per sée

Sciences sociales et santé

L'humanitaire, perversion de l'État de droit (Commentaire)

Danièle Lochak

Citer ce document / Cite this document :

Lochak Danièle. L'humanitaire, perversion de l'État de droit (Commentaire). In: Sciences sociales et santé. Volume 19, n°4, 2001. pp. 35-42;

doi : 10.3406/sosan.2001.1534

http://www.persee.fr/doc/sosan_0294-0337_2001_num_19_4_1534

Document généré le 04/06/2016

BY: $ = creative commons

Sciences Sociales et Santé, Vol. 19, n° 4, décembre 2001

L'humanitaire, perversion de l'État de droit

Commentaire

*Danièle Lochak**

Persée creative commons

D. Fassin montre comment les modifications intervenues dans la législation sur l'immigration traduisent, par rapport à l'étranger malade, un renversement de perspective : la pathologie, jadis source de suspicion, devient, dit-il, source de reconnaissance sociale ; plus concrètement, là où elle était un motif d'exclusion, elle est désormais reconnue comme un mode d'accès au séjour. Ainsi la « raison humanitaire » s'introduit-elle dans l'administration des populations immigrées. Mais la nouvelle réglementation, d'application malaisée, et source de malaise pour les médecins, associés à la procédure, débouche sur un taux d'acceptation des demandes de titre de séjour très variable selon les départements.

Quelles réflexions peut inspirer cet ensemble de constats à la juriste, familière du droit des étrangers et de la politique d'immigration ? J'aimerais revenir d'abord sur la notion de « raison humanitaire », que D. Fassin place au cœur de ses développements, pour rappeler que l'humanitaire et le droit ne font pas bon ménage, de sorte que lorsqu'on prétend les marier, on va forcément au-devant d'un certain nombre de

* *Danièle Lochak, juriste, Université de Paris X-Nanterre, Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI), 59, rue Lhomond, 75005 Paris ;*
e-mail : lochak@u-paris10.fr

difficultés et l'on s'expose à porter atteinte aux principes qui gouvernent l'État de droit. L'inscription dans la loi de considérations humanitaires débouche sur une règle complexe, tout en nuances, dont l'application est sujette à des divergences d'appréciation, en contradiction avec les principes de sécurité juridique et d'égalité devant la loi : l'arbitraire, qu'on avait voulu bannir, ressurgit. Et dès lors que la maîtrise des flux migratoires reste la préoccupation essentielle des autorités investies du pouvoir de décision, la règle, d'apparence libérale, ne produit pas les résultats annoncés. Enfin, les contradictions auxquelles sont confrontés les médecins sont une illustration parmi d'autres de l'impact que produit sur la société une politique de l'immigration tournée avant tout vers la répression.

Raison humanitaire et raison juridique

*La législation, relève D. Fassin, trouve sa justification dans un registre émotionnel : c'est au sentiment d'humanité qu'il est fait appel. L'originalité du système mis en place, c'est qu'il tente de conjuguer deux registres qu'*a priori *tout oppose : le registre du droit et le registre de l'humanitaire.*

La démarche humanitaire est guidée par un sentiment de bienveillance, par la compassion pour les malheurs d'autrui. Elle consiste à accorder une protection à ceux dont la situation attire cette compassion : c'est une démarche réparatrice, compensatoire. Tout autre est la protection fondée sur le droit, qui suppose que l'individu se voit reconnaître des droits dont il peut exiger le respect, éventuellement en s'adressant au juge.

