Université Paris Nanterre

200 av. de la République
92001 Nanterre Cedex
www.parisnanterre.fr

Membre de l'université Paris Lumières

École doctorale 141 : Droit et science politique
Centre de théorie et d'analyse du droit (équipe CREDOF)

Nicolas Klausser

L'accès au statut juridique d'étranger gravement malade

Thèse présentée et soutenue publiquement le 06/01/2021
en vue de l'obtention du doctorat de Droit public de l'Université Paris Nanterre
sous la direction de Monsieur Serge Slama (Université Grenoble-Alpes)

Jury :

Rapporteur :	Monsieur Emmanuel Aubin	Professeur, Université de Tours
Membre du jury :	Madame Ségolène Barbou des Places	Professeure, Université Paris-1 Panthéon-Sorbonne
Rapporteur :	Monsieur Charles-André Dubreuil	Professeur, Université de Clermont-Auvergne
Membre du jury :	Monsieur Renaud Fournalès	Inspecteur général de l'Administration, ministère de l'Intérieur
Membre du jury :	Madame Danièle Lochak	Professeure émérite, Université Paris-Nanterre
Directeur de thèse	Monsieur Serge Slama	Professeur, Université Grenoble-Alpes

L'Université Paris Nanterre n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Elles doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Note de version

Suite aux remarques formulées par les membres du jury lors de la soutenance, cette version de la thèse comporte certaines modifications formelles destinées à en améliorer la lisibilité. Ainsi, la mise en forme des titres a été accentuée, une annexe méthodologique relative aux entretiens ainsi qu'une table des principales jurisprudences ont été réalisées.

REMERCIEMENTS

Mes premiers et profonds remerciements s'adressent évidemment à Serge Slama qui, des couloirs de Nanterre à ceux du Conseil d'État, en passant par les tremblements de terre de Skopje, a soutenu et infusé cette recherche de ses conseils précieux.

Je tiens à remercier Emmanuel Aubin et Charles-André Dubreuil d'avoir accepté de rapporter cette thèse, ainsi que Ségolène Barbou des Places, Renaud Fournalès, et Danièle Lochak d'avoir pris le temps de la lire et de la discuter.

Je remercie Didier Maille et Laura Petersell, qui m'ont permis de découvrir le droit au séjour pour soins lors d'un stage à l'Espace Santé Droit, et m'ont encouragé à initier cette recherche. Je remercie également l'association AIDES, et en particulier Adeline Toullier, grâce à qui cette thèse a pu se dérouler dans le cadre d'une CIFRE. J'ai une pensée particulière pour les collègues côtoyé-e-s au cours de ces trois années, notamment celles et ceux de l'équipe Plaidoyer. Je remercie également Sidaction pour son soutien financier, et Vincent Douris, pour ses conseils.

J'adresse également mes remerciements au Centre de recherche et de documentation juridique du Conseil d'État, et en particulier à M. Martinie, pour son accueil et la mise à disposition des bases de données jurisprudentielles.

De nombreuses personnes se sont rendues disponibles pour aider cette recherche. Qu'elles en soient sincèrement remerciées. Je tiens tout particulièrement à m'adresser à celles qui, par leurs relectures, discussions et échanges ont contribué à son amélioration : Laurie, Lisa, Juliette, Vincent, Robin, Michael, Logan, Nabil et Elsa.

J'adresse naturellement mes remerciements aux membres de l'équipe du CREDOF, et en particulier à ses directrices successives, Véronique Champeil-Desplats et Stéphanie Hennette-Vauchez, qui font de ce laboratoire un lieu où il fait si bon vivre et chercher.

Enfin, et surtout, merci à Amandine et Mahaut.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

ADL : Actualités Droits-Libertés.
Aff. : Affaire.
AJDA : Actualité juridique du droit administratif.
AME : Aide médicale d'État.
ANAEM : Agence nationale chargée de l'accueil des étrangers et des migrations.
ANRS : Agence nationale de recherche sur le sida.
APHP : Assistance publique des hôpitaux de Paris.
ARS : Agence régionale de santé.
art. préc. : article précité.
CAA : Cour administrative d'appel.
CADA : Commission d'accès aux documents administratifs.
CAT : Comité contre la torture.
CC : Conseil constitutionnel.
CDFUE : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
CDH : Comité des droits de l'Homme.
CE : Conseil d'État.
CESDH : Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.
CESEDA : Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.
CIFRE : Convention industrielle de formation par la recherche.
CJUE : Cour de justice de l'Union européenne.
CNCDH : Commission nationale consultative des droits de l'Homme.
CNDA : Cour nationale du droit d'asile.
COMEDE : Comité pour la santé des exilés.
Com. EDH : Commission européenne des droits de l'Homme.
Concl. : conclusions.
Cons. : Considérant.
Cour EDH : Cour européenne des droits de l'homme.
CSP : Code de santé publique.
CST : Carte de séjour temporaire.
CRI : Compte rendu intégral.
DC : décision (saisine a priori) du Conseil constitutionnel.
DDASS : Direction départementale des affaires sanitaires et sociales.
DDD : Défenseur des droits.
Déc. : Décision.
Dir. : sous la direction de.
DGEF : Direction générale des étrangers en France.
DGS : Direction générale de la santé.
DPM : Direction de la population et des migrations.
DPN : diagnostic prénatal.
Ibid. : Ibidem.
i.e. : c'est-à-dire.
IGA : Inspection générale de l'administration.
IGAS : Inspection générale des affaires. sanitaires et sociales.
Infra : plus bas dans le texte.
GC : Grande chambre.
GISTI : Groupe d'information et de soutien des immigrés.
JO : Journal officiel.
MARS : Médecin de l'agence régionale de santé.
MISP : Médecin inspecteur de santé publique.
MOFII : Médecin de l'office français de l'intégration et de l'immigration.
n° : numéro.
ODSE : Observatoire du droit à la santé des étrangers.
OFII : Office français de l'intégration et de l'immigration.
OFPRA : Office français de protection des réfugiés et apatrides.
OMS : Organisation mondiale de la santé.
ONU : Organisation des Nations Unies.
Op. cit. : Opere citato.
Ouvr. préc. : Ouvrage précité.
p. : page.
PIDCP : Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
Préc. : précité.
PUF : Presses universitaires de France.
QPC : question prioritaire de constitutionnalité.
RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux.
RDSS : Revue de droit sanitaire et social.
Rec.: recueil.

Req. : requête.
RevDH : Revue des droits de l'homme.
RFDA : Revue française de droit administratif.
RTDEur. : Revue trimestrielle de droit européen.
RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme.
s. : et suivant.
SMISP : Syndicat des médecins-inspecteurs de santé publique.
SSAE : Service social d'aide aux émigrants
supra : plus haut dans le texte
TA : tribunal administratif.
Thèse préc. : thèse précitée.
TGI : tribunal de grande instance.
UE : Union européenne.
VIH virus de l'immunodéficience humaine.
Vol. : volume.

Sommaire

PARTIE 1 : La construction difficile d'un statut juridique protecteur

Titre 1 : Les faiblesses de l'encadrement supra-légal

Chapitre 1 : Une protection internationale et européenne initialement insuffisante

Chapitre 2 : L'esquisse d'une protection européenne par double ricochet

Chapitre 3 : Une protection fragile en droit interne

Titre 2 : Les réajustements successifs de la catégorisation légale

Chapitre 1 : La genèse d'une catégorisation législative

Chapitre 2 : Une catégorie réajustée au gré de la politique migratoire

PARTIE 2 : La mise en œuvre neutralisante du statut juridique protecteur

Titre 1 : Un accès entravé au statut d'étranger gravement malade

Chapitre 1 : L'enrôlement du corps médical au service de la police des étrangers

Chapitre 2 : La lutte médicalisée contre la fraude

Chapitre 3 : La médicalisation de la police des étrangers

Titre 2 : L'insuffisance des contrepoids juridictionnels

Chapitre 1 : Les incertitudes d'une jurisprudence fluctuante

Chapitre 2 : La légitimation des pratiques administratives

INTRODUCTION

1. Chaque année depuis que ce statut existe, des milliers d'étrangers obtiennent un titre de séjour pour raisons médicales : 1 045 lors de sa création en 1998, 16 164 en 2004[1], et 32 838 en 2018[2]. Ce dispositif est régulièrement mis en avant par les pouvoirs publics pour sa singularité : sans équivalent dans le monde[3], le droit au séjour pour soins (le droit d'un étranger de rester sur le territoire en raison de son état de santé) s'inscrirait dans une « *vocation historique de notre pays en matière de défense des droits de l'homme et de terre d'asile* »[4]. Permettre à des étrangers de recevoir des traitements médicaux qui sont appropriés à leur état de santé et qui ne sont pas disponibles dans leur pays d'origine relèverait de « *l'honneur de la France* »[5]. L'article L. 313-11 11° du du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) prévoit ainsi qu'un étranger peut se voir délivrer une carte de séjour temporaire (CST) « *si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié* ».

2. Certains éléments viennent cependant relativiser ces discours officiels : le parcours d'un étranger pour tenter d'obtenir un titre de séjour pour soins apparaît en effet semé d'obstacles[6], et l'écart entre les demandes de titres de séjour pour soins déposées et ceux

1 J.-F. Benevise, A. Lopez (Inspection générale des affaires sociales [IGAS]), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, 2006, p. 8.

2 OFII, *Deuxième rapport au Parlement établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et de séjour des étrangers en France et du droit d'asile – année 2018,* 3 avril 2020, p. 30.

3 *Ibid.*, p. 6 : « *Les ''étrangers malades'' bénéficient en France d'un droit à un titre de séjour pour soins qui n'a pas son équivalent en Europe, ni dans le monde* ».

4 O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (Inspection générale de l'administration [IGA]), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, mars 2013, p. 15 : « *Depuis 1998, la France s'est dotée d'une législation relative à l'admission au séjour des étrangers malades parmi les plus généreuses en Europe* ».

5 Assemblée nationale, CRI, Séance du 27 février 1997, 2ème colonne, p. 13, intervention de J. Dray.

6 Voir par exemple AIDES, *Rapport de l'observatoire étrangers malades,* juin 2015 ; AIDES, *Rapport Discriminations*, Décembre 2018 ; La Cimade, *Soigner ou suspecter,* 21 juin 2018 ; A. Fraysse, E. Laneelle, Y. Hammadi, C. Lagorsse et R. Mben, « Le parcours des étrangers malades en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 janvier 2019, consulté le 13 octobre 2020.

effectivement délivrés se creuse[7]. L'étude du statut juridique de l'étranger gravement malade[8] et son évolution présente ainsi un premier intérêt : tenter de comprendre et d'analyser les raisons de ces contradictions entre le discours officiel et sa réalité.

3. Le droit des étrangers constituant un observatoire privilégié des techniques de gouvernement[9], l'étude du statut juridique de l'étranger malade présente un second intérêt. Pour Abdelmalek Sayad, « *réfléchir sur l'immigration revient au fond à interroger l'État, à interroger ses fondements, à interroger ses mécanismes internes de structuration et de fonctionnement* »[10]. En tant que technique de gouvernement, le droit des étrangers peut ainsi être considéré comme un laboratoire du droit commun. Cette fonction d'expérimentation juridique ressort notamment des récentes lois relatives à l'état d'urgence, et notamment celles votées à partir de 2015 afin de « lutter contre le terrorisme »[11]. Ces dernières ont démontré comment des techniques juridiques issues du droit des étrangers, telles que les assignations à résidence, étaient utilisées pour s'appliquer à toutes personnes présentes sur le territoire, dès lors qu'elle représente une menace à l'ordre et la sécurité publique[12]. L'état d'urgence « sanitaire » créé en 2020 afin de lutter contre la Covid-19[13] s'est lui aussi inspiré du droit des étrangers, en raison de la même finalité poursuivie par ces régimes. Ces deux régimes juridiques visent en effet à contrôler la circulation des *corps* en *catégorisant* les individus, avec pour objectifs respectifs la maîtrise des flux migratoires, et la maîtrise de la circulation du virus (donc des flux corporels). La compréhension de la construction de ce statut, de la structuration de l'État pour contrôler et légitimer le corps de l'étranger, pourrait ainsi se révéler être une clef de lecture pertinente de l'évolution de la régulation des individus *en général*. En effet, « *le droit* [des étrangers] *produit des effets bien au-delà* » des catégories qu'il

7 De 1999 à 2016, le taux d'avis médicaux favorables émis sur les demandes de titres de séjour pour soins était d'environ 75 %. Depuis 2017, il est d'environ 50 %. Voir les différents bilans sur les avis médicaux rendus par les Agences régionales de santé fournis par la Direction générale de la Santé (DGS) et la Direction générale des étrangers en France (DGEF). Voir également OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2018*, préc., p. 25.

8 Dans un souci d'allègement du style d'écriture, l'expression « étranger malade » sera également utilisée.

9 Pour un exemple historique, les premiers certificats d'immatriculation délivrés aux étrangers au début du XXème siècle constituent les « *prémices de la ''la carte d'identité de français'' qui voit le jour en 1921* », illustrant ainsi que « *les velléités de contrôle – et d'identification – de la population étrangère du début du XX^{s} siècle ont servi à légitimer un contrôle accru de la population dans son ensemble* » (K. Parrot, *Carte blanche. L'État contre les étrangers,* La fabrique éditions, 2019, p. 23).

10 A. Sayad, *La Double Absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Le Seuil, 1999, p. 398.

11 Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence, dont certaines dispositions ont été prorogées par la loi n° 2017-1510 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme.

12 N. Klausser, « Les ''étrangers de l'intérieur'' », *Plein droit*, vol. 117, no. 2, 2018, pp. 3-6.

13 Loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 ; Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

cible, car il diffuse « *à la fois auprès des étrangers et des Français, une certaine idée de la place de l'étranger dans la société française, des droits respectifs des étrangers et des nationaux, et contribue à persuader chacun du caractère inéluctable de la situation créée par les textes* »[14]. Dès lors, au-delà de la mise en évidence de son « *effet symbolique* »[15], l'étude du traitement des étrangers gravement malades contribuerait à la compréhension des logiques sous-jacentes aux mécanismes étatiques visant à *contrôler* et *garantir* des droits aux individus en raison de leur état de santé.

4. La compréhension de la pertinence de ce sujet nécessite tout d'abord d'en préciser les termes, les notions de « gravement » et de « malade » étant éminemment subjectives. En effet, si nombre de travaux ont permis de saisir la signification juridique de « l'étranger » – est étranger « *celui qui n'a pas la nationalité de l'État considéré* »[16] – celles de « gravement malade » sont plus vagues. La maladie est classiquement considérée comme une altération de la santé[17], qui peut se constater sur les plans somatiques et psychiques. L'appréciation de sa gravité est plus abstraite, le caractère sérieux d'une même pathologie pouvant varier considérablement en fonction des individus et du corps médical procédant au diagnostic[18]. Si, au premier abord, l'association de ces termes à la notion sensible « d'étranger » apparaît peu évidente, des liens étroits sont, en réalité, entretenus depuis longtemps entre maladies et migrations (§1). Mais ceux-ci n'ont été que récemment pris en considération par les pouvoirs publics. En effet, ce n'est qu'à partir du moment où l'État s'est trouvé dans l'incapacité de

14 D. Lochak, « Invention et usage des catégories juridiques dans les processus de radicalisation. L'exemple de l'immigration », *in* A. Collovald, B. Gaïti (dir.), *La démocratie aux extrêmes. Sur la radicalisation politique*, La Dispute, 2006, p. 146.

15 *Ibid*., p. 145.

16 Les notions de « nationalité » et « d'État » étant elles-mêmes « *des concepts juridiques* ». Sur la notion juridique « d'étranger », nous nous référons à l'ouvrage de référence : D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985, p. 70. Selon l'article L. 111-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CEDESA) : « *Sont considérées comme étrangers au sens du présent code les personnes qui n'ont pas la nationalité française, soit qu'elles aient une nationalité étrangère, soit qu'elles n'aient pas de nationalité* ». E. Paul, « Étrangers, immigrés et réfugiés : définitions », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 8, n° 2, 2010, pp. 39-40. Pour une autre définition, est considérée comme étrangère la personne résidant, en situation régulière ou non, sur le territoire d'un État dont elle n'a pas la nationalité. Quant au terme « d'apatride », il « *désigne une personne qu'aucun Etat ne considère comme son ressortissant par application de sa législation* » (Convention relative au statut des apatrides, 28 septembre 1954).

17 Définition du dictionnaire *Larousse*.

18 Ce caractère abstrait s'explique notamment par le fait que « *la santé, cet état de régulière normalité vitale, est une notion subjective, c'est-à-dire définissable dans des termes qualitatifs et non pas quantitatifs* » (A. Cutro, *Technique et vie. Biopolitique et philosophie du bios dans la pensée de Michel Foucault,* L'Harmattan, 2010, p. 46). Sur le problème philosophique du critère permettant de déterminer l'état normal d'un être vivant, lire G. Canguilhem, *Le normal et le pathologique*, PUF, 2013.

pouvoir expulser des étrangers[19] – l'état de santé de ces derniers ne leur permettant pas d'être physiquement déplacés – qu'a émergé la question de leur catégorisation juridique[20] par leur maladie. De cette nouvelle catégorie a découlé une nouvelle forme de régulation des étrangers : la maîtrise médicale des flux migratoires (§2). La porte d'entrée dans cette étude étant une expérience au sein d'associations défendant le droit des étrangers, une explication de la démarche poursuivie par la présente recherche, et notamment la justification de l'approche du sujet et des méthodes utilisées, s'avère alors nécessaire (§3).

§1. DES LIENS ÉVIDENTS ENTRE MALADIES ET CONDITION D'ÉTRANGER

5. De la mythologie grecque aux études de santé publique, la maladie et la condition d'étranger semblent toujours interdépendantes. Sur le plan individuel d'une part, en ce que la condition même d'étranger peut altérer sa santé sur le plan somatique et psychique : « *la migration possède en elle-même des potentialités traumatiques* (…) *du fait de la rupture du contenant culturel qu'elle implique* »[21]. Est ainsi régulièrement évoquée la théorie du « *syndrome d'Ulysse* », ou le « *stress traumatique du migrant* »[22]. Plusieurs études de santé publique établissent également un lien entre maladie et statut juridique[23]. La précarité sociale engendrée par l'absence de statut (i.e. de « papier ») a été qualifiée par celles-ci de

19 Autrement dit, de leur appliquer une mesure d'éloignement (de renvoi) vers un autre pays (principalement vers leur pays d'origine).

20 S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *Revue Asylon(s),* n° 4, mai 2008, Institutionnalisation de la xénophobie en France, http://www.reseau-terra.eu/article762.html

21 T. Nathan, « Traumas psychiques chez les demandeurs d'asile en France : des spécificités cliniques et thérapeutiques », *Le Journal International De Victimologie,* n° 2, 2004 : « *Migrer c'est, bien sûr, laisser derrière soi de la famille, des amis, un métier, un statut social, la terre des ancêtres vivants et morts. Cela implique donc des renoncements de la nostalgie, et parfois des deuils inacceptables* », cité *in* E. Pestre, *La vie psychique des réfugiés*, Payot, 2014, pp. 252-253.

22 Diagnostiqué par un stress chronique et multiple. Pour une typologie des différents traumatismes chez les migrants, et en particulier chez les demandeurs d'asile, lire E. Pestre, *La vie psychique des réfugiés*, *op. cit.* Voir également P. Assoun, « Corps séparé, corps échoué : le sujet de l'exil », *Cliniques méditerranéennes*, 2016, n° 94, pp. 37-50.

23 Voir notamment le premier rapport de l'Organisation mondiale de la santé dédié aux migrants, 2017, p. 23 : « *The legal status of different migrant groups (e.g. labour migrants or irregular migrants) and reason for displacement or migration also have an impact on health. Research from Finland indicated that forced displacement may be related to an increase in risk of death from cardiovascular diseases (11). Irregular migrants in the WHO European Region have been shown to be at greater risk of poor mental health than migrants with documentation or the host populations* ». Voir également le rapport de l'Académie de médecine publié le 25 février 2020, « L'immigration en France : situation sanitaire et sociale », p. 7 : « *à leur arrivée, la santé de tous les migrants est fragilisée par les traumatismes subis douloureusement pendant le parcours, situation aggravée par la stigmatisation dont ils sont éventuellement l'objet dans le pays d'accueil, et leurs conditions précaires de vie, entraînant des troubles organiques mais surtout mentaux (6 fois plus fréquents que dans la population générale)* ».

déterminant social de la santé, en ce qu'elle est susceptible d'exposer les personnes étrangères à certaines pathologies[24]. Sur le plan collectif ensuite, la migration implique nécessairement une circulation des corps et, avec elle, d'éventuelles maladies contagieuses. Cette dimension s'observe notamment dans la manière dont les États règlementent l'accès à leur territoire[25], notamment en cas de crise sanitaire[26]. Or, le point commun de ces règlementations est précisément l'instauration d'un contrôle aux frontières : contrôler les personnes qui veulent entrer sur un territoire donné, permet, dans une certaine mesure[27], de contrôler le virus[28]. Enfin, le lien entre maladie et migration réside également dans les capacités du système de santé d'un pays à traiter une pathologie. Les archives de l'Organisation internationale pour les Réfugiés (OIR) portant sur la période d'après-guerre révèlent ainsi que dès 1949, la répartition entre pays des réfugiés malades, en particulier de la tuberculose, constituait une préoccupation centrale[29] : car les États concernés devaient être

24 Pour le cas du VIH, voir l'enquête ANRS-Parcours : A. Gosselin, A. Desgrées du Loû, E. Lelièvre, et al., « Migrants subsahariens : combien de temps leur faut-il pour s'installer en France ? », *in Populations et Sociétés*, n° 533, mai 2016 ; Lire également ANRS-Parcours, « Migrants subsahariens suivis pour le VIH en France : combien ont été infectés après la migration ? Estimation dans l'Étude ANRS-Parcours », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n° 40-41, 1er décembre 2015. Sur la santé mentale, lire J. Pannetier, « Liens transnationaux et santé mentale : de la nécessité du lien entre ici et là-bas ? Le cas des migrations africaines en Île-de-France », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 34, n° 2, 2018, pp. 79-99 ; C. Guilyardi, A. Tortelli, « La majorité des troubles psychiatriques sont liés aux conditions de vie dans le pays d'accueil », *De facto,* mis en ligne le 15 juin 2019, http://icmigrations.fr/2019/06/13/defacto-8-002

25 Le contrôle sanitaire le plus connu étant Ellis Island, dans le port de New York, où transitèrent 17 millions de personnes entre 1892 et 1954. G. Anderson, « Les Américains et leurs migrants », *Revue Projet*, vol. 304, n° 3, 2008, p. 12 : « *Dans cet accueil, les différences de classes étaient fortes. Les immigrants en bonne santé, qui avaient voyagé en 1 e ou 2 de classe, étaient automatiquement gratifiés du droit d'entrer. D'autres, plus pauvres, devaient passer une visite médicale. Ceux qui présentaient d'évidents problèmes de santé étaient renvoyés chez eux, ou retenus dans les établissements hospitaliers de l'île, parfois pour une longue période : plus de 3 000 personnes y moururent* ».

26 Afin de protéger la santé publique, des États ont pu prévoir des règlementations spécifiques, telles que l'état d'urgence sanitaire instauré en France par la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19, ou moins récemment, celles relatives à Marseille dans la lutte contre l'épidémie de peste en 1725. Sur ces sujets, lire : A. Gelblat, L. Marguet, « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 avril 2020, consulté le 24 juillet 2020 ; M. Boulestreau, V. Caro, E. Dantan, Y. Fernandez, S. Gasse, C. Gourzones, F. Lange, V. Louis, A. Pawlotsky et L. Pezron, « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », La Revue des droits de l'homme [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 29 avril 2020, consulté le 11 mai 2020 ; F. Beauvieux, « Épidémie, pouvoir municipal et transformation de l'espace urbain : la peste de 1720-1722 à Marseille », *Rives méditerranéennes*, vol. 42, no. 2, 2012, pp. 29-50. Sur la grippe espagnole de 1918, voir A. Rasmussen, « Dans l'urgence et le secret. Conflits et consensus autour de la grippe espagnole, 1918-1919 », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2007, pp. 171-190.

27 La crise suscitée par le virus Ebola en Afrique en 2014 a révélé les limites d'une telle stratégie de contrôle des frontières, ces dernières étant très poreuses : M. Fallah, « How Africa's porous borders make it difficult to contain Ebola », *The Conversation*, 15 juin 2019 : https://theconversation.com/how-africas-porous-borders-make-it-difficult-to-contain-ebola-118719

28 Certains pays ont par exemple recours à la mise en quarantaine des personnes testées positives à la Covid-19 à leur retour sur le territoire.

en capacité de répondre aux besoins médicaux nécessités par les nouveaux arrivants sur leur territoire.

6. Les liens entre maladies et condition d'étranger renvoient ainsi à la maîtrise par un État du contrôle de ses frontières, composante essentielle de sa souveraineté. Le droit, en tant qu'il permet à l'État de sélectionner, de trier les individus, joue un rôle central dans l'instauration de cette maîtrise, car il s'agit finalement pour lui d'attribuer des *statuts* pour contrôler les flux d'entrée, de séjour et de sortie du territoire. Dès lors que l'État doit *catégoriser* les étrangers pour *maîtriser* les flux migratoires, et que la migration en elle-même est vectrice d'une potentielle dégradation de l'état de santé, se pose la question de la catégorisation des étrangers pour ce motif.

§2. La catégorisation juridique de l'étranger en raison de son état de santé : la maîtrise médicale des flux migratoires

7. La catégorisation des étrangers se définit comme le processus visant à regrouper un ensemble de personnes étrangères « *sous une dénomination commune aux fins d'application d'un statut juridique* »[30]. La catégorisation de l'étranger en raison de leur état de santé s'est imposée aux pouvoirs publics dans le contexte de l'épidémie de VIH/sida. Outre l'évolution du droit des étrangers engendrée par cette crise sanitaire, celle-ci a modifié la manière pour l'État d'appréhender l'étranger afin de contrôler les flux migratoires. Ce dernier a en effet dû développer des mécanismes pour évaluer la gravité ou non de l'état de santé de l'étranger, pour *légitimer* ou non la présence de ce dernier sur le territoire dudit État (A). Ces nouveaux mécanismes vont poursuivre une double finalité à première vue antithétique : protéger

29 Notamment, car l'Autriche ne disposait pas à l'époque des capacités requises en nombre de sanatorium pour traiter la tuberculose. En 1949, un programme intitulé « *individual resettlement and repatriation* » a été mis en place par le département de la santé de l'OIR pour que des accords soient passés avec différents pays européens afin d'accueillir des malades pour les traiter (OIR, cote d'archive AJ/43/1017). L'actualité récente a suscité un regain d'intérêt pour la question : dans le cadre de la lutte contre le coronarivus, des accords ont été passés entre la France et l'Allemagne visant à permettre l'hospitalisation de malades dans le Bade-Wurtenberg, afin de remédier à la surcharge des hôpitaux français : G. Daune, « Des patients alsaciens accueillis dans le Bade-Wurtemberg », *L'Alsace*, 21 mars 2020. Url : https://www.lalsace.fr/politique/2020/03/21/des-patients-alsaciens-accueillis-dans-le-bade-wurtemberg

30 S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *op. cit.* Voir également D. Lochak, « Les catégories juridiques dans les processus de radicalisation », *op. cit.*, p. 133 : « *les catégories juridiques peuvent être définies comme des ensembles de faits, d'objets, d'actes auxquels la loi ou toute autre norme attachent des conséquences juridiques déterminées* ». *Ibid.*, p. 134 : « *l'introduction d'un nouveau concept d'une nouvelle notion dans un texte ou une norme juridique résulte toujours d'un choix* ».

l'étranger en raison de son état de santé, tout en permettant à l'État de maîtriser les flux migratoires. Mais peu à peu, un déséquilibre entre ces objectifs s'observe : les processus développés pour *biolégitimer* l'étranger servent en effet davantage à maîtriser les flux migratoires qu'à protéger la santé individuelle (B). Une focalisation sur l'évolution des acteurs chargés de cette *biolégitimité* et en particulier sur la *normalisation* dont ils ont fait l'objet permet de comprendre les raisons de ce changement de paradigme (C).

A. La *biolégitimité* de l'étranger

8. Le droit des étrangers est l'ensemble de règles juridiques, majoritairement d'origine législative, jurisprudentielle et réglementaire, visant à déterminer si un étranger peut prétendre à une forme de reconnaissance juridique, c'est-à-dire à un statut, et, le cas échéant, à quelles conditions. Juridiquement, un statut est considéré comme « *un ensemble de règles applicables à des catégories de personnes, identifiées à partir d'une qualité (...) et qui, en conséquence, déterminent leur condition juridique* »[31]. Appliqué au droit des étrangers, un statut permet à une personne de régulariser sa situation administrative – selon des critères et pour des motifs déterminés – par la délivrance d'un titre de séjour, l'extirpant ainsi de la condition d'étranger en situation irrégulière, de « sans papier ». Au-delà de la question du titre de séjour, différents motifs juridiques empêchent par ailleurs l'État d'expulser une personne en situation irrégulière : lorsqu'il est parent d'enfant français (vie familiale), lorsqu'il risque des persécutions dans son pays d'origine (droit d'asile), ou lorsqu'il est gravement malade (vie privée). À cet égard, il importe de souligner que la maladie de l'étranger n'est qu'un motif de contrôle des étrangers[32] parmi d'autres.

9. Le droit des étrangers s'inscrit « *dans une logique d'exclusion tout en recherchant l'insertion et l'intégration de certains de ses bénéficiaires dans la société française* »[33]. La recherche de cet « équilibre » justifie pour les pouvoirs publics des réformes régulières, qui amènent un étranger à demander, et le cas échéant à se voir attribuer, plusieurs statuts au

31 A. Gogos-Gintrand, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit,* IRJS Éditions, Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne, Tome 30, p. 3.

32 S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *op. cit.*

33 E. Aubin, *Droit des étrangers*, Lextenso, 3ème éd., p. 29. Voir également V. Tchen, *Droit des étrangers*, LexisNexis, 2019, 1590 p.

cours de sa « *carrière de papier* »[34], au gré notamment de la modification des critères de régularisation. Pendant longtemps, ce parcours administratif de l'étranger était tributaire des objectifs politiques poursuivis pour « *plier l'immigration aux besoins du pays* »[35], notamment en matière de main-d'œuvre. Afin de poursuivre les objectifs qu'il s'assigne, l'État – ses institutions ou structures administratives dépositaires d'une partie de ses fonctions régaliennes[36] – doit contrôler les populations autorisées à entrer et résider sur son territoire. Comme l'a décrit Danièle Lochak, « *la montée des États-Nations (…) s'est traduite par la fermeture progressive des frontières et un contrôle accru sur les migrations internationales* »[37], à tel point que la maîtrise des flux migratoires figure en France parmi les actions gouvernementales prioritaires[38]. La catégorisation des étrangers revêt donc un caractère éminemment politique et sensible[39], car elle est étroitement liée à la souveraineté de l'État.

10. Selon Giorgio Agamben, « *si les réfugiés[40] (…) représentent un élément si inquiétant dans l'organisation de l'État-nation moderne, c'est avant tout parce qu'en brisant la continuité entre*

34 A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France*, Grasset, 2005. Voir également C. Withol de Wenden, « Le glissement des catégories de migrants », *Migrations Société*, vol.2, n° 128, 2010, pp. 193-195.

35 D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, *op. cit.,* p. 141.

36 Sur l'analyse du rôle des structures administratives dans la politique d'immigration et de régulation des étrangers, voir V. Viet, *La France immigrée*, Fayard, 1998, 550 pages.

37 D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 77. Voir également D. Lochak, « Étrangers, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui », *in* A. Kupiec, M. Leibovici, G. Muhlmann, E. Tassin, *Hannah Arendt. Crises de l'État-nation*, Sens &Tonka, 2007, pp. 165-180.

38 D. Lochak, « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits* [En ligne], 64 | hiver 2006, mis en ligne le 06 mars 2007, consulté le 09 juin 2020. URL : http://journals.openedition.org/conflits/2136. Toujours selon Danièle Lochak, « *la ''maîtrise des flux migratoires'' est plus un slogan qu'une politique : elle repose sur l'illusion – dont personne n'est dupe – qu'il est possible de contrôler vraiment les frontières. Elle conduit à donner la priorité à la répression de l'immigration irrégulière au détriment de l'intégration, sans voir ou en faisant semblant de ne pas voir que les problèmes liés à l'immigration résultent moins de l'existence des ''clandestins'' que du déficit de mesures qui auraient permis d'intégrer la population immigrée dans la cité et d'éviter que ne se cristallisent craintes et fantasmes : ces craintes et ces fantasmes que l'on brandit ensuite pour justifier de nouvelles mesures répressives* » *in* D. Lochak, « L'immigration, une question sensible », *in Questions sensibles*, PUF, Coll. « Cahiers du Curapp », 1998, p. 261. La réalité de la « *maîtrise des flux migratoires* » a également été relativisée par d'autres auteurs, dont Yann Moulier-Boutang qui démontre le paradoxe de cet objectif de maîtrise des flux migratoires, notamment dû à la sous-estimation des décisions autonomes prises par les migrants. Voir Y. Moulier-Boutang, *De l'esclavage au précariat*, PUF, 1998, 798 p. ; Voisard, C. Ducastelle, *La question immigrée dans la France d'aujourd'hui*, Calmann-Lévy, 1988, p. 55 : « *Quand on s'intéresse aux politiques relatives à l'immigration, qui ont vu le jour depuis 1945, on est frappé par les difficultés rencontrées par les responsables pour maîtriser et quelquefois appréhender la question* » ; *Ibid*., p. 60 « *mais décidément, quel que soit leur sens, les mouvements humains sont difficilement contrôlables. Les immigrés ne partent pas en masse et malgré l'arrêt de l'immigration du travail, la population étrangère augmente encore, contrairement à toute attente* ».

39 D. Lochak, « L'immigration, une question trop sensible », *op. cit.,* p. 246. S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *op. cit.*

40 L'usage du terme de « réfugié » par Giorgio Agamben ne s'entend pas au sens juridique.

l'homme et le citoyen, entre naissance *et* nationalité*, ils remettent en cause la fiction originaire de la souveraineté moderne* »[41]. Pour incarner son propos, le philosophe italien se base sur la distinction entre la vie naturelle (*zoé*), « *qui était dans l'Ancien Régime politiquement insignifiante et appartenait à Dieu comme vie de la créature* », et la vie politiquement qualifiée (*bios*). Cette dernière résulte « *de l'inscription de la vie naturelle dans l'ordre juridico-politique de l'État-nation* »[42] par les déclarations de droits de l'Homme. Ainsi, la vie naturelle (ou « vie nue ») « *émerge désormais au premier plan dans la structure de l'État, et devient le fondement terrestre de sa légitimité et de sa souveraineté* »[43], car ce dernier est à même de la transformer, de lui donner une qualification politique. La souveraineté de l'État trouve ainsi à s'exprimer dans la transformation de la vie nue, résultant de la naissance, en vie politiquement qualifiée, par l'octroi du statut de citoyen. Or, « *en exposant en pleine lumière l'écart entre la naissance et la nation, le réfugié fait apparaître un court instant, sur la scène politique, cette vie nue qui en constitue le présupposé secret* »[44]. Autrement dit, la légitimité de la souveraineté de l'État serait menacée par la figure de l'étranger qui, sans être né sur le territoire de l'État ni en être citoyen, se voit reconnaître des droits par ce dernier. Au regard de cette conception de la souveraineté, l'édiction d'un droit des étrangers s'avère nécessaire pour relégitimer la souveraineté étatique : il va permettre de régir cet entre-deux, entre *naissance* et *nationalité*[45], afin de pouvoir qualifier politiquement la vie de l'étranger. La catégorisation juridique des étrangers permet ainsi de distinguer *zoé* de *bios,* matérialisée par l'octroi ou non d'un statut, d'une reconnaissance juridique par l'État. Dès lors, la catégorisation juridique des étrangers s'inscrit dans cette logique, et implique à cette fin le contrôle par l'État des mécanismes par lesquels une personne peut entrer ou non dans une catégorie d'étranger donnée. En reconnaissant un statut à l'étranger en raison de son état de santé, l'État va devoir instaurer des mécanismes lui permettant de contrôler cette catégorie.

11. L'émergence de l'état de santé de l'étranger comme motif d'octroi d'un titre de séjour ou d'une protection contre l'éloignement est liée au contexte de crise sanitaire suscitée par le VIH/sida[46] à la fin des années quatre-vingt. À cette époque, le ministère de l'Intérieur décide

41 G. Agamben, *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1998, p. 142.
42 *Ibid*., p. 138.
43 *Ibid.*
44 *Ibid.*
45 Lire notamment J. Lepoutre, *Nationalité et souveraineté*, Dalloz, 2020, 809 p.
46 Une personne est séropositive au VIH lorsqu'elle a été contaminée par le virus de l'immunodéficience humaine (VIH), qui peut s'attaquer aux cellules immunitaires (les lymphocytes T CD4+), et les détruire

de l'expulsion des personnes étrangères ayant commis des infractions : cette catégorie d'étrangers est alors qualifiée par les milieux militants de victimes de la « *double peine* »[47], car ces derniers sont condamnés à une peine de prison pour l'infraction commise et à l'issue de ladite peine, à une mesure d'éloignement. Cependant, l'administration se trouve confrontée à l'impossibilité concrète de renvoyer un certain nombre d'entre eux dans leur pays d'origine, car ils sont gravement malades, et dans l'incapacité de voyager. À la suite d'une forte mobilisation des associations de lutte contre le VIH/sida et de défense des étrangers[48], les pouvoirs publics décident alors progressivement de reconnaître officiellement un statut à l'étranger en raison de son état de santé ; autrement dit, de se saisir juridiquement de la réalité en créant une catégorie spécifique[49].

12. En 1997 et 1998, les lois dites « Debré »[50] et « Chevènement »[51] instaurent respectivement une protection contre l'éloignement et un droit au séjour « *à 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 qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* ». Le « *corps souffrant* »[52] est maintenant reconnu comme motif d'octroi d'un statut à l'étranger : l'objectif de maîtrise des flux migratoires doit désormais être concilié avec celui de protection de la santé. Didier Fassin décrit ainsi trois périodes où la maladie est prise en compte par l'État comme motif d'octroi d'un statut : de « *circonstance d'exception* » avant

progressivement. L'enjeu des traitements est de contenir le virus, afin de préserver un certain seuil de T CD4+ permettant aux personnes de vivre *avec* le VIH. Le sida (syndrome de l'immunodéficience acquise) correspond à un stade du VIH où le nombre de T CD4+ est inférieur à un certain seuil (200 cellules par millimètre cube de sang). Ce stade est dit « critique » dans la mesure où le faible nombre de cellules immunitaires expose la personne à des infections opportunistes, telles que la tuberculose.

47 J.-L. Guerrive, « Double peine et police des étrangers », *D.* 2002, p. 831 ; S. Dewailly, « À propos de la double peine », Conclusions sous TA Melun, 23 janvier 2003, *L.P.A.*, 23 octobre 2003, n° 212, p. 11 ; M. Faure (dir.), *En finir avec la double peine*, L'esprit Frappeur, Paris, 2000 ; F. Julien-Laferrière, « Le débat sur la double peine », *Regards sur l'actualité*, La Documentation française, n° 288, février 2003 ; L. Mathieu, *La double peine. Histoire d'une lutte inachevée*, La Dispute, coll. « Pratiques politiques », 2006, 305 p.

48 Sur ce sujet, lire notamment C. Izambert, *Soigner les étrangers ? L'État et les associations pour la couverture maladie des pauvres et des étrangers en France des années 1980 à nos jours*, Thèse en Histoire et civilisations, EHESS, 2018.

49 S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'uune politique de contrôle des étrangers », *op. cit.* : « *L'autorité normative crée donc une catégorie à partir d'une réalité migratoire qui lui est étrangère mais qu'elle tente d'appréhender et de saisir. Les catégories d'étrangers sont donc des instruments d'appréhension juridique d'une réalité sociologique ou biologique* ».

50 Loi n°97-396 du 24 avril 1997 *portant diverses dispositions relatives à l'immigration*.

51 Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 *relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

52 D. Fassin, « Quand le corps fait loi », *Sciences sociales et santé,* Volume 19, n° 4, 2001, p. 10.

1990, la maladie grave de l'étranger « *s'impose peu à peu* » dans la pratique administrative entre 1990 et 1996, pour finalement être inscrite dans la loi en 1997 : « *de suspect, le malade est devenu transitoirement toléré, avant d'accéder à un statut* »[53].

13. À partir de 1997, la maladie devient donc synonyme de « *vie administrative* » et de « *citoyenneté thérapeutique* »[54] pour l'étranger, en ce qu'elle lui permet d'être reconnu par l'État. Selon Didier Fassin, cette reconnaissance constitue un changement de « *manières de considérer la vie* » de l'étranger. Alors que la « *menace politique et la preuve biographique* »[55] sont de moins en moins reconnues à la fin des années quatre-vingt-dix (comme en témoigne la baisse du taux d'octroi du statut de réfugié à cette période), « *la légitimité de la menace clinique et de sa preuve biologique* »[56] sont, au contraire, en plein essor avec la création du droit au séjour pour soins. Cette différence s'expliquerait par le fait que la preuve de la menace sur la santé en cas de renvoi est « *considérée plus empiriquement robuste* » et « *plus immédiatement préoccupante* »[57] que la preuve de la menace du risque de persécutions. Cette dernière reposerait sur un récit dont la véracité serait, par essence, moins vérifiable que celle d'un état de santé. En tout état de cause, la création de cette nouvelle catégorie juridique d'étranger par la juridicisation de l'état de santé (*i.e.* par l'appréhension par le droit de la maladie de l'étranger) implique pour l'État de prévoir des mécanismes permettant de contrôler la preuve du risque pesant sur l'étranger en raison de son état de santé, mécanismes qui peuvent être analysés à l'aide des théories relatives au *biopouvoir*.

14. En déterminant qui peut entrer, résider ou rester sur son territoire au regard de son état de santé, l'État exerce en effet une « *action politique sur le vivant* »[58], caractéristique principale de ce que certaines théories des sciences politiques ont appelé le *biopouvoir.* Le biopouvoir a été théorisé par de nombreux auteurs, et n'est de ce fait pas monosémique. La pluralité des sens et des réalités qu'il est susceptible de recouper complexifie dès lors sa

53 *Ibid.,* p. 12.

54 Sur ces différentes figures, voir S. Musso, « Être régularisé au titre de la maladie en France », *Corps*, vol. 10, n° 1, 2012, pp. 153-161. Le témoignage d'un ingénieur nigérian atteint du sida et interrogé par Didier Fassin est aussi éloquent sur le rapport paradoxal entre maladie et situation administrative : « cette maladie qui me tue est aussi celle qui me permet de vivre », *in* D. Fassin, *La Vie, Mode d'emploi critique*, La couleur des idées, Seuil, 2018, p. 83.

55 D. Fassin, *La Vie, Mode d'emploi critique*, *op. cit.*, p. 83.

56 *Ibid.*

57 *Ibid*., pp. 83-84.

58 E. Taïeb, « Avant-propos : du biopouvoir au thanatopouvoir », *Quaderni*, n° 62, Hiver 2006-2007, p. 5, disponible sur http://www.persee.fr/doc/quad_0987-1381_2006_num_62_1_1697

définition ou sa délimitation. Il peut malgré tout être appréhendé comme un pouvoir qui s'exerce non seulement sur le vivant, mais aussi sur les corps. Plus concrètement, le biopouvoir s'observe sur « *des politiques où il est directement engagé (santé, procréation médicalement assistée, IVG, euthanasie, dons d'organes), parce que ce sont des politiques économiques du corps, comme sur des politiques où il apparaît moins prégnant (politiques pénales, encadrement de la prostitution, de l'immigration)* »[59]. Mais au-delà des objets sur lesquels il s'exerce, le biopouvoir est aussi caractérisé par les techniques spécifiques de gouvernementalité qu'il met en œuvre. La *biopolitique*[60] peut ainsi être appréhendée comme la technique gouvernementale visant à gérer des taux, des flux : de naissance, de mortalité, de chômage, de migrations, etc. Plus encore, elle va s'adresser « *aux évènements aléatoires qui se produisent dans une population prise dans sa durée* »[61], afin de les contrôler. La *biopolitique* est donc une *politique* s'exerçant sur le vivant et les corps. Le *biopouvoir* est donc le *mécanisme* par lequel cette politique va être appliquée.

15. Confronté à cet évènement aléatoire qu'est l'apparition du VIH/sida, un biopouvoir va émerger permettant à l'État de maîtriser une catégorie d'étranger : celle qu'il ne peut plus expulser en raison de leur état de santé, et à qui il décide d'octroyer un statut. Autrement dit, l'État octroie des droits à l'étranger en raison de sa « *citoyenneté biopolitique* »[62]. Ainsi, en développant une réglementation encadrant l'octroi d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé, la maîtrise des flux migratoires est devenue « *un des lieux d'expression* »[63] du *biopouvoir,* en ce que les étrangers malades sont des sujets de la souveraineté de l'État qui exerce sur eux son « *droit de faire vivre et de laisser mourir* »[64], notamment sur le plan administratif. En effet, la citoyenneté biopolitique de l'étranger se manifestant par la

59 *Ibid*., p. 6.

60 Le terme de « biopolitique » est polysémique. La *biopolitique* s'entend comme « *l'ensemble des techniques dont se sert le pouvoir* » pour assujetir le corps (in A. Cutro, *Technique et vie. Biopolitique et philosophie du bios dans la pensée de Michel Foucault, op. cit.*, p. 72). Sur la biopolitique de manière générale, nous renvoyons à M. Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Gallimard Seuil, 2004, 355 p. Voir également A. Macmillan, « La biopolitique et le dressage des populations », *Cultures & Conflits* [En ligne], n° 78, été 2010, mis en ligne le 06 mars 2012, consulté le 13 juin 2020. URL : http://journals.openedition.org/conflits/17959.

61 M. Foucault, *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-1976*, Gallimard Seuil, 1997, p. 219.

62 S. M. Lakhani, S. Timmermans, « Biopolitical Citizenship in the Immigration Adjudication Process », *in Social Problems*, Vol. 61, Issue 3, August 2014, p. 361 : « *biopolitical citizenship refers to a mode of* claiming *rights that individuals may undertake vis-à-vis the state and to a mode of* granting *rights that states may undertake vis-à-vis individuals, both based on biomedical criteria* ».

63 L. Marguet*, Le droit de la procréation en France et en Allemagne. Étude sur la normalisation de la vie,* Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2018, p. 12.

64 M. Foucault, *Il faut défendre la société*, *op. cit.*, p. 214.

délivrance d'un titre de séjour, le droit administratif va constituer l'un des vecteurs de ce *biopouvoir*[65].

16. En somme, les caractéristiques principales du *biopouvoir* – tel qu'il sera pensé ici, peuvent être résumées ainsi : il s'agit d'un pouvoir agissant sur la vie – les corps – pour, selon Michel Foucault, « *assurer le maintien de la population et faire vivre* »[66], en recourant à des mécanismes, des outils, parmi lesquels figure le droit. Le *biopouvoir* propre à la catégorie juridique de l'étranger malade est un pouvoir agissant sur le corps de l'étranger, sur son état de santé, dans un double objectif : protéger la santé de ce dernier, et permettre à l'État de maîtriser les flux migratoires. Le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) incarne l'un des outils juridiques qui permettent de poursuivre ces objectifs. En définitive, il s'agit pour l'État de contrôler la catégorisation juridique de l'étranger en raison de son état de santé en le « *biolégitimant* ». Ce terme de « *biolégitimité* » de l'étranger, proposé par Didier Fassin en référence au concept de *biopouvoir* développé par Michel Foucault, correspond à « *la légitimité accordée à la vie comme bien suprême* »[67] de l'étranger. En définitive, la finalité du *biopouvoir* qui s'exerce sur le corps de l'étranger est d'appréhender sa maladie en tant que vectrice ou non d'une reconnaissance[68], d'une « *ressource identitaire* »[69]. En intégrant un individu dans la catégorie « étranger malade », le biopouvoir qualifie politiquement la vie nue de l'étranger[70], car « c*'est la vie biologique* [la vie

65 Pour un aperçu du droit en tant que vecteur du *biopouvoir* : D. Memmi, E. Taïeb. « Les recompositions du ''faire mourir'' : vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, vol. 75, n° 3, 2009, pp. 5-15. De manière plus détaillée, nous renvoyons à X. Bioy, *Biodroit. De la biopolitique au droit la bioéthique,* LGDJ, 2016, 184 p.

66 L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne (…), op. cit.*, p. 17.

67 D. Fassin, « Another politics of life is possible », *Theory, Culture and Society*, 2009, n° 26, p. 44-60. Ce concept de « biolégitimité » de l'étranger grâce au biopouvoir découle notamment des travaux de Giorgio Agamben, qui considère qu'il faut insister sur la politisation du vivant impliqué par le biopouvoir.

68 D. Fassin, « Santé et immigration. Les vérités politiques du corps », *Cahiers de l'Urmis* [En ligne], n° 5, 1999, mis en ligne le 19 juin 2003, consulté le 23 janvier 2013, p. 74. URL : http://urmis.revues.org/351 : « *c'est sur le terrain de la mise à l'épreuve du corps par la maladie et la souffrance que nous sommes prêts à reconnaître son* [l'étranger] *droit à exister* ».

69 C. Gabarro, *L'attribution de l'aide médicale d'État (AME) par les agents de l'Assurance maladie. Entre soupçon de fraude, figures de l'Étranger et injonctions gestionnaire,* Thèse de sociologie, Université Paris-Diderot, 2017, p. 156.

70 D. Fassin, *La Vie. Mode d'emploi critique*, *op. cit.*, pp. 89-90 : ce statut « *lie alors bios et zôê* ». En raison de l'essentialisation à laquelle se prête souvent les concepts de « bios » et « zoé », Didier Fassin utilise « *les interactions complexes et les reconfigurations permanentes des deux couples de qualificatifs physique/biologique et social/politique* ». Selon lui, « *pour les politiques migratoires françaises, les deux logiques se succèdent, avec un glissement du politique (asile) vers le biologique (maladie). (…) Cette tendance traduit l'avènement de la biolégitimité, légitimité de la vie, c'est-à-dire reconnaissance de la vie comme bien suprême au nom duquel toute action peut, en dernière instance, se trouver justifiée* » *in* D. Fassin, *La Vie. Mode d'emploi critique*, *ouvr. préc.*, pp. 89-90.

nue] *qui permet d'obtenir un statut social et donc une vie sociale* »[71]. Pour le dire autrement, si « *le malade, c'est la maladie ayant acquis des traits singuliers* »[72], *l'étranger malade* est celui dont la maladie a acquis les traits de la *biolégitimité*. Le développement de cette biolégitimité de l'étranger implique pour l'État le développement de mécanismes pour la réguler, et ce, afin de permettre la poursuite de deux objectifs *a priori* difficilement conciliables : la protection de la santé individuelle de l'étranger et la maîtrise des flux migratoires.

B. *Biolégitimité* et maîtrise des flux migratoires

17. L'édiction de procédures et critères spécifiques à la maladie de l'étranger permet à l'État d'intégrer dans la maîtrise des flux migratoires le contrôle des corps supposément malades. La réflexion sur le statut juridique de l'étranger malade amène ainsi à questionner les mécanismes développés par l'État et leurs fonctionnements pour appréhender la maladie comme motif de reconnaissance. Il s'agit finalement de comprendre le cheminement des pouvoirs publics pour reconnaître un tel statut, pour se structurer afin de contrôler et légitimer la maladie de l'étranger. Dans le but de faciliter la compréhension de l'objet de la présente recherche, il peut être utile de comparer le processus de *biolégitimation* de l'étranger à un scanneur : ce dernier va scanner le corps de l'étranger pour déterminer s'il lui permet d'obtenir un statut. C'est par le résultat de ce scanneur que l'étranger va pouvoir être catégorisé juridiquement en tant que « malade » ou non. Ce qui nous intéresse est la manière dont est conçu et fonctionne ce scanneur : comment et qui l'a conçu ? Comment il fonctionne et qui le fait fonctionner ? Enfin, comment ses résultats sont analysés et par qui ? Il convient alors de se focaliser sur le rôle des acteurs de la *biolégitimation* de la maladie de l'étranger.

18. La catégorisation juridique des étrangers par l'autorité publique joue donc un rôle fondamental dans cette structuration. Pour se faire, le processus de catégorisation des étrangers peut « *se baser sur une réalité sociologique ou biologique* »[73], dont l'État va se saisir pour la reformuler[74]. Ségolène Barbou des Places a démontré comment l'État prend en compte la réalité sociologique que constitue le « *lien familial* » pour ensuite construire la

71 *Ibid*.
72 M. Foucault, *Naissance de la clinique*, PUF, Coll. « Quadrige », 1988, p. 35.
73 S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *op. cit.*
74 *Ibid.*

catégorie « *bénéficiaire de l'autorisation de regroupement familial* »[75]. Cette appréhension de la réalité sociologique du lien familial de l'étranger par l'État lui permet, *in fine*, de la reformuler pour la conformer à sa prérogative de maîtrise des flux migratoires, aux objectifs fixés dans le cadre de cette dernière[76]. La même logique trouve à s'appliquer pour la réalité biologique que constitue la maladie de l'étranger. L'autorité publique a en effet dû saisir la maladie de l'étranger pour la reformuler juridiquement. En effet, la reconnaissance biopolitique de l'étranger n'opère pas lorsque ce dernier est simplement « malade » : elle suppose en effet un certain degré de gravité (la nécessité d' « *une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ») et une impossibilité d'être soigné dans son pays d'origine (« *sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* »[77]). L'État a ainsi reformulé la réalité biologique que constitue la maladie de l'étranger pour la catégoriser en la conditionnant, dans le double objectif de protéger la santé individuelle et d'assurer la maîtrise des flux migratoires.

19. Le droit, en tant qu'outil du biopouvoir, sert à établir des « *mécanismes régulateurs qui […] vont pouvoir fixer un équilibre, maintenir une moyenne, établir une sorte d'homéostasie, assurer des compensations* »[78]. Selon Giorgio Agamben, « *un des caractères essentiels de la biopolitique moderne […] est qu'il lui faut redéfinir sans cesse dans la vie le seuil qui articule et sépare ce qui est dedans et ce qui est dehors* »[79]. Le *biopouvoir* qui s'exerce pour gérer cette nouvelle catégorie d'étranger – pour *biolégitimer* l'étranger en raison de son état de santé – a ainsi pour fonction de définir cette catégorie et de la délimiter. Autrement dit, il contribue à déterminer le seuil de gravité que doit présenter la santé d'un étranger pour se voir attribuer un statut juridique : la fonction du *biopouvoir* est de séparer les étrangers dont l'état de santé entre ou n'entre pas dans la catégorie « étranger malade ». En définitive, la vie biologique permet à l'étranger d'obtenir un *statut* social si et seulement si elle implique maladie et souffrance excessive. Ces conditions sont nécessaires afin d'offrir « *une base minimale pour*

75 *Ibid.*
76 Sur l'appréhension juridique de la notion « d'intégration de l'étranger », voir N. Ferran, *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981 – 2006*, Université de Montpellier I, 2008, 589 p.
77 Selon les termes de l'article L. 313-11 11° du CESEDA tels qu'issue des lois n° 97-396 et n° 98-349.
78 M. Foucault, *Il faut défendre la société*, *ouvr. préc.*, p. 219.
79 G. Agamben, *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue, op. cit.,* p. 142.

un consensus politique de tolérance et même de reconnaissance de l'étranger »[80]. Ce consensus politique nécessite alors la fixation de critères pour déterminer les souffrances et maladies qui permettent à l'étranger d'obtenir un statut. La science médicale joue alors un rôle central dans la fixation et l'interprétation de ceux-ci, autrement dit, pour légitimer la reformulation de la réalité biologique de l'étranger.

20. De nombreux travaux ont pu mettre en lumière la fonction de la médecine[81] dans le développement d'un *biopouvoir*[82]*.* Dans le cas de la catégorisation juridique de l'étranger en raison de son état de santé, le discours médical sert à légitimer ou non la maladie de l'étranger. La délimitation de la catégorie « étranger malade » a été d'ailleurs fortement influencée par l'évolution du savoir médical sur les maladies, à l'image du VIH/sida : à l'origine, seuls étaient protégés contre l'éloignement les étrangers se trouvant au stade « sida », et non ceux étant « simplement » porteurs du VIH[83]. Mais la particularité de la catégorisation de l'étranger en raison de son état de santé est que les médecins ne sont pas les seuls à porter un discours médical. Deux catégories d'acteurs[84] de la *biolégitimation* de l'étranger peuvent se distinguer selon leur fonction : ceux amenés à définir juridiquement l'étranger qui, *in abstracto,* peut prétendre à un statut juridique en raison de leur état de santé (les acteurs dotés d'une autorité *normative*), et ceux participant à la décision de reconnaître ou refuser ce statut à une personne y prétendant[85]. La première catégorie

80 D. Fassin, « Santé et immigration. Les vérités politiques du corps », *art. préc*., p. 74.

81 Michel Foucault explique qu'à partir de la fin du XVIIIème siècle, la médecine n'est plus « *seulement le corpus des techniques de la guérison et du savoir qu'elle requiert* », mais elle « *enveloppera aussi une connaissance de* l'homme en santé, *c'est-à-dire à la fois une expérience de* l'homme non malade*, et une définition de* l'homme modèle » (M. Foucault, *Naissance de la clinique*, *op. cit.*, pp. 60-61).

82 Par exemple, Michel Foucault a démontré le rôle des médecins, notamment des psychiatres, qui participent à la répression pénale par leur expertise, en produisant un discours décrivant « *comment l'individu ressemblait déjà à son crime avant de l'avoir commis* » (M. Foucault, *Les anormaux. Cours au Collège de France du 15 janvier 1975*, Gallimard-Seuil, 1999, pp. 3-24). En cela, le corps médical participe à l'exercice d'un *biopouvoir,* le discours médical produit s'inscrivant dans une politique pénale. Sur ce rôle, voir également, M. Foucault, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère...Un cas de parricide au XIXème siècle présenté par Michel Foucault*, *Folio histoire,* 1973, 424 p.

83 Sur ce sujet, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. Sur la différence médicale entre sida et VIH, voir *supra.*

84 L'emploi du terme « acteur » se réfère ici à la définition donnée par M. Troper, V. Champeil-Desplats, « Proposition pour une théorie des contraintes juridiques », *in* M. Troper, V. Champeil-Desplats, C. Grzegorczyk, *Théorie des contraintes juridiques,* 2005, p. 13 : « *1. Le système juridique est constitué d'un ensemble d'énoncés à fonction prescriptive produits par les acteurs juridiques. 2. Les acteurs juridiques sont ceux qui sont désignés comme tels par les énoncés du systèmes juridiques* ».

85 Le rôle des avocats et associations défendant les étrangers est ainsi écarté de l'analyse, malgré le fait que ces derniers puissent jouer un rôle important dans la détermination de ce statut : en plaidant pour une interprétation jurisprudentielle particulière, ou en proposant des amendements pour réformer le cadre juridique. Le choix de les écarter de la présente étude se justifie par l'intérêt porté aux discours des acteurs dotés d'une autorité normative (dont le degré de normativité de ces acteurs va nécessairement varier, par

regroupe les pouvoirs publics (le législateur, le gouvernement), et les juridictions dîtes suprêmes (en l'occurrence, le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État[86]) qui, tous à différents niveaux, déterminent les conditions d'obtention de ce statut. La seconde catégorie concentre l'administration[87] – à comprendre ici au sens des *structures administratives*[88]– composée des ministères de l'Intérieur et de la Santé, des préfectures, des médecins (chargés de rendre un avis sur les demandes de titres de séjour, ou accompagnant les étrangers dans leurs démarches) et du juge administratif[89], chargé de contrôler la légalité des refus de titres de séjour et des obligations de quitter le territoire français (OQTF). Ces acteurs, à des degrés d'implication divers, participent à la décision d'octroyer ou refuser un titre de séjour ou une protection contre l'éloignement pour raisons de santé. L'ensemble de ces acteurs, qu'ils soient amenés à définir ce statut sur le plan normatif (donc *in abstracto*), ou à décider quel profil biologique peut se le voir accorder (donc *in concreto*) participe au processus de *biolégitimation* de l'état de santé de l'étranger, en ce qu'ils sont les sources juridiques qui délimitent le statut de l'étranger malade. Mais si ces acteurs participent tous à la délimitation de ce statut, ils ne le font pas avec le même objectif. En effet, les objectifs poursuivis par ces derniers ne sont pas les mêmes, car ils n'accomplissent pas la même mission. Les acteurs chargés de la police des étrangers (tels que le ministère de l'Intérieur et les préfectures)

exemple selon qu'il s'agisse du législateur votant les conditions juridiques ou du médecin qui interprète les données médicales de l'étranger au regard de ces conditions).

86 La Cour de cassation ne fait pas partie du champ d'études.

87 Sur le poids politique de l'administration, voir J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 2019, p. 241 et s. Ce poids politique est d'autant plus à prendre en compte qu'il convient de relativiser l'homogénéité de l'État, et son contrôle sur l'administration, comme y invite Jeanne Siwek-Pouydesseau : « *seule est valable une approche saisissant l'administration comme à la fois close et ouverte, autonome et dépendante, moyen d'action sur les rapports sociaux et lieu de réfraction de ces rapports, instrument de transmission et détentrice de pouvoir. Aussi est-il faux de considérer l'État comme homogène et capable de se donner des fins compatibles et hiérarchisées, car ce serait surestimer la maîtrise de l'exécutif sur l'administration. Considérer l'appareil d'État comme un instrument unifié, entièrement dominé par le pouvoir politique, est une illusion juridique* » *in* J. Siwek-Pouydesseau, « Genèse d'une discipline, retour sur nos années 70 », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité,* L.G.D.J., 2013, p. 31.

88 Nous nous reportons à la définition donnée par Vincent Viet : « *tout organe administratif à vocation publique rattaché à un ou plusieurs départements ministériels par un lien organique (direction, bureau, mission, services extérieurs), un rapport de tutelle administrative ou financière (établissements publics, ou associations parapubliques) ou un lien consultatif. Cette définition se fonde sur le caractère public des instances directement confrontées aux problèmes de l'immigration. Les structures sont des ''acteurs'' au sens où elles contribuent à définir et à mettre en œuvre les orientations de la politique d'immigration ; des ''révélateurs'' dans la mesure où elles subissent l'influence des grands débats sur l'immigration et où leur action reflète les inflexions et les mutations de la politique d'immigration ; des ''vecteurs'', car elles expriment et reconduisent des traditions et des principes* » *in* V. Viet, *La France immigrée, op. cit.*, p. 18.

89 Aussi bien le juge du fond (tribunal administratif, cour administrative d'appel) que « suprême » (Conseil d'État).

protègent l'ordre public (dans lequel s'inscrit l'objectif de maîtrise des flux migratoires[90]), quand les acteurs médicaux (ministères de la Santé, médecin de santé publique, praticien hospitalier, etc.) s'assurent de la protection de la santé individuelle et publique. L'élaboration d'une procédure pour légitimer l'état de santé de l'étranger doit alors d'être compatible avec la poursuite de ces objectifs.

21. L'histoire du cadre juridique relatif à la catégorie juridique de l'étranger malade démontre que les pouvoirs publics chargés de la police des étrangers – au premier rang desquels figurent le ministère de l'Intérieur et les préfectures – ont été réticents à ce qu'un statut juridique soit officiellement reconnu à l'étranger en raison de son état de santé. Leur principale réticence était relative à la nécessaire implication de médecins pour évaluer médicalement l'état de santé de l'étranger, ces derniers étant susceptibles de limiter le pouvoir discrétionnaire des préfectures en matière de police des étrangers. Le processus de *catégorisation* juridique de l'état de santé de l'étranger a ainsi dû être ajusté pour protéger la santé individuelle de ce dernier sans limiter pour autant strictement la police des étrangers : les dispositifs ont donc fait l'objet de plusieurs réformes afin d'être réajustés en fonction des objectifs priorisés par les pouvoirs publics. Les réformes successives sont en effet marquées par un double réajustement : des conditions médicales permettant à un étranger d'entrer dans la catégorie « *étranger malade* » ; et de ses « *mécanismes régulateurs* »[91], autrement dit, des acteurs chargés d'évaluer ces conditions. Ces réformes ont, à des degrés divers, modifié cet équilibre entre les objectifs de protection de la santé individuelle et de maîtrise des flux migratoires. Dès lors, l'analyse de ces réformes permet de comprendre lequel de ces objectifs est priorisé par les pouvoirs publics[92].

90 Conseil constitutionnel, 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.* Voir *infra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

91 M. Foucault, *Il faut défendre la société*, *op. cit.,* p. 219.

92 L'étude générale de ce cadre juridique se focalise, à titre principal, sur la situation des ressortissants d'États tiers à l'Union européenne encadrée par les articles L. 313-11 11° (relatif au droit au séjour pour soins) et L. 511-4 10° (relatif à la protection contre l'éloignement) du CESEDA. Ainsi, le cas des citoyens de l'Union européenne n'est pas spécifiquement mentionné. Bien que le Conseil d'État ait considéré que l'article L. 313–11 11° du CESEDA ne leur était pas applicable de plein droit (CE, 22 juin 2002, n° 347 545), une circulaire du ministère de l'Intérieur du 10 septembre 2010 (NOR IMIM1000116C) demande aux préfectures de leur appliquer l'article précité. Mais ils représentent une part infime du volume de titres délivrés (moins de 1 % en 2014). La situation des parents d'enfant malade, régie par l'article L. 311-12 du CESEDA, ainsi que celle des ressortissants algériens, réglementée par l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968, ne sont pas non plus spécifiquement étudiées. Ce choix repose sur le fait que ces différentes catégories sont confrontées aux mêmes mécanismes visant à privilégier la maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé que celles de l'article L. 313-11 11° du CESEDA.

22. Ainsi, afin de comprendre la logique prédominante à la catégorisation juridique de l'étranger malade, il convient de s'intéresser à l'évolution des conditions d'attribution d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé – conditions fixées par l'autorité normative – ainsi qu'à l'évolution des acteurs chargés de les interpréter. Cette étude présente d'autant plus d'intérêt que selon certains indicateurs, l'objectif de maîtrise des flux migratoires tend à prendre le pas sur celui de la protection de la santé. En effet, une réduction du nombre de titres de séjour pour soins délivrés est observée depuis 2017. Le taux d'avis médicaux favorables au séjour émis par les médecins sollicités pour évaluer les dossiers médicaux des demandeurs était d'environ 75 % entre 1999 et 2016[93]. Depuis la réforme des acteurs chargés de l'évaluation médicale votée en 2016[94], il oscille légèrement au-dessus des 50 %[95]. Cette baisse considérable du nombre de titres de séjour pour soins délivrés serait ainsi un marqueur du recul de la protection de la vie biologiquement dégradée de l'étranger comme motif légitime de reconnaissance par l'État. En somme, les acteurs du droit au séjour pour raisons médicales exigeraient un seuil de gravité de l'état de santé plus élevé pour qu'un titre de séjour soit délivré à l'étranger. Cette évolution a *de facto* modifié la situation administrative d'étrangers dont l'état de santé atteignait le seuil de gravité pour être *biolégitimés,* mais qui, depuis cette réforme, ne l'atteignent plus. De *biolégitimés,* ces étrangers deviennent *indésirables*. Le réajustement des *mécanismes régulateurs* du droit au séjour pour soins aboutit ainsi à la production d'étrangers malades en situation irrégulière[96].

93 Voir les différents bilans sur les avis médicaux rendus par les Agences régionales de santé fournis par la Direction générale de la Santé (DGS) et la Direction générale des étrangers en France (DGEF).

94 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

95 OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2018*, 2020, p. 25.

96 N. de Genova, « The legal production of Mexican/migrant ''illegality'' », *Latinos studies,* 2004, n° 2, p. 173 : Nicholas de Genova développe l'idée de « *production d'illégalité par le droit* » à propos de l'évolution du droit américain relatif aux ressortissants mexicains : « *In the space of less than 12 years, therefore, from July 1, 1968 (when the 1965 amendments went into effect) until the 1980 amendments became operative, US immigration law had been radically reconfigured for Mexicans. Beginning with almost unlimited possibilities for ''legal'' migration from Mexico (literally no numerical restrictions, tempered only by qualitative preconditions that, in practice, had often been overlooked altogether), the law had now severely restricted Mexico to an annual quota of 18,200 non-exempt ''legal'' migrants (as well as a strict system of qualitative preferences among quota exemptions, with weighted allocations for each preference). At a time when there were (conservatively) well over a million Mexican migrants coming to work in the US each year, the overwhelming majority would have no option but to do so ''illegally.''* There is nothing matter-of-fact, therefore, about the ''illegality'' of undocumented migrants. ''Illegality'' (in its contemporary configuration) is the product of US immigration law – not merely in the abstract sense that without the law, nothing could be construed to be outside of the law; nor simply in the generic sense that immigration law constructs, differentiates, and ranks various categories of ''aliens'' – but in the more profound sense that the history of deliberate interventions beginning in 1965 that have revised and reformulated the law, has entailed an active process of inclusion through illegalization [nous soulignons] ».

23. Il convient dès lors de s'intéresser aux raisons de l'évolution de ces mécanismes, initialement en faveur de l'étranger, et qui auraient évolué pour finalement favoriser la maîtrise des flux migratoires. Une hypothèse qui permettrait d'expliquer ce changement de paradigme – ce passage d'une *biolégitimité* de l'état de santé en faveur de l'étranger, à une *biolégitimité* en faveur de la maîtrise des flux migratoires – peut s'expliquer par la *normalisation* dont fait l'objet ce statut. Le prisme de la *normalisation* permettrait de comprendre les raisons sous-jacentes à cette réduction, au regard de l'évolution juridique des conditions d'octroi de ce statut, et des acteurs qui en ont la charge.

