —, qu'il existe un « consensus » sur la protection des ressortissants étrangers atteints de pathologies graves, lesquels pourraient entrer dans la catégorie de « population particulièrement défavorisée et vulnérable », déjà consacrée lors d'un arrêt récent et particulièrement remarqué de la Cour de Strasbourg ¹⁰⁹.

Dans un contexte idéologique de durcissement des politiques de l'immigration ou — comme certains le disent de façon plus édulcorée — de « maîtrise des flux migratoires », la Cour apparaît comme l'un des derniers remparts contre les relents nationalistes qui gagnent progressivement l'Europe. C'est peu dire dans ces conditions qu'il serait urgent de rappeler aux États leurs obligations en matière de protection des étrangers malades ¹¹⁰. La Cour aura-t-elle le courage de franchir le pas ?

ZEVOUNOU A. Lionel

Docteur en droit public

Centre de Théorie et d'Analyse du droit
(CTAD UMR 7074)

¹⁰⁶ Sur « l'intérêt » de la CJUE de s'approprier l'interprétation des droits fondamentaux : S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Les droits fondamentaux à Luxembourg : droit et politique dans la détermination des contours de l'office du juge », in *Mélanges en l'honneur de P. Manin, L'Union européenne : Union de droit, Union des droits*, Paris, Pedone, 2010, pp. 775-794.

¹⁰⁷ T. GRÜNDLER, D. ROMAN, « L'éducation sexuelle devant le Comité européen des droits sociaux : entre protection de la santé et lutte contre les discriminations », *Rev.trim.dr.h.*, 83/2010, pp. 685-703.

¹⁰⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, Demir et baykara c. Turquie, 12 novembre 2008, n° 34503/97, note F. SUDRE, JCP, 2009, n°7, pp. 30-33 ; note N. HERVIEU, RDT, mai 2009, n° 288.

¹⁰⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt, *MSS c. Belgique et Grèce*, 21 janvier 2011, n° 30696/09, § 251, voy. opinion concordante du juge Rozakis.

¹¹⁰ Opinion partiellement dissidente du juge Sajó dans l'affaire *MSS c. Belgique et Grèce*, *op. cit.*