

La protection sociale, terrain d'expérimentation de nouvelles stratégies

Adeline Toullier

Responsable soutien juridique et social, AIDES¹

Dans l'esprit de ses fondateurs, en 1945, la sécurité sociale avait pour objectif d'assurer la sécurité sanitaire et sociale de toutes les personnes résidant sur le territoire français. Mais depuis les années 1990, les préoccupations de santé publique et de cohésion sociale ont été reléguées au second plan par des considérations de « maîtrise des flux migratoires » et les conditions d'accès aux prestations sociales pour les ressortissants étrangers ont progressivement été connectées à la police des étrangers. Dès lors, il ne suffit pas d'avoir besoin de soins ou d'aides matérielles pour faire face à un risque social, ni de considérer qu'il y a utilité publique à prodiguer des soins et à maintenir la cohésion sociale : l'accès aux prestations sociales dépend du mérite des bénéficiaires potentiels, de leur utilité sur le marché du travail ou encore de seules considérations humanitaires².

Concrètement, aujourd'hui, l'accès à la protection sociale pour les étrangers est contrarié par plusieurs obstacles.

D'abord, par une condition de résidence, entendue comme la résidence de fait, la résidence habituelle, l'installation : le système de protection sociale requiert de vivre sur le territoire national pour en bénéficier³. Cette règle, retenue dès 1945, renvoie aujourd'hui à des conditions beaucoup plus exigeantes qu'à cette date.

1. Cette contribution est issue d'une réflexion collective à laquelle ont participé notamment Véronique Baudet-Caille, Anne du Quellenec, Didier Maille, Antoine Math, Patrick Mony et Serge Slama.

2. R. Castel, *L'insécurité sociale – Qu'est-ce qu'être protégé?*, Seuil, coll. « La République des idées », 2003.

3. Art. L. 111-1 CSS.

Ensuite, par une condition de nationalité. Sous l'influence du Conseil constitutionnel⁴, de la Cour européenne des droits de l'homme⁵ et, dans une certaine mesure, de la Cour de justice des Communautés européennes⁶, sous la pression de recours devant le Conseil d'État et en dépit des résistances administratives⁷, cet obstacle s'est progressivement estompé⁸.

Le principe d'égalité entre nationaux et étrangers est également contrarié, en matière de protection sociale, par une condition de régularité de séjour. Cette dernière a progressivement été introduite à partir des années 1970 et généralisée par la loi du 24 août 1993, dite « loi Pasqua » sur l'entrée et le séjour des étrangers⁹.

Il faut mentionner enfin une condition d'ancienneté de résidence, autrement dit l'exigence d'une durée préalable de séjour, avec ou sans droit au séjour, avec ou sans droit au travail, selon les prestations, et selon d'éventuelles conventions bilatérales.

Ces quatre conditions se combinent de manière variable selon les prestations – avec des listes de titres de séjour également variables selon la prestation en cause – et selon les personnes bénéficiaires, les exigences pesant sur l'assuré étant le plus souvent distinctes de celles concernant l'ayant droit majeur ou mineur. Ces conditions varient également dans le temps, avec une tendance forte à la restriction ces dernières années tant en ce qui concerne la condition de régularité de séjour que la durée de résidence ou encore la définition de la résidence.

Il faut souligner, même si ce n'est pas l'apanage de l'accès aux droits sociaux,

4. Décis. n° 89-269 DC du 22 janv. 1990, *Dr. soc.* 1990. 352, note X. Prétot; *AJDA* 1990. 471, note F. Benoit-Rohmer et Décis. n° 93-325 DC du 13 août 1993; *Dr. soc.* 1994. 69, note J.-J. Dupeyroux et X. Prétot, *GDCC*, p. 849.

5. CEDH 16 sept. 1996, *Gaygusuz c. Autriche*, n° 1996-IV, 14; *RFDA* 1997. 966; *D.* 1998. 498, note J.-P. Marguénaud et J. Mouly; *JCP* 1997. I. 4000; *Soc.* 14 janv. 1999, *Bozkurt c. CPAM de Saint-Étienne*, *Bull. civ.* V, n° 24, p. 17; *Dr. soc.* 1999. 215, note J. Favard; *JCP* 1999. II. 10082, note F. Sudre; *Soc.* 21 oct. 1999, *CAF de Grenoble c. Kunt*, *Bull. civ.* V, n° 395, p. 291; *Dr. soc.* 1999. 1122, obs. X. Prétot. V. égal. K. Michelet, « La conception européenne du droit à des prestations sociales et la jurisprudence administrative », *Dr. soc.* 2002. 760; F. Sudre, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de "jurisprudence fiction" ? », *RTDH* 2003. 755; CEDH 30 sept. 2003, *Koua Poirrez c. France*, n° 40892/98, *JCP* 2004. I. 107, n° 20, chron. F. Sudre; I. Daugareilh, « L'incompatibilité de la loi de cristallisation des pensions avec la Conv. EDH », note sous CE 30 nov. 2001, *Diop*, *RDSS* 2002. 613.

6. CJCE 4 mai 1999, *Sürül*, aff. C-262/96; CJCE 11 juill. 2002, aff. C-224/98, *d'Hopp c. Office national de l'emploi*; CJCE 23 mars 2004, *Collins*, C-138/02.

7. H. Gacon, « Étrangers : la Sécurité sociale se moque de la justice », *Dr. soc.* 1996. 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 É. Alfandari*, Dalloz, 1999; A. Math et A. Toullier, « Protection sociale des étrangers. Le difficile chemin vers l'égalité des droits », *Confluences Méditerranée* hiver 2003-2004, n° 48, L'Harmattan, p. 105; S. Slama, « Discriminations », *Dictionnaire permanent droit des étrangers*, Éditions législatives, 2008.

8. V. aussi sur ce point la contribution de S. Slama, *supra*, p. 99.

9. Hormis quelques exceptions dans le champ de l'aide sociale (aide médicale, aide sociale à l'enfance, aide sociale pour l'accueil dans les centres de sans-abri) et quelques dérogations : A. Math et A. Toullier, « Consensus politique sur la santé », *Plein droit* 1999, n° 41-42.

qu'à ces obstacles d'ordre juridique s'ajoutent des pratiques restrictives et abusives, variables selon les caisses.

De tout cela ressort une forte impression de complexité qui dissuade d'accéder aux droits et met à mal la cohésion sociale et la santé publique.

Compte tenu de ces enjeux et de l'écart entre les pratiques administratives, le droit interne et les garanties fixées par les normes internationales, des outils doivent être trouvés pour faire prévaloir le principe d'égalité et l'État de droit.