C. La *normalisation* des acteurs de la *biolégitimation* de l'étranger

24. Le concept de « *normalisation* » se rapporte à « *l'idée d'un droit qui serait fondé sur une moyenne* »[97]. Le droit étant « *perçu par le plus grand nombre comme source de normes impératives auxquelles chacun est tenu de conformer sa conduite* »[98], il « *concourt à modeler les comportements des agents sociaux* »[99]. Ainsi, en modelant ces comportements, le droit serait un vecteur de *normalisation* des acteurs (individuels et institutionnels), et particulièrement en droit administratif[100]. Plus encore, « *la normalisation, parce qu'elle est un mode de consécration et d'expression de certaines valeurs* »[101], sert la poursuite de certains objectifs. Le *biopouvoir*, dont le droit est l'un de ses outils, s'inscrit également dans un processus de *normalisation* de certaines constructions sociales, telles que la famille ou la parentalité[102]. Le

97 M. A. da Fonseca, *Michel Foucault et le droit*, L'Harmattan, 2013, p. 110.

98 D. Lochak, « Norme, normalité et normalisation », *in Le droit en procès*, PUF, coll. Cahiers du Curapp, 1983, p. 53.

99 *Ibid*.

100 Lire notamment J. de Gliniasty, « La force du discours en droit administratif », *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 79, n° 2, 2017, pp. 77-92 ; M. Chambon, « Une réaction – Le droit administratif au prisme foucaldien : force du discours, drame du droit », *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 79, n° 2, 2017, pp. 93-96. Selon Maxence Chambon, « *Qu'il soit conçu comme un discours ou comme un vecteur de normalisation sociale, le droit apparaît en tout état de cause comme un instrument de pouvoir dans la pensée de Foucault dont l'application est particulièrement appropriée et fructueuse en droit administratif, instrument du plus grand des pouvoirs au sein de l'ordre juridique national* ». Maxence Chambon fait notamment référence à « *l'évolution récente de la police administrative dont la propension à viser un ordre public immatériel, nécessairement intrusif, ne cesse de croître. La lutte contre le terrorisme en est l'illustration éclatante en ce que la police administrative ne cherche plus seulement à prévenir les troubles à l'ordre public mais à viser certains comportements et à les qualifier de ''déviants'' dans le but, in fine, de les réprimer. Mais de même que le mémoire rédigé par Pierre Rivière démontrait selon Foucault la plus grande complexité de son geste et la dimension réductrice de son traitement juridique, l'étude de la jurisprudence administrative en matière de terrorisme recèle de nombreuses approximations et jugements de valeur trahissant la dimension instrumentale et disciplinaire dont le droit est porteur* ».

101 V. Lasserre, *Le nouvel ordre juridique,* LexisNexis, 2015, p. 262.

102 Le *biopouvoir* va par exemple permettre de modeler le droit de la procréation. Sur ce sujet, lire L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. (…), op. cit.*

droit des étrangers ayant pour fonction de régir l'entre-deux entre *naissance* et *nationalité,* en qualifiant ou non politiquement la vie de l'étranger au regard de certains critères (de liens familiaux, de persécutions, liés à la santé, etc.), constitue également un vecteur de *normalisation* de la *catégorisation* de l'étranger. En effet, les processus de catégorisation juridique de ce dernier coïncident avec les valeurs véhiculées par les acteurs de ce droit. Appliquée au statut juridique de l'étranger gravement malade, la *normalisation* permet ainsi de comprendre que si la logique de maîtrise des flux migratoires a été juridiquement priorisée au détriment de la logique de protection sanitaire, c'est parce que des valeurs, des discours l'ont véhiculée afin de modeler le comportement des acteurs chargés de ce statut (médecins, préfets, juges). Autrement dit, il s'agit d'étudier la manière dont le droit s'est configuré « *comme vecteur des mécanismes de normalisation* »[103] de la *catégorisation* de l'étranger en raison de son état de santé, *normalisation* qui nécessite de modeler le comportement des acteurs chargés de *biolégitimer* l'état de santé de l'étranger.

25. En définitive, la *normalisation* renvoie à trois processus, qui tendent tous vers une *policiarisation*[104] du processus de *biolégitimation* de l'étranger – donc une prédominance de l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé. Premièrement, la *normalisation* est permise par la *délimitation* générale des situations médicales permettant à un étranger malade d'obtenir un statut. Cette délimitation *abstraite* permet aux acteurs chargés d'interpréter et d'appliquer ces conditions (médecin, préfecture, juge administratif) de le faire dans un sens favorisant la maîtrise des flux migratoires. Le second processus de *normalisation* s'observe par l'évolution du cadre juridique relatif aux acteurs chargés d'interpréter les conditions médicales, afin de leur insuffler une logique de *contrôle,* de *police des étrangers.* Ces deux processus résultent des *discours* destinés aux acteurs qui interprètent

103 M. A. da Fonseca, *Michel Foucault et le droit*, *op. cit.,* p. 113. Voir également M. Foucault, *Sécurité, territoire, population, op. cit.,* p. 58 : il s'agit « *de montrer comment, à partir [de] et au-dessous, dans les marges et peut-être même à contresens d'un système de la loi se développent des techniques de normalisation* ».

104 Le terme de « policiarisation » renvoie à l'idée selon laquelle les dispositifs encadrant la délivrance de titre de séjour ou le droit d'asile ont davantage pour finalité la protection de l'ordre public, au sein de laquelle s'inscrit la maîtrise des flux migratoires, que la protection des droits des étrangers (dignité, santé, etc.). Sur le sujet de la policiarisation, voir notamment : S. Slama, « De la défaillance systémique à la « policiarisation » des conditions d'accueil des demandeurs d'asile en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 21 juin 2018, consulté le 16 juillet 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/4238 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.4238 ; Serge Slama, « La ''policiarisation'' et l'étatisation du traitement des mineurs isolés étrangers », *in* E. Gallant, L. Aït Ahmed, H. Meur, *Quelle protection pour les mineurs non accompagnés ?* (Actes du colloque du 21 juin 2018), *IRJS*, 2019 pp. 85-100 ; D. Lochak (dir.), *Les usages sociaux du droit*, PUF, Coll. « Cahiers du Curapp », 1989, 335 p.

et appliquent ces conditions – *discours* issus des autorités normatives (CEDH, Conseil constitutionnel, législateur) et de ces mêmes acteurs (principalement, le ministère de l'Intérieur). Le troisième processus de *normalisation* découle des deux précédents : il vise à élever le seuil de gravité que doit présenter l'état de santé de l'étranger (et à interpréter plus strictement la condition du non-accès aux soins dans le pays d'origine) pour être *biolégitimé*, afin de le faire coïncider avec l'objectif de maîtrise des flux migratoires. Cette dernière étape de la *normalisation* est, en quelque sorte, l'objectif du réajustement régulier des *mécanismes* régulant la *catégorisation* juridique de l'étranger malade.

26. La *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade par ses acteurs renvoie ainsi à la manière dont ces derniers interprètent les critères fixés pour sa catégorisation. En privilégiant tel idéal-type de vie biologiquement dégradée, en favorisant tel objectif sur tel autre, ces acteurs différencient l'étranger malade « *''désirable'', auquel sera accordé un accès au séjour, et l'étranger ''indésirable'', qui pourra être refoulé ou expulsé* »[105]. Cette *normalisation* des comportements des agents chargés d'attribuer un statut à l'étranger en raison de son état de santé relève davantage « *d'une imprégnation diffuse, d'une inculcation inconsciente par laquelle le droit imprime dans les représentations collectives une certaine idée de la normalité* »[106]. Selon cette conception, le cadre juridique relatif au droit au séjour de l'étranger malade définit un idéal-type des pathologies et souffrances permettant d'obtenir un statut, et modélise les comportements des agents confrontés à l'évaluation des dossiers des étrangers prétendant à un statut. En définitive, la *normalisation* de la vie biologiquement dégradée éligible à ce dernier sert de variable d'ajustement entre les objectifs de protection de la santé et de maîtrise des flux migratoires. *In fine,* la *normalisation* a vocation à s'inscrire dans « *la logique de police* [qui] *relève d'un travail de définition qui vise à tracer la frontière entre les individus dont la présence sur le territoire est considérée comme légitime, et ceux dont la présence est susceptible de constituer une menace pour l'ordre politique, économique et social* »[107].

105 A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France*, *op. cit.*, p. 52.

106 D. Lochak, « Norme, normalité et normalisation », *op. cit.*, pp. 59-60 : « *(…) le droit sera au demeurant d'autant plus efficace comme facteur de normalisation des comportements que la contrainte qu'il fait peser sur eux ne sera pas ressentie et vécue comme telle mais sera intériorisée au point que les agents sociaux, en croyant agir librement, se comportement spontanément conformément à ce que l'on attend d'eux* ».

107 A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France, op. cit.*, p. 51.

27. Les critères médicaux qui permettent de distinguer les états de santé correspondant au seuil de gravité requis pour qu'une *citoyenneté biopolitique* (i.e. une *biolégitimité*), soit ou non reconnue à l'étranger sont énoncés de manière générale et abstraite par la loi et les textes réglementaires. Cette indétermination des conditions médicales remplit une fonction politique[108] : permettre à l'État d'équilibrer les logiques antagonistes induites par ce statut, avec la protection de la santé individuelle d'un côté, et la police des étrangers de l'autre, désormais matérialisée par le « *dogme absolu* »[109] de la maîtrise des flux migratoires. Or, si l'évolution du droit au séjour pour soins tend vers une baisse du nombre de titres de séjour pour soins délivrés, c'est que l'une de ces logiques – maîtrise des flux migratoires *versus* protection de la santé – tend à dominer l'autre. Cette prédominance s'explique par la *normalisation* dont a fait l'objet le statut juridique de l'étranger gravement malade et, plus spécifiquement, par la *policiarisation* de ses acteurs. Pour catégoriser l'étranger gravement malade, ces derniers privilégient une approche policière, au détriment d'une approche sanitaire.

28. La maîtrise des flux migratoires étant dans le contexte actuel un objectif éminemment sensible pour la souveraineté de l'État, il lui est nécessaire de définir un cadre juridique lui permettant de *normaliser* la souffrance et la maladie de l'étranger (notamment par la *normalisation* d'acteurs chargés d'interpréter ces dernières) afin de maîtriser les flux de titulaires d'un statut en raison de leur état de santé. Il ne s'agit donc pas de faire vivre administrativement tous les étrangers malades, mais seulement ceux dont l'état de santé correspond à un certain degré de gravité (à un certain seuil de vie biologiquement dégradée) permettant ainsi de dégager « *un statut-type* »[110] de l'étranger gravement malade. Plus concrètement, comme le droit « *s'efforce par tous moyens d'en guider l'usage en proposant aux sujets de droits (…) des ''contrats-types'' ou des ''statuts-types'' qu'ils n'auront plus qu'à*

108 M. Pichard, *Le droit à. Étude de législation française,* Economica, 2006, p. 225 et s.

109 Selon Vincent Viet, « *érigé en dogme absolu, le contrôle des flux migratoires est sous-jacent à l'ensemble des procédures et des actions publiques qui accompagnent les mouvements de population étrangère à destination de la France ou qui se proposent de lutter contre l'immigration irrégulière. Ce contrôle est cependant loin de relever d'un pouvoir administratif discrétionnaire qui s'exercerait sans garde-fous : le respect des libertés individuelles et publiques, le souci de garantir aux étrangers des recours possibles fondés sur le principe de réciprocité du droit international (…) et l'attitude des associations de défense des droits des étrangers limitent la portée réelle des mesures politiques prises au niveau gouvernemental. Obéissant aux injonctions du pouvoir politique, mais tirant à la fois parti de l'instabilité gouvernementale et de la reconduction par chaque nouvelle majorité du grand partage de 1984, le pouvoir administratif estompe les arêtes les plus vives* », *in* V. Viet, *La France immigrée*, *ouvr. préc*., p. 470.

110 D. Lochak, « Norme, normalité et normalisation », *art. préc.,* p. 58.

recopier »[111], les médecins chargés de rendre des avis médicaux sur les demandes de titres de séjour pour soins, les préfectures chargées d'édicter un arrêté octroyant ou refusant un statut, ainsi que le juge administratif exerçant un contrôle sur ce dernier sont des acteurs de la *normalisation,* en ce qu'ils appliquent un certain référentiel dans leurs décisions. En effet, en recopiant tel ou tel statut-type, en insistant sur tel ou tel degré de maladie ou de souffrance de l'étranger, ils consacrent l'expression de certaines valeurs. Ils deviennent alors des acteurs de la *normalisation.* Plus encore, en étant plus exigeants sur le degré de gravité médicale pour permettre à l'étranger d'obtenir un statut, ils peuvent eux-mêmes véhiculer ou conforter certaines valeurs, qui justifieront des réformes[112].

29. Dès lors, la compréhension du phénomène de *normalisation* du statut juridique de l'étranger malade par ses acteurs nécessite d'analyser le droit positif en vigueur en mobilisant notamment une approche réaliste du droit[113], c'est-à-dire, pour le dire sommairement, en s'intéressant à l'effectivité[114] des dispositifs juridiques relatifs à l'attribution de ce statut. Comme le souligne Yann Leroy, l'effectivité n'est plus seulement « *envisagée comme une action – l'action consistant, pour les sujets de droit, à appliquer les prescriptions posées par la règle ou à utiliser les facultés qu'elle leur offre – mais* [aussi] *comme le résultat de cette action, la problématique de l'effectivité se situant, dès lors, au cœur même*

111 *Ibid.*

112 Des travaux sociologiques ont notamment démontré l'influence de l'administration et des hauts fonctionnaires sur l'impulsion de politiques publiques (la « *street-level bureaucracy* »). De manière générale, voir M. Lipsky, *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russel Sage Foundation, 1983, 272 p. Sur l'immigration en particulier, voir, outre les ouvrages de Vincent Viet et d'Alexis Spire précités, S. Laurens, *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981)*, Belin, coll. « Sociohistoires », 2009, 347 p.

113 Historiquement, la critique réaliste des droits et libertés a été développée par des auteurs tels que le philosophe Jérémy Bentham ou le professeur Michel Villey, qui ont notamment critiqué le caractère flou et général des termes employés dans les textes proclamant des droits et libertés. Voir M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Quadrige. Grands textes », 2008, pp. 7-14. La critique réaliste des droits et libertés s'est donc développée autour du passage de la proclamation des droits à celui de la réalisation. Sur ce sujet, lire notamment C. Roulhac, *L'opposabilité des droits et libertés*, Institut Universitaire Varenne, coll. « Thèses », 2016, p. 19 : « *Alors que les droits et libertés ont au fil des années largement intégré les différentes sources du droit (Constitution, conventions internationales, lois), l'attention s'est donc peu à peu renforcée autour de la question de l'effectivité des droits et libertés, entendue comme renvoyant au passage du stade de la proclamation à celui de leur réalisation dans le monde* ». Sur les critiques réalistes et marxistes des droits de l'Homme, voir notamment D. Roman, S. Hennette-Vauchez, *Droits de l'Homme et libertés fondamentales,* Dalloz, 3è éd., 2020, p. 80 et s.

114 V. Champeil-Desplats, D. Lochak, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Presse universitaire de Paris X, 2008, 266 p. ; voir également J. Commaille, entrée « Effectivité », *in* A. Alland, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, p. 583.

des effets produits par le droit »[115]. Ainsi, l'analyse de l'effectivité d'un droit nécessite « *l'étude de la façon dont les différents acteurs – sujets de droit, agents chargés du contrôle, juges – mobilisent les normes juridiques, qu'elles soient impératives ou facultatives, et de la manière dont celles-ci pèsent sur leurs conduites* »[116]. Étant donné que « *la concrétisation des énoncés qui formulent les droits et libertés ne peut échapper à l'interprétation des autorités compétentes pour les appliquer* »[117], il s'agit, à la lumière de cette conception de la notion d'effectivité, d'analyser les usages des règles de droit relatives au statut juridique de l'étranger gravement malade par ses acteurs – leurs actions et interprétations – et de s'intéresser à leurs résultats[118]. Il s'agit finalement de s'intéresser aux liens entre *l'effet normatif* du statut juridique de l'étranger malade et la *normalisation* dont il fait l'objet.

30. Ainsi, la présente étude repose sur l'hypothèse selon laquelle l'effectivité du droit au séjour pour raisons médicales est remise en cause par la manière dont les acteurs mobilisent les normes juridiques qui lui sont relatives. Le produit de cette mobilisation tendant vers une réduction du nombre de personnes protégées contre l'éloignement pour motifs médicaux, cette ineffectivité s'explique par la *normalisation* de l'état de santé de l'étranger par le droit. Ce dernier permet de véhiculer auprès des acteurs impliqués l'idée d'un seuil de souffrance et de gravité élevée pour contenir restrictivement le nombre de titres de séjour pour soins délivrés. La *normalisation* du statut juridique de l'étranger a ainsi pour finalité la *policiarisation* de ses mécanismes régulateurs. Ces derniers, activés par les acteurs

115 Y. Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, no. 3, 2011, p. 727. Sur la notion d'effectivité du droit, largement traitée par la doctrine, voir notamment J. Bétaille, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, dir. M. Prieur, Université de Limoges, 2012, 755 p.

116 *Ibid*., p. 725. Voir également F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit » *in Les usages sociaux du droit*, PUF, coll. « Cahiers du Curapp », 1989, p. 126 et s.

117 C. Roulhac, *L'opposabilité des droits et libertés*, *thèse préc.*, p. 40. Sur l'interprétation, lire notamment J. Chevallier, « Les interprétes du droit » *in La doctrine*, PUF, coll. « Cahiers du Curapp », 1993, p. 272 : « *le pouvoir de l'interprète peut être évalué, d'un point de vue sociologique, par le recours successif aux trois concepts fondamentaux, et étroitement liés, de rôle, fonction et position : par ''rôle'', il faut entendre la manière dont les interprètes du droit intériorisent et transcrivent en pratique les modèles de comportements prescrits ; à travers la ''fonction'', on s'interrogera sur la contribution qui l'interprète apporte au fonctionnement du système juridique ; enfin, l'analyse de la ''position'' conduira à mettre en évidence la situation des interprètes dans la stratification sociale et les ressources qu'ils peuvent mobiliser* ».

118 Les règles de droit en cause étant principalement de nature *administrative,* il s'agit cependant d'éviter l'écueil d'un normativisme « *qui entrave[rait] le raisonnement de la science administrative* » (*in* J. Chevallier, D. Lochak, *Science administrative*, PUF, 1ère éd., 1980, p. 45 : « *les juristes savent bien que les normes juridiques ne rendent compte que très imparfaitement de la réalité administrative ; mais lorsqu'ils constatent un écart par rapport à la règle,* a fortiori *par rapport à un principe fondamental, ils préfèrent l'interpréter comme une violation regrettable, un phénomène aberrant, que de s'interroger sur la fonction réelle de ce principe ou de cette règle et sur les causes de sa violation* »).

juridiques, médicaux et administratifs impliqués dans la reconnaissance d'un statut à l'étranger malade, privilégient tendanciellement une approche policière à une approche sanitaire du droit des étrangers. La présente recherche entend précisément démontrer qu'eu égard aux conditions de sa création, à la manière dont il s'est imposé aux pouvoirs publics, et à l'encadrement évolutif dont il a fait l'objet, la fonction première du statut juridique de l'étranger gravement malade n'est pas de *protéger* l'état de santé de l'étranger, mais de *contenir* le flux de statuts délivrés pour raisons médicales.

§3. La démarche de la recherche

31. Une étude sur le droit des étrangers revêt, par essence, un caractère sensible en ce qu'elle renvoie à la souveraineté de l'État. Une étude sur le droit des étrangers malades est d'autant plus sensible qu'elle a trait aux moyens développés par l'État pour contrôler le corps de l'étranger. En plus de ces sensibilités, la clarification de la démarche adoptée dans la présente recherche s'avère d'autant plus nécessaire que l'angle d'étude choisi est celui de la manière dont le droit est appliqué par ses *acteurs*, dont certains sont peu visibles. Il importe dès lors de clarifier l'approche du sujet, en exposant la méthodologie suivie, car celle-ci repose notamment sur une expérience de terrain ayant impliqué un usage social du droit au séjour pour soins[119]. Se pose alors nécessairement la question de la *neutralité* de la présente recherche.

32. L'idée selon laquelle « *l'analyse du droit en vigueur et son enseignement ne sauraient être parasités par un engagement personnel, qui conduirait à transgresser les normes qui commandent le travail du juriste et conditionnent son autorité professionnelle* »[120] apparaît prédominante dans le discours juridique[121]. Danièle Lochak a démontré le mythe de la neutralité du positivisme juridique[122] ; mythe que Michel Troper a quant à lui relativisé selon

119 Sur les usages militants du droit, voir notamment D. Lochak, « Les usages militants du droit », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 22 juin 2016, consulté le 13 juillet 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2178 ; L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, 2001/3, n° 49, p. 793-823 ; B. Gaïti, L. Israël, « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, n° 62, 2003, pp. 17-30.

120 J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », *in* V. Champeil-Desplats, N. Ferré, *Frontières du droit, critique des droits, Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, Paris, LGDJ, 2007, p. 306.

121 Sur ce sujet, lire notamment X. Dupré de Boulois, M. Kaluszynski (dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2011, 217 p.

que l'on se place sur le terrain de la *dogmatique juridique*[123] ou de la *science du droit*. La dogmatique juridique n'est à l'évidence pas neutre, puisqu'elle « *cherche à déterminer quelles sont les normes applicables* »[124], et implique « *la mise en œuvre d'évaluation* »[125], tandis que la science du droit peut prétendre à une telle neutralité dès lors qu'elle « *décrit les normes en vigueur* » et « *les contraintes internes qui déterminent la production de ces normes* »[126]. Mais qu'il soit dogmatique ou non, le discours doctrinal « *doit toujours, ne serait-ce que pour prétendre être scientifique, tendre vers cette neutralité axiologique entendue comme un idéal* »[127], et ce malgré le fait que le juriste apparaît dans tous les cas engagé dès lors « *qu'il prend part au processus de production de la norme, dévoile la logique sous-jacente à son élaboration, ou n'hésite pas à porter sur un elle un jugement critique* »[128]. Rapportées à l'objet d'étude, qui est de mettre en lumière les logiques sous-jacentes à la construction du statut juridique de l'étranger gravement malade, ces précisions visent à clarifier la démarche de la thèse : la présente cherche à s'inscrire dans la continuité des travaux critiques du droit des étrangers tendant à démontrer, de manière générale, une *policiarisation* des acteurs chargés de l'immigration par le droit[129].

33. Comme l'a démontré Amélie Gogos-Gintrand, « *l'étude des statuts de droit positif qui s'organisent autour des statuts de l'état des personnes (statuts de national et d'étrangers et statuts familiaux)* » révèle une « *forme de positionnement social à partir des droits (des*

---

122 D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in* P. Amselek, *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, p. 301 : « *la neutralité du commentaire neutralise le contenu de ce qui est commenté et, anesthésiant du même coup le sens critique de l'autre comme du lecteur, concourt à rendre concevable l'inconcevable* ».

123 « *La dogmatique juridique est le domaine de la science du droit consacré à l'interprétation et à la systématisation des normes juridiques. Elle a essentiellement une visée pratique : les énoncés de la dogmatique juridique donnent une information sur le contenu des normes juridiques valides* » selon le *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit,* A.-J. Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie du droit et de sociologie juridique,* LGDJ-Story-scientia, 1988, cité *in* D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *ouvr. préc.*, p. 293. Sur le rapport entre doctrine et politique, voir également C. Jamin, P. Jestaz, *La doctrine*, Dalloz, 2004 ; Y. Poirmeur, A. Bernard (dir.), *La doctrine,* PUF, coll. « Cahiers du CURAPP », 1993, 287 p. ; C. M. Herrera, « Doctrine juridique et politique : à la recherche du regard interne » *in* M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant,* Presses Universitaires de Rennes, 2007, p. 83 et s.

124 M. Troper, « Entre science et dogmatique, la voie étroite de la neutralité », *in Théorie du droit et science*, *op. cit.*, p. 319.

125 *Ibid.*, p. 320.

126 *Ibid.*, p. 324.

127 S. Hennette-Vauchez, « Analyser le discours doctrinal : comment dire qu'un texte prescrit ? », *in* M. Doat, J. Le Goff, P. Pedrot, *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant, ouvr. préc.*, p. 245.

128 J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », *art. préc.*, p. 308.

129 Sur les acteurs chargés d'interpréter la condition « d'intégration » des étrangers, voir N. Ferran, *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981 – 2006, op. cit.*

prérogatives) reconnus aux personnes »[130], dont la différenciation revêt « *une fonction politique* »[131]. La catégorisation juridique des étrangers répond en effet à « *une volonté de maîtriser et de contrôler les phénomènes migratoires* »[132]. Pour comprendre l'expression de cette volonté de maîtrise des flux migratoires dans le champ du droit au séjour pour soins, l'étude du statut juridique de l'étranger malade implique une analyse des dispositifs juridiques par lesquels un tel statut peut être reconnu : les dispositions conventionnelles, constitutionnelles, législatives, jurisprudentielles ou réglementaires qui permettent à l'étranger de « *réclamer* » ou à l'État « *d'octroyer* »[133] un statut en raison de son état de santé. Cela implique également d'analyser la manière dont l'État a par la suite déterminé et encadré les dispositifs le reconnaissant. Selon Didier Fassin, la « *régularisation au titre de la raison humanitaire* » serait plus facile à obtenir que le statut de réfugié, car « *la maladie semble une réalité aussi objective que neutre : elle est dans les cellules et les organes. Au contraire, la persécution implique de prendre parti en faveur des victimes et de porter un jugement sur les oppresseurs : on a affaire à des idéologies et des conflits. Les institutions des pays d'accueil se sentent plus à l'aise avec la neutralité supposée de la première qu'avec la partialité suspecte de la seconde* »[134]. Si cette affirmation peut apparaître, du moins sur le plan historique, exacte en ce qui concerne la manière dont les dispositifs officiels reconnaissaient un statut à l'étranger malade, la maladie n'est désormais plus abordée de manière neutre et objective. Dès lors, il importe de se concentrer sur les discours produits par les acteurs de ce statut[135] pour tendre vers une acception de la vie *biologiquement* dégradée permettant de faire primer l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur celui de protection de la santé. L'étude de ces discours et de leurs évolutions nécessite alors certaines méthodes de recherche, notamment pour y accéder.

---

130 M. Gogos-Gintrand, *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*, *op. cit.*, p. 10.

131 *Ibid*.

132 A. de Mesnard, « Enjeux et complexité de la catégorisation juridique des migrations », *Carnets du LARHRA* [En ligne], n° 2019, Dire les migrations, se dire migrant·es, 17 septembre 2019, URL : http://publications-prairial.fr/larhra/index.php?id=458.

133 Pour reprendre les termes de S. M. Lakhani et S. Timmermans, « Biopolitical Citizenship in the Immigration Adjudication Process », *art. préc.*, p. 361 : « *biopolitical citizenship refers to a mode of* claiming *rights that individuals may undertake vis-à-vis the state and to a mode of* granting *rights that states may undertake vis-à-vis individuals, both based on biomedical criteria* ».

134 D. Fassin, *La Vie. Mode d'emploi critique*, *ouvr. préc.*, p. 84.*Ibid.,* p. 90 : « *En France, la menace pesant sur la vie physique du migrant malade semble à l'État plus digne d'attention que la vie politique du demandeur d'asile* ».

135 Par exemple, à propos de l'affaire Pierre Rivière, Michel Foucault souligne « *les efforts réalisés par les médecins et par les magistrats dans leurs discours respectifs pour démontrer l'anormalité de l'auteur et de son geste dans le but de le faire entrer dans une qualification juridique donnée* » (M. Chambon, « Une réaction – Le droit administratif au prisme foucaldien : force du discours, drame du droit », *art. préc.*, p. 95).

34. La posture adoptée dans la présente recherche se rapproche du positionnement dogmatique décrit par Paul Amselek, visant à dégager « *par des raisonnements argumentatifs appropriés, toute la portée implicite d'arrière-plan susceptible d'être donnée aux dispositions édictées, à approfondir toutes les virtualités d'application auxquelles elles peuvent se prêter en pratique* »[136]. Ainsi, l'exposé de la démarche de la recherche implique notamment d'évoquer le choix de son financement (A), de sa méthode (B) pour, enfin, présenter la problématique retenue (C).

A. Le choix du financement de la thèse

35. Avant d'exposer les différentes méthodes utilisées pour s'intéresser à « *la réalité observable* » qui résulte des « *pratiques et des discours, (…) de l'archéologie des savoirs et des institutions* »[137] relatives au statut juridique de l'étranger malade, il convient d'expliquer le contexte personnel dans lequel elle s'est développée pour expliquer l'approche choisie ici, et notamment les modes de financement de la présente recherche.

36. La découverte du droit au séjour pour soins et des problématiques afférentes a été permise par un stage réalisé au sein de l'Espace Santé Droit (ESD) de janvier à juin 2014, géré par le Comede[138] et la Cimade[139], deux associations de défense des droits des personnes étrangères. Implanté à l'époque à Aubervilliers, l'ESD a pour « *objectifs la promotion du droit à la santé des personnes étrangères et la lutte contre les discriminations à l'égard des personnes migrantes* »[140]. Cette défense du droit des étrangers se fait par l'intermédiaire de permanences juridiques qui, entre autres, conseillent les personnes dans leurs démarches visant à obtenir un titre de séjour (principalement pour raisons médicales) et des droits sociaux (au premier rang desquels figurent les dispositifs de prise en charge des soins de santé, tels que l'Assurance maladie ou l'Aide médicale d'État). À l'issue de ce stage, au cours duquel s'est nourri ce projet de thèse, deux financements doctoraux de trois années ont été

136 P. Amselek, « Propos introductifs », *in Théorie du droit et science, ouvr. préc.*, p. 12.

137 O. Wright, « Norme, normalité et normalisation chez Michel Foucault », disponible sur le site d'Olivier Wright, 2014, p. 4. URL : https://www.o-wright.com/uploads/2/6/4/3/26432010/dissertation_-_olivier_wright_-_norme_normalite_et_normalisation_chez_michel_foucault.pdf.

138 Comité médical pour la santé des exilés. Lire notamment A. Picq, A. Veisse, « Trente ans de Comede, à la santé de l'exil », *L'Autre*, vol. 10, no. 3, 2009, pp. 371-372.

139 Sur le rôle de la Cimade, nous renvoyons à l'ouvrage de J. Drahi : *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la Cimade*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2004, 370 p.

140 Pour davantage de détails, voir le site du Comede : https://www.comede.org/lespace-sante-droit-avec-la-cimade-en-seine-saint-denis/

obtenus : le premier était un contrat doctoral financé par l'Agence nationale de recherche sur le sida (ANRS) ; et le second était une convention industrielle de formation par la recherche (CIFRE) au sein de l'association AIDES, association communautaire de lutte contre le VIH et les hépatites[141]. La recherche entendant porter sur la « réalité » du droit au séjour pour soins, le choix s'est orienté sur la CIFRE, qui ouvrait la voie à une recherche-action. AIDES fait figure d'actrice historique en faveur de la reconnaissance du droit au séjour pour raisons médicales : à la fois par ses mobilisations dans les années quatre-vingt-dix[142], et depuis 2010, par la création d'un observatoire du droit au séjour pour soins[143]. AIDES accompagne en outre des personnes étrangères dans leurs démarches juridiques pour obtenir un titre de séjour ou une protection contre l'éloignement[144], et mène des actions de plaidoyer auprès des responsables administratifs et politiques[145]. Si le contrat doctoral proposé par l'ANRS laissait libre la gestion du temps de recherche[146], la CIFRE avait quant à elle l'avantage de permettre l'accès à un terrain et à des données pertinentes afin d'approfondir les axes de recherche poursuivis. Ce terrain et ces données, tels que des réunions avec des conseillers ministériels ou des parlementaires[147], n'auraient pas été aussi accessibles hors de ce cadre. Elle a également permis d'observer les conséquences pratiques de certaines modifications législatives ou réglementaires sur les possibilités d'obtention d'un titre de séjour pour soins.

141 Lire notamment E. M'Baye, *De la contradiction en politiques publiques : l'action publique en direction des migrants atteints par le VIH/sida en France*, Thèse de science politique, Institut d'études politiques de Grenoble, 2009, p. 269 et s. AIDES s'est notamment démarquée par sa stratégie de « réduction des risques » d'exposition au VIH et aux hépatites. Pour un aperçu des controverses suscitées par les stratégies de lutte contre le VIH et les hépatites : G. Girard, « Les controverses sur le risque du sida chez les gays et la question de la normalisation de l'homosexualité », *Hermès, La Revue*, 2014/2 (n° 69), p. 160-162.

142 Aux côtés d'autres associations et collectifs en faveur de l'édiction d'un statut pour les étrangers gravement malades.

143 Mis en place en 2010 et dont sont issus plusieurs rapports (voir notamment AIDES, *Rapport de l'Observatoire malades étrangers*, juin 2015). Cet observatoire, remplit directement par des personnes concernées, permet de recueillir des données relatives au dépôt, à l'instruction, et aux réponses aux demandes de cartes de séjour pour soins, afin d'analyser les dysfonctionnements de la procédure pour interpeller les acteurs en charge de celle-ci.

144 Cette aide ne se cantonne pas au juridique, puisque AIDES pilote un dispositif d'aides financières aux personnes pour payer les timbres fiscaux demandés par les services préfectoraux pour l'obtention d'un titre.

145 Ces actions consistent en des interpellations publiques (communiqué, « seating ») ou du plaidoyer auprès des parlementaires et ministères concernés pour proposer le dépôt d'amendements ou signaler de graves dysfonctionnements dans les procédures administratives.

146 Contrairement à la CIFRE, qui consistait à être juriste à mi-temps sur le droit au séjour pour soins. Ce contrat impliquait une fiche de postes avec des missions à accomplir, telles que le suivi juridique de situations individuelles, la formation juridique des personnes volontaires et salariés de l'association confrontée à cette thématique, l'analyse des textes législatifs et réglementaires, la rédaction d'amendements, de courriers et communiqués de presse, la représentation dans des réunions, ou la gestion de l'enveloppe financière destinée à payer les timbres fiscaux pour l'obtention d'un titre de séjour.

147 En revanche, l'étiquette « AIDES » fermait d'autres portes, voir *infra*.

37. Au-delà de la question des données collectées[148], la CIFRE permettait d'inscrire la thèse dans une approche d'usage social du droit. Malgré ses limites[149], qui plus est dans le champ du droit des étrangers[150], elle présentait l'intérêt de pouvoir produire des arguments (des *discours*) relatifs au droit au séjour pour soins favorisant la protection de la santé à la maîtrise des flux migratoires[151], et d'observer leurs réceptions par les responsables administratifs et politiques. Le contrat s'est déroulé du 1er avril 2015 au 30 mars 2018, période au cours de laquelle deux lois modifiant le statut juridique de l'étranger gravement malade ont été votées[152]. Une allocation de recherche financée par le programme « Jeunes chercheurs » de Sidaction[153] a ensuite permis de poursuivre cette recherche d'avril 2018 à mars 2019[154]. Sidaction est une association de lutte contre le sida et les hépatites, également historiquement mobilisée sur la question du statut des étrangers gravement malades, en ayant notamment permis la médiatisation de l'expulsion des personnes étrangères atteintes du sida au cours de ses émissions télévisées annuelles[155]. Les deux dernières années de thèse se sont déroulées sous le statut d'attaché temporaire d'enseignement et de recherche au sein de l'Université Paris-Nanterre[156].

148 Voir *infra*.

149 Sur les limites aux usages militants du droit, et particulièrement du *cause lawyering*, nous renvoyons à L. Israël, « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, 2001/3, n° 49, p. 793-823. La sociologue cite notamment Richard Abel, qui pointe « *plusieurs de ses faiblesses : le caractère souvent symbolique de ses victoires, la légitimité que les juristes apportent malgré eux au système juridique et judiciaire qu'ils utilisent, la dépendance qu'ils conservent à l'égard de celui qui tranche finalement, juge ou législateur* ». Voir notamment R. Abel, « Speaking Law to Power : Occasions for Cause Lawyering », *in Cause Lawyeriing. Political Committments and Professional Responsabilities,* p. 103.

150 Lire notamment L Israël, « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, vol. 62, n° 2, 2003, pp. 115-143.

151 Les prises de position de l'association sont notamment visibles dans ses rapports. Voir notamment : AIDES, *Rapport de l'observatoire étrangers malades,* juin 2015 ; AIDES, *Rapport Discriminations*, Décembre 2018.

152 Il s'agit des lois n° 2016-274 du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France* et n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une *immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*

153 Association de lutte contre le VIH/sida, elle soutient notamment la recherche en finançant des projets « *ouvert à tous les domaines de la recherche : fondamentale (virologie et immunologie), clinique et en sciences sociales* » (https://www.sidaction.org/soutien-la-recherche).

154 Le programme « Jeunes chercheurs » de Sidaction n'implique pas de missions à effectuer pour l'association : une subvention couvrant les frais annuels est versée à l'Université de rattachement, qui emploie le chercheur en tant qu'ingénieur d'études dans son laboratoire. Le temps de travail est alors pleinement dédié à la thèse.

155 Il est notamment fait référence à la célèbre intervention de Christophe Martet, président d'Act-Up Paris lors du Sidaction de 1996, au cours duquel il interpelle Philippe Douste-Blazy, alors ministre de la Culture, sur la situation des personnes étrangères atteintes du sida menacées d'éloignement : voir France TV Info, « "C'est quoi ce pays de merde ?" : en 1996, le cri de colère d'Act Up au Sidaction », 25 mars 2018, https://www.francetvinfo.fr/sante/sida/sidaction/video-c-est-quoi-ce-pays-de-merde-en-1996-le-cri-de-colere-d-act-up-au-sidaction_2670556.html

156 La période s'étalant entre avril 2019 et septembre 2019 n'était pas couverte par un financement doctoral. Un emploi de juriste à la Cimade a été occupé pendant quatre mois (en qualité de « Responsable des questions entrée, séjour et droits sociaux »).

38. La particularité de la CIFRE au sein d'AIDES est l'engagement militant qu'elle suppose[157] : investie dans les luttes sociales, le juriste « *n'est plus dès lors seulement spectateur ou commentateur de ces luttes, à travers l'analyse des textes juridiques qui en sont l'aboutissement, mais devient acteur, directement impliqué dans ces luttes* »[158]. Par la CIFRE, il fallait finalement adopter la figure du « juriste militant » décrite par Jacques Chevallier : « *c'est en qualité de juriste qu'il s'engage, et la compétence professionnelle qu'il a acquise dans le champ juridique est mise au service de l'action militante* »[159]. La CIFRE a ceci de particulier qu'elle implique une « *confusion des rôles* » entre engagement militant et activité de juriste universitaire, rendant la « *démarcation* »[160] délicate[161]. Mais bien que délicate, elle n'en est pas moins nécessaire. À cette fin, les casquettes de « juriste-militant » et de « doctorant »[162] étaient systématiquement distinguées selon les circonstances[163]. Le travail de chercheur consistant à objectiver[164] les données collectées, l'étude du statut juridique de l'étranger

157 Cette remarque dépasse le simple cadre de la CIFRE ainsi que le cadre du militantisme, puisque par manque de financements doctoraux, un certain nombre de doctorants travaillent sur le droit des étrangers tout en étant embauché en parallèle par des structures étant elle-même actrice du droit des étrangers – donc, à des degrés divers, de leur objet d'étude – telles que des cabinets d'avocat, des préfectures ou des associations. La présente « justification » de la démarche de la recherche – du contexte dans lequel elle s'inscrit – n'apparaît pas explicitement dans un certain nombre de travaux en droit des étrangers, ce qui peut apparaître discutable eu égard à la fonction de légitimation remplie par le droit et la doctrine.

158 J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », *art. préc.*, p. 308.

159 *Ibid.*, p. 308.

160 *Ibid.*, p. 309.

161 En attestent les nombreux refus d'entretiens et les échos entendus quant aux travaux publiés, provenant notamment de fonctionnaires du ministère de l'Intérieur.

162 Jacques Chevallier a distingué les engagements des juristes, selon qu'il soit « *intellectuel* » ou « *militant* », auxquels peuvent s'assimiler les casquettes de « doctorant » et de « juriste militant » induits par la CIFRE. Le premier, qui s'assimile au travail doctrinal, implique une « *activité d'interprétation, par laquelle il contribue à fixer la signification de la norme, du travail de systématisation, par lequel il établit les chaînons nécessaires entre les productions juridiques singulières, de la production de représentations, qui le conduit à dégager des principes sous-jacents, ou plus clairement encore de l'intervention directe dans l'élaboration des textes sous couvert d'expertise, toutes ces facettes du travail doctrinal postulent un engagement actif du juriste, allant bien au-delà d'un savoir technique* ». Cet « *engagement ''intellectuel'' ne saurait cependant être confondu avec un engagement ''militant'', qui implique un passage dans l'ordre de l'action* » (J. Chevallier, « Juriste engagé(e) ? », *art. préc.*, pp. 306-307).

163 À titre d'exemple, pour répondre aux demandes d'auditions du groupe de travail du Défenseur des droits sur le droit au séjour pour soins, il était systématiquement demandé en quelle qualité (juriste associatif ou doctorant) l'audition était demandée, l'approche du sujet n'étant pas la même selon les « casquettes ». Il en est de même pour les demandes d'entretiens semi-directifs (voir infra) : il était précisé que l'entretien se déroulait exclusivement dans le cadre de la thèse, et que les informations recueillies n'auraient pas vocation à être utilisées par AIDES dans son activité militante. Idem pour les interventions dans la presse, voir par ex. A. Martin, « Étrangers malades : le ministère de l'Intérieur joue au docteur », *Alternatives économiques,* 5 janvier 2017 : https://www.alternatives-economiques.fr/etrangers-malades-ministere-de-linterieur-joue-docteur/00012914 ; B. Dugué, « Idées préconçues et suspicion : la difficile situation des personnes malades étrangères », *France Inter,* 13 mai 2019 : https://www.franceinter.fr/societe/idees-preconcues-et-suspicion-l-exercice-des-droits-des-personnes-malades-etrangeres-est-plus-difficile

164 D. Lochak, « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in* P. Amselek, *Théorie du droit et science, op. cit.,* p. 286.

malade nécessite de ne pas simplement se cantonner au terrain de recherche propre à AIDES. En effet, ce seul terrain cumulé à l'interprétation des données qu'il a permis de collecter[165] biaiserait la compréhension du sujet, car « *le fond de la compréhension reste intuitif, à titre d'affinité préalable entre l'interprète et ce que dit le texte* »[166]. Or, la porte d'entrée dans le sujet par l'intermédiaire du travail à AIDES est nécessairement porteuse d'un biais méthodologique, puisqu'elle s'inscrit dans une certaine approche du droit au séjour pour soins[167], en l'occurrence, militante. L'objectivation nécessite alors d' « *expliquer plus pour comprendre mieux* »[168] le phénomène de *normalisation* de l'état de santé de l'étranger malade visant à limiter l'octroi d'un statut juridique. Cette démarche exige alors de recourir à une méthode regroupant une variété de sources pour appuyer la démonstration.

B. La méthode

39. Le statut juridique de l'étranger gravement malade a déjà fait l'objet de travaux universitaires dans plusieurs disciplines. Deux thèses ont notamment été consacrées à ce sujet. Elhajd M'Baye a mis en lumière les multiples tentatives de réformes restrictives du droit au séjour pour soins par les pouvoirs publics à compter du milieu des années 2000, et comment l'opposition des milieux associatifs et médicaux liés au VIH/Sida a permis de s'y résister[169]. Cette opposition s'est cependant peu à peu affaiblie à partir du début des années 2010. Juliette Lecame a quant à elle mis en évidence les trois tensions suscitées par le droit au séjour pour soins : entre le juge et le législateur quant aux conditions d'accès aux soins dans le pays d'origine ; « *entre le principe de dignité et les préoccupations migratoires et financières* »[170] ; ainsi qu'entre la théorie et la pratique de ce droit au séjour. Ces deux thèses ne sont cependant pas exclusivement focalisées sur le droit au séjour pour soins : Elhadj Mbaye aborde « *l'action publique en faveur des migrants atteints du VIH/Sida* », et Juliette Lecame

165 Autrement dit, ce terrain cumulé à une approche herméneutique. Selon P. Ricoeur, l'herméneutique est « *la théorie des opérations de compréhension dans leur rapport avec l'interprétation des textes, le mot herméneutique ne signifiant pas autre chose que l'exercice méthodique de l'interprétation* » (P. Ricoeur, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », *in* P. Amselek, *Théorie du droit et science, op. cit.*, p. 15).

166 *Ibid*., p. 17.

167 Pour un autre exemple, le même biais serait valable pour une thèse financée par le ministère de l'Intérieur, une organisation internationale ou un cabinet d'avocats.

168 P. Ricoeur, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », *art. préc.*, p. 19.

169 E. M'Baye, *De la contradiction en politiques publiques : l'action publique en direction des migrants atteints par le VIH/sida en France*, *thèse préc.*, pp. 460-490.

170 J. Lecame, *Santé et droit(s) des étrangers en France,* Thèse de droit public, Université Caen-Normandie, 2018, 359 p. 271.

traite le droit à la santé de l'étranger de manière générale, en y incluant notamment les dispositifs d'accès à une assurance-maladie. La présente recherche s'inscrit donc dans la continuité de ces travaux, avec toutefois pour particularité de s'axer exclusivement sur le statut juridique de l'étranger malade, en incluant dans l'analyse les principales sources de ce statut, et les discours produits par ses différents acteurs.

40. La mise en évidence de la *normalisation* du droit au séjour pour soins par ses acteurs – des mécanismes par lesquels ceux-ci favorisent la maîtrise des flux migratoires à la protection de la santé – implique de s'intéresser aux sources normatives relatives à ce statut, ainsi qu'aux acteurs mobilisés pour les appliquer. Les normes supranationales qui lui sont relatives sont principalement constituées par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH), de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE), ainsi que par des traités internationaux tels que la Convention contre la torture, ou le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP). Ces sources, ainsi que la jurisprudence de leurs organes juridictionnels, sont aisément accessibles[171]. Il en est de même des sources relatives aux normes constitutionnelles, législatives et réglementaires. Les activités de plaidoyer au sein de l'association AIDES ont permis de compléter ces sources et discours, car elles ont consisté en des rendez-vous avec des parlementaires et des membres du pouvoir exécutif[172] à l'origine du projet de loi modifiant la procédure d'octroi d'un statut aux étrangers gravement malade[173], afin de proposer des amendements.

41. Le droit des étrangers repose « *sur un certain nombre de catégories juridiques floues, véritables standards conditionnant l'ensemble des décisions administratives et dont les seules définitions sont jurisprudentielles ou ministérielles* », notions « *dont le sens est laissé volontairement ouvert et ainsi susceptible d'aménagements et d'adaptations ponctuelles* »[174]. La présente étude nécessite alors de se focaliser sur deux sources normatives importantes du statut juridique de l'étranger gravement malade : la production normative de

171 Complété par documents issus de tierces interventions (telle que la tierce intervention de l'État français dans certaines affaires).

172 En l'occurrence : des conseillers du Premier ministre ; la directrice de cabinet du Président de la République ; et le conseiller immigration du ministère de l'Intérieur.

173 Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

174 C. Daadouch, *La circulaire et l'exercice de l'autorité dans l'administration*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2000, p. 61.

l'administration[175] d'une part, produite par les directions et structures rattachées aux ministères de l'Intérieur et de la Santé en charge de l'encadrement du droit au séjour pour soins ; et la jurisprudence administrative d'autre part, le contentieux des étrangers étant un contentieux de masse[176]. C'est à mesure que l'étude s'est focalisée sur ces normes et acteurs infralégaux que la publicité des données s'est amoindrie, et a nécessité diverses méthodes pour y accéder.

42. Concernant l'administration, les archives des ministères de la Santé, de l'Intérieur, et du Premier ministre ont constitué un matériau important dans le but de comprendre l'histoire de la *biolégitimation* de l'étranger malade, et à la manière dont elle a été gérée par les pouvoirs publics avant que la loi Chevènement ne vienne la reconnaître officiellement. Un écueil a toutefois rendu difficiles leurs consultations : la très grande majorité des côtes d'archives concernées ne sont pas librement communicables pour des raisons tenant à la protection du secret médical (des informations sur des étrangers malades y étant contenues), ou en raison de l'atteinte susceptible d'être portée aux délibérations du Gouvernement[177]. Des demandes de dérogations pour consulter ces archives avant lesdits délais[178] ont été effectuées, mais la très grande majorité de ces demandes a été dans un premier temps refusée par le ministère[179] ou par la personne publique concernée[180]. Des demandes d'avis à la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) sur ces

175 J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis-Droit », 1994, p. 107 et s : « *l'administration est au cœur des processus politiques* » ; elle « *est l'institution qui assure l'exercice concret, la mise en œuvre pratique des fonctions qui incombent dans les sociétés contemporaines à l'État – et notamment de la puissance de contrainte dont il détient le monopole ; et cela suffit à la différencier des autres institutions sociales* ».

176 P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française, rapports officiels, 2008, p. 176. Sur le contentieux de masse que représente le droit des étrangers, voir également G. Calvès, « Mieux connaître les contentieux de masse », *RFDA*, 2011, p. 477 ; N. Fischer, « Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse », *RFDA,* 2011, p. 481.

177 L'article L. 213-2 du Code du patrimoine prévoit en effet que certains documents ne sont communicables qu'à l'expiration d'un délai vingt-cinq ans, voire cinquante ans, si la communication de ces documents « *porte atteinte au secret des délibérations du Gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif », « au secret médical »*, ou « *à la protection de la vie privée* ».

178 Certaines cotes n'étant pas consultables avant le 31/12/2111 (voir par exemple la cote n° 19970026/1). La moyenne se situait autour de 2050.

179 En l'occurrence, les refus venaient systématiquement du ministère de l'Intérieur, le ministère de la Santé ayant donné une suite favorable à la seule demande formulée (il s'agissait de celles de Philippe Douste-Blazy, lorsqu'il était ministre délégué à la Santé).

180 La décision d'autoriser ces demandes de consultations anticipées étant soit décidées par le chef de cabinet du ministère concerné (en l'occurrence, du Premier ministre, du ministère de l'Intérieur ou de la Santé), soit par la personne à qui ces archives appartiennent, c'est-à-dire le ministre lui-même (par exemple, Édouard Balladur a donné un avis défavorable à la consultation d'archives datant de ses fonctions de Premier ministre).

demandes de consultations anticipées ont dû être déposées[181], aboutissant pour certaines à une issue favorable[182]. Pour d'autres, un avis négatif a été maintenu par le ministère de l'Intérieur malgré l'avis favorable de la CADA, décision ayant fait l'objet d'un recours devant le tribunal administratif de Paris[183]. À ces sources primaires – ayant trait aux notes et échanges internes aux ministères et à l'administration sur le sujet du droit au séjour pour soins – se sont ajoutés des documents similaires plus récents, transmis cette fois directement par des personnes travaillant au sein de ces ministères.

43. L'impact du rôle de l'administration a également pu être mesuré par l'intermédiaire d'entretiens semi-directifs[184] menés avec des fonctionnaires ayant travaillé sur le droit au séjour pour soins au sein des ministères de l'Intérieur et de la Santé, ainsi qu'avec des médecins ayant exercé au sein des Agences régionales de santé (ARS)[185]. Un obstacle similaire à celui rencontré pour la consultation des archives a été rencontré, à savoir la difficulté d'obtenir des entretiens avec des personnes travaillant au ministère de l'Intérieur : les demandes officielles formulées aux services de communication des administrations et des préfectures, ou auprès de certains fonctionnaires, ont reçu une réponse défavorable ou sont restées sans réponse[186]. À l'inverse, toutes les demandes formulées auprès du ministère de la Santé et de ses agences ont été reçues favorablement[187]. Plusieurs entretiens ont cependant pu être menés avec des personnes travaillant, entre autres, sur le dossier « étrangers malades » au sein de certaines structures rattachées au ministère de l'Intérieur, sous couvert d'anonymat[188]. Eu égard à la spécificité de leurs missions, rendant leur identification

181 Voir par exemple CADA, avis n° 20164818 du 15 décembre 2016 ; CADA, avis n° 20173160 du 5 octobre 2017 ; CADA, avis n° 20185336 du 18 avril 2019.

182 Mais dans des délais qui restent particulièrement longs : un an en moyenne entre la demande de dérogation envoyée et la consultation effective des archives concernées.

183 Refus motivé par le revirement du ministère de l'Intérieur qui a, par le passé, autorisé la consultation de documents de nature similaire, mais a ensuite adopté la position inverse. En octobre 2020, le tribunal administratif de Paris n'avait pas encore statué sur ce recours.

184 Sur la méthodologie détaillée de ces entretiens, voir *infra,* Annexe 1.

185 Les médecins des ARS étaient chargés, jusqu'en 2016, de rendre des avis médicaux sur les demandes de titre de séjour et de protection contre l'éloignement pour raisons médicales.

186 Confirmant ainsi les propos les propos de Jacques Chevallier : « *le chercheur se heurte à la méfiance instinctive des responsables administratifs, souvent réticents ou sceptiques à l'égard des recherches portant sur leurs services* » (J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, 2019, p. 63).

187 Cette différence de perception du sujet de recherche apparaît d'ailleurs symptomatique de la sensibilité qu'il revêt pour les ministères concernés : celui chargé de la maîtrise des flux migratoires démontre une réticence certaine, quand celui chargé de la protection de la santé n'y voit aucun inconvénient.

188 Ces personnes se sont manifestées d'elles-mêmes pour proposer de tels entretiens.

probable, ces entretiens n'ont cependant pas pu être exploités formellement[189] dans la présente recherche.

44. Une autre méthode a été utilisée pour compléter l'analyse des sources et du rôle de l'administration, ainsi que pour étudier celui du juge administratif : une convention de recherche établie avec le Conseil d'État[190] a permis d'accéder aux bases jurisprudentielles de la juridiction administrative, et de recueillir un nombre conséquent de jugements des tribunaux administratifs, et de décisions des Cours administratives d'appel, relatives à des recours exercés à l'encontre d'arrêtés préfectoraux de refus de titre de séjour pour raisons médicales[191]. La jurisprudence collectée a permis la poursuite d'un triple objectif : la mise en évidence de certaines pratiques préfectorales ; celle des profils d'étrangers malades ciblés par ces refus de séjour ; et les différentes tendances ressortant du contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif. Les pratiques préfectorales ont également pu être observées par l'intermédiaire des données issues de l'Observatoire du droit au séjour pour soins mis en place par AIDES en 2010 et dont sont issus plusieurs rapports[192]. Les données collectées par cet observatoire sont remplies directement par des personnes demandant un titre de séjour pour soins, permettant ainsi le recueil de données relatives au dépôt, à l'instruction, et aux réponses aux demandes, afin d'analyser les dysfonctionnements de la procédure[193].

45. Enfin, le corps médical, et plus spécifiquement, les médecins exerçants à l'hôpital public, constitue également des acteurs de ce statut, puisqu'ils sont en effet chargés, avec le médecin traitant de l'étranger, de rédiger le rapport médical destiné aux services médicaux instructeurs des demandes de titre de séjour pour soins[194]. Afin d'étudier leur rôle dans la *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade, des entretiens semi-directifs ont été menés avec une vingtaine de personnes travaillant au sein de l'Assistance publique des hôpitaux de Paris (APHP) : la direction juridique de l'APHP, plusieurs chefs de

189 Ils n'ont pas été retranscrits textuellement, et ont davantage servi à conforter des hypothèses.

190 Cette étude s'appuie en partie sur de la jurisprudence recueillie en février 2017 dans la base de données Ariane Archive, à laquelle nous avons pu avoir accès dans le cadre de *Convention de mise à disposition de la base de données Ariane interne à la juridiction administrative* avec le Conseil d'État.

191 La CIFRE au sein d'AIDES a également permis de recueillir de la jurisprudence. Concernant la méthodologie spécifique de recherche dans les bases de données du Conseil d'État, voir *infra,* Annexe 2.

192 Voir notamment AIDES, *Rapport de l'observatoire étrangers malades,* juin 2015 ; AIDES, *Rapport Discriminations*, Décembre 2018.

193 L'objectif étant ensuite d'interpeller les préfectures concernées, ou la Direction générale des étrangers en France (DGEF). C'est dans ce cadre que des rencontres avec certaines préfectures et la DGEF ont eu lieu.

194 Les médecins des ARS jusqu'en 2016, et les médecins du service médical de l'OFII depuis 2017.

service des maladies infectieuses et de médecine interne[195], ainsi que des praticiens hospitaliers et assistantes sociales rattachés à ces services ont été rencontrés.

46. Ces choix méthodologiques permettent ainsi d'étudier deux niveaux de discours relatifs à la catégorisation de l'étranger malade : celui produit par les autorités normatives pour délimiter cette catégorie par des conditions, et celui produit par les acteurs chargés d'interpréter ces conditions, soit de *concrétiser* le processus de catégorisation. Pour reprendre la métaphore du scanneur permettant de biolégitimer l'étranger par sa maladie, cette méthode vise, d'une part, à analyser les acteurs de la construction de ce scanneur, et la manière dont il a été réglé. Elle permet d'autre part de comprendre son utilisation par les acteurs, et la manière dont sont lus ses résultats.

47. La « *force agissante du droit (...)* [résidant] *dans la puissance propre du discours* »[196], l'analyse des sources permet l'étude des discours et de leur réception par les acteurs chargés de les interpréter pour décider ce *qu'est* (ou n'est pas) le statut de l'étranger gravement malade – autrement dit, pour distinguer les profils médicaux catégorisables de ceux qui ne le sont pas. Finalement, la présente étude porte sur le rapport existant entre « *droit et vérité* »[197] en ce qui concerne le statut d'étranger malade, sur la réception de ces discours par les acteurs, et leur effet de « *véridiction* »[198] de l'étranger gravement malade. En somme, elle

195 Ces services ont été ciblés pour des entretiens, car ils sont ceux où sont traitées les personnes porteuses des principales pathologies pour lesquelles des demandes de titres de séjour pour soins sont demandées (VIH ; hépatites).

196 Pour le dire avec Danièle Lochak, le droit, en tant qu'« *instrument normatif et prescriptif, qui établit des normes et en sanctionne le respect, il est aussi discours, discours référentiel qui prétrend décrire la réalité en même temps qu'il la régit* », (D. Lochak, « Droit, normalité et normalisation », *art. préc.*, p. 54). Il faut ainsi « *toujours avoir à l'esprit que le droit ne se résume pas à un ensemble de règles contraignantes, qu'il est aussi phénomène de discours : discours sur le monde environnant qu'il découpe et reconstruit selon ses propres n notions et critères, non sans occulter ce que ce découpage a d'arbitraire et en le donnant à avoir comme inhérent à l'ordre naturel des choses* » (D. Lochak, « Les catégories juridiques dans les processus de radicalisation », préc., p. 133).

197 Michel Foucault a développé une étude de la « *véridiction* » de la folie, de la sexualité, de la délinquance, etc., à travers les pratiques existantes dans ces milieux. Sur ce sujet, lire M. Foucault, *Naissance de la biopolitique*, cours au collège de France, *op. cit.*, pp. 36-37 : « *Vous voyez que tout ceci – qu'il s'agisse du marché, du confessionnal, de l'institution psychiatrique, de la prison, dans tous ces cas-là, il s'agit d'aborder sous différents angles une histoire de la vérité, ou plutôt d'aborder une histoire de la vérité qui serait couplée, dès l'origine, avec une histoire du droit. (...) l'analyse de la constitution d'un certain droit de la vérité à partir d'une situation de droit, le rapport droit et vérité trouvant sa manifestation privilégiée dans le discours, le discours où se formule ce qui peut être vrai ou faux ; le régime de véridiction, en effet, n'étant pas une certaine loi de la vérité, [mais] l'ensemble des règles qui permettent, à propos d'un discours donné, de fixer quels sont les énoncés qui pourront y être caractérisés comme vrais ou faux* ».

198 *Ibid.*, p. 37 : « *la critique que je vous propose consiste à déterminer sous quelles conditions et avec quels effets s'exerce une véridiction, c'est-à-dire, encore une fois, un type de formulation relevant de certaines de règles de*

porte sur l'impact des discours visant à *policiariser* les mécanismes appréhendant ce statut pour aboutir, *in fine,* à une restriction dans sa délivrance. Les données collectées visent ainsi à « *déchiffrer les relations de pouvoir, de domination et de lutte, à l'intérieur desquelles les discours s'établissent et fonctionnent* »[199].

C. Présentation de la problématique

48. La première hypothèse : le malaise suscité par la maladie de l'étranger. La construction du cadre juridique relatif à l'étranger gravement malade traduit un *malaise* des autorités normatives à saisir juridiquement la maladie de l'étranger. Cet embarras s'expliquerait par l'impression de perte de contrôle de l'immigration – et donc de perte de *souveraineté* de l'État – que la maladie implique, puisque d'une certaine manière, en imposant à l'État son corps malade, l'étranger contraint l'État à le protéger. Ce *malaise* s'observe chez une pluralité d'acteurs, tels que le législateur, le gouvernement, l'administration, les médecins et les juges. Il s'exprime néanmoins différemment selon ces derniers : alors qu'il ressort explicitement des débats parlementaires, il est plus diffus chez les médecins, et invisibilisé chez le juge administratif. Mais dans tous les cas, ce *malaise* produit un *effet normatif*. Il serait en effet la raison de *l'ineffectivité* du statut juridique de l'étranger gravement malade, de l'écart existant entre la *proclamation* d'un droit de l'étranger à obtenir un statut en raison de sa maladie grave, et sa *concrétisation.*

49. La deuxième hypothèse : la nécessité de contrôler strictement la maladie de l'étranger. Du fait de ce malaise, le contrôle strict de l'état de santé de l'étranger apparaît comme un *impératif* pour les pouvoirs publics : il leur faut déterminer un cadre juridique à cette fin. Il s'agit là de l'effet normatif recherché par les acteurs pour remédier au malaise que suscite la maladie de l'étranger. La construction de ce cadre est en partie produite par les *discours* des acteurs chargés de le délimiter (Parlement, gouvernement) qui, par ces mêmes discours, peuvent influencer les acteurs chargés de son application ou de son interprétation (médecins, administrations, juges), ces derniers intériorisant la nécessité d'un contrôle strict de la maladie de l'étranger. Plus encore, pour *politiser* de manière feutrée[200] la maladie de

vérification et de falsification ».

199 M. Foucault, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère...Un cas de parricide au XIXème siècle présenté par Michel Foucaul*, *op. cit.*, p. 18.

200 S. Laurens, *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981), op. cit.*

l'étranger comme une *menace* à la maîtrise de l'immigration, les différents discours s'y référant insistent sur les risques suscités par sa reconnaissance, tels que le risque de fraude ou de simulation de maladie. Dès lors, la conséquence normative de ce *malaise* va être un encadrement strict de la délivrance de titres de séjour pour soins, afin que les acteurs chargés de la police des étrangers (le ministère de l'Intérieur et les préfectures) *contrôlent* le processus de catégorisation pour raisons médicales (*i.e.* de *biolégitimation*).

50. En définitive, l'effet normatif du malaise suscité par la maladie de l'étranger est la *policiarisation* des acteurs chargés de l'appréhender. Concrètement, cet effet normatif signifie que les normes protégeant l'étranger en raison de son état de santé permettent une maîtrise des flux migratoires, une logique de « maîtrise » qui se diffuse auprès de tous les acteurs impliqués dans le processus de *catégorisation* de l'étranger malade. Ainsi, l'analyse empirique des pratiques médicales et du contentieux révèle que des acteurs qui n'auraient *a priori* pas dû se soucier de maîtriser l'immigration (tels que les médecins) intériorisent pourtant cette logique dans leur mission, tandis que d'autres acteurs légitiment des pratiques administratives la favorisant (tels que le juge administratif). Finalement, alors qu'au début, la maladie était crainte, car perçue comme une *réalité* difficilement contrôlable, les mécanismes développés par les acteurs juridiques ont permis de *normaliser* son approche pour la *banaliser,* au même titre que d'autres aspects de la réalité *sociologique* de l'étranger, tels que ses liens familiaux.

51. Formulation de la problématique. Ces deux hypothèses s'intéressent aux mécanismes développés par l'État pour *contrôler* de manière restrictive la maladie de l'étranger. Notre problématique peut dès lors être formulée de la manière suivante : l'évolution du cadre juridique relatif à la catégorisation de l'étranger pour raisons médicales permet-elle une conciliation équilibrée entre, d'un côté, les objectifs de protection de la santé et, de l'autre, de maîtrise des flux migratoires ? Cette problématique vise ainsi à étudier les logiques sous-jacentes à la construction du cadre juridique relatif au statut de l'étranger malade, en se focalisant notamment sur la pratique des acteurs chargés d'accorder ou non un droit au séjour pour soins à un étranger.

52. La thèse retenue est ainsi celle d'une *policiarisation* croissante des acteurs chargés d'appréhender la maladie de l'étranger comme motif de légitimité : en somme, la primauté accordée à la maîtrise des flux migratoires. Plus encore, il importera de démontrer que la *policiarisation* est non seulement permise, mais qui plus est encouragée par le cadre normatif. Il importera ainsi de démontrer que les discours produits par les pouvoirs publics concernant l'étranger gravement malade, et le cadre juridique qui en résulte, sont symptomatiques d'un certain malaise à l'égard de l'étranger, qu'il soit malade ou non. En effet, à l'image des parents d'enfants français et des conjoints de français, les discours produits sur l'immigration véhiculent de manière générale la nécessité de contrôler strictement les procédures, afin d'éviter que ces voies de régularisation ne soient « discréditées » par la fraude. Ce contrôle passe nécessairement par un renforcement des mécanismes, et notamment, une centralisation de ce contrôle par le ministère de l'Intérieur. À cet égard, le traitement juridique de la condition de l'étranger gravement malade (*i.e.* les mécanismes mis en place pour *catégoriser* l'étranger en raison de son état de santé, ainsi que les droits qui découlent de ce statut) serait paradigmatique du traitement juridique de la condition de l'étranger *en général.* Plus encore, le malaise des pouvoirs publics à traiter l'étranger par le prisme de son état de santé révélerait, de manière plus large, leur malaise à l'égard de l'étranger.

53. Annonce de plan. Les sources normatives relatives à ce statut, et les discours qui les accompagnent, produisent un ensemble de normes tendant à faire prévaloir l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé de l'étranger. Cette prédominance se matérialise par une élévation du seuil de vie *biologiquement* dégradée nécessaire à la reconnaissance par l'État de l'étranger malade. Pour le dire sommairement, l'étranger doit être toujours davantage malade pour obtenir un titre de séjour. Ce constat ressort particulièrement des normes supra-légales, telles que le droit international, européen, et constitutionnel. En effet, alors que les droits fondamentaux proclamés par ces normes permettraient à leurs organes de protéger l'étranger en raison de son état de santé, des limites à une protection effective sont systématiquement développées pour préserver la maîtrise des flux migratoires. Plus encore, de telles limites sont développées pour alerter sur la menace pour la souveraineté de l'État que représente la maladie de l'étranger comme motif de catégorisation. Ce cadre normatif laisse dès lors une marge de manœuvre considérable aux pouvoirs législatif et exécutif pour catégoriser l'étranger en raison de son état de santé

et, partant, pour déterminer les objectifs qui doivent prévaloir entre, d'une part, la protection de la santé et, d'autre part, la police des étrangers. Ainsi, si les sources normatives légales et supra-légales prévoient une protection juridique à l'étranger gravement malade (par la délivrance d'un titre de séjour ou d'une protection contre l'éloignement), elles permettent aussi sa *normalisation,* autrement dit, le développement d'un cadre normatif privilégiant la maîtrise des flux migratoires. À cet égard, la construction difficile d'un statut protecteur est révélatrice des tensions suscitées par ce dernier, résultantes des logiques antagonistes que sont la police des étrangers et la protection sanitaire (Partie 1).

54. À l'analyse du cadre juridique favorisant la maîtrise des flux migratoires, vient s'ajouter celle de la pratique du droit au séjour pour soins par ses acteurs. En premier lieu, les préfectures et les médecins chargés d'évaluer l'état de santé de l'étranger influent de manière déterminante sur l'effectivité de ce statut, car ils sont chargés de concrétiser (d'interpréter, de subsumer) les conditions générales fixées par les autorités normatives. En second lieu, en contrôlant cette interprétation (en la validant ou non), le juge administratif joue également un rôle prépondérant dans cette possible concrétisation. Prises individuellement, ces interprétations ne concernent qu'un étranger, et déterminent s'il peut ou non prétendre à un statut. Mais prises dans leur globalité, l'ensemble des interprétations auxquelles se livrent ces acteurs peuvent être considérées comme allant jusqu'à constituer une politique publique. En effet, en interprétant ces conditions favorablement ou non à l'étranger malade, préfets, médecins et juges sont chargés de l'équilibre entre les objectifs de protection de la santé individuelle et de contrôle de l'immigration. Or, l'étude globale de leurs interprétations met là encore en évidence une tendance générale à faire prédominer le second sur le premier, neutralisant la portée protectrice de ce statut dans sa mise en œuvre. Ainsi, la *normalisation* permise par le cadre normatif – qui privilégie l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur celui de protection de la santé – vient se concrétiser par la *policiarisation* de ses mécanismes régulateurs (Partie 2).

Partie 1. La construction difficile d'un statut juridique protecteur

Partie 2. La mise en œuvre neutralisante du statut juridique protecteur

Partie 1 : La construction difficile d'un statut juridique protecteur

55. Le droit étant source de normes contraignantes influant les comportements, la mise en évidence de la *normalisation* du statut juridique de l'étranger malade nécessite d'analyser l'appréhension de la maladie de l'étranger par le droit. Autrement dit, il s'agit de mettre en lumière la façon dont le droit positif relatif à l'étranger gravement malade manifeste un « *pouvoir qui n'agit pas par exclusion* » (puisque des droits sont reconnus à l'étranger en raison de son état de santé), « *mais plutôt par inclusion serrée* »[201].