Concernant les étrangers, on voit aisément la différence entre les deux types de protection. Lorsqu'un étranger remplit les conditions qui, sur la base des textes en vigueur, donnent droit à l'obtention d'une carte de séjour, il arrive, certes, que l'administration la lui refuse ; mais il peut alors se défendre en intentant des recours, y compris devant les tribunaux. Lorsque, au contraire, la loi ne lui reconnaît aucun droit, lorsqu'il peut seulement espérer que sa situation apitoiera l'autorité responsable, il dépend entièrement de celle-ci, qui reste libre de « régulariser » ou non sa situation en lui délivrant un titre de séjour. Et si elle accepte cette régularisation, elle précisera qu'elle le fait « à titre humanitaire *». Le mot « humanitaire » a acquis en effet une place officielle dans le vocabulaire bureaucratique, pour désigner des hypothèses où l'administration accepte de faire une entorse à une législation trop rigoureuse, tout en*

signifiant qu'il s'agit d'un acte de pure bienveillance, qui témoigne du sentiment d'humanité de son auteur, et non d'un droit.

On comprend, dans ces conditions, pourquoi les associations qui défendent les étrangers se battent pour que leurs droits soient inscrits dans la loi et ne dépendent pas seulement du bon vouloir de l'administration. S'agissant des étrangers malades, cela impliquait de passer du système de l'autorisation provisoire de séjour (APS) pour soins, délivrée au compte-gouttes, à la reconnaissance d'un véritable droit au séjour. La pression la plus forte est venue des associations œuvrant dans le champ du sida, de la santé, de l'immigration, réunies pendant un temps au sein de l'ADMEF (Action pour les droits des malades étrangers en France), créée en juin 1994, dans un contexte où le renforcement de la répression de l'immigration irrégulière par la loi Pasqua de 1993 multipliait les risques de voir expulser des personnes malades. Le Conseil national du sida, dans son rapport et son avis de décembre 1995, a également pris position en faveur de l'attribution d'un titre de séjour donnant accès à la fois au travail et à la protection sociale.

Dans un premier temps, la loi Debré d'avril 1997 a interdit d'expulser les étrangers malades, sans leur donner pour autant accès à un titre de séjour. Quelques mois plus tard, l'existence d'une pathologie grave était inscrite parmi les critères de régularisation énumérés par la circulaire de juin 1997, avant que la loi Chevènement ne vienne conférer aux étrangers malades un véritable droit à obtenir un titre de séjour donnant accès au travail.

D. Fassin a donc raison de dire que « l'inscription dans la loi de l'état de santé d'abord comme obstacle à l'éloignement du territoire, puis comme motif d'obtention d'un titre de séjour marque une véritable rupture » *: on passe en effet, en apparence tout au moins (on y reviendra), du domaine de l'arbitraire à la reconnaissance d'un véritable droit : droit de ne pas être expulsé, droit d'obtenir un titre de séjour.*

Constatant que la loi Debré a été votée par une majorité conservatrice, il écrit que « la raison humanitaire s'est imposée à tous comme une juste cause ou, tout au moins, comme une cause qui ne pouvait être publiquement combattue ». *Les débats parlementaires qui ont précédé l'adoption de l'amendement, proposé par un député socialiste, tendant à interdire le renvoi des malades graves dans des pays sans structures médicales, témoignent du malaise qui a saisi cette majorité. Le ministre de l'intérieur jugeait cet amendement* « totalement inutile, car il correspond à la pratique administrative ». *Tout observateur objectif pouvait savoir que l'affirmation était fausse, mais les députés de la majorité s'y sont raccrochés pour demander à l'auteur de l'amendement de le retirer, de façon à leur éviter d'avoir à se prononcer publiquement. Ils ne vou-*

laient en effet ni voter contre, car cela risquait de les faire apparaître « comme refusant aux intéressés le droit à la vie ou à la survie », *ni voter pour, car* « son adoption laisserait entendre que de telles situations pourraient se produire dans notre pays puisque nous voulons les interdire » *(séance du 19 décembre 1996,* JO *Débats AN, 8648-8650). L'amendement n'ayant pas été retiré, ils n'ont eu d'autre alternative que de le voter, ce qui confirme le caractère contraignant de la « raison humanitaire ».*

Mais l'inscription des considérations humanitaires dans la loi s'est faite dans des conditions et dans un contexte qui rendaient inévitable la perversion de la « raison juridique » par la « raison humanitaire » : d'où le retour de l'arbitraire.