Si le contentieux de l'excès de pouvoir a pu, un temps, répondre à ces préoccupations, force est de constater, comme il sera démontré au fil des développements qui suivent, qu'il n'en va plus de même depuis le début des années 1990. Aussi, des remparts et des stratégies alternatives au recours en annulation ont dû être imaginés dans le champ de la protection sociale des étrangers. C'est l'objet de cet article que de les présenter.

Deux types de leviers peuvent être distingués. D'une part, explorer et invoquer des textes jusque-là négligés qui garantissent des normes minimales de protection sociale et énoncent un principe de non-discrimination (I). D'autre part, identifier de nouvelles instances, juridictionnelles ou non, susceptibles de venir au soutien de ces textes (II).

I. L'INNOVATION QUANT AUX TEXTES INVOQUÉS

A. LES DISPOSITIONS EUROPÉENNES ET INTERNATIONALES

1. Les dispositions pertinentes en matière de protection sociale

Sans procéder à un inventaire exhaustif des dispositions susceptibles d'être invoquées dans le champ des droits sociaux des ressortissants étrangers¹⁰, peuvent être néanmoins soulignés différents textes.

D'abord, les traités ou conventions dites « multilatérales », conclus sous l'égide d'organisations internationales, telles que l'ONU¹¹, l'OIT¹², ou le Conseil de

10. J.-J. Dupeyroux, « Le droit à la sécurité sociale dans les déclarations et pactes internationaux », *Dr. soc.* 1960. 365 ; P.-Y. Greber, *Les principes fondamentaux du droit international de la sécurité sociale*, Lausanne, 1984 ; G. Guéry, *Vivre l'Europe sociale*, Dunod, 1994 ; K. Michelet, *Les droits sociaux des étrangers*, L'Harmattan, 2002 ; P. Schoukens et D. Pieters, « L'accès des travailleurs migrants irréguliers à la protection sociale », *RDSS* 2005. 529. V. égal. : « La protection sociale des étrangers par les textes internationaux », *Cahier juridique Gisti*, janv. 2009.

11. Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) du 16 déc. 1966 ; le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) du 16 déc. 1966 ; la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (CIDE) du 20 nov. 1989 ; la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, du 28 juill. 1951.

12. En particulier, la Convention n° 118 de l'OIT sur l'égalité de traitement en matière de sécurité sociale du 28 juin 1962.

l'Europe¹³, ou encore des textes relevant du droit communautaire¹⁴. Certains portent spécifiquement sur la protection sociale et fixent des normes minimales dans le domaine couvert. La plupart ne portent pas exclusivement sur les droits sociaux : ils imposent des règles s'appliquant aussi à ces droits, en particulier l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux.

Peuvent également être mentionnées des conventions bilatérales de sécurité sociale dont l'objet porte exclusivement sur le droit à la protection sociale des migrants et d'autres conventions¹⁵ dont l'objet est plus large, mais qui garantissent l'égalité de traitement et peuvent donc être invoquées en matière de prestations sociales.

Outre les normes minimales de protection sociale, ces textes posent pour la plupart un principe d'égalité de traitement applicable aux droits sociaux et écartent toute discrimination, directe ou indirecte¹⁶, en raison de la nationalité. Cette dernière notion a son importance puisque le droit français n'a fait qu'une transposition incomplète du droit communautaire : la loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations¹⁷ ne vise en effet pas spécifiquement les discriminations directes

13. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH) du 4 nov. 1950; la Charte sociale européenne du 18 oct. 1961. Sur la CEDH, v. not. : X. Prétot, : « La Convention européenne des droits de l'Homme implique-t-elle l'accès aux prestations sociales des l'étranger en situation irrégulière ? », *Dr. soc.* 2003. 420; I. Daugareilh, « La Convention européenne des droits de l'homme et la protection sociale », *RTD eur.* 2001. 123.

14. Outre le traité CE, le règlement n° 1408/71 de coordination des régimes de sécurité sociale, ainsi que son règlement d'application n° 574/72; la directive n° 2004/38/CE du 29 avr. 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leur famille de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres; les accords conclus entre la Communauté européenne et des pays tiers : l'Accord d'association euro-méditerranéen avec l'Algérie, du 19 déc. 2001; avec le Royaume du Maroc, du 26 févr. 1996; avec la République tunisienne, du 17 juin 1995; avec la Turquie : Décis. n° 3/80 du 19 sept. 1980 du Conseil d'association. V. égal. : « Le droit à la protection sociale des ressortissants communautaires », Note pratique, Gisti, oct. 2008.

15. Conventions d'établissement avec la Centrafrique, le Gabon, le Mali, le Sénégal et le Togo; Déclaration de principe du 19 mars 1962 relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie, partie des « accords d'Évian ».

16. Distinction apportée par la jurisprudence communautaire, sous l'influence du droit anglo-saxon. V. CJCE 12 févr. 1974, *Sotgiu*, aff. 152/73; CJCE 21 sept. 2000, *Borawitz*, aff. C-124/99; CJCE 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84. Ainsi, la Cour de justice des Communautés européennes a considéré qu'une condition de cinq ans de résidence préalable exigée par la loi luxembourgeoise pour bénéficier d'une prestation équivalente au RMI constituait une discrimination indirecte (CJCE 20 juin 2002, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-299/01). Elle a également estimé que l'exigence selon laquelle tout bénéficiaire d'une allocation d'interruption de carrière dans le cadre d'un congé parental (assimilable à une prestation familiale) doit avoir son domicile ou sa résidence dans un État membre constituait une discrimination indirecte fondée sur la nationalité dans la mesure où il est constant que cette exigence sera nécessairement plus facilement remplie par les travailleurs nationaux que par les travailleurs des autres États membres (CJCE 7 oct. 2004, *Commission c. Royaume de Belgique*, aff. C-469/02).

17. Art. 1^{er} : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.

ou indirectes au motif de la nationalité¹⁸. Aussi, pour protéger efficacement les étrangers des discriminations directes ou indirectes dans de nombreux champs non couverts par le Code pénal ou le Code du travail, les normes internationales ou européennes se révèlent d'un recours indispensable.

Pourtant, leur respect par les autorités et juridictions françaises est loin d'être systématique. Et c'est bien souvent leur applicabilité directe qui est discutée et qui détermine si ces textes peuvent être ou non invoqués par des justiciables.

2. La réticence à reconnaître l'applicabilité directe des dispositions internationales dans le champ de la protection sociale

Les traités ou accords internationaux prévalent sur les dispositions législatives et réglementaires dès lors qu'ils sont régulièrement ratifiés ou approuvés par la France et publiés au *Journal officiel*¹⁹. Aussi, lorsqu'il existe une contradiction entre une loi et une norme internationale, cette dernière prévaut, qu'elle soit entrée en vigueur avant ou après la loi en cause²⁰. Par suite, les textes de droit interne qui seraient en contradiction avec un texte international ne doivent pas s'appliquer ; il appartient à l'administration et au juge d'écarter leur application. Le juge peut, le cas échéant, annuler l'acte administratif qui, même conforme au droit interne, est contraire à un texte de droit international.