56. La protection de l'étranger pour raisons médicales semble *a priori* évidente si elle est abordée sous le prisme des droits fondamentaux. En effet, des normes, tant législatives, constitutionnelles que conventionnelles consacrent un droit à la santé, et protègent l'étranger contre les risques pour sa vie ou sa dignité, notamment en cas de renvoi dans son pays d'origine. Le risque d'une dégradation de la santé de l'étranger présente donc une *probabilité* de *protection juridique*. L'analyse de l'interprétation des normes internationales, européennes et constitutionnelles par lesquelles cette justiciabilité pourrait être concrétisée met cependant en lumière une protection très relative de l'étranger pour raisons médicales. Le seuil de gravité requis pour que la santé de l'étranger donne droit à un statut protecteur apparaît, de prime abord, très élevé : seules les maladies très graves et létales sont réellement protégées. Mais surtout, lorsque ce seuil est abaissé pour cibler davantage de situations sanitaires – donc pour protéger davantage d'étrangers en raison de leur état de santé – la protection qui en ressort apparaît fragile, car sujette à des remises en question.

57. Le caractère relatif de cette consécration d'une protection de l'étranger malade résulte notamment des discours jurisprudentiels produits par les organes et juridictions de contrôle supra-législatifs (internationaux, européens et constitutionnels), dont il ressort deux tendances. D'une part, une tendance des organes supra-législatifs à ne pas reconnaître de protection à l'étranger en raison de son état de santé (ou seulement de manière très restrictive), qui se justifie par la volonté de ne pas s'immiscer dans un champ juridique *sensible.* En effet, imposer une telle protection interférerait soit avec la souveraineté des

201 M. Foucault, *Les anormaux, op. cit.,* p. 45.

États-parties (si elle devait être imposée par un organe international), soit avec la compétence du législateur en matière de maîtrise des flux migratoires (si elle devait être imposée par le Conseil constitutionnel). D'autre part, lorsqu'une protection est explicitement accordée par le droit européen à l'étranger en raison de son état de santé, le risque que représente une telle protection pour l'État rejaillit systématiquement pour la remettre en cause. Cette faible appréhension de l'étranger malade sous l'angle des droits et libertés fondamentaux s'expliquerait ainsi par une retenue des organes de contrôle, et par leur volonté de laisser le choix à chaque État (pour le droit international et européen) et aux pouvoirs publics (pour le droit constitutionnel) de déterminer un cadre juridique compatible avec leur conception de la maîtrise des flux migratoires. Autrement dit, si la dégradation de la *vie biologique* (*i.e.* de la santé) de l'étranger n'est que faiblement reconnue par les sources supra-légales comme motif de protection, c'est parce qu'elle touche intrinsèquement à la *souveraineté* de l'État. Seul ce dernier peut qualifier politiquement la vie *biologique* de l'étranger (Titre 1).

58. Ce faible encadrement par les normes supra-légales laisse donc une marge de manœuvre significative au législateur et au gouvernement pour *catégoriser* l'étranger en raison de son état de santé. L'étude du traitement juridique de l'étranger malade par le droit interne fait apparaître les vives réticences initiales des pouvoirs publics à reconnaître la maladie comme motif de délivrance d'un statut à l'étranger. Historiquement, ces réserves sont notamment motivées par la restriction que représente le droit au séjour pour soins pour le pouvoir discrétionnaire des préfets, ces derniers devant consulter des médecins pour prendre leur décision. Cela étant, malgré un contexte politique tendu, la loi dite « Debré » du 24 avril 1997 consacre un statut légal à l'étranger malade. Néanmoins, à cette époque, la faiblesse de l'encadrement par les normes supra-légales permet au législateur de procéder à de multiples réajustements pour équilibrer le dispositif entre maîtrise des flux migratoires et protection de la santé (de l'étranger). L'analyse de ces réajustements met alors en exergue une tendance à l'adoption de réformes visant à *normaliser* l'appréhension de la maladie par les pouvoirs publics, afin de favoriser une maîtrise restrictive de la délivrance de titres de séjour pour raisons médicales, marquant ainsi son *instabilité* (Titre 2).

Titre 1 : Les faiblesses de l'encadrement supra-légal

Titre 2 : Les réajustements successifs de la catégorisation légale

Titre 1. Les faiblesses de l'encadrement supra-légal

59. L'étranger malade bénéficie d'un statut supra-législatif embryonnaire, car il est appréhendé avant tout comme un étranger : aucune norme ni aucun principe de valeur constitutionnelle ou internationale ne lui confère un droit au séjour ou une protection absolue contre l'éloignement. La maladie de l'étranger n'est saisie que par le truchement indirect de droits fondamentaux relatifs à la protection de la santé, tels que le principe de dignité humaine ou la protection contre les traitements inhumains ou dégradants. Ces droits médiateurs[202] ou « *droits relais* »[203] peuvent ainsi servir de fondements à la reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé. Précisément, le présent titre entend déterminer si de tels droits existent au profit des étrangers gravement malades aux niveaux international et européen, et s'ils se déclinent en droit national. Cette démarche implique à la fois une approche formelle et une approche réaliste de l'analyse du droit : la première vise à examiner les normes qui, en raison de leur positionnement dans la hiérarchie normative, peuvent être qualifiées de droits fondamentaux et permettraient de consacrer un statut à l'étranger gravement malade ; la seconde permet d'étudier la concrétisation de ces normes par le juge chargé de les interpréter[204].

60. En droit international et européen, plusieurs droits fondamentaux assortis d'une garantie juridictionnelle (*i.e.* un organe de contrôle) sont susceptibles de protéger les étrangers gravement malades contre une mesure de renvoi[205] dans leur pays d'origine, voire de leur consacrer un droit au séjour. Mais la reconnaissance de telles protections à l'échelle internationale, et européenne en particulier, est longtemps restée très timide, en exigeant une dégradation très importante de l'état de santé de l'étranger, et en fixant des conditions strictes

202 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, Thèse de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour, p. 170.

203 *Ibid.*

204 Sur l'approche réaliste, voir notamment le numéro 37 de la revue *Droits* dédié à Michel Troper : « Michel Troper », *Droits,* 2003, n° 37, 224 pages ; D. Alland, « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, vol. 55, n° 1, 2012, p. 86 : la « *doctrine réaliste expose que le sens n'est pas dans les signes mais dans l'interprétation que l'on en donne, et elle ajoute que le dégagement de ce sens n'est pas le fruit d'une activité de connaissance (laquelle permettrait, au terme d'une démonstration scientifique, de découvrir le ''véritable'' et unique sens du signe) mais d'un acte de volonté de l'interprète, d'une décision de sens qu'il prend ; ainsi la portée d'un texte, par exemple, est-elle le résultat d'une libre construction de l'interprète* ».

205 L'expression de « *mesures de renvoi* » est notamment utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme dans ses décisions pour qualifier une mesure d'éloignement vers le pays d'origine de l'étranger.

à cette reconnaissance, laissant, dans un premier temps, une large marge d'appréciation aux États (Chapitre 1). Un revirement jurisprudentiel de la Cour européenne des droits de l'Homme (Cour EDH) a récemment assoupli cette position, en abaissant le seuil de vie biologiquement dégradée protégeable – autrement dit, en définissant, dans un second temps, des critères médicaux permettant de cibler davantage de situations médicales. La santé de l'étranger est désormais protégée par l'intermédiaire de la protection contre les traitements inhumains et dégradants. Mais à peine proclamée, cette nouvelle protection est à nouveau remise en cause au nom de considérations politiques, révélant ainsi le caractère très tâtonnant de la protection européenne (chapitre 2).

61. En droit interne, le droit des étrangers a été marqué par un mouvement de constitutionnalisation au début des années quatre-vingt, qui s'est affaibli depuis. Cet affaiblissement a eu pour conséquence une relativisation des garanties constitutionnelles pour les étrangers[206], et un pouvoir général d'appréciation conséquent au législateur pour édifier ce statut. Cette absence de consécration constitutionnelle d'un statut à l'étranger malade rend donc son édification en droit interne tributaire du pouvoir législatif et réglementaire. Or, il ressort de l'analyse qu'ils apparaissent tous deux plus enclins à privilégier une approche policière que sanitaire. La protection de l'étranger gravement malade en droit interne apparaît, dès lors, fragile (Chapitre 3).

Chapitre 1 : Une protection internationale et européenne initialement insuffisante

Chapitre 2 : L'esquisse d'une protection européenne par double ricochet

Chapitre 3 : Une protection fragile en droit interne

206 V. sur ce point, O. Lecucq, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers : processus de constitutionnalisation et de ''déconstitutionnalisation'' », *in* M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges,* L'Harmattan 2008, p. 163 et s. ; S. Slama, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers, Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n° 90), pp. 373-386.

Chapitre 1 : Une protection internationale et européenne initialement insuffisante

62. La méthode retenue pour mettre en lumière la faible protection initiale des étrangers malades en droit international et européen implique d'identifier les normes internationales et européennes susceptibles de protéger un étranger gravement malade contre une mesure d'éloignement, et d'analyser l'interprétation de ces normes par les organes juridictionnels concernés. Si le droit international consacre l'existence de la liberté de circulation[207], celle-ci s'entend strictement : toute personne a le droit de quitter un pays, y compris le sien, mais le droit d'entrée et de séjourner dans un autre État dépend des règles fixées par ce dernier. De la même manière, si le droit international interdit le renvoi d'un étranger vers un pays où il risque de subir un traitement inhumain et dégradant ou une atteinte à sa vie, il ne prévoit aucun dispositif spécifique de protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades vers leur pays d'origine. Cependant, une certaine convergence émerge de la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme en faveur d'une protection de l'étranger malade.

63. Il est en effet possible d'identifier un standard de protection, lorsque la maladie s'accompagne d'autres facteurs objectifs, permettant ainsi de déterminer un seuil de gravité suffisant pour caractériser un risque de traitement inhumain et dégradant – seul « droit médiateur » par lequel la maladie de l'étranger est appréhendée. Mais formellement, le droit international ne reconnaît pas de protection à l'étranger en raison de son état de santé, révélant ainsi l'insuffisance des instruments internationaux (Section 1). Le droit européen s'est quant à lui saisi à plusieurs reprises, et ce dès les années quatre-vingt-dix, de la question du renvoi d'étrangers gravement malades. Le seuil de gravité fixé a cependant été, pendant longtemps, très restrictif, au point de ne concerner que les étrangers au seuil de la mort (Section 2).

Section 1 : L'insuffisance de la protection accordée par les instruments internationaux

Section 2 : Un standard de protection européen durablement en retrait de l'article 3

207 Articles 13 et 12 de la Déclaration Universelle des droits de l'Homme et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

SECTION 1. L'INSUFFISANCE DE LA PROTECTION ACCORDÉE PAR LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX

64. Malgré l'absence de référence explicite des textes internationaux à l'état de santé de l'étranger, ce dernier a été invoqué à plusieurs reprises à l'encontre de mesures de renvoi de malades étrangers devant des organes juridictionnels supranationaux. Confrontés à la problématique de la protection contre le renvoi d'un étranger malade, les organes des Nations Unies ont jusqu'à présent refusé de le consacrer directement (§1). Parallèlement, si les étrangers gravement malades ne relèvent pas *a priori* du champ de la protection internationale au regard de la Convention de Genève de 1951 sur les réfugiés, cette éviction reste relative (§2).

§1. L'ABSENCE DE CONSÉCRATION D'UNE PROTECTION ONUSIENNE DIRECTE EN FAVEUR DES ÉTRANGERS MALADES

65. Si différents instruments internationaux sont susceptibles de protéger les étrangers, tels que la Convention internationale sur les travailleurs migrants[208], leur faible impact est régulièrement dénoncé[209]. Deux normes onusiennes sont susceptibles d'offrir une protection au bénéfice des étrangers gravement malades : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 d'une part, et la Convention contre la torture et les autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants du 10 décembre 1984 d'autre part. Le Pacte international relatif aux droits économiques et sociaux, en ce qu'il pourrait être interprété comme imposant une obligation de non-refoulement aux États parties lorsque le droit à la santé est en jeu[210], pourrait être également pris en compte. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels peut en effet être saisi par des individus depuis le protocole additionnel adopté le 10 décembre 2008 et entré en vigueur le 5 mai 2013. En

208 Convention internationale des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille des Nations Unies du 18 décembre 1990. Sur le droit international des migrations, lire B. Opeskin et ali., *Foundations of International Migration Law,* Cambridge University Press, 2012, 467 p.

209 Notamment en raison de leur défaut d'effet direct en droit interne. Sur le faible impact de la Convention des droits des travailleurs migrants en France, lire I. Daugareilh, « *La situation de l'emploi salarié des étrangers en France* », *RDSS,* 1997, p. 918. Voir également E. Decaux (dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'Homme : enjeux et défis d'une réforme*, Éditions Pedone, 2006, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, 348 p. ; E. Decaux, O. de Frouville (dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme : actes du colloque du 10 novembre 2014*, Éditions A. Pedone, 2015, Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, 210 p.

210 M. Foster, « Non-Refoulement on the Basis of Socio-Economic Deprivation: The Scope of Complementary Protection in International Human Rights Law », *New Zealand Law Review*, Vol. 2009, Issue 2, 2009, pp. 257-310 ; Article 12§1 du Pacte : « *les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre* ».

l'absence de jurisprudence relative au renvoi d'un étranger opposant une raison de santé, il ne fera pas partie de la présente étude.

66. L'article 7 du PIDCP énonce que « *nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* »., et l'article 16 de la Convention de 1984 prohibe les « *actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants* ». L'interprétation de ces dispositions par leurs organes de surveillance au sein des Nations unies, respectivement le Comité des droits de l'homme (CDH) et le Comité contre la torture (CAT), pourrait concerner par ricochet[211] la question du renvoi des étrangers gravement malades. L'analyse de la jurisprudence de ces instances révèle que le CDH laisse entrevoir la possibilité d'une telle protection, sans la consacrer pour autant (A.), alors que le risque pour l'état de santé n'est généralement oas considéré, sauf circonstances particulières, comme constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant. Quant au CAT, il exclut le renvoi des étrangers gravement malades du champ de protection de la Convention contre la torture au prix de certaines ambiguïtés, sans pour autant leur fermer la porte, laissant ainsi émerger un standard minimum de protection internationale calqué sur celui de la Cour EDH (B).

A. L'émergence d'un standard minimum de protection par le Comité des droits de l'homme

67. L'article 7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques est la norme générale qui prohibe la torture et les peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants[212]. Le Comité des droits de l'homme a rappelé que les dispositions de l'article 7 du

211 F. Sudre, H. Surrel, *Droits de l'Homme,* Répertoire de droit international, 2017, §94. « *Le mécanisme prétorien de la ''protection par ricochet'' permet d'étendre la protection de certains droits garantis par l'instrument conventionnel à des droits non expressément protégés par lui, ainsi du droit d'asile et du droit de ne pas être expulsé ou extradé qui ne sont pas garantis (réserve faite du droit de bénéficier de garanties procédurales minimales en cas d'expulsion par la Convention européenne des droits de l'homme ou le Pacte. Néanmoins, une décision d'éloignement du territoire d'un étranger peut être la cause de la violation d'autres droits protégés par le traité et, par le jeu de la protection par ricochet, être alors soumise au contrôle des organes de la Convention ou du Pacte* ». Sur la protection par ricochet, lire O. Delas, *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, Bruxelles, Bruylant, Coll. « Mondialisation et droit international », 2011, 444 p.

212 « *Nul ne sera soumis à la torture ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. En particulier, il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique* ». Le traitement inhumain s'interprète comme « *un acte causant de vives souffrances, physiques ou mentales, mais moins intenses que la torture* ». Le traitement inhumain « *correspond à des sentiments de peur, d'angoisse et d'infériorité propres à humilier à avilir* ». *In fine*, *« la constellation relative à la protection de l'intégrité physique se présente (…) comme une triade : (1) torture – (2) traitement cruel/inhumain – (3) traitement dégradant, avec un dégradé de gravité allant de (1) à (3)* », *in* R. Kolb, La jurisprudence

Pacte ont pour but de protéger la dignité et l'intégrité physique et mentale de l'individu[213]. Dans son observation générale n° 31[214], le Comité se réfère à « *l'obligation faite aux États parties de ne pas extrader, déplacer, expulser quelqu'un ou le transférer par d'autres moyens de leur territoire s'il existe des motifs sérieux de croire qu'il y a un risque de préjudice irréparable comme un des traitements visés aux articles 6* [droit à la vie] *et 7* [torture et peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants] *du Pacte* ». Dans ses commentaires sur les projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme établis par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, ce dernier énonçait à propos de cet article 7 qu'il a été « *admis généralement que le mot ''traitement'' avait une portée plus large que le mot ''peine'' ; toutefois, on a fait observer que le mot ''traitement'' ne devait pas s'appliquer à des situations dégradantes qui pourraient résulter de facteurs généraux d'ordre économique et social* »[215]. Ce commentaire laisse penser que les étrangers gravement malades ne pourraient être protégés d'une mesure de renvoi dans le cas où leur état de santé se dégraderait du fait du manque d'accès aux soins dans le pays d'origine dans la mesure où l'état du système de santé étant « *d'ordre économique et social* ». Toutefois, l'analyse de la jurisprudence du Comité laisse apparaître l'émergence progressive de conditions pour que l'état de santé puisse être effectivement invoqué à l'encontre d'une mesure d'éloignement (1). Celle-ci interroge quant au caractère autonome du risque pour la santé pour qu'une violation puisse être retenue (2).

1. L'émergence progressive de conditions protectrices

68. Ces conditions apparaissent difficiles à réunir au regard de la jurisprudence (a), et sont de surcroît interprétées strictement (b).

internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants, *Revue universelle des droits de l'homme*, 2003, vol. 15, no 7-10, p. 254-287.

213 Voir l'Obs. gén. n° 20 (1992) sur l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, § 2.

214 Voir l'Obs. gén. n° 31 (2004) du Comité sur la nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties au Pacte, § 12, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session,* suppl. n° 40, vol. I (A/59/40 (vol. I)), annexe III.

215 Extrait du commentaire des projets de Pactes internationaux relatifs aux droits de l'Homme préparé par le Secrétaire général de l'O.N.U (doc. A/2929, pp. 98-99).

a) Des conditions difficiles à réunir

69. Le Comité des droits de l'homme admet que l'état de santé du requérant puisse être de nature à ce que le Comité « *déclenche une obligation de non-refoulement de l'État partie* »[216] lorsqu'il revêt un caractère suffisamment exceptionnel. Cette possibilité existe à condition que le requérant apporte suffisamment d'éléments probants. Dans l'affaire *S.Y.L c. Australie* de 2013[217], le Comité a laissé transparaître les trois éléments pertinents pour obtenir une telle protection : si des rapports médicaux sur « *l'indisponibilité des soins de santé adéquats* » sont produits, ils doivent être corroborés par des « *données concrètes sur la situation spécifique de l'auteur* ». Dans le cas où les soins de santé adéquats sont mieux disponibles dans une partie du pays que dans la région d'origine du requérant, le Comité s'attend à ce que soient exposés des motifs pour lesquels il ne serait pas raisonnable que le requérant réside dans la région de son pays où l'accès aux soins est mieux garanti[218].

70. Le Comité ajoute un critère restrictif : une condition « aiguë » (« *an acute condition* ») qui ferait du renvoi une menace immédiate pour la santé. Ce critère de temporalité immédiate se retrouve également dans la jurisprudence du CAT[219], et surtout, dans l'arrêt *D. contre Royaume-Uni*[220] de la Cour européenne des droits de l'Homme. Dans ce dernier, la Cour EDH a considéré que le renvoi constituerait un traitement inhumain et dégradant, car l'espérance de vie du requérant, « *déjà courte, serait encore abrégée s'il devait être brusquement privé du traitement médical qu'il suit actuellement pour être renvoyé à Saint-Kitts* »[221]. À cet égard, les instances de l'ONU semblent avoir été influencées par la position de la juridiction strasbourgeoise. Cette condition d'immédiateté a tendance à réduire le champ protecteur de la Convention aux étrangers gravement malades pour qui le renvoi aurait des conséquences néfastes à très courts termes. Le cumul de cette condition avec celles relatives aux preuves des difficultés d'accès aux soins rend difficile d'accès la protection contre

216 CDH, n° 1957/2010, *Lin* c. *Australie*, déc. 21 mars 2013, § 9.4. Sur la jurisprudence du CDH, lire notamment T. Onillon, « La valeur des constatations du Comité des droits de l'homme de l'ONU », *AJDA*, 2019, p. 1040.

217 CDH, n°1897/2009, *S. Y. L.* c. *Australie*, déc. (rec.) 24 juillet 2013, § 8.4.

218 *Ibid.*

219 Voir infra.

220 CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, n° 30240/96. Sur le temporalité, voir également CEDH, 27 août 1992, *Vijayanathan et Pusparajah c. France*, série A no 241-B, §46 ; 12 juin 2018, *Medjahouri c. France,* n° 45196/15, §31 : « *Dans certaines affaires, où les requérants sont sous le coup d'une mesure d'éloignement dont la mise en œuvre n'est ni imminente ni proche, elle considère qu'ils ne peuvent pas se prétendre victimes au sens de l'article 34 de la Convention* ».

221 *Ibid*., § 56.

l'éloignement d'un étranger gravement malade. Même si la personne prouve « *l'indisponibilité de soins de santé adéquats* » corroborée par des données concrètes sur sa situation, elle ne pourra être protégée que si la mesure de renvoi a des conséquences immédiates et irréversibles sur sa santé. En d'autres termes, cette « condition aiguë » semble la principale, car faute de la remplir, il est inutile de prouver l'indisponibilité des soins adéquats.

71. Ainsi, selon le Comité, le PIDCP protège un étranger gravement malade contre l'éloignement lorsqu'il est confronté à un risque pour la santé suscité par le renvoi en lui-même, cumulé au risque de défaut d'accès aux soins dans le pays de renvoi. Il s'agit là d'un autre point commun avec le Comité contre la torture[222] et la CEDH, cette dernière étant vraisemblablement l'inspiratrice de ce principe : dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni*[223], elle avait notamment considéré que « *compte tenu de ces circonstances exceptionnelles et du fait que le requérant est parvenu à un stade critique de sa maladie fatale, la mise à exécution de la décision de l'expulser vers Saint-Kitts constituerait, de la part de l'État défendeur, un traitement inhumain contraire à l'article 3 (art. 3)* »[224]. Le Comité a donc aligné son standard sur celui de la Cour de Strasbourg. Mais son interprétation est restrictive.

b) Des conditions interprétées strictement

72. Dans l'affaire *S.Y.L c. Australie* de 2013[225], c'est au regard du manque de précisions concernant les trois conditions évoquées que le Comité rejette dès le stade de l'examen de la recevabilité, sans demander de supplément d'instruction. Il estime que le requérant n'a pas suffisamment étayé le fait que l'aggravation éventuelle de son état de santé à la suite de son renvoi atteindrait le seuil de traitement inhumain au sens de l'article 7 de la Convention. Il exige aussi au titre de la recevabilité que les éléments de santé ne doivent pas être opposés pour la première fois devant lui[226], les voies de recours internes devant être épuisées avant qu'il ne soit saisi d'un litige.

222 CAT, n° 220/2002, *R.D. c.* Suède, décision adoptée le 2 mai 2005, point 7.2 (voir *infra*).
223 CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, préc.
224 *Ibid*, § 53.
225 CDH, n°1897/2009, *S. Y. L.* c. *Australie*, déc. (rec.) 24 juillet 2013, § 8.4.
226 CDH n° 1494/2006, *Chadzjian c. Pays-Bas*, déc. 22 juillet 2008.

73. L'évaluation d'un tel seuil ne semble pas être effectuée de manière aussi détaillée dans toutes les décisions du Comité. C'est ce qu'il ressort notamment de la lecture des constatations *Z. c. Australie* de 2013[227], dans laquelle le CDH a considéré lors de l'examen au fond, tout en notant que « *l'auteur souffre de problèmes cardiaques chroniques et pourrait avoir besoin à l'avenir d'une nouvelle opération* », qu'il ne ressort « *pas du dossier que l'état de santé de l'auteur a en soi un caractère suffisamment exceptionnel pour déclencher l'obligation de non-refoulement de l'État partie en vertu de l'article 7* »[228]. En d'autres termes, l'état de santé du requérant n'atteint pas un seuil de gravité suffisant pour qu'il puisse être protégé au titre de l'article 7. Cette appréciation succincte du Comité peut s'expliquer par le fait que le grief relatif à l'état de santé n'est pas l'argument principal soulevé devant lui, contrairement à l'affaire *S.Y.L c. Australie*, où l'état de santé était l'unique moyen soulevé à l'encontre de la mesure de renvoi. En tout état de cause, si des critères de protection ont été dégagés pour protéger une personne dont le renvoi entraînerait des risques pour la santé, un tel risque est subsidiaire et n'existe pas de manière autonome.

2. Le risque pour la santé : un risque subsidiaire et non autonome

74. Dans l'appréciation de la mesure de renvoi, le caractère subsidiaire du risque pour la santé, ainsi que son caractère complémentaire, est issu de deux affaires récentes dans lesquelles le Comité a conclu à une violation de l'article 7. La première affaire concerne un ressortissant pakistanais menacé d'expulsion par le Canada[229]. À titre principal, le Comité retient que les autorités canadiennes n'ont pas prêté une attention suffisante au risque réel encouru par le requérant en cas de renvoi, à deux titres. D'une part, au regard de la *fatwa*[230] dont il ferait l'objet dans son pays d'origine. D'autre part, eu égard au risque pour sa santé. Le requérant a produit des rapports médicaux devant le Comité, qui établissent « *qu'il souffre de dépression, de fatigue mentale et d'anxiété* », ainsi que de « *symptômes suicidaires aggravés ce qui, selon les médecins, indique une profonde souffrance et donne à penser qu'il est en danger, [et] qu'il a besoin de soins psychologiques intensifs* »[231]. Après avoir visé les risques pesant sur

227 CDH, *Z. c. Australie*, 18 juillet 2014, 2049/2011, § 9.5
228 Voir CDH, n° 1957/2010, *Lin* c. *Australie*, déc. 21 mars 2013, § 9.4 ; CDH, n° 1897/2009, *S. Y. L.* c. *Australie*, préc.
229 CDH, n° 1881/2009, *Masih Shakeel*, déc. 24 juillet 2013.
230 Il s'agit d'un avis juridique donné par un spécialiste de la loi islamique sur une question particulière. Dans le présent cas d'espèce, il s'agit d'une condamnation.
231 CDH, n° 1881/2009, *Masih Shakee*, préc., § 3.4.

la vie du requérant en raison de la *fatwa* dont il fait l'objet, le Comité énonce qu'en outre, « *l'État partie n'a pas tenu compte des rapports médicaux présentés par l'auteur, et non contestés, dans lesquels il est dit que le renvoi de l'intéressé au Pakistan mettrait en danger sa santé mentale* »[232]. Le Comité conclut au risque de violation des articles 6§1 et 7 du Pacte. Cette décision appelle deux remarques : d'une part, le risque pour la santé retenu indirectement par le Comité (car il ne fait pas de lien direct entre le risque pour la santé et l'article 7) ne résulte pas du défaut d'accès aux soins au Pakistan, mais des conséquences du renvoi en lui-même, ce qui est inhérent au principe de protection par ricochet. D'autre part, la violation du Pacte est retenue au regard de plusieurs éléments : le risque encouru pour sa vie en raison de la *fatwa* dont il fait l'objet, mais aussi au regard des conséquences pour sa santé. Ici, l'argument sanitaire ne semble pas autonome, mais subsidiaire, car il vient à l'appui d'un risque plus « important » pour la personne : celui suscité par l'exécution de la *fatwa*. Tel est aussi le cas dans une autre décision du Comité, où le risque pour la santé - en l'occurrence, un risque élevé de suicide - en cas de renvoi est invoqué à l'appui du risque de persécutions en raison de l'orientation sexuelle[233]. L'absence de lien direct entre le risque pour la santé et l'article 7 peut également s'expliquer par le fait que le Comité ne différencie pas vraiment entre les catégories de traitements, se référant davantage aux notions plus larges telles « *traitements sévères* » ou « *mauvais traitement* »[234].

75. La seconde décision notable du Comité concernant un étranger gravement malade est relative au cas d'une personne atteinte de schizophrénie, renvoyée par le Canada en Jamaïque en raison, entre autres, de la menace à l'ordre public qu'elle représenterait. Le Comité a considéré que « *l'expulsion vers la Jamaïque de l'auteur, un homme atteint d'une maladie mentale nécessitant une protection spéciale et qui a passé la majeure partie de sa vie au Canada, en raison d'infractions pénales reconnues comme étant liées à sa maladie mentale, expulsion qui avait eu pour résultat concret de lui retirer brutalement le soutien médical et familial dont une personne en pareille situation de vulnérabilité est nécessairement dépendante, a constitué une violation par l'État partie de ses obligations en vertu de l'article 7 du Pacte* »[235]. Cette décision est toutefois particulière à trois égards : premièrement, le

232 *Ibid*., §8.5.
233 CDH, n° 2149/2012, *M.I. c. Suède*, déc. 25 juillet 2013, § 7.5.
234 H. Lambert, "Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Issue 3 (July 1999), p. 533.
235 CDH, n° 2091/2011, *A. H. G. c. Canada*, déc. 25 mars 2011, § 10.4.

requérant a été expulsé avant que le Comité ne se prononce. Le critère restrictif de la temporalité à court terme était donc *de facto* rempli par la présente affaire. Deuxièmement, le Comité ne se prononce pas directement sur l'absence de traitements adéquats dans le pays d'origine. Enfin, le Comité souligne la particulière vulnérabilité du requérant qui, conjuguée à la rupture brutale du soutien médical et familial résultant de son renvoi, caractérise un traitement cruel, inhumain et dégradant emportant violation de l'article 7. En plus de cette vulnérabilité, il a vécu plusieurs décennies dans l'État partie. Une interprétation possible de cette décision, relevée par l'opinion individuelle concordante de M. Yuval Shany, serait que cette violation est retenue en raison du caractère disproportionné de la mesure d'expulsion, parce qu'il « *n'a pas été envisagé d'autres moyens, moins préjudiciables, de parer au danger* »[236] représenté par le requérant.

76. Une troisième décision du CDH illustre également cette potentielle protection, tout en confirmant son exceptionnalité. La communication *C c. Australie* de 2002[237] est relative au renvoi d'un requérant dont les troubles psychiatriques « *étaient dus à la période prolongée de détention aux fins d'immigration* »[238]. Le Comité a considéré que le renvoi du requérant vers son pays d'origine, où il était peu probable qu'il ait accès aux soins nécessaires, constituerait une violation de l'article 7 du Pacte[239]. Deux réserves toutefois à cette position : d'une part, la personne a été reconnue en tant que réfugiée, et d'autre part, sa maladie résulte entièrement ou partiellement de la violation de ses droits par l'Australie[240]. L'application de cette jurisprudence reste donc fortement limitée[241].

77. La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme se rapproche ainsi de celle du Comité contre la torture, en ce que l'aggravation de l'état de santé du fait du renvoi de la personne n'est retenue comme traitement inhumain ou dégradant qu'accompagnée d'autres facteurs, tels que la vulnérabilité particulière du requérant[242]. Dans l'une des affaires portées

236 CDH, n° 2091/2011, *A. H. G. c. Canada*, déc. 25 mars 2011, opinion individuelle (concordante) de M. Yuval Shany, § 4.
237 CDH, n° 900/1999, *C c. Australie*, déc. 20 octobre 2002, §. 8.5.
238 *Ibid*., §8.4.
239 *Ibid.*
240 *Ibid.* : « (…) *De l'avis du Comité, le maintien en détention de l'auteur, alors que l'État partie connaissait son état de santé mentale et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour éviter la détérioration de son état, a constitué une violation du droit de l'auteur en vertu de l'article 7 du Pacte* ».
241 M. Foster, « Non-Refoulement on the Basis of Socio-Economic Deprivation: The Scope of Complementary Protection in International Human Rights Law », *op. cit.*, p. 288.
242 À cet égard, voir notamment CDH, n° 2360/2014, *Jasin* c. *Danemark*, déc. 22 juillet 2015, appendice II.

devant le Comité des droits de l'Homme[243], l'État partie renvoie d'ailleurs à la jurisprudence du Comité contre la torture : « *même si son état de santé mentale s'aggravait du fait de l'expulsion, selon la jurisprudence du Comité, en l'absence d'autres facteurs cet élément à lui seul ne peut être considéré comme constituant un traitement cruel, inhumain ou dégradant* »[244]. La protection des étrangers gravement malades dépend ainsi de « *l'ensemble des données de la cause* »[245] pour reprendre les termes de la CEDH[246], démarche également adoptée par le Comité des droits de l'Homme[247]. La jurisprudence de ce dernier aboutit cependant à une exclusion ambiguë du risque pour la santé du champ de protection.

B. L'exclusion ambiguë du risque pour l'état de santé par le Comité contre la torture

78. Dans l'appréciation d'une mesure de renvoi par le CAT, l'inapplicabilité du risque pour l'état de santé en cas de renvoi résulte, *a priori*, du texte même de la Convention (1). La jurisprudence du Comité contre la torture tend toutefois à la surmonter en présence de circonstances exceptionnelles (2).

1. Une inapplicabilité résultant *a priori* d'une interprétation textuelle

79. La Convention contre la torture de 1984 définit les traitements cruels, inhumains ou dégradants de manière négative, ou de manière subsidiaire[248,] par rapport à la définition textuelle de la torture. Selon son article 1er, le terme de torture recouvre « *tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne* » par un agent de l'État. Selon l'article 16§1 de la Convention, « *tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (…)*». Par le biais de cet article, le

243 CDH, n° 1455/2006, *Kaur c. Inde et Canada*, déc. 29 mars 2011.

244 CDH, n° 183/2001, *B. S. S.* c. *Canada*, déc. 12 mai 2004.

245 R. Kolb, « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants », *op. cit.*

246 L'appréciation relative de la gravité du mauvais traitement dépend notamment « *de la durée du traitement et des effets physiques ou mentaux, ainsi que, parfois, du sexe, de l'âge, de l'état de santé de la victime, etc.* » (*Irlande c/Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, n° 5310/71, §162 ; *Selmouni c/ France*, §100).

247 CDH, n° 265/1987, *Vuolanne c/ Finlande*, déc. 8 juillet 1988, §9.2. À propos de l'influence des juridictions de protection des droits de l'Homme entre elles, et notamment sur leur interprétation évolutive, lire J. Ferrero, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international,* Éditions A. Pedone, 2019, p. 70 et s.

248 C. Fourçans, « Conventions internationales spécifiques relatives aux droits de l'Homme », *in* J. Andriantsimbazovina, H. Gaudin, J.-P. Marguénaud, S. Rials, F. Sudre (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, Coll. « Quadrige », pp. 169-173.

mécanisme de protection par ricochet permet au Comité contre la torture d'étendre la protection de l'article 1 de la Convention à des droits non expressément protégés par elle[249]. Ce mécanisme a été esquissé par la Commission européenne des droits de l'Homme dans les années 1970[250], permettant « *de pallier les insuffisances les plus criantes de la CEDH à l'égard des étrangers, catégorie particulièrement vulnérable* »[251]. La Cour européenne a parachevé cette construction prétorienne avec l'arrêt *Soëring*[252], permettant à l'étranger d'alléguer « *que la mesure incriminée (le refoulement, l'éloignement) est susceptible de violer l'un de ses droits protégés par la Convention pour bénéficier de cette protection indirecte* »[253]. Le Comité contre la torture a par la suite ensuite davantage développé ce type de protection[254]. L'analyse de sa jurisprudence révèle que deux problèmes juridiques distincts rendent, pour le moment, inefficace la Convention contre la torture aux cas de renvois d'étrangers gravement malades : un seuil de gravité élevé qui ne peut être invoqué de manière autonome (a), et la nécessaire intervention d'un agent public à l'origine de la persécution (b).

a) L'exigence d'un seuil de gravité élevé accompagné d'autres facteurs

80. Dans sa première décision concernant le renvoi d'un étranger gravement malade, adoptée le 15 mai 1998[255], le Comité a dû examiner à l'aune de cet article 16 si « *le renvoi de l'auteur contre son gré constituerait, eu égard à son mauvais état de santé, une peine ou un traitement cruel, inhumain ou dégradant autre que la torture telle qu'elle est définie à l'article premier* ». La requérante a produit plusieurs rapports médicaux dont il ressortait « *qu'elle présente un syndrome de stress post-traumatiques sévère, très probablement dû aux sévices qu'elle a subis en 1991* ». De manière relativement expéditive, le Comité a estimé que le seuil gravité exigé n'était pas atteint, en considérant « *que l'aggravation de l'état de santé de*

249 F. Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, Coll. « *Que sais-je ?* », 10ème éd., 2015, 122 p ; F. Sudre, L. Milano, H. Surrel, *Droit européen et international des droits de l'homme,* 14èmeéd., PUF, Coll. « Droit fondamental », 1013 p.

250 Com. EDH, 11 octobre 1973, *Amerkane c. Royaume-Uni*, n° 5961/72 ; Com. EDH, 17 décembre 1976, *Agee c. Grande-Bretagne*, n° 7729/76.

251 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, PUF, 10ème édition, p. 662. Ce mécanisme a également joué en faveur des détenus.

252 CEDH, 7 juillet 1989, *Soering c. Royaume-Uni*, n° 14038/88.

253 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, pp. 662-663

254 CAT, n°13/1993, *Balabou Mutombo c. Suisse* (extradition), déc. 27 avril 1994 ; CAT, n°34/1995, *Seid Mortesa Aemei c. Suisse* (expulsion), déc. 9 mai 1997.

255 CAT, nos 83/1997, *G. R. B.* c. *Suède*, déc. 15 mai 1998, § 6.7.

l'auteur qui pourrait résulter de son expulsion ne constituerait pas un traitement, cruel, inhumain ou dégradant attribuable à l'État partie »[256].

81. Le Comité a eu l'occasion de confirmer sa position par la suite : « *l'aggravation de l'état de santé physique ou mentale d'une personne due à l'expulsion est généralement insuffisante pour constituer, en l'absence d'autres facteurs, un traitement dégradant en violation de la Convention* ». Ont notamment été rejetées des communications dans lesquelles les requérants avaient pu établir qu'ils avaient souffert de graves troubles post-traumatiques provoqués par des mauvais traitements, ainsi que des communications dans lesquelles le risque de suicide en cas de retour avait été démontré[257]. L'utilisation des termes « *généralement* » et « *en l'absence d'autres facteurs* » dans cette jurisprudence s'interprète comme une possibilité d'ouverture d'une protection pour les étrangers gravement malades lorsque des circonstances particulières sont réunies. L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme se fait une nouvelle fois ressentir.

82. L'affaire *Njamba and Balikosa*[258] est la plus emblématique concernant les étrangers gravement malades. Étoffant sa motivation « *en ce qui concerne le problème que poserait l'expulsion de Mme Njamba du fait de sa séropositivité* », le Comité rappelle « *sa jurisprudence selon laquelle, en général, l'aggravation de l'état de santé physique ou mental d'une personne par suite de son expulsion ne constitue pas, à elle seule, en l'absence d'autres facteurs, un traitement dégradant contraire à l'article 16* »[259]. Une nouvelle fois, l'utilisation des termes « *en général* » et « *à elle seule* » laisse supposer que des circonstances particulières pourraient permettre à un étranger gravement malade d'être protégé au titre de la Convention[260], mais le Comité n'a depuis lors jamais eu l'occasion de préciser sa position.

256 *Ibid.*, § 6.7.

257 CAT, n° 228/2003, *T. M.* c. *Suède*, déc. 18 novembre 2003, §§ 2.6, 2.8, 3.2 et 6.2; CAT, n° 220/2002, *R. D.* c. *Suède*, déc. 2 mai 2005, §§3.3, 5.1 et 7.2; n° 227/2003, *A. A. C.* c. *Suède*, déc. 16 novembre 2006, §7.3.

258 CAT, n° 322/2007, *Njamba and Balikosa c. Suisse*, déc. 14 mai 2010 ; voir également, *M. K. K.* c. *Suisse*, 186/2001, déc. 11 novembre 2003 ; *N.B.M. c. Suisse*, 347/2008, déc. 14 novembre 2011 ; *Y. G. H. et consorts c. Australie*, 434/2010, déc. 14 novembre 2013.

259 Voir CDH n°s 83/1997, *G. R. B.* c. *Suède*, préc., § 6.7 ; 183/2001, *B. S. S.* c. *Canada*, déc. 12 mai 2004, § 10.2, et 245/2004, *S. S. S.* c. *Canada*, déc. 16 novembre 2005, § 7.3.

260 Plus précisément, de l'article 16§1, qui prévoit : « *Tout État partie s'engage à interdire dans tout territoire sous sa juridiction d'autres actes constitutifs de peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants qui ne sont pas des actes de torture telle qu'elle est définie à l'article premier lorsque de tels actes sont commis par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. En particulier, les obligations énoncées aux articles 10, 11, 12 et 13 sont applicables moyennant le remplacement de la mention de la torture par la mention d'autres formes de peines ou*

Cette exigence est d'autant plus restrictive qu'elle se dédouble de la condition qu'un agent public soit à l'origine de la persécution.

b) L'agent public persécuteur, condition restreignant la possibilité de protection

83. Cette exclusion de principe des étrangers gravement malades de la Convention est renforcée par le fait que le risque de mauvais traitement par des agents non étatiques, sans le consentement ou l'acquiescement du gouvernement, n'entre pas dans le champ d'application de l'article 3[261]. Cette interprétation résulte directement des termes de la Convention, l'article 1.1, de même que l'article 16.1, énonçant que la torture doit être infligée « *par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite* ». Le Comité a d'ailleurs confirmé celle-ci dans la requête *G. R. B.* c. *Suède* : « *la question de savoir si l'État partie a l'obligation de ne pas expulser une personne qui risque de se voir infliger une douleur ou des souffrances par une entité non gouvernementale, sans le consentement exprès ou tacite du Gouvernement, est en dehors du champ d'application de l'article 3 de la Convention* »[262]. Les travaux préparatoires du CAT révèlent que cette condition était le but essentiel (« *essential purpose* ») de la Convention, afin de punir l'usage systématique de la torture par les gouvernements comme un moyen d'écraser l'opposition politique, des pratiques d'une alarmante recrudescence depuis le milieu des années soixante[263]. La poursuite de ce but premier laisse ainsi hors du champ de la Convention un vaste éventail de traitements s'assimilant à de la torture infligée par une personne privée, tels que les violences conjugales ou l'esclavagisme. Ainsi, « *c'est la mise en œuvre de l'appareil étatique pour pratiquer ces actes qui justifie leur gravité et la nécessité d'une répression internationale* »[264]. Par la suite, le Comité a cependant nuancé sa position :

traitements cruels, inhumains ou dégradants ».

261 Case Reports of the European Court of Human Rights and the Committee against Torture [notes] *European Journal of Migration and Law*, Vol. 1, Issue 2, 1999, pp. 255-270. L'article 2 prévoit : « *1. Aucun État partie n'expulsera, ne refoulera, ni n'extradera une personne vers un autre État où il y a des motifs sérieux de croire qu'elle risque d'être soumise à la torture. 2. Pour déterminer s'il y a de tels motifs, les autorités compétentes tiendront compte de toutes les considérations pertinentes, y compris, le cas échéant, de l'existence, dans l'État intéressé, d'un ensemble de violations systématiques des droits de l'homme, graves, flagrantes ou massives* ».

262 CAT, n° 83/1997, *G. R. B.* c. *Suède*, déc. 15 mai 1998, § 6.5. L'État partie cite aussi la requête n° 94/1997, *K. N.* c. *Suisse*, 19 mai 1998, §10.4 dans laquelle le Comité a confirmé cette interprétation.

263 M. E. Tardu, « The United Nations Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 56, Issue 4 (1987), pp. 303-321.

264 R. Kolb, « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants », *op. cit.*

s'il a effectivement estimé que l'article de sa Convention ne s'appliquait pas à un risque de torture émanant d'une entité non étatique[265], il a considéré que « *dans des circonstances exceptionnelles caractérisées par l'absence totale d'une autorité étatique* ». La définition de « *torture* » pourrait ainsi englober les actes de groupes exerçant *« une autorité quasi-gouvernementale* »[266].

84. Néanmoins, une protection des étrangers gravement malades par le Comité n'apparaît pas inenvisageable, selon l'interprétation retenue de l'acte à l'origine du risque de traitement inhumain et dégradant. L'article 16§1 de la Convention vise en effet les actes commis « *par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel* ». Il pourrait dès lors être considéré que la mesure de renvoi d'un étranger gravement malade exécuté par un tel agent soit contraire à l'article 16 : du fait de l'incompatibilité manifeste de l'état de santé de la personne avec un voyage, mais aussi du fait des traumatismes psychologiques que causerait un renvoi de la personne : cette dernière sachant qu'elle ne pourra recevoir les soins nécessaires à son état de santé dans son pays d'origine. À titre de comparaison et en raison de rédactions différentes des instruments de protection, le Comité des droits de l'Homme et la Cour EDH ne considèrent pas, pour l'application du PIDCP et de la CESDH, la source du risque de mauvais traitement comme un élément déterminant[267], contrairement à la CJUE[268].

85. En conclusion, le Comité contre la torture restreint le champ de protection de la Convention aux seules tortures commises par l'État, et ne l'étend pas aux mauvais traitements d'un degré de gravité moindre que la torture telle que définie à son article 3[269]. La lecture de sa jurisprudence laisse cependant subsister une ouverture vers un standard commun à ceux fixés par le Comité des droits de l'Homme et la Cour EDH.

---

265 Concernant une affaire relative au Sentier Lumineux au Pérou, voir n°83/1997, déc. 15 mai 1998, *G. R. B. c/Suède*, §6.5 ; n° 49/1996, déc. 15 mai 2001, *S. V. et consorts c/ Canada*, A/56/44, 93) ; voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 675.

266 CAT, n° 177/2001, *H. M. H. I. c/ Australie*, déc. 1er mai 2002.

267 H. Lambert, « Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue », *op. cit.*

268 Mais cette différence s'explique par le fait que cette dernière ait statué au regard de demande de protection subsidiaire, voir *infra*.

269 J. Voyame, « La Convention des Nations Unies contre la torture », *in* A. Cassesse (Ed.), *The Internation Fight Agaisnt Torture* (1991), p. 49.

2. L'ouverture à des circonstances exceptionnelles

86. Si la Convention contre la torture est inopérante pour reconnaître une protection à l'étranger gravement malade en raison de son état de santé, une affaire du Comité laisse entrevoir une possible invocabilité de l'article 16 dans des circonstances exceptionnelles. Dans l'affaire *T. M. c. Suède*, le Comité a estimé qu'en « *l'absence de circonstances exceptionnelles et vu que le conseil n'a pas répondu à l'argument de l'État partie selon lequel il n'avait pas été démontré que le traitement médical nécessité par le requérant n'était pas disponible au Bangladesh, le Comité considère que ce dernier n'a pas suffisamment étayé cette allégation aux fins de la recevabilité, et qu'elle doit par conséquent être déclarée irrecevable* »[270]. Ainsi, il laisse entendre que si le requérant avait démontré que le traitement nécessaire à son état de santé n'était pas disponible dans le pays de renvoi, en avançant au surplus des « *circonstances exceptionnelles* », le grief de violation de l'article 16 aurait été déclaré recevable et, par suite, examiné au fond. Dans l'affaire *Njamba and Balikosa*[271] précitée, l'irrecevabilité de la requête a été motivée par la possibilité pour la requérante d'être traitée dans son pays d'origine dans le cas où elle aurait besoin d'un traitement (après avoir visé les différents documents médicaux produits, le Comité énonce « *dans ces circonstances, le Comité a estimé que l'aggravation éventuelle de l'état de santé de Mme Njamba en cas de retour en RDC ne suffit pas en soi à étayer cette allégation* »).

87. Le problème d'une telle motivation est d'une part, au-delà de ne pas considérer le défaut de traitement pour une personne séropositive comme pouvant avoir des conséquences graves, qu'elle ne repose pas sur des critères d'accès aux traitements clairement définis (par exemple en fonction des ressources économiques, de l'entourage, de la région d'origine…). D'autre part, le Comité ne précise pas non plus ce que pourraient être les « *circonstances exceptionnelles* » évoquées (ruptures d'approvisionnement en traitements, discriminations de certaines ethnies dans l'accès aux soins…). Cette décision d'irrecevabilité peut également avoir été motivée par le fait que la requérante n'avait pas besoin de traitement au moment de la saisine du Comité, comme ce dernier le relève : « *le Comité a pris note de l'attestation médicale présentée par Mme Njamba indiquant qu'elle était séropositive et que le traitement contre le sida n'était pas facile à obtenir en RDC. Il a noté aussi que d'après*

270 CAT, n° 228/2003, *T. M.* c. *Suède*, préc.
271 CAT, n° 322/2007, *Njamba and Balikosa c. Suisse*, préc.

cette même attestation, Mme Njamba n'avait pas besoin de traitement »[272]. Une telle précision interroge dans la mesure où une personne vivant avec le VIH n'ayant pas besoin de traitement médicamenteux nécessite tout de même un suivi médical régulier pour observer l'évolution de la charge virale, sachant qu'un tel suivi est susceptible de ne pas être disponible dans certains pays d'origine.

88. En estimant que « *dans ces circonstances* »[273], l'expulsion de la requérante « *ne constitue pas, à elle seule, en l'absence d'autres facteurs, un traitement dégradant contraire à l'article 16* »[274], le CAT fait écho à la « *condition aiguë* » exigée par le CDH[275], et aligne sa position sur le même standard que la Cour EDH. Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*[276], la Cour avait exclu clairement « *la maladie et l'absence de ressources suffisantes pour faire face à cette pathologie [le VIH, au stade sida] dans le pays de destination* »[277] comme faisant partie des « *circonstances exceptionnelles* » ouvrant droit à une protection par ricochet au titre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme[278]. Ce constat est corroboré par la fin du paragraphe 7.3 de la communication *Njamba and Balikosa*, où le Comité contre la torture estime que « *l'aggravation éventuelle de l'état de santé de Mme Njamba en cas de retour en République démocratique du Congo ne suffit pas en soi à étayer* » un risque de violation de l'article 16 de la Convention. L'aggravation de l'état de santé doit être accompagnée d'autres circonstances pour que le grief au regard de cette disposition soit examiné : de la même manière que le Comité des droits de l'homme, le Comité contre la torture ne reconnaît pas le risque pour l'état de santé comme un seuil de gravité suffisant. Tout comme la Cour européenne des droits de l'Homme et le Comité des droits de l'Homme, la protection des étrangers gravement malades dépend ainsi de « *facteurs objectifs* »[279], autrement dit, de « *l'ensemble des données de la cause* »[280].

---

272 *Ibid.*, §7.3
273 *Ibid.*
274 *Ibid.*
275 Voir *supra.*
276 CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05.
277 *Ibid.*, §43 : « *Toutefois, elle estime qu'elle doit conserver le seuil élevé fixé dans l'arrêt D. c. Royaume-Uni et appliqué dans sa jurisprudence ultérieure, seuil qui est selon elle correct dans son principe étant donné que, dans ces affaires, le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination* ».
278 « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».
279 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 675.
280 R. Kolb, « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants », *art. préc.*

89. Par ailleurs, il convient de distinguer deux aspects relatifs à l'appréhension de l'état de santé de l'étranger par le Comité contre la torture : la dégradation de l'état de santé résultant du défaut de traitement dans le pays d'origine, et celle résultant du renvoi en lui-même[281]. Le Comité ne procède cependant pas à cette distinction, et déclare irrecevable les réclamations, car le seuil de gravité suffisant n'est pas atteint. La distinction peut paraître anodine, mais semble pertinente au regard des conditions posées par le Comité pour évaluer si torture il y a, le risque encouru par la personne devant être apprécié actuellement[282]. Or, la temporalité du risque de dégradation de l'état de santé peut être très variable : se dégraderait-il immédiatement du fait du renvoi en lui-même (comme cela pourrait être le cas pour une personne souffrant de troubles psychiatriques), ou du fait du défaut de traitement dans le pays d'origine qui, sur le long terme, peut avoir des conséquences dramatiques (comme ce pourrait être le cas d'une personne séropositive au VIH) ?

90. En tout état de cause, en posant quasiment le même standard de protection que la Cour EDH avant l'arrêt *Paposhvili*[283], les deux comités onusiens n'apparaissent pas comme des mécanismes juridiques suffisamment protecteurs du statut de l'étranger gravement malade. Si les conditions d'une protection par ricochet se dégagent, elles sont interprétées strictement, cantonnant leur application effective à des situations très exceptionnelles. Mais l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg depuis 2016 pourrait, à terme, les amener à infléchir le seuil de gravité exigé. À cette carence de protection par les CDH et la CAT, l'étranger gravement malade se trouve également partiellement exclu du statut de réfugié.

§2. Une mise à l'écart partielle du statut de réfugié

91. L'appréhension de la protection des étrangers gravement malades par les dispositifs de protection internationale – la Convention de Genève et la protection subsidiaire – apparaît, *a priori*, évidente au regard des similitudes entre les logiques sous-jacentes à ces protections. En

281 CAT, n° 220/2002, *R.D. c.* Suède, déc. 2 mai 2005, § 7.2 : « *Le Comité prend note des renseignements médicaux présentés par le requérant, à l'effet d'établir qu'il souffre de troubles post-traumatiques graves causés fort probablement par les tortures subies en 1997. Le Comité estime cependant que l'aggravation de l'état de santé du requérant, qui pourrait être causée par son expulsion, est* en soi [nous soulignons] *une considération insuffisante pour étayer cette affirmation, qui est par conséquent irrecevable* ».

282 Voir, entre autres, CAT n°s 203/2002, *A. R.* c. *Pays-Bas*, déc. 14 novembre 2003, § 7.3 ; 285/2006, CAT, *A. A. et consorts c. Suisse*, déc. 10 novembre 2008, § 7.6 ; CAT, n° 322/2007, *Njamba et Balikosa* c. *Suède*, préc., § 9.4.

283 CEDH, GC, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10 ; voir Section 2, §2.

effet, la particularité de ces dispositifs est qu'ils reposent, comme toute protection par ricochet, sur une protection anticipative consistant à prémunir d'un risque encouru pour la personne en cas de retour dans le pays d'origine. Toutefois, les étrangers gravement malades ne relèvent pas directement de la protection internationale accordée aux demandeurs d'asile : ils ne sont visés que de manière limitée par le prisme du « groupe social » (A). Pourtant, leur exclusion du statut de réfugié peut être discutée au regard de certaines similitudes dans les logiques protectrices (B).

A. Une inclusion textuelle et jurisprudentielle limitée : l'appréhension de l'étranger malade en tant que « groupe social »

92. La protection du réfugié résultant de la Convention de Genève de 1951 et du protocole de New York de 1967 consacre le principe fondamental de non-refoulement du demandeur vers un pays dans lequel il serait menacé[284]. Ce principe ne vise cependant pas à protéger spécifiquement les personnes dont le renvoi entraînerait des risques pour leur santé. Il cible les menaces sur la vie ou la liberté à raison de la « race », de la religion, de la nationalité, de l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques. Mais implicitement, ce principe a pu s'appliquer à des catégories bien spécifiques de malades, par le prisme du « groupe social »[285].

284 Article 1 : « A, *Aux fins de la présente Convention, le terme "réfugié" s'appliquera à toute personne : (…)* 2 *) Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ». Article 33-1 de la Convention de Genève : « *1. Aucun des États contractants n'expulsera ou ne refoulera, de quelque manière que ce soit, un réfugié sur les frontières des territoires où sa vie ou sa liberté serait menacée en raison de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques* ». Lire notamment D. Lochak, « Qu'est-ce qu'un réfugié ? La construction politique d'une catégorie juridique », *Pouvoirs*, vol. 144, n° 1, 2013, pp. 33-47.

285 Sur la notion de « groupe social », voir A. Korsakoff, *Vers une définition genrée du réfugié : étude de droit français*, Thèse de droit public, Université de Caen-Normandie, 2018, 705 p. ; J. Probst, *Instruire la demande d'asile, étude comparative du processus décisionnel au sein de l'administration allemande et française*, thèse de droit public, Université de Strasbourg, 2012, 577 p. ; V. Chetail, C. Laly-Chevalier (dir.), *Asile et extradition : théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruylant, Coll. « Organisation internationale et relations internationales, 2014, 332 p. ; J. C. Hathaway, *The Rights of Refugees under International Law*, Cambridge University Press, 2005, 1184 p. ; J.-Y. Carlier, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits,* Ed. Martinus Nijhoff, coll. « Recueil des cours Académie de droit international t. 332 », 2008, 354 p.

93. En effet, ce dernier a pu être reconnu au titre de la Convention de Genève à des personnes risquant d'être persécutées dans leur pays d'origine, comme appartenant à un groupe avec certaines caractéristiques communes, en raison de leur séropositivité[286]. Les États-Unis ont ainsi reconnu le risque de persécutions auxquelles sont sujettes les personnes d'origine haïtienne vivant avec le VIH en raison des craintes et incitations à la violence à leurs égards suscités par la religion vaudoue. Le risque de persécutions résulte de stigmatisation potentielle de ce groupe par la population générale dans le pays de provenance[287], les rendant de ce fait éligible au statut de réfugié. Ainsi, une telle protection ne s'applique pas à tous les étrangers gravement malades, mais seulement à ceux atteints de pathologies suscitant un risque de persécutions comme membre d'un groupe identifié par certaines caractéristiques[288]. Les refus de soins à certaines catégories de malades ont également pu justifier l'octroi du statut de réfugié : tel a été le cas pour des personnes vivant avec le VIH à qui une protection a été reconnue par les États-Unis, le Canada ou l'Australie[289].

94. La Convention de Genève de 1951 apparaît ainsi protectrice à l'égard des étrangers gravement malades susceptibles d'être persécutés ou privés de soins en raison de leur état de santé (une maladie spécifique permettant de les appréhender comme un groupe social). En cela se dessine un début de consécration. Mais celle-ci s'avère relative : leur protection par le prisme de la Convention de Genève étant limitée (elle ne concerne que certaines pathologies), exceptionnelle (peu de cas ont été répertoriés), et indirectement liée à la maladie. Ce n'est pas la pathologie et le risque de défaut de soins qui génèrent la protection, mais le risque dans le pays d'origine en raison de l'appartenance à un groupe qui est stigmatisé en raison de cette pathologie. Ainsi, la Convention de Genève assure une

286 Miami Immigration Court, C-J, n° A72-560-459 (U.S. Dept. of Justice, Exec. Office for Immigration Review, Sep. 1, 2004). À ce sujet, lire L. Ford, « HIV Afflicted Haitians: New Hope When Seeking Asylum », *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 36, Issue 2 & 3 (Winter/Spring 2005), pp. 293-316.

287 V. Bettinson and A. Jones, « The Future of Claims to Resist Removal By Non-Nationals Suffering from HIV/AIDS », *Liverpool Law Review* (2007), 183-213, at 192-193.

288 À ce sujet, lire M. Tissier-Raffin, *La qualité de réfugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, thèse de droit public, 2013, Université Paris-Nanterre, pp. 541-545. Marion Tissier-Raffin, *La qualité de refugié de l'article 1 de la Convention de Genève à la lumière des jurisprudences occidentales*, Bruylant, 2016, Collection du Centre des droits de l'Homme de l'Université catholique de Louvain, 813 p.

289 M. Foster, *International Refugee Law and Socio-Economic Rights : Refuge from Deprivation,* Cambridge University Press, 2007, ch 4, p. 262 : « *The fact that the country of origin is poor and undeveloped, and thus has only basic services, does not preclude a claim where "people infected with HIV may be denied even the low level of care available to others…* ». Voir également L. G. Shoop, « Health Based Exclusion Grounds in United States Immigration Policy: Homosexuals, HIV Infection and the Medical Examination of Aliens », *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, vol. 9, Issue 1, 1993, p.521.

protection indirecte par truchement, similaire à celle du Comité contre la torture et du Comité des droits de l'Homme où la maladie en elle-même ne suffit pas à ouvrir un droit à être protégé, mais corrélées avec d'autres facteurs, le seuil de gravité exigé peut être atteint. Un standard commun de protection apparaît ainsi une nouvelle fois.

95. Cette exclusion *a priori* des étrangers gravement malades du champ de la Convention de Genève s'explique par plusieurs facteurs. Elle peut de prime abord paraître évidente, puisque celle-ci avait pour objet principal la protection des réfugiés de la Seconde Guerre mondiale. Mais il a été démontré que son interprétation ne pouvait être considérée comme neutre, car considérablement tributaire des institutions en charge de l'appliquer, pouvant aboutir à une fabrique du réfugié « *au gré des besoins et des périodes politiques* »[290]. Un autre facteur explicatif est davantage de l'ordre du rationnel : laisser les États traiter directement cette question, car conclure que le renvoi d'un étranger gravement malade serait, dans certaines conditions, constitutif d'un traitement inhumain et dégradant serait légalement exact, mais politiquement délicat. Ceci expliquerait le choix de la « rationalité », laissant la porte ouverte à la consécration d'une telle protection par les droits régionaux et nationaux, comme en atteste l'encouragement du Haut-Commissariat pour les réfugiés à reconnaître d'autres formes de protection « *pour les personnes ayant besoin de protection internationale qui ne satisfont pas aux critères de la définition du réfugié au sens de la Convention de 1951 ou de son Protocole de 1967* »[291]. La protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades n'entre pas dans ces critères, alors qu'elle semble pourtant répondre à la même

290 K. Akoka, *La fabrique du réfugié à l'Ofpra (1952-1992) : du consulat des réfugiés à l'administration des demandeurs d'asile*, Thèse de sociologie, Université de Poitiers, 2012. Lire également K. Akoka, A. Spire, « Pour une histoire sociale de l'asile politique en France », *Pouvoirs*, Le Seuil, 2013/1 n° 144, pages 67 à 77 ; C. Lantero, *Le droit des réfugiés, entre droits de l'Homme et gestion de l'immigration*, Bruxelles, Bruylant, 2011, 613 p.

291 Conclusion sur la fourniture d'une protection internationale y compris moyennant les formes de protection complémentaires, n° 103 (LVI) – 2005, 56e Session du Comité exécutif. Voir Documents officiels de l'Assemblée générale A/AC.96/1021 : « *Réaffirmant que la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et son Protocole de 1967 restent la pierre angulaire du régime de protection internationale des réfugiés et notant à cet égard l'importance fondamentale de leur stricte application par les États parties, y compris du principe fondamental du non-refoulement. Reconnaissant que, dans différents contextes, la protection internationale peut être nécessaire pour les cas non couverts par la Convention de 1951 et le Protocole de 1967 (…) : i) Encourage le recours aux formes complémentaires de protection pour les personnes ayant besoin de protection internationale qui ne satisfont pas aux critères de la définition du réfugié au sens de la Convention de 1951 ou de son Protocole de 1967* ».

logique protectrice que celle du réfugié (protection dite anticipative ou spéculative[292]), telle que celle sous-jacente à la Convention de 1951 et son Protocole de 1967.

B. Une mise à l'écart malgré des logiques anticipatives similaires

96. La protection anticipative ou spéculative peut également être qualifiée d'impérieuse, la vie ou l'intégrité de la personne étant concernée en cas de renvoi. Pour les étrangers gravement malades, il s'agit d'être protégés contre le risque de ne pouvoir être soignés dans le pays d'origine, ce qui entraînerait des conséquences graves et certaines sur l'évolution de l'état de santé. Pour les réfugiés, il s'agit de protéger contre le risque de persécutions en cas de retour dans le pays d'origine du fait de la race, la religion, la nationalité, l'appartenance à un certain groupe social ou des opinions politiques. Corrélatif à cette logique de protection anticipative, le contexte régnant dans le pays d'origine est également nécessairement pris en considération. Politico-culturel pour les demandes de protection internationale, il est d'ordre socio-économique et médical pour la protection des étrangers gravement malades.

97. Ainsi, avec les réfugiés écologiques[293], les étrangers gravement malades figurent parmi les grands absents du dispositif de protection internationale. Cela est lié à l'appréhension générale du droit à la santé en droit international : si ce droit est une préoccupation de longue date, sa reconnaissance est très variable, « *l'affirmation d'un ''droit à la santé'' dans la plupart des systèmes juridiques ne* [devant] *pas cacher une réelle diversité* »[294]. Il apparaît que « *la majorité des dispositions internationales n'ont pas pour objet premier de consacrer le droit à la santé, mais admettent implicitement ou incidemment son existence* »[295]. La mise en exergue de cet aspect permet de comprendre l'absence de véritable protection internationale[296] octroyée aux étrangers gravement malades faisant l'objet d'une mesure de

292 A.-T. Yutaka, « Uneven, but in the Direction of Enhanced Effectiveness - A Critical Analysis of Anticipatory Ill-Treatment under Article 3 ECHR », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 20, Issue 1 (March 2002), pp. 5-28.

293 C. Cournil, « Les réfugiés écologiques : quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s) ? » *in* Gisti, *Actes de la journée du 14 décembre 2007*. http://www.gisti.org/IMG/pdf/je_08refugies-environnementaux.pdf ; C. Cournil, « Les réfugiés écologiques (1) : Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s) ? », *RDP,* 2006, p. 1035 ; J. Bétaille, « Des "réfugiés écologiques" à la protection des "déplacés environnementaux" éléments du débat juridique en France », *Hommes & migrations*, 1284 | 2010, 144-155 ; F. Gemenne, *Géopolitique du changement climatique*, Armand Colin, 2009, 255 p.

294 T. Gründler, *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2007, p. 177.

295 *Ibid.*, p. 178.

296 Sur la protection subsidiaire accordée par le droit de l'Union européenne, voir *infra.*

renvoi : cette dernière ne peut exister que par ricochet, étant la protection d'un droit non expressément consacré (le droit à la santé) invoqué à l'encontre d'une mesure (de renvoi) qui ne peut être contestée qu'indirectement, car susceptible de constituer un traitement inhumain et dégradant.

98. Le caractère doublement indirect de la protection invoquée explique la convergence de toutes les jurisprudences des organes de protections des droits de l'Homme, qui estiment que le renvoi d'un étranger gravement malade n'atteint pas le seuil de gravité nécessaire pour qu'une protection, principalement par le prisme du traitement inhumain et dégradant, soit reconnue. La faiblesse des instruments internationaux à protéger les étrangers gravement malades est directement liée à ce nécessaire double ricochet que les organes de protection internationaux se refusent à effectuer, révélant une limitation à la construction d'une protection prétorienne des étrangers, et pour les étrangers gravement malades, à l'absence de consécration directe de leur statut juridique du seul fait de la défaillance de leur état de santé. Le droit international calque ainsi sa position sur celle de la Cour européenne des droits de l'homme, et inversement[297]. C'est par celle-ci que va émerger une telle protection, dont la construction difficile illustre les problèmes juridico-politiques posés par la maladie de l'étranger. Cette protection reste cependant indirecte, car assurée par la médiation et le truchement de droits et libertés garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CESDH). Surtout, le standard de protection fixé par la Cour EDH est resté jusqu'en 2017 durablement en retrait du caractère absolu de l'article 3.

SECTION 2. UN STANDARD DE PROTECTION EUROPÉEN DURABLEMENT EN RETRAIT DE L'ARTICLE 3

99. À l'instar du droit international des droits de l'Homme, il n'existe pas de norme européenne protégeant directement l'étranger gravement malade susceptible d'empêcher une mesure de renvoi ou consacrant un droit au séjour. Ce n'est que par la médiation, c'est-à-dire

297 À ce sujet, lire notamment M. Delmas-Marty, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Dalloz*, 2006, p. 951 ; J. Ferrero, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international,* Éd. A. Pedone, 2019, 619 p. ; G. Cohen-Jonathan, J.-F. Flauss, *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, 276 p. ; L. Hennebel, *La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies,* Bruylant, 2007, 582 p. ; E. Decaux, (dir.), *Le Pacte international des droits civils et politiques : commentaire article par article,* Economica, 2010, 996 p.

par l'intermédiaire d'un droit fondamental garanti, que la protection de l'étranger gravement malade est appréhendée. Cette protection européenne indirecte pourrait résulter de plusieurs droits fondamentaux : le principe de dignité de la personne humaine, le droit à la vie, la prohibition des traitements inhumains et/ou dégradants, le droit à la protection de la santé, ou le droit à la vie privée et familiale. Toutefois, et de la même manière que les comités onusiens, la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg[298] n'envisagent le statut de l'étranger gravement malade que par le prisme du risque de traitements inhumains et dégradants[299]. Les positions européennes quant à la protection contre l'éloignement des étrangers malades ont pendant longtemps été très en retrait au regard de la jurisprudence de ces cours relatives au caractère absolu de la prohibition des traitements inhumains et dégradants, révélant de véritables réticences liées à l'appréhension juridique de l'état de santé de l'étranger et ses conséquences (§1). L'exigence d'un seuil de gravité difficilement atteignable traduisait, jusqu'à une période récente, une incohérence de la Cour au regard de sa propre jurisprudence, révélatrice d'un malaise à protéger l'étranger malade par l'intermédiaire de l'article 3 (§2).

§1. Une protection assujettie à un seuil de gravité exceptionnelle

100. L'exigence d'un seuil de gravité exceptionnelle est issu d'une interprétation proportionnaliste du risque de traitements inhumains et dégradants (A), aboutissant à une jurisprudence critiquable et critiquée (B).

298 Concernant le droit de l'Union européenne, les articles pertinents sont l'article 4 de la Charte dispose : « *Nul ne peut être soumis à la torture, ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants.* » L'article 19, § 2 de la Charte prévoit également que : « *Nul ne peut être éloigné, expulsé ou extradé vers un État où il existe un risque sérieux qu'il soit soumis à la peine de mort, à la torture ou à d'autres peines ou traitements inhumains ou dégradants*. ».