Le retour de l'arbitraire

La première manifestation de cette perversion réside dans le caractère aléatoire de la délivrance des titres de séjour pour raison médicale. Les conditions posées par la loi sont toutes sujettes à interprétation et supposent, comme le rappelle D. Fassin, une appréciation de la situation à trois niveaux : peut-on considérer que l'intéressé séjourne « habituellement » en France ? son état de santé nécessite-t-il une prise en charge médicale, et que faut-il entendre par « conséquences d'une exceptionnelle gravité *» ? Lui sera-t-il ou non possible de suivre effectivement un traitement approprié dans le pays d'origine ? À cette formulation complexe correspond une procédure tout aussi complexe, impliquant de nombreux intervenants, dont deux jouent un rôle déterminant : le médecin inspecteur de santé publique, chargé de rendre un avis sur les aspects médicaux, «* compte tenu *» du rapport médical établi par un praticien hospitalier ou un médecin agréé, et le préfet, qui prend la décision d'admission au séjour «* au vu *» de l'avis du médecin inspecteur.*

D. Fassin pointe les divergences d'appréciation qu'on constate d'un médecin à l'autre, d'un département à l'autre, notamment lorsqu'il s'agit de maladies chroniques ou, a fortiori, *de troubles psychiatriques. Le troisième critère induit lui aussi des variations importantes entre les experts, d'autant plus compréhensibles qu'il faudrait, pour donner un avis fondé, avoir une connaissance non seulement de tous les systèmes de soins, mais aussi de chaque situation locale concrète.*

On aboutit finalement, pour les trois départements étudiés, à 42,7 % de propositions de régularisation dans les Hauts-de-Seine, 74,5 % en Seine-Saint-Denis, et 96,7 % dans le Val-de-Marne. Concrètement, cela signifie que l'étranger malade n'a pas les mêmes chances d'obtenir un

titre de séjour selon l'endroit où il réside. Il y a là une entorse évidente aux fondements mêmes de l'État de droit, qui suppose à la fois la sécurité juridique et l'égalité de traitement sur l'ensemble du territoire. Mais cette entorse n'est pas propre au domaine étudié : il s'agit malheureusement d'un phénomène bien connu de tous ceux qui, confrontés à ce « droit du guichet », *constatent que les pratiques suivies d'un service à l'autre, d'une préfecture à l'autre, varient considérablement.*

Au pouvoir d'appréciation des praticiens, puis du médecin inspecteur, s'ajoute en pratique celui du préfet, qui n'est pas lié par cet avis (la formule ambiguë de la circulaire : « au vu de l'avis du médecin inspecteur » *l'indique bien), d'autant moins lié que l'avis sera formulé dans des termes plus vagues. Et à partir du moment où le préfet conserve une marge d'appréciation pour prendre sa décision, et notamment pour décider de la nature et de la durée du titre à délivrer, cette décision a toutes les chances d'être influencée par l'objectif, presque obsessionnel, de la maîtrise des flux migratoires. Il n'est donc pas étonnant que la règle, d'apparence libérale, ait débouché sur des pratiques beaucoup plus restrictives, bien loin des intentions affichées.*

D'après l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE), qui réunit un ensemble d'associations agissant dans le champ de la santé, du sida et de l'immigration, « la combinaison d'une définition largement interprétable avec une procédure complexe se traduit aujourd'hui par des pratiques restrictives de la part des pouvoirs publics ». *Dans son premier rapport annuel, pour l'année 2000, l'ODSE pointe un certain nombre de résistances à l'application des réformes libérales décidées par le législateur (www.odse.eu.org).*

Il y a d'abord les obstacles pratiques, dont les étrangers malades ne sont pas les seules victimes, mais qui prennent pour eux des proportions encore plus graves, compte tenu de leur état de santé : difficultés d'accès aux préfectures, refus d'enregistrer les demandes au guichet ou de remettre un récépissé, qui fait que les étrangers n'ont aucune trace de leurs démarches et sont maintenus en situation irrégulière, demande de production de documents non prévus par les textes (les préfectures d'Île-de-France exigent la production immédiate d'un certificat médical, et même, à Bobigny, d'un certificat médical précisant la durée prévisible du traitement et l'impossibilité de se faire traiter dans le pays d'origine).