Ce rappel pourrait apparaître superfétatoire si le législateur, le gouvernement, l'administration, voire le juge, ne s'entêtaient à ignorer ces principes...

Ces résistances s'appuient, pour partie, sur le refus de reconnaître l'applicabilité directe de ces normes internationales. Elles sont considérées comme s'adressant aux États parties et nécessitant une transposition en droit interne pour être invocables par les particuliers. Et face à l'inertie des États pour effectuer cette transposition, les moyens restent limités. En effet, à l'exception du droit communautaire pour les directives, il n'existe pas de procédure pour obliger les autorités nationales à transposer un texte international. Le seul moyen de suivi ce sont les rapports étatiques examinés par les instances de contrôle, or cette procédure donne peu de prise sur les États.

Si, pour certaines normes, il ne peut être contesté qu'elles ont une valeur programmatique et ne créent pas directement de droits au profit des particuliers, la lecture n'est pas toujours aussi aisée et pour nombre de dispositions internationales

Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés. »

18. Contrairement aux dispositions précédemment applicables de la loi de transposition n° 2004-1486, 30 déc. 2004 (art. 19).

19. Art. 55 de la Constitution du 4 oct. 1958, dont l'application s'agissant des étrangers a été rappelée par le Conseil constitutionnel, Décis. n° 89-269 DC du 20 janv. 1990.

20. CE 20 oct. 1989, *Nicolo*.

ou européennes l'incertitude prévaut. Des critères ont été dégagés pour apprécier l'applicabilité directe : le critère rédactionnel et celui de l'autosuffisance. Mais ils ne s'avèrent pas toujours adéquats pour départager les thèses en présence²¹.

Certains textes voient ainsi leur applicabilité directe progressivement reconnue, disposition par disposition; d'autres se heurtent à un refus persistant. Il arrive, en outre, qu'à propos d'un texte donné, un tribunal ou un ordre de juridiction ait une interprétation tandis qu'un autre tribunal ou un autre ordre de juridiction a une interprétation contraire. On peut donner quelques illustrations de ces lectures variables ou contradictoires.

B. LES FLUCTUATIONS DANS L'APPLICABILITÉ DES TEXTES INTERNATIONAUX ET EUROPÉENS

Les textes internationaux ont pu, à tort, faire l'objet, par leurs défenseurs eux-mêmes, de lectures restrictives quant à leur applicabilité directe²². Ils ont également rencontré des résistances catégoriques de la part des juridictions françaises, en particulier du Conseil d'État (1). En revanche, pour certaines dispositions internationales, de lentes évolutions ont pu s'opérer en faveur de leur applicabilité (3). À mi-chemin entre ces deux situations c'est la demi-teinte qui caractérise l'essentiel des décisions du Conseil d'État dans le domaine qui nous intéresse (2).

1. Une résistance juridictionnelle catégorique

Cela a été par exemple le cas lors du recours contre le décret du 22 décembre 1998 relatif aux titres et documents attestant de la régularité du séjour et du travail des étrangers en France pour être affiliés à un régime de sécurité sociale : le Conseil d'État a rejeté l'ensemble des arguments tirés des conventions internationales – qu'il s'agisse des conventions de l'OIT, de la convention de Genève, de la Convention relative aux droits de l'enfant, du PIDESC, ou encore de l'article 14 de la CEDH²³. Il a en effet refusé de considérer que le principe d'égalité continue à produire des effets lorsque les étrangers sont en situation irrégulière, au motif qu'il y aurait une « différence de situation entre les étrangers selon qu'ils satisfont ou non aux conditions de régularité de la résidence » et que le législateur se fonderait ainsi sur « un critère objectif et rationnel en rapport avec les buts de la loi ».

2. Des décisions en demi-teinte

Parmi les décisions obtenues, succès et échecs coexistent, souvent difficile à départager en raison des annulations partielles ou des décisions malaisées à classer par

21. V. sur ce point la contribution de Ronny Abraham, *infra*, p. 297.

22. Ainsi, en ce qui concerne les accords UE-pays tiers, le Gisti lui-même a pensé et écrit, au départ, qu'ils supposaient l'adoption de textes d'application pour être opposables : v. la contribution de P. Mony, *supra*, p. 39.

23. CE 6 nov. 2000, *Gisti*, n° 204784, mentionné aux *Tables*.

lesquelles le Conseil d'État, plutôt que d'annuler une disposition, en propose une lecture qui la rend conforme aux principes avancés à l'appui du recours.

Caractéristique de ces décisions en demi-teinte est l'arrêt rendu par le Conseil d'État sur le recours intenté contre le décret du 21 septembre 1994²⁴.

À la suite de la loi Pasqua du 24 août 1993 subordonnant le bénéfice de la sécurité sociale à la régularité du séjour, le décret du 21 septembre 1994 est venu fixer la liste des titres et documents attestant de la régularité du séjour et du travail des étrangers en France en vue de l'affiliation à un régime de sécurité sociale. Le Gisti entend alors démontrer que subordonner l'affiliation à la sécurité sociale à la régularité du séjour est contraire à plusieurs conventions internationales, en particulier à la Convention internationale sur les droits de l'enfant et notamment ses articles 24-1, 26-1 et 27-1 relatifs aux droits de l'enfant dans le domaine de la protection sociale.

Le Conseil d'État estime que ces articles imposent seulement des obligations aux États et que, ne produisant pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ils ne peuvent être invoqués à l'appui d'un recours. Ce faisant, il ne retient pas la suggestion du commissaire du gouvernement, Ronny Abraham²⁵, qui consistait, selon la logique jurisprudentielle retenue pour les directives, à distinguer l'hypothèse d'un recours contre un acte individuel et celle d'un recours contre un acte réglementaire. Si les stipulations des conventions internationales dépourvues d'effets directs ne peuvent être invoquées à l'appui d'un recours contre un acte individuel, disait-il, elles devaient pouvoir l'être à l'appui d'un recours contre un acte réglementaire. Ceci revenant à reconnaître que le gouvernement ne peut pas édicter de règlements contraires aux obligations qu'il a souscrites par le biais de conventions internationales.

Par ailleurs, la Haute juridiction considère, de façon peu claire, qu'il n'y a pas contradiction entre la fixation d'une liste de titres de séjour et les dispositions de la Convention n° 118 de l'OIT qui prévoit l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers pour le bénéfice des prestations sans condition de résidence régulière. Cette prise de position valide la reconnaissance de l'effet direct dans l'ordre interne de l'article 4-1 de la Convention n° 118 de l'OIT.