299 Si le droit de l'Union européenne prévoit une prise en compte de l'état de santé justifiant un non-refoulement (article 5 de la directive n° 2008/115 du Parlement européen et du Conseil du 16 déc. 2008 *relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*), cette disposition ne semble pas avoir fait l'objet de contentieux européen. Sur le contrôle juridictionnel des mesures de renvoi pris en application du droit de l'UE, lire M. Moraru, G. Cornelisse, P. de Bruycker, *Law and Judicial Dialogue on the Return of Irregular Migrants from the European Union,* Modern Studies in European Law, 1st éd., 2020, 528 p.

A. La genèse : une interprétation « proportionnaliste »[300] du risque de traitements inhumains et dégradants

101. La Commission européenne des droits de l'Homme ayant estimé que l'expulsion d'une femme âgée et malade peut mettre sa vie en péril[301], l'appréhension du renvoi des malades étrangers par la Cour aurait pu légitimement se faire au regard de l'article 2[302]. Mais celle-ci ne s'est jamais prononcée au regard du droit à la vie, la Cour considérant ce risque indissociable des griefs tirés de l'article 3, et surtout, de l'absence de lien entre la menace pour la personne et une responsabilité étatique (1). C'est donc au regard du seul article 3 de la Convention que la Cour a protégé, par ricochet, les étrangers gravement malades d'une mesure de renvoi. Elle l'a cependant fait de manière restrictive, en raison du standard fixé pour que le seuil de gravité soit atteint (2).

1. L'inapplicabilité de l'article 2 : conséquence de l'indissociabilité des griefs et de « l'irresponsabilité » de l'État

102. La première affaire relative au renvoi d'un étranger gravement malade portée devant la Cour EDH est, comme beaucoup, relative à une personne porteuse du VIH. Dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* de 1997[303], le requérant se trouvait en phase terminale de sa maladie (le sida), et la Cour a constaté que « *son espérance de vie, déjà courte, serait encore abrégée s'il devait être brusquement privé du traitement médical qu'il suit actuellement pour être renvoyé à Saint*-Kitts »[304]. Le requérant a invoqué le lien direct entre son renvoi et sa mort imminente pour affirmer que l'article 2, relatif à la protection du droit à la vie, « *entraîne l'obligation positive de protéger la vie ce qui, dans les circonstances de l'espèce, impose au Gouvernement de ne pas prendre de mesure de nature à provoquer une réduction supplémentaire de sa brève espérance de vie* »[305]. Pour sa part, le Gouvernement a considéré que la menace pesant sur la vie du requérant provient de sa maladie combinée à l'absence de traitement approprié dans son pays d'origine, et non de facteurs dont l'État puisse être tenu pour responsable. En d'autres termes, le Gouvernement n'a pas considéré sa décision de renvoi comme constitutive

300 Opinion dissidente aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans l'affaire CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, 30240/96, 2 mai 1997, §7.
301 Com. EDH, 13 déc. 1971, *X. c. RFA*,. n° 5207/71, Ann. CEDH 1971.699.
302 A. Devers, « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière », *RDSS,* 2001. 241.
303 CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, préc.
304 *Ibid*., §56.
305 *Ibid*.

d'une menace pour la vie du requérant. La Cour fait sien cet argumentaire et considère que l'article 2 ne s'applique pas au cas d'espèce[306]. Elle considère en plus que les griefs soulevés sur le terrain de l'article 2 sont indissociables au fond de ceux tirés de l'article 3, et n'a ainsi pas estimé nécessaire d'examiner le grief tiré du droit à la vie. Quelques années plus tard, la Cour a confirmé cette approche dans l'arrêt *Ndangoya c. Suède*[307], à propos du renvoi d'un ressortissant tanzanien vivant avec le VIH. Le requérant invoquait pourtant un risque de violation combinée des articles 2 et 3 de la Convention.

103. Ce raisonnement relatif à l'absence de responsabilité de l'État au regard du droit à la vie interpelle à deux égards. D'une part, cela sous-entendrait que si l'État était responsable de la maladie dont souffre le requérant (comme dans le cas de l'affaire du sang contaminé), alors l'article 2 pourrait être applicable. D'autre part, il apparaît paradoxal de considérer que la menace pesant sur la vie du requérant ne provient pas de facteurs dont l'État puisse être tenu pour responsable, puisqu'à l'origine de l'affaire se trouve nécessairement une mesure d'éloignement prise par les autorités étatiques, mesure qui aura des conséquences pour l'état de santé de l'étranger.

104. Le refus d'appréhender le risque présenté par la maladie de l'étranger sous l'angle de l'article 2 illustre, dans une certaine mesure, le malaise de la Cour à appréhender l'état de santé de l'étranger, malaise qui l'amène à développer une jurisprudence paradoxale. En effet, exclure les malades de l'article 2 en considérant que ce dernier nécessite une responsabilité de l'État reviendrait également à exclure du champ de l'article 2 la protection par ricochet en cas de risque de peine de mort de l'étranger dans son pays d'origine. L'État à l'origine de la mesure de renvoi ne peut en effet être considéré comme responsable du droit pénal de l'État de renvoi, tout comme il ne peut l'être des carences du système de santé. La Cour EDH a pourtant considéré que l'éloignement d'une personne vers un État dans lequel elle encourt la peine de mort viole l'article 2[308]. La caractérisation de la responsabilité de l'État sous l'angle de l'article 2 en cas de peine de mort s'explique par la « *tendance abolitionniste observée* »[309] par

306 *Ibid*., §57.

307 CEDH, 22 juin 2004, *Ndangoya c. Suède*, 17868/03 ; voir également CEDH, 29 juin 2004, *Salkic et autres contre Suède*, 7702/04.

308 CEDH, 8 février 2006, *Bader et Kanbor c. Suède,* n° 13284/04 ; CEDH, 29 octobre 2015 *A.L. (X.W.) c. Russie,* n° 44095/14.

309 J. Ferrero, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international,* pp. 362-363.

la Cour. *A contrario, s*on refus de caractériser une telle responsabilité en cas de renvoi d'un malade peut s'expliquer par l'absence de consensus sur la question de la prise en compte (ou non) de la disparité du niveau de soins entre États. Ce défaut de consensus va être particulièrement saillant au regard de l'article 3 de la Convention.

2. L'applicabilité ultra-restrictive de l'article 3 : conséquence de l'exigence d'un seuil de gravité très élevé

105. La première affaire portée devant la Commission européenne des droits de l'Homme relative aux risques pour l'état de santé en cas de renvoi au prisme de l'article 3 date de 1994[310]. En l'espèce, il s'agissait d'un ressortissant ghanéen faisant l'objet d'une mesure de renvoi décidée par le ministère de l'Intérieur finlandais : M. Tanko invoquait l'article 3 de la Convention, car il risquait de perdre la vue si son expulsion était mise à exécution, eu égard à l'absence de structures médicales adéquates au Ghana pour le soigner, et éventuellement, l'opérer. Il invoquait également l'article 8 relatif au droit à la vie privée et familiale, en ce que son expulsion constituerait un manque de respect pour son intégrité physique et, en conséquence, pour sa vie privée. Dans un premier temps, la Commission n'a pas exclu « *que l'absence de soins adéquats en cas de maladie grave puisse, dans certaines circonstances, constituer un traitement contraire à l'article 3* ». Toutefois, au regard des éléments du dossier, la Commission observa qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que le requérant serait dans l'impossibilité de se procurer les médicaments dans son pays d'origine, ni de les rapporter s'il était expulsé. Elle conclut donc à l'absence de risque réel que le requérant soit soumis à un traitement contraire à l'article 3 de la Convention[311].

106. La deuxième affaire, qui fut examinée par la Cour après son examen par la Commission[312], concernait la France. Dans l'affaire *Nasri*[313], le requérant alléguait que son expulsion vers l'Algérie entraînerait une violation des articles 3 et 8 de la Convention.

310 Com. EDH, 19 mai 1994, *Tanko c. Finlande*, n° 23634/94.

311 Elle conclut également à l'absence de violation de l'article 8, en rappelant la jurisprudence de la Cour dans l'arrêt *Abdulaziz, Cabales, et Balkandali* selon lequel en matière d'immigration, « *les États contractants jouissent d'une large marge d'appréciation pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention* » (CEDH, 28 mai 1985, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, n° 9214/80; 9473/81; 9474/81, §67 et 68).

312 Com. EDH, 10 mars 1994, *Nasri c. France*, n° 19465/92.

313 CEDH, 13 juillet 1995, *Nasri c. France*, n° 19465/92.

Toutefois, la Cour ayant constaté que son expulsion porterait atteinte à l'article 8 de la Convention[314], elle n'a pas examiné le grief tiré de l'article 3.

107. Ce n'est qu'en 1997 que la Cour a eu l'occasion de définir sa position relative au renvoi d'un étranger gravement malade. Dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*[315], elle a considéré un tel renvoi constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant uniquement lorsqu'il y a *« un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses* », et que s'y ajoutent « *des circonstances très exceptionnelles* ». En l'espèce, celles-ci résultaient de la maladie incurable du requérant, en stade terminal, et du défaut d'accès effectif au traitement dans le pays d'origine. Comme pour le Comité des droits de l'Homme et le Comité contre la torture, le risque de traitement inhumain ou dégradant résulte de facteurs objectifs, c'est-à-dire du traitement médical qui ne pourrait être administré à la personne, accompagné de sa situation de solitude ou de misère[316]. Selon Frédéric Sudre, « *ainsi appliqué, l'article 3 remplit une fonction objective de principe directeur de l'activité de l'État et cette décision paraît bien consacrer implicitement l'obligation de ne pas procéder à l'éloignement d'un étranger qui exposerait ce dernier à des conditions de vies contraires à la dignité humaine* »[317]. Mais le niveau de seuil de gravité exigé par la Cour pour que l'étranger malade soit protégé au titre de l'article 3 vient relativiser cet encadrement de l'activité de l'État.

108. Certains membres de la doctrine ont pu considérer que l'éloignement d'un étranger malade constitue un traitement inhumain et dégradant dès qu'il entraîne l'interruption du traitement médical indispensable à la protection de la santé de l'étranger[318]. Mais la lecture de l'arrêt ne permet pas, nous semble-t-il, de tirer une telle conclusion. On peut en effet se demander si la Cour considère le renvoi comme contraire à l'article 3 en raison du transfert en lui-même (en l'espèce, le risque de décès au cours du voyage), ou du défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine (en l'occurrence, le défaut de soins et d'accompagnement sur l'île

314 La Cour considère au §46 de ladite décision qu'« *eu égard à ce cumul de circonstances particulières, notamment la situation d'un homme sourd, muet, ne pouvant trouver un minimum d'équilibre psychologique et social que dans sa famille, composée en majorité de citoyens français n'ayant eux-mêmes aucune attache avec l'Algérie, il apparaît que la décision d'expulser le requérant, si elle recevait exécution, ne serait pas proportionnée au but légitime poursuivi. Elle méconnaîtrait le respect dû à la vie familiale et violerait donc l'article 8 (art. 8)* ».

315 *D. c. Royaume-Uni*, préc.

316 F. Sudre, « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *JCP G., n° 5*, 1998, doctr. 107.

317 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 676.

318 A. Devers, « La protection de la santé des étrangers en situation irrégulière », *art. préc*. p. 241.

de Saint-Kitts). La Cour est ambiguë sur ce qu'elle souhaite qualifier de violation de l'article 3. Après avoir visé la gravité de l'état de santé et l'absence de soutien à Saint-Kitts, elle considère que « *la mise à exécution de la décision de l'expulser* »[319] constituerait un traitement inhumain. Mais la Cour insiste aussi sur le fait que l'expulsion exposerait le requérant à un « *risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement inhumain* », « *même si l'on ne peut dire que la situation qui serait la sienne* »[320] à Saint-Kitts constitue en soi une violation de l'article 3. Pour obscurcir le tout, la Cour conclut que « *les considérations précitées ne doivent pas être assimilées à la seule appréciation de la question de savoir si le requérant est ou non en état de se rendre à Saint-Kitts* »[321]. En d'autres termes, le traitement inhumain résulterait principalement de la « *mise à exécution de la décision d'expulser* »[322] en raison du stade critique de sa maladie, et non du sort qui aurait été le sien s'il avait été effectivement renvoyé. De manière ironique, on pourrait dire que si le requérant avait pu être téléporté directement à Saint-Kitts, sans voyager, les juges de la Cour EDH auraient peut-être considéré que la décision du Royaume-Uni de le téléporter n'était pas constitutive d'un traitement inhumain[323].

109. C'est dans ce sens que le gouvernement britannique a interprété la position de la Cour, dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*[324]. Il a ainsi relevé que « *pour établir l'existence ou non de circonstances exceptionnelles, la Cour se serait principalement attachée, dans les affaires antérieures, à la gravité de l'état de santé du requérant au moment où l'expulsion était envisagée, et elle ne se serait à ce jour encore jamais livrée à un examen détaillé du point de savoir si le requérant pourrait effectivement obtenir le traitement et les soins nécessaires dans le pays de destination* »[325]. La position restrictive de la Cour EDH dans l'arrêt *D.* a ainsi servi de terreau propice pour rendre quasi inapplicable aux malades étrangers le risque de traitement inhumain résultant de la dégradation de leur état de santé à moyen et long terme, et ce, indépendamment de la mise à exécution en elle-même de la mesure de renvoi.

---

319 *D. c. Royaume-Uni*, préc., §53.
320 *Ibid.*
321 *Ibid.*, §53.
322 *Ibid.*, §54.
323 *Ibid.*, §53 : « *Même si l'on ne peut dire que la situation qui serait la sienne dans le pays de destination constitue en soi une violation de l'article 3 (art. 3), son expulsion l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses et constituerait donc un traitement inhumain* ».
324 *N. c. Royaume-Uni*, préc.
325 *Ibid.*, §22.

110. Cette interprétation ne semble cependant pas unanime : ainsi, Frédéric Sudre[326] ne mentionne pas l'arrêt *D.* parmi les hypothèses exceptionnelles de protection directe octroyée par la suite « *lorsqu'une mesure d'éloignement d'un étranger du territoire constitue un traitement inhumain en soi* »[327]. L'affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique* était relative à l'extrême angoisse causée à une enfant de 5 ans renvoyée au Congo et d'un « *manque flagrant d'humanité envers sa personne eu égard à son âge et à sa situation de mineure non accompagnée* ». Ce principe de protection directe en raison du traitement inhumain suscité par la mesure en elle-même pourrait également s'appliquer aux étrangers atteints de troubles psychiatriques pour lesquels une mesure de renvoi aurait des conséquences directes. Mais la Cour exigeait que d'autres facteurs soit en cause, comme c'est le cas dans l'arrêt *Y. c. Russie*[328] : « *la Cour reconnaît que la procédure d'expulsion a pu causer à la première requérante un stress et une angoisse mentale importants* ». Mais la Cour concluait à une non-violation de l'article 3 de la Cour EDH, eu égard au seuil élevé de gravité exigé[329]. Et dans le cas où le renvoi d'un étranger malade présenterait un risque de suicide, la Cour a rappelé dans l'arrêt *Dragan c. Allemagne*[330] que cela n'astreint pas l'État contractant à s'abstenir d'exécuter la mesure envisagée, s'il prend des mesures concrètes pour en prévenir la réalisation.

111. En tout état de cause, se dessinait pour la première fois, par la médiation de l'article 3, une protection par ricochet de l'étranger gravement malade, qui ne pouvait être expulsé lorsque la mesure de renvoi entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité pour sa santé. Cette première ébauche de protection restait toutefois très parcellaire eu égard aux conditions restrictives : le traitement inhumain ne concerne que la mise exécution de la décision d'expulser un étranger au stade terminal d'une maladie grave, dans « *des circonstances très exceptionnelles* » en raison de « *considérations humanitaires impérieuses* », que le juge européen va entendre très étroitement, comme cela a été confirmé dans l'arrêt

326 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme, op. cit.*, p. 676.

327 CEDH, 12 octobre 2006, *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, n° 13178/03, § 69.

328 CEDH, 4 décembre 2008, *Y. c. Russie,* 20113/07, §95.

329 Ibid. : « *The Court acknowledges that the deportation procedure may have caused the first applicant significant stress and mental anguish. However, in the above circumstances and taking into account the high threshold set by Article 3 of the Convention, the Court does not find that his removal from Russia involved a violation of Article 3 on account of his medical condition either* ».

330 CEDH, 7 octobre 2004, *Dragan c. Allemagne*, 33743/03 ; voir également CEDH, 3 avril 2001, *Keenan c. Royaume-Uni*, 27229/95, § 90 ; CEDH, 18 avril 2002, *Aronica c. Allemagne*, n° 72032/01 ; CEDH, 28 septembre 2000, *Akyüz c. Allemagne,* n° 58388/00.

Bensaïd c. Royaume-Uni[331]. Si la personne peut supporter le renvoi vers son pays d'origine, quand bien même son état de santé se détériorerait sérieusement sur place en raison du défaut d'accès aux soins, la violation de l'article 3 n'est, dans ce cadre, pas retenue. La protection par médiation de l'article 3 apparaît certes « *évidente* »[332], mais insuffisante : une protection réelle reste déniée à l'étranger malade.

B. L'insuffisance de la protection octroyée aux étrangers gravement malades

112. La seconde décision-phare de la Cour EDH relative au renvoi d'étrangers gravement malades, rendue en 2008, constitue l'une des plus controversées de la jurisprudence européenne, en ce qu'il exige un seuil de gravité élevé correspondant à un état agonique à très court terme (1). En plus d'avoir provoqué de vives critiques internes et externes (2), la Cour a raté à plusieurs reprises l'occasion de revoir sa position, mais pas celle d'élever davantage un seuil déjà très exigeant et peu conforme à sa propre jurisprudence relative à l'article 3 (3).

1. Un constat de violation initialement conditionné à un état agonique à très court terme

113. L'approche retenue par la Cour dans l'arrêt *D.* (être à l'aube de la mort) dévoile une interprétation biaisée de la notion traditionnelle de risque[333], cumulant les circonstances personnelles du requérant, et les conditions sanitaires dans le pays de renvoi. La combinaison de ces deux critères impliquerait une interprétation souple du risque[334], afin qu'une protection contre le renvoi au titre de l'article 3 puisse se dessiner. Mais par l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, la Cour EDH a adopté une interprétation stricte de cette notion de risque, en venant sonner le glas de certains étrangers gravement malades.

331 CEDH, 6 février 2001, *Bensaid c/ Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 40 : « *La Cour admet que l'état de santé du requérant est grave. Compte tenu toutefois du seuil élevé fixé par l'article 3, notamment lorsque l'affaire n'engage pas la responsabilité directe de l'État contractant à raison du tort causé, la Cour n'estime pas qu'il existe un risque suffisamment réel pour que le renvoi du requérant dans ces circonstances soit incompatible avec les normes de l'article 3. (...)* ».

332 F. Sudre, « La notion de peines et traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *R.G.D.I.P.*, 1984, p. 856.

333 C. Bauloz, « Foreigners: Wanted Dead or Alive: Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement », *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18, Issue 4 (2016), pp. 409-441.

334 *Ibid.*

114. Dans l'affaire *N. c. Royaume-Uni*, la requérante, originaire d'Ouganda, était atteinte du VIH et avait fait l'objet d'une mesure de renvoi du Royaume-Uni. Devant la Cour, elle a soulevé la violation de l'article 3 de la CESDH par ricochet, en raison du risque de traitement inhumain résultant de l'exécution de cette mesure. Elle ne pouvait y bénéficier du traitement susceptible de lui faire échapper à la mort. Afin d'inciter la Cour à élargir son interprétation des « *circonstances exceptionnelles* » susceptibles de justifier une violation de l'article 3, la requérante a invoqué l'arrêt *D. c Royaume-Uni* pour soutenir « *qu'il n'y aurait pas de différence conceptuelle entre les souffrances extrêmes provoquées par l'expulsion d'une personne sur le point de mourir et psychologiquement prête à affronter cette épreuve, et celles causées par l'expulsion d'une personne psychologiquement non prête à mourir après avoir échappé de peu à la mort grâce à un traitement qu'il est envisagé d'interrompre* »[335]. Ce cas d'espèce était l'occasion pour la Cour, en formation de Grande chambre, de préciser ce qu'elle entendait par ces « *circonstances exceptionnelles* », et si elles englobaient le risque à moyen et long terme encouru dans le pays d'origine du fait du défaut d'accès aux soins parmi les traitements contraires à l'article 3, et non plus seulement les conséquences immédiates résultant de la mise à exécution de la décision de renvoi (*i.e.* : le fait de sortir la personne de son lit d'hôpital pour la mettre dans l'avion).

115. La Grande chambre, « *consciente de la vulnérabilité de l'étrangère concernée* »[336], a d'emblée précisé qu'elle n'excluait pas « *qu'il puisse exister d'autres cas très exceptionnels où les considérations humanitaires soient tout aussi impérieuses* ». Mais elle a estimé qu'elle devait « *conserver le seuil fixé dans l'arrêt D. c. Royaume-Uni* », en le limitant à des circonstances très exceptionnelles. Et la Cour excluait clairement « *la maladie et l'absence de ressources suffisantes pour faire face à cette pathologie dans le pays de destination* »[337] comme faisant partie de ces circonstances. Au-delà de cette interprétation très restrictive, le raisonnement apparaissait critiquable : la Cour ne prenait pas en compte l'inexistence du traitement pour « *faire face* » à la pathologie dans le pays d'origine, mais « *l'absence de*

335 *Ibid.*, § 25.

336 E. Aubin, « La réception de la vulnérabilité des étrangers dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* P. Mbongo (dir.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux,* , Berger Levrault, 2015, p. 51.

337 *Ibid.*, §43 : « *Toutefois, elle estime qu'elle doit conserver le seuil élevé fixé dans l'arrêt D. c. Royaume-Uni et appliqué dans sa jurisprudence ultérieure, seuil qui est selon elle correct dans son principe étant donné que, dans ces affaires, le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination* ».

ressources suffisantes », ce qui sous-entendrait que n'importe quel pays est à même de fournir les traitements médicaux adéquats, à condition que les personnes aient les ressources financières suffisantes pour y accéder.

116. La Cour précisait également que ces mêmes principes devaient s'appliquer à n'importe quelle « *maladie physique ou mentale grave survenant naturellement, susceptible de provoquer souffrances et douleur et de réduire l'espérance de vie, et nécessitant un traitement médical spécialisé qui peut ne pas être facile à se procurer dans le pays d'origine du requérant ou qui peut y être disponible mais seulement à un prix élevé* »[338]. Cette précision se justifiait par le fait que jusqu'à cet arrêt, la Cour EDH était quasi exclusivement saisie par des personnes vivant avec le VIH[339], et les principes « protecteurs » dégagés ne semblaient concerner que cette pathologie, ou plutôt, distinguer selon que la personne vive avec le VIH, ou soit au stade sida. En effet, dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, l'état de santé du requérant s'était considérablement dégradé, étant « *atteint du sida depuis plus de dix-huit mois et que cette maladie se caractérise par une aggravation constante, le pronostic est extrêmement défavorable* »[340]. Comme le soulignait la Cour, « *il était en fait proche de la mort* »[341]. Alors que dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, s'il a été diagnostiqué deux pathologies liées au sida, les traitements dont la requérante a pu bénéficier ont alors stabilisé son état de santé, ce qui la rendait apte à voyager, « *et son état ne se détériorera pas tant qu'elle continuera à prendre le traitement dont elle a besoin* ». La Cour constatait certes les potentielles difficultés d'accès aux soins en Ouganda concernant les personnes vivant avec le VIH, et admettait « *que la qualité et l'espérance de vie de la requérante auraient à pâtir de son expulsion vers l'Ouganda* ». Mais elle n'était « *pas, à l'heure actuelle, dans un état critique* »[342]. En effet, contrairement à l'arrêt *D.*, l'infection de la requérante n'avait pas atteint le stade sida.

117. La Cour poursuivait son raisonnement en précisant que la dégradation de son état de santé « *comporte nécessairement une part de spéculation, eu égard en particulier à l'évolution constante de la situation en matière de traitement de l'infection à VIH et du sida dans le monde*

338 *Ibid.*, §45
339 À l'exception de l'arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni*, préc., relatif à un cas de schizophrénie.
340 *D. c. Royaume-Uni*, préc., §14.
341 *N. c. Royaume-Uni*, préc., §33
342 *Ibid.*, §250.

entier »[343]. Par cette dernière précision, la Cour estimait implicitement qu'elle ne pouvait protéger un étranger atteint du VIH contre une mesure de renvoi que si son état de santé évoluait vers le stade terminal du sida, comme elle l'avait déjà jugé dans d'autres cas similaires[344]. Si la personne n'était pas à ce stade, elle considère que la maladie du requérant n'a pas atteint une phase suffisamment avancée ou terminale pour que les circonstances exceptionnelles de l'arrêt *D.* soient retenues.

118. L'arrêt *Amegnigan c. Pays-Bas*[345] illustre parfaitement ce cas de figure : la Cour a déclaré la requête mal fondée, car le sida n'était pas totalement « déclaré » chez le requérant, et il n'était pas atteint d'infections opportunistes liées au VIH. Elle est plus implicite dans l'arrêt *Arcila Henao* de 2003[346], relative à l'éloignement d'un ressortissant colombien vivant avec le VIH. La Cour a « *constaté que l'état de santé du requérant était raisonnable, mais pouvait rechuter si le traitement était interrompu* ». Elle a néanmoins déclaré la requête irrecevable après avoir constaté que le traitement nécessaire était « *en principe* » disponible en Colombie. Ainsi, en cantonnant indirectement la possibilité de protection à un virus spécifique, elle limitait « *la protection de l'article 3 à la seule hypothèse d'une maladie incurable en phase terminale* »[347]. Mais la contraction d'un tel virus n'est pas suffisante, puisque la Cour focalisant, et c'était là l'aspect le plus critiquable, le seuil de gravité sur l'état de santé actuel du requérant et sa capacité à voyager[348] : seuls les demandeurs mourants étaient protégés de l'éloignement, car ils n'étaient pas aptes à se déplacer[349]. Autrement dit, les critères dégagés par la Cour étaient si restrictifs qu'ils ne pouvaient s'appliquer qu'aux états de santé gravissimes, dont le défaut de traitement et la mise à exécution de la mesure de renvoi entraîneraient des conséquences immédiates. La position de la Cour a *de facto* suscité de vives critiques, aussi bien de la part de la doctrine que de certains juges européens eux-mêmes.

343 *Ibid.*, §50.
344 Voir par ex. CEDH, 24 juin 2003, *Arcila Henao c. Pays-Bas*, n° 13669/03.
345 CEDH, *Amegnigan c. Pays-Bas*, n° 25629/04, 25 novembre 2004.
346 CEDH, *Arcila Heano c. Pays-Bas*, préc.
347 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 677.
348 CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, préc.
349 C. Bauloz, « Foreigners: Wanted Dead or Alive: Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement », *op. cit.*

2. Critiques doctrinales et opinions dissidentes virulentes

119. L'arrêt *N. c. Royaume-Uni* a suscité une avalanche de critiques doctrinales, en raison de « *son cynisme déconcertant* » et de « *son implacable rigueur* »[350]. Jean-Pierre Marguénaud évoquait même un « *arrêt scélérat* » synonyme de « *dangereuse relativisation des droits intangibles* »[351.] L'ensemble des arrêts depuis 1997 sonnaient « *comme des condamnations à mort doivent être prises pour ce qu'elles sont : des barricades juridiques érigées aux portes de nos sociétés riches* »[352].

120. Cette position « *artificielle* » et « *difficilement compréhensible* »[353] a également été vivement critiquée au sein même de la Cour. L'arrêt *N. c. Royaume-Uni* a fait l'objet d'une opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann par laquelle il ne souscrivait « *pas à la conclusion de la Cour selon laquelle il n'y aurait pas violation de l'article 3 de la Convention si la requérante était expulsée vers l'Ouganda* »[354]. Ces juges éminemment influents estimaient « *ne [pas] partager l'opinion exprimée par la majorité selon laquelle la Cour doit conserver le seuil élevé qu'elle a fixé* »[355]. Cette opinion dissidente s'adressait surtout une critique virulente aux « *considérations politiques* » qui avaient motivé cette décision, « *qui se fondent sur une affirmation incomplète, à savoir que la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques, ce qui occulte la dimension sociale de l'approche intégrée adoptée par la Cour* », d'autant plus que, selon ces trois juges, *l'arrêt N. « a trait à l'un des droits civils les plus fondamentaux à être garantis par la Convention, à savoir le droit consacré par l'article 3* »[356].

350 J.-P. Marguénaud, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur ''les sentiers de la gloire'' », *RTDH*, 2014/100, pp. 977-989.

351 J.-P. Marguénaud, « La trahison des étrangers sidéens », *Rev tr. Dr. Civ.*, 2008, p. 643. Lire également J.-P. Marguénaud, « La rétention en droit européen » *in* O. Lecucq (dir.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection,* L'Harmattan, coll. « bibliothèqueS de droit », 2011, p. 32.

352 S. Slama, K. Parrot, « Étrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'homme », *Plein droit*, 2014/2 n° 101, p. I-VIII. Voir également L. 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*, n° 3, 2012, pp. 367-388.

353 E. Cuq, « S.J. v. Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants », *Cyprus Human Rights Law Review*, Volume 3 (2014), n° 1.

354 CEDH, *N. c. Royaume-Uni*, préc., opinion dissidente, §1.

355 *Ibid.*, §5.

356 *Ibid.*, §6. Nous reviendrons ultérieurement sur ces considérations politico-budgétaires avancées par la Cour.

121. La critique majeure émise par cette opinion dissidente réside dans la dénonciation des « *tentations proportionnalistes* »[357] de la Cour dans cette affaire. Cela est illustré par son « *souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* », qui « *est inhérent à l'ensemble de la Convention* »[358]. Les juges dissidents rappelaient à juste titre que « *l'exercice de mise en balance a été clairement rejeté, s'agissant de l'article 3, dans l'arrêt que la Cour a récemment adopté dans l'affaire Saadi c. Italie*[359] », selon lequel « *la protection contre les traitements prohibés par l'article 3 étant absolue, cette disposition impose de ne pas (...) expulser une personne lorsqu'elle court dans le pays de destination un risque réel d'être soumise à de tels traitements. Comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, cette règle ne souffre aucune exception* »[360]. Malgré ces critiques essentielles, l'exigence d'un seuil de gravité, qui se justifierait par le fait que la responsabilité directe des États contractants ne soit pas engagée[361], a été confirmée à plusieurs reprises par la Cour. Elle a d'ailleurs même légèrement rehaussé le seuil de gravité.

3. De confirmations en élévation du seuil de gravité

122. À plusieurs occasions après l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, des étrangers gravement malades ont saisi la Cour dans l'espoir qu'elle constate une violation de l'article 3 en baissant le seuil de gravité. Depuis celui-ci, deux aspects étaient pris en considération : celui de l'état de santé immédiat du requérant, et de ses soutiens potentiels dans le pays d'origine[362]. Dans une affaire similaire à celle de 2008, l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje contre Belgique*[363] la Cour a confirmé sa position. Cette affaire était relative à une ressortissante camerounaise vivant avec le VIH qui n'a pas développé de maladie opportuniste, et dont l'état de santé est « *stabilisé grâce à l'administration des médicaments* » : « *elle n'est donc pas dans un « état*

357 Opinion dissidente, préc., §7.
358 CEDH, *N. c. Royaume-Uni*, préc., §44.
359 CEDH, *Saadi c. Italie,* 28 février 2008, n° 37201/06.
360 *Ibid.*, §138.
361 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 (sous la dir.), *Les étrangers et la Convention européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1999, p. 79.
362 *D. c. Royaume-Uni*, *préc.*, § 52 : « *S'il est possible qu'il ait un cousin à Saint-Kitts (paragraphe 18 ci-dessus), rien ne prouve que cette personne serait prête à s'occuper d'un homme en fin de vie, ou en mesure de le faire. Aucun élément n'indique qu'il bénéficierait d'autres formes de soutien moral ou social* ».
363 CEDH, 20 décembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10.

critique et est apte à voyager »[364]. La Cour rappelle également qu'en plus de la circonstance de l'état de santé, avait été pris en compte dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* « *la circonstance que le requérant n'avait dans son pays d'origine aucun parent désireux ou en mesure de s'occuper de lui* »[365]. Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni,* la requérante avait de la famille en Ouganda, mais elle soutenait que celle-ci ne serait ni désireuse ni en mesure de s'occuper d'elle[366]. La Cour avait néanmoins considéré la faculté pour elle d'obtenir « *un soutien et des soins, y compris de proche parent »* comme comportant *« nécessairement une part de spéculation* »[367]. On pouvait cependant conjoncturer que la requérante n'apportait pas suffisamment la preuve de cette absence de soutien. Mais dans l'affaire *Yoh-Ekale-Mwanje*, la Cour a abaissé le seuil de protection sur ce point. La Cour a constaté « *que la présence d'un éventuel réseau social ou familial au Cameroun qui pourrait prendre la requérante en charge à son retour n'a pas été investiguée par les autorités belges* »[368]. Elle a qualifié cet aspect de « *pure spéculation* » pour considérer « *qu'il ne saurait entrer en ligne de compte* »[369]. La spéculation n'est alors plus partielle, mais pure et simple.

123. Cette considération peut être interprétée comme une élévation du seuil de gravité exigé pour qu'un étranger malade soit protégé au titre de l'article 3, car elle remet potentiellement en question le principe dégagé dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* où étaient pris en considération celui de l'état de santé immédiat et l'entourage du requérant. En considérant que les soutiens potentiels relèvent de la pure spéculation dans l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje*, la Cour réduit la protection à la seule gravité de l'état de santé, en excluant la possibilité pour le requérant d'arguer qu'il n'aurait aucun soutien dans son pays d'origine. Par cet arrêt, la Cour exclut toutes considérations liées au pays d'origine du champ d'application du seuil de gravité, et cantonne clairement le seuil de gravité au seul état de santé d'une exceptionnelle gravité. Selon la méthode du « *risk continuum* »[370], plus les

364 *Yoh-Ekale Mwanje*, préc., §83.
365 *Ibid*., §84.
366 *N. c. Royaume-Uni*, préc., §48.
367 *Ibid*., §50.
368 CEDH, *Yoh-Ekalé Mwanje*, préc., §84.
369 *Ibid.*
370 C. Bauloz, « Foreigners: Wanted Dead or Alive: Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement », *op. cit.* Le « *risk continuum* » peut se matérialiser par un équilibre reposant sur une protection contre l'éloignement au titre de l'article 3 de la CESDH dès lors que le seuil de gravité constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant résulte à la fois de la situation dans le pays de renvoi, et de la situation individuelle de l'étranger. Les deux extrêmes étant les cas où ce seuil ne peut résulter que sur des raisons liées à la situation dans le pays de renvoi ou, inversement, uniquement sur des raisons

conditions du pays d'origine mettent en évidence un risque de traitement inhumain et dégradant, moins les circonstances individuelles du requérant sont déterminantes, et réciproquement. Appliquée aux étrangers gravement malades, cette méthode révèle que les circonstances individuelles du requérant sont les seules considérations déterminantes pour qualifier comme tel un risque de traitements inhumains et dégradants.

124. De son côté et au même moment, la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a également été confrontée à la question du renvoi d'étrangers gravement malades[371]. Elle a considéré que le renvoi d'une personne vivant avec le VIH dans un pays où les soins de santé sont inférieurs aux normes en la matière violerait la protection contre les « *punitions cruelles, infâmes ou inhabituelles* »[372] protégées par la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'Homme, en la conditionnant au risque de « *souffrances extraordinaires* » (« *extraordinary hardship* ») pour la personne renvoyée et ses proches au regard de la disponibilité des soins médicaux, des services sociaux et du soutien (en particulier de proches parents) dont pourrait avoir la personne dans son pays d'accueil[373]. Ainsi, au moment où la Cour EDH protège le droit de l'étranger gravement malade à mourir dignement autre part que dans un avion, la Cour interaméricaine octroie une protection en prenant davantage en considération les aspects médicaux et sociaux dans le pays d'origine de la personne[374].

125. En élevant progressivement le seuil de gravité exigé pour que le renvoi d'un étranger gravement malade puisse être qualifié de traitement inhumain et dégradant, la Cour a dénié la protection conventionnelle à laquelle les étrangers gravement malades pouvaient prétendre. Au-delà du problème engendré par ces critères étroits de protection *strico sensu*, l'interprétation constante de la Cour a eu plusieurs effets secondaires symptomatiques de ses réticences à consacrer juridiquement une protection fondée sur l'état de santé de l'étranger.

---

liées à la situation individuelle de la personne.

371 Commission interaméricaine des droits de l'Homme, *Affaire Andrea Mortlock*, Jugement du 25 juillet 2008, n° 63/08, affaire 12.534. La Commission ne définit pas séparément les termes « cruel », « infâme », ou « inhabituel » dans son appréciation. Lire également Human Rights Watch, *Returned to Risk – Deportation of HIV-Positive Migrants*, 2009.

372 Article 26 de ladite Convention : "*Every person accused of an offense has the right to be given an impartial and public hearing, and to be tried by courts previously established in accordance with pre-existing laws, and not to receive cruel, infamous or unusual punishment*".

373 *Affaire Andrea Mortlock*, préc., §91.

374 V. K. Mitchell, « Protecting Non-US Citizens from Removal Terminating HIV/AIDS Treatment », *Fordham International Law Journal* 34(1), 2010, p. 1643.

§2. Les effets secondaires d'un seuil de gravité élevé

126. La jurisprudence de la Cour se trouvait ainsi marquée par le sceau de l'incohérence (A), et occulte la dimension socio-économique de la protection de la CESDH, révélant un malaise à contrôler l'état de santé de l'étranger par le prisme de l'article 3 (B).

A. Un seuil de gravité exceptionnelle au détriment de la cohérence jurisprudentielle

127. Cette incohérence jurisprudentielle se manifestait au stade de la recevabilité des requêtes (1), et par une rupture dans l'égalité de protection au regard de l'article 3 de la CESDH (2).

1. La variabilité de la recevabilité de l'état de santé de l'étranger comme moyen de droit opposable

128. Des arrêts *D.* de 1997 et *N.* de 2008 jusqu'à l'arrêt *Paposhvili*[375] de 2016, plusieurs requêtes portées devant la Cour ont été relatives au renvoi d'étrangers gravement malades. La comparaison entre ces différents arrêts de chambre laisse apparaître une variabilité de la recevabilité de l'état de santé de l'étranger comme moyen d'invoquer un risque de violation de l'article 3.

129. S'agissant de requêtes déclarées irrecevables, on constate que la Cour a appliqué la jurisprudence *N. c. Royaume-Uni* pour caractériser le défaut manifeste de fondement de plusieurs requêtes soulevant des questions relatives au renvoi d'étrangers, qu'il s'agisse d'étrangers vivants avec le VIH[376], ou souffrant d'autres pathologies graves, physiques[377] ou mentales[378]. Ainsi, dans l'affaire *S.S.C. c. Suède*[379], concernant une personne d'origine zambienne vivant avec le VIH et faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, la Cour a déclaré la requête irrecevable après avoir apprécié par elle-même et de manière détaillée les informations relatives à la disponibilité des soins dans le pays d'origine : « *la Cour déclara la requête irrecevable au motif que, selon un rapport de l'ambassade de Suède en Zambie, on*

375 CEDH, GC, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10. Voir *infra,* Chapitre 2.
376 Voir, parmi d'autres, CEDH, 10 mai 2012, *E.O. c. Italie*, n° 34724/10.
377 Voir, parmi d'autres, CEDH, 25 novembre 2014, *V.S. et autres c. France*, n° 35226/11.
378 Voir, parmi d'autres, CEDH, 30 avril 2013, *Kochieva et autres c. Suède*, n° 75203/12 ; 7 avril 2015, *Khachatryan c. Belgique*, n° 72597/10 ; CEDH, 12 novembre 2015, *G. S. contre France*, n° 39747/15.
379 CEDH, 15 février 2000, *S.C.C. c. Suède*, n° 46553/99.

trouvait dans ce pays le même type de traitement pour le sida, quoiqu'à un prix extrêmement élevé, et que les enfants et d'autres proches de la requérante y vivaient ». Elle conclut que « *compte tenu de l'état de santé de la requérante à l'époque* (…) *son expulsion vers la Zambie ne constituerait pas un traitement interdit par l'article 3* »[380]. Dans l'arrêt *G.S. c. France*[381], la Cour a déclaré la requête irrecevable sans pour autant se référer à sa jurisprudence : l'irrecevabilité a été prononcée au regard de plusieurs facteurs, notamment car la Cour a constaté que « *les médicaments dont le requérant a besoin sont accessibles, tout comme la prise en charge dans l'un des établissements psychiatriques présents* » dans le pays d'origine[382]. Un tel raisonnement laissait présager que si la Cour avait constaté le défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine, elle aurait déclaré la requête recevable, et appliqué sa jurisprudence au stade de l'examen au fond. Ces décisions d'irrecevabilité s'expliquent par le mode de traitement systémique des recours exercés par la Cour EDH : dès lors qu'il y a une jurisprudence établie par un arrêt de Grande chambre, l'irrecevabilité s'impose aux sections.

130. Mais il ressort de la lecture d'autres arrêts que le mode de traitement des recours peut varier, puisque dans certaines affaires, la Cour a déclaré la requête recevable pour contrôler la disponibilité des soins au stade de l'examen au fond. C'est ce qu'elle a fait avec l'arrêt *Bensaid c. Suède*[383] où, une fois passé le filtre de recevabilité, la Cour a appliqué la position de la Grande chambre pour considérer « *que le risque que le requérant voie son état se dégrader s'il retourne en Algérie et qu'il ne reçoive pas alors le soutien ou les soins adéquats, relève dans une large mesure de la spéculation* », qu'il « *ne ressort pas des renseignements fournis par les parties que la situation régnant dans la région interdise effectivement de se rendre à l'hôpital* », et que « *même si sa famille ne dispose pas de voiture, cela n'exclut pas la possibilité de*

380 *N. c. Royaume-Uni*, préc. Pour d'autres exemples : voir CEDH, *Arcila Heano c. Pays-Bas*, préc. La Cour a déclaré la requête irrecevable après avoir constaté "*that treatment for HIV/AIDS was in principle possible in Colombia both in private and public health care institutions, but that there could be delays in the delivery of medication. Moreover, in public health care institutions it was possible to face a waiting list of one year*.", et ce, malgré le fait que "*past experience had shown that about 90% of patients whose treatment had started with a CD4 level under 100, like the applicant, and who stopped taking medication, died within a year, usually from an opportunistic infection such as pneumonia or toxoplasmosis* ». Dans le même genre, mais pour la Tanzanie cette fois : *Ndangoya c. Suède*, 17868/03, 22 juin 2004 : la Cour estime notamment, comme le CDH (CDH, n°1897/2009, *S. Y. L.* c. *Australie*, 24 juillet 2013, § 8.4, que même s'il peut être difficile de trouver un traitement adéquat à la campagne, là où le requérant souhaiterait vivre à son retour, il est « en principe » libre de s'installer à un endroit où son traitement sera disponible.

381 CEDH, 12 novembre 2015, *G. S. contre France*, n° 39747/15.

382 Pour des cas similaires, voir CEDH, *Arcila Henao c/ Pays-Bas*, préc. ; CEDH, 7 octobre 2004, *Dragan et al. C. Allemagne*, n° 33743/03.

383 *Bensaïd c. Royaume-Uni*, préc. ; CEDH, 20 janvier 2004, *Meho et autres c. Pays-Bas*, n° 76749/01.

s'organiser autrement »[384]. Il en est de même dans *l'affaire Yoh-Ekal Mwanje c. Belgique*[385]. Ce flou du curseur de recevabilité n'emporte pas en soi de conséquences majeures, puisque dans tous les cas, la violation de l'article 3 n'a jamais été constatée par la Cour. Mais le seuil de gravité ayant été abaissé en 2016[386], ce flou pourrait s'avérer problématique, des requêtes similaires pouvant être déclarées irrecevables quand d'autres sont examinées au fond, ouvrant la voie à une éventuelle déclaration de violation. À ce problème de la recevabilité s'ajoute celui, plus problématique, de la rupture dans l'égalité de protection au regard de l'article 3.

2. Une rupture dans l'égalité de protection : un article 3 à deux vitesses

131. Cette rupture dans l'égalité de protection se constatait au regard des autres cas de renvoi d'étrangers pour lesquels la Cour concluait au risque de traitements inhumains et dégradants, impliquant pour les États une obligation de non-refoulement. C'était notamment le cas « *lorsqu'il y a des motifs sérieux et avérés de croire que l'intéressé courra dans le pays de destination ''un risque réel d'être soumis à un traitement contraire'' aux articles 2 ou 3* »[387], tel que de la « *souffrance due à une maladie survenant naturellement* », à condition qu'elle « *se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables* »[388]. La Cour avait cependant considérablement réduit la portée de l'article 3 en la conditionnant à une responsabilité directe ou indirecte des autorités publiques. Pour autant, elle précise dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*[389] qu'il *« ne lui est pas interdit d'examiner le grief d'un requérant au titre de l'article 3 lorsque le risque que celui-ci subisse des traitements interdits dans le pays de destination provient de facteurs qui ne peuvent engager, directement ou non, la responsabilité des autorités publiques de ce pays* ». Un tel risque de traitement inhumain et dégradant a notamment été reconnu par la Cour dans l'arrêt *Aswat c. Royaume-Uni*[390], à propos de l'extradition d'un requérant gravement malade vers les États-Unis, où il

384 *Ibid*., §36-40.
385 *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, préc., §72, 73, 74 et 75.
386 Voir *infra*, Chapitre 2.
387 *Saadi c. Italie*, préc., §125.
388 CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c/Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 52 ; CEDH, 26 octobre 2000, *Kudla c/Pologne,* n° 30210/96, § 94.
389 *D. c. Royaume-Uni*, préc., §49.
390 CEDH, 16 avril 2013, *Aswat c. Royaume-Uni*, n° 17299/12, § 49. Lire notamment N. Hervieu, « L'esquisse européenne d'un principe de précaution face aux expulsions de personnes affectées de troubles mentaux »,

était poursuivi pour activités terroristes. Elle a considéré que cette extradition aurait entraîné un risque de mauvais traitement, en ce que les conditions de détention en prison de très haute sécurité risquaient d'aggraver l'état de schizophrénie paranoïaque du requérant.

132. Pour les étrangers gravement malades faisant l'objet d'une mesure de renvoi vers leur pays d'origine, la souffrance « *due à une maladie survenant naturellement* » ne pouvait relever de l'article 3 qu'à de très strictes conditions. Or, la lecture combinée des arrêts précités appliquée aux malades étrangers aurait dû logiquement aboutir à conclure à un risque de traitement inhumain en cas d'éloignement. Comme l'a souligné la juge Power-Forde dans son opinion dissidente lors de l'arrêt de chambre *S. J. c. Belgique*[391] « *si l'article 3 interdit, fort justement, l'expulsion d'une personne soupçonnée de terrorisme vers un État tiers parce que les conditions là-bas affecteraient son état de santé, il n'est pas logique que la même Cour dise que cette disposition n'interdit pas l'expulsion d'une mère vulnérable vers un État tiers où les conditions lui seront fatales* ». Dans l'arrêt *M'Bodj*[392], la CJUE a calqué sa position sur celle de la Cour EDH, dans un contexte juridique différent puisqu'il s'agissait de déterminer l'éligibilité à une protection subsidiaire[393].

133. Ainsi, la rupture dans l'égalité de protection est manifeste au regard de l'article 3 : le seuil de gravité requis pour caractériser une violation de cet article est atteint par l'étranger dont l'état de santé va se dégrader en raison de circonstances qui peuvent être objectivement imputables à l'État de destination (les conditions de détention), mais pas à l'étranger dont la dégradation de l'état de santé résulte des défaillances sanitaires de son pays d'origine. Face à ces deux situations différentes, la Cour retenait la cause de la dégradation de l'état de santé comme élément déterminant pour caractériser une violation, et non le résultat final, qui était la dégradation de l'état de santé. Et en cherchant à justifier sa position tout en accroissant l'incohérence de sa jurisprudence, la Cour s'est prêtée à un argumentaire hasardeux qui révélait un certain malaise à reconnaître une protection contre l'éloignement fondée sur l'état de santé.

Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 18 avril 2013.

391 CEDH, 27 février 2014, *S. J. c/ Belgique*, n° 70055/10.

392 CJUE, Grande Chambre, 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, Aff. C-542/13., §§ 38-39.

393 Voir *infra*.

B. Une motivation révélatrice du malaise à reconnaître une protection conventionnelle contre le renvoi fondée sur la santé

134. Pour ne pas accorder de protection aux étrangers gravement malades, la Cour se fondait sur des arguments non juridiques (1), et dénaturait sa propre jurisprudence (2) avec pour conséquences une relativisation de la protection au titre de l'article 3.

1. Une motivation politico-budgétaire extrajuridique

135. La dénaturation de sa propre jurisprudence relative aux étrangers gravement malades a atteint son paroxysme avec l'arrêt *D. c. Royaume-Uni,* dans lequel la Cour a utilisé des arguments politiques et budgétaires pour justifier sa position. D'une part, elle avait jugé que *« la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques* »[394]. Et d'autre part, que « *le souci d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu est inhérent à l'ensemble de la Convention* »[395] pour *in fine* restreindre le champ de protection de l'article 3. Après avoir rappelé ces principes dans l'arrêt *N.*, la Cour a expliqué que « *les progrès de la médecine et les différences socio-économiques entre les pays font que le niveau de traitement disponible dans l'État contractant et celui existant dans le pays d'origine peuvent varier considérablement* ». Pour autant, et ce, malgré l'importance fondamentale que revêt l'article 3, ce dernier « *ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants* »[396].

136. Une telle motivation était problématique à plusieurs égards. D'une part, la Cour utilisait une rhétorique dénuée d'aspects juridiques en arguant qu'octroyer une protection au titre de l'article 3 impliquerait que l'État fournisse « *des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire* ». Reconnaître une protection contre l'éloignement lorsque le renvoi emporterait des conséquences graves pour

394 *N. c. Royaume-Uni*, précité, §44. Contrairement à ce qu'a considéré la Cour dans l'arrêt *Airey c. Irlande* (CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, § 26), selon lequel il n'y a pas de frontière étanche entre droits civils et politiques et droits économiques et sociaux.
395 *Soering c. Royaume-Uni*, préc., § 89.
396 *N. c. Royaume-Uni*, *préc*., §44.

la santé n'implique pas pour l'État de pallier les disparités de niveau de traitement, mais de protéger une personne de la perte de chance médicale et au risque de détérioration de son état de santé auxquels elle serait confrontée en cas de retour. Le raisonnement de la Cour était d'autant plus critiquable qu'il sous-entendait qu'en reconnaissant une telle protection, elle ouvrirait les vannes de l'immigration sanitaire, une rhétorique répondant à des « *considérations politiques* »[397]. Dans leur opinion, les juges Tulkens, Bonello et Spielmann avaient comparé « *le nombre total de demandes d'application de cet article, le nombre de refus et le nombre de demandes acceptées avec le nombre d'affaires de VIH* »[398] avec les statistiques relatives aux demandes de mesures provisoires prévues par l'article 39 à l'égard du Royaume-Uni : de juin 2005 à avril 2008, 2023 demandes de prononcé de mesures provisoires ont été déposées. Parmi celles-ci, 487 ont été refusées, 364 acceptées, et 41 d'entre elles concernaient des personnes vivant avec le VIH, soit 2% du total. Ils en concluent que « *l'argument de ''l'ouverture des vannes'' est totalement erroné* »[399].

137. D'autre part, en avançant l'argument des soins de santé gratuits et illimités, la Cour exposait implicitement ses « *préoccupations budgétaires* »[400], qui sont autant critiquables que l'argument de l'immigration sanitaire. Une protection contre une mesure de renvoi n'impliquait pas l'octroi d'une assurance-maladie au regard de sa propre jurisprudence. En usant d'arguments politico-budgétaires, la Cour opèrait une « *relativisation des droits intangibles consacrés par l'article 3 en les soumettant au principe de proportionnalité inversé qui permet de limiter les droits de l'Homme en fonction de la charge qu'ils représentent pour l'État* »[401]. Une telle assertion était d'autant plus problématique, car elle sous-entend l'idée que l'étranger malade représente nécessairement une charge pour l'État, car il serait incapable de travailler ou de cotiser.

397 « *A third observation, which arguably makes the most sense of the decision of the European Court of Human Rights in N v United Kingdom, is that is demonstrates a clear and unequivocal concern with policy considerations* », *in* M. Foster, « Non-Refoulement on the Basis of Socio-Economic Deprivation: The Scope of Complementary Protection in International Human Rights Law », *op. cit.*, p. 294

398 *N. c. Royaume-Uni*, précité, opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann, §8.

399 *Ibid*.

400 *Ibid.*

401 J-P. Marguénaud, « La trahison des étrangers sidéens », *art. préc.*

138. Surtout, en justifiant de la sorte sa position, la Cour privilégiait les intérêts budgétaires aux dépens de la santé des individus exposés à un traitement inhumain et dégradant[402]. Une partie de la doctrine a pu voir dans cet argumentaire une limitation de la protection de l'étranger malade en raison « *des débordements financiers qu'elle pourrait occasionner* »[403]. Toutefois, on peut relever qu'en réalité, la protection contre l'éloignement des malades étrangers était déjà très limitée par l'arrêt *D.*, dans lequel l'argument budgétaire n'a pas été avancé par la Cour. L'arrêt *N.* ne s'y réfère que pour conforter sa position, déjà assise sur d'autres arguments.

139. Enfin, la sémantique utilisée supposait une protection des étrangers gravement malades à deux vitesses, selon que le requérant soit originaire d'un État membre ou non. En effet, l'argument selon lequel l'article 3 ne faisait pas obligation à l'État contractant de pallier les disparités socio-économiques du pays d'origine du requérant supposerait qu'une interprétation plus souple pourrait être faite dans le cas d'un requérant originaire d'un État contractant. La Cour a toutefois levé le doute dans l'arrêt *G.S c. France*[404], en rejetant de manière expéditive la requête d'un ressortissant géorgien[405]. Cet arrêt s'inscrivait dans la lignée du renversement jurisprudentiel effectué par la Cour en 2005[406], par lequel elle avait jugé que la protection contre le renvoi concerne non seulement les éloignements vers les États tiers, mais aussi vers les États parties à la Convention. Tel est également le cas du principe de « confiance mutuelle » entre États membres de l'Union européenne depuis l'arrêt *M.S.S c. Belgique et Grèce*[407], par lequel la Cour de justice de l'Union européenne a considéré que la Belgique n'aurait pas dû prononcer une décision de réadmission vers la Grèce en utilisant la clause de souveraineté du règlement « Dublin II ». Elle aurait ainsi dû écarter « *la présomption selon laquelle les autorités grecques respecteraient leurs obligations*

402 F. Julien-Laferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, p. 261.

403 N. Rubio, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS,* 2010, p. 265.

404 *G.S. c. France*, préc.

405 Voir notre analyse : N. Klausser, « Rejet expéditif par la CEDH de la requête d'un étranger malade en voie d'expulsion : Une Convention à deux vitesses ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 09 février 2016. https://revdh.revues.org/1788

406 CEDH, 12 avril 2005, *Chamaiev c. Géorgie et Russie* n° 36378/02, renversant Com. EDH, 2 décembre 1986, *K. et F. c. Pays-Bas*, n°12543/86.

407 CEDH, 21 janvier 2011, *M.S.S. c. Belgique et Grèce,* n° 30696/09 ; voir aussi CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. c/ Secretary of State for the Home Department*, n° C-411/10 ; CEDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, n°29217/12.

internationales en matière d'asile »[408] compte tenu des défaillances systémiques de la procédure et des conditions d'accueil des demandeurs d'asile dans cet État membre. En plus de cette argumentation politico-budgétaire, la Cour a justifié sa position en reniant sa propre jurisprudence.

2. Un refus d'application de sa propre jurisprudence au cas de l'éloignement des étrangers gravement malades

140. Pour affirmer que *« la Convention vise essentiellement à protéger des droits civils et politiques* »[409], la Cour se réfère à l'arrêt *Airey c/ Irlande*[410]. Elle dénaturait toutefois l'essence de cette jurisprudence fondatrice, puisqu'elle ne s'y référait que partiellement en ne citant que le début de son raisonnement, comme l'avait relevé l'opinion dissidente. En effet, si la Convention « *énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques, nombre d'entre eux ont des prolongements d'ordre économique* ». La Cour « *n'estime donc pas devoir écarter telle ou telle interprétation pour le simple motif qu'en l'adoptant on risquerait d'empiéter sur la sphère des droits économiques et sociaux ; nulle cloison étanche ne sépare celle-ci du domaine de la Convention* »[411]. En ne citant que partiellement cet arrêt pour justifier sa position, la Cour a reconstruit, s'agissant des étrangers gravement malades, la cloison séparant la sphère des droits économiques et sociaux et celle des droits civils et politiques garantis par la CESDH[412]. Et en cherchant à justifier son interprétation restrictive à leur égard, c'est l'ensemble du champ de protection de l'article 3 que la Cour a abaissé. Le phénomène a été pressenti par la doctrine comme « *le début d'un mouvement de dévitalisation des droits de l'Homme* »[413] – qui a pu se constater dans certains domaines[414] – et « *marque incontestablement un repli de la jurisprudence* »[415].

141. Mais cet exercice de contorsion jurisprudentielle ne s'était pas limité au seul arrêt *Airey*, puisque la Cour avait souhaité « *assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt*

408 *M.S.S c. Belgique et Grèce*, préc., §345.
409 CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 26.
410 *Ibid.*
411 *Ibid.,* § 26
412 J-P. Marguénaud, « La trahison des étrangers sidéens », *art. préc*.
413 *Ibid*.
414 À ce sujet, lire J-P. Marguénaud, J. Mouly, C. Nivard, « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *Rev. Trav*., 2017, pp. 16-18 .
415 H. Labayle, F. Sudre, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », (chron.) *R.F.D.A.*, 2009, p. 708.

général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu ». Or, la recherche d'un équilibre dans le maniement de l'article 3 a été clairement rejetée dans l'arrêt *Saadi c. Italie* : « *la protection contre les traitements prohibés par l'article 3 étant absolue, cette disposition impose de ne pas (...) expulser une personne lorsqu'elle court dans le pays de destination un risque réel d'être soumise à de tels traitements. Comme la Cour l'a affirmé à plusieurs reprises, cette règle ne souffre aucune exception* »[416].

142. L'usage de tels arguments paradoxaux aboutissait à une position friable et instable, aussi fragile qu'un château de cartes[417]. Un tel argumentaire emporte également pour conséquence un assujettissement de la protection de l'article 3 à des situations exemptes d'impacts socio-économiques. Cette rhétorique renvoie à d'autres positions restrictives de la Cour EDH à l'égard des thématiques touchant au domaine social[418], le juge européen ayant « *en effet refusé d'étendre le champ de l'article 3 à des situations d'extrême pauvreté et d'exclusion sociale portant atteinte à la dignité de l'homme* », considérant que la privation de toute ressource « *n'atteint pas le seuil de gravité nécessaire pour que l'article 3 trouve à s'appliquer* »[419]. Cette position de la Cour a été mise en avant à plusieurs reprises par les États devant le Comité des droits de l'Homme[420] et la Cour interaméricaine des droits de l'Homme[421]. À cet égard, les arrêts *D.* et *N.* ont largement légitimé la non-protection conventionnelle de la santé des étrangers en droit international et européen.

143. Toutefois, à partir de 2015, dans le prolongement des opinions dissidentes émises par certains juges influents, la Cour a semblé souhaiter infléchir sa position. C'est ce qu'il est ressorti de l'affaire de chambre *Josef c. Belgique*[422], relative à une ressortissante nigériane vivant avec le VIH. Le renvoi en Grande chambre de cette affaire a été décidé le 18 février 2015 par le comité de cinq juges et laissait présager une évolution jurisprudentielle positive - l'objectif supposé d'un tel renvoi étant d'assurer la cohérence d'ensemble de la jurisprudence

416 CEDH, *Saadi c. Italie*, préc., § 138.
417 K. Greenman, « A Castle Built on Sand: Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations », I*nternational Law, International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, Issue 2, 2015, pp. 264-296.
418 F. Sudre, « Droit européen et international des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 335
419 Com. EDH, *Van Volsem c. Belgique*, n° 14641/89, déc. 9 mai 1990 ; F. Sudre, « La première décision''Quart Monde'' de la Commission européenne des Droits de l'homme », *RUDH*, 1990, p. 349.
420 CDH, *Z. c. Australie*, précité, § 9.5.
421 Commission interaméricaine des droits de l'Homme, Affaire *Andrea Mortlock*, préc.
422 CEDH, 19 mars 2015, *S. J. c. Belgique*, n° 70055/10.

de la Cour[423], pour remédier à la non-définition de la notion de « *circonstances exceptionnelles* » introduite en 1997 par l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*. Il s'agissait d'une stratégie de longue date de la part de certains membres de la Cour, comme l'a démontré Nicolas Hervieu[424]. Ce mouvement a commencé en 2008 avec l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Bonello et Spielmann dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, dans laquelle ils exprimaient leur profond désaccord avec la position de la Cour, notamment quant aux considérations politico-économiques[425] avancées par la majorité pour conclure à la non-violation de l'article 3. Cette stratégie s'est poursuivie en 2011 avec l'opinion partiellement concordante de six juges[426], dans laquelle ils ont fait part de leur espoir que « *la Cour puisse un jour revoir sa jurisprudence sur ce point* ». Cette initiative d'une partie de la Cour a contribué « *à semer les graines d'un revirement futur* »[427], puisque depuis le renvoi, en vain, de l'arrêt *Josef* devant la Grande chambre, un revirement était pressenti. Le juge Pinto de Albuquerque avait à cette occasion sévèrement critiqué la position de la Cour dans son opinion dissidente, appelant *« la conscience de l'Europe* »[428] à s'éveiller. L'affaire a cependant été radiée du rôle en raison d'un règlement amiable entre l'État belge et la requérante.

144. Conclusion du Chapitre 1. Pendant près de vingt ans, la Cour européenne a développé divers arguments, juridiques et extrajuridiques, pour refuser une protection conventionnelle à l'étranger gravement malade, afin ne pas froisser la « *large marge d'appréciation* » dont jouissent les États contractants « *pour déterminer, en fonction des besoins et ressources de la communauté et des individus, les mesures à prendre afin d'assurer l'observation de la Convention* »[429]. La même réticence s'observe dans la jurisprudence des organes onusiens, dont la position peut en plus s'expliquer par celle restrictive de la Cour EDH. La position de cette dernière à l'égard des étrangers gravement malades dénote par

423 S. Slama , K. Parrot, « Etrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'Homme », préc.

424 N. Hervieu, « Conventionnalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la "dissidence perpétuelle" », *in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 décembre 2011. https://listes.cru.fr/sympa/arc/droits-libertes/2011-12/msg00010/Lettre_ADL_du_CREDOF_-_27_decembre_2011.pdf

425 À ce sujet cf. F. Julien-Laferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *art. préc*.

426 *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, préc., opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Jociene, Popovic, Karakas, Raimondi et Pinto de Albuquerque.

427 N. Hervieu, *préc.*

428 CEDH, 19 mars 2015, *S. J. c. Belgique,* 70055/10, Opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque.

429 *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc., §67 et 68.

rapport à la protection octroyée très tôt à d'autres catégories d'étrangers, tels que ceux protégés contre l'éloignement au regard des liens familiaux[430]. Toutefois, même si « *la Cour a par la suite plus souvent admis la légitimité de l'éloignement* »[431] pour cette dernière catégorie, il n'en reste pas moins qu'une protection conventionnelle contre l'éloignement au titre de l'article 8 est possible. Elle l'est également pour la protection au titre de l'article 3 de l'étranger dont l'extradition présente des risques pour sa santé, eu égard aux conditions de détention dans le pays de renvoi[432]. Cependant, pour les étrangers gravement malades, les conditions fixées pour prétendre à une protection conventionnelle sont quasiment inatteignables.

145. Cette hiérarchisation entre les motifs de protection conventionnelle témoigne du caractère particulièrement sensible, sur le plan politique, du statut de l'étranger gravement malade, sensibilité qui transparaît dans le discours juridique de la Cour européenne[433]. En effet, le traitement juridictionnel de l'étranger gravement malade peut être considéré comme le symptôme d'une « *prise en compte accrue des préoccupations étatiques en matière de sécurité ou de maîtrise des flux migratoires* »[434] par le juge européen, au détriment de préoccupations individuelles. Cette politique jurisprudentielle aboutit en droit interne français à la prédominance de l'objectif de maîtrise des flux sur ceux de protection de la santé individuelle et publique. Cet effet indirect se constate par la reprise, dans les discours du ministère de l'Intérieur et de certains parlementaires, de la jurisprudence de la Cour pour justifier des réformes visant à restreindre le flux de délivrance de titres de séjour pour soins. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi contribué à l'essor de la *policiarisation* du droit au séjour pour soins en France.

---

430 Voir par exemple CEDH, 18 février 1991, *Moustaquim c. Belgique*, 12313/86, §43 : « *La Cour ne sous-estime nullement le souci des États contractants d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et sans préjudice des engagements découlant pour eux de traités, l'entrée, le séjour et l'éloignement des non-nationaux (arrêts Abdulaziz, Cabales et Balkandali du 28 mai 1985, série A no 94, p. 34, § 67, et Berrehab du 21 juin 1988, série A no 138, pp. 15-16, §§ 28-29). Toutefois, là où leurs décisions en la matière porteraient atteinte à un droit protégé par le paragraphe 1 de l'article 8 (art. 8-1), elles doivent se révéler nécessaires dans une société démocratique, c'est-à-dire justifiées par un besoin social impérieux et, notamment, proportionnées au but légitime poursuivi* ».

431 T. Gründler, « Une Europe protectrice ? », *Plein droit*, vol. 94, n° 3, 2012, pp. 22-25.

432 *Aswat c. Royaume-Uni*, préc.

433 Voir tout particulièrement l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, *préc.*, §44, dans lequel la Cour considère que l'article 3 « *ne fait pas obligation à l'État contractant de pallier lesdites disparités en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. Conclure le contraire ferait peser une charge trop lourde sur les États contractants* ».

434 T. Gründler, « Une Europe protectrice ? », *art. préc.*

146. Cette influence a cependant fini par s'estomper, car deux ans après l'occasion manquée de revirement jurisprudentiel par le biais de l'arrêt *Josef c. Belgique*, la Cour a assoupli sa jurisprudence. Ce n'est en effet que récemment que la Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position plus satisfaisante, en esquissant une consécration conventionnelle à l'échelle européenne de la protection de l'étranger gravement malade contre une mesure de renvoi.

Chapitre 2 : L'esquisse d'une protection européenne par double ricochet

147. Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme à l'égard de l'étranger gravement malade a longtemps fixé des critères stricts pour qu'une protection contre l'éloignement lui soit octroyée, elle a néanmoins suscité un important dialogue entre les juges de la Cour, comme en témoignent les diverses opinions dissidentes. Ce dialogue va, progressivement, aboutir à un allègement des critères médicaux fixés pour qu'un étranger malade puisse être protégé. Ainsi, à partir de 2016, l'esquisse d'une protection de l'étranger malade émerge en droit européen, esquisse qui se fait par double ricochet : l'exécution d'une mesure de renvoi menace son droit à la santé (premier ricochet), et est donc susceptible de constituer un traitement inhumain et dégradant (second ricochet).

148. Cette nouvelle protection se manifeste par un abaissement du seuil de gravité exigé pour qu'une violation de l'article 3 de la CESDH puisse être retenue, rétablissant ainsi son caractère absolu. Mais cette nouvelle protection de l'étranger malade suscite à nouveau certains discours dissidents au sein de la Cour, révélant ainsi sa fragilité (Section 1). Par capillarité, l'évolution de la position de la Cour EDH influe sur d'autres sources de protection des étrangers gravement malades, notamment en droit de l'Union européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a en effet aligné son standard de protection sur celui de la Cour de Strasbourg. Outre le droit européen, le droit interne des États partis à la Convention européenne des droits de l'Homme est également influencé (Section 2).

Section 1 : L'abaissement du seuil de gravité : un rétablissement du caractère absolu de l'article 3

Section 2 : La réception variable de ce nouveau standard de protection

SECTION 1. L'ABAISSEMENT DU SEUIL DE GRAVITÉ : UN RÉTABLISSEMENT DU CARACTÈRE ABSOLU DE L'ARTICLE 3

149. Par l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* du 13 décembre 2016[435], la Grande chambre de la Cour a abaissé le seuil de gravité exigé pour qu'un étranger gravement malade puisse être protégé au titre de l'article 3 de la CESDH, en ne protégeant plus seulement les agonisants (§1). Toutefois, l'effectivité de cette protection est à relativiser au regard de la grille d'évaluation de la disponibilité des soins précisée dans cette affaire par la Cour (§2).

§1. L'ÉLARGISSEMENT DE LA PROTECTION DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE AU-DELÀ DE L'AGONISANT

150. La principale évolution jurisprudentielle réalisée par l'arrêt *Paposhvili* réside dans l'élargissement de la protection offerte par l'article 3 CESDH à la personne qui, « *bien que ne courant pas de risque imminent de mourir* » serait « *exposée à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou à une réduction significative de son espérance de vie* » dues à « *l'absence de traitements adéquats dans le pays de destination ou du défaut d'accès à ceux-ci* »[436]. La Cour précise que « *ces cas correspondent à un seuil élevé pour l'application de l'article 3 de la Convention dans les affaires relatives à l'éloignement des étrangers gravement malades* »[437]. Pour aboutir à cette position dans le prolongement des opinons dissidentes, elle a effectué un bilan de sa jurisprudence antérieure pour établir le constat selon lequel « *l'application de l'article 3 de la Convention aux seules expulsions de personnes se trouvant au seuil de la mort (…) a eu pour effet de priver les étrangers gravement malades ne se trouvant pas dans un état aussi critique du bénéfice de cette disposition* »[438], et « *la jurisprudence postérieure à N. c. Royaume-Uni n'a fourni aucune indication plus précise au sujet des « cas très exceptionnels » visés* »[439].