On relève aussi des cas de rupture de la confidentialité : annonces intempestives dans les salles d'attente, demande de production de certificats médicaux « descriptifs » hors du pli confidentiel réservé au médecin inspecteur de santé publique...

Enfin, sous des prétextes divers (absence de résidence « habituelle », durée prévisible de la prise en charge médicale inférieure à un an, défaut

de passeport en cours de validité...), les préfectures refusent souvent de délivrer la carte de séjour temporaire prévue par les textes, portant la mention « vie privée et familiale » *et donnant automatiquement le droit de travailler. La pratique de la remise des autorisations de séjour provisoire (APS) n'a pas cessé : d'après l'ODSE, les APS représenteraient les deux tiers des titres délivrés. Encore s'agit-il souvent d'APS de trois mois, alors que les circulaires du 12 mai 1998 et du 5 mai 2000 prévoient, en cas d'absence de résidence habituelle en France, la délivrance d'une APS de six mois.*

L'étranger auquel est remise une APS ne peut travailler que s'il obtient une autorisation provisoire de travail ; or la délivrance des autorisations de travail apparaît tout aussi aléatoire, d'une préfecture à l'autre, d'un dossier à l'autre, sans qu'on puisse déceler de corrélation avec le type de pathologie ou la durée de l'APS qu'elle accompagne.

Dans beaucoup d'hypothèses, l'étranger se voit purement et simplement refuser tout titre de séjour. Les préfectures ne prennent pas pour autant de mesure d'éloignement à son encontre ; mais il reste alors dans une situation de précarité totale, sans moyen de travail, sans couverture sociale, dans la crainte d'être découvert et reconduit à la frontière — ce qui n'est évidemment pas la situation idéale pour se soigner, a fortiori *pour guérir.*

Une affaire parmi d'autres, qui a donné lieu à contentieux, permet d'illustrer les résistances de l'administration. En l'espèce, l'intéressé était atteint, dit le jugement, d'une « double valvulopathie extrêmement évoluée avec symptomatologie à type de dyspnée d'effort depuis 1983 » *; il avait dû subir une intervention de chirurgie cardiaque en 1991 et était porteur d'une double prothèse aortique nécessitant un traitement anticoagulant à vie. Un cardiologue de Casablanca et un médecin de l'hôpital Tenon avaient attesté que l'intéressé ne pouvait bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine, attestations que le médecin-inspecteur de santé publique n'avait pas démenties (Tribunal administratif de Besançon, 30 septembre 1999, M. El Kebir Ouadié c/ Préfet du Doubs).*

Le tribunal, ici, a annulé le refus de délivrance du titre de séjour. L'affaire n'en suscite pas moins une certaine perplexité, à deux niveaux. D'abord, on peut s'étonner que, face à une situation aussi caractérisée, la préfecture ait cru pouvoir refuser la délivrance du titre sollicité, obligeant l'intéressé à intenter un recours pour obtenir satisfaction. Ensuite, même si l'affaire s'est bien terminée en l'espèce, les indications très détaillées qui figurent dans le jugement sur la pathologie dont était atteint le requérant ne sont pas sans poser problème par rapport au secret médical. À tel point qu'on pourrait imaginer que la crainte de voir son état de santé

exposé au grand jour — surtout quand on sait que parmi les étrangers concernés, beaucoup sont atteints par le VIH — dissuade un certain nombre d'entre eux, sinon de demander à bénéficier des dispositions législatives, du moins d'utiliser tous les moyens de procédure théoriquement disponibles, qui entraînent inévitablement une certaine publicité, pour se défendre lorsque l'administration n'accède pas à leur demande.