En revanche, sur les autres points, si le Conseil d'État semble rejeter les uns après les autres les moyens soulevés par le Gisti, c'est parce qu'il donne du texte qui lui est soumis une interprétation qui le rend conforme aux principes que le Gisti entendait voir préserver. Ainsi, il déclare que le décret réserve les droits des ressortissants ayant conclu des accords d'association ou de coopération avec les Communautés européennes, qui bénéficient de l'égalité de traitement avec les ressortissants de l'Union (de sorte que l'on ne pourra pas exiger d'eux un titre de séjour). Il reconnaît, en outre, que le décret attaqué ne fait pas obstacle au maintien des droits prévu à l'article L. 161-8 du Code de sécurité sociale, ni aux droits à prestations à raison de cotisations versées avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993.

24. CE 23 avr. 1997, *Gisti*, n° 163043, publié au *Lebon*.

25. V. ses conclusions à la *RFDA* 1997. 585. V. aussi la contribution de Ronny Abraham *infra*, p. 297.

Des réticences fortes ou mitigées ont ainsi été exprimées quant aux effets des dispositions internationales en ce qui concerne la condition de régularité de séjour exigée pour le bénéfice des prestations sociales. L'attitude des juridictions s'est avérée en revanche moins hostile en ce qui concerne les conditions de durée de séjour ou de nature de titre de séjour requis. C'est par exemple ce qui ressort de la jurisprudence administrative relative au RMI.

3. Des avancées autour du RMI

En plus des conditions de droit commun, telles que les ressources ou l'âge, l'article L. 262-9 du Code de l'action sociale et des familles pose des conditions supplémentaires pour les demandeurs étrangers : ils doivent être munis d'une carte de résident ou, à défaut, d'une carte de séjour temporaire autorisant à travailler depuis au moins 5 ans.

L'exigence de certains titres de séjour et l'exigence d'une durée préalable de séjour de 5 ans pour l'octroi du RMI ont suscité de multiples contentieux dont certains ont fourni l'occasion de faire valoir des textes internationaux et de parvenir à valider leurs effets directs²⁶.

Concernant cette double exigence – nature du titre et durée de séjour –, les conventions bilatérales conclues entre la France et des pays tiers ont permis des avancées vers l'égalité des droits.

On peut ainsi évoquer une affaire concernant un Centrafricain. Il était en situation régulière, titulaire d'une carte de séjour portant la mention « commerçant », et s'était vu refuser le RMI au motif qu'il ne justifiait ni d'un des titres prévus par la réglementation sur le RMI, ni de la durée de résidence préalable également exigée. Le Conseil d'État a reconnu l'applicabilité de l'article 6 de la convention d'établissement signée le 13 août 1960 entre la France et la République centrafricaine – aujourd'hui remplacée par une nouvelle convention – prévoyant un principe d'égalité de traitement en matière de lois sociales et a jugé que le demandeur devait bénéficier du RMI dès lors qu'il détenait un titre l'autorisant à séjourner sur le territoire français, sans qu'il soit besoin de rechercher si ce titre était au nombre

26. Sans qu'il repose sur des textes internationaux, un contentieux a également été porté avec succès par le Gisti contre une circulaire de la Caisse nationale d'allocation familiale (CNAF) du 11 janv. 2002 restreignant la liste des titres autorisant à travailler aux seules cartes de séjour temporaires portant la mention « salarié » (CE 2 avr. 2003, *Gisti*, n° 248889, mentionné aux *Tables*). Avant même que la décision du Conseil d'État ne soit rendue, une nouvelle circulaire CNAF du 30 déc. 2002 fixait une nouvelle liste de titres de séjour et indiquait que « la circulaire précédente limitait par erreur [sic] la recevabilité [...] aux seules cartes portant la mention "salarié" ». Après l'arrêt du Conseil d'État, la CNAF a pris une troisième circulaire, datée du 15 juill. 2003 faisant état de cet arrêt pour en tirer les conséquences : la chose est assez rare pour qu'on la relève... V. à ce sujet : S. Segues et A. Toullier « L'accès des étrangers aux prestations servies par les caisses d'allocations familiales », *Dr. soc.* 2005. 669.

de ceux prévus par la loi sur le RMI ou s'il devait justifier d'une durée de résidence préalable²⁷.

Dans une autre affaire concernant un demandeur algérien, titulaire d'un titre de séjour « commerçant », le Conseil d'État a suivi les conclusions de son commissaire du gouvernement et opté pour une solution similaire en s'appuyant cette fois-ci sur l'article 7 des accords d'Évian du 19 mars 1962 (Déclaration de principes relative à la coopération économique et financière entre la France et l'Algérie)²⁸.

Le droit communautaire a également permis de lever la double exigence posée par la loi.

La commission départementale d'aide sociale (CDAS) du Rhône²⁹ a ainsi annulé une décision de refus de versement du RMI à un bénéficiaire de la « protection subsidiaire³⁰ » sur la base de la directive n° 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004³¹ – directive sur laquelle la Halde s'est également appuyée à propos du revenu de solidarité active (RSA)³².

En complément des décisions émanant de la juridiction administrative, il faut aussi citer, en ce qui concerne l'applicabilité du droit communautaire, des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes.

La Cour, sur la base de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CEE) n° 1612/68, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, et de l'article 43 traité CE, a considéré que la condition de cinq ans de résidence préalable exigée par la loi luxembourgeoise pour bénéficier d'une prestation équivalente au RMI constituait une discrimination indirecte dès lors que, quoique fondée sur un autre critère que la nationalité, elle aboutit au même résultat³³.

La CJCE s'est également appuyée sur le traité CE pour considérer que les principes de citoyenneté européenne et de non-discrimination s'opposent à ce que la qualité de travailleur soit exigée des ressortissants communautaires et pas des nationaux pour bénéficier d'une prestation sociale, même non contributive. Le *Minimex*

27. CE 8 juill. 1998, *Ministre du Travail c. Abatchou*, n° 177487. Le commissaire du gouvernement examine les incidences de la déclaration de 1962 et conclut : « La première conséquence [des stipulations de l'art. 7] est que les dispositions de l'article 8 de la loi 1988 qui subordonnent pour les étrangers le bénéfice du RMI à la détention de certains titres de séjour particuliers ne peuvent être opposées aux Algériens ; les leur rendre opposables reviendrait à soumettre l'attribution de l'allocation à des conditions non prévues pour les Français, ce qui serait contraire à l'article 7 de la Déclaration de 1962. »

28. CE 9 nov. 2007, *Said A.*, n° 279685.

29. CDAS Rhône, 16 déc. 2006, *M. et Mme M.*, n° 11368.

30. Prévues à l'art. L. 712-1 CESEDA.

31. Directive 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. L'art. 28 de cette directive prévoit que « les États membres veillent à ce que les bénéficiaires du statut de réfugié ou du statut conféré par la protection subsidiaire reçoivent, dans l'État membre ayant octroyé le statut, la même assistance sociale nécessaire que celle prévue pour les ressortissants de cet État membre ».