---

435 CEDH, *Paposhvili c. Belgique*, préc. ; M. Afroukh, C. Husson-Rochecongar, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Second semestre 2016 », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2017, chron. n° 13 ; J. Andriantsimbazovina, « Le renforcement de la protection des étrangers gravement malades contre les mesures d'éloignement », *La Gazette du Palais*, n°10, 2015, pp. 33-34 ; H. Labayle, F. Sudre, « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *Revue française de droit administratif*, 2017, pp. 753-761 ; P. Martens, « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2017, pp. 669-680 ; N. Klausser, « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 février 2017, consulté le 25 février 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2965 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.2965

436 *Ibid*., §183

437 *Ibid*.

438 *Ibid*., §181

439 *Ibid*.

151. Cette évolution jurisprudentielle ayant un impact conséquent pour les États contractants dont le droit interne ne prévoit pas de mesure protectrice à l'égard des étrangers gravement étrangers, la Cour a tenu à les rassurer, en précisant qu'il ne s'agissait pas d'imputer « *une quelconque obligation pour l'État de renvoi de pallier les disparités entre son système de soins et le niveau de traitement existant dans l'État de destination, en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire* »[440]. Des considérations socio-économiques sont donc maintenues.

152. La Cour prend désormais explicitement en compte les conséquences à longs termes impliquées par la mesure de renvoi, et non plus seulement immédiate ou à très court terme. La Cour ne protégeant plus seulement les mourants, mais également les (encore plus ou moins) vivants[441], la protection conventionnelle de l'étranger gravement malade commence à se caractériser à l'échelle européenne. S'il s'agit d'une évolution nécessaire pour la cohérence de l'article 3 et son caractère absolu, il s'agit également d'une première étape importante vers une reconnaissance de la maladie comme facteur de protection contre une mesure de renvoi. La Cour applique en effet la jurisprudence de l'arrêt *Saadi*[442] aux étrangers malades, en considérant qu'il appartient à ces derniers « *de démontrer qu'il y a des raisons sérieuses de penser que, si la mesure litigieuse était mise à exécution, ils seraient exposés à un risque réel de se voir infliger des traitements contraires à l'article* 3 »[443].

153. L'arrêt *Paposhvili* vient également relativiser l'argument du risque spéculatif suscité par le renvoi d'un étranger gravement malade. Dans les précédentes affaires, et l'arrêt *Yoh-Ekalé Mwanjé*[444] en particulier, la Cour écartait l'argument du risque de dégradation rapide de l'état de santé et du défaut d'accès aux soins dans le pays de renvoi en raison de la part de spéculation qu'ils comportent « *eu égard en particulier à l'évolution constante de la situation en matière de traitement de l'infection à VIH et du sida dans le monde entier* »[445]. Autrement dit, l'établissement du risque résultant du défaut d'accès aux soins était à la charge du

440 *Ibid*., §192.
441 *Josef c/ Belgique*, préc., opinion dissidente de la juge Power-Forde.
442 *Saadi c. Italie*, préc., §129. Lire notamment H. Hurpy, M. Afroukh, «Éloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme», *RDLF,* 2015, chron. n°11 (www.revuedlf.com).
443 *Paposhvili c. Belgique,* préc., §186.
444 *Yoh-Ekalé Mwanjé c. Belgique*, préc.
445 *N. c. Royaume-Uni*, préc., § 50 ; voir également *Yoh-Ekale Mwanjé c. Belgique*, préc., § 84.

requérant. Dans l'arrêt *Paposhvili*, la Cour relativise cette part spéculative en la considérant comme étant « *inhérente à la fonction préventive de l'article 3* »[446]. Elle considère « *qu'il ne s'agit pas d'exiger des intéressés qu'ils apportent une preuve certaine de leurs affirmations qu'ils seront exposés à des traitements prohibés* »[447]. Désormais, si doute il y a sur les affirmations du requérant, l'État ne pourra opposer la part de spéculation sur les allégations liées à la dégradation de l'état de santé ou des conditions sanitaires régnant dans le pays de renvoi : la charge de la preuve se trouve désormais partagée. Cette évolution a pour effet d'élargir l'applicabilité de l'article 3 aux risques émanant de facteurs objectifs évoqués par Frédéric Sudre[448]. Cette évolution pourrait d'ailleurs rétroagir sur celle de la CJUE, cette dernière s'étant particulièrement appuyée sur la jurisprudence strasbourgeoise pour exclure les malades étrangers du statut de protégé subsidiaire[449].

154. Cette évolution jurisprudentielle était annoncée au regard de l'évolution de la jurisprudence relative au risque de violation de l'article 3 du fait de l'extradition de personnes malades[450]. Dans l'affaire *Aswat*, les juges de Strasbourg concluaient qu'il existe un risque réel que l'extradition du requérant vers les États-Unis et vers un environnement carcéral potentiellement plus hostile aggrave son état de santé physique et mental, ce qui emporterait violation de l'article 3 de la CESDH[451]. En tout état de cause, le renforcement de la protection octroyée au titre de la CESDH aux étrangers gravement malades permet

446 *Paposhvili c. Belgique*, *préc*., §186.

447 *Paposhvili c. Belgique*, *préc*. §186 ; Voir notamment CEDH, 4 septembre 2014, *Trabelsi c. Belgique*, n°140/10, § 130.

448 F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 676.

449 Sur la protection subsidiaire, voir *infra*. CJUE, GC, 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, C-542/13 (§41). Pour une critique de la position des juges européens, voir Henri Labayle, « La protection des étrangers gravement malades par les juges européens : une cause perdue ? », *GDR-ELSJ*, 31 mars 2015 ; J. Pétin, « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ). http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/ ; S. Peers, « Could EU law save Paddington Bear ? The CJEU develops a new type of protection », *EU Law Analysis*, 21 december 2014, http://eulawanalysis.blogspot.fr/2014/12/could-eu-law-save-paddington-bear-cjeu.html ; N. Klausser, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 09 janvier 2015, http://revdh.revues.org/1044

450 *Aswat c. Royaume-Uni*, préc., §57

451 J. Pétin, « Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme », Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ), 23 avril 2013. http://www.gdr-elsj.eu/2013/04/23/immigration/extradition-et-troubles-mentaux-la-prise-en-compte-croissante-de-la-vulnerabilite-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/

d'englober une grande variabilité de situations. Celle-ci doit toutefois être relativisée au regard de la grille d'évaluation médicale de la disponibilité des soins dégagée par la Cour.

§2. Une protection relative au regard de la grille d'évaluation médicale de la disponibilité des soins

155. Si la clarification de la grille d'évaluation médicale de la disponibilité des soins apparaissait nécessaire (A), car elle est déterminante de l'effectivité de la protection, celle-ci reste toutefois perfectible et surtout, incertaine (B).

A. Une clarification nécessaire de la grille d'évaluation médicale

156. En appliquant la méthode du « *risk continuum* »[452] appliquée à la protection octroyée par l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*, la Cour prend en compte les conditions sanitaires du pays d'origine, qui sont désormais tout autant déterminantes que les circonstances individuelles du requérant. La Cour estime que les États doivent, à l'aune de l'article 3, effectuer un double contrôle de l'accès effectif : au regard d'une approche générale d'une part, pour examiner « *si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé* »[453]. Ainsi qu'au niveau individuel d'autre part, en prenant en considération la « *possibilité effective pour l'intéressé d'avoir accès à ces soins et équipements dans l'État de destination* » et du « *coût des médicaments et traitements,* [de] *l'existence d'un réseau social et familial, et* [de] *la distance géographique pour accéder aux soins requis* »[454]. L'effectivité de la protection [des étrangers gravement malades] dépend alors grandement de la grille d'évaluation de la disponibilité des soins dans le pays d'origine, et non plus seulement de l'état de santé *stricto sensu*. En tout cas, pour effectuer cette évaluation médicale, la Cour « *s'appuie sur l'ensemble des éléments qu'on lui fournit, ou au besoin, qu'elle se procure d'office* »[455]. Mais c'est à l'étranger de « d*émontrer qu'il serait dans l'impossibilité de se procurer les médecins appropriées* »[456].

452 C. Bauloz, « Foreigners: Wanted Dead or Alive: Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement », *art. préc*.
453 *Paposhvili c.* Belgique, préc., §189.
454 *Ibid*., §190 ; voir également CEDH, 15 novembre 2001, *Karagoz c. France*, n° 47531/99.
455 CEDH, 29 avril 1997, *H.L.R c. France*, n° 24573/94, §37.
456 *Karagoz c. France,* préc.

157. Si tous ses arrêts rendus entre 1997 et 2016 ont été des arrêts de rejet, la Cour a toujours semblé dégager des conditions d'évaluation de l'accès aux soins et du contexte dans le pays d'origine. Cet aspect est d'ailleurs paradoxal : la Cour avait en effet exclu dans les affaires *D. c/ Royaume-Uni* et *Yoh-Ekalé Mwanje c. Belgique* ces éléments de l'appréciation d'une violation de l'article 3. Pour autant, dans une démarche amorcée[457] lors de l'arrêt *Bensaid c. Royaume-Uni*[458], la Cour s'était déjà essayée à une évaluation de la disponibilité des soins dans le pays d'origine : recherchant si l'accès aux soins dans le pays d'origine était effectif, la Cour a considéré dans un sens restrictif « *que le risque que le requérant voie son état se dégrader s'il retourne en Algérie et qu'il ne reçoive pas alors le soutien ou les soins adéquats, relève dans une large mesure de la spéculation.* (…) *Il ne ressort pas des renseignements fournis par les parties que la situation régnant dans la région interdise effectivement de se rendre à l'hôpital.* (…) *Même si sa famille ne dispose pas de voiture, cela n'exclut pas la possibilité de s'organiser autrement* »[459]. Tout en estimant que les souffrances auxquelles pourraient être sujet le requérant en cas de renvoi « *pourraient relever en principe de l'article 3* »[460], elle adopte une approche réaliste du risque de traitements contraires poussée à l'extrême[461].

158. Dans l'affaire *Aoulmi c. France*[462], la Cour a appliqué strictement son crédo selon lequel les États contractants n'ont pas à pallier les disparités socio-économiques, en considérant comme non déterminant du point de vue de l'article 3 « *le fait que le traitement serait moins facile à se procurer dans ce pays qu'en France, à supposer que cela soit exact* »[463]. L'évaluation médicale apparaît d'ailleurs expéditive, la Cour estimant simplement que « *le requérant n'a pas prouvé que sa maladie ne pourrait pas être soignée en Algérie* »[464], en référence aux documents produits. Cette évaluation superficielle contraste avec celle effectuée dans l'affaire *S.C.C. c. Suède*[465], dans laquelle elle prononce l'irrecevabilité d'une requête présentée par une personne d'origine zambienne atteinte du VIH. Dans cette affaire, la Cour a apprécié par elle-même et de manière plus détaillée les informations relatives à la disponibilité des soins dans le pays d'origine : « *la Cour déclara la requête irrecevable au motif que, selon un rapport de*

457 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p.303.
458 *Bensaid c. Royaume-Uni*, préc.
459 *Ibid.*, §§36-40.
460 *Ibid.* §37.
461 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 304.
462 CEDH, 17 janvier 2006, *Aoulmi c. France*, n° 50278/99.
463 *Ibid.*, §57.
464 *Ibid.*
465 *S.C.C. c. Suède*, n° 46553/99.

l'ambassade de Suède en Zambie, on trouvait dans ce pays le même type de traitement pour le sida, quoiqu'à un prix extrêmement élevé, et que les enfants et d'autres proches de la requérante y vivaient »[466]. Compte tenu de l'état de santé de la requérante à l'époque, la Cour conclut que son expulsion [vers la Zambie] ne constituerait pas un traitement interdit par l'article 3. Dans cette décision, la requérante avait également produit un certificat médical, que la Cour n'a pas pris en compte[467].

159. Enfin, pour un dernier exemple tiré de l'affaire *Yoh-Ekal Mwanje*[468], dans laquelle la Cour a procédé à une évaluation de la disponibilité des soins plus approfondie : elle évalue cette dernière en termes économiques (combien coûte le traitement, quelle part est prise en charge par l'État et reste à la charge du patient), et en termes de disponibilité géographique. À cette fin, et contrairement à l'affaire *G. S.*[469], la Cour semble rechercher par elle-même les sources d'information. Le fait qu'elle continue à évaluer l'effectivité de l'accès aux soins, ou du moins semble le faire, apparaît d'autant plus paradoxal que dans l'arrêt *N.*, elle a adopté un raisonnement exclusivement fondé sur l'existence des traitements appropriés dans le pays d'origine, sans considération pour la question de l'effectivité de l'accès aux soins. De fait, cette variabilité dans l'évaluation de la disponibilité des soins rendait imprévisible l'appréciation du seuil de gravité de chaque situation. L'arrêt du 13 décembre 2016 se devait donc d'établir clairement le paramètre de niveau de soins à prendre en compte.

B. *Paposhvili* : une grille d'évaluation médicale détaillée et perfectible à l'avenir incertain

160. La grille d'évaluation médicale introduite par la Cour à l'occasion de l'arrêt *Paposhvili* est détaillée, mais reste perfectible (1). Surtout, sa portée reste incertaine, et révèle la fragilité de la protection conventionnelle des étrangers gravement malades (2).

466 *Ibid.*

467 *Ibid.* : « *la requérante se réfère à un certificat médical délivré le 20 juillet 1999, selon lequel la probabilité que les personnes infectées par le VIH finissent par développer le sida est proche de 100 % et que le requérant au cours des prochaines années sera très probablement infecté par le SIDA et mourra* ».

468 *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, préc.*, §§72-75.

469 *G.S. c. France*, préc.

1. Une grille médicale détaillée et perfectible

161. Dans l'arrêt *Paposhvili*, la Cour clarifie le paramètre du niveau de soins auquel l'État de renvoi doit se référer pour évaluer au cas par cas (méthode casuistique) si la personne aura accès, ou non, aux soins adéquats. Selon elle, « *il y a lieu pour les autorités de l'État de renvoi de vérifier au cas par cas si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé* »[470]. Toutefois, elle ne précise pas ce qu'elle entend par la notion de « *soins* » ce qui pourrait amener à des divergences d'interprétation. Prenons pour exemple les pathologies psychiatriques : est-ce que la relation entre la personne et son psychiatre peut être interprétée comme faisant, dans certains cas, partie de la notion de « soins », ou celle-ci se cantonne-t-elle au traitement médicamenteux ? Des interrogations subsistent également s'agissant du VIH, lorsque les traitements antirétroviraux sont effectivement disponibles gratuitement dans certains pays, mais que les contrôles virologiques – nécessaires pour surveiller la charge virale et l'ajustement du traitement – sont très onéreux et à la charge du patient, comme c'est le cas dans certains pays d'Afrique subsaharienne. Les soins peuvent ainsi être partiellement disponibles dans le pays d'origine, mais pas complètement. Cela justifierait que la Cour précise dans sa jurisprudence future la notion de « soins ».

162. La Cour a par ailleurs entendu relativiser la portée de la protection octroyée en considérant qu'il « *ne s'agit pas, en effet, de savoir si les soins dans l'État de destination seront équivalents ou inférieurs à ceux qu'offre le système de santé de l'État de renvoi* »[471]. *De facto*, la perte de chance médicale dans le pays d'origine n'est pas prise en compte. Autrement dit, des éléments essentiels ne seront pas évalués, comme le fait que les traitements soient de moindre qualité ou que le pays d'origine soit sujet à des ruptures d'approvisionnement en médicaments[472]. Il s'agit là d'une position constante de la Cour, qui a posé le principe de la non-prise en compte du risque de perte de chance médicale dans l'arrêt *Bensaïd*[473] : « *le fait*

470 *Paposhvili c. France,* §189.
471 *Ibid.,* §189.
472 Pour plus d'informations sur la « perte de chance médicale », voir Comede, *Migrants/étrangers en situation précaire. Soins et accompagnement. Guide pratique pour les professionnels*, 2015, page 312.
473 CEDH, *Bensaïd c. Royaume-Uni*, préc.

que la situation d'une personne dans son pays d'origine serait moins favorable que celle dont elle jouit dans le pays d'accueil n'est pas déterminant du point de vue de l'article 3 »[474].

163. Les restrictions fondées sur des arguments économiques s'expliquent par la volonté de rassurer les États membres attachés à leur souveraineté et marge nationale d'appréciation[475]. Si, une fois ce contrôle effectué par l'État de renvoi, des doutes persistent quant à l'impact de l'éloignement sur la situation de l'intéressé, la Cour ajoute une dernière obligation positive : « *il appartient à l'État de renvoi d'obtenir de l'État de destination, comme condition préalable à l'éloignement, des assurances individuelles et suffisantes que des traitements adéquats seront disponibles et accessibles aux intéressés afin qu'ils ne se retrouvent pas dans une situation contraire à l'article 3* »[476]. Selon une première analyse, cette dernière précaution est favorable pour l'étranger. Mais le fait que ces garanties ne sont à obtenir qu'auprès de l'État de destination pourrait poser des difficultés. En effet, l'offre de soins présentée par les autorités nationales pourrait ne pas correspondre à la réalité[477]. Pour un autre exemple, les rapports de l'Onusida (dits « *Global Aids Response Progress* »), rédigés par les ministères de la Santé de chaque pays, sont parfois différents avec les observations émises par les associations de terrain. Il aurait été plus protecteur pour l'étranger de considérer qu'en cas de doute, ce dernier bénéficie à l'étranger. La Cour reste au milieu du gué en obligeant les États à se renseigner auprès d'acteurs étatiques et non étatiques, tels que des laboratoires pharmaceutiques ou des associations de santé locales, afin d'avoir des sources d'informations variées[478]. Il reviendra alors à l'étranger d'infirmer les éléments médicaux provenant de l'État de destination et produits par l'État de renvoi.

474 *Ibid*., §38 ; pour des exemples d'application, voir CEDH, *Arcila Henao c. Pays-Bas*, préc. ; *Meho et autres c. Pays-Bas,* préc.

475 CEDH, *Paposhvili*, §192 : « *La Cour tient à préciser qu'en cas d'éloignement de personnes gravement malades, le fait qui provoque le traitement inhumain et dégradant et engage la responsabilité de l'État de renvoi au regard de l'article 3, n'est pas le manquement par l'État de destination à disposer d'infrastructures médicales. N'est pas davantage en cause une quelconque obligation pour l'État de renvoi de pallier les disparités entre son système de soins et le niveau de traitement existant dans l'État de destination, en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. La responsabilité sur le terrain de la Convention qui se trouve engagée dans des cas de ce genre est celle de l'État de renvoi du chef d'un acte, en l'occurrence l'expulsion, qui aurait pour résultat d'exposer quelqu'un à un risque de traitement prohibé par l'article 3* ».

476 *Ibid.,* §191.

477 Pour un exemple concret, il suffit de lire la tierce intervention du gouvernement géorgien dans l'arrêt Paposhvili qui, en résumé, présente cet État comme un pays sûr médicalement. Pourtant, en France, des ressortissants géorgiens se voient octroyer une protection contre l'éloignement et/ou un titre de séjour fondé sur leur état de santé.

478 Sur cette question, et plus largement, sur la preuve de l'accès aux soins devant le juge administratif, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

164. Au bilan, cette jurisprudence s'inscrit dans la tendance générale de la Cour à faire peser la preuve du risque de violation sur l'étranger. Une telle conception de la dialectique probatoire revient finalement à exposer l'étranger au risque d'inégalité des armes, l'État disposant de ressources et réseaux importants, notamment via ses relations diplomatiques, pour obtenir des documents constituant un commencement de preuve de l'accès aux soins. Cette inégalité des armes probatoires se constate aussi dans le contentieux administratif français[479].

165. La Cour ne précise pas non plus quelles sont les autorités de renvoi qui doivent procéder à l'évaluation médicale des risques en cas de retour, et laisse libre cours aux États parties en la matière. Si cela ne pose pas de difficultés pour les pays dotés d'une procédure à cet effet, cela pourrait s'avérer plus problématique pour des pays dans lesquels de telles procédures *ad hoc* n'existent pas. Les éléments produits par l'étranger étant de nature médicale, il reviendrait à des autorités médicales indépendantes de l'autorité de police de les apprécier, et ce, dans le respect de règles déontologiques. Ces éléments seront probablement amenés à être abordés dans de prochaines requêtes devant la Cour.

2. Une évolution incertaine révélatrice d'une protection conventionnelle fragile

166. Par un arrêt rendu le 1er octobre 2019[480], la 4ème section de la Cour européenne a considéré, à la lumière de l'arrêt *Paposhvili,* que le renvoi d'un étranger gravement malade atteint d'une pathologie psychiatrique vers la Turquie violerait l'article 3 de la CESDH si les autorités danoises n'obtiennent pas des assurances individuelles[481] et suffisantes que des traitements adéquats seront disponibles et accessibles. En l'espèce, la Cour constate que les traitements psychiatriques sont disponibles en Turquie. Mais la Cour relève que, selon une expertise psychiatrique, le suivi médical du requérant nécessite un programme de suivi et de contrôle pour sa thérapie, dans le but d'éviter une dégénérescence de son système

479 *Ibid.*

480 CEDH, 1er octobre 2019, *Savran c. Danemark*, n° 57467/15.

481 Sur les assurances diplomatiques, voir CEDH, 17 janv. 2012, *Othman c/ Royaume-Uni*, n° 8139/09, §187. De manière plus générale, lire M. Delmas-Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC,* 2007, p. 461 ; N. Hervieu, « Encadrement conventionnels des expulsions d'étrangers terroristes menacés dans le pays de destinations », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 janvier 2012 ; T. Herran, « L'emprise de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'entraide répressive internationale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, 2013, pp. 735-758 ; C. Gauthier, « Renvoi en Algérie d'une personne condamnée pour terrorisme : le feu vert contesté de la CEDH », *AJDA,* 2019. p. 1764.

immunitaire[482]. Selon la Cour, cette assistance pourrait prendre la forme, *a minima,* d'un suivi régulier par une personne déterminée. Le risque de violation de l'article 3 est en l'espèce fondé sur le fait que les autorités danoises ne se sont pas assurées auprès des autorités turques qu'un tel suivi régulier et personnalisé serait disponible en Turquie. La Cour retient une interprétation extensive de la notion de « *traitements adéquats* », qui ne se cantonnent pas aux seuls médicaments, mais impliquent des éléments plus personnalisés tels qu'un accompagnement. En d'autres termes, elle se livre à une interprétation casuistique de cette notion, les « *traitements adéquats* » pouvant être strictement médicamenteux pour certaines pathologies, ou impliquées un suivi plus poussé pour d'autres. Il s'agit finalement de la même démarche que celle adoptée dans l'appréciation de l'intensité des liens privés et familiaux.

167. Adopté par la voix de quatre juges contre trois, cet arrêt a fait l'objet d'une virulente opinion dissidente de la part des juges Kjølbro, Motoc et Mourou-Vikström. Tout d'abord, ils indiquent que la question de la protection conventionnelle des étrangers gravement malades est un champ dans lequel la Cour a été très stricte par le passé, « *pour de bonnes raisons* »[483]. Leur principale critique porte sur l'abaissement du seuil de gravité fixé par *Paposhvili,* du fait de l'interprétation extensive retenue par la Cour de la notion de « *traitements adéquats* », qui dénaturerait complètement l'arrêt *Paposhvili*. Selon eux, la question de l'accompagnement par une « *personne-contact* » et le suivi personnalisé ne devrait pas entrer en ligne de compte, dès lors que la question décisive est celle de savoir si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie du requérant[484]. Cette jurisprudence aura, selon eux, d'importantes conséquences pour les États parties concernant l'éloignement des étrangers atteints de pathologies psychiatriques, et pour la Cour dans le prononcé de mesures provisoires prises au titre de l'article 39[485]. C'est

482 *Ibid*., §64 : « *Therefore, a follow-up and control scheme is essential for the applicant's psychological outpatient therapy and for the prevention of a degeneration of his immune system. For that purpose he would need, at least, assistance in the form of a regular and personal contact person. Accordingly, in the Court's view, the Danish authorities should have assured themselves that upon return to Turkey, a regular and personal contact person would be available, offered by the Turkish authorities, suitable to the applicant's needs* ».

483 *Savran c. Danemark*, préc., Opinions dissidentes communes aux juges Kjølbro, Motoc et Mourou-Vikström, §3.

484 *Ibid*., §18. Il est ici fait référence au §189 de l'arrêt *Paposhvili* : « (…) *il y a lieu pour les autorités de l'État de renvoi de vérifier au cas par cas si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé afin d'éviter qu'il soit exposé à un traitement contraire à l'article 3* ».

485 *Idid*., §21. Au titre de l'article 39 du Règlement de la Cour, cette dernière peut, à la demande des parties, de toute personne intéressée, ou d'office, « *indiquer aux parties toute mesure provisoire qu'ils estiment devoir être adoptée dans l'intérêt des parties ou du bon déroulement de la procédure* ». Dans le cas du contentieux de l'éloignement des étrangers, il arrive que la Cour ordonne la suspension de l'éloignement le temps que

pourquoi ils ont demandé et obtenu, avec le Gouvernement danois, le renvoi de cette affaire en Grande chambre le 27 janvier 2020[486].

168. Dans leur opinion dissidente, les juges font en outre référence aux risques de reconnaître une telle protection pour les pathologies psychiatriques, les symptômes de ces dernières étant subjectifs, et pouvant être sujets aux erreurs du fait des simulations[487]. Dans une opinion dissidente additionnelle, le juge Mourou-Vikström va plus loin en considérant que les critères dégagés dans *Paposhvili* ne sauraient être interprétés comme s'appliquant indistinctement aux pathologies psychiatriques et physiques[488]. Il soutient qu'elles ont été délibérément exclues de la protection conventionnelle dans *Paposhvili,* selon un choix « *sage et significatif* ». Pour ces raisons, il appelle à ce que les pathologies psychiatriques soient approchées selon un seuil de gravité plus exigeant que celui définit dans *Paposhvili* pour caractériser une violation de l'article 3, « *que la Grande Chambre sera sans doute appelée à définir* »[489]. On retrouve ainsi la même rhétorique que dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni,* justifiant la position stricte de la Grande chambre par la « c*harge trop lourde »*[490] que ferait peser une protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades sur les États contractants. Cette rhétorique suspicieuse, plus politique que juridique, à l'égard des étrangers atteints de pathologies psychiatriques se constate également dans les débats parlementaires en droit interne[491]. Ces propos révèlent surtout que les préoccupations relatives à la maîtrise des flux migratoires infusent toujours le raisonnement de certains juges de la Cour[492], mettant en exergue la fragilité du caractère absolu de l'article 3 de la CESDH pour les étrangers gravement

l'affaire soit jugée au fond. Sur les mesures provisoires, lire notamment A.-.C Castellani-Dembele, « Le caractère exécutoire des décisions du juge administratif face aux mesures provisoires indiquées par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Civitas Europa*, vol. 39, n° 2, 2017, pp. 65-86.

486 L'audience devant la Grande chambre s'est déroulée le 24 juin 2020, et la décision n'avait pas encore été rendue lors de la finalisation de la présente thèse.

487 *Ibid*., §21 : « *Finally, and even though this has not had a bearing on our assessment of the present case, we find it relevant to point out that a physical medical condition relies more on objective elements than mental illness, which can sometimes be assessed subjectively, or even wrongly, owing to symptoms being simulated. Thus, in the context of the criminal proceedings against the applicant, the Medico-Legal Council stated that a medical assessment had found that the applicant's "complaints of auditory hallucinations could be characterised as simulation" (see paragraph 10 of the judgment)* ».

488 *Ibid.* : « *while it is true that mental illness is not specifically excluded from the scope of the judgment, it is in my view impossible to infer from the Paposhvili judgment that the criteria which it lays down apply equally and in a strictly identical manner to physical and mental illnesses* ».

489 Ibi*d.,* Opinion dissidente additionnelle du juge Mourou-Vikström.

490 *N. c. Royaume-Uni,* préc., §44.

491 Voir Partie 1, Titre 2.

492 En ce sens, voir C. Boiteux-Picheral, C. Husson-Rochcongar,M. Afroukh, «Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Second semestre 2019», *RDLF,* 2020 chron. n°32.

malades. Suite au renvoi de cette affaire en Grande chambre, la portée de la protection conventionnelle des étrangers gravement malades octroyée par l'intermédiaire de *Paposhvili* pourrait être réduite. C'est dans ce but que le gouvernement danois a, dans le cadre de l'affaire *Savran*, écrit à l'ensemble des gouvernements des États-parties à la Convention pour les interpeller sur les enjeux de ce renvoi en Grande chambre, en leur demandant de produire des tierces interventions devant la Cour[493]. Signe de l'importance des enjeux, six gouvernements, dont celui de la France[494], ont produit une tierce intervention pour que soit maintenu un seuil élevé de gravité pour l'application de l'article 3 aux étrangers malades.

169. Qualifiée d'audacieuse[495] par une partie de la doctrine, l'évolution jurisprudentielle suscitée par l'arrêt *Paposhvili* était néanmoins impérative et nécessaire pour la cohésion de l'article 3. L'audace de la Cour doit ainsi être relativisée, car il reste une marge de manœuvre certaine pour améliorer l'effectivité[496] de la protection des étrangers gravement malades au titre de l'article 3. Surtout, sa portée reste incertaine à l'heure actuelle, eu égard au renvoi en Grande chambre de l'arrêt *Savran.* En tout état de cause, l'arrêt *Paposhvili* entraîne des implications concrètes qu'il convient d'évaluer.

SECTION 2. LA RÉCEPTION VARIABLE DE CE NOUVEAU STANDARD DE PROTECTION

170. Comme pour toute évolution jurisprudentielle, se pose la question de la réception future de ce nouveau standard de protection par le droit interne des États contractants. Tous les États n'ayant pas prévu de dispositif dédié au statut des étrangers gravement malades,

493 À notre initiative, le CREDOF a également produit une tierce intervention devant la Grande chambre, par laquelle certaines informations ont été obtenues, telles que ce courriel du gouvernement danois. Les gouvernements en question sont ceux de la France, de la Suisse, des Pays-Bas, de la Norvège, de la Russie et du Royaume-Uni.

494 *Observations du gouvernement de la République française en qualité de tiers intervenant dans la requête n° 57467/15, Savran c. Danemark devant la Cour européenne des droits de l'Homme*, 28 mai 2020. Dans sa tierce intervention, le Gouvernement français soutient notamment qu'un « *abaissement du seuil de gravité requis pour l'application de l'article 3 reviendrait à faire peser sur les Etats une charge trop lourde en leur faisant obligation de pallier les disparités entre leur système de soins et le niveau de traitement existant dans le pays tiers en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire. (...) À cet égard, le Gouvernement précise que le maintien d'un seuil élevé pour l'application de l'article 3 de la Convention apparaît d'autant plus nécessaire pour les pathologies mentales, eu égard à la difficulté d'évaluer ce type de pathologies qui ne reposent pas nécessairement sur des données objectives (contrairement aux pathologies physiques)* ».

495 C. Husson-Rochcongar, M. Afroukh, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Second semestre 2016 », *RDLF* 2017, chron. n°13.

496 A.-T. Yutaka, « Uneven, but in the Direction of Enhanced Effectiveness - A Critical Analysis of Anticipatory Ill-Treatment under Article 3 ECHR », *art. préc*.

cette réception semblerait constituer une avancée juridique pour certains, et une régression pour d'autres (§1). En plus du droit interne, cette nouvelle protection par ricochet homogénéise la protection au titre de l'article 3 de la CESDH, et ouvre la voie à d'autres sources de protection à l'échelle européenne (§2).

§1. La réception en droit interne : entre progrès et régression potentielle

171. Au-delà des critiques qui peuvent être faites à la nouvelle grille d'évaluation médicale, l'arrêt *Paposhvili* a le mérite de créer une réelle protection contre le renvoi de ressortissants étrangers gravement malades, et ce, au sein des 47 pays membres du Conseil de l'Europe. La très grande majorité des États membres n'étant pas dotés d'un dispositif de protection spécifique pour les malades étrangers, cette jurisprudence constitue nécessairement une avancée juridique pour ces pays. L'arrêt *D. c. Royaume-Uni* n'avait pas eu d'impact significatif au point d'inciter les États à légiférer, l'exigence du seuil de gravité étant si élevée que le risque de violation de l'article 3 était quasi nul, comme la jurisprudence l'a démontré[497]. L'impact de l'arrêt *Paposhvili* devrait être plus conséquent, car il crée deux obligations positives pour les États membres, qui devraient faire évoluer leur législation ou leurs pratiques : d'une part, l'obligation négative de ne pas expulser un étranger gravement malade opposant des raisons médicales à son renvoi. D'autre part, l'obligation positive « *de vérifier au cas par cas si les soins généralement disponibles dans l'État de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé* »[498]. La Cour applique aux étrangers gravement malades le critère de la preuve d'absence de risque de violation de la Convention « *au-delà de tout doute raisonnable* »[499], et comme pour d'autres types de contentieux relatifs au risque de violation de l'article 3 en cas de renvoi dans le pays d'origine, ne fait plus peser uniquement la charge de la preuve sur le requérant. L'État partie doit désormais présenter des garanties[500]. À cet égard, l'arrêt *Paposhvili* participe au renforcement de la protection effective de l'étranger gravement malade.

497 Voir *supra,* Section 2, §1.
498 *Paposhvili c. Belgique*, §189
499 CEDH, 18 janvier 1978, *Irlande c. Royaume-Uni*, 5310/71, §161.
500 CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93 ; CEDH, 12 avril 2005, *Chamaïev c. et autres contre Géorgie et Russie*, n° 36378/02.

172. À la suite des arrêts *D.* et *N.*, le Royaume-Uni avait amendé ses instructions[501] pour prescrire la délivrance d'un permis de séjour pour raisons médicales si le seuil de gravité fixé par l'arrêt *N.* est atteint[502]. L'arrêt *Paposhvili* pourrait probablement inciter les autorités britanniques à amender ces instructions. Dans les pays au sein desquels les étrangers gravement malades ne bénéficiant pas de dispositifs spécifiques, cette jurisprudence devrait s'intégrer, lorsqu'elles existent, parmi les « *circonstances humanitaires* » ouvrant droit à une protection contre le renvoi, comme c'est le cas en Suisse[503]. Si la protection conventionnelle prévue par la Cour EDH apparaît nécessairement novatrice et créatrice de droits dans nombre de pays, elle peut, en revanche, laisser présager un risque d'alignement vers le bas ou une tentation à la régression dans les pays déjà dotés d'un dispositif juridique à l'égard des étrangers gravement malades, comme c'est le cas de la Belgique et de la France.

173. En Belgique, l'article 9*ter* de la loi du 15 décembre 1980 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* »[504]. Alors que des décisions de l'Office des étrangers se référaient souvent à l'arrêt *D.* pour justifier le refus d'accorder un refus de séjour pour raisons médicales[505], l'assemblée générale du Conseil du contentieux des étrangers a considéré par un arrêt du 12 décembre 2014[506] que l'administration belge doit se détacher de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la notion de

501 UK Home Office, "Human rights claims on medical grounds", Valid from 20 May 2014, https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/488179/Human_rights_on_med_grounds_v6.0_EXT_clean.pdf

502 *Ibid.*, p. 3.

503 Voir notamment Groupe Sida Genève, « *Renvoi et accès aux soins. Enjeux juridiques et conséquences sur le plan humain de la pratique suisse en matière de renvois d'étrangers à la santé précaire* », 2ème édition actualisée, 2015. http://www.groupesida.ch/media/documents/renvois_accesauxsoins.pdf. Pour d'autres exemples de pays, voir O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades, mars 2013, pp. 93-99.

504 Lire notamment Z. Maglioni, *«* La demande d'autorisation de séjour pour raisons humanitaires : l'article 9ter à l'agonie *? », in* Patrick Wautelet, Fleur Collienne *(ed), Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités,* CUP 151, Larcier, septembre 2014, pp. 215-268 ; E. Cuq, « S.J. v. Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants », Cyprus Human Rights Law Review, Volume 3 (2014), n° 1.

505 Livre blanc sur l'autorisation au séjour pour raisons médicales (9*ter*). Pour une application de la loi respectueuse des droits humains des étrangers gravement malades, p. 24. https://doktersvandewereld-wieni.netdna-ssl.com/sites/www.doktersvandewereld.be/files/news/attachments/livre_blanc_sur_lautorisation_de_sejour_pour_raisons_medicales_9ter_0.pdf

« *traitement inhumain et dégradant* » prévue par l'article 9ter étant « *indépendante et* [allant] *plus loin que le risque pour la vie ou l'intégrité physique déduit de l'article 3 de la CEDH* ». On peut penser que l'impact de l'arrêt *Paposhvili* en droit belge sera quasi inexistant, puisque c'est au contraire ce dernier qui a influé la position de la Cour, qui se le serait « *magistralement approprié* »[507]. Lors de la rentrée solennelle de 2017, le président de la Cour EDH, Guido Raimondi, l'a d'ailleurs souligné : « *on assiste ici à un dialogue tout à fait intéressant entre le juge interne et notre Cour, où c'est le juge national qui, en quelque sorte, vient nous demander d'adopter une position moins restrictive et plus protectrice des droits des requérants. Les voix qui se sont élevées à Bruxelles ont donc été entendues à Strasbourg* »[508]. Il est d'ailleurs frappant de constater l'impact de la tierce intervention du Centre des droits de l'Homme de l'Université de Gand dans l'arrêt *Paposhvili*[509] dont la Cour reprend assez largement les propositions.

174. Le cas de la France est en revanche différent dans la mesure où le dispositif prévu par l'article L. 313-11 11° du CESEDA est plus protecteur que la protection prévue par la Cour. Le risque de « *réduction significative de l'espérance de vie* » ou de « *souffrances intenses* » en raison du défaut « *de traitements adéquats* » apparaît en effet plus restrictif. Le seuil fixé en droit français se réfère « *aux conséquences d'une exceptionnelle gravité* » induites par « *le défaut de prise en charge médicale* », notions plus larges que celles dégagées par les juges de Strasbourg : les conséquences d'une exceptionnelle gravité englobent la réduction de l'espérance de vie et les souffrances intenses, tout comme la notion de « *prise en charge médicale* » à l'égard de celle de « *traitements adéquats* ». L'une des conséquences de l'arrêt *Paposhvili* pourrait être, à terme, un abaissement progressif du seuil de l'évaluation médicale au niveau de celui fixé par la Cour EDH, ce qui contredirait dans ce cas le constat selon lequel « *la protection européenne et la protection nationale des droits fondamentaux s'enrichissent*

506 Conseil du contentieux des étrangers (CCE), 12 décembre 2014, n° 135 035, 135 037, 135 038, 135 039 et 135 041.

507 L. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la convention européenne des droits de l'homme (août-décembre 2016) », *AJDA*, 2017, p. 157.

508 Audience solennelle de rentrée de la CEDH, allocution d'ouverture du Président Guido Raimondi, 27 janvier 2017. http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20170127_Raimondi_JY_FRA.pdf. Sur les interprétations extrasystémiques par la CEDH, voir notamment A.-M. Lecis Cocco Ortu, « Les référents jurisprudentiels extrasystémiques dans la jurisprudence de la CEDH et de la CIDH : le recours aux ''précédents'' d'autres organes internationaux au service d'un corpus juris des droits de l'homme ? », *RDP*, 2018, p. 499.

509 *Paposhvili c. Belgique*, préc., §165.

plus qu'elles ne s'annihilent mutuellement »[510]. L'accroissement des garanties à l'échelle européenne justifierait ainsi un affaiblissement des garanties pour les étrangers gravement malades en France, conséquence de l'objectif de la Cour de définir un ordre juridique européen des droits de l'Homme.

175. Au-delà de la question de la réception dans les divers droits nationaux de cette jurisprudence, se pose également la question de ses répercussions pour les étrangers gravement malades au regard d'autres droits protégés par la CESDH, mais aussi par le droit de l'Union européenne.

§2. La réception de *Paposhvili* en droit européen : entre contamination et remèdes potentiels

176. La conséquence principale de l'arrêt *Paposhvili* est d'examiner exclusivement le risque de renvoi pour la santé à l'aune de l'article 3. La protection contre l'éloignement des étrangers malades est ainsi homogénéisée (A). Cet arrêt rétroagit également sur le droit de l'Union européenne, qui devient, par capillarité et le truchement de la protection subsidiaire, une source protection des étrangers gravement malades (B).

A. CESDH : une protection conventionnelle homogène

177. La construction d'un droit conventionnel à la protection de la santé de l'étranger malade, et concomitamment, l'éclaircissement du champ des dispositifs de protection juridique, tend à se faire exclusivement à l'aune de l'article 3 de la CESDH. Ce constat aboutit à une mise à l'écart paradoxal du risque de violation de l'article 2 relatif au droit à la vie (1), tout en ouvrant la porte à une violation au titre de l'article 8 (2). Il questionne également la possibilité de protection par le prisme du groupe vulnérable (3).

1. Une mise à l'écart paradoxale du risque d'atteinte au droit à la vie

178. La protection de l'étranger gravement malade par la Cour contribue indéniablement à la construction d'un droit à la protection de la santé dans le champ de l'article 3. Pourtant, ce droit est habituellement appréhendé sous l'angle du droit à la vie et à la vie privée, protégé par

510 J. Andriantsimbazovina, « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA* n° 14, 2002, p. 124.

l'article 8[511]. Interprété au sens large, celui-ci comprend l'intégrité physique et morale[512]. Le risque pour la santé de l'étranger devenant pleinement un motif d'octroi de protection, la Cour reconnaît le droit de ne pas voir sa santé se dégrader. Pourtant, alors même que le renvoi d'un étranger gravement malade peut l'exposer au risque d'être exposé à une mort prématurée, la Cour refuse d'évaluer ce risque à l'aune du droit à la vie garanti par l'article 2 de la CESDH. Ce refus est ancien pour les étrangers malades[513], puisque l'article 2 avait déjà été invoqué dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, tout comme dans l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*. Dans ce dernier, la Cour a estimé que le risque de violation de l'article 3 étant caractérisé, « *il n'y a pas lieu d'examiner le grief tiré de l'article 2 de la Convention* »[514]. La Cour refuse d'évaluer un risque combiné de violations de la Convention, et se contente de la protection accordée au titre d'un seul droit absolu[515]. Pourtant, « *combiné à l'article 3 de la Convention, il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe* »[516]. L'absence de réel consensus au sein de la Cour sur la protection de l'étranger malade[517] peut, une nouvelle fois, expliquer ce refus de protection combinée.

179. En effet, bien que cette protection combinée soit essentiellement symbolique, son refus semble symptomatique de la position de la Cour à l'égard des étrangers gravement malades, celle-ci ayant déjà caractérisé des risques de violations combinées de ces deux articles dans des affaires relatives au renvoi d'étrangers non malades[518]. S'il fallait un exemple du risque pour la vie suscité par le renvoi d'un étranger gravement malade, l'arrêt *N. c. Royaume-Un*i est édifiant : la requérante est décédée quelques mois après son renvoi en

511 CEDH, 9 juin 1998, *L.C.B c. Royaume-Uni*, n° 23413/94, et *McGinley et Egan c. Royaume-Uni,* n° 21825/93 et 23414/94.

512 Voir notamment E. Dubout, « La CEDH et la limitation constitutionnelle de l'avortement : une question procédurale ? », Constitutions, 2011, p. 213.

513 Au-delà des étrangers malades, la Cour a montré dès l'arrêt Soëring de 1989 (préc.) une réticence à appliquer la protection par ricochet à l'artice 2 de la CESDH (F. Sudre, H. Surrel, *Droits de l'Homme,* Répertoire de droit internaional, *préc.*, § 57). Voir également L. Burgorgue-Larsen, *La Convention européenne des droits de l'homme,* LGDJ, 3e éd., 2019, 330 p.

514 CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, *préc.*, §207.

515 Voir notamment CEDH, 7 juillet 2015, *V. M. et autres c. Belgique,* n° 60125/11 (arrêt radié par la Grande chambre).

516 CEDH, 27 septembre 1995, *Mc Cann, Farell et Savage c. Royaume-Uni*, n° 18984/91, §147.

517 Voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

518 Pour un risque d'exécution d'une peine capitale dans le pays de renvoi, voir par exemple CEDH, 8 février 2006, *Bader et Kanbor c. Suède*, n° 13284/04. Pour un autre exemple, une violation combinée des articles 2 et 3 CESDH a également pu être retenue concernant un opposant politique soudanais risquant « *d'être détenu, interrogé et torturé à son arrivée à l'aéroport de Khartoum* » : CEDH, 30 mai 2017, *A.I. c. Suisse*, n° 23378/15, §58.

Ouganda, du fait du défaut de soins[519]. Certes, l'arrêt *Paposhvili* ne se prêtait pas à la caractérisation d'un risque de violation de l'article 2, puisque le requérant est décédé avant son renvoi du territoire belge. Il peut néanmoins être souligné qu'il est paradoxal de ne pas retenir le risque de « *réduction significative de l'espérance de vie* » comme motif de violation de l'article 2, une telle réduction significative aboutissant nécessairement au décès à court terme. Autrement dit, le rattachement du risque de « *réduction significative de l'espérance de vie* » à l'article 3 plutôt qu'à l'article 2 n'est pas évident, puisque ce risque correspond à celui de mourir à très court terme.

180. En réalité, cette position s'inscrit davantage dans la lignée de la jurisprudence de la Cour relative au droit des étrangers, pour lequel « *tout se passe comme si l'article 2 était absorbé par l'article 3* »[520]. Si l'article 2 est parfois combiné[521] à d'autres dispositions, il reste une « *disposition secondaire en matière d'éloignement des étrangers* »[522]. Ce constat s'expliquerait par le fait que la « *reconnaissance de la fondamentalité du droit à la vie été tardive* »[523], la Cour préférant « *sanctionner les errements éventuels des États par le biais de l'article 3* »[524] : tel est le cas pour les étrangers gravement malades, les errements étatiques dont ils font l'objet dérogeant au principe selon lequel « *le droit à la vie prime sur tous les droits et libertés garantis, y compris les autres droits indérogeables* »[525]. Mais encore une fois, la Cour a déjà caractérisé un risque de violation du droit à la vie lorsque l'étranger est exposé à une peine capitale ou de tortures. Cette dissonance entre l'application des articles 2 et 3 aux étrangers renvoie ainsi à une forme de hiérarchisation par la Cour des risques auxquels ils sont exposés, et du degré d'acceptabilité de la pratique des États. Il est en effet juridiquement

519 XVIIIème Conférence internationale sur le sida. Voir le résumé de C. Izambert: http://pag.aids2010.org/Abstracts.aspx?SID=432&AID=5953 cité dans l'opinion dissidente de la juge Power-Forde dans l'arrêt S. J. c. Belgique, *préc.*

520 M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Thèse de droit public, Université de Montpellier 1, 2009, p. 136. Pour d'autres exemples, voir CEDH, 19 février 1998, *Bahaddar c. Pays-Bas*, 145/1996/764/965 ; CEDH, 11 juillet 2000, *Jabari c. Turquie*, N° 40035/98.

521 *Soering c. Royaume-Uni*, préc..

522 M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 137.

523 *Ibid.*, p. 180.

524 G. Guillaume, « L'article 2 », *in* L.-E. Pettiti, E. Decaux et P. H. Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, p. 153 ; M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 180-181.

525 *Ibid.*, p. 183.

plus grave et infamant pour ces derniers d'être santionné au titre de l'article 2 que de l'article 3.

181. La protection de l'étranger gravement malade par l'article 3 de la CESDH est d'importance et concourt indubitablement au renforcement de sa protection. Mais la caractérisation d'un risque de violation de l'article 2 renforcerait la dynamique de fondamentalisation : son respect est « *une valeur supérieure garantie par la Convention* »[526], et il bénéficierait « *d'une position hiérarchiquement supérieure (...) dans la logique interne de la Convention* »[527], à tel point qu'au « *sommet de la pyramide des droits et libertés, l'article 3 a dû laisser la première place à l'article 2* »[528]. Mais force est de constater que cette préférence de l'article 3 par rapport à l'article 2 pour les malades étrangers tendrait à remettre en cause la hiérarchisation matérielle des droits indérogeables protégés par la Cour EDH : parmi les dispositions qu'elle juge primordiales, elle n'accorde la prééminence de l'article 2[529] qu'avec parcimonie.

182. La protection des étrangers gravement malades, tout comme les autres catégories d'étrangers, pourrait ainsi relever de deux dispositions à caractère absolu. Cette question est d'autant plus pertinente que l'arrêt *Paposhvili* vise le risque de « *réduction significative* » de l'espérance de vie. À cet égard, l'intégration de ce risque au sein de l'article 3, et non de l'article 2, interpelle : dans quelle mesure un risque de réduction significative de l'espérance de vie relève de traitement inhumain et dégradant, et non de l'atteinte au droit à la vie ? Sans modifier la protection octroyée aux étrangers gravement malades, l'arrêt *Paposhvili* brouille davantage les frontières entre les articles 2 et 3 de la CESDH. Mais la jurisprudence future pourrait permettre de clarifier la position de la Cour.

526 CEDH, 13 février 2003, *Odièvre c. France*, §45.

527 L. Burgorgue-Larsen, A. Ubeda de Torres, *Les grandes décisions de la Cour interarméricaine des droits de l'homme,* Bruylant, 2008, p. 314.

528 M. Afroukh, *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 186.

529 *Pretty c. Royaume-Uni*, préc., §54 : « *l'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2, qui lui a toujours jusqu'ici été associé comme reflétant des valeurs fondamentales respectées par les sociétés démocratiques* ».

2. La perspective d'une protection complémentaire au titre de l'article 8

183. L'arrêt *Paposhvili* ouvre également la perspective d'une protection complémentaire des étrangers gravement malades par l'intermédiaire du droit à la vie privée et familiale, protégé par l'article 8 de la CESDH. La Cour considère en effet de longue date que les questions de santé font partie de la notion de « *vie privée* »[530], le champ de l'article 8 de la Convention couvrant « *l'intégrité physique et morale d'une personne* »[531]. Elles interagissent nécessairement avec les liens familiaux[532]. Si la Cour avait pu considérer dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* qu'il n'y avait pas lieu d'examiner le renvoi de la requérante sous l'angle de l'article 8, le grief ne posant « *aucune question distincte* »[533] de l'article 3, l'arrêt *Paposhvili* retient une interprétation différente. Il semble en effet considérer l'article 8 comme un filet de sécurité en cas de non-violation de l'article 3.

184. La question centrale posée à la Cour était de déterminer « *si les autorités belges avaient l'obligation d'autoriser le requérant à séjourner en Belgique pour lui permettre de demeurer auprès de sa famille* » eu égard aux particularités des faits de l'espèce. La Grande chambre considère en effet que « *le grief tiré d'une violation de l'article 8 sous l'angle des obligations positives des autorités belges s'impose (...) en raison de l'évolution de l'affaire et en particulier de la détérioration de l'état de santé du requérant et finalement de son décès* »[534]. Le grief tiré de l'article 8 n'ayant pas été évalué par les autorités belges, la Cour ne s'y prête pas non plus en application du principe de subsidiarité. Elle précise cependant, en visant un scénario hypothétique, que si les autorités belges avaient conclu que l'article 3 ne faisait pas obstacle au renvoi du requérant en Géorgie, « *il leur aurait appartenu, pour se conformer à l'article 8, d'examiner en outre si, eu égard à la situation concrète du requérant au moment du renvoi (voir, mutatis mutandis, Maslov c. Autriche [GC], no* 1638/03, *§ 93, CEDH 2008), on*

530 Sur le droit d'information relatif à des essais nucléaires ayant probablement provoqué des problèmes de santé, voir CEDH, 9 juin 1998, *McGinley et Egan c/ Royaume-Uni*, n° 21825/93 et 23414/94. Sur l'accès à une thérapie ou à un médicament expérimental , voir CEDH, 13 novembre 2012, *Hristovoz et autres c. Bulgarie*, n° 47039/11 et 358/12. Sur la confidentialité des informations personnelles concernant la santé, voir 29 juin 2006, *Pantelevenko c. Ukraine*, 11901/02 ; 10 octobre 2006, *L.L. c. France*, n° 7508/02.

531 Com. EDH, 1er juillet 1998, *Passannante c. Italie*, n° 32647/96. Voir notamment la tierce intervention de l'European Centre for Law and Justice dans l'affaire CEDH, 47621/13, *Vavricka et autres c. République tchèque*, 7 septembre 2015.

532 Sur une discrimination liée à l'état de santé pour un ressortissant ouzbek interdit de séjour en Russie en raison de sa séropositivité : 10 mars 2011, *Kiyutin c. Russie,* n° 2700/10 (violation combinée avec l'article 14).

533 *N. c. Royaume-Uni,* préc., §53.

534 *Paposhvili c. Belgique, préc.,* §221.

pouvait raisonnablement attendre de la famille qu'elle le suivît en Géorgie ou si, dans le cas contraire, le respect du droit du requérant au respect de sa vie familiale exigeait qu'il fût autorisé à séjourner en Belgique pour le temps qui lui restait à vivre »[535]. Cet examen se justifie selon la Cour au regard du « *degré de dépendance à la famille que la dégradation de l'état de santé avait induit dans le chef du requérant* »[536]. Elle conclut que « *si le requérant avait été éloigné vers la Géorgie sans évaluation desdites données, il y aurait également eu violation de l'article 8 de la Convention* »[537]. Autrement dit, la Cour estime que si un État partie considère que le renvoi d'un étranger gravement malade n'emporte pas violation de l'article 3, ou s'il ne procède pas à cette évaluation, il lui appartient d'examiner si le renvoi de l'étranger ne serait pas contraire à son droit à la vie privée et familiale.

185. L'apport de l'arrêt *Paposhvili* réside ici dans la référence au degré de dépendance de l'étranger à sa famille en raison de son état de santé. Le renvoi de l'étranger n'emportant pas nécessairement violation de l'article 3, son droit à la santé se trouve prolongé par la médiation de l'article 8. La protection conventionnelle de l'étranger gravement malade s'en trouve ainsi enrichie. Une affaire actuellement pendante devant la Cour[538] devrait lui permettre de se prononcer directement sur la justiciabilité de l'article 8 pour les étrangers gravement malades : la requérante allègue que son état de santé la place dans une situation de dépendance à l'égard de ses enfants majeurs. Étant isolée dans le cas d'un renvoi à Madagascar, la décision des autorités françaises porterait atteinte à son droit à la vie privée et familiale. Il convient de souligner une faiblesse de l'article 8 par rapport à l'article 3 : celle de la possibilité pour l'État partie de justifier l'ingérence dans ce droit à la vie privée[539].

535 *Ibid.*, §225.
536 *Ibid.*, §223.
537 *Ibid.*, §226.
538 CEDH, 7927/17, *Rakotobe c. France,* requête introduite le 20 janvier 2017.
539 L'alinéa 2 de l'article 8 prévoit en effet : qu'il « *ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

3. Un potentiel renforcement de protection par le prisme du groupe vulnérable

186. La Cour ouvrirait une potentielle protection des étrangers gravement malades par le prisme du groupe vulnérable[540]. Cette notion, notamment développée dans les arrêts *M.S.S.*[541] et *Tarakhel*[542] à l'égard des demandeurs d'asile, est définie comme « *un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable qui a besoin d'une protection spéciale* »[543] tel que des personnes discriminées à raison de leur sexe[544], ou de la population rom[545]. En plus d'offrir « *une fondation théorique universelle pour les droits de l'homme, dans le sens où cela implique une reconnaissance que certains droits civils et politiques sont liées à la vulnérabilité* »[546], la reconnaissance de ce statut revient à réduire étroitement la marge d'appréciation de l'État, ce dernier « *devant avoir des restrictions très puissantes pour imposer les restrictions en question* »[547].

187. L'appréhension des étrangers gravement malades par le prisme de la vulnérabilité a déjà été évoquée par la doctrine pour démontrer qu'elle peut améliorer leur standard de protection[548]. La Cour a d'ailleurs déjà eu à trancher la question dans l'arrêt *S. H. H. c. Royaume-Uni*[549], relative à un requérant afghan demandant à être appréhendé en tant que personne vulnérable du fait de son handicap, et du risque en cas de retour dans son pays

540 S. Da Lomba, « Vulnerability, irregular migrants' health-related rights and the European court of human rights », *European journal of Health Law* 21(4) (2014) 339-364. Lire également A. R. Chapman, B. Carbonetti, "Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights", *Human Rights Quaterly*, Volume 33, Number 3, August 2011. Sur la notion de vulnérabilité, voir notamment J. Gate, D. Roman, « Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente », *in Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, E. Paillet, P. Richard (dir.), CERC, Toulon, Bruylant, 2014, p. 229 ; L. Burgorgue-Larsen (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Journée d'étude organisée par l'IREDIES, Paris, Pedone, Cahiers Européens n° 7, 2014, 246 p. ; D. Lachal, *La protection internationale des personnes vulnérables déplacées,* Thèse de droit public, Université Paris-Saclay, 2013 ; M. Blondel, *La personne vulnérable en droit international*, Thèse de droit public, 2015, Université de Bordeaux, 602 p. ; J. Pétin, *La vulnérabilité en droit européen de l'asile,* Thèse de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2016, 531 p.

541 CEDH, 21 janvier 2011, *MSS c/ Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

542 CEDH, 4 novembre 2011, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12.

543 *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, préc., §§253-263 ; voir également CEDH, 16 mars 2010, *Oršuš et autres c. Croatie,* n° 15766/03, § 147.

544 *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni*, préc., § 78.

545 CEDH, 13 novembre 2007, *D.H. et autres contre République Tchèque*, n° 57325/00, §176.

546 A. Grear, *Redirecting Human Rights : Facing the Challenge of corporate Legal Humanity*, Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2010, pp. 104 et 135.

547 CEDH, 13 novembre 2007, *Kiyutin contre Russie,* 13 novembre 2007, n° 2700/10 ; voir également *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., opinion partiellement concordante, partiellement dissidente du juge Sajo.

548 S. Da Lomba, « Vulnerability, irregular migrants' health-related rights and the European court of human rights », *art. préc*.

549 CEDH, 29 janvier 2013, *S.H.H. c. Royaume-Uni*, n° 60367/10.

d'origine au regard de l'article 3 de la CESDH. La Cour a cependant préféré appliquer l'arrêt *N.* pour déclarer irrecevable sa requête, plutôt que l'arrêt *M. S. S.*[550], le risque en cas de retour émanant du « *manque de ressources suffisantes pour fournir soit un traitement médical, soit une protection sociale plutôt que des actes ou omissions intentionnels des autorités de l'État de résidence* »[551]. La Cour considère que les étrangers malades ne sauraient relever de la catégorie des « *populations vulnérables* », l'origine du risque encouru n'étant pas le fait de l'État de renvoi, mais du manque de ressources de ce dernier pour permettre au requérant d'accéder aux soins nécessaires. Cette position rappelle celle de la CJUE dans l'arrêt *M'Bodj*[552]. Mais ce constat est incertain, la Cour ayant qualifié de « vulnérable » des catégories d'étrangers indépendamment du risque en cas de renvoi, telles que les mineurs[553] ou les personnes détenues[554]. Surtout, la Cour a considéré que la vulnérabilité inhérente aux personnes souffrant de maladies mentales doit être prise en compte par l'État afin d'évaluer une potentielle violation de la Convention[555]. Dès lors, en abaissant son seuil de gravité et en faisant incomber des obligations aux États contractants, l'arrêt *Paposhvili* tendrait à considérer que les étrangers gravement malades se trouvent en situation de vulnérabilité. Cette reconnaissance implicite se conforte par le constat d'une place grandissante de cette notion dans la sphère des droits de l'Homme[556].

188. Pour autant, se pose la question de la valeur ajoutée d'une telle reconnaissance pour la protection du statut de l'étranger gravement malade. Dans la mesure où il incombe déjà des obligations à l'État à leur égard pour les protéger d'une mesure de renvoi, les qualifier de groupe vulnérable ne permettrait pas nécessairement d'accroître ces garanties. Une éventuelle plus-value se matérialiserait davantage par des garanties parallèles, à l'image de ce

550 *M. S. S. c. Belgique et Grèce,* préc.
551 CEDH, *S.H.H. c. Royaume-Uni*, préc., §89.
552 Voir *infra*.
553 CEDH, 16 décembre 1999, *V. contre Royaume-Uni*, n° 24888/94, §64 ; CEDH, 19 janvier 2012, *Popov contre France*, n° 39472/07 et 39474/07, §91.
554 CEDH, 12 avril 2005, *Chamaïev et autres contre Géorgie et Russie*, n° 36378/02, §375.
555 CEDH, *Aswat c. Royaume-Uni*, *préc.*, §50 : « *le sentiment d'infériorité et d'impuissance typique des personnes souffrant d'un trouble mental exige une vigilance accrue pour examiner si la Convention a (ou sera) respecté* » ; J. Pétin, « Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ),* 23 avril 2013. http://www.gdr-elsj.eu/2013/04/23/immigration/extradition-et-troubles-mentaux-la-prise-en-compte-croissante-de-la-vulnerabilite-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/
556 *Ibid.*

qu'a notamment fait la CJUE dans l'arrêt *Abdida*[557]. Dans cet arrêt, la Cour s'est d'abord inspirée de la jurisprudence de la Cour EDH[558] pour réaffirmer le principe de protection juridictionnelle effective, et déduire que « *l'effectivité du recours exercé contre une décision de retour dont l'exécution est susceptible d'exposer le ressortissant en cause de pays tiers à un risque sérieux de détérioration grave et irréversible de son état de santé exige, dans ces conditions, que ce ressortissant de pays tiers dispose d'un recours avec effet suspensif* »[559]. Du point de vue de la vulnérabilité, l'intérêt de cet arrêt est qu'il tire de la directive « retour »[560] une obligation pour les États membres « *de prendre en charge, dans la mesure du possible, les besoins de base d'un ressortissant de pays tiers atteint d'une grave maladie lorsque celui-ci est dépourvu des moyens de pourvoir lui-même à ses besoins* »[561]. Bien qu'il appartienne « *aux États membres de déterminer la forme que doit revêtir cette prise en charge des besoins de base du ressortissant concerné d'un pays tiers* »[562], assortir une protection contre l'éloignement de telles garanties renforcerait indubitablement la protection conventionnelle de l'étranger gravement malade. La marge d'appréciation conférée aux États en matière de décisions ayant des implications financières[563] pourrait cependant constituer un obstacle à l'effectivité de ces garanties.

189. Sur le même schéma, l'évolution jurisprudentielle de la Cour EDH pourrait un jour aboutir à faire incomber aux États contractants l'obligation d'assurer, par exemple, une prise en charge des soins de santé aux requérants dépourvus de moyens. La Cour a déjà pris en considération des dispositions du droit de l'Union européenne pour faire évoluer sa protection accordée aux demandeurs d'asile, notamment ceux faisant l'objet d'une application du règlement « Dublin III », à l'image du renforcement du seuil de protection effectué dans l'arrêt *M.S.S. contre Belgique et Grèce*[564] quant aux obligations incombant aux

557 CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, Aff. C-562/13.

558 CEDH, 26 avril 2007, *Gebremedhin c. France*, n° 25389/05, § 67 ; CEDH, 23 février 2012, *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, n° 27765/09 § 200.

559 *Centre public d'action social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, préc., § 50. Lire notamment J. Pétin, « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », *art. préc*.

560 Directive 2008/115/CE du 16 décembre 2008 relative aux *normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier*.

561 *Centre public d'action social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, préc., pts 59 et 61.

562 *Ibid*., § 59 et 61.

563 CJUE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, Aff. 14/83.

564 *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, préc., §§ 253-263.

États dans l'accueil et l'hébergement des demandeurs d'asile[565]. À cet égard, le statut conventionnel de l'étranger gravement malade pourrait encore être considérablement renforcé.

B. La rétroaction sur le droit de l'Union européenne des étrangers

190. L'évolution jurisprudentielle impliquée par l'arrêt *Paposhvili* ouvre de nouvelles possibilités de protection des étrangers gravement malades par le droit de l'Union européenne. Celles–ci concernent, dans certaines hypothèses bien délimitées, la protection subsidiaire dont ils ont été exclus avant que l'arrêt *Paposhvili* ne soit rendu (1). L'état de santé des demandeurs d'asile se trouve également pris en considération dans le cadre de l'instruction (2).

1. Un droit à la protection subsidiaire strictement délimité

191. La protection subsidiaire, qui fait figure de « *roue de secours* »[566], est l'une de ces « *formes complémentaires de protection pour les personnes ayant besoin de protection internationale* »[567]. À l'échelle supranationale, la protection subsidiaire a été essentiellement développée par le droit européen, et le droit de l'Union européenne plus particulièrement. La directive 2004/83[568] précise les conditions que doivent remplir les personnes ressortissantes d'un pays tiers qui ne peuvent être considérées comme réfugiées pour se voir délivrer la protection subsidiaire. Celle-ci s'applique lorsqu'il y a « *des motifs sérieux et avérés de croire*

565 *Ibid.*, § 250 : dont « […] *l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif* ».

566 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 175.

567 Conclusion sur la fourniture d'une protection internationale y compris moyennant les formes de protection complémentaires, n° 103 (LVI) – 2005, 56e Session du Comité exécutif. Voir Documents officiels de l'Assemblée générale A/AC.96/1021. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1. Lire notamment M. Gkegka, « Nouveaux éclairages sur les contours du régime de la protection subsidiaire : autonomie de la protection européenne et sens de l'expression *''conflit armé interne''* », *in Lettre Actualités-Droits-Libertés*, 2014. Sur la protection subsidiaire, voir notamment J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*p. 287 et s. ; V. Tchen, « Consécration de la protection subsidiaire », *JCA A*, 2004, act. 1020 ; C. Cournil, B. Mayer, « Les pistes d'une protection juridique renforcée », *in Les migrations environnementales. Enjeux et gouvernance*, sous la direction de C. Cournil, B. Mayer, Presses de Sciences Po, 2014, pp. 113-138 ; D. Bouteillet-Paquet (dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union Européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, Bruylant, 2002, 883 p. ; T. Fleury-Graff, M. Alexis, *Droit de l'asile*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2019, 346 p.

568 Directive 2004/83 du Conseil du 29 avril 2004, dite « directive qualification », *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.*

que la personne concernée, si elle était renvoyée dans son pays d'origine (…) *courrait un risque réel de subir les atteintes graves définies à l'article 15* (…) ». Ce dernier énonce que les atteintes graves sont « *a) la peine de mort ou l'exécution* », « *b) la torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants infligés à un demandeur dans son pays d'origine* » ou « *c) des menaces graves et individuelles contre la vie ou la personne d'un civil en raison d'une violence aveugle en cas de conflit armé interne ou international* ». Comme pour les autres instruments internationaux, c'est par le prisme de la « *torture ou des traitements ou sanctions inhumains ou dégradants* » qu'une protection contre l'éloignement d'un étranger gravement malade a pu être envisagée dans le cadre de cette directive.

192. Les travaux préparatoires à cette dernière[569] révèle la volonté de limiter le champ de l'article 15 b) « *afin d'éviter les affaires basées sur des motifs d'humanité dans le régime de protection subsidiaire, ce qui n'a jamais été l'intention de la présente directive* ». Pour ce faire, le Conseil de l'UE a proposé d'énoncer *« qu'un risque réel de torture ou de peines ou traitements inhumains ou dégradants doit régner dans le pays d'origine* ». Cette exigence de « *risque réel* » peut s'interpréter comme visant à exclure les étrangers gravement malades du champ de la directive. En effet, lors de la rédaction de cet article se posait la question de la prise en compte de la jurisprudence de la Cour EDH relative à l'article 3 de la CESDH. À ce sujet, le Conseil de l'UE estime qu'il « *conviendrait d'inclure les affaires basées uniquement sur des motifs d'humanité telles que l'affaire D. Royaume-Uni (1997)* (…) »[570]. Dans sa note, le Conseil relève que dans cette décision, « *bien que l'absence d'accès à un système de santé développé ainsi que l'absence d'un entourage ne soient pas considérées comme une torture ou un traitement inhumain ou dégradant en soi, l'expulsion vers ce pays, qui constituerait une menace contre la vie de la personne concernée, était décrite comme telle* »[571]. Autrement dit, ce ne sont pas les risques résultant de la situation dans le pays d'origine de la personne qui sont considérés comme un risque de traitement inhumain et dégradant, mais la mise en œuvre de l'expulsion en elle-même en raison des risques immédiats qu'elle constituerait pour la vie de

569 Note de la présidence du Conseil de l'Union européenne au Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile, du 25 septembre 2002, 12148/02, pp. 5-6.

570 CEDH, *D. c. Royaume-Uni*, préc. Sur la protection conventionnelle au titre de la CEDH, voir supra, Section 1, §1.

571 Note de la présidence du Conseil de l'Union européenne au Comité stratégique sur l'immigration, les frontières et l'asile, *préc.*, pp. 5-6..

la personne concernée[572]. Ce raisonnement se retrouve également, comme on l'a examiné, dans les décisions du Comité des droits de l'Homme et du Comité contre la torture[573].