De quelques autres « effets collatéraux » de la politique de maîtrise des flux migratoires

D. Fassin insiste sur les contraintes contradictoires auxquelles sont soumis les médecins inspecteurs, à la fois médecins et fonctionnaires, tiraillés entre un « impératif étatique » qui conduit à réserver la carte à des situations exceptionnelles, et un principe de précaution qui conduit tout médecin, en situation d'incertitude, à choisir la solution qui ne pourra pas nuire au malade. Les cliniciens eux-mêmes, dit-il, oscillent entre le « retrait prudent », qui les incite à rédiger des attestations dans les termes le plus neutres possible, et « l'instrumentation militante » de dispositions législatives qui leur donnent la possibilité de peser sur les situations individuelles.

Mais le corps médical n'est pas le seul à devoir affronter ces contradictions, dont on voit bien qu'elles sont la conséquence d'une politique de l'immigration tout entière fondée sur l'idée de fermeture. D'autres professionnels peuvent eux aussi se trouver partagés entre les contraintes de la déontologie, d'un côté, et leurs convictions de citoyens, ou tout simplement la compassion, de l'autre. Les universitaires, par exemple, sont parfois placés, face à leurs étudiants étrangers, dans des situations délicates. L'éthique du métier leur impose de ne tenir compte, dans leurs évaluations et leurs délibérations, que de critères objectifs, de strict mérite ; mais comment évacuer les problèmes de conscience lorsqu'on sait qu'un échec à l'examen ou un refus d'admission dans une formation entraînera le non-renouvellement d'un titre de séjour ?

La politique de lutte contre l'immigration irrégulière a également pour conséquence d'alimenter une suspicion systématique à l'encontre des étrangers lorsqu'ils se réclament d'une disposition favorable d'une législation globalement défavorable. Les mariages « mixtes » sont soupçonnés d'être des mariages de complaisance, dès l'instant où l'époux étranger est en situation irrégulière ; les demandeurs d'asile sont soupçonnés d'être de « faux réfugiés » et de vouloir tourner une législation qui, depuis 1974, interdit aux simples travailleurs de s'établir en France ;

les étudiants étrangers sont soupçonnés d'être de faux étudiants qui n'ont d'autre but que de se maintenir en France... On pourrait multiplier les exemples qui montrent que la suspicion de fraude est omniprésente. La fraude existe, certes, on peut même dire que la législation la suscite, car l'expérience montre que toute politique prohibitionniste engendre nécessairement l'illégalité et incite au détournement de la loi. Mais la suspicion est devenue un véritable réflexe de la part de l'administration, et la fraude fantasmée est sans commune mesure avec la réalité du phénomène.

Les constats de D. Fassin illustrent parfaitement les deux aspects de ce processus. Il évoque les tactiques que les étrangers sont amenés à développer face à une réglementation qui leur barre l'accès aux soins ou au séjour : l'usurpation d'identité, lorsque l'étranger, effectivement malade, a emprunté l'identité d'un autre parce que lui-même, en situation irrégulière, n'avait pas de couverture sociale (depuis 1993, la loi subordonne le droit aux prestations de la sécurité sociale à la détention d'un titre de séjour) ; la simulation, lorsque l'étranger fait état d'une maladie fictive pour avoir une chance d'obtenir un titre de séjour. Ces tactiques restent, globalement, minoritaires ; mais le fait même qu'elles puissent exister aboutit à faire peser un soupçon sur la réalité ou la gravité de la pathologie, même lorsqu'elle est attestée par des certificats médicaux, suspectés alors d'être des certificats de complaisance. Et ce soupçon justifie à son tour la politique restrictive de délivrance des titres de séjour.

Dans ces conditions, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi l'introduction de « la raison humanitaire dans les procédures de régularisation des étrangers *», pour reprendre l'expression de D. Fassin, ne pouvait apporter aux étrangers malades qu'une partie seulement des bénéfices annoncés.*