32. V. sa délibération n° 2008-228 du 20 oct. 2008 relative au projet de loi sur la généralisation du Revenu de solidarité active (RSA). Un amendement adopté dans le cadre de la discussion parlementaire a permis d'écartier une exigence contraire à la directive.

33. CJCE 20 juin 2002, *Commission c. Luxembourg*, aff. C-299/01.

(équivalent du RMI) étant accessible aux ex-étudiants belges, il doit l'être également aux ex-étudiants des autres États membres, sans qu'on puisse invoquer l'argument de la charge déraisonnable pour l'État d'accueil, dès lors que « les difficultés que rencontre le bénéficiaire du droit de séjour sont d'ordre temporaire³⁴ ».

Le bilan mitigé qu'on peut dresser du contentieux mené devant le Conseil d'État en matière de protection sociale des étrangers a invité à explorer de nouvelles pistes, à identifier de nouveaux interlocuteurs susceptibles de réaffirmer le principe d'égalité et de renforcer l'applicabilité de ces dispositions internationales.

II. L'INNOVATION QUANT AUX INSTANCES SAISIES

A. L'INTERPELLATION D'INSTANCES NON JURIDICTIONNELLES

À côté de la saisine d'autorités indépendantes, l'interpellation de comité d'experts au niveau européen s'avère une voie possible pour faire valoir le principe d'égalité et des normes minimales de protection sociale en faveur des étrangers.

1. Les autorités administratives indépendantes : la Défenseure des enfants et la Halde

Bien qu'on ait pu être dubitatif et même exprimer une certaine suspicion quant à l'indépendance, aux moyens, à l'audace et à l'efficacité de telles institutions³⁵ et donc à l'utilité de les saisir, après une « phase test » relativement concluante, les saisines associatives de la Défenseure des enfants³⁶ et surtout de la Halde³⁷ se sont progressivement multipliées, notamment pour défendre les droits sociaux des étrangers.

34. CJCE 20 sept. 2001, *Rudy Grzelczyk*.

35. V. not., lors de la mise en place de la Halde, le communiqué du Gisti : « Des conditions de crédibilité d'une autorité contre les discriminations », 20 févr. 2004 et les communiqués du Collectif pour une autorité indépendante universelle de lutte contre les discriminations : « Projet de loi HALDE : une autorité pour rien ? » (5 oct. 2004), « Non à une autorité alibi ! » (22 févr. 2005), « HALDE : pas d'intermittence dans la lutte contre les discriminations » (26 mars 2005), « HALDE : l'universalisme déjà pris en défaut » (10 oct. 2005).

36. V. not. l'avis du 9 avr. 2004 sur l'accès aux prestations familiales pour les enfants entrés hors regroupement familial.

37. Dans le champ des droits sociaux, la Halde a été saisie ou s'est autosaisie : sur les pensions de retraite des anciens fonctionnaires civils et militaires (saisine Gisti et Catred, du 23 nov. 2005, délib. n° 2006-217 du 9 oct. 2006); sur la carte SNCF « famille nombreuse » (autosaisine à la suite d'un communiqué du Gisti le 5 juill. 2006, délib. n° 2006-192 du 18 sept. 2006); sur l'exclusion du bénéfice des prestations familiales à Mayotte pour les famille étrangères (saisine Gisti et Collectif des travailleurs sociaux de Mayotte du 1^{er} déc. 2006); sur les refus de soins opposés aux bénéficiaires de l'AME (saisine de l'Observatoire du droit à la santé des étrangers du 28 nov. 2006 et autosaisine, délib. n° 2007-40 du 5 mars 2007); sur la situation des travailleurs saisonniers agricoles dans les Bouches-du-Rhône (saisine en soutien du Codetras en févr. 2007, délib. n° 2008-283 du 15 déc. 2008); sur l'accès aux soins pour les étrangers en situation précaire à Mayotte (saisine Aides, Cimade, Gisti, Médecins

Tout en restant conscient du caractère symbolique et de l'absence d'effet immédiat des délibérations et des avis rendus, on doit néanmoins constater leur relatif pouvoir d'influence. Les décisions de ces autorités indépendantes peuvent en effet avoir un impact sur le rapport des forces en présence en fonction du contexte politique.

Dans la mesure du possible, il importe donc que les saisines soient corrélées à d'autres actions telles que des recours individuels, évoqués plus loin. Cette convergence d'actions a pu démontrer son efficacité à moyen ou long terme³⁸.

2. Le Comité européen des droits sociaux et la procédure de réclamation collective

Dans le cadre du Conseil de l'Europe a été mis en place un comité d'experts chargé de la mise en œuvre et du respect par les États membres de la Charte sociale européenne³⁹. Le Comité européen des droits sociaux (CEDS)⁴⁰ vérifie la conformité des législations et des pratiques nationales à la Charte sociale européenne *via* une procédure de rapports et une procédure de réclamation collective. D'une part, il publie des conclusions en réponse au rapport que lui remettent chaque année les États parties, dans lequel ils font état de l'application de la Charte dans leur législation et leurs pratiques. Si une non-conformité est constatée, l'État concerné fait l'objet d'une recommandation en vue d'amener les modifications appropriées. D'autre part, le Comité peut être saisi d'une réclamation collective⁴¹ lorsqu'une violation de la Charte est constatée⁴². Le Comité a notamment souligné que « l'obligation incombant aux États parties est de prendre non seulement les initiatives juridiques mais

du Monde et Migrants Mayotte du 20 févr. 2008); sur le RSA (saisine Gisti du 11 sept. 2008, délib. n° 2008-228 du 20 oct. 2008); sur l'accès au regroupement familial pour les étrangers invalides, malades, handicapés ou retraités (saisine Aides, Catred, Cimade du 16 oct. 2008).

38. Outre l'illustration en matière d'accès aux prestations familiales pour les enfants entrés hors regroupement familial sur laquelle on reviendra plus loin, on peut également mentionner les suites des délibérations sur les refus de soins opposés à des assurés au titre de la CMU (délib. n° 2006-232 du 6 nov. 2006) et aux bénéficiaires de l'AME (délib. n° 2007-40 du 5 mars 2007 préc.) qui ne sont pas sans lien avec les dispositions contenues dans l'art. 18 du projet de loi « hôpital, patients, santé et territoire » discuté au Parlement en janv. 2009.