193. C'est dans l'optique d'éviter d'intégrer dans le régime de la protection subsidiaire les affaires basées sur des motifs d'humanité que la présidence du Conseil a proposé d'énoncer qu'un « *risque réel* » devait exister dans le pays d'origine pour retenir une violation de l'article 15 b). Il semble ainsi sous-entendre que ce qui doit être considéré comme un traitement inhumain ou dégradant n'est pas la mesure d'éloignement en elle-même, mais des éléments situationnels régnant dans le pays d'origine. Par cette recommandation, le Conseil a manifesté son souhait de placer hors du champ de la protection subsidiaire les risques de mauvais traitements engendrés par la mise à exécution de la mesure, à rebours du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *D*. Du fait de cette précision, les étrangers gravement malades ne pourraient prétendre à être protégés par le droit de l'Union européenne au titre de la protection subsidiaire, le risque immédiat engendré par la mise en œuvre de la mesure de renvoi n'entrant pas dans son champ d'application. De même que l'absence d'accès à un système de santé développé, ce dernier n'étant pas considéré, à la date de ces travaux préparatoires, comme un traitement inhumain ou dégradant par la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette intention du Conseil est ainsi matérialisée dès le préambule de la directive qualification : « *(9) Les ressortissants de pays tiers ou les apatrides qui sont autorisés à séjourner sur le territoire des États membres pour des raisons autres que le besoin de protection internationale, mais à titre discrétionnaire par bienveillance ou pour des raisons humanitaires, n'entrent pas dans le champ d'application de la présente directive* »[574].

194. Cette exclusion textuelle originelle a favorisé l'adoption d'un verrou jurisprudentiel. Douze années après l'adoption de la directive précitée, la Cour de justice de l'Union européenne a confirmé l'exclusion des étrangers gravement malades du champ de la protection subsidiaire[575]. Celle-ci s'est construite sur un raisonnement en deux temps, en suivant les conclusions de l'avocat général Bot. Selon ce dernier, le régime tendant à l'octroi

572 À noter que le Conseil de l'Union européenne relie curieusement la menace contre la vie à l'article 3.
573 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.
574 Directive 2004/83 du Conseil du 29 avril 2004, dite « directive qualification », *préc.*
575 *Mohamed M'Bodj c. État belge*, préc.

de cette protection internationale suppose la réunion de deux éléments essentiels : d'une part « *l'existence d'un risque de persécutions ou d'atteintes graves dont serait victime l'intéressé, une fois de retour dans son pays d'origine* » et, d'autre part, *« la responsabilité directe ou indirecte de ce pays dans l'existence de ce risque* »[576]. C'est au regard de ce second critère que l'avocat général recommandait d'exclure les étrangers gravement malades de la protection subsidiaire. Comme le gouvernement français dans ses observations, il relevait que « *le cas d'un individu dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale et qui ne pourrait pas bénéficier d'un traitement adéquat dans son pays d'origine, le traitement inhumain ou dégradant qu'il risque de subir en cas de retour dans ce pays ne provient pas d'un acte ou d'une omission intentionnelle des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État* »[577]. Autrement dit, le risque justifiant une protection subsidiaire ne peut résulter uniquement de l'insuffisance du système de santé du pays d'origine.

195. Dans son arrêt, la Cour de justice est allée plus loin que ces conclusions. D'une part, elle a bien interprété la lettre de la directive qui précise que pour qu'un étranger se voit attribuer la protection subsidiaire, les atteintes graves qui le concernent doivent émaner de tiers, tels que précisé par l'article 6 de la directive, à savoir « *a) l'État ; b) des partis ou organisations qui contrôlent l'État ou une partie importante du territoire de celui-ci ; c) des acteurs non étatiques [...]* ». C'est sur ce point que la Cour fonde sa décision : les atteintes graves doivent « *être constituées par le comportement d'un tiers et qu'elles ne peuvent donc pas résulter simplement des insuffisances générales du système de santé du pays d'origine* »[578]. Par cette considération, qui ressemble à celle du Comité contre la torture[579], la CJUE exclut, dans un premier temps, les étrangers gravement malades de la protection subsidiaire du seul fait de la non-accessibilité des traitements[580]. Mais en plus, la Cour a ajouté que la directive « *s'oppose à ce qu'un État membre adopte ou maintienne des dispositions octroyant le statut de personne pouvant bénéficier de la protection subsidiaire prévu par celle-ci à un ressortissant de pays tiers atteint d'une grave maladie, en raison du risque de détérioration de son état de santé résultant de l'inexistence de traitements adéquats dans le pays d'origine* ». Une précision dont

576 Conclusions de l'avocat général, Y. Bot, 17 juillet 2014 sur CJUE, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, préc.
577 *Ibid.*, §59.
578 *Mohamed M'Bodj c. État belge*, *préc.*, § 35.
579 Voir supra, Section 1, §2.
580 Il serait imaginable qu'une telle protection soit octroyée en raison d'une persécution étatique ou d'un acteur non étatique à l'égard de certains malades, comme cela a déjà été reconnu au titre de la Convention de Genève, voir *supra*.

l'Allemagne semble s'affranchir, puisqu'elle inclut les étrangers malades dans la protection subsidiaire[581].

196. Cette mise à l'écart a fait l'objet de critiques doctrinales[582], les arguments avancés par la CJUE n'étant pas « *considérés comme légalement justifiés au regard du droit international des droits de l'Homme* »[583]. La principale critique que nous relevons est relative au paradoxe sous-tendu. La CJUE a fondé son raisonnement sur le considérant 26 de directive 2004/38, selon lequel « *les risques auxquels la population d'un pays ou une partie de cette population est généralement exposée ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves* »[584]. En revanche, il est précisé que la protection subsidiaire pourrait être octroyée dans le cas où la privation de soins serait infligée intentionnellement[585], qui pourrait résulter d'un acteur étatique ou non. À cet égard, l'exclusion des étrangers gravement malades de la protection subsidiaire n'est pas totale. Suivant la même logique que celle du CAT et du CDH combinée avec des circonstances particulières, une protection contre l'éloignement en raison du risque de défaut d'accès aux soins pourrait être octroyée. Donc dans un premier temps, la Cour admet que le renvoi d'un étranger gravement malade dans son pays d'origine puisse, sous certaines conditions, constituer un traitement inhumain et dégradant conformément à la jurisprudence de la Cour EDH. Mais ensuite, elle interprète le considérant 26 de la directive 2004/83 de manière restrictive : elle inclut « *le risque de détérioration de l'état de santé d'un ressortissant de pays tiers atteint d'une grave maladie résultant de l'inexistence de traitements adéquats dans son pays d'origine* » parmi les « *risques auxquels la population d'un pays ou une partie de cette population est généralement exposée* [et qui] *ne constituent normalement pas en eux-mêmes des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves* »[586]. Autrement dit, le fait de renvoyer un étranger gravement malade dans son pays d'origine où ce dernier risque de mourir pour défaut de soins est susceptible de constituer un traitement inhumain et dégradant. En

581 § 60 Abs. 2, 3, 5, 7 Satz 1, 7 Satz 2 AufenthG ; voir notamment J. Probst, *Instruire la demande d'asile, étude comparative du processus décisionnel au sein de l'administration allemande et française*, *thèse préc.*, p 107.

582 S. Peers, « Could EU law save Paddington Bear ? The CJEU develops a new type of protection », *in EU Law Analysis*, 21 December 2014. http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/could-eu-law-save-paddington-bear-cjeu.html

583 K. Greenman, « A Castle Built on Sand: Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations », *art. préc.*

584 *Mohamed M'Bodj c. État belge*, préc., § 36.

585 *Ibid.*

586 *Ibid.*

revanche, le fait pour la population locale d'être en permanence exposée à des risques liés à son état de santé du fait des défaillances du système de soins du pays ne peut (normalement) pas constituer des menaces individuelles à qualifier d'atteintes graves au sens de la directive[587]. Ce n'est que dans le cas où la privation de soins est intentionnelle qu'une protection peut être envisagée.

197. Quatre ans plus tard, la Grande chambre de la Cour est venue préciser son interprétation du « *risque de privation intentionnelle de soins adaptés à la prise en charge des séquelles physiques ou mentales des actes de torture perpétrés par les autorités* »[588] du pays d'origine. L'arrêt *M. P. c. Royaume-Uni*[589], à la différence de l'arrêt *M'Bodj,* concerne un requérant dont l'état de santé (des troubles mentaux avec un risque suicidaire) résulte d'actes perpétrés par les autorités de son pays d'origine. Selon la Cour, ce risque peut être constitué dans deux hypothèses : la première concerne la personne présentant un risque de suicide « *en raison du traumatisme découlant des actes de torture qui lui ont été infligés par les autorités de son pays d'origine* », et qu'il est manifeste que ces dernières ne sont pas « *disposées à assurer sa réadaption* »[590]. La seconde vise le cas où les autorités du pays de renvoi « *adoptent un comportement discriminatoire, en termes d'accès aux soins de santé, ayant pour effet de rendre plus difficile pour certains groupes ethniques ou certaines catégories de personnes (…) l'accès aux soins adaptés à la prise en charge des séquelles physiques ou mentales des actes de torture perpétrés par ces autorités* »[591]. Comme le relève Steve Peers, si la première hypothèse est spécifique aux personnes victimes de tortures, la seconde hypothèse concerne toute personne malade[592].

587 F. Benoît-Rohmer, « Chronique Union européenne et droits fondamentaux – Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4 de la Charte) », *RTD eur.* 2016, p. 351.

588 *Mohamed M'Bodj c. État belge, préc.,* §57.

589 CJUE, 24 avril 2018, *M. P. c. Secretary of State for the Home Department*, n° C-353/16. Par cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne a également aligné sa position sur celle de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Paposhvili.* Au visa de ce dernier, elle a en effet considéré que « *l'article 4 de la Charte doit être interprété en ce sens que l'éloignement d'un ressortissant d'un pays tiers, présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave, constitue un traitement inhumain et dégradant, au sens de cet article, si cet éloignement entraîne le risque réel et avéré d'une détérioration significative et irrémédiable de son état de santé* » (§41).

590 *Ibid*.

591 *Ibid*.

592 S. Peers, « Torture victims and EU law », *in EU Law Analysis,* 24 Avril 2018, https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/torture-victims-and-eu-law.html : « *The first of these grounds is unique to torture victims, but the second ground should arguably be relevant to any "medical cases"* ». À noter que cette fois, la Cour ne suit pas les conclusions de l'avocat général Yves Bot, pour qui inclure le « *risque réel d'atteinte grave à la santé physique et psychologique résultant de la torture ou du traitement inhumain ou dégradant subi par le demandeur dans le passé et dont le pays d'origine est responsable* » (§66) reviendrait à

198. En définitive, la CJUE a développé, dans un premier temps, une justification paradoxale pour retenir la nature de la violation en cause : si un étranger gravement malade risque d'être renvoyé depuis un État membre de l'Union européenne vers son pays d'origine, il pourrait s'agir, dans un cas très précis, d'un traitement inhumain et dégradant, et donc d'une atteinte grave au sens de la directive. Mais ce traitement résultant de « *risques auxquels la population d'un pays ou d'une partie de cette population est généralement exposée* », la qualification « *d'atteintes graves* » ne peut être retenue, car il ne s'agit pas d'une menace individuelle. Dans un deuxième temps, certainement poussée par l'avancée de la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'arrêt *Paposhvili,* rendu quelques mois avant l'arrêt *M. P.,* la Cour est venue inclure dans le champ de la protection subsidiaire les risques encourus en cas de privations intentionnelles de soins par les autorités du pays de renvoi.

199. Cette position du juge européen n'est pas isolée, puisque certains États, tels le Canada[593] et la Nouvelle-Zélande[594], ont explicitement exclu la possibilité de demander une protection au titre du droit international des droits de l'Homme, dont la protection subsidiaire, en raison du risque de défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine. Cette exclusion, certes relative, de la protection internationale accordée au titre de l'asile interroge toutefois, car les protections contre l'éloignement des personnes encourant un risque de persécutions et un risque pour la santé répondent à des logiques similaires, comme nous l'avons vu précédemment[595]. Il en résulte surtout que l'état de santé de l'étranger et ses conséquences en cas de renvoi n'entrent pas directement dans le champ matériel des divers modes de protection internationale. Ce dernier n'est toutefois pas totalement orphelin : bien qu'il ne s'agisse pas de protection à proprement parler, la prise en compte de la maladie des demandeurs d'asile ou des réfugiés a été et est toujours appréhendée par le droit, illustrant une nouvelle fois le caractère subsidiaire de l'état de santé dans le champ de la protection

« *étendre, à outrance, le champ d'application tant des dispositions de la directive 2004/83, que des stipulations de l'article 14, paragraphe 1, de la convention contre la torture* » (§62).

593 Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés (L.C. 2001, ch. 27)97 « *(1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée : (…) b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant : (…) (iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats* ».

594 New Zealand immigration bill 2007 (No 132-2) as its complementary protection explicitetly does not cover protection claims based on « *the impact on the person of the inability of a country to provide health or medical care, or health or medical care of a particular type or quality* ».

595 Voir *supra,* Section 1.

internationale[596]. Le droit de l'Union européenne impose en effet une prise en considération de l'état de santé dans l'instruction des demandes d'asile, la maladie venant, une nouvelle fois, protéger par ricochet les demandeurs.

2. Une prise en compte de l'état de santé des demandeurs d'asile en droit de l'Union européenne

200. Cette prise en compte de l'état de santé émane notamment de la directive 2013/33[597], dont l'article 21 prévoit que pour l'instruction des demandes d'asile, les États membres doivent tenir « *compte de la situation particulière des personnes vulnérables, telles que les* […] *personnes ayant des maladies graves,* [et] *les personnes souffrant de troubles mentaux* […] ». Ce nouveau mode de protection vient une nouvelle fois illustrer la fragmentation à laquelle est sujette le statut de l'étranger gravement malade, ici appréhendé sous le prisme de la vulnérabilité, après le groupe social, la protection subsidiaire et le risque de traitements inhumains et dégradants.

201. À cette prise en compte de la vulnérabilité s'ajoute une protection par la maladie du demandeur d'asile faisant l'objet d'une procédure dite « Dublin »[598] visant à déterminer l'État membre responsable de sa demande. Depuis un arrêt du 16 février 2017[599], la CJUE considère que « *dans des circonstances dans lesquelles le transfert d'un demandeur d'asile, présentant une affection mentale ou physique particulièrement grave, entraînerait le risque réel et avéré d'une détérioration significative et irrémédiable de son état de santé, ce transfert constituerait un traitement inhumain et dégradant* » au sens de l'article 4 de la Charte des droits fondamentaux

596 Sur la « double demande » d'asile et de séjour pour soins, voir *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre X.

597 Article 21 de la directive 2013/33/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *établissant des normes pour l'accueil des personnes demandant la protection internationale (refonte*). Voir également directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 relative *à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale*, dont l'article 31 prévoit que : « *les États membres peuvent donner la priorité à l'examen d'une demande de protection internationale dans le respect des principes de base et des garanties fondamentales visées au chapitre II, notamment :* (…) *b) lorsque le demandeur est vulnérable au sens de l'article 22 de la directive 2013/33/UE* (…) ». Sur la procédure Dublin, voir notamment F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers,* PUF, coll. « Thémis droit », 2015, pp. 378-385 ; E. Saulnier-Cassia, « La directive 2013/33/UE : la réforme de l'''accueil'' des ''personnes demandant la protection internationale'' dans un État membre de l'Union européenne », *RTD eur.* 2016. p. 43.

598 Règlement européen n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, dit « Dublin III ».*

599 CJUE, 16 février 2017, *C.K, H.F, A.S., contre Slovènie*, Aff. C-578/16 PPU. Cet arrêt a été pris par la CJUE dans le prolongement de l'arrêt *Tarakhel c. Suisse* rendu par la CEDH rendu le 4 novembre 2014, *préc.*

de l'UE[600]. Bien que selon le principe de confiance mutuelle, « *il existe une forte présomption que les traitements médicaux offerts aux demandeurs d'asile dans les États membres seront adéquats* »[601], la Cour a souligné, contrairement à son avocat général[602], le caractère réfragable de cette présomption, en précisant que « *pour certaines affections sévères et spécifiques, un traitement médical approprié soit disponible uniquement dans certains États membres* »[603].

202. L'indisponibilité du traitement médical approprié dans l'État de renvoi peut constituer une barrière à une réadmission, au même titre que les « *défaillances systémiques* » d'accueil des demandeurs d'asile telles que constatées dans l'arrêt *M.S.S. contre Belgique et Grèce*[604]. Dans cet arrêt, la Cour EDH a renforcé les obligations incombant aux États dans l'accueil et l'hébergement des demandeurs d'asile, en soulignant que « […] *l'obligation de fournir un logement et des conditions matérielles décentes aux demandeurs d'asile démunis fait à ce jour partie du droit positif* »[605], la privation de telles conditions matérielles du demandeur d'asile pouvant constituer une violation de l'article 3 de la CESDH[606]. Désormais, chaque État membre se voit imposer deux obligations cumulatives dans le cadre du règlement « Dublin » : d'une part, celle de s'assurer que l'État de renvoi respecte le principe de non-refoulement vers un État tiers, et d'autre part, que cet État « *offre un traitement au demandeur d'asile conforme à l'article 3* [de la CESDH] *durant l'examen de sa demande* »[607]. Dans le cas des étrangers gravement malades, il s'agit de ne pas priver de « perte de chance » médicale les personnes visées par une procédure de renvoi au titre du règlement « Dublin », afin d'éviter qu'elles ne soient transférées vers un État ne pouvant leur garantir la disponibilité des soins nécessités par leur état de santé. *In fine*, si la disponibilité des soins nécessaires à l'état de santé du requérant dans le pays d'accueil n'est pas intrinsèquement une obligation matérielle d'accueil, elle le devient négativement, dès lors que le transfert de la personne entre deux États membres de l'Union européenne risquerait d'entraîner des conséquences graves pour sa santé.

600 Relatif à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.
601 CJUE, *C. K. et a. c. Slovènie*, préc. §70 ; voir, par analogie, CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. e.a.*, C-411/10 et C-493/10, §§ 78, 80 et 100 à 105.
602 Concl. de l'avocat général M. Evgeni Tanchev du 9 février 2017 sur CJUE, 16 février 2017, *C.K, H.F, A.S., contre Slovènie*, aff. C-578/16.
603 *C. K. et autres contre Slovènie*, précité, §72 ; lire également CJUE, *N.S.,* 21 décembre 2011, C-411/10.
604 *M.S.S. c. Belgique et Grèce*, préc., §§253-263.
605 *Ibid*., § 250.
606 *Ibid.*, § 251. Sur l'application du règlement Dublin, voir *Tarakhel c. Suisse*, §104, préc.
607 H. Labayle, « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA*, n°2, 2011, p. 273.

203. À cette indisponibilité des soins la CJUE ajoute, tout comme le Comité des droits de l'Homme[608], le risque de traitements inhumains ou dégradants suscités par le transfert en lui-même en raison de l'état de santé particulièrement grave, et ce, indépendamment de la disponibilité des soins dans le pays de renvoi[609]. Pèsent ainsi deux obligations positives sur les États membres : celle de fournir « *les soins médicaux et l'assistance médicale nécessaires comportant, au minimum, les soins urgents et le traitement essentiel des malades et des troubles mentaux graves* »[610], conformément à la directive « accueil »[611], et celle « *d'éliminer tout doute sérieux concernant l'impact du transfert sur l'état de santé de l'intéressé* »[612]. Dans le cas où l'État « *s'apercevait que l'état de santé du demandeur d'asile concerné ne devrait pas s'améliorer à court terme, ou que la suspension pendant une longue durée de la procédure risquerait d'aggraver l'état de l'intéressé* »[613], il pourrait faire usage de la clause discrétionnaire[614] et examiner lui-même la demande d'asile, mais il ne s'agit pas d'une obligation. En tout état de cause, le demandeur d'asile « dubliné » gravement malade bénéficie désormais d'une garantie particulière contre un renvoi vers un autre État membre de l'Union européenne, à raison du risque pour sa santé du fait du transfert ou de l'indisponibilité des soins dans le pays de renvoi, ce qui constitue une forme d'individualisation des défaillances systémiques, la garantie de soins médicaux et psychologiques faisant partie des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile[615].

204. La prise en compte de l'état de santé du demandeur d'asile se manifeste donc à deux égards : par le prisme de la vulnérabilité en raison de l'état de santé, qui justifie une procédure d'évaluation plus « attentionnée » de la part des autorités, et par le prisme du risque de traitements inhumains et dégradants, qui protège le demandeur d'asile dubliné le temps de l'instruction de sa demande, qui plus est de manière autonome, car « *indépendamment de toutes défaillances systémiques dans les conditions d'accueil de l'État*

608 Voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.
609 *C. K. et autres contre Slovènie*, préc., §§ 73 - 74.
610 *Ibid.*, §70
611 Dir. 2013/33/UE préc. ; CJUE, 27 septembre 2012, *Cimade & Gisti*, C-179/11. Lire notamment M.-L. Basilien-Gainche, « Obligations d'octroi des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile "dublinés" » *in* Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 2 octobre 2012, https://revdh.wordpress.com/2012/10/02/droit-dasile-conditions-minimales-daccueil-aux-demandeurs-dasile-dublines/
612 CJUE, *C. K. et a. c. Slovènie*, préc., §76.
613 *Ibid*., §88.
614 Article 17 du règlement « Dublin III ».
615 CEDH, *M. S. S. c. Belgique et Grèce*, préc., §84.

responsable de la demande »[616]. Se développe ainsi ces dernières années une forme de pathologisation des conditions d'accueil des demandeurs d'asile[617], et ce concomitamment à l'évolution de la jurisprudence de la Cour EDH à l'égard des étrangers gravement malades[618] : l'appréhension de l'état de santé des étrangers par le droit européen apparaît de plus en plus prononcée.

205. Conclusion du Chapitre 2. L'appréhension du statut de l'étranger gravement malade par le droit international et européen est relativement récente, les premiers cas datant de 1990 – et de seulement 2015 pour la CJUE. La jurisprudence des divers organes juridictionnels internationaux laisse apparaître une réticence à protéger l'étranger en raison de son état de santé en raison du caractère éminemment sensible d'une telle protection. Ce n'est que progressivement, au fil du dialogue des juges, qu'une protection par médiation du risque de traitement inhumain et dégradant s'est développée : bien qu'elle soit quasi inexistante en droit international, et que la position historiquement restrictive de la Cour EDH ait empêché toute consécration, cette dernière commence à se dessiner. La protection par double ricochet vient ainsi pallier les lacunes de la protection du droit à la santé en droit international et européen. La Cour EDH faisant figure de référence pour les organes internationaux et régionaux de protection que sont le CDH, le CAT, et la CJUE, l'évolution jurisprudentielle suscitée par l'arrêt *Paposhvili* marque indéniablement le pas vers une dynamique de reconnaissance de l'état de santé de l'étranger. Mais la construction de ce statut est révélatrice des tensions qu'il suscite, comme en atteste la mobilisation récurrente d'arguments de nature politique ou économique par les juges de la Cour EDH pour cantonner strictement la protection conventionnelle. La reconnaissance d'un tel statut est en effet souvent perçue, en filigrane, comme une immixtion dans la prérogative étatique de maîtrise des flux migratoires.

206. En définitive, si les standards fixés par le droit international et européen restent moins protecteurs que le droit français, c'est parce que, tout comme ce dernier, les organes de

616 C. Pouly, « Système Dublin : pas de transfert en cas d'affection physique ou mentale grave », *Dictionnaire Permanent du Droit des étrangers*, Éditions législatives, 1er mars 2017.

617 Lire notamment M-L. Basilien-Gainche, S. Slama, « Implications concrètes du droit des demandeurs d'asile aux conditions matérielles d'accueil dignes », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 mars 2014. URL : http://revdh.revues.org/607

618 Voir *infra*.

contrôle internationaux font primer, lorsqu'ils ont à mettre en balance la protection de la santé de l'étranger avec l'objectif de maîtrise des flux migratoires, le second sur le premier ; et ce, même lorsqu'est en cause un droit si absolu que la prohibition des traitements inhumains ou dégradants. Le statut juridique de l'étranger gravement malade est à cet égard symptomatique de la condition juridique de l'étranger, « *de sa précarité* »[619] : même l'un des droits les plus absolus peut être remis en cause au nom de prérogatives régaliennes. La temporalité de sa (relative) catégorisation par le droit européen met une nouvelle fois en évidence une particularité des malades : ce n'est qu'en 2017 qu'une protection par la maladie se dessine alors que, de longue date, les étrangers se voient reconnaître d'autres droits, notamment liés à leur vie privée et familiale[620].

207. Ce particularisme peut s'expliquer par une réticence à reconnaître des droits dont l'appréciation dépend de critères propres au pays d'origine (tels que le système de santé), contrairement à d'autres motifs de protection, tels que la vie privée qui s'apprécie au regard des liens tissés au sein du pays de résidence. Ces réticences traduisent une précaution de la part des juges européens visant à ne pas s'immiscer dans la marge nationale d'appréciation des États. Autrement dit, les réserves à reconnaître indirectement un droit subjectif à la protection de la santé de l'étranger s'expliquent par la volonté de ne pas empêcher les États « *d'instrumentaliser le droit objectif* » des étrangers[621]. Car comme l'indique Danièle Lochak, « *reconnaître aux étrangers les droits dont ils peuvent se prévaloir, c'est entraver d'autant la liberté des autorités d'accueil, gêner l'administration dans la mise en œuvre d'une politique d'immigration conforme aux intérêts du pays hôte ; délesté des droits subjectifs, en revanche, le droit peut devenir – et devient effectivement – un instrument efficace entre les mains de ceux qui en ont la maîtrise* »[622].

619 D. Lochak, *Les droits de l'Homme,* Paris, La Découverte, « Repères », 2018, p. 103.

620 Comme le souligne Tatiana Gründler, « *la Cour européenne des droits de l'Homme a très tôt reconnu que les mesures de police prises à l'encontre d'un étranger ayant des attaches familiales dans le pays de résidence pouvaient porter atteinte au droit au respect de la vie familiale reconnu par l'article 8* ». C'est en effet le cas depuis 1985 avec l'arrêt *Abdulaziz, Cabales, et Balkandali* précité, *in* T. Gründler, « Une Europe protectrice ? », préc.

621 D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 211. Selon l'auteure, « *l'instrumentalisation de la règle de droit, qui, de sujet de droit, transforme l'étranger en simple objet d'une réglementation qui le dépasse, n'est pas seulement sensible dans l'ordre juridique interne, mais tout autant dans l'ordre juridique international* ».

622 *Ibid.*, p. 208.

208. Ces réticences à reconnaître un statut à l'étranger en raison de son état de santé se retrouvent également au sein des sources constitutionnelles en droit interne, qui aboutissent, en effet, à un cadre juridique peu contraignant pour le législateur et l'administration.

Chapitre 3 : Une protection fragile en droit interne

209. L'analyse de la catégorisation de l'étranger malade en droit interne – et la mise en lumière de sa fragile protection – nécessite une étude des normes constitutionnelles, législatives, et jurisprudentielles. Historiquement, le juge administratif et le législateur ont été les premiers à consacrer une protection contre l'éloignement et un droit au séjour spécifiques à l'étranger malade. La protection législative est venue s'ajouter à celle issue de la jurisprudence administrative. Cette dernière a en effet précédé le législateur en la matière, et a par la suite renforcé de manière diffuse la protection légale. L'étude de la consécration d'un statut à l'étranger gravement malade par le droit national révèle ainsi que la protection par médiation[623] de sa santé ne puise que très relativement ses sources dans le droit conventionnel et constitutionnel. Si le législateur ne s'appuie aucunement sur ces dernières lorsqu'il adopte ce statut légal en 1997 et 1998, le juge administratif s'y réfère davantage pour, *in fine,* créer un statut autonome (Section 1).

210. Les dispositions de droit constitutionnel[624] susceptibles de concerner directement l'étranger gravement malade peuvent, quant à elles, être classées en deux catégories : la première est relative à la protection de la santé individuelle. Celle-ci est garantie par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité, prévoyant que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* (...) ». La seconde catégorie est relative aux sources constitutionnelles propres aux étrangers. Mais la Constitution ne comportant « *quasiment aucune disposition portant sur le statut juridique des étrangers* »[625], c'est par la voie jurisprudentielle que le Conseil constitutionnel a esquissé depuis la fin des années quatre-vingt un « *statut constitutionnel* » des étrangers[626]. Les premières garanties dégagées pour ces derniers ont pu susciter quelques espoirs pour leur protection, mais ceux-ci se sont estompés au fil des décisions, dans lesquelles le Conseil met en balance l'objectif de valeur

623 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 153 : « *fait d'offrir, par l'intermédiaire d'un droit fondamental, une garantie juridique à un droit non consacré* ».

624 L'étude du droit constitutionnel après l'étude de la loi et de la jurisprudence administrative nous est apparue pertinente sur le plan historique, le statut légal et jurisprudentiel de l'étranger malade étant plus ancien.

625 E. Millard, « La Constitution ignore les étrangers », *Plein droit*, n° 94, octobre 2012.

626 D. Turpin, « Le statut constitutionnel de l'étranger », *L.P.A.*, 15 mars 1991, pp.13 et s. ; B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA,* 1993, pp. 871-901.

constitutionnelle de maîtrise des flux migratoires[627] avec d'autres droits et libertés fondamentaux. C'est ainsi qu'il a notamment considéré que l'objectif de protection de la santé publique, de valeur constitutionnelle, était susceptible de justifier une restriction au droit à la vie privée et familiale des étrangers[628]. Il n'a ainsi pas, à proprement parler, reconnu de statut constitutionnel spécifique aux étrangers gravement malades, laissant une marge de manœuvre conséquente au législateur, révélant ainsi le faible encadrement constitutionnel de ce statut – comparé au droit d'asile ou à celui de vivre en famille – et, partant, sa fragilité (Section 2).

Section 1 : Le statut légal et jurisprudentiel de l'étranger gravement malade

Section 2 : L'absence de statut constitutionnel de l'étranger gravement malade

627 Sur cet objectif, lire notamment J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 70.

628 CC, Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, *préc.*, §70 : « *Considérant qu'il résulte de cette disposition que les étrangers dont la résidence en France est stable et régulière ont, comme les nationaux, le droit de mener une vie familiale normale ; que ce droit comporte en particulier la faculté pour ces étrangers de faire venir auprès d'eux leurs conjoints et leurs enfants mineurs sous réserve de restrictions tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle ; qu'il incombe au législateur tout en assurant la conciliation de telles exigences, de respecter ce droit* ».

SECTION 1. LE STATUT LÉGAL ET JURISPRUDENTIEL DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE

211. L'édification du statut juridique de l'étranger gravement malade par les normes infra-constitutionnelles nationales s'est d'abord faite par l'intermédiaire de la jurisprudence administrative, puis de la loi. Le juge administratif a ainsi dégagé un statut prétorien à l'étranger gravement malade à la fois précurseur et autonome par rapport au statut légal (§1). Les garanties dégagées par le juge administratif ont été complétées par le législateur à partir de 1997, en lui reconnaissant un véritable statut légal (§2).

§1. UNE PROTECTION PRÉTORIENNE PRÉCURSEUSE ET AUTONOME DU STATUT LÉGAL

212. Étant amené à statuer sur des recours exercés par des personnes faisant l'objet de mesures d'éloignement auxquelles sont opposées des raisons de santé, le juge administratif a été amené à ériger une protection indépendante de la protection légale, et complémentaire à celle-ci, faisant de lui le premier garant de ce statut (A). En parallèle, le même juge administratif a développé une protection de l'étranger gravement malade par médiation fondée sur la liberté personnelle, et autonome par rapport à celle du CESEDA (B).

A. Le juge administratif, premier garant du statut juridique de l'étranger malade

213. Préfigurant le régime législatif, le juge administratif a protégé dès 1990 l'étranger gravement malade contre l'éloignement, caractérisant ainsi une protection prétorienne, toutefois très relative (1). En plus d'avoir impulser la *catégorisation* de l'étranger en raison de son état de santé, le juge administratif a également complété en 2010 le cadre juridique défini par le législateur, contribuant ainsi à renforcer ce statut juridique en droit interne. Cette protection a néanmoins été de très courte durée, le législateur l'ayant neutralisé en réformant le statut légal de l'étranger, illustrant ainsi le fait que le statut de l'étranger gravement malade se trouve exposé à la majorité parlementaire (2).

1. 1990 : une protection prétorienne préfigurant la protection légale

214. Par son arrêt d'assemblée *Olmos-Quintero*[629], le Conseil d'État a pour la première fois introduit la prise en compte des « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* » dans le contrôle du juge administratif sur la mesure d'éloignement, permettant d'intégrer l'état de santé à l'examen des conséquences sur la situation personnelle de la personne étrangère faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, susceptible de révéler une erreur manifeste d'appréciation. Cette « *subtilité terminologique* » supplémentaire[630] est alors assez récente en droit des étrangers, puisque le Conseil d'État l'utilise pour la première fois en matière de police des étrangers en 1975[631]. Dès 1990, le Conseil d'État avait ainsi introduit les premières fondations d'une protection juridique de l'étranger gravement malade.

215. Cette protection prétorienne est basée sur un examen casuistique, aucune évaluation médicale n'ayant été prédéfinie : il s'agit pour l'administration et le juge administratif d'évaluer chaque situation au cas par cas, les garanties procédurales en matière de protection du secret médical variant d'un département à l'autre en l'absence d'harmonisation nationale du dispositif avant 1997[632]. Cette protection prétorienne est d'autant plus relative qu'elle se cantonne, tout comme la Cour EDH jusqu'à récemment[633], au risque suscité par le transfert en lui-même, car « *si un état de santé défectueux n'interdit pas par principe l'éloignement de l'étranger en situation irrégulière, lorsque l'exécution de la mesure de reconduite est de nature*

629 CE, 29 juin 1990, n° 115687. Voir également les arrêts *Babas* et *Belgacem* : CE, 19 avril 1991, n° 107470 & 117680. À ce sujet, lire notamment R. Abraham, « La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement d'étrangers. Conclusions », *RFDA*, 1991, pp. 497-510 ; F. Julien-Laferrière, « Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA,* 1991, p. 551 ; X. Prétot, « Application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA*, 1991, p. 741 ; D. Turpin, « Expulsion des étrangers et vie familiale », *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 677-693. Pour un autre exemple de jurisprudence, voir CE, 11 octobre 1991, n° 125193 : « *Considérant, toutefois, qu'il appartient au préfet, même dans ce cas, de vérifier si la mesure de reconduite ne comporte pas de conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de l'intéressé ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment du rapport d'expertise médicale ordonné par le conseiller délégué par le tribunal administratif de Nice et déposé le 19 mars 1991, que M. X..avait été victime le 11 mars 1991 d'un accident ayant entraîné des blessures dont la gravité nécessitait des examens et des soins médicaux complémentaires ; que la reconduite à la frontière de M. X..comportait ainsi, à la date à laquelle a été prise la décision attaquée, des risques sérieux pour la santé de l'intéressé ; que, par suite, en ordonnant la reconduite à la frontière de M. X... par un arrêté susceptible d'application immédiate, le Préfet des Alpes-Maritimes a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences de cette mesure sur la situation personnelle de l'intéressé* ».

630 D. Lochak, *Étrangers : de quel droit ?, op. cit.*, notamment pp. 222 et suivantes sur le contrôle juridictionnel des expulsions.

631 CE, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/Pardov*, n° 94108.

632 Sur ce sujet, voir *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

633 Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

à compromettre gravement la santé de l'étranger, elle ne doit pas être édictée »[634]. L'arrêt du 20 septembre 1990 l'illustre d'ailleurs, le Conseil d'État se prononçant au regard de la capacité à voyager. Il estime « *qu'il appartenait au préfet de la Corrèze de s'assurer, que la mesure de reconduite ne comporte pas de conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle ou familiale de l'intéressé* ». Il considère toutefois au vu « *des pièces du dossier, et notamment d'un certificat médical produit par Mme X que celle-ci ne pouvait, à la date de la décision attaquée, supporter un voyage sans danger en raison de son état de grossesse* »[635].

216. Si plusieurs annulations d'arrêtés d'éloignement ont été prononcées par des juges administratifs[636], l'impact de cette jurisprudence sur la pratique de l'administration est cependant relatif. La protection semble alors n'être octroyée qu'« *aux cas les plus dramatiques* »[637], et les annulations fondées sur la jurisprudence *Olmos-Quintero s*ont « *rarissimes* »[638]. Ce caractère limité est accentué par les instructions de l'époque du ministère de l'Intérieur aux préfectures qui, comme l'expose Danièle Lochak, incitent ces dernières à apprécier strictement les risques encourus en cas de renvoi, eu égard aux issues des actions contentieuses[639].

2. 2010 : Une consolidation prétorienne par la prise en compte de l'accessibilité des soins dans le pays de renvoi

217. Les deux arrêts les plus emblématiques relatifs au contentieux de la protection contre l'éloignement et du droit au séjour pour soins ont été rendus le même jour par le Conseil d'État : il s'agit des arrêts de section dits *Jabnoun*[640] et *Bialy*[641]. Par leur biais, le Conseil d'État a consacré « *la lettre et l'esprit des textes légaux et réglementaires garantissant aux étrangers gravement malades résidant en France une protection effective contre toute rupture de la*

634 F. Mallol, « Dignité de la personne, protection de la santé et reconduite à la frontière », *RDSS*, 1997, p. 204 .
635 CE, 20 septembre 1990, n° 117839.
636 Voir par exemple CE, 5 février 1996, n° 157208 ; CE, 13, mai 1996, n° 167634.
637 F. Mallol, « Dignité de la personne, protection de la santé et reconduite à la frontière », *op. cit.*
638 D. Lochak, « Les mystifications du 22 bis », *Plein droit* n° 28, septembre 1995.
639 *Ibid*. Selon le ministère de l'Intérieur, « *l'analyse de ces décisions permet d'observer que le Conseil d'État* […] *adopte en matière de reconduite à la frontière une attitude de stricte légalité qui le conduit à s'écarter des solutions d'opportunité parfois retenues par les juges du premier degré. Cette jurisprudence* […] *doit vous conforter dans l'utilisation, avec de bonnes chances de succès, de la voie de l'appel contre les jugements défavorables à l'administration* ».
640 CE, sect., 7 avril 2010, n° 301640.
641 CE, sect., 7 avril 2010, n° 316625.

continuité des soins »[642]. Il considère que « *lorsque le défaut de prise en charge médicale risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé* », l'autorité administrative ne peut légalement « *décider l'éloignement de l'étranger* » ou *« envisager de refuser la délivrance d'un titre de séjour qui en fait la demande* » sans vérifier préalablement, au vu de l'avis médical prévu par la procédure, « *s'il existe des possibilités de traitement approprié de l'affection dans le pays* [en cause] ». Mais, et c'est là l'un des apports notables, « *si de telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* », l'autorité administrative devra apprécier « *si l'intéressé peut ou non bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* ». Autrement dit, il ne suffit pas que le traitement médical nécessité par l'état de santé de l'étranger existe dans son pays d'origine. Il faut, en plus, qu'il puisse y accéder concrètement.

218. Avant ce revirement, le Conseil d'État refusait de prendre en compte la question de l'accessibilité géographique ou financière, estimant que « *la circonstance que la situation financière de l'étranger malade serait difficile n'est pas à elle seule de nature à entacher d'illégalité la mesure d'éloignement* »[643]. Comme le relève le rapporteur public Mattias Guyomar dans ses conclusions[644], la question de l'accessibilité ne constitue pas, avant cet arrêt, une condition de la légalité du refus de séjour ou de la mesure d'éloignement. Le Conseil d'État se contente de vérifier « *l'existence de structures médicales de nature à permettre à l'étranger de recevoir un traitement approprié dans son pays d'origine* » sans se « *préoccuper de la question de savoir s'il* [le requérant] *pourra, une fois sur place, concrètement en bénéficier, tant sur le plan financier que géographique* »[645]. La juridiction administrative portait simplement une attention particulière à la disponibilité de l'offre de soins dans le

642 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 A* n° 29, 19 juill. 2010, p. 2238 ; J. Morri, « Protection comparée du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit au séjour pour raisons médicales : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux », *in* D. Roman (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, CREDOF, 14-15 juin 2010 (http://droits-sociaux.u-paris10.fr/), p. 341 et s.

643 Voir par exemple CE, 14 décembre 2005, n° 275214.

644 M. Guyomar, Conclusions sous CE, sect., 7 avril 2010, n° 301640 & 316625.

645 *Ibid*., p. 6.

pays d'origine de la personne concernée[646]. Comme le souligne Johann Morri, cette ligne jurisprudentielle « *extrêmement minimaliste* »[647] a fait l'objet, de 1997 à 2010, d'un consensus sans même « *que cette question ait jamais été soumise à une formation solennelle du Conseil d'État ou ait fait l'objet d'une décision publiée* », « *la jurisprudence était constante pour s'en tenir à la disponibilité théorique des soins et pour écarter le critère des ressources* »[648].

219. Avant ces arrêts, le Conseil d'État établissait une protection des étrangers malades « *par un dispositif à deux étages qui conduit l'autorité administrative à prendre parti, sous le contrôle du juge, en premier lieu, sur la nécessité de suivre un traitement puis sur la disponibilité de ce traitement approprié dans le pays de renvoi* »[649]. Cette évolution jurisprudentielle découle, comme l'a relevé le rapporteur public, de la lettre de la loi. Se référant aux termes « *sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* », la section du Conseil d'État suit l'interprétation littérale de son rapporteur public qui relève le fait que le législateur a « *véritablement entendu traduire, en droit positif, la pratique des préfectures* »[650]. Et cette dernière consistait, comme le décrivait le ministère de l'Intérieur lors de la séance parlementaire du 19 décembre 1996, à vérifier « *qu'il n'y a pas, dans le pays où serait renvoyé l'individu, des structures sanitaires et sociales permettant la poursuite du traitement. S'il n'en existe pas, nous ne réexpédions pas l'individu en question* ». Par ces arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, le Conseil d'État consacre donc ce double contrôle de la disponibilité des soins et leur accessibilité. Il s'est par ailleurs écarté des conclusions de son rapporteur public pour intégrer dans l'évaluation de l'accessibilité les dimensions géographiques et sociofamiliales, Matthias Guyomar considérant que ces critères allaient au-delà de la protection voulue initialement par le législateur. Cette évolution jurisprudentielle était pressentie comme ne devant pas « *modifier substantiellement l'équilibre du dispositif* »[651], et n'avoir qu'un effet limité en termes statistiques[652], comme cela sera évoqué ultérieurement[653].

646 K. Michelet, « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière : un droit en perte d'effectivité », *RDSS,* 2011, p. 1108.
647 J. Morri, « Protection comparée du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit au séjour pour raisons médicales (…) », préc., p. 356.
648 *Ibid.*, p. 355.
649 M. Guyomar, Conclusions préc., p. 2.
650 *Ibid.*, p. 8.
651 B. Demagny, S. Slama, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins (…) », préc.
652 M. Guyomar, Conclusions préc., p. 13.
653 Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

220. Ainsi, par ces arrêts, le Conseil d'État intègre à la procédure la nécessité de vérifier *in concreto* l'effectivité de l'accès aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi du demandeur, car les travaux préparatoires de la loi du 24 avril 1997[654] ne laissent « *nullement penser que les parlementaires ont voulu se satisfaire d'une protection abstraire qui ne prendrait pas en compte les conditions concrètes d'accès aux soins dans les pays de renvoi* »[655]. De fait, ce revirement jurisprudentiel a clairement contribué à rendre, du moins théoriquement[656], plus effective l'évaluation médicale des demandes de protection contre l'éloignement et de titre de séjour effectuée par l'administration, et le contrôle exercé sur les décisions de cette dernière par le juge administratif. À cet égard, il peut être considéré qu'il a contribué à consolider le statut de l'étranger gravement malade, en objectivant l'évaluation effectuée pour apprécier si une personne peut être considérée, ou non, comme relevant des dispositifs légaux de protection et de régularisation pour soins. Mais cette consolidation reste illusoire, le Conseil d'État ayant procédé à ce revirement tout en sachant que son impact serait « *faible* »[657], car selon son rapporteur public, les statistiques démontrant que le principal verrou au dispositif reste la condition relative aux « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* »[658]. Ce point est cependant à relativiser, comme il le sera exposé ultérieurement[659].

221. Mais les effets de cette évolution n'ont été que de très courte durée, car la loi dite « Besson » du 16 juin 2011[660] est venue remplacer le critère du bénéfice effectif du traitement approprié dans le pays d'origine par celui, plus restrictif, de « *l'absence de traitement approprié* ». Thierry Mariani[661], rapporteur de la loi à l'Assemblée nationale à l'origine de l'amendement proposant cette modification, a critiqué la jurisprudence du Conseil d'État en

654 Voir *infra.*
655 C. Jardin, Concl. sur CAA Paris, 15 décembre 2006, n° 06PA00482.
656 Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
657 M. Guyomar, Conclusions préc., p. 13.
658 *Ibid.*, p. 13.
659 Les statistiques contentieuses semblent cependant révéler que les arrêtés de refus de séjour pris en application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy* sont davantage motivés par le fait que le demandeur aurait effectivement accès aux soins (54,1%). Dans 32 % des cas, ils sont motivés par le non-remplissage de la condition tenant aux conséquences d'une exceptionnelle gravité. Sur ce sujet, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1. Par ailleurs, comme le souligne J. Morri, « *c'est un argument rhétorique classique des commissaires du gouvernement que de montrer que l'évolution qu'ils proposent n'a qu'un impact limité...Il est rare, à l'inverse, qu'un commissaire présente une solution comme révolutionnaire, bouleversante ou hérétique. Cela dit, il n'est pas certain que les formations de jugement soient dupes de ce type d' ''euphémisation'', tant il est fréquent qu'une évolution présentée comme limitée ait, par la suite, des conséquences majeures* » *in* J. Morri, « Protection comparée du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit au séjour pour raisons médicales (…) », *art. préc.*, p. 345.
660 Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
661 Député alors membre de l'Union pour un mouvement populaire (UMP).

arguant que « *ce n'est pas aux juges d'en changer radicalement l'application* »[662]. Dès lors, la jurisprudence des arrêts *Jabnoun et Bialy* ne trouvait plus à s'appliquer, celle-ci découlant de l'évaluation médicale prévue par la loi « Chevènement » de 1998. Les débats parlementaires de la loi « Besson » révèlent d'ailleurs que la principale motivation de cette réforme est cette évolution jurisprudentielle du Conseil d'État, perçue comme étant trop favorable pour les étrangers par la majorité parlementaire[663]. Cette neutralisation de l'évolution jurisprudentielle par le fait du législateur vient conforter le constat selon lequel le statut de l'étranger gravement malade relève du législateur en dernier recours.

B. Le juge administratif, garant d'une protection par médiation autonome par le biais de la liberté personnelle

222. Si l'analyse de la jurisprudence administrative révèle la faible protection prétorienne de l'étranger gravement malade, elle dévoile également que le juge des référés est le premier acteur à consacrer pour la première fois le statut de l'étranger gravement malade. Il a en effet rattaché la protection contre l'éloignement au risque d'atteinte à la liberté personnelle garantie par la Constitution (1), dont il convient d'analyser l'étendue (2).

1. Le rattachement prétorien de la protection contre l'éloignement à la « *liberté personnelle* »

223. L'article L. 521-2 du Code de justice administrative[664] permet au juge administratif de déterminer les libertés fondamentales « *lui permettant soit de reprendre à son compte les droits et libertés dégagés par le juge constitutionnel, soit de s'en écarter totalement* »[665]. Le législateur n'ayant pas défini la notion de référé-liberté, il revient au juge « *le soin d'en déterminer le contenu. L'approche qui préside à l'appréhension de la notion est à la fois large, autonome, et casuistique* »[666]. Ainsi, pour qu'une norme soit éligible à la procédure de référé, elle « *doit revêtir un caractère fondamental, celui-ci étant regardé comme synonyme d'essentiel*

662 Assemblée nationale, CRI, 1ère séance le 28 septembre 2010, p. 6316, 2ème colonne, intervention de T. Mariani.

663 Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

664 « *Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures* ».

665 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 66.

666 O. Le Bot, *Le guide des référés administratifs et des autres procédures d'urgence devant le juge administratif*, Dalloz, 2017, p. 351 ; L. Favoreu, « La notion de liberté fondamentale devant le juge administratif des référés », *D.*, 2001. p. 1739 ; voir le dossier « Vingt ans de référé », *AJDA,* n° 25, 2020.

ou d'éminent »[667], ce qui est le cas, par hypothèse, de toutes les normes constitutionnelles, et de certaines normes infraconstitutionnelles. C'est en effet «*dans la catégorie, plus vaste et en continuelle expansion, des droits et libertés garantis par la Constitution ou par des conventions internationales qu'il faut rechercher le champ d'application du référé-liberté* »[668]. Il n'en reste pas moins que « *les libertés entrant dans le périmètre de sa protection* » sont « *nombreuses et les possibilités de saisine peu limitées* »[669].

224. Le Conseil d'État a estimé que le droit à la santé ne figure pas parmi les libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de justice administrative[670]. Mais cela n'empêche pas le juge des référés de prendre en considération certains droits relatifs à la santé, tel que le droit au respect de la vie[671], le droit du patient de consentir à un traitement médical[672], ou de ne pas subir un traitement qui serait le résultat d'une obstination déraisonnable[673]. C'est dans ce cadre que le juge des référés du Conseil d'État a été saisi en juin 2015 par une personne opposant son état de santé à l'exécution d'une mesure d'éloignement. Par une ordonnance du 11 juin 2015[674], il a considéré que lorsqu'un avis du médecin de l'ARS[675] défavorable à l'éloignement de la personne est rendu postérieurement au prononcé d'une obligation de quitter le territoire français, il incombe à l'autorité préfectorale de réexaminer la situation de la personne au regard de cet avis. Ce dernier est constitutif d'un élément nouveau rendant recevable l'exercice d'un référé-liberté. L'exécution de la mesure d'éloignement malgré cet avis est susceptible de porter une atteinte

667 O. Le Bot, *Le guide des référés administratifs (…)*, *op. cit*, p. 352.

668 M. Guyomar, P. Collin, « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'État juge d'appel », *AJDA*, 2001, p. 153.

669 X. Domino, « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 44, n° 3, 2014, pp. 35-47.

670 CE, 8 septembre 2005, n° 284803 ; M. Laudijois, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA,* 2006, p. 376 ; P. Wachsmann, « L'atteinte grave à une liberté fondamentale », *RFDA,* 2007, p. 58 ; M. Herzog-Evans, « Tabagisme passif : protéger la santé d'un détenu n'est pas une ''liberté fondamentale'' », *AJ pénal* 2005, p. 377 ; T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, n° 5, 2010, p. 835 ; P. Egéa, « Les formes constitutionnelles de la santé », *RDSS,* 2013, p. 31.

671 *Ibid.*

672 CE, 16 août 2002, *Mme Feuillatey*, n° 249552.

673 CE, 24 avril 2019, n° 428117 ; CE, 14 février 2014, n° 375081 (ordonnances relatives à l'affaire Vincent Lambert).

674 CE, réf., 11 juin 2015, n° 390704. L. Fermaud, « Le référé-liberté ouvert en cas de rétention administrative ou d'assignation à résidence », *AJDA*, 2015, pp. 2042-2047. Voir également analyse : N. Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 7 septembre 2015. URL : http://journals.openedition.org/revdh/1399 ; DOI : 10.4000/revdh.1399

675 Ou du service médical de l'OFII depuis la réforme du 7 mars 2016. Voir *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

grave et manifestement illégale à la « *liberté personnelle* » de la personne, dans la mesure où elle entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur son état de santé. La référence à la « *liberté personnelle* » permet ainsi au juge administratif de protéger indirectement un droit à la santé en référé liberté[676]. Le tribunal administratif de Limoges[677] a d'ailleurs caractérisé une telle atteinte, la personne requérante ayant été renvoyée malgré l'avis médical défavorable à cette mesure. Cette notion large implique également « *qu'un ressortissant étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement ne puisse être renvoyé dans un État pour lequel il existe des motifs sérieux et avérés de croire qu'il s'y trouverait exposé à un risque réel pour sa personne, et qu'un ressortissant français puisse se voir délivrer une carte d'identité* »[678].

225. Le juge des référés qualifie ainsi l'éloignement (ou le risque d'éloignement) d'une personne étrangère d'atteinte (ou de risque d'atteinte) à une « *liberté personnelle* »[679]. lors que la décision est exécutée sans prise en considération de l'avis médical prévu par la procédure[680] selon lequel l'état de santé de cette personne « *nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité* », et qu'il ne pourrait pas bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans son pays d'origine. Le risque pour la santé est dès lors intégré au risque d'atteinte à la liberté personnelle de l'étranger. La protection par médiation de l'étranger gravement malade contre l'éloignement est ainsi renforcée par cette jurisprudence : désormais, un référé-liberté peut être exercé contre une mesure d'éloignement dès lors qu'il produit un avis médical postérieur à l'édiction de celle-ci, si cet avis préconise le maintien en France. C'est cet avis qui caractérise le risque pour la liberté personnelle.

676 L'arrêt Bunel est le premier à intégrer la « liberté personnelle » dans le champ du référe-liberté, CE, 8 septembre 2005, *préc.* : « *que toutefois, entrent notamment dans le champ des prévisions de cet article le consentement libre et éclairé du patient aux soins médicaux qui lui sont prodigués ainsi que le droit de chacun au respect de sa liberté personnelle qui implique en particulier qu'il ne puisse subir de contraintes excédant celles qu'imposent la sauvegarde de l'ordre public ou le respect des droits d'autrui* ».

677 TA Limoges, réf., 25 juillet 2016, n° 1601062, 1601063 ; Voir notre analyse N. Klausser, « Expulsion illégale d'un étranger gravement malade : le juge des référés enjoint à l'État d'organiser son retour en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 20 octobre 2016. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2542 ; DOI : 10.4000/revdh.2542

678 D. Giltard, « Référés (Urgence) », *Répertoire de contentieux administratif*, octobre 2011. Les situations visées font référence aux ordonnances suivantes : CE, 14 janv. 2005, n° 276123 ; CE, ord., 26 avr. 2005, n° 279842.

679 CE, réf. 11 juin 2015, M. X., n° 390704.

680 Par l'article L. 511-4 10° du CESEDA.

2. L'effectivité de la protection prétorienne par le biais de la liberté personnelle

226. Pour évaluer l'impact de cette protection prétorienne sur la consécration du statut de l'étranger gravement malade, il convient de prendre en considération deux réserves, et une question.

227. La première réserve est relative à la loi, qui ne prévoit pas d'effet suspensif de la mesure d'éloignement lorsque le médecin prévu par la procédure est saisi pour avis. Ce défaut d'effet suspensif est ainsi susceptible de remettre en cause la protection quasi absolue pour raisons médicales, et l'effectivité de l'exercice du référé, la personne pouvant être renvoyée avant que l'avis du médecin de l'ARS ne soit rendu, ou désormais, du service médical de l'OFII. La seconde réserve est relative à l'issue de l'ordonnance : si certes, l'administration doit réexaminer la situation de la personne au regard de cet avis médical, elle n'est pas pour autant liée par ce dernier. Elle peut toujours refuser de protéger contre l'éloignement malgré l'avis médical favorable, si elle démontre que la personne peut avoir accès aux soins dans son pays d'origine, une pratique sur laquelle nous reviendrons.

228. La question, quant à elle, porte sur la nature de l'évaluation médicale : est-ce qu'un référé-liberté serait recevable et une atteinte à la liberté personnelle caractérisée dans le cas où l'avis médical rendu postérieurement à l'obligation de quitter le territoire français ne provient pas du médecin prévu par la procédure, mais d'un autre médecin faisant état des risques suscités par une mise à exécution de la mesure d'éloignement ? Au regard de la jurisprudence précitée, un tel référé pourrait être déclaré irrecevable, les juges des référés s'étant systématiquement appuyés sur le fait que les préfectures concernées n'avaient pas pris en considération les avis des médecins de l'ARS défavorables à l'éloignement rendus postérieurement à l'édiction de leurs arrêtés d'expulsion[681]. Mais il est également possible de retenir une interprétation plus souple de l'ordonnance du Conseil d'État, en considérant que l'avis médical n'est finalement « qu'un » élément nouveau parmi d'autres : selon cette interprétation, un rapport médical rédigé par un autre médecin pourrait tout aussi bien établir l'existence d'un risque pour la liberté personnelle dans le cadre d'un référé. En

681 L'ordonnance du Conseil d'État du 11 juin 2015 mentionne par exemple que « *cet avis du 4 mai 2015, qui a été porté à la connaissance du préfet des Pyrénées-Orientales, le 6 mai 2015, constitue, alors même qu'il ne la lie pas, un élément nouveau devant nécessairement conduire l'autorité administrative à réexaminer la situation de M. A... avant de procéder effectivement à son éloignement à destination de la Géorgie* ».

d'autres termes, tout dépend si l'élément médical produit par l'étranger est considéré comme un élément nouveau aux yeux du juge, que l'administration doit prendre en compte.

229. Par l'intermédiaire de la liberté personnelle, le juge administratif fournit ainsi aux étrangers gravement malades « *de précieuses alternatives* »[682] pour assurer leur protection par médiation. Elle concourt également à la reconnaissance du statut de l'étranger gravement malade en droit interne, tout en accentuant le phénomène de consécration par truchement, le statut de l'étranger gravement malade n'étant pas consacré directement par une seule et même norme fondamentale, mais par la médiation indirecte de la liberté personnelle, elle-même consacrée en tant que liberté fondamentale par le Conseil constitutionnel[683]. Il convient de relever le caractère tardif de cette protection par médiation, intervenue près de vingt ans après l'existence du droit au séjour pour soins et de la protection contre l'éloignement. En tout état de cause, cette protection par le prisme de la liberté personnelle permet une protection de l'étranger gravement malade autonome et indépendante par rapport aux dispositions du CESEDA qui lui sont applicables.

230. À cette protection prétorienne s'est ajoutée à partir de 1997 une protection légale, dont la teneur conforte le caractère précurseur et autonome des lignes dégagées par le juge administratif.

§2. La reconnaissance légale de l'étranger gravement malade : de la protection quasi absolue[684] contre l'éloignement au séjour de plein droit[685]

231. Le législateur concourt à la consécration du statut de l'étranger gravement malade en l'assortissant de garanties procédurales. Avant les lois dites Debré[686] et Chevènement[687], un étranger pouvait se prévaloir de son état de santé comme motif de régularisation ou

682 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 140.
683 Voir *infra.*
684 Gisti, « Etrangers, quel droit ? », *art. préc.*
685 Sur la notion de « plein droit », voir M. Tirel, *L'effet de plein droit*, Dalloz, Nouvelles bibliothèques de thèses, Vol. 178, 2018, 382 p. Bien que cette thèse aborde cette notion en droit privé – le droit des obligations – la grille d'analyse adoptée par l'auteure est transposable au droit public. Elle s'intéresse ainsi à la « *réalité de l'effet de plein droit* », pour en démontrer le « *mythe* ». Après avoir analysé les différents mécanismes du plein droit, l'auteure conclue que « *le régime du mécanisme de plein droit est introuvable, dès lors que l'effet juridique qui opère de plein droit s'analyse en réalité comme celui qui se produit par l'effet du droit* » (*Ibid.,* p. 329).
686 Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration.
687 Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

d'opposition à une mesure d'éloignement. En effet, dans son avis du 22 août 1996[688], le Conseil d'État, saisi dans le contexte de l'occupation de l'Église Saint-Bernard[689], considère que l'autorité administrative « *ne peut refuser le séjour et, par voie de conséquence, prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard des demandeurs, lorsque sa décision peut avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de ceux-ci. […]. Tel est notamment le cas lorsqu'est sérieusement en cause l'état de santé des intéressés* ». Mais l'évaluation de l'état de santé n'était pas strictement encadrée procéduralement, et des étrangers gravement malades pouvaient tout de même être éloignés[690], les préfectures procédant à une approche casuistique[691]. En définissant une procédure et certains standards, le législateur a défini un statut pour les étrangers gravement malades, en limitant le pouvoir discrétionnaire des préfectures.

232. La loi « Debré » vient ainsi modifier l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, en prévoyant que « *ne peuvent faire l'objet d'un arrêté d'expulsion* » en cas de menace grave à l'ordre public « *l'étranger résidant habituellement en France atteint d'une pathologie grave nécessitant un traitement médical dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* »[692]. L'année suivante, la loi « Chevènement » a complété le dispositif légal[693] en prévoyant la délivrance « *de plein droit* » d'une carte de séjour temporaire d'une année à l'étranger remplissant les conditions précitées, et ne représentant pas de menace à l'ordre public. Ces dispositifs ont subi quelques modifications au fil du temps, notamment par la loi du 16 juin 2011[694], mais sa rédaction actuelle est à quelques termes près[695] équivalente à celle initialement prévue, puisqu'elle vise « *l'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale*

688 Sur le contexte politique relatif à la saisine du Conseil d'État pour cet avis, voir T. Blin, « L'irruption des sans-papiers au sommet : Saint-Bernard », *L'invention des sans-papiers. Essai sur la démocratie à l'épreuve du faible*, T. Blin (dir.), PUF, 2010, pp. 77-115. Voir également J. Siméant, *La cause des sans-papiers,* Presses de Sciences Po, 1998, 512 p.

689 CE, avis du 22 août 1996, n° 359 622. D. Mandelkern, M. Guyomar, « Étrangers sans papiers. Commentaire sous CE, avis n° 359.622, 22 août 1996 », *in* Y. Gaudemet, B. Stirn, T. Dal Farra, F. Rolin (dir.), *Les grans avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, pp. 345-351.

690 B. Grosjean, « Aller simple vers la mort », *Libération*, 4 mars 1997.

691 Sur le traitement des étrangers gravement malades au cas par cas par les préfectures avant 1996, voir *infra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

692 Alinéa 8 de l'article 25 de ladite ordonnance, devenu depuis l'article L. 511-4 du CESEDA.

693 Prévu par l'article 5 du projet de loi, prévoyant de créer un article 12 *ter* 3°.

694 Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

695 Sur la différence terminologique, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié » (article L. 313-11 11° du CESEDA). Si la loi de 1997 visait l'étranger « *atteint d'une pathologie grave nécessitant un traitement médical* », la loi de 1998 a ensuite étendu la protection à l'étranger « *dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale* », permettant ainsi de cibler plus de situations médicales, telles que « *l'ensemble des moyens mis en œuvre pour la prise en charge globale de la personne malade (les médicaments, les soins, les examens de suivi et de bilan, etc*.) »[696]. D'un point de vue procédural, l'état de santé du demandeur de protection contre l'éloignement ou de titre de séjour était initialement évalué par « *le médecin inspecteur départemental de santé publique compétent au regard du lieu de résidence de l'intéressé et, à Paris, par le médecin, chef du service médical de la préfecture de police* »[697]. Depuis la réforme du 7 mars 2016[698], elle l'est « *au vu d'un avis émis par un collège de médecins à compétence nationale de l'Office français de l'immigration et de l'intégration* »[699].

233. Avec les créations successives de ces dispositifs par la loi, les étrangers gravement malades passent ainsi du cas par cas préfectoral à un statut légal de plein droit qui peut être qualifié de « renforcé » en raison du caractère « quasi absolu » de la protection contre l'éloignement, et « *de plein droit* » de la délivrance de la carte de séjour. La protection résulte du fait qu'un étranger gravement malade ne puisse faire l'objet d'une mesure d'éloignement « *qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un*

696 Comede, *Soins et accompagnement Migrants/étrangers en situation précaire*, 2015, p. 45. Pour un exemple d'opération, voir C. Cournil, « Quand un étranger souffrant d'une maladie grave ne peut pas être expulsé », *AJDA*, 2007, p. 1135.

697 Article R. 313-22 du CESEDA dans sa rédaction résultant de la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration.

698 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.

699 Article R. 511-1 du CESEDA, tel qu'issu de la loi du 7 mars 2016.

groupe de personnes »[700]. L'édiction du statut légal de l'étranger gravement malade à un tel seuil peut s'interpréter comme une volonté de lui conférer une protection renforcée.

234. Quant à la délivrance « *de plein droit* » de la carte de séjour pour raisons médicales, sa genèse provient du rapport remis par la mission Weil, afin d'inscrire dans la loi les évolutions de la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour EDH[701]. Elle contribue à renforcer le statut légal de l'étranger gravement malade en ce qu'elle suppose une limitation au pouvoir discrétionnaire de l'administration, cette dernière étant désormais tenue de prendre en considération l'avis médical rendu dans les conditions définies par l'article L. 313-11 11°, par lequel elle n'est cependant pas liée[702]. Pour ce qui est de la phase administrative, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire en ce qu'elle peut décider de refuser la délivrance d'une carte de séjour pour soins malgré l'avis médical allant en ce sens, car elle considère que la personne représente une menace pour l'ordre public. De même, si la personne ne remplit pas la condition de résidence habituelle[703], elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour décider

700 Article L. 521-3 5° du CESEDA. Sur ces réformes, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, et Partie 2, Titre 1, Chapitre 2. La conventionnalité d'une possibilité d'un renvoi pour ces comportements spécifiques pose d'ailleurs question au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) selon laquelle « *l'interdiction des mauvais traitements énoncée à l'article 3 est tout aussi absolue en matière d'expulsion* », aboutissant au principe selon lequel « *les agissements de la personne considérée, aussi indésirables ou dangereux soient-ils, ne sauraient entrer en ligne de compte* » (CEDH, 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, §80). La CEDH considérant désormais qu'il y a un risque de violation de l'article 3 si le renvoi de la personne emporte un risque de « *réduction significative de l'espérance de vie* » ou de « *souffrances intenses* » dues au défaut de soins (CEDH, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, préc.), la France s'expose à une condamnation de la part de la CEDH en cas d'application d'une mesure d'éloignement prise au titre de l'article L. 521-3 5° du CESEDA.

701 P. Weil, *Pour une politique de l'immigration juste et efficace*, La Documentation française, 1997, pp. 53-54 : « l*es catégories citées plus haut permettent de toucher une bonne partie des cas individuels entrant dans le champ de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH). Mais la portée des stipulations de cet article 8, notamment tel que le Conseil d'État l'interprète dans sa jurisprudence, est plus large. Certains étrangers, qui n'entrent pas dans les catégories précédentes, peuvent avoir des liens familiaux et personnels en France tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à leur droit au respect de leur vie privée et familiale une atteinte incompatible avec l'article 8 de la CEDH. C'est à leur intention que doit être crée une catégorie nouvelle ouvrant droit à la délivrance d'une carte de séjour temporaire. Il s'agit d'une catégorie résiduelle (les étrangers qui n'entrent pas dans les 5 catégories précédentes pourront y prétendre à titre subsidiaire) qui implique de la part de l'administration une capacité fine d'appréciation des situations individuelles* ». L'un des rapporteurs de ce rapport était Mattias Guyomar, rapporteur public des arrêts *Jabnoun* et *Bialy* de 2011, et juge des référés ayant rendu l'ordonnance du Conseil d'État du 11 juin 2015 (voir *supra*).

702 Si l'administration suivait dans la très grande majorité des cas l'avis rendu par le médecin inspecteur de santé publique, un changement de tendance a commencé à être observé à partir de l'année 2010. Sur ce sujet, voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.

703 Interprétée généralement comme une ancienneté de présence de plus d'une année sur le territoire, voir CAA Bordeaux, 6 avril 2010, n° 09BX02188 ; TA Lyon, 7 mai 2012, n° 1005360.

de délivrer, ou non, une autorisation provisoire de séjour[704]. En revanche, si les conditions légales du 12° bis 11° sont remplies, le préfet doit délivrer le titre demandé.

235. À partir de 1997-1998, le statut de l'étranger gravement malade est ainsi pleinement consacré par le législateur, car si « *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »[705], il existe désormais une règle de valeur législative assurant aux étrangers gravement malades une protection de caractère quasi absolue à ne pas être renvoyé, et un droit au bénéfice d'une carte de séjour « *de plein droit* ». La consécration de ce statut est ainsi à deux facettes : une véritable protection contre l'éloignement, car adossée partiellement sur le standard conventionnel de la CESDH, et une consécration relative du droit au séjour pour raisons médicales, dont le seul fondement repose sur la loi. En tout état de cause, le droit français accorde une protection plus étendue que la CESDH, les nouveaux critères de contrôle fixés par cette dernière restant plus restrictifs puisqu'ils visent le risque de « *réduction significative de l'espérance de vie* » ou de « *souffrances intenses* »[706], alors que le CESEDA se réfère à la notion plus large de « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* » induites par le défaut de prise en charge médicale[707].

236. Ces consécrations successives d'un statut à l'étranger malade par la loi et le juge administratif au cours des années quatre-vingt-dix ont été concomitantes à l'essor des saisines du Conseil constitutionnel en la matière. L'évolution de sa ligne jurisprudentielle n'a cependant pas pris le même chemin que celui des acteurs législatifs et juridictionnels, aucune protection spécifique de l'étranger gravement malade ne s'en dégageant.

704 L'article R. 313-22 du CESEDA prévoit que L'étranger mentionné au 11° de l'article L. 313-11 qui ne remplirait pas la condition de résidence habituelle peut recevoir une autorisation provisoire de séjour renouvelable pendant la durée du traitement.

705 CC, déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 2.

706 CEDH, GC, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, préc. Voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

707 N. Klausser, « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 02 février 2017. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2965 ; DOI : 10.4000/revdh.2965

SECTION 2. L'ABSENCE DE STATUT CONSTITUTIONNEL DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE

237. Bien que l'étranger soit « *le grand absent du texte constitutionnel de la Ve République* »[708], certains droits et libertés que la Constitution garantit le concernent nécessairement. La notion de « droit fondamental » a pour la première fois été utilisée en 1990 par le Conseil constitutionnel pour le droit des étrangers[709], sans pour autant « *l'accompagner d'une définition ou d'une liste exhaustive de droits* »[710]. L'appréhension par le droit constitutionnel de l'étranger gravement malade découle de sa double spécificité, constituée par son statut d'étranger et son état de santé. De prime abord, les normes pouvant le concerner apparaissent antinomiques de par les objectifs qu'elles poursuivent (d'un côté, la lutte contre l'immigration irrégulière ; de l'autre, la protection de la santé). L'appréhension du statut de l'étranger gravement malade nécessite alors une mise en balance de ces normes par le Conseil constitutionnel. Mais il ne ressort de sa jurisprudence aucune véritable protection constitutionnelle de l'étranger malade (§1). Dès lors, en l'absence de cadre constitutionnel contraignant, le législateur bénéficie d'une large marge dans la conciliation des différents objectifs auxquels renvoie ce statut (§2).