39. Art. 25 de la Charte sociale européenne.

40. Le Comité est composé de 15 membres indépendants et impartiaux, élus pour 6 ans par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

41. Sont habilitées à saisir le Comité les organisations internationales d'employeurs et de travailleurs (Confédération européenne des syndicats [CES], BusinessEurope [ex-UNICE], Organisation internationale des employeurs [OIE]); les organisations d'employeurs et les syndicats de l'État concerné; les organisations internationales non gouvernementales dotées du statut participatif auprès du Conseil de l'Europe et inscrites sur la liste établie à cette fin par le Comité gouvernemental de la Charte pour une période de 4 ans, renouvelable.

42. J.-F. Akandji-Kombe, « L'application de la Charte sociale européenne : la mise en œuvre de la procédure de réclamation collective », *Dr. soc.* 2000. 888; « La France devant le Comité européen des droits sociaux », *Dr. soc.* 2001. 977; R. Brillat, « Le système de contrôle de l'application de la Charte sociale », in *La Charte sociale européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 45.

aussi les initiatives concrètes propres à permettre le plein exercice des droits reconnus par la Charte⁴³ ».

Les conclusions⁴⁴ et les décisions⁴⁵ du CEDS sont riches d'enseignement. On s'attardera plus spécifiquement sur une réclamation collective de 2003 relative à l'Aide médicale d'État⁴⁶.

Depuis 2000 et la mise en place de la Couverture maladie universelle (CMU), l'AME a été en effet progressivement mise à mal. Les collectifs budgétaires de 2002 et 2003 ont profondément réformé le système de santé des étrangers en situation précaire de séjour, notamment en introduisant un délai de résidence préalable ininterrompue de trois mois pour les bénéficiaires, qu'ils soient majeurs ou mineurs⁴⁷, et en insérant un système de prise en charge par l'État des soins urgents dont l'absence mettrait en jeu un pronostic vital pour les étrangers en situation irrégulière ne pouvant bénéficier de l'AME⁴⁸. Aussi, en 2003, la FIDH, alertée par le Gisti, a-t-elle saisi d'une réclamation collective le Comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe (CEDS), en faisant valoir que les récentes réformes de l'AME constituaient une violation du droit à l'assistance médicale prévu par l'article 13 § 1^{er} de la charte révisée et, pour les mineurs, une violation de l'article 17 de la Charte. Dans sa décision de septembre 2004⁴⁹, le CEDS commence par poser de manière forte plusieurs principes de fond, au prix d'une lecture quelque peu audacieuse des textes.

Alors même que la Charte prévoit que les États s'engagent à appliquer ces dispositions « sur un pied d'égalité avec leurs nationaux » aux seuls « ressortissants des autres parties se trouvant légalement sur leur territoire »⁵⁰, le CEDS estime qu'eu égard aux techniques d'interprétation des traités et au fait que la Charte a été élaborée comme « un instrument vivant » pour compléter la Convention européenne des droits de l'homme, elle doit être interprétée « de manière à donner vie et sens aux droits sociaux fondamentaux ». Ainsi, en vertu de son « essence » et de son « objectif général », la Charte sociale européenne protège aussi les étrangers en

43. CEDS, récl. 12/2002, 4 nov. 2003, *Autisme-Europe c. France*, § 53.

44. V. not., sur le RMI, les conclusions réitérées du CEDS soulignant la non-conformité de la législation française à l'art. 13 de la Charte en ce que l'octroi à un étranger non communautaire suppose une période de résidence sur le territoire français (concl. XIV-1, t. 1, France, p. 291 et concl. CEDS 2006, France).

45. Sur le droit au logement : Décis. Comité européen des droits sociaux, 5 déc. 2007, n° 33/2006 et 39/2006, ATD Quart-Monde et Fédération nationale travail avec les sans-abri, § 148-168 adoptée par résolution Res ChS (2008)8 le 2 juill. 2008.

46. L'AME est un système de prise en charge santé pour les étrangers en situation irrégulière disposant de faibles ressources.

47. Art. L. 251-1 CASE.

48. Art. L. 254-1 CASE.

49. Décis. CEDS, 8 sept. 2004, n° 14/2003, *FIDH c. France*, adoptée par résolution du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe le 4 mai 2005; I. Daugareilh, « L'audace retenue du Comité européen des droits sociaux – à propos de la décision *FIDH c. France*, réclamation 14/2003 », *RDSS* 2005. 555. V. égal. « Couverture médicale des sans-papiers : la France rappelée à l'ordre par le Conseil de l'Europe », communiqué FIDH, Gisti, LDH du 13 mars 2005. Un extrait de la décision est reproduit *infra*, p. 158.

50. Art. 13, § 4 de la Charte sociale européenne.

situation irrégulière et leurs enfants qui, dès lors, doivent bénéficier d'une assistance médicale effective. Le CEDS considère donc que le gouvernement français ne saurait porter atteinte à la dignité humaine, dont l'accès aux « soins de santé constitue un préalable essentiel », et qu'il doit accorder un droit à l'assistance médicale à tous « les ressortissants étrangers, fussent-ils en situation irrégulière ».

Concrètement, à propos du système de prise en charge pour ceux qui ne pourraient prétendre à l'AME, le Comité reconnaît l'imprécision du concept « d'urgence mettant en cause le pronostic vital » qui ouvre droit à une prise en charge immédiate. Il souligne également la nébuleuse entourant l'autorité compétente pour en décider. Il souligne aussi les « difficultés dans la mise en œuvre pratique » des dispositions du système de l'AME. Et ce n'est que « dans le doute » que la violation du droit à l'assistance médicale est écartée.

La position du CEDS est nettement plus catégorique à l'égard du sort réservé aux enfants isolés ou à la charge d'étrangers démunis de titre de séjour qui sont exclus de la couverture maladie de droit commun et ne peuvent être pris en charge au titre de l'AME qu'après une durée de résidence préalable de trois mois : le Comité considère en effet que le dispositif de l'AME viole sur ce point l'article 17 de la Charte sociale qui prévoit le droit des enfants et adolescents à une protection sociale, juridique et économique.

Conformément à l'engagement pris par la France devant le comité des ministres du Conseil de l'Europe, le gouvernement français a adressé aux instances concernées une lettre circulaire du 16 mars 2005 sur les « soins urgents » pour débloquer les situations les plus extrêmes : bien que ce texte prévoie que les mineurs répondent systématiquement au critère de l'urgence et puissent bénéficier en toutes circonstances de ce système de prise en charge il reste que le principe d'égalité n'est toujours pas respecté pour eux.

En octobre 2005, un mémorandum a été déposé par la FIDH, le Gisti, la LDH et Médecins du Monde auprès du Conseil de l'Europe pour compléter le rapport annuel remis par la France sur ce point. Sans statuer pour le moment sur la conformité de ces textes à l'article 13 § 4 de la charte, le Comité demande au gouvernement des informations sur ces nouvelles restrictions qui « compliquent l'accès aux soins, entraînent des retards dans l'accès aux soins, voire privent les personnes concernées de cet accès⁵¹ ».

Parallèlement à cette procédure, un recours en annulation pour excès de pouvoir a été déposé, par AIDES, le Gisti, la LDH, Médecins du Monde et le MRAP contre les décrets n° 2005-859 et n° 2005-860 du 28 juillet 2005 relatifs aux pièces justificatives à fournir pour apprécier la présence ininterrompue du demandeur de l'AME sur le territoire français. Le Conseil d'État a annulé partiellement le décret du 28 juillet 2005, sur la base de l'article 3-1 de la convention relative au droit de l'enfant, « en tant que [ses dispositions] mettent en œuvre à l'égard des mineurs la condition de durée de résidence prévue à l'article L. 251-1 du code de l'action

51. Concl. CEDS 2006, France, sur l'art. 13.

sociale et des familles⁵² ». Bien que la Charte sociale européenne n'ait pas été expressément visée par le Conseil d'État dans cette décision, on peut difficilement douter que la décision du CEDS ait été sans influence sur sa propre décision.

Pour l'heure, la législation est restée inchangée mais plusieurs circulaires et notes internes ont été prises pour prévoir la dispense de la condition d'ancienneté de présence en France de trois mois pour les mineurs⁵³.

Alors certes, la décision du CEDS n'a pas d'effet contraignant mais, combinée à d'autres actions, elle a pu porter certains fruits...

Si en l'occurrence, pour trouver sa pleine efficacité, c'est un recours en excès de pouvoir qui est venu compléter l'interpellation d'instances non juridictionnelles, cette dernière peut être également combinée à des actions contentieuses individuelles.

B. LES STRATÉGIES BASÉES SUR DES CONTENTIEUX INDIVIDUELS

Se tourner vers, voire privilégier, les contentieux individuels, s'est progressivement imposé comme une solution permettant de surmonter certains obstacles, compte tenu d'un certain nombre de facteurs.

D'abord, un facteur objectif lié aux spécificités du contentieux de la protection sociale. Le fait que les recours soient ici répartis entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire, à travers une série de juridictions spécialisées⁵⁴, peut, dans certaines hypothèses, offrir une alternative entre la saisine du juge administratif et celle du juge judiciaire selon qu'est entrepris un contentieux en annulation ou un recours individuel.

Ensuite, sur un plan plus subjectif, l'attitude du juge n'est pas nécessairement la même selon qu'il est confronté à des textes de portée générale ou à des situations individuelles. Il peut arriver qu'à l'occasion d'un contentieux individuel, confronté à une situation concrète, le juge prenne conscience du caractère trop rigoureux de la position qu'il avait retenue dans l'abstrait.

52. CE 7 juin 2006, n° 285576. C. Devys, concl. sur CE 7 juin 2006, *Aides et autres*, *Dr. soc.* 2006. 1037; *RDSS* 2006. 1047, note L. Gay; *JCP S* 2006. 1702, obs. P. Coursier; *AJDA* 2006. 2233, note H. Rihal.

53. « Point CMU n° 69 » du 15 nov. 2006 ou « Point CMU n° 73 » du 2 août 2007 de la CNAMTS; Circ. n° 2008-04 du 7 janv. 2008 relative au Fonds pour les soins urgents et vitaux, laquelle indique explicitement que les mineurs sont dispensés du délai de trois mois d'ancienneté de présence en France en matière d'AME (pt II, p. 3 de la circulaire).

54. Dans l'ordre administratif, les contentieux relatifs à la CMU-complémentaire, l'AME ou le RMI, sont portés devant la Commission départementale d'aide sociale, et, en appel, la Commission centrale d'aide sociale. Les contentieux relatifs au RSA seront soumis à une commission de recours amiable présidée par le conseil général, avant d'être portés devant le tribunal administratif. Dans l'ordre judiciaire, le tribunal des affaires de sécurité sociale (TASS) est compétent pour traiter les contentieux relatifs à la CMU, aux prestations familiales, aux aides au logement, à l'allocation adulte handicapée. Les contentieux sont ensuite portés devant la cour d'appel et la Cour de cassation (chambre sociale).

Enfin, la résistance – certains diront la défiance – du Conseil d'État à l'égard des textes internationaux a parfois incité à renoncer à le saisir plutôt que de s'exposer à une décision de rejet. Un échec devant le Conseil d'État peut en effet compromettre de manière durable les chances de recours individuels en affirmant des positions de principe restrictives⁵⁵.

Ainsi donc, le Gisti et ses partenaires associatifs ont privilégié et encouragé les contentieux individuels en matière de droits sociaux, tout en accompagnant ces recours d'actions plus politiques auprès d'autorités administratives indépendantes, comme la Halde ou la Défenseure des enfants⁵⁶.

La question de l'accès aux prestations familiales pour les enfants entrés en France en dehors de la procédure du regroupement familial fournit une illustration éloquente de cette stratégie. En 1986, alors que la V^e République vit sa première cohabitation et que des députés du Front national viennent de faire leur entrée à l'Assemblée nationale, la loi du 29 décembre 1986, dite « loi Barzach » est adoptée : elle introduit, pour le bénéfice des prestations familiales et des aides au logement, une double condition pour les étrangers : la régularité du séjour de l'allocataire et l'entrée dans le cadre du regroupement familial pour l'enfant pris en charge⁵⁷.

Les recours contre le décret d'application du 27 avril 1987 et contre la circulaire du ministre délégué auprès du ministre des Affaires sociales et de l'Emploi du 26 juin 1987 que le Gisti a introduits sont rejetés⁵⁸. Coïncidence de calendrier : ces arrêts sont rendus alors que se concluent les débats de la loi Pasqua qui généralise l'exigence de titre de séjour pour l'accès à la quasi-totalité de la protection sociale...

La reconquête des droits apparaissant donc bloquée sur le plan collectif, il ne reste plus qu'à opérer par voie de contentieux individuels visant à remettre en cause l'exigence de regroupement familial pour les enfants au titre desquels des prestations familiales sont demandées et l'exigence de régularité de séjour de l'allocataire.