§1. L'ABSENCE DE PROTECTION CONSTITUTIONNELLE SPÉCIFIQUE DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE

238. L'étranger malade est pris en tenaille avec, d'un côté, l'objectif à valeur constitutionnelle de protection de l'ordre public, au sein duquel s'inscrit la maîtrise de l'immigration et de l'autre, l'objectif à valeur constitutionnelle (OVC) de protection de la santé, aboutit à la neutralisation du second (A). La conciliation opérée par le Conseil constitutionnel penchant tendanciellement en faveur de l'objectif de maîtrise de l'immigration, l'étranger gravement malade semble dépourvu de protection constitutionnelle (B).

708 F. Mélin-Soucramanien, « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? »,*in* E. Saulnier-Cassia, V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, Dalloz, 2009, p. 107.

709 CC, Décision n° 89-259 DC du 22 janvier 1990, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, cons. n° 33 ; 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*.

710 V. Champeil-Desplats, « La notion de droit ''fondamental'' et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, p. 323.

A. La neutralisation de l'OVC de protection de la santé par sa mise en balance avec la protection de l'ordre public

239. La neutralisation de l'invocation de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution au profit de la reconnaissance d'un statut pour l'étranger gravement malade témoigne de la « *déconstitutionnalisation* »[711] du droit à la santé des étrangers (1). Cette neutralisation s'observe également au regard de l'utilisation de l'objectif de protection de la santé publique, non pas pour assortir le droit des étrangers de garanties, mais pour le limiter (2).

1. La déconstitutionnalisation du droit à la santé de l'étranger

240. Cette déconstitutionnalisation est extériorisée par la mise en balance effectuée par le Conseil constitutionnel entre l'objectif de protection de la santé et celui de la maîtrise des flux migratoires (a). Ce phénomène est corroboré par l'interprétation de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 effectuée par le juge administratif, lorsque cette disposition est invoquée à l'appui d'un recours exercé contre un refus de titre de séjour pour soins ou de protection contre l'éloignement (b).

a) La conciliation de la maîtrise des flux migratoires avec l'objectif de protection de la santé individuelle

241. Selon l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* ». Le Conseil constitutionnel a érigé ce principe au rang de principe à valeur constitutionnelle dans sa décision relative à *loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires*[712]. Du fait de sa portée générale et du principe d'égalité, le bénéfice du droit à la santé *« ne semble en aucun cas pouvoir être dénié à l'étranger* »[713], qui peut prétendre au respect de ce droit fondamental, « *dont le bénéfice est indépendant de toute référence à la nationalité* »[714]. Selon le juge administratif Francis Mallol, la protection contre l'éloignement en raison de l'état de santé découle du principe fondamental de respect de la dignité de la personne tel qu'il est issu des

711 V. sur ce point, O. Lecucq, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers : processus de constitutionnalisation et de ''déconstitutionnalisation'' », *in* M. Reydellet (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges*, *L'Harmattan*, 2008, p. 163 et s.
712 CC, Décision n° 80-117 DC du 22 juillet 1980, *Loi sur la protection et le contrôle des matières nucléaires.*
713 K. Michelet, *Les droits sociaux des étrangers*, L'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2002, p. 185 et s.
714 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 37.

alinéas 10 et 11 du préambule de la Constitution de 1946[715], car « *la sauvegarde de la dignité de la personne inclut notamment la prévention contre toute forme de dégradation physique, psychologique ou morale, donc la protection de la santé* »[716].

242. Ainsi, bien que le Conseil constitutionnel ne se soit jamais prononcé sur la situation des étrangers au regard de cette disposition, ce principe semble *a priori* pouvoir fonder une base constitutionnelle à la protection de l'étranger gravement malade. Cependant, il vient se heurter à d'autres principes établis par la jurisprudence constitutionnelle, occultant cette disposition à l'égard de cette catégorie. Dans sa décision *Maîtrise de l'immigration*[717] de 1993, le Conseil a posé le principe directeur régissant le « statut constitutionnel » de l'étranger en France, selon lequel « *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »[718]. Par cette décision, il est constitutionnellement considéré que les pouvoirs publics sont en droit de « *mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il s'assigne* »[719] qu'il revient au législateur de déterminer, en vertu de l'article 34 de la Constitution. Dès lors, s'il existe un principe de valeur constitutionnelle selon lequel la Nation garantie à tous, donc aux étrangers, un droit à la protection de la santé, il n'est pas nécessairement synonyme de droit d'accès, de séjour ou de maintien sur le territoire national, la mise en balance des différents objectifs par le Conseil constitutionnel semblant en effet favoriser le principe de souveraineté et la marge du législateur. Ce dernier n'a pas eu besoin de se prêter au « *nécessaire effort de conciliation entre contrôle souverain de l'immigration* » et « *protection sanitaire et respect des droits fondamentaux* »[720], s'inscrivant ainsi dans le processus de « *déconstitutionnalisation* » affectant le droit des étrangers depuis plusieurs

715 En 1994, le respect de la dignité humaine est rattaché au 1er alinéa du Préambule de la Constitution de 1946. Voir CC, décision n° 94-343-344 DC du 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.* Voir B. Mathieu, « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA,.* 1994, p. 1019.

716 F. Mallol, « Dignité de la personne, protection de la santé et reconduite à la frontière », *op. cit.*

717 Déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993.

718 *Ibid*. cons. n°2.

719 *Ibid*.

720 J.-M. Delarue, « Les droits fondamentaux des étrangers », *in* T.-S. Renoux (Dir.), *Protection des libertés et droits fondamentaux*, Les notices de la Documentation française, 2007, notice n° 22.

années[721]. Une nuance pourrait être apportée à ce constat dans le cas où une loi supprimerait le droit au séjour et la protection contre l'éloignement pour raisons médicales[722].

b) Un objectif constitutionnel jugé inopérant devant le juge administratif

243. Contrairement au Conseil constitutionnel, le juge administratif a eu l'occasion de se prononcer à plusieurs reprises sur la situation des étrangers au regard de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, dans le cadre de recours exercés par des personnes étrangères faisant l'objet d'une décision de refus de titre de séjour pour soins[723], ou d'une demande de protection contre l'éloignement pour raisons médicales[724]. L'analyse de la jurisprudence administrative[725] illustre une appréciation assez variable des tribunaux et cours administratives d'appel lorsque cette disposition est invoquée par le requérant. Dans certains cas, les requérants invoquent ces dispositions, citées par les jugements dans le visa : il s'agit soit de la Constitution, citée de manière générale, ou du préambule de 1946 en lui-même[726], sans que ces jugements ne motivent leur décision en s'y référant directement. Lorsqu'elle y procède, la formation de jugement considère parfois que l'alinéa 10[727] du Préambule « *ne s'impose au pouvoir réglementaire, en l'absence de précision suffisante, que dans les conditions et les limites définies par les dispositions contenues dans les lois ou dans les conventions internationales incorporées au droit français ; que, par suite, M. X ne saurait utilement, pour critiquer la légalité de l'arrêté attaqué, invoquer ce principe indépendamment desdites dispositions* »[728]. La Cour administrative d'appel (CAA) de Versailles considère cette disposition trop générale pour que l'étranger puisse invoquer sa violation en cas de refus de titre de séjour. Des juridictions ont pu juger par ailleurs qu'un refus de séjour malgré l'avis médical favorable au maintien sur le territoire du médecin de l'Agence régionale de santé

721 K. Michelet, « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière (...) », préc.
722 Sur cette question, voir *infra*.
723 Article L. 313-11 11° du CESEDA.
724 Article L. 511-4 10° du CESEDA.
725 Cette analyse a pu être effectuée grâce à une convention de mise à disposition passée avec le Conseil d'État, permettant l'accès aux bases de données jurisprudentielles internes à la juridiction administrative (Ariane archives).
726 Voir par exemple CAA de Nancy, n° 16NC01153 & 16NC01156, 19 janvier 2017.
727 Selon l'alinéa 10 du Préambule, « *la Nation assure à l'individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement* ». L'alinéa 11, qui est son prolongement, mentionne « *la protection de la santé* ».
728 CAA Versailles, 18 décembre 2012, n° 12VE01593. Il s'agit d'une position classique du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État : voir B. Genevois, «Un statut constitutionnel pour les étrangers », *op. cit.*

(ARS)[729] n'était pas contraire au Préambule de la Constitution de 1946[730]. Dans une autre décision, il a été jugé qu'un tel refus n'avait « *en tout état de cause ni pour objet ni pour effet de porter atteinte aux garanties assurant le droit à la protection de la santé prévues à l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel renvoie celui de la Constitution du 4 octobre 1958* »[731]. Aucun jugement annulant un refus de titre de séjour pour soins motivé par l'OVC de protection de la santé n'a été observé, tendant ainsi à confirmer l'absence de statut constitutionnel de l'étranger gravement malade fondé sur ces dispositions. Ce constat confirme l'absence d'impérativité des OVC dans le contentieux individuel, ceux-ci étant assignés au législateur[732]. Des QPC récentes démontrent cependant que certains OVC pourraient être invocables dans des contentieux individuels[733].

2. La restriction du droit au séjour de l'étranger par la mobilisation de l'OVC de protection de la santé publique

244. Les objectifs de protection de la santé publique et de protection de la santé individuelle sont intimement liés, la santé publique étant relative à l'état de la santé globale des populations dans toutes ses dimensions, à la fois préventive, curative, éducative et sociale. Quant au droit de la santé publique, il « *serait celui des politiques de santé* »[734], soit « *l'intervention des pouvoirs publics dans les questions sanitaires* » consistant « *en l'édiction de règles, de droits et d'obligations qui s'imposent aux personnes publiques comme aux personnes privées et qui peuvent avoir pour objet l'organisation des professions, établissements et services*

729 Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

730 TA de Besançon, 21 décembre 2015, n° 1501628 ; TA Besançon, 10 mai 2016, n° 1600251 & 1600252, ; voir également TA Besançon, 7 avril 2016, n° 1600153 & 1600154.

731 TA Orléans 27 septembre 2016, n° 1601525.

732 M. Guillaume, « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation, revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,* 2010, p. 7 : « *on sait que les OVC n'énoncent pas un droit mais un but, un objectif, que le législateur doit prendre en compte lorsqu'il légifère dans ce domaine. Ainsi constituent de tels OVC le maintien de l'ordre public (décision n° 82-141 DC du 27 juillet 1982), l'accessibilité et l'intelligibilité du droit (décision n° 99–421 DC du 16 décembre 1999), le pluralisme et l'indépendance des médias (décision n° 2009-577 DC du 3 mars 2009). Ce sont des impératifs liés à la vie société qui doivent guider l'action normative. Les OVC ne sont pas des droits subjectifs comme les principes de valeur constitutionnelle. Ils ne sont pas d'application directe. Ils ne s'adressent pas aux individus mais au législateur pour lequel ils constituent des obligations de moyens et non de résulta* ».

733 CC, n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020, *Union des industries de la protection des plantes* **;** lire notamment V. Champeil-Desplats, « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 24 février 2020, consulté le 04 novembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/8629 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.8629

734 D. Truchet, *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2017, p. 22. Sur la santé publique et les droits fondamentaux, voir T. Gründler, *La santé publique et les droits fondamentaux,* Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2006, 531 p.

de santé, la création d'institutions sanitaires, des missions de service public, des mesures financières, de police ou de contrôle ou des sanctions »[735].

245. Le Conseil constitutionnel a reconnu que les « *exigences de protection de la santé publique* »[736] ont valeur constitutionnelle. Dans ses premières décisions à ce sujet, le terme « d'objectif » n'était pas utilisé, et pouvait désigner plusieurs normes du bloc de constitutionnalité[737]. Le fait que ce dernier ne se référait qu'à « *l'objectif poursuivi par le législateur de la protection de la santé publique et non de l'objectif de valeur constitutionnelle ayant le même contenu* »[738] pouvait s'interpréter comme une relativisation de sa valeur. Le Conseil constitutionnel a toutefois levé le doute dans sa décision *Maîtrise de l'immigration* de 1993, dans laquelle il a considéré que la protection de la santé publique revêt le caractère d'objectif de valeur constitutionnelle[739].

246. Cette décision est d'ailleurs la seule dans laquelle le statut constitutionnel de l'étranger est appréhendé à l'aune de cet objectif : le droit au regroupement familial des étrangers, qui leur reconnaît le droit de mener une vie familiale normale, peut être restreint pour des raisons « *tenant à la sauvegarde de l'ordre public et à la protection de la santé publique lesquelles revêtent le caractère d'objectifs de valeur constitutionnelle* »[740]. En d'autres termes, l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé publique peut venir limiter le droit de mener une vie familiale normale des étrangers dont la résidence est stable et régulière, par le biais d'une restriction du droit au regroupement familial. L'hypothèse envisagée correspondrait, par exemple, au cas où la personne concernée par le regroupement familial viendrait d'un pays exposé à une épidémie ou une pandémie, et donc

735 AFDS, « Les différentes conceptions que l'on peut avoir du droit de la santé », *RGDM*, n°15, 2005.

736 Cons. const., n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, préc., cons. n° 15.

737 T. Gründler, *La santé publique face aux droits fondamentaux, op. cit.,* p. 223 et s. La protection de la santé publique est également considéré comme un principe à valeur constitutionnelle : Cons. const., déc. n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 29. Ainsi, « *il résulte de l'analyse de la jurisprudence constitutionnelle qu'il existe une source constitutionnelle unique, l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946, mais deux normes juridiques distinctes : le droit individuel à la protection de la santé, tel qu'il est inscrit dans le texte constitutionnel, et le principe de protection de la santé publique (principe ou objectif) tel qu'il ressort de la jurisprudence constitutionnelle, interprétation permise par le texte* » (*Ibid.,* p. 231).

738 P. de Montalivet, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préc., p. 218.

739 CC, déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 70. Sur la différence entre les notions « d'exigence » et « d'objectif » à valeur constitutionnel, voir D. Rousseau, J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 2020, 880 p.

740 *Ibid*.

susceptible de menacer la santé publique sur le territoire français. Cet objectif constitutionnel peut donc être mobilisé par les pouvoirs publics comme possible limitation des règles et principes de valeur constitutionnelle. En tant que norme de conciliation, la protection de la santé publique pourrait théoriquement jouer en faveur du statut constitutionnel de l'étranger gravement malade. Mais en pratique, elle n'a été interprétée que pour limiter le droit de mener une vie familiale normale de l'étranger. Ainsi, les objectifs de protection de la santé (individuelle et publique) n'apparaissent pas comme des clefs de lecture pertinentes pour analyser le processus de consécration du statut de l'étranger gravement malade, l'objectif de maîtrise des flux migratoires ressortant renforcé de la conciliation normative opérée par le Conseil constitutionnel.

B. La déconstitutionnalisation du statut de l'étranger gravement malade par la survalorisation de l'objectif constitutionnel de maîtrise des flux migratoires

247. En parallèle de la protection de la santé publique comme OVC, le Conseil constitutionnel a fait de la maîtrise des flux migratoires une composante de l'objectif constitutionnel de sauvegarde de l'ordre public[741]. Ce principe a été rappelé à plusieurs reprises, notamment dans sa décision du 22 avril 1997 relative à la loi dite « Debré »[742], dans laquelle il considère que le « *législateur peut, s'agissant de l'entrée du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle* »[743]. Dans sa décision du 20 novembre 2003[744], il a fait de la lutte contre l'immigration irrégulière une part intégrante de la « *sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle* »[745]. La référence à la notion d'ordre public conduit à faire d'elle un simple objectif poursuivi dans lequel s'inscrit l'intervention législative[746] : le Conseil laisse ainsi une « *grande latitude au législateur destinée à ce qu'il puisse élaborer le corpus de règles le mieux à même de répondre aux différents objectifs qu'il s'assigne* »[747].

741 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 70.
742 Loi n°97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration.
743 CC, déc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, *Loi portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, cons. n° 10 ; voir également Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992, *Loi portant modification de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.
744 CC, déc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, *Loi relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*.
745 *Ibid*., cons. n° 23.
746 O. Lecucq, « Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière », *op. cit.*, p. 104.
747 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 72.

248. Le mouvement de « déconstitutionnalisation » du statut de l'étranger, et *a fortiori* de l'étranger gravement malade, se caractérise par un renforcement de l'objectif constitutionnel de maîtrise des flux migratoires dans les décisions du Conseil constitutionnel. Ce mouvement, relevé par la doctrine depuis bien longtemps[748], a débuté avec sa décision du 28 juillet 1989 par laquelle il a considéré que « *le législateur peut, s'agissant des mesures applicables au séjour des étrangers en France* » élaborer « *des règles de police spécifiques aux étrangers* »[749]. Quelques mois plus tard, il est venu encadrer la marge d'appréciation du législateur en la matière, en précisant dans sa décision du 22 janvier 1990 *Égalité entre Français et étrangers*[750] que *« si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »[751]. Autrement dit, lorsqu'il intervient en matière d'immigration, le législateur doit respecter les droits et libertés constitutionnels de l'étranger.

249. En considérant qu' « *aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* », le Conseil constitutionnel place la souveraineté au premier rang des objectifs poursuivis. Cette considération ne s'oppose pas explicitement à la création d'un statut constitutionnel de l'étranger gravement malade, puisque cela ne reviendrait pas à assurer « *aux étrangers des droits de caractère général et absolu* », mais bien spécifique aux cas de maladie grave (ce qui évince le « *caractère général* »), et pour certaines d'entre elles, un droit temporaire, puisque certaines maladies peuvent être guéries. Qui plus est, ce droit pourrait être refusé pour des raisons touchant à l'ordre et la sécurité publics (ce qui évince partiellement le caractère « *absolu* »). Mais une telle mise en balance d'OVC antagonistes reste hypothétique, le Conseil constitutionnel n'ayant jamais statué sur des dispositions législatives qui suppriment la possibilité de protection contre l'éloignement ou de droit au séjour des étrangers gravement malades. Sa décision *Maîtrise des flux migratoires* de 1993 est

748 Voir notamment O. Lecucq, *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, Thèse de droit public, Université d'Aix-en-Provence, 1999 ; O. Lecucq, « Le Conseil constitutionnel et les étrangers : (...) », *op. cit.*, p. 163 ; Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 98.

749 CC, déc. n° 89-261 DC du 28 juillet 1989, *Loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France*, cons. n° 12.

750 CC, déc. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, *Loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé*.

751 Cons. n° 3 ; J. Kissangoula, *La Constitution française et les étrangers*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, 573 p.

la seule dans laquelle il a explicitement considéré que si le législateur devait poursuivre l'objectif de maîtrise des flux migratoires, il devait le faire dans le respect de celui de protection de la santé : « *les conditions de régularité ou d'ancienneté de séjour en France auxquelles est subordonné l'octroi aux étrangers de l'aide sociale et de l'aide médicale doivent s'infléchir devant des circonstances exceptionnelles pour être conformes au onzième alinéa du Préambule de 1946* »[752]. Le législateur ayant « *confié au ministre chargé de l'action sociale la responsabilité de déroger à cette règle générale* [de régularité du séjour] *ainsi qu'à la condition de résidence prévue s'agissant de l'aide médicale à domicile pour tenir compte de circonstances* exceptionnelles »[753], le Conseil constitutionnel a considéré que cette disposition devait « *être entendue comme destinée à assurer la mise en œuvre effective des principes énoncés* »[754] à l'alinéa 11 du Préambule de 1946.

250. Il s'agit là de la seule fois où le Conseil constitutionnel a contrôlé la conciliation opéré par le législateur entre l'objectif de maîtrise des flux migratoires et celui de protection de la santé. Même dans le cadre du contrôle *a priori* de la seule loi ayant amené le Conseil constitutionnel à se prononcer[755] sur la question du statut légal de l'étranger gravement malade, cette conciliation n'a pas eu lieu[756]. Dès lors, il ne peut être déduit une quelconque constitutionnalisation du statut de l'étranger gravement malade. Les obligations constitutionnelles à la lumière desquelles une consécration de ce statut pourrait se dessiner n'ont jusqu'à présent jamais servi de fondement à une jurisprudence. En tout état cause, selon ses décisions relatives aux étrangers, l'État « *est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire* »[757], de définir « *le ''non-droit'' constitutionnel au séjour* [faisant] *basculer le droit au séjour dans le domaine de la loi* »[758]. En effet, s'il n'y a pas de hiérarchie entre les différentes normes contenues dans le bloc de constitutionnalité[759], les différents contrôles opérés par le Conseil sur les conciliations du législateur semblent favoriser l'objectif de maîtrise des flux migratoires et, en tous les cas, laissent une compétence conséquente à ce dernier dans la poursuite des différents objectifs auxquels

752 D. Truchet, *Droit de la santé publique*, *op. cit.*, p. 11 ; CC, déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, §§124-127.
753 *Ibid*., §127.
754 *Ibid*.
755 Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.
756 Voir *infra*.
757 CC, déc. préc. n° 92-307 DC du 25 février 1992.
758 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p 64
759 CC, déc. n° 81-132 DC, 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation.*

renvoient le statut de l'étranger gravement malade. *In fine*, l'absence de constitutionnalisation de ce dernier vient atténuer la portée de sa reconnaissance législative.

§2. Les conséquences de l'absence de protection constitutionnelle de l'étranger gravement malade

251. L'absence de protection constitutionnelle spécifique à l'étranger gravement malade a pour conséquences une marge de manœuvre significative pour le législateur dans l'édiction de ce statut (A), qui expose ce dernier à certains paradoxes au regard des droits fondamentaux (B).

A. Un statut juridique relevant essentiellement de la compétence du législateur

252. Étant dénué de statut constitutionnel, l'étranger gravement malade relève d'abord de la compétence du législateur. Ce pouvoir d'appréciation emporte deux conséquences, nécessairement liées : d'une part, celle d'avoir pu créer un statut légal à l'étranger en raison de son état de santé, et de réformer ce dernier en fonction des différents objectifs poursuivis (1). L'hypothèse d'une suppression des dispositifs de droit au séjour et de protection contre l'éloignement pour raisons médicales vient cependant mettre en lumière l'existence d'impératifs constitutionnels pouvant faire obstacle à la compétence du législateur (2).

1. La compétence du législateur pour créer ou modifier le statut juridique de l'étranger gravement malade

253. En vertu de son pouvoir général d'appréciation tiré de l'article 34 de la Constitution, le législateur peut atténuer, « *par la prise en compte de situations exceptionnelles* »[760], la rigueur du principe selon lequel « *aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »[761]. C'est notamment ce qu'il fit en 1997 et 1998, par le vote des lois dîtes « Debré »[762] et « Chevènement »[763] créant respectivement une protection contre l'éloignement et un droit au séjour pour les étrangers « *dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le*

760 P. Gaïa, R. Ghevontian, F. Mélin-Soucramanien, A. Roux & E. Oliva, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, 2016, p. 489.
761 CC, déc., 2006-539 DC du 20 juillet 2006, *Loi relative à l'immigration et à l'intégration,* cons. n° 2.
762 Loi n°97-396 du 24 avril 1997 *portant diverses dispositions relatives à l'immigration*.
763 Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 *relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire »[764]. Ces dispositions n'ont pas été soumises au contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel, et les dispositions constitutionnelles relatives au droit à la santé, telles que le Préambule de la Constitution de 1946, n'ont pas été mobilisées par les parlementaires à l'initiative de ces réformes lors des débats. Comme on l'a vu, il s'agissait surtout d'intégrer la jurisprudence du Conseil d'État, elle-même influencée par la Cour EDH[765].

254. La première modification substantielle de ces dispositifs est survenue avec le vote de la loi dite « Besson » du 16 juin 2011[766], qui est aussi la seule loi ayant amené le Conseil constitutionnel à se prononcer sur la question du statut légal de l'étranger gravement malade[767]. Cette réforme a modifié substantiellement le dispositif[768], en ce que le législateur a remplacé le critère du bénéfice effectif du traitement approprié dans le pays d'origine par celui, plus restrictif, d'absence de traitement approprié, tout en prévoyant la possibilité de faire valoir l'existence de « *circonstance humanitaire exceptionnelle* »[769] appréciée par le directeur de l'Agence régionale de santé. Les auteurs de la saisine du Conseil estimaient que « *ces dispositions ne sont pas conformes à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* »[770], et que « *l'imprécision de la notion de ''circonstance humanitaire exceptionnelle'' aura pour effet de susciter des différences d'interprétation contraires au principe d'égalité* ». Ils estimaient par ailleurs « *que, par son imprécision, la procédure conduisant à confier l'appréciation de cette notion à l'autorité administrative se traduira par une violation du secret médical de nature à porter atteinte au respect de la vie privée* ». Ces arguments ont cependant été rejetés.

255. Par sa décision, le Conseil estime en effet que « *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*

764 Article L. 313-11 11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, dans sa version antérieure à la loi du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
765 Voir *supra.*
766 Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011, ibid.
767 CC, déc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, *Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.
768 Voir la section 2 du présent chapitre.
769 En référence à la jurisprudence de la CEDH relative à la protection conventionnelle des étrangers gravement malades. Voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.
770 CC, déc. préc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. n° 35.

approprié dans ce pays »[771], « *sans réaliser que la jurisprudence du Conseil d'État venait précisément de faire disparaître ces incertitudes*[772], *et que la possibilité ''exceptionnelle'' de dérogation a toutes chances au contraire d'en faire naître de nouvelles, selon les préfectures concernées* »[773]. Le Conseil constitutionnel a ainsi pu être influencé indirectement par la jurisprudence restrictive de la Cour EDH à cette époque[774].

256. Il convient également de relever que cette appréciation du Conseil constitutionnel a été contredite par l'application de cette nouvelle loi, comme le relève le rapport de l'Inspection générale de l'administration (IGA) et de l'Inspection générale des affaires sanitaires et sociales (IGAS) sur l'admission au séjour des étrangers malades datant de 2013. Selon ce dernier rapport, « *tous les médecins des ARS (les MARS) consultés par la mission ont fait état de l'absence d'éléments réellement utilisables transmis par la direction de tutelle, la direction de la santé, permettant de répondre de manière homogène à l'exceptionnelle gravité d'un pronostic ou l'existence d'un traitement approprié dans le pays d'origine. L'absence de barèmes opposables amène certains M.ARS à émettre des avis diamétralement opposés d'un département à l'autre* »[775]. Cette contradiction résulte du contrôle objectif effectué par le Conseil constitutionnel, qui ne s'attache pas à l'application de la loi, la procédure ou les moyens mis en œuvre, mais aux objectifs poursuivis par le législateur.

257. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel considère également que la possibilité prévue par le législateur de faire valoir des cas de « *circonstance humanitaire exceptionnelle* » démontre la volonté du législateur que *« puissent être prises en compte les situations individuelles qui justifient, nonobstant l'existence d'un traitement approprié dans le pays*

771 *Ibid*.

772 Par les arrêts de section dits *Jabnoun* (n° 301640) et *Bialy* (n° 316625) du 7 avril 2010, *préc*. Voir la Section 1 du présent chapitre.

773 H. Labayle, « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers », *RFDA*, 2011, p. 934. La circulaire du 17 juin 2011 considère qu'il y a là une « *clarification du droit* » et que l'absence de traitement approprié est une donnée objective appréciée par le médecin de l'Agence régionale de santé. Elle souligne que ces dispositions ne sont pas d'application immédiate en attendant la publication des textes d'application et rappelle l'actualité de la circulaire du ministre de la Santé du 27 juillet 2010 selon laquelle « *dans les pays en voie de développement, il n'est pas possible de dire que les personnes séropositives peuvent avoir accès aux traitements antirétroviraux ni à la prise en charge médicale pour les porteurs de l'infection* ».

774 Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

775 O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, mars 2013, pp 46-47.

d'origine ou de renvoi, le maintien sur le territoire français de l'intéressé »[776]. Les auteurs de la saisine soutenaient notamment que l'imprécision de la notion de « *circonstance humanitaire exceptionnelle* » aurait pour effet de susciter, sur le territoire, des différences d'interprétation contraires au principe d'égalité : la procédure qui confiait le soin d'apprécier cette notion à l'autorité administrative conduirait celle-ci à apprécier l'état de santé du demandeur, donc à violer le secret médical et avec lui, le respect de la vie privée[777]. Le Conseil constitutionnel n'a pas retenu une telle interprétation, et a considéré que cette nouvelle formulation mettrait fin aux incertitudes et différences d'interprétation nées de l'appréciation des conditions socio-économiques, ces dispositions étant estimées « *suffisamment précises et non équivoques* »[778]. Comme le relève Serge Slama, le Conseil constitutionnel valide surtout le fait que « *l'appréciation de cette situation soit confiée à une autorité non médicale (le directeur général de l'agence régionale de santé) sans porter atteinte au secret médical* »[779], contrairement à ce que soutenaient les auteurs de la saisine, car « *seul l'intéressé peut transmettre à l'autorité administrative les éléments sur son état de santé susceptibles de fonder sa demande* »[780].

258. Ce raisonnement a été critiqué, puisque pour faire valoir une circonstance humanitaire exceptionnelle, l'étranger n'a pas d'autre « *choix que de déballer son dossier médical en préfecture ou devant le directeur de l'ARS, qui n'est pas un médecin* »[781]. Ce n'est pas pour autant que le secret médical peut être considéré comme étant préservé, car seule une procédure, légale de préférence, encadrant cette démarche peut être à même de préserver le secret médical, ce que n'a pas prévu le législateur[782]. Comme l'a souligné Vincent Tchen, « *cette conclusion ne manque pas de surprendre au sens où le pouvoir de régularisation reconnue au préfet (que la loi n'avait d'ailleurs pas à pointer puisqu'il est indissociable de ses attributions !) débouchera immanquablement sur des différences d'interprétation* »[783].

776 Déc. préc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. n° 36.
777 Commentaire de la décision par les services juridiques du Conseil constitutionnel, pp. 22-23.
778 *Ibid*., p. 22.
779 S. Slama, « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers, Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *op. cit.*, p. 373.
780 CC, déc. préc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. n° 36.
781 S. Slama, « Statut constitutionnel des étrangers : Nouvelle illustration de la faiblesse de la protection constitutionnelle des étrangers », *Actualités Droits-Libertés* du 13 juin 2011 ; S. Preuss-Laussinotte, « Une seule annulation et deux petites réserves sur la loi "Besson" », *Dictionnaire permanent droit des étrangers,* juillet 2011, n° 202, p. 1-3.
782 Pour davantage de détails sur cette procédure, voir *infra,* Section 2.
783 V. Tchen, « De la pratique des QPC en droit des étrangers à la réforme du 16 juin 2011 : la fin des illusions constitutionnelles ? (bilan du premier semestre 2011) », *AJDA* 2011, p. 581 ; Voir également V. Tchen, « Étrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *Dr. Adm.,* août 2011, chron. n° 17.

259. Les dispositions de la loi du 16 juin 2011 relative aux étrangers gravement malades ont ainsi été « *validées sans état d'âme* »[784], et ce malgré les vives critiques la concernant en ce qu'elle visait explicitement à réduire le nombre de personnes éligibles à une protection contre l'éloignement ou un titre de séjour pour raisons médicales[785]. Cette « *restriction constitutionnelle du droit de séjour des étrangers malades* »[786] permet ainsi d'illustrer toute la latitude dont dispose le législateur dans l'encadrement de ce statut, et du statut des étrangers en général, le Conseil constitutionnel ne procédant pas à une évaluation concrète de l'impact des réformes, et accompagne le plus souvent « *le durcissement des positions législatives* »[787]. Dès lors, aucune consécration du statut juridique de l'étranger gravement malade ne ressort de la jurisprudence constitutionnelle. Ce constat convient toutefois d'être relativisé au regard du très faible nombre de décisions du Conseil qui les concernent. Pour appréhender pleinement la question de ce statut constitutionnel, il convient d'évaluer la possibilité pour le législateur de supprimer la protection contre l'éloignement et le droit au séjour pour soins sans que le Conseil constitutionnel ne censure ces dispositions.

2. Les sources constitutionnelles pouvant faire obstacle à la régression du statut légal de l'étranger malade

260. Si le Conseil constitutionnel n'a jamais explicitement consacré de statut à l'étranger gravement malade, certains éléments du bloc de constitutionnalité pourraient fonder une protection constitutionnelle, mobilisables dans le cas où le législateur le réformerait drastiquement, ou voterait sa suppression. L'objectif constitutionnel de protection de la santé pourrait en effet servir de fondement à une telle protection, car un certain nombre d'étrangers titulaires d'un titre de séjour pour soins (soit, environ, 34 600 personnes en 2014[788]) se

784 S. Slama, « Statut constitutionnel des étrangers (…) », *op. cit.*

785 Voir *infra,* Section 2.

786 E. Aubin, Droit des étrangers, *Lextenso éditions*, 3e éd., 2014, p. 424.

787 E. Millard, « La Constitution ignore les étrangers », préc. : « *En dépit des alternances politiques, et cela a été plusieurs fois souligné, le Conseil constitutionnel a pour l'essentiel accompagné le durcissement des positions législatives, ne censurant que les dispositions les plus aberrantes (dont on peut se demander si elles ne jouent pas simplement le rôle d'écran de fumée, masquant l'acceptation de la tendance au durcissement)* ». Eric Millard dénonce notamment la *« faiblesse argumentative récurrente* » du Conseil constitutionnel ; voir également L. Imbert, « Validation de la loi asile-immigration par le Conseil constitutionnel : de l'importance de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière », *Constitutions*, 2018, p. 421.

788 Selon le bilan de l'application de l'article L. 313-11 11° du CESEDA établi par les ministères de l'Intérieur et de la Santé pour l'année 2014, 34 685 titres de séjour ont été délivrés pour cette année. Sachant qu'une personne peut se voir délivrer plusieurs titres de séjour sur une année. En 2018, le nombre de premiers titres de séjour pour raisons médicales délivrés est de 4647, le nombre de renouvellements étant inconnu (voir OFII, *Procédure d'admission au séjour pour soins. Rapport au Parlement*, 2018, p. 28.

retrouveraient privés de titre de séjour du jour, et sans garantie d'accès aux soins à terme. Il en est de même du principe de dignité de la personne humaine, consacré par le Préambule de la Constitution de 1946, que les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel avait mobilisé concernant la loi du 24 juillet 2006[789] et qui prévoyait la suppression de la délivrance d'une carte de séjour de plein droit à l'étranger « *ne vivant pas en état de polygamie, qui justifie par tout moyen résider en France habituellement depuis plus de dix ans ou plus de quinze ans si, au cours de cette période, il a séjourné en qualité d'étudiant* » (3° de l'article L. 313-11 du CESEDA). Le Conseil constitutionnel n'a pas considéré que cette abrogation portait atteinte au principe de la dignité de la personne humaine, car la disposition contestée « *se borne à modifier les catégories d'étrangers bénéficiant de plein droit d'un titre de séjour et ne saurait, de ce seul fait, porter atteinte au principe du respect de la dignité de la personne humaine consacré par le Préambule de la Constitution de 1946* »[790], et rappelle par ailleurs, « *qu'aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national* »[791].

261. Dans le commentaire de sa décision[792], le Conseil constitutionnel mentionne que « *seules des exigences constitutionnelles particulières telles que le droit d'asile ou le droit de mener une vie familiale normale peuvent faire obstacle au pouvoir du législateur de revoir, dans un sens plus restrictif, le droit du séjour des étrangers*. *Or la loi déférée ne remet pas en cause de telles exigences* ». Cette remarque amène à se demander si l'exigence constitutionnelle de protection de la santé pourrait être opposée dans le cas d'une abrogation de l'article L. 313-11 11° du CESEDA. Le commentaire de ladite décision[793] laisse penser que non, car « *si la loi déférée supprime le caractère automatique de l'attribution d'une carte de séjour à raison d'une présence irrégulière de plus de dix ans, elle permet de doter les intéressés d'autres cartes de séjour* », telles que la délivrance de plein droit de la carte de séjour au titre de la vie privée et familiale[794], pour des considérations humanitaires ou des motifs exceptionnels[795]. Il relève également que la « *loi ne s'oppose pas à la mise en œuvre du pouvoir général reconnu à*

789 Loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration*.
790 Déc. préc. n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, cons. n° 5. Dans le commentaire de sa décision, le Conseil constitutionnel s'étonne d'ailleurs de la mobilisation de ce principe à l'encontre de cette abrogation.
791 *Ibid*., §6.
792 Conseil constitutionnel, « Commentaire de la décision n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006 », *Les cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21 p. 1.
793 *Ibid*., p. 2.
794 Prévue par l'article L. 313-11 7° du CESEDA.
795 Prévue par l'article L. 313-14 CESEDA

l'autorité administrative, lorsque les textes ne le lui interdisent pas expressément, de prendre à titre exceptionnel des mesures gracieuses favorables autorisant le séjour en France »[796].

262. Ce raisonnement pourrait également être attribué aux étrangers gravement malades, puisque si une loi déférée au Conseil constitutionnel supprimait le caractère automatique (« de plein droit ») de l'attribution d'une carte de séjour à raison de l'état de santé, le CESEDA permet de doter les intéressés d'autres cartes de séjour, telles que les trois cas de figure précités. Autrement dit, une disposition légale abrogeant la délivrance de plein droit d'une carte de séjour pour soins ne serait vraisemblablement pas considérée comme une privation de « *garanties légales des principes de valeur constitutionnelle* »[797], puisque les étrangers gravement malades peuvent être éligibles à d'autres types de titres de séjour, et qu'en tout état de cause, aucun principe constitutionnel ne garantit aux étrangers le droit d'être régularisés. Le même raisonnement peut s'appliquer à l'hypothèse d'une abrogation de la protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades, ces derniers pouvant faire l'objet d'une protection au titre de l'article 3 de la CESDH[798]. Par ailleurs, il est à noter que l'argument relatif aux nombreux titulaires d'une telle carte de séjour qui se retrouveraient, du fait de cette abrogation, en situation irrégulière, ne semble pas pertinent, le Conseil constitutionnel n'ayant pas mentionné les étrangers qui ne verraient pas leur titre de séjour renouvelé en raison de leur présence depuis plus de dix ans sur le territoire dans sa décision du 20 juillet 2006.

263. Le droit à la protection de liberté personnelle, garanti par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen[799], pourrait également fonder une protection constitutionnelle. Cette possibilité ressort notamment d'une interprétation du juge des référés du Conseil d'État, qui a considéré que l'éloignement d'un étranger malade malgré l'avis médical préconisant son maintien sur le territoire était susceptible, à certaines conditions, de violer la liberté personnelle de ce dernier[800]. La liberté personnelle a notamment été mobilisée à l'appui de la saisine du Conseil constitutionnel pour le contrôle

796 CE, avis du 22 août 1996, n° 359 622.
797 CC, déc. préc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. n° 48.
798 Voir *supra,* Partie 1, Chapitre 1, Section 2.
799 Cette liberté a été dégagée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n°88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi portant amnistie*, cons. 22. Sur cette notion, lire H. Rousillon, X. Bioy (dir.), *Liberté personnelle : une autre conception de la liberté*, P.U.S.S., 2006, 156 p.
800 Voir *infra,* Section 2 §2.

de la *loi relative à l'immigration et à l'intégration* de 2006. Les requérants avançaient que la disposition législative « *subordonnant désormais l'octroi d'un titre de séjour portant la mention "vie privée et familiale" au constat par l'administration de l'intensité des liens existant en France [...] méconnaîtrait les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacrant la liberté personnelle et le droit au respect de la vie privée* ». Le Conseil a cependant considéré que « *le législateur s'est borné à préciser, en se référant à la jurisprudence administrative, les critères au vu desquels les étrangers peuvent bénéficier de plein droit d'une carte de séjour temporaire au titre de la vie privée et familiale* »[801]. Il est difficile de prévoir, au regard de cette seule décision, si la mobilisation de la liberté personnelle suffirait à faire obstacle à une réforme des conditions d'accès au titre de séjour pour soins. Mais elle permettrait *a minima* d'assurer à l'étranger gravement malade une protection juridique contre l'éloignement, dès lors que ce dernier produit un avis médical préconisant son maintien sur le territoire. Le législateur pourrait toutefois prévoir que cet avis doit provenir d'un médecin spécifique, donc modifier « *les critères au regard desquels les étrangers peuvent* » être protégés contre l'éloignement, réduisant ainsi la portée de cette dernière.

264. Dès lors, il peut être considéré qu'une disposition d'un texte de loi prévoyant d'abroger la délivrance de plein droit d'une carte de séjour temporaire à l'étranger gravement malade ne serait pas constitutive d'une atteinte au principe constitutionnel de protection de la santé ou à un autre objectif, le législateur se bornant à modifier les catégories d'étrangers pouvant bénéficier de plein droit d'un titre de séjour. Ce constat s'inscrit dans la lignée de ceux effectués par le GISTI, faisant remarquer que « *si, dans l'absolu, au fil de la quinzaine de décisions rendues dans ce domaine depuis 1980, la Constitution offre une protection assez complète aux étrangers, on s'aperçoit que, dans le détail, les censures sont rares et le juge constitutionnel a, peu ou prou, validé l'essentiel des restrictions des droits des étrangers. Il ne fait barrage qu'aux dispositions les plus outrageusement attentatoires aux droits fondamentaux. Pour le reste, les digues constitutionnelles ont bien souvent, trop souvent, cédé aux politiques de contrôle de l'immigration* »[802].

801 CC, déc. préc., n° 2006-539 DC du 20 juillet 2006, cons. n°8 et 9.
802 GISTI, « Statut constitutionnel des étrangers et loi ''Besson''», *Plein droit*, vol. 88, no. 1, 2011, pp. I-VIII.

265. Selon une autre grille de lecture, il pourrait découler du principe de dignité de la personne humaine[803] et de l'OVC de protection de la santé une protection légale spécifique aux étrangers gravement malades, nécessaire pour que le législateur se conforme aux exigences constitutionnelles. Dans ses travaux de thèse, Jérôme Duvignau considère que face à un tel projet d'abrogation, « *la possible réaction du Conseil constitutionnel serait d'annuler la disposition législative et d'imposer une protection plancher de manière à ne pas priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* »[804]. En vertu de l'effet plancher[805], « *le Conseil serait en mesure d'obliger le législateur à réglementer cette liberté fondamentale en vue de la rendre plus effective, sous réserve évidemment de sa conciliation avec d'autres principes constitutionnels* »[806]. Sa réflexion est fondée sur une analyse des débats relatifs à la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration*, où lors de la séance du 5 mai 2006, un amendement non adopté visant à durcir les conditions d'accès à un titre de séjour pour soins a été soumis par le député Jérôme Rivière[807], en réservant son bénéfice aux seuls étrangers dont l'état de santé nécessite des « *soins urgents dont l'absence mettrait en jeu le pronostic vital* ». Selon Jérôme Duvignau, la raison de la non-adoption de cet amendement était « *la crainte d'une censure de la part du Conseil constitutionnel tant il est sûr qu'une telle restriction du droit au séjour de l'étranger malade pouvait aller à l'encontre de l'aspect défensif du droit à la santé reconnu à tous* »[808]. Mais les débats parlementaires relatifs

803 Consacré par la Décision n° 94-343/344 DC du 27 juillet 1994 , *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal.*

804 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 298. Myriam Ticktin semble également aller dans ce sens, en faisant part d'un entretien avec un membre du Conseil constitutionnel selon qui une disposition violant l'intégrité physique pourrait faire intervenir ce dernier : « *(…) the boundaries of the political are demarcated from a purported universal and, hence, legitimate, biological realm. One such example came in a conversation I had with M. Bonnet, a member of the Conseil Constitutionel, the highest legalbody in France; M. Bonnet explained to me that one cannot intervene in the political matters of sovereign nations—except when violations of bodily integrity are at issue* », *in* M. Ticktin, « Where ethics and Politics Meet : The Violence of Humanitarism in France », *American Ethnologist,* vol. 33, n° 1, 2006, p. 39.

805 A. Vidal-Naquet, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Éditions Panthéon-Assas , 2007, 671 p.

806 *Ibid*., p. 298.

807 Appartenant au groupe de l'Union pour un Mouvement Populaire (UMP). Il est aujourd'hui apparenté Front National. Dix ans plus tard, lors des débats parlementaires à l'Assemblée nationale relatif à la loi du 7 mars 2016, la députée M. Maréchal-Lepen a tenu les propos suivants en séance publique : « *Autre vanne ouverte à fond : celle de l'immigration sanitaire. On savait déjà que la procédure ''étranger malade'' était habilement utilisée par les déboutés de l'asile. Désormais, la délivrance de la carte de séjour se fera en fonction de l'offre de soins et des caractéristiques du système de santé du pays de l'étranger. Cette approche beaucoup plus subjective penche vers un dangereux assouplissement de la procédure* » (Assemblée nationale, CRI, 2è séance du 20 juillet 2015, p. 6937, 2ème colonne, intervention de M. Maréchal-Lepen).

808 J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.,* p. 298.

à cet amendement ne se réfèrent à aucun moment au risque d'inconstitutionnalité : s'il a été rejeté, cela tient davantage à la position parlementaire relativement unanime selon laquelle en matière d'immigration, il faut être « *équilibré, c'est-à-dire à la fois généreux et ferme* », pour « *apporter des réponses appropriées aux fraudes et de rester fidèles à notre tradition humaniste, qu'il s'agisse des soins apportés aux étrangers ou de l'aide extérieure en matière de codéveloppement* »[809]. Mais il est possible que le gouvernement ait anticipé un risque de censure constitutionnelle en sondant le terrain sur cet amendement auprès du Conseil d'État.

266. En tout état de cause, le législateur dispose d'un pouvoir général d'appréciation conséquent pour réformer le statut de l'étranger gravement malade, mettant ainsi en évidence la fragilité de ce dernier en raison de la faiblesse des normes constitutionnelles. Si le Conseil constitutionnel considère en effet « *que, dans son domaine de compétence, il est loisible au législateur d'abroger des dispositions législatives antérieurement promulguées* » sans *« priver de garanties légales des principes de valeur constitutionnelle* »[810], il ne peut en effet le faire qu'en respectant « *les engagements internationaux souscrits par la France et les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* »[811], tels que l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé et le principe de dignité. L'issue d'une mise en balance des objectifs de protection de la santé et de maîtrise des flux migratoires à l'égard d'une loi prévoyant une réforme drastique de ces dispositifs apparaît incertaine. Les objectifs poursuivis par le législateur pour justifier une telle réforme peuvent être variables : une volonté de s'aligner sur le standard des pays européens (la France étant le seul pays, avec la Belgique, à avoir une procédure dédiée) ; la volonté de restreindre drastiquement un dispositif supposément trop sujet à la fraude (la lutte contre la fraude au titre de séjour pour soins étant l'un des motifs de la réforme du dispositif par la loi du 7 mars 2016)[812] ; ou la volonté de revenir à un dispositif de régularisation au cas par cas[813] comme c'était le cas avant la création légale de ces dispositifs.

809 Assemblée nationale, CRI, 3e séance du 5 mai 2006, p. 3110, 2è colonne, intervention de C. Estrosi, ministre délégué à l'aménagement du territoire.

810 Déc. préc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. n° 48.

811 Déc. préc. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. n° 33 ; voir également la déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 3.

812 Le Conseil constitutionnel considère la lutte contre l'immigration irrégulière comme partie intégrante de la « *sauvegarde de l'ordre public qui est une exigence de valeur constitutionnelle* » (Déc. préc. n° 2003-484 DC du 20 novembre 2003, cons. n° 23). Sur cette question, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

813 Par le biais de l'article L. 313-11 7° du CESEDA.

267. S'il est possible que le pouvoir général d'appréciation du législateur soit limité par certaines exigences constitutionnelles ou une directive européenne au point de ne pouvoir totalement supprimer tout statut à l'étranger en raison de son état de santé, le contrôle distant exercé par le Conseil constitutionnel sur la réforme de 2011, et la possibilité théorique d'une réduction du standard légal du droit au séjour pour soins révèle le « *pouvoir constitutionnel du législateur* »[814] à l'égard des étrangers en général. Ce constat illustre ainsi que le statut de l'étranger gravement malade manque de sécurité juridique : la déconstitutionnalisation de ce dernier a pour conséquence sa non-consécration. À cela s'ajoutent certains paradoxes juridiques directement liés à la marge de manœuvre laissée au législateur par le Conseil constitutionnel.

B. Les conséquences du pouvoir général d'appréciation substantiel du législateur pour le statut de l'étranger gravement malade

268. Le pouvoir général d'appréciation dont dispose le législateur pour concilier les différents objectifs en présence emporte pour conséquences une exposition des étrangers gravement malades à une inégalité de traitement par rapport aux autres catégories d'étrangers dans l'accès à la carte de séjour pluriannuelle (1). D'autre part, une hybridité du statut juridique de l'étranger gravement malade peut être observée au regard du différentiel de hiérarchie des normes entre la protection contre l'éloignement et le droit au séjour pour soins (2).

1. Une potentielle atteinte au principe d'égalité dans l'accès à la carte de séjour pluriannuelle

269. Le principe d'égalité telle que dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 22 janvier 1990[815] prévoit que le législateur peut prendre des dispositions spécifiques aux étrangers, tout en respectant les « *libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République* », dont le principe constitutionnel d'égalité. Dans sa décision du 13 août 1993 relative au statut constitutionnel des étrangers, le Conseil a écarté toute obligation constitutionnelle de traiter les étrangers sur le même pied que les nationaux en ce qui concerne l'entrée et le séjour, tout en admettant

814 J. C. Kissangoula, « Brèves réflexions sur l'application du principe d'égalité aux droits sociaux des étrangers », *RDSS*, 2013, p. 422.
815 Déc. préc. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, cons. n° 33 à 35.

« *cependant que le principe d'égalité puisse recevoir application entre étrangers dans ces domaines* »[816]. Il a ainsi considéré que les étrangers ayant séjourné en France en tant qu'étudiant pouvaient se voir appliquer des règles différentes « *pour l'obtention des droits que comporte la carte de résident* », car ils sont « *placés dans une situation différente de celle des autres étrangers au regard des raisons justifiant le séjour qu'a entendu prendre en compte le législateur* »[817]. Il ne s'agit pas d'une différence de traitement basée sur la nationalité, mais sur le motif du séjour, qui peut être justifiée au regard des raisons prises en compte par le législateur.

270. On peut s'interroger sur l'application du principe d'égalité aux étrangers gravement malades au regard d'une des dispositions de la loi du 7 mars 2016[818], créant la carte de séjour pluriannuelle pour les personnes détentrices d'un visa long séjour ou d'une carte de séjour temporaire d'une année. Selon les articles L. 313-17 et L. 313-18 du CESEDA, ces derniers peuvent bénéficier, lors de leur renouvellement, d'une carte de séjour pluriannuelle dont la durée sera égale à la durée prévisible des soins, et non de quatre années automatiquement[819], comme c'est le cas pour le régime général de la carte de séjour pluriannuelle. Cette distinction dans la durée de la carte de séjour pluriannuelle pourrait être interprétée comme discriminatoire, comme l'a considéré la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), qui a en plus estimé qu'il s'agissait d'une « *atteinte disproportionnée au droit des étrangers malades de mener une vie familiale normale et à leur vie privée (article 8 et 14 de la CESDH)* » [820]. Cette loi n'a cependant pas fait l'objet de saisine du Conseil constitutionnel.

271. Si le Conseil constitutionnel a pu estimer qu'il n'y avait pas violation du principe d'égalité dans l'accès à la carte de résident pour les étrangers titulaires d'un titre de séjour « étudiant », en raison de leur séjour sur le territoire « *dans le seul but d'y effectuer des études* »[821], l'argument du séjour des étrangers malades dans le seul but d'y être soignés semblent *a priori* moins recevables pour justifier une différence de traitement au regard de

816 B. Genevois, « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *op. cit.,* p. 871.
817 Déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 26.
818 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France.
819 L'article L313-1 du CESEDA précise que la durée de validité de la carte de séjour pluriannuelle ne peut être supérieure à quatre ans.
820 Avis de la CNCDH sur la réforme du droit des étrangers, 21 mai 2015, pp. 12-13.
821 CC, déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 26.

l'accès à la carte de séjour pluriannuelle. En effet, plusieurs rapports et études démontrent d'une part qu'il s'agit d'une voie de régularisation secondaire[822], et d'autre part, qu'un certain nombre d'étrangers découvrent ou contractent leur maladie une fois sur le territoire français[823]. Ces considérations ne sont cependant pas prises en compte par le Conseil constitutionnel dans le cadre de son contrôle objectif.

272. Eu égard à sa jurisprudence relative au droit des étrangers, il est probable que le grief tiré d'une atteinte au principe d'égalité serait écarté : le Conseil pourrait considérer que cette différence de traitement dans l'accès à la carte de séjour pluriannuelle découle directement de la différence de situation appréciée par le législateur dans le cadre de sa marge d'appréciation en matière de maîtrise des flux migratoires. Seule une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L. 313-18 du CESEDA permettrait d'en avoir la certitude.

2. Une différence de statut en fonction de la menace à l'ordre public

273. Dans plusieurs de ses décisions, le Conseil constitutionnel a rappelé que le « *législateur peut, s'agissant de l'entrée du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle* »[824], dont la sauvegarde peut, par exemple, justifier une restriction du droit de l'étranger à mener une vie familiale normale[825]. Au regard de ces principes constitutionnels, le législateur a posé comme réserve à la délivrance de plein droit d'une

822 Une proportion non négligeable de personnes déboutées de leur demande d'asile se réorientant vers cette voie de régularisation (voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2). Une étude de Médecins du Monde démontre par ailleurs que la motivation sanitaire est infime parmi les personnes migrantes accompagnées par cette organisation : seuls 2,3 % des consultants des centres de soins gratuits en situation irrégulière avançaient des raisons de santé comme motivation principale. C. Bernard, P. Chevit et P. Lombrail, « Appliquer le droit à la santé et aux soins », *Maux d'exil*, mai 2015 ; P. Chauvin P., (Inserm), N. Simonnot, F. Vanbiervliet (Médecins du Monde), « Access to healthcare for people facing multiple vulnerability factors in 25 cities accross 10 countries, Report on the social and medical data gathered in 2013 in eight European countries, Turkey and Canada », Paris, International network of Médecins du Monde, 2014.

823 Pour le cas du VIH, voir l'enquête ANRS-Parcours : A. Gosselin, A. Desgrées du Loû, E. Lelièvre, et al., « Migrants subsahariens : combien de temps leur faut-il pour s'installer en France ? », *préc.* ; Lire également ANRS-Parcours, « Migrants subsahariens suivis pour le VIH en France : combien ont été infectés après la migration ? Estimation dans l'Étude ANRS-Parcours », préc.

824 Déc. préc. n° 97-389 DC du 22 avril 1997, cons. n°10 ; voir également déc. préc. n° 92-307 DC du 25 février 1992.

825 Déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. n° 70.

carte de séjour pour raisons médicales le fait que l'étranger représente une menace à l'ordre public,[826].

274. Pour ce qui est de l'éloignement, le Conseil a considéré que si le législateur « *peut permettre à l'autorité chargée de se prononcer sur l'expulsion d'un étranger de tenir compte de tous éléments d'appréciation, notamment de sa situation personnelle et familiale, il ne transgresse aucune disposition constitutionnelle en faisant prévaloir en cas de menace grave à l'ordre public les nécessités de ce dernier* »[827]. Au regard de cette décision, une disposition autorisant les pouvoirs publics à renvoyer un étranger gravement malade en raison de la menace à l'ordre public que représente ce dernier ne serait pas contraire à la Constitution. Mais plus récemment, le Conseil a mentionné comme exigence la prise en compte par le juge administratif de l'article 3 de la CESDH lors du contrôle de l'exécution des décisions d'expulsion prises par l'administration[828]. En imposant la prise en compte d'un droit absolu, le Conseil constitutionnel empêcherait ainsi le législatreur de mettre en balance le risque de traitement inhumain et dégradant auquel est exposé un étranger gravement malade avec l'ordre public[829]. Mais encore une fois, le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel étant objectif, il ne prendra pas en compte les difficultés pour les étrangers de mobiliser des éléments médicaux suffisamment circonstanciés devant le juge administratif[830], ni l'effectivité du contrôle effectué par ce dernier sur le risque de traitement inhumain et dégradant[831].

826 L'article L. 313-11 du CESEDA relatif à la carte de séjour mention « vie privée et familiale » prévoit ainsi que *« Sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, la carte de séjour temporaire portant la mention " vie privée et familiale " est délivrée de plein droit* : (…) ». Cette clause d'ordre public concerne l'ensemble des titres de séjour.

827 CC, déc. préc., n° 93-325 DC du 13 août 1993, préc, cons. 56.

828 CC, déc. n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016, cons. 11 ; Commentaire de ladite décision par le service juridique du Conseil constitutionnel, p. 10 ; S. Slama, « Le Conseil constitutionnel temporise sur l'absence de recours effectif contre les expulsions en urgence absolue », *Lexbase. La Lettre juridique*, 27 octobre 2016, n° 674, 8 p. ; C. Pouly, « Du droit au recours effectif dans les procédures d'éloignement », *Constitutions*, octobre-décembre 2016, n° 2016-4, p. 671-676.

829 Sur la protection conventionnelle conférée au titre de l'article 3 CESDH, voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

830 Voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

831 S. Slama, « Le Conseil constitutionnel temporise sur l'absence de recours effectif contre les expulsions en urgence absolue », *op. cit.* : « *le raisonnement du Conseil constitutionnel achoppe sur le fait qu'il n'y a dans les faits aucune certitude que le juge administratif puisse examiner le grief de risque d'atteinte au droit à la vie ou de mauvais traitement avant l'exécution de la mesure d'expulsion en l'absence de recours suspensif de plein droit* ».

275. En tous les cas, le législateur opère une différence de régime selon qu'il s'agisse de la protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades, ou d'une carte de séjour temporaire. Selon l'article L. 521-3 5° du CESEDA, l'étranger gravement malade remplissant les conditions médicales de ce même article[832] ne peut faire « *l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* »[833]. Ainsi, si la menace à l'ordre public peut justifier un refus de titre de séjour pour soins, elle ne peut motiver un refus de protection contre l'éloignement que dans les cas des comportements précités. Initialement, la loi « Debré » du 24 avril 1997 n'avait pas intégré les étrangers gravement malades dans ces catégories de protection, qui existent depuis la loi du 29 octobre 1981[834]. De 1997 à 2003, la loi ne visait que la « *menace grave à l'ordre public* », prévue par l'article 23 de l'ordonnance du 2 novembre 1945[835], pour éloigner les étrangers gravement malades. C'est le projet de loi du 26 novembre 2003 tel que modifié par le Sénat[836], qui a étendu ce champ de protection quasi-absolue[837] aux malades[838].

276. Cette différence de traitement de l'étranger gravement malade en fonction du degré de menace qu'il représente créée une dichotomie entre droit au séjour et protection contre l'éloignement pour raisons médicales, plaçant ces deux dispositifs à deux échelles de protection différentes. Le législateur suit strictement les prescriptions du Conseil

832 S'il réside habituellement en France et « *si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé du pays de renvoi, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié* ».

833 CE, réf., 7 mai 2015, n° 389959. À ce sujet, lire notamment L. Carayon « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », *RDSS*, 2015, p. 843 ; J.-P. Vauthier, « Expulsion d'un étranger pour cause de trouble mental : quand le sécuritaire prime sur le sanitaire », *Revue Droit et Santé*, n°67, 2015, pp. 743-745 ; G. Marti, « Expulsion en urgence absolue de l'étranger atteint de troubles psychiatriques graves », *La Semaine juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, n°12, 29 mars 2016, p. 50.

834 Loi n° 81-973 du 29 octobre 1981 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

835 Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.

836 Projet de loi modifié par le Sénat, relatif à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, n° 1151, déposé le 16 octobre 2003.

837 GISTI, *Étrangers quel droit ?, Dalloz*, 2017, p 116 ; V. Tchen, « Expulsion – Interdiction judiciaire du territoire », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 233-66, 9 février 2017 ; D. Lochak, « Rupture... ou engrenage ? », *Plein droit*, vol. 88, n° 1, 2011, pp. 3-7.

838 Article 38 du projet de loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité, venant modifier l'article 26 de l'ordonnance du 2 novembre 1945*, préc.

constitutionnel en faisant prévaloir l'ordre public sur la délivrance d'une carte de séjour pour soins, mais s'en écarte pour ce qui est la protection contre l'éloignement, en réduisant considérablement le champ de l'ordre public à des atteintes graves et spécifiques. La compétence du législateur à régir le droit des étrangers aboutit ainsi à une différence de degré de protection octroyée à l'étranger gravement malade, en fonction qu'il fasse l'objet ou non d'une mesure d'éloignement. Cette dichotomie créée irrémédiablement une catégorie de « *ni-ni* »[839] : celles des étrangers gravement malades représentant une menace à l'ordre public autre que les comportements visés par l'article L. 521-3 5° du CESEDA, qui ne peuvent être régularisés, ni éloignés.

277. Cette différence de traitement amène à constater un statut légal divisé par le droit interne, avec la délivrance de plein droit d'une carte de séjour d'un an à la personne ne représentant pas de menace à l'ordre public ; une protection contre l'éloignement, mais pas de droit au séjour, à la personne représentant une menace à l'ordre public ; et une exposition à une mesure d'expulsion à la personne étrangère dont le comportement est « *de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'Etat, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes* »[840]. Les garanties juridiques de l'étranger gravement malade sont ainsi fluctuantes du fait de l'utilisation variable de l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public par le législateur selon la nature de l'obligation incombant à l'État : en cas d'obligation négative de ne pas éloigner, la situation personnelle de l'étranger prévaut sur la sauvegarde de l'ordre public, mais l'inverse se produit en cas d'obligation positive de délivrer un droit au séjour. À cet égard, la protection contre l'éloignement de l'étranger gravement malade serait davantage consacrée que le droit au séjour pour raisons médicales.

839 La catégorie juridique des « ni-ni » correspond aux étrangers « ni éloignables-ni régularisables », F. Julien-Laferrière, « Débattre autrement sur l'immigration », *Le Monde*, 2 mai 1996. L'expression « clandestins officiels » est aussi parfois utilisée, voir notamment J. Balarello, « *De la non régularisation au non éloignement, un risque majeur pour l'intégration et la cohésion nationale : les ''clandestins officiels''* », Rapport de la Commission d'enquête chargée de recueillir des informations sur les régularisations d'étrangers en situation irrégulière depuis le 1er juillet 1997, Sénat, 1998. L'expression consacrée en anglais est « twilight-statuses » : D. Martin, "Twilight Statuses: A Closer Examination of the Unauthorized Population", *Policy Brief, Migration Policy Institute*, June 2005, n° 2.

840 Article L. 521-3 du CESEDA.

278. Si la faiblesse des obligations constitutionnelles susceptibles de conduire à la consécration d'un droit à un séjour régulier en général a été établie, force est de constater que celles relatives aux étrangers gravement malades semblent malingres tant la marge de manœuvre laissée au législateur est grande. Le droit à la protection de la santé en tant qu'objectif constitutionnel semblerait davantage se satisfaire d'un dispositif de protection contre l'éloignement pour raisons de santé, déjà garantie par le droit conventionnel. S'il ne s'est jamais prononcé clairement sur la question du statut juridique de l'étranger gravement malade, l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel relatives au droit des étrangers permet de constater qu'il ne participe pas à sa consécration. Nous considérons qu'il participe davantage à empêcher cette dernière, car en faisant de l'objectif de maîtrise des flux migratoires une composante de l'objectif constitutionnel de sauvegarde de l'ordre public, il légitime les lois pouvant restreindre le droit au séjour et une protection contre l'éloignement de l'étranger gravement malade poursuivant un tel objectif. Cette absence de constitutionnalisation revient à remettre ce dernier aux mains des acteurs législatifs et prétoriens.

279. Conclusion du Chapitre 3. Alors que la jurisprudence de la Cour EDH revêt une certaine puissance au début des années quatre-vingt-dix, manifestée notamment par sa réception en droit interne par le Conseil d'État, le Conseil constitutionnel n'a pas suivi le même mouvement concernant l'étranger malade. L'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé n'a jamais été appliqué dans un sens protecteur aux étrangers par ce dernier : il l'a systématiquement neutralisé en privilégiant celui relatif à la maîtrise des flux migratoires. Il en résulte une « déconstitutionnalisation » du droit à la santé de l'étranger, révélatrice de la fragilité du statut juridique de l'étranger malade du fait de sa dépendance à la loi.

280. Cette dernière a pallié le défaut de garanties constitutionnelles, et jusqu'à récemment, conventionnelles, en lui consacrant une protection légale renforcée par rapport à d'autres catégories d'étrangers, comme en témoignent le plein droit du séjour et le quasi-absolutisme de la protection contre l'éloignement. Mais le revers de ce statut est qu'il se retrouve soumis aux diverses majorités parlementaires, comme en atteste la réforme restrictive induite par la loi du 16 juin 2011. Elle a mis en évidence une forme de fragilité du droit au séjour pour

raisons médicales qui, s'il est certes légalement consacré, peut faire l'objet de réformes affaiblissant sa portée, son efficacité, et son effectivité. Autrement dit, le seuil de gravité que l'état de santé de l'étranger doit présenter pour être *biolégitimé* par le droit (*i.e.* protégé) n'est pas stable, et peut facilement être augmenté par le législateur. Toutefois, la protection contre l'éloignement de l'étranger malade semble quant à elle moins précaire, celle-ci étant dotée d'une valeur supra-légale par le biais de l'article 3 de la CESDH.

281. Quant à la jurisprudence du Conseil d'État, elle influe sur ce statut juridique de manière paradoxale. En effet, si elle peut renforcer la protection légale octroyée à ce dernier, sa portée peut être neutralisée par le législateur, comme l'a montré la réforme de 2011. Malgré tout, grâce à certains dispositifs conventionnels (l'article 3 de la CESDH) et procéduraux (le référé-liberté), le Conseil d'État peut protéger l'étranger malade de manière relativement autonome vis-à-vis du législateur. La consécration de ce statut en droit interne apparaît ainsi parcellaire : dépourvu de protection constitutionnelle *strico sensu,* il est variablement protégé par le législateur et le juge administratif.

282. Il en ressort surtout un faible encadrement des pouvoirs exécutifs et législatifs par les normes supra-légales. Ces derniers peuvent en effet développer leur propre *gouvernementalité* du corps de l'étranger malade. Si celle-ci n'est pas absolue – en ce que les pouvoirs publics ne peuvent adopter une disposition qui supprimerait toute possibilité d'octroi d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé – elle leur permet néanmoins d'adopter des réformes qui viendraient modifier la procédure pour réduire considérablement le nombre d'étrangers malades protégés. Autrement dit, le législateur et le gouvernement disposent d'un pouvoir général d'appréciation considérable pour *normaliser* le processus de *catégorisation* de l'étranger malade.

283. Conclusion du Titre 1. Alors que l'étranger gravement malade pourrait être protégé par les normes supra-légales en raison de sa maladie, son statut d'étranger rejaillit systématiquement dans la jurisprudence, relativisant les protections octroyées par ces normes. Ainsi, pendant longtemps, la qualité d'étranger a prédominé sur son état de santé dans la jurisprudence de la Cour EDH, justifiant les limites du caractère universel des droits

fondamentaux[841]. Quelques brèches se sont toutefois ouvertes pour permettre d'appréhender la maladie de l'étranger par le prisme des droits fondamentaux.

284. L'étude du droit international, européen et national démontre une consécration dédoublée de l'état de santé de l'étranger comme motif de reconnaissance. En ce qui concerne le droit français, si le droit au séjour pour raisons médicales n'est consacré par aucune norme à caractère fondamentale, la loi lui octroie un statut assorti de garanties juridiques. Mais la dépendance de ce droit au séjour à la majorité parlementaire tend à affaiblir celles-ci, puisqu'une simple réforme législative suffit à les modifier, voire à les restreindre. Quant à la protection contre l'éloignement, si elle se trouve également consacrée par la loi, elle bénéficie de surcroît d'une protection par ricochet au titre du droit européen, ainsi que par la médiation de la liberté personnelle. La protection contre l'éloignement apparaît ainsi davantage garantie par les droits fondamentaux que le droit au séjour. Cette différence se justifie par la volonté de ne pas trop s'immiscer dans la prérogative étatique de maîtrise des flux migratoires. Ainsi, les normes supra-légales ne contraignent pas l'État à délivrer un titre de séjour à l'étranger malade (à le *biolégitimer*) : elles ne l'obligent qu'à *ne pas* l'expulser.

285. Les récents débats animant la Cour européenne des droits de l'Homme sur l'opportunité d'une telle protection viennent rappeler la fragilité de cette contrainte : à peine consacrée, la nouvelle protection octroyée à l'étranger malade est de nouveau débattue[842]. Cet inachèvement caractérise finalement ce statut « ascensoriel », appréhendé différemment selon les normes concernées, qui elles-mêmes réajustent ce statut en fonction des enjeux du moment : reconnu récemment par le droit européen qui l'avait quasiment exclu de son champ protecteur pendant plus de 20 ans, protégé de longue date par le juge administratif, consacré par la loi, puis affaibli par cette dernière qui finalement revient à l'état du droit originel, pour enfin être assorti de nouveaux mécanismes de garanties par le juge administratif. La compréhension de cette fragilité nécessite l'analyse de la construction de ce statut en droit interne. Son étude permet en effet de comprendre ce que *permet* ce faible encadrement normatif de l'étranger malade par les sources supra-légales : en l'occurrence, de préserver la

841 D. Lochak, *Les droits de l'homme*, La Découverte, p. 96.

842 Il est ici fait référence au renvoi de l'affaire *Savran c. Danemark* devant la Grande chambre de la Cour (Voir la section 2 du chapitre précédent).

souveraineté de l'État, en garantissant notamment la marge de manœuvre du législateur. Pour le dire autrement, le peu de contraintes normatives pesant sur le législateur et le gouvernement leur permet de catégoriser la maladie de l'étranger dans une logique de police des étrangers, au détriment d'une logique de protection de la santé. Les normes législatives et réglementaires ont en effet été modifiées pour appréhender de manière subtile la maladie de l'étranger, afin de mieux maîtriser les processus de *biolégitimation* de ce dernier. Sans exclure ni rejeter l'étranger malade, sa catégorisation a été réajustée pour permettre son « *inclusion serrée* »[843].