Les textes internationaux sont une fois de plus la clé de voûte de ces actions. Il est par exemple recouru à l'accord conclu entre l'Union européenne et la Turquie⁵⁹ qui contient un principe d'égalité entre ressortissants turcs et communautaires, dans la mesure où l'entrée dans le cadre du regroupement familial n'est pas exigée de ces derniers pour bénéficier des prestations familiales. Le principe d'égalité de traitement de la Convention européenne des droits de l'homme (combinaison des

55. A également été dissuasive la condamnation du Gisti au paiement d'une pénalité de 10000 F, au titre de l'art. L. 8-1 du CJA (remboursement des frais d'avocat de la partie défenderesse), à l'occasion d'un recours introduit contre une note de service du directeur de la CPAM de Paris qui excluait les enfants entrés hors regroupement familial de l'assurance-maladie, en contradiction avec l'art. L. 313-2 CSS et la Convention internationale des droits de l'enfant. On peut se demander si l'issue de ce contentieux serait identique aujourd'hui...

56. V. *supra*.

57. Art. L. 512-1 et L. 512-2 CSS.

58. CE 28 juill. 1993, *Gisti*, n° 88727, n° 88728, n° 90961.

59. Sur la Décis. n° 3/80 : v. *supra*, note 14. TASS de la Haute-Loire, *Yuksel c. CAF de la Haute-Loire*, 1^{er} mars 2001.

articles 8 et 14 ou 14 et 1^{er} du protocole 1) est également appliqué pour écarter la condition d'entrée dans le cadre du regroupement familial⁶⁰.

En ce qui concerne la condition de régularité de séjour de l'allocataire, plusieurs juridictions de l'ordre judiciaire⁶¹ ont considéré qu'elle méconnaît l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant⁶².

Après quelques décisions de première instance, c'est la Cour de cassation qui a considéré, à plusieurs reprises⁶³, que la condition pesant sur l'enfant constitue une violation des articles 8 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'article 3-1 de la Convention internationale des droits de l'enfant.

Parallèlement, la Défenseure des enfants a émis un avis en 2004⁶⁴, critiquant la loi française et demandant qu'elle soit modifiée pour que des prestations familiales soient accordées à tous les enfants étrangers.

En 2006⁶⁵, sous la pression de ces décisions et de la mobilisation associative, une retouche a été apportée au Code de la sécurité sociale : le droit aux prestations familiales est désormais ouvert à certains mineurs entrés hors regroupement familial, sous de strictes conditions⁶⁶. Mais les nouvelles dispositions continuent de refuser ce droit à de nombreuses familles dont les enfants sont venus en dehors du regroupement familial. Le Conseil constitutionnel⁶⁷ n'a rien trouvé à y redire, à une petite réserve d'interprétation près « lorsqu'il sera procédé, dans le cadre de la procédure de regroupement familial, à la régularisation de la situation d'un enfant déjà entré en France, cet enfant devra ouvrir droit aux prestations familiales ».

Pour la plupart des enfants entrés hors regroupement familial, la situation est donc toujours bloquée et c'est avec de nouveaux recours individuels doublés de saisines de la Halde que la mobilisation se poursuit. La Halde, en effet, a été amenée

60. Sur la CEDH, v. les développements, *supra*, I. CA Paris n° S 07/00412/MCL du 15 mai 2008.

61. Sur la CIDE, v. les développements *supra*, I. TASS Vienne 13 mars 2000, *Époux Rahoui c. CAF de la Vienne*, à propos de sans-papiers parents de deux enfants français, demandeurs d'une allocation de rentrée scolaire; cour d'appel de Paris n° S 07/00412/MCL du 15 mai 2008 préc.

62. L'art. 3-1 de la CIDE stipule : « Dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. » L'applicabilité directe de cette disposition a été reconnue par le Conseil d'État : CE 22 sept. 1997, n° 161364, *Mlle Cinar*; et, plus récemment, par la Cour de cassation : Civ. 1^{re}, 18 mai 2005, n° 02-20613 et n° 02-16336. Par ailleurs, son art. 26 consacre en faveur de « tout enfant le droit de bénéficiaire de la sécurité sociale, y compris les assurances sociales ».

63. Ass. plén. 16 avr. 2004, n° 02-30157; Civ. 2^e, 16 nov. 2004, n° 03-15543; Civ. 2^e, 14 sept. 2006, n° 04-30837; Civ. 2^e, 6 déc. 2006, n° 05-12666.

64. « Proposition de réforme pour l'attribution de plein droit des prestations familiales au titre d'enfants étrangers dont les parents séjournent régulièrement en France », Défenseure des enfants, 9 juin 2004.

65. L'art. L. 512-2 CSS est modifié par la loi n° 2005-1579 du 19 déc. 2005 de financement de la sécurité sociale pour 2006, puis l'art. D. 512-2 est modifié en conséquence par le décret n° 2006-234 du 27 févr. 2006.

66. Par exemple, pour les enfants dont les parents ont été régularisés au titre du droit à la vie privée et familiale, à la condition que ces enfants résident en France au moment de la régularisation.

67. Cons. const. 15 déc. 2005, n° 2005-528 DC.

à plusieurs reprises à se prononcer sur le caractère discriminatoire de la loi française à l'encontre des enfants étrangers⁶⁸. Elle émet également des observations au soutien de certains contentieux⁶⁹.

Aujourd'hui, la plupart des recours aboutissent à des décisions favorables aux familles qui se voient accorder les prestations demandées. Maigre conquête, toutefois, qui repose sur l'obligation d'intenter des recours, faute desquels de nombreuses familles sont laissées sans droit... Mais la mobilisation reste active et ne doutons pas qu'un jour les autorités publiques céderont.

*
* *

De toutes ces stratégies et de toutes ces batailles, quelles leçons peut-on tirer ?

Certes, perdre toujours une volonté politique forte de faire reculer les droits sociaux des étrangers, de connecter toujours plus droit au séjour et droit à la protection sociale en dépit des objectifs distincts poursuivis par chacun. Mais grâce aux textes internationaux et communautaires, grâce à l'intervention d'instances non juridictionnelles, grâce aux avancées acquises dans les contentieux judiciaires individuels, des progrès ont été accomplis. Non seulement, sur le plan défensif, les mobilisations associatives ont parfois réussi à freiner et à limiter les restrictions législatives envisagées, comme pour l'aide médicale d'État ou plus récemment pour le RSA. Mais encore, sur le plan offensif, elles ont contraint à des replis ou même permis de déboucher sur des progrès : a été ainsi obtenue la suppression de la condition de nationalité pour les prestations non contributives, et on peut espérer que finira de même par disparaître l'exigence d'entrée dans le cadre du regroupement familial pour ouvrir droit aux prestations familiales.

68. Notamment : délib. n° 2006-288 du 11 déc. 2006, n° 2007-245 du 1^{er} oct. 2007, n° 2007-247 du 1^{er} oct. 2007.

69. CA Versailles 26 févr. 2008, *Mahmoud Cheikh et HALDE c. CAS des Hauts-de-Seine et DRAS de Paris* (n° 07/01772) dans lequel les juges admettent la recevabilité des observations de la Halde.