843 M. Foucault, *Les anormaux, op. cit.,* p. 46 : « *la norme porte avec soi à la fois un principe de qualification et un principe de correction. La norme n'a pas pour fonction d'exclure, de rejeter. Elle est au contraire toujours liée à une technique positive d'intervention et de transformation, à une sorte de projet normatif* ». Il fait ici référence aux travaux de G. Canguilhem, *Le Normal et le Pathologique, Paris,* 1972, pp. 169-222. Dans cet extrait, la notion de « norme » n'est pas mobilisée par Michel Foucault au sens juridique, mais en tant que « *concept polémique* ». Mais la mobilisation de cette idée au sens juridique apparaît pertinente, dès lors que la norme juridique vise également à catégoriser, donc à intégrer ou exclure.

Titre 2. Les réajustements successifs de la catégorisation légale

286. L'étude des normes supra-légales relatives à l'étranger malade a démontré les faiblesses de cet encadrement, faiblesses qui laissent une place importante aux autorités normatives nationales pour le catégoriser, au premier rang desquelles figure le législateur. En effet, les processus visant à *biolégitimer* l'étranger (à lui reconnaître un statut en raison de sa maladie) sont principalement issus du droit interne, et plus particulièrement, de quatre sources distinctes : la loi, les règlements, la jurisprudence administrative, et l'infradroit[844]. La compréhension de l'évolution de la catégorie « étranger malade » nécessite alors un regard historique sur ces sources afin de saisir la manière dont la maladie est *devenue* un motif de reconnaissance pour l'étranger. En effet, cette perspective historique permet de saisir la réaction des autorités normatives à l'émergence de la maladie dans le champ de la police des étrangers. Ces dernières ont en effet fait part de leurs vives réticences à toute reconnaissance officielle d'un statut à l'étranger malade, en raison de l'entrave que présente la maladie pour le contrôle de l'immigration. Ces réticences expliquent la catégorisation difficile, voire contrainte, de l'étranger malade en droit interne (Chapitre 1).

287. La reconnaissance d'un statut à l'étranger par les lois dites « Debré » du 24 avril 1997 et « Chevènement » du 11 mai 1998 s'est faite dans un contexte politique tendu, du fait de la crise sanitaire liée au VIH/sida, qui concernait particulièrement des étrangers[845]. L'augmentation rapide du nombre d'étrangers titulaires d'un titre de séjour pour soins – d'étrangers *biolégitimés* – a suscité un certain nombre de critiques visant à alerter les pouvoirs publics sur la nécessité d'encadrer davantage la catégorisation de l'étranger malade. Autrement dit, les processus de catégorisation devaient être réajustés pour permettre à l'État de maîtriser le flux de délivrance de titres de séjour pour soins. Il fallait dès lors définir un cadre juridique qui permettrait de *normaliser* le statut juridique de l'étranger malade : l'opération de catégorisation devait être modifiée pour permettre la « *maîtrise publique de la*

844 Sur la notion d'infradroit en droit des étrangers, lire notamment D. Lochak, « Observations sur un infradroit », *Droit social,* n° 2/1976, pp.56-62 ; A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France*, *ouvr. préc.*

845 S. Musso, « Faire preuve par l'épidémiologie : lectures ''indigènes'' des chiffres du sida en France », *Quaderni*, n° 68, 2009, pp. 71-82. Des études épidémiologiques mettent l'accent sur le lien entre précarité (administrative, financière, etc.) et exposition à des maladies infectieuses, qu'il s'agisse du VIH/sida ou du Covid-19. Sur la Covid-19, voir notamment N. Bajos et ali., « Les inégalités sociales au temps du COVID-19 », *in* IRESP, *Questions de santé publique,* n° 40, octobre 2020, 12 p.

réalité migratoire »[846] . C'est pourquoi les réformes adoptées tendent toutes à accroître le contrôle du *corps* de l'étranger par les acteurs procéduraux, afin de mieux maîtriser – restrictivement – la délivrance de titres de séjour pour soins (Chapitre 2).

Chapitre 1 : La genèse d'une catégorisation législative

Chapitre 2 : Une catégorie réajustée au gré de la politique migratoire

846S. Barbou des Places, « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *op. cit.*

Chapitre 1 : La genèse d'une catégorisation législative

288. La prise en compte de l'état de santé de l'étranger comme élément d'une demande de protection contre l'éloignement ou de titre de séjour pour soins est assez récente. Elle n'apparaît pas dans l'ordonnance du 2 novembre 1945[847], ne relevant alors que de l'infradroit. Ce silence permet au ministère de l'Intérieur de garder les coudées franches. On assiste alors à une difficile édiction d'un statut juridique à l'étranger en raison de son état de santé bouleversant les prérogatives régaliennes (Section 1). L'analyse des débats parlementaires relatifs aux textes légaux mettant en place ce statut révèle que sa consécration était loin d'être acquise, gouvernement et parlementaires étant opposés à l'inscription dans l'ordonnance de 1945 de dispositifs protégeant les étrangers gravement malades contre l'éloignement, et leur octroyant un titre de séjour. Cette reconnaissance forcée s'explique par le caractère « *révolutionnaire* »[848], d'un point de vue juridique et administratif, de la consécration légale de ces dispositifs, venant bouleverser l'appréhension de l'étranger malade par les autorités : la maladie est passée d'une approche casuistique à une approche objective ouvrant droit à un séjour de « plein droit » (Section 2).

Section 1 : Le bouleversement des prérogatives régaliennes par l'émergence de la maladie de l'étranger

Section 2 : 1997-1998 : l'adoption d'un statut légal

847 Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*. Voir notamment P. Weil, *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration 1938-1991,* Calmann-Lévy, 1991, 403 p.

848 Termes utilisés par le chef de la section "Séjour" du bureau des étrangers relevant du régime général et du droit communautaire au sein du ministère lors du vote des lois « Debré » et « Chevènement », entretien réalisé le 14 décembre 2016.

SECTION 1. LE BOULEVERSEMENT DES PRÉROGATIVES RÉGALIENNES PAR L'ÉMERGENCE DE LA MALADIE DE L'ÉTRANGER

289. Jusqu'à la fin des années 1990, la condition de l'étranger gravement malade était entièrement régie par le pouvoir discrétionnaire de l'administration lorsque cette question juridique survenait au guichet des préfectures. Les textes réglementaires et les archives consultées révèlent que, de 1983[849] jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, le gouvernement se saisit *a minima* de cette question, laissant une totale marge d'appréciation discrétionnaire aux préfectures. De cette politique des « petits pas » découle une réglementation complexe, et difficile à mettre en œuvre, oscillant entre un contrôle sanitaire limité et un droit de l'expulsion faiblement encadré (§1).

290. L'émergence du statut juridique de l'étranger gravement malade est directement liée à l'évolution des connaissances sur le VIH/sida à la fin des années quatre-vingt, puisque cette pathologie est prédominante parmi les cas où l'état de santé de l'étranger est opposé aux préfectures[850]. Cette épidémie amène le ministère de l'Intérieur à changer, au début des années quatre-vingt-dix, son mode d'appréhension de l'étranger gravement malade. C'est à partir de 1992 que la question d'une consultation nationale sur ce sujet émerge pour la première fois au sein du gouvernement. Loin de reposer uniquement sur une logique humanitaire, l'approche gouvernementale est tiraillée entre les tensions suscitées par le sujet et l'approche libérale[851] privilégiée (§2).

849 Première date à laquelle la maladie de l'étranger apparaît comme étant prise en compte par l'administration, selon les archives du ministère de l'Intérieur : Inspection générale de l'administration (IGA), *Rapport Mahaud : rapport de l'inspecteur sur la délivrance irrégulière de titres de séjours à des étranger pour soins médicaux en Seine-Saint-Denis*, 1991, cote d'archives 19960304/1.

850 Notamment selon les statistiques figurant dans le Projet de rapport du groupe de réflexion réuni à la Direction générale de la Santé (DGS) *sur la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du sida et passibles d'un arrêté d'expulsion* (version n° 8 du 8 avril 1994) (côte d'archives 19960368/63, extrait de type 2 : situation des étrangers malades faisant l'objet d'une expulsion).

851 Le terme « libérale » fait ici référence à une approche au cas par cas, casuistique, que privilégie le ministère de l'Intérieur, opposée à une approche juridiquement systématisée, encadrée, comme le demandent des associations, quelques parlementaires et membres du ministère de la Santé.

§1. L'APPRÉHENSION INITIALE DE LA MALADIE DE L'ÉTRANGER : ENTRE CONTRÔLE SANITAIRE LIMITÉ ET POSSIBILITÉ D'EXPULSION

291. Les enjeux liés au contrôle sanitaire des migrants sont assez anciens[852]. Mais progressivement, l'approche de la maladie de l'étranger évolue. À partir des années quatre-vingt, celle-ci n'est plus exclusivement abordée sous l'angle de la lutte contre les épidémies, mais aussi sous celui de protection individuelle de l'étranger (A). Ce glissement se poursuit de la fin des années quatre-vingt jusqu'au début des années quatre-vingt-dix, période au cours de laquelle la question de l'octroi d'une protection ou d'un titre de séjour à l'étranger gravement malade a, pour la première fois, émergé au sein des discussions du Gouvernement, dans le contexte de la crise sanitaire liée au VIH/sida en France (B).

A. D'un contrôle sanitaire prophylactique à une prise en considération individuelle de l'état de santé

292. Lorsqu'au début des années quatre-vingt, les préfectures se trouvent confrontées à une multiplication des cas d'étrangers invoquant leur état de santé pour l'obtention d'un titre de séjour ou une protection contre l'éloignement, aucune disposition légale, réglementaire, de même qu'aucune instruction ne prévoyait d'appréhender la maladie de l'étranger comme vecteur de régularisation. En effet, la santé de l'étranger n'était initialement appréhendée que par le prisme du contrôle sanitaire voir exceptionnellement, par celui du séjour spécifiquement prévu pour des soins de courte durée (1). Cette absence d'encadrement a impliqué un traitement juridique variable des cas d'étrangers gravement malades en fonction de l'administration territorialement concernée. Ce changement était d'autant plus nécessaire en raison de l'émergence du VIH/sida en France à la même période. Dès lors, au contrôle sanitaire de l'étranger visant à assurer la protection de la santé publique se substitue un contrôle sanitaire visant à assurer la protection de la santé individuelle de l'étranger (2).

1. L'état de santé de l'étranger appréhendé comme contrôle sanitaire préalable au séjour

293. Avant le début des années 1990, l'appréhension de l'état de santé de l'étranger par l'administration ne s'effectue que dans une finalité de santé publique, le contrôle sanitaire

852 Voir *supra,* Introduction.

pouvant aboutir au refus de délivrance d'une carte de séjour (a). Dans certains cas limités, la maladie de l'étranger pouvait toutefois justifier un motif de court séjour (b).

a) L'état de santé de l'étranger appréhendé comme motif de refus de séjour pour raison de santé publique

294. Selon un rapport de 1991 de l'Inspection générale de l'administration (IGA) portant sur « *la délivrance irrégulière de titres de séjour pour soins en Seine-Saint-Denis* »[853], la réglementation relative à la délivrance de titre de séjour pour raisons de santé était alors insuffisante. L'état de santé de l'étranger est alors appréhendé par les textes uniquement dans une perspective de contrôle sanitaire ayant une finalité de santé publique[854] : tous les étrangers arrivant en France et sollicitant une première carte de séjour, à quelque motif que ce soit, sont soumis à l'obligation du certificat médical délivré alors par l'Office des migrations internationales (OMI). Un arrêté du ministre chargé de la Santé du 30 juillet 1986[855] a prévu que ces étrangers doivent « *effectuer un examen clinique général* (…) *avant le départ du pays d'origine* »[856], dans une perspective de protection de la santé publique. Ce même arrêté listait en annexe les maladies « *mettant en danger la santé publique* » et celles « *compromettant l'ordre public ou la sécurité publique* ». Un arrêté du même ministre du 10 mars 1989[857] a supprimé les mentions à l'article 2 « *avant le départ du pays d'origine* » et à l'article 3 « *à titre exceptionnelle* »[858]. Il a ainsi prévu un contrôle sanitaire sur le territoire

853 IGA, *Rapport Mahaud : rapport de l'inspecteur sur la délivrance irrégulière de titres de séjours à des étranger pour soins médicaux en Seine-Saint-Denis,* préc.

854 Hormis une circulaire, voir *infra*. Le contrôle sanitaire des étrangers en France a été formellement instauré en 1945, avec la création de l'Office nationale d'immigration (ONI, devenu ensuite OMI, puis ANAEM, puis OFII, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3). L'ONI était chargé d'assurer le contrôle sanitaire des travailleurs étrangers et de leur famille. Au début des années quatre-vingt, cette visite médicale est étendue à d'autres catégories d'étrangers. Pour une brève histoire du contrôle sanitaire des étrangers par l'Office nationale d'immigration de 1945 aux années quatre-vingt, lire M. Wluczka. « Du contrôle sanitaire à la prévention, les enjeux de la santé des migrants », *Les Tribunes de la santé*, vol. 17, n° 4, 2007, pp. 39-45. Sur son évolution depuis, voir notamment J. Lecame, *Santé et droit(s) des étrangers en France, op. cit.*, p. 35 et s.

855 Arrêté du 30 juillet 1986 *relatif au contrôle sanitaire des étrangers autorisés à séjourner en France*.

856 Article 2 dudit arrêté.

857 Arrêté du 10 mars 1989 modifiant l'arrêté du 30 juillet 1986 relatif au contrôle sanitaire des étrangers autorisés à séjourner en France.

858 L'article 3 de l'arrêté prévoit : « *à l'issue des différents examens, il est délivré un certificat médical attestant que l'intéressé remplit ou ne remplit pas les conditions sanitaires. Sont seuls habilités à établir ces certificats :*
1° Les médecins de l'Office national d'immigration, le certificat portant obligatoirement dans ce cas le visa du chef de mission ou de centre de cet organisme.
2° A défaut, les médecins agréés auprès des représentants diplomatiques français. Les certificats délivrés par ces médecins doivent être visés par ces représentants.
Les résultats des certificats médicaux effectués à titre exceptionnel en France concernant les étrangers visés à l'article 1er sont communiqué aux médecins placés auprès des directeurs départementaux des affaires sanitaires et sociales intéressés ».

français. Au regard de ces textes réglementaires, la maladie n'était appréhendée par l'administration que comme motif de refus de titre de séjour, afin de protéger la santé publique[859].

b) L'état de santé de l'étranger appréhendé comme motif limité de séjour

295. Il ressort toutefois d'une circulaire, à laquelle se référaient les responsables de service des étrangers des préfectures, selon la mission de l'IGA[860], que l'état de santé était pris en compte dès 1973 comme motif de séjour en France[861]. Les situations envisagées par cette circulaire ne prévoyaient pas à proprement parler de droit au séjour pour raisons médicales : le premier cas de figure concerne l'étranger séjournant régulièrement pour un court séjour en France, mais qui ne peut quitter le territoire en raison de son état de santé. Une autorisation provisoire de séjour (APS) lui était alors délivrée jusqu'à ce que son état de santé lui permette de quitter le territoire : il s'agit de la première de statut de l'étranger malade issu de l'infradroit. Cette décision de délivrer une APS n'était pas prise au regard du système de santé dans le pays d'origine de la personne, mais au regard de la possibilité pour elle de voyager vers son pays d'origine. Il convient de relativiser toutefois cette possibilité de maintien temporaire sur le territoire français : elle est largement discrétionnaire, aucune procédure d'évaluation médicale n'est prévue, et cette circulaire s'inscrit dans le contexte des « *fameuses circulaires dites Marcellin-Fontanet de 1972 qui restreignent au maximum les possibilités de régularisation et expriment la volonté de revenir aux principes de l'ordonnance de 1945* »[862].

859 Comme l'a explicitement considéré le Conseil d'État dans l'arrêt Gisti du 20 mars 2000 : CE, 20 mars 2000, 205266 : « *Considérant que le contrôle médical auquel sont assujettis, en vertu de l'article L. 341-2 du code du travail et des articles 7, 11 et 12 du décret du 30 juin 1946 les étrangers qui présentent une demande initiale de titre de séjour n'a pas été institué dans le seul intérêt de ces personnes, mais a essentiellement pour objet la protection de la santé publique* ». S.Hennette-Vauchez, « Actes administratifs », *AJDA*, 2001, p. 188.

860 IGA, *Rapport Mahaud*, préc.

861 La circulaire du ministère de l'Intérieur du 31 octobre 1973, signée par Raymond Marcellin, est dotée d'une disposition intitulée « *malades* » selon lequel « *les étrangers entrés en France pour un court séjour et qu'une maladie empêche de quitter le territoire à l'expiration de la validité de leur titre de séjour peuvent obtenir une autorisation provisoire de séjour sur présentation d'un certificat médical. Ceux qui viennent pour s'y faire soigner voient leur admission au séjour réglementée conformément à la procédure prévue en faveur des étrangers résidents temporaires* »

862 D. Lochak, *Étrangers : de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 166. *Ibid.*, p. 250 : « *Parallèlement, et toujours dans la perspective de parvenir à contrôler les flux migratoires, les autorités françaises passent des accords bilatéraux avec les principaux pays d'émigration, fixant un contingent annuel de travailleurs admis en France. De même, le gouvernement met un terme, mais cette fois unilatéralement, en novembre 1974, au régime libéral dont bénéficiaient les ressortissants d'Afrique noire, à seule fin de pouvoir contrôler l'application effective de sa décision d'arrêté l'immigration* ». S. Slama, « Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires », *in* G.

296. Le second cas de figure correspond aux visas délivrés aux personnes nécessitant des soins qui ne peuvent être effectués dans leur pays d'origine, et qui présentent des garanties relatives à leur moyen d'existence[863] ou à la prise en charge de leurs frais hospitaliers[864]. Ces hypothèses concernent des personnes étrangères disposant de moyens suffisamment conséquents pour couvrir leurs frais de santé en France. Il ne ressort donc pas de ces textes réglementaires de véritables protections contre l'éloignement ou de droit au séjour pour raisons médicales. Selon nos recherches, ce constat est corroboré par la gestion préfectorale des cas d'étrangers invoquant leur état de santé à partir de 1983 : certaines préfectures commencent à contrôler l'état de santé de l'étranger pour sa propre protection.

2. Du contrôle sanitaire collectif pour la protection de la santé publique au contrôle sanitaire individuel favorable à l'étranger

297. Alors que le contrôle sanitaire de l'étranger pour protéger la société est encadré par plusieurs dispositions réglementaires, la prise en compte de l'état de santé de l'étranger pour sa propre protection est quasi-inexistant lorsque les préfectures sont confrontées à cette problématique en 1983. Le rapport de l'IGA concernant la délivrance irrégulière de titre de séjour pour soins en Seine-Saint-Denis[865] évoque d'ailleurs le fait que « *les titres provisoires de séjour sont réglementés au ministère de l'Intérieur par des textes trop vagues* », et ne renvoie qu'à la circulaire du 31 octobre 1973. Selon la mission de l'IGA[866], les responsables des étrangers des préfectures visitées par cette dernière s'y réfèrent. Une circulaire du 31

Koubi (dir.), *La littérature grise de l'administration*, Berger Levrault, 2015, p. 142 : *« les circulaires ''Marcellin-Fontanet'' mettent fin aux procédures de régularisation permanentes et constituent l'amorce, par les pouvoirs publics, des premiers contrôles du flux migratoire ».* Voir également D. Lochak, « Les circulaires Marcellin-Fontanet », *Plein droit,* n° 126, octobre 2020, p. 10.

863 Par exemple, l'article 3-1, 3ème alinéa du décret n° 87-645 du 30 juillet 1987 prévoit que « *lorsque la venue de l'étranger est motivée par une hospitalisation, l'étranger doit justifier qu'il satisfait aux conditions requises, pour l'admission dans les établissements publics d'hospitalisation* ».

864 L'article 22 du décret n°59-1510 du 29 décembre 1959 relatif aux dispositions financières et comptables à adopter à l'égard des hôpitaux et hospices publics, auquel renvoie le décret du 27 mai 1982 n° 87-645 précité, dispose quant à lui que **: «** *Dans le cas où les frais de séjour des malades ne sont pas susceptibles d'être pris en charge, soit par les services de l'aide médicale, soit par un organisme quelconque de sécurité sociale, soit par le ministère des anciens combattants et victimes de la guerre ou par tout autre organisme public, les intéressés, ou à défaut leur famille ou un tiers responsable, souscrivent un engagement d'acquitter les frais de toute nature afférents au régime choisi. Ils sont tenus, sauf dans les cas d'urgence, de verser au moment de leur entrée dans l'établissement une provision renouvelable égale à dix jours d'hospitalisation ; en cas de sortie avant l'expiration des dix jours, la portion de la provision dépassant le nombre de jours de présence est restituée* ».

865 IGA, *Rapport Mahaud*, préc.

866 Les préfectures de Seine-Saint-Denis, de Paris, et des Hauts-de-Seine.

décembre 1984[867] prévoit également un accès indirect au séjour. Elle indique que les préfets peuvent refuser la délivrance d'une carte de séjour temporaire aux étrangers ne présentant pas de visa long séjour, « *sauf à prendre en considération les situations particulièrement dignes d'intérêt* »[868]. Cette notion floue ouvre la voie à une appréhension de l'étranger gravement malade par le prisme de la « logique humanitaire », permettant de leur délivrer - discrétionnairement - des autorisations provisoires de séjour (APS). Mais le rapport Mahaud souligne que la « *réglementation est apparue complexe, fluctuante et la plupart du temps méconnue. Le régime des APS fait l'objet de dispositions fragmentaires* »[869].

298. En l'absence de réglementation sur le séjour des étrangers gravement malades, les services des préfectures gèrent localement et au cas par cas l'instruction des demandes de régularisation pour raisons de santé. À défaut d'instruction nationale sur cette problématique, le rapport indique par exemple que le préfet de Seine-Saint-Denis a fait remonter sa pratique au secrétaire d'État chargé de la famille, de la population et des travailleurs immigrés. En atteste une lettre du 30 mai 1983[870], par laquelle le préfet informe ce secrétariat que *« ses services sont fréquemment saisis de demande d'admission ou de prolongation de séjour pour soins médicaux, appuyés par des certificats de médecins de clientèle. Il est alors demandé à la D.D.A.S.[871] d'effectuer un contrôle de l'état de santé de l'intéressé qui est adressé à cet effet à un médecin assermenté de clientèle* ». Le préfet précise qu'il lui « *semblerait préférable que ce type de contrôle, pour être parfaitement objectif et harmonisé, puisse être fait par une structure unique, et dans un cadre non individuel. Ainsi, et si cela vous agréait, il pourrait être envisagé de demander à l'Office médical d'immigration[872], qui*

867 Circulaire du 31 décembre 1984 *portant application de la loi n° 84-622 du 17 juillet 1984 portant modification de l'ordonnance n° 45-3668 du 2 novembre 1945 et du décret n° 84-1078 du 4 décembre 1984 modifiant le décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 réglementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers*.

868 *Ibid.*

869 IGA, *Rapport Mahaud,* préc. La mission de l'IGA se dit « *frapper* » que « *le service n'ait pu produire aucune note, sinon ancienne, aucun rapport sur le contrôle médical des étrangers et, plus généralement, sur les conditions de délivrance des titres de séjour provisoires en Seine-Saint-Denis ; s'ils existent, cela signifierait que les réflexions sur les problèmes qu'ils posent ont été perdues de vue au milieu des préoccupations quotidiennes. Il ne suffit pas de signer des parapheurs de réponses à des interventions ou de faire des apparitions sur le terrain pour résoudre les problèmes complexes d'organisations et méthodes qui se posent dans le service, problèmes dont les chefs de sections improvisent les solutions à la mesure de leurs moyens* ».

870 *Ibid.*

871 Direction départementale des affaires sanitaires et sociales, remplacée en 2010 par les Agences régionales de santé.

872 Il semblerait que les rédacteurs du rapport visent en réalité l'Office national d'immigration (ONI), soit l'équivalent actuel de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

dispose d'un service structuré de contrôle médical, d'effectuer ces vérifications »[873]. Les auteurs du rapport de l'IGA ignorent la suite réservée à cette lettre, mais présument qu'elle n'a pas reçu de réponse favorable, compte tenu des dysfonctionnements observés par la suite dans ce département.

299. Cette absence d'encadrement réglementaire n'empêche pas pour autant le traitement au cas par cas de ces demandes de régularisation. Selon les archives du ministère de la Santé relative à un projet de rapport sur la question des personnes étrangères atteintes du sida faisant l'objet d'un arrêté d'expulsion, le médecin-chef de la préfecture de police de Paris aurait reçu, en 1992, 769 demandes d'autorisation temporaire de séjour pour soins : 52 % concerneraient des pathologies graves, 34,19 % des pathologies banales et 2,12 % des pathologies inexistantes, les pathologies graves étant relatives à la tuberculose, au diabète, et au sida[874].

300. Surtout, le rapport de l'IGA s'alarme de l'absence d'encadrement spécifique, qui implique des interventions répétées des ministères concernées auprès de la préfecture de Seine-Saint-Denis. Ces interventions « *proviennent essentiellement des 4ème et 5ème bureau de la direction des libertés publiques et des affaires juridiques et accessoirement du ministère des Affaires sociales ou des secrétaires d'État nommés auprès. Elles concernent des situations personnelles d'étrangers pour lesquels le ministère donne des instructions directes de délivrance de titre de séjour* »[875]. S'il est jugé « normal » que de telles interventions aient lieu occasionnellement, la mission de l'IGA souligne leur récurrence et surtout, l'absence d'encadrement : « *ce qui surprend c'est leur fréquence et leur caractère directif ; de telles pratiques laissent supposer que les bureaux sont plus préoccupés des dérogations pour résoudre les situations individuelles dont ils sont saisis que de l'élaboration des règles elles-mêmes* »[876].

301. En tout état de cause, il ressort clairement de ces documents qu'aucune réglementation nationale relative à l'instruction des demandes de titre de séjour pour soins

873 Ce qui révèle par la même occasion que dès le début, soit en 1983, le service médical de l'OFII est envisagé pour effectuer l'évaluation médicale (voir *infra*).

874 Projet de rapport du groupe de réflexion réuni à la Direction générale de la Santé (DGS) *sur la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du sida et passibles d'un arrêté d'expulsion (version n°8 du 8 avril 1994)*.

875 IGA, *Rapport Mahaud*, préc.

876 *Ibid.*

et de protection contre l'éloignement n'existe à cette période[877]. À la fragmentation des modes d'appréhension de l'état de santé de l'étranger s'ajoute une disparité des pratiques préfectorales, le contrôle sanitaire de l'étranger n'étant pas harmonisé à l'échelle nationale. Cette fragmentation du statut de l'étranger gravement malade, favorisant une hétérogénéité des pratiques locales, tend à s'estomper avec l'intervention de l'administration centrale.

B. La première instruction spécifique : la possibilité d'expulser les étrangers atteints du sida

302. La consultation des archives ministérielles révèle que c'est en 1988 que le premier véritable encadrement du statut juridique de l'étranger gravement malade par les ministères de l'Intérieur et de la Santé. Il concerne les étrangers que le ministère de l'Intérieur souhaite expulser en raison des infractions qu'ils ont commises. Cette situation a alors été qualifiée dans le milieu militant de « *double peine* »[878], car ces étrangers sont condamnés à une peine de prison pour l'infraction commise, et à une mesure d'éloignement à l'issue de ladite peine[879]. C'est dans ce cadre que le ministère de l'Intérieur a consulté le ministère de la Santé et de l'action humanitaire au début de l'année 1988 pour savoir s'il était possible d'expulser les « *''étrangers séropositifs'' résidant sur le territoire français et devant être expulsés à la suite d'actions graves contrevenant aux lois du pays sur lequel ils résident* »[880]. Par une note du 3 février 1988, le professeur Alain Pompidou, conseiller scientifique au ministère de la Santé, estime qu'il faut distinguer selon que la personne présente des symptômes ou non. Selon ce dernier, « *les séropositifs ne présentant aucun symptôme ne sont pas malades et ne doivent bénéficier d'aucune disposition particulière* ». Cette position apparaît particulièrement restrictive lorsqu'elle est mise dans le contexte scientifique et médical de l'époque.

303. En effet, selon l'avis du Comité consultatif national d'éthique pour les sciences de la vie et de la santé à propos des problèmes éthiques posés par l'appréciation des risques du sida

877 La présente partie ne fait référence qu'à la réglementation de la situation des étrangers gravement malades par l'administration. L'inexistence d'une telle réglementation n'exempte pas l'administration d'agir dans un certain cadre juridique. En effet, dès 1990, le Conseil d'État a considéré que préalablement à l'exécution d'une mesure d'éloignement, l'administration devait évaluer les conséquences d'une gravité exceptionnelle qu'aurait l'exécution de cette mesure sur la situation personnelle de l'intéressé. Sur ce sujet, voir le chapitre précédent.

878 J.-L. Guerrive, « Double peine et police des étrangers », *art. préc*.

879 L. Mathieu, *La double peine. Histoire d'une lutte inachevée*, *op. cit.*

880 Archives du ministère de l'Intérieur, côte 20030517/14 , article 14 de ladite cote, « Question de l'éloignement des étrangers gravement malades - l'expulsion des étrangers atteints du Sida, 1988, 1992, 1993 ».

par la recherche d'anticorps spécifiques chez les donneurs de sang du 13 mai 1985[881], « *la signification de la séropositivité* [...] *chez un individu apparemment bien portant est totalement inconnue. Nul ne sait, en particulier, qui est protégé ou qui va évoluer vers la maladie, ni qui est porteur du virus capable de se propager et donc contagieux* ». Autrement dit, « *l'évolution d'une maladie encore présente, mais qui n'aura pas de lendemains préoccupants : elle peut être enfin l'annonce d'une maladie qui va s'affirmer dans la plénitude symptomatique et l'inquiétude. Il faut encore ajouter que, dans ce dernier cas, l'incubation peut être longue, plusieurs mois, un an et plus, ce qui risque de rendre l'attente difficilement supportable* »[882]. En tout état de cause, une telle position du ministère de la Santé équivalait à permettre au ministère de l'Intérieur de renvoyer des étrangers atteints du VIH vers leur pays, sans aucune considération de la possibilité de prise en charge médicale dans le cas où des symptômes de la maladie se déclareraient. Les recherches effectuées aux archives n'ont pas permis de déterminer le nombre de personnes séropositives réellement expulsées. Mais l'expulsion condamnait à une mort certaine en cas de déclaration de la maladie. De double, la peine passait à « triple »[883] pour ces étrangers expulsés.

304. Dans la même note de 1988, le ministère de la Santé vise ensuite le cas de l'étranger traité « *par antiviral de type azidothymidine*[884]*, prescrit par un médecin accordé après examen du Comité hospitalier de distribution de ce médicament* »[885]. Dans ce cas, « *il préconise que la poursuite de son traitement requiert qu'il puisse bénéficier de ce médicament au moins pour trois mois* »[886]. Dans la mesure où, à l'époque, la délivrance de ce traitement n'est possible qu'à l'hôpital, le ministre de la Santé propose la mise en place d'un dispositif permettant l'expulsion d'étrangers séropositifs : en cas d'expulsion, le ministère de l'Intérieur pourra « *prendre contact avec la Direction des Hôpitaux du Ministère de la Santé* », qui « *fera le nécessaire pour joindre la pharmacie hospitalière et le responsable des services financiers de l'établissement dont dépend le malade, de façon à tenir prête une provision de trois mois contre*

881 CCNE, *Avis concernant les problèmes éthiques posés par l'appréciation des risques du SIDA,* avis n° 6, 13 mai 1985, p. 4.
882 *Ibid.*
883 Le terme de « triple peine » est utilisé par le Collectif contre l'expulsion des malades et le Comité contre la double peine : E. M'Baye, *De la contradiction en politiques publiques : l'action publique en direction des migrants atteints par le VIH/sida en France*, *op. cit.*, p. 571.
884 Il s'agit du premier médicament utilisé pour le traitement de l'infection par le VIH.
885 Côte 20030517/14, préc.
886 *Ibid.*

remboursement, dans la mesure où la personne qui devra en bénéficier est elle-même solvable »[887].

305. Cette instruction revient à admettre la possibilité d'expulser les personnes étrangères atteintes du sida. Elle est d'ailleurs considérée comme particulièrement peu contraignante par le ministère de l'Intérieur[888]. Comme le souligne en 1993 Jean-Marc Sauvé – directeur de la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques (DLPAJ) – dans une note interne adressée au ministre de l'Intérieur Paul Quilès, « *le ministère de l'intérieur disposait depuis 1988 d'une position de ce département, signée par le professeur Alain Pompidou, qui était particulièrement peu contraignante pour l'administration. M. Pompidou reconnaissait en effet à l'administration le droit d'expulser des séropositifs et même des malades atteints d'un sida évolutif, sous réserve que soit autorisé le retour périodique en France pour se procurer les médicaments nécessaires au traitement du sida* »[889]. La première instruction spécifique au traitement de l'étranger gravement malade, en particulier concerné par le VIH, ne consacre donc aucune protection et valide la possibilité d'expulser pour le ministère de l'Intérieur. Toutefois, cette instruction ne semble pas avoir fait l'objet d'une large diffusion au sein de l'administration, puisque le rapport de l'IGA n'en fait pas mention, tout comme les trois préfectures inspectées pour l'établissement de ce dernier rapport.

306. La fin des années 1980 et le début des années quatre-vingt-dix correspondent à la très courte période de convergences de vues entre les ministères de l'Intérieur et de la Santé, dont les positions commencent à diverger à partir de 1992, année où la question d'une véritable consultation nationale sur l'appréhension du statut juridique de l'étranger gravement malade émerge au sein des ministères.

§2. L'APPRÉHENSION DIVERGENTE DE L'ÉTAT DE SANTÉ DE L'ÉTRANGER : ENTRE TENSIONS GOUVERNEMENTALES ET APPROCHE LIBÉRALE

307. La question de l'éloignement des étrangers gravement malades en situation irrégulière s'impose au début des années 1990 dans le débat public grâce à la mobilisation des

887 *Ibid.*
888 *Ibid.*
889 *Ibid.*

associations de malades et de défense des étrangers. Les ministères concernés se saisissent davantage de cette problématique, à tel point que la question d'une consultation nationale émerge dès 1993. La consultation des archives ministérielles[890] révèle que la question du statut juridique de l'étranger gravement malade provoque de vives tensions entre ministères. Alors que les motivations du ministère de l'Intérieur n'étaient pas uniquement humanitaires (A), deux tentatives d'adoption d'un statut législatif et réglementaire témoignent d'une prédominance de la préoccupation de la maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé individuelle et publique (B).

A. L'émergence de la protection contre l'éloignement : une motivation « humanitaire » de façade

308. La motivation « humanitaire » a souvent été avancée par le ministère de l'Intérieur pour justifier le traitement discrétionnaire des dossiers étrangers gravement malades contre l'éloignement. Mais la réaction des hauts fonctionnaires de ce ministère face à l'évolution de la position du ministère de la Santé sur la question du renvoi des personnes étrangères atteintes du sida révèle qu'en réalité, la mise en cause de leur responsabilité pénale et de celle des préfets était également en jeu (1). Elle provoque également l'embarras du ministère de l'Intérieur, qui craint de voir la police des étrangers subordonnée au pouvoir médical (2).

1. Un embryon de protection motivée par le risque pénal et politique

309. Par un courrier du 31 décembre 1992 adressé à Bernard Kouchner, ministre de la Santé et de l'Action humanitaire, Paul Quilès, ministre de l'Intérieur, l'informe que « *de plus en plus fréquemment, des ressortissants étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement, qu'elle soit administrative (arrêté ministériel d'expulsion ou arrêté préfectoral de reconduite à la frontière) ou judiciaire (interdiction temporaire ou définitive du territoire français), invoquent leur état de séropositif ou de sidéen pour solliciter une régularisation de leur situation administrative à titre humanitaire ou la non mise à exécution de la mesure d'éloignement qui les frappe* »[891]. Cela est le fruit du travail des associations, en particulier de l'Action pour les Droits des Malades Étrangers en France (ADMEF), qui a permis de visibiliser

890 Sur les archives du ministère de l'Intérieur, lire J.-P. Namont, « Les étrangers en France à travers les archives du ministère de l'Intérieur », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, vol. 28, n° 2, 2008, pp. 141-146.
891 Côte 20030517/14, préc.

le traitement des dossiers malades étrangers par les préfectures[892]. Act-Up-Paris s'était également fortement mobilisé contre les expulsions de personnes malades du sida vers leur pays d'origine, en l'absence d'accès à un traitement médical efficace[893]. La première action en direction des étrangers malades remonte à 1991 lors de l'expulsion vers l'Espagne d'un malade du sida[894].

310. Face à cette pression associative, le ministère de l'Intérieur demande si la position du professeur Alain Pompidou de 1988 était toujours d'actualité, « *des problèmes de ce type étant de plus en plus soulevés par les bureaux des étrangers des préfectures* ». Le 15 janvier 1993, le ministère de la Santé indique la position du ministre, Bernard Kouchner : « *cinq ans après cette position, et en tenant compte de l'amélioration des connaissances que nous avons sur cette maladie, il me paraît essentiel de préciser : - que toute personne séropositive est en soi aujourd'hui en danger de mort à terme. – que les progrès thérapeutiques font que de plus en plus tôt à des stades asymptomatiques, les patients se voient proposer des traitements qui peuvent retarder l'échéance de la maladie* ». Il apparaît alors nécessaire au ministre de la Santé de « *distinguer deux situations : 1) soit la personne est déjà sous traitement antiviral quelle que soit sa situation clinique et l'expulsion ne peut être prononcée que vers des pays où il est certain qu'elle pourra poursuivre son traitement de façon inchangée. 2) soit la personne n'est pas traitée et il serait souhaitable que le dossier médical passe devant une Commission d'experts qui puisse certifier que des mesures médicales particulières ne sont pas nécessaires* ». La position du ministère de la Santé a ainsi évolué depuis 1988 : il n'est plus question d'expulser les personnes porteuses du VIH avec trois mois de traitements en provision, mais de s'assurer qu'ils pourront le poursuivre à long terme dans leur pays d'origine. Quant aux personnes qui ne sont pas encore sous traitement, elles pourraient toujours faire l'objet d'une mesure d'éloignement, mais seulement après une expertise.

892 E. M'Baye, *De la contradiction en politiques publiques : l'action publique en direction des migrants atteints par le VIH/sida en France*, *thèse préc.*, p. 252.

893 M. Celse, « Étrangers : la valise et le cercueil », *in* Act Up-Paris, *Le sida, combien de divisions ?* Éditions Dagorno, 1994, p. 271.

894 E. M'Baye, *De la contradiction en politiques publiques : l'action publique en direction des migrants atteints par le VIH/sida en France*, *thèse préc.*, p. 250. Sur la mobilisation associative, lire notamment S. Musso, « L'étranger malade : une cause devenue digne d'être défendue », *Plein droit*, 2016, vol. 111, n° 4, pp. 44-48 ; A. Veisse, et D. Maille, « Le statut paradoxal des malades étrangers », *Plein droit*, 2001, vol. 47-48, n° 1, pp. 26-28.

311. À la suite de ce courrier, le directeur des LPAJ, Jean-Marc Sauvé, transmet une note interne à Paul Quilès[895]. Il commente cette nouvelle position, qui « *pose des problèmes politiques, juridiques et déontologiques très importants* », car elle « *signifie qu'il est impossible de reconduire à la frontière des étrangers non seulement sidéens mais aussi séropositifs, sauf si, dans ce dernier cas, une commission d'experts certifie que les mesures médicales particulières ne sont pas nécessaires* ». Il indique que si le ministère de l'Intérieur « *choisissait d'ignorer la position de ce ministre, vous exposeriez votre responsabilité politique voie pénale et les hauts-fonctionnaires concernés (préfets et directeur des libertés publiques) engageraient leur responsabilité personnelle, voire disciplinaire et pénale, s'il apparaissait que pendant des semaines, de mois ou des années, en méconnaissance des analyses claires du ministre de la santé et de l'action humanitaire, les expulsions d'étrangers séropositifs se sont poursuivies* »[896]. Cette précision de Jean-Marc Sauvé est intéressante, car elle permet d'analyser l'émergence de la protection contre l'éloignement sous un autre angle que celui de « *l'accord existant dans le monde politique* »[897] sur la question. Au sein du ministère de l'Intérieur, il existait une crainte que des responsabilités pénales, personnelles et disciplinaires des hauts-fonctionnaires et des préfets puissent être engagées. Cette considération peut être rapprochée l'affaire du sang contaminé qui émerge à cette époque[898].

895 Il est d'ailleurs intéressant de relever le fait que c'est à la suite de ce courrier du ministère de la Santé que le DLPAJ choisit d'interpeller le ministre de l'Intérieur sur ce sujet. Autrement dit, de « politiser » la question de l'étranger gravement malade. Paul Quilès, dans un entretien avec Jean-Michel Eymeri, tiendra d'ailleurs en novembre 1996 les propos suivants : « *il faut distinguer ce qui vient du ministre, qui est une impulsion politique [...] et ce qui vient des services, ou est arrivé à leur niveau, et à c'est à eux de voir, c'est éminemment le rôle du directeur d'administration centrale qui doit avoir le sens politique, sentir, estimer ce qu'il doit soumettre au ministre* », *in* J.-M. Eymeri, « Frontière ou marches ? De la contribution de la haute administration à la production du politique », *in* J. Lagroye (dir.), *La politisation*, Belin, 2003, p. 54.

896 Côte 20030517/14, préc.

897 D. Fassin, « Santé et immigration, Les vérités politiques du corps », *art. préc*.

898 À ce sujet, lire O. Beaud, *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999, 171 p. Il convient cependant de relativiser le risque d'engagement de la responsabilité pénale des préfets : « *on ne peut parler des contraintes juridiques qui pèsent sur l'activité d'un préfet sans évoquer ce qu'il est convenu d'appeler le ''risque pénal'', risque à la hauteur des responsabilités qui sont les siennes, risque omniprésent dans des missions aussi différentes que le maintien de l'ordre, la police sanitaire, ou encore la délivrance d'autorisations les plus diverses, risque parfois jugé excessif. Sont principalement susceptibles de mettre en cause un préfet les délits d'atteinte involontaire à l'intégrité physique ou à la vie. Ce risque, opportunément tempéré par l'article 121-3 du Code pénal pour ceux qui n'ont pas causé directement le dommage, ce qui sera pratiquement toujours le cas d'un responsable public, est vécu plus comme un aiguillon que comme un facteur de paralysie de la décision publique* », F. Lamy, « Le préfet et le droit », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, pp. 542-543

312. Le courrier de réponse du ministère de la Santé constitue une analyse interne au Gouvernement, qui plus est non publié : c'est ainsi sur la base d'une doctrine interne que le ministère de l'Intérieur a permis d'octroyer, par précaution, une protection contre l'éloignement aux personnes étrangères atteintes du sida, en transmettant une note aux préfectures à ce sujet, synonyme d'émergence d'un statut pour les étrangers malades. La question du renvoi des étrangers gravement malades illustre ainsi parfaitement « *toute la dialectique du droit administratif* », qui « *consiste à trouver un équilibre entre la nécessité de reconnaître à l'administration un certain nombre de prérogatives de puissance publique et celle de protéger le mieux possible les droits des administrés face à l'administration* »[899].

2. Une protection « *catastrophique* » pour la maîtrise de l'immigration irrégulière : les craintes de la subordination de la police des étrangers au pouvoir médical

313. La consultation des archives ministérielles révèle également les tensions entre les objectifs différents poursuivis par les ministères de la Santé et de l'Intérieur. La note interne précitée de la DLPAJ transmise par Jean-Marc Sauvé à Paul Quilès indique que « *si le ministère de l'intérieur suit à la lettre les prescriptions de M. Kouchner, il n'y aura plus aucune reconduite à la frontière : tout étranger frappé d'une mesure d'éloignement invoquera la qualité de séropositif. Les certificats de complaisance qu'il sera difficile de déceler achèveront de désorganiser le dispositif de contrôle des flux migratoires. Au surplus, la porte qu'entrouvre M. Kouchner (la commission d'experts) revient à subordonner entièrement la police des étrangers au pouvoir médical. En termes de maîtrise de l'immigration irrégulière, la position du ministre de la santé et de l'action humanitaire risque donc de s'avérer à brève échéance catastrophique* »[900]. Les arguments utilisés par le directeur de la DLPAJ empruntent deux rhétoriques récurrentes propres au ministère de l'Intérieur sur les étrangers gravement malades : celle des « manœuvres dilatoires », qui consistent pour les personnes étrangères à user de la moindre « qualité » ou procédure pour rester sur le territoire[901], et celles selon laquelle une partie du corps médical serait complaisant. Ces arguments ont été régulièrement utilisés par des responsables politiques pour rejeter des amendements tendant à rationaliser le dispositif de régularisation pour soins, et font également écho à la

899 M. Waline, *Précis de droit administratif*, 14e éd., Dalloz, 1970, p. 281.
900 Côte 20030517/14, préc.
901 Voir *infra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 3.

rhétorique des étrangers fraudeurs[902]. Elle a notamment été utilisée pour réformer le dispositif de régularisation pour soins en 2016[903].

314. Les craintes exposées par la DLPAJ n'ont jamais été confirmées, comme le démontrent les chiffres relatifs aux mesures d'éloignement pour l'année 1994. Selon l'avis du Conseil national du sida (CNS) du 18 décembre 1995[904], environ dix mille étrangers ont fait l'objet d'une mesure de reconduite à la frontière en 1994[905]. Or, toujours selon les données obtenues par le CNS via « *le service chargé des questions de santé à la Direction de la population et des migrations (DPM)*[906] *au ministère des Affaires sociales et de la Santé* », « *le nombre d'étrangers en situation d'irrégularité de séjour séropositifs au VIH, identifiés par le ministère de la Santé et vivant dans des conditions d'extrême précarité est d'environ cinq cents. Trois cents de ces personnes seraient sous le coup d'une mesure d'éloignement. Par ailleurs, quatre cent soixante particulièrement sensibles sur le plan humanitaire, toutes pathologies confondues, ont donné lieu à une intervention du ministère* »[907]. Si ces données ne concernent que la région parisienne, elles permettent néanmoins de relativiser l'impact d'une protection humanitaire accordée aux étrangers atteints du VIH/sida.

315. Refusant de laisser sans réponse la position du ministère de la Santé, et comme « *l'abstention d'y donner une suite quelconque constituerait déjà une réponse* », Jean-Marc Sauvé propose d'adresser un télégramme aux préfets, pour leur demander, d'une part, de ne pas procéder à l'éloignement vers un pays « *dont l'équipement médical serait insuffisant* » les étrangers « *atteints du sida évolutif, sous réserve que cette maladie soit justifiée* », ce qui serait « *la confirmation des pratiques actuelles* »[908]. D'autre part, il propose « *de soumettre les dossiers des étrangers qui justifieraient de leur séropositivité et qui seraient frappés d'une*

902 D. Lochak, « Réactions en chaîne », *Plein droit*, n° 88, 2011, pp. 8-9.

903 Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative *au droit des étrangers en France*. Voir notamment Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

904 Conseil national du sida, *Avis portant sur la situation des personnes atteintes par le VIH de nationalité étrangère et en irrégularité de séjour*, 18 décembre 1995.

905 Ce chiffre correspond à l'exécution des arrêtés préfectoraux de reconduite à la frontière.

906 Créée en 1966 au sein du ministère des Affaires sociales, la Direction de la population et des migrations (DPM) est le produit de la fusion de plusieurs instances administratives : des services issus de la Direction de l'emploi, du ministère de la Santé et des structures administratives en charge des migrants algériens. Sur ce sujet, lire notamment S. Laurens, *Hauts fonctionnaires et immigration en France. Socio-histoire d'une domination à distance (1962-1981)*, *ouvr. préc*.

907 CNS, *Avis portant sur la situation des personnes atteintes par le VIH de nationalité étrangère et en irrégularité de séjour*, préc., p. 5.

908 Côte 20030517/14, préc.

mesure d'éloignement, à une commission d'experts médicaux qui seraient désignés par l'administration ». Si cette dernière émettait un avis négatif, « *l'éloignement ne serait pas exécuté vers un pays dont l'équipement médical serait insuffisant et les étrangers en cause seraient munis d'une assignation à résidence. La prise en compte se ferait donc au stade de l'exécution éventuelle (et non du prononcé) de la mesure* »[909]. Le directeur de la DLPAJ précisa enfin qu'il n'apparaissait « *pas opportun d'entrer dans la distinction de M. Kouchner entre les séropositifs sous traitement et ceux qui ne sont pas traités. Une telle distinction, dans la mesure où elle protège contre la reconduite à la frontière le séropositif sous traitement risquerait de conduire à la multiplication de traitements prétextes* »[910]. Cette dernière précision confirme la méfiance du ministère de l'Intérieur à l'égard du corps médical : considérer que des médecins placeraient sous traitement des personnes étrangères par complaisance, afin de leur éviter une mesure d'éloignement, revient à négliger la déontologie de ces derniers. Ces archives démontrent ainsi les tensions au sein de l'Exécutif suscitées par la question de la protection contre l'éloignement des étrangers atteints du VIH/sida, qui aboutissent à la première ébauche d'un statut juridique de l'étranger gravement malade. Sans l'avis du ministère de la Santé de 1993, le ministère de l'Intérieur n'aurait pas été amené de protéger cette catégorie d'étrangers contre l'éloignement.

316. Selon des notes manuscrites du ministre de l'Intérieur Paul Quilès figurant en marge de la note adressée par Jean-Marc Sauvé, l'évolution de la position du ministère de la Santé « *crée évidemment un problème, mais le critère de distinction qu'il propose entre les gens traités et non traités a le mérite de la clarté* »[911]. Le ministre de l'Intérieur hésite toutefois à envoyer un télégramme aux préfets, craignant « *un effet ''usine à gaz'' difficile à maîtriser* », et accepte l'idée d'un débat interministériel sur la question[912]. Afin de lancer ce débat, il adresse une lettre le 8 mars 1993 au Premier ministre socialiste Pierre Bérégovoy, l'informant de ses échanges avec le ministère de la Santé. Il indique à Matignon que le suivi des orientations du ministère de la Santé serait à « *brève échéance catastrophique* », mais que son « *département est tout à fait conscient de ses responsabilités et des devoirs dans le domaine humanitaire* »[913]. Il conclut sa note en demandant au gouvernement « *d'arrêter une position d'ensemble sur ce*

909 *Ibid.*
910 *Ibid.*
911 *Ibid.*
912 *Ibid.*
913 *Ibid.*

dossier et de procéder à un arbitrage nécessairement délicat entre les risques sanitaires auxquels pourraient être exposés certains étrangers et la maître des flux migratoires », « *la qualité de séropositif étant de plus en plus fréquemment alléguée pour faire échec aux procédures d'éloignement du territoire français* »[914]. À la suite de cette note, le nouveau Gouvernement de cohabitation, dirigé par Édouard Balladur, valide le principe de l'édiction d'une circulaire interministérielle destinée à clarifier la prise en compte de l'état de santé des étrangers faisant l'objet d'une mesure d'éloignement[915], en missionnant les ministres de la Santé et de l'Intérieur[916] pour édicter un projet de circulaire. Ce premier encadrement gouvernemental s'accompagne de tentatives de parlementaires de légiférer sur la question. Elles vont toutes échouer. La maîtrise des flux migratoires[917] constitue un credo l'emportant sur les garanties octroyées aux étrangers malades.

B. Échecs d'un encadrement législatif

317. Au milieu des années 1990, trois tentatives d'encadrement législatif ont eu lieu : la première est issue d'un amendement proposant d'insérer dans l'ordonnance de 1945 une disposition visant à ne pas expulser les personnes gravement malades condamnées à une « double peine ». La seconde prend la forme d'une circulaire régissant le statut général du malade étranger. Mais la majorité socialiste s'est dans un premier temps opposée à l'encadrement légal du pouvoir discrétionnaire des préfets (1). Les deux autres tentatives concernent deux projets de circulaires, l'une sur l'initiative du Premier ministre Édouard Balladur en 1994, et la seconde sur celle du secrétariat d'État à l'Action humanitaire en 1996, Xavier Emmanuelli. Mais aucun de ces deux projets de circulaire n'a abouti, notamment au regard de la lourdeur d'un tel dispositif, et surtout, face aux réticences persistantes du ministère de l'Intérieur, privilégiant ainsi une marge d'appréciation de l'administration au détriment d'une sécurisation du séjour des étrangers gravement malades (2).

914 *Ibid.*

915 Au début des années quatre-vingt-dix, le juge administratif est déjà venu encadrer l'éloignement des étrangers malades, notamment par l'intermédiaire de l'arrêt *Olmos Quintero.* Sur ce sujet, voir le chapitre précédent. Lire notamment F. Mallol, « Sida, droit au respect de la vie familiale et reconduite à la frontière », *RDSS,* 1995, p. 428.

916 En mars 1993, Simone Weil a remplacé Bernard Kouchner au poste de ministre de la Santé, et Paul Quilès a été remplacé par Charles Pasqua au ministère de l'Intérieur.

917 La loi n° 93-1027 du 24 août 1993, dite « Pasqua », s'appelle d'ailleurs loi *relative à la maîtrise de l'immigration*.

1. Une majorité parlementaire socialiste réticente à l'encadrement du discrétionnaire

318. C'est en 1992 que la première tentative d'amendement visant à encadrer le statut juridique de certains étrangers gravement malades prend la forme de trois amendements déposés dans le cadre du projet de loi portant diverses mesures d'ordre social[918]. Ils visent à protéger contre l'éloignement les personnes condamnées à une « double peine » dès lors qu'ils sont atteints « *d'une pathologie grave nécessitant des soins complexes* »[919]. C'est le Collectif contre l'expulsion des malades, créé en 1991, parallèlement au Comité contre la double peine, lutte pour empêcher l'éloignement des personnes condamnées à une double peine et atteintes du VIH/sida. Selon ces collectifs associatifs, de tels éloignements condamneraient celles-ci à mort (la « triple peine »). À défaut d'être adoptés par la majorité socialiste, ces amendements ont incité le Gouvernement à se saisir de cette thématique. Dans la lettre adressée au Premier ministre Pierre Bérégovoy, le ministre de l'Intérieur Paul Quilès se dit défavorable à un tel amendement. Il lui apparaît inutile, en référence aux aux instructions données par le ministère de la Santé donnée en 1988, car *« il vise des situations humanitaires d'ores et déjà prises en compte par le ministère de l'intérieur et de la sécurité publique lors de la mise à exécution des mesures d'éloignement* »[920]. Le ministre soutient qu'un tel amendement, s'il était adopté, « *ne réglerait pas les problèmes auxquels l'administration est confrontée et susciterait de nombreuses difficultés* »[921].

319. Selon son analyse, quatre problèmes principaux se posaient. Le premier est relatif à l'évaluation de l'état de santé de l'étranger : « *il ne suffit pas d'alléguer que l'on est atteint du sida, comme certains étrangers, ou leurs familles ou des associations le soutiennent, pour être protégées contre une mesure d'expulsion. Il faut encore apporter des éléments précis à l'appui de*

---

918 Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.

919 Amendement présenté par M. Serusclat, Mme Dieulangard et les membres du groupe socialiste et apparenté : « *après l'article 19 quater, insérer un article additionnel ainsi rédigé : le paragraphe II de l'article 21 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France est complété, in fine, par un alinéa ainsi rédigé : ''...soit qu'il est atteint d'une pathologie grave nécessitant des soins complexes''* ». Deux autres amendements, rédigés dans les mêmes termes, ont été déposés dans le cadre de cette loi : un par les membres du « groupe communiste et apparenté », et l'autre par la commission des affaires culturelles, par le biais de M. Recours et M. Belorgey : *''le paragraphe II de l'article 21 bis de l'ordonnance n° 45-2658 du 2.11.1945 : « 3° soit qu'il est atteint d'une pathologie grave nécessitant des soins complexes''* ».

920 Côte 20030517/14, préc. Il s'agit de la prise en compte de la jurisprudence récente du Conseil d'État en la matière, notamment les arrêts *Babas* et *Belgacem* (préc.) par lesquels il met en balance l'exigence de sauvegarde de l'ordre public avec le droit à la vie privée et familiale de l'étranger.

921 *Ibid.*

cette affirmation, dans le respect du secret médical. Il va de soi que cet amendement ne réglerait pas cette difficulté, qui est de loin la plus importante »[922]. Le second problème aux yeux du ministre de l'Intérieur est lié à la crainte qu'il « *crée une immunité de portée générale qui n'est pas acceptable* »[923]. Selon le ministre, « *un état de santé, même fortement dégradé, ne saurait justifier une dispense générale de peine d'interdiction du territoire* ». L'état de santé de l'étranger ne saurait justifier « *pour des raisons humanitaires évidentes, que la suspension de la mesure d'éloignement* ». Toutefois, le ministre de l'Intérieur s'attache à l'état de santé « *au stade du prononcé de l'interdiction du territoire* ». Autrement dit, l'amendement « *fait complètement l'impasse sur l'état de santé des étrangers tel qu'il se révèle au moment crucial qui est celui de l'exécution de la mesure d'éloignement* »[924]. Cette considération confirme que seul le risque médical encouru lors du voyage est pris en compte, et non les risques suscités par le défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine. Une position qu'on retrouvera quelques années plus tard dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme[925].

320. Paul Quilès ajoute dans cette note deux éléments supplémentaires : le premier a trait à une rupture dans l'égalité de traitement des malades étrangers, l'amendement ne visant que ceux faisant l'objet d'une mesure d'interdiction du territoire. Les personnes faisant l'objet d'un autre type de mesure d'éloignement n'auraient pas le bénéfice de cette protection légale, ce qui créerait un « *déséquilibre (…) et pourrait donc avoir pour effet de restreindre le champ de la pratique actuelle [des préfectures] qui est plus libérale* »[926]. Enfin, le second moyen mobilisé est relatif à la phase d'évaluation médicale. Jugeant que l'amendement retient une conception trop large, le ministre de l'Intérieur se demande quels seront les critères médicaux dégagés pour apprécier les soins complexes, et surtout, qui sera chargé de définir cette notion. Il craint que la police des étrangers soit assujettie à l'évaluation médicale, et que des « *certificats médicaux prétextes libellés en reprenant exactement les termes de la loi, ce qui aurait pour conséquence automatique de lier les magistrats quant à la décision à prendre* »[927]. Cet argument s'opposant à toute modification de l'ordonnance de 1945 pour intégrer la

922 *Ibid.*
923 *Ibid.*
924 *Ibid.*
925 CEDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, préc. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 1.
926 Côte 20030517/14.
927 Nous ne comprenons pas bien cet argument du ministre de l'Intérieur, dans la mesure où le juge administratif n'est pas lié en matière de police des étrangers par l'avis médical. L'histoire a d'ailleurs démontré que le juge administratif contrôle l'entièreté de la situation médicale de l'étranger, voir *infra,* Partie 2, Titre 2.

maladie de l'étranger comme motif de protection illustre encore une fois les craintes nourries de la place Beauvau. Ainsi, dès le début des années quatre-vingt-dix, le ministère de l'Intérieur apparaît malade de la pathologisation de l'immigration[928].

2. Des arbitrages gouvernementaux favorisant la marge d'appréciation préfectorale au détriment de la sécurisation du séjour des étrangers malades

321. Par deux fois, le ministère de la Santé a tenté d'encadrer par voie de circulaire l'éloignement des étrangers malades et la délivrance d'un titre de séjour pour ce motif. Mais l'arbitrage interministériel s'est systématiquement fait en faveur du ministère de l'Intérieur. La consultation des archives du ministère de la Santé[929] révèle la diffusion au sein du Gouvernement d'un discours visant à privilégier une approche discrétionnaire sur un encadrement officiel des prérogatives préfectorales. Ces archives indiquent en effet que deux projets de circulaires très aboutis visant à encadrer la procédure d'octroi d'un statut à l'étranger malade ont été proposés. Le premier projet, porté par le ministère de la Santé, tendait vers une protection exceptionnelle (a). Le second, impulsé par Xavier Emmanuelli, secrétaire aux Affaires humanitaires dépendant du ministère de la Santé, visait la santé de l'étranger dans un sens plus large (b).

a) 1993-1994 : échec d'un projet de protection exceptionnelle

322. Cette première tentative s'inscrit dans un contexte politique tendu en matière d'immigration. Charles Pasqua, nouveau ministre de l'Intérieur en mars 1993, prône un objectif « d'immigration zéro », qu'il concrétise avec la loi n° 93-1027 du 24 août 1993[930]. Celle-ci, qui se montre « *plus suspicieuse à l'égard de toutes les catégories d'entrants, supposés être des fraudeurs en puissance* »[931], a été partiellement censurée par le Conseil constitutionnel[932]. En 1994, l'association Act-Up Paris multiplie les interpellations des

928 Pour faire écho à l'ouvrage de G. Monate et M. Grimaud, *La police malade du pouvoir*, Seuil, 1980, 122 p.

929 Les éléments décrits dans cette sous-partie proviennent de la côte d'archives du ministère de la Santé 19960368/63, « Situation des étrangers malades faisant l'objet d'une expulsion : notes, correspondance avec les associations. Septembre 1993-avril 1995, Dossier jaune : Louis Dessaint, conseiller technique ».

930 Loi *relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France.*

931 C. Wihtol de Wenden, « Ouverture et fermeture de la France aux étrangers. Un siècle d'évolution », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, vol. n° 73, n° 1, 2002, p. 35.

932 Déc. préc. n° 93-325 DC du 13 août 1993. Voir B. Genevois, «Un statut constitutionnel pour les étrangers », préc. Sur ce sujet, voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

ministères sur les cas individuels d'expulsion, en invoquant sa « 15ème mesure d'urgence contre le sida » exigeant « *que soient entreprises les modifications législatives nécessaires rendant impossible l'éloignement du territoire français pour toute personne atteinte de pathologie grave nécessitant des soins complexes et coûteux, quelle que soit la situation de cette personne et quels que soient les délits qu'elle a éventuellement commis* »[933]. Par « *personne atteinte de pathologie nécessitant des soins complexes et coûteux* », Act-Up Paris vise « *toute personne atteinte de l'une des pathologies recensées dans la liste « ALD 30 » de la Sécurité sociale – liste qui comprend l'affection par le VIH* »[934]. Des organes tels que le Conseil national du sida interpellent également les pouvoirs publics à ce sujet[935]. Parallèlement, la Direction générale de la Santé (DGS) a constitué un groupe d'experts afin de publier un rapport sur la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du sida et susceptibles de faire l'objet d'un arrêté d'expulsion[936]. Dans ce groupe figurent également des membres issus d'associations, telles que le Comede (Comité médical pour la santé des exilés), Act-Up Paris, Arcat-Sida, AIDES ou Sida Info Service.

323. En 1994, face à l'accroissement des cas d'étrangers gravement malades faisant l'objet d'une mesure d'expulsion, le ministère de la Santé a souhaité une concertation avec le ministère de l'Intérieur sur ce sujet. En effet, les demandes de protection contre l'éloignement doivent être traitées en urgence par les deux ministères. Pour certains dossiers, Act-Up Paris dénonçait la passivité du ministère de l'Intérieur ou lui reprochait d'éloigner les personnes malgré un avis défavorable du médecin de la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS)[937]. Ces interventions d'Act-Up Paris, mais aussi d'associations telles que AIDES, ARCAT-Sida ou Emmaüs-Alternatives, incitent le nouveau gouvernement d'Édouard Balladur à intervenir. Ce dernier envoie un courrier le 3 mars 1994 à Simone Veil, ministre des Affaires sociales, de la Santé, et de la Ville. Dans celui-ci, il « *estime que le problème doit être apprécié différemment selon la gravité de*

933 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.
934 *Ibid.*
935 Voir par exemple le communiqué du 12 juillet 1993 du Conseil national du sida, par lequel ce dernier a recommandé « *que les autorités chargées de l'application de la loi surseoient à l'application de l'expulsion dans tous les cas où, faute de moyens et d'infrastructures sanitaires adéquates, le malade ne pourra poursuivre le traitement médical que son état de santé nécessite dans le pays vers lequel il se trouve renvoyé. Il s'agit ainsi d'éviter que l'expulsion n'entraîne des conséquences hors de proportion avec les faits qui sont à son origine* ».
936 Projet de rapport du groupe de réflexion réuni à la DGS sur la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du sida et passibles d'un arrêté d'expulsion (version n°8 du 8 avril 1994), préc.
937 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

l'état du malade, ce qui me conduit à exclure l'expulsion ou la reconduite à la frontière des sidéens déclarés dont l'état de santé est réellement très dégradé » et « *souhaite que ces principes soient rappelés aux Préfets responsables de leur application, dans une circulaire que vous voudrez bien me proposer en accord avec Monsieur le Ministre de l'Intérieur* »[938]. Ce courrier révèle que la protection envisagée par le Gouvernement est déjà très restrictive, notamment par rapport à celle proposée par Bernard Kouchner en 1992, car elle ne vise que les « *sidéens* [sic] *déclarés dont l'état de santé est réellement très dégradé* »[939].

324. À la suite de ce courrier, un groupe de travail interministériel[940], réunissant des membres du ministère de la Santé, de l'Intérieur, et de la Justice se constituent afin de proposer un projet de circulaire relative à la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du Sida et passibles d'un arrêté d'expulsion. Le compte-rendu de l'une de ces réunions soulève « *l'intérêt du travail interministériel et le problème du cloisonnement des administrations, particulièrement contre-productif dans ce domaine* », car « *le cloisonnement des informations concernant l'état de santé/les droits à une assurance maladie ou à un accès aux soins/la situation administrative au titre de séjour en France, débouche sur une suspicion générale…et sur une très grande difficulté à régler de manière satisfaisante les problèmes concrets qui se posent* »[941].

325. Selon le cabinet du ministère de la Santé, les réunions entre ces trois ministères ont révélé la nécessité de soumettre à l'appréciation du Premier ministre plusieurs questions de principe[942]. La première est, dans le prolongement des réflexions précédentes, relative à

938 *Ibid.*
939 *Ibid.*
940 Sur la phase d'élaboration des textes normatifs par l'administration centrale, lire J.-M. Delarue, « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, pp. 242-243 : « *bien peu de textes relèvent d'un seul ministère. Il est donc nécessaire, pour ceux dont plusieurs ministres seront chargés de l'exécution, de confronter la rédaction ministérielle aux opinions de ces dernier*s ». Jean-Marie Delarue explique qu'il est « *parfaitement envisageable que deux ministres s'accordent sur un projet soumis d'un commun accord au Premier ministre. Cette manière de faire se produit dans certains domaines techniques. La pratique des comités interministériels peut y aider, dans la mesure où elle favorise l'adoption de positions de principe, sur lesquelles les directions concernées ont pu préparer des positions conjointes avant la réunion des ministres ». Cette procédure « existe de manière ponctuelle ». « Ainsi un travail tripartite entre la direction des Français à l'étranger et des étrangers en France (ministère des Affaires étrangères), la direction de la population et des migrations (Affaires sociales) et la direction des libertés publiques et des affaires juridiques (Intérieur) a-t-il eu lieu dans certaines circonstances (remédier aux lenteurs de la procédure d'examen des demandes d'asile)* ».
941 Côte d'archives n° 19960368/63, *préc.*
942 *Ibid.*

l'opportunité même d'une circulaire. Le ministère de la Santé y est favorable, car elle viserait à « *systématiser une pratique généralement suivie* », et « *répondrait aux attentes des associations* » en rappelant « *aux préfets qu'il leur appartient, s'il y a lieu, de transformer une mesure d'éloignement visant un étranger gravement malade en assignation à résidence, ou de délivrer une autorisation provisoire de séjour qu'ils seraient normalement conduits à refuser afin de permettre à une personne étrangère d'être soignée* »[943]. De leur côté, les ministères de l'Intérieur et de la Justice ne souhaitent pas qu'une circulaire soit prise, car « *la formalisation des garanties données aux étrangers gravement malades au regard des mesures d'éloignement dont ils pourraient faire l'objet ne va pas sans risques. Ces risques pourraient en effet être détournés de leur objet et faire obstacle sans justification réelle à des mesures d'éloignement résultant de décisions de justice* ». Les deux ministères estiment ce risque « *d'autant plus grand que la surveillance des personnes qui quittent les centres de rétention administrative pour être assignées à résidence est malaisée* »[944]. Ils sont également réticents à l'idée de l'intervention systématique d'un médecin dans la procédure, considérant qu'il appartient au préfet de décider s'il a (ou non) besoin d'un avis médical.

326. Après plusieurs réunions, un compromis sur l'adoption d'une circulaire a lieu, comme le révèle une note confidentielle du 22 juin 1994 rédigée par Bertrand-Pierre Galey, conseiller au ministère de la Santé, destinée à la ministre Simone Veil[945]. Selon cette note, les trois ministères sont d'accord sur le fait que « *la circulaire aurait la nature d'une directive*[946]*, destinée à guider les préfets dans l'exercice d'un pouvoir éminemment discrétionnaire, puisqu'il s'agira bien souvent de régularisations* »[947]. Les personnes concernées par cette circulaire sont « *sous le coup d'un arrêté d'expulsion ou de reconduite à la frontière, ou simplement en séjour*

943 Ces réflexions sont issues d'une note d'avril 1994 sur *la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du sida et passibles d'un arrêté d'expulsion*, signée par les directeurs de cabinet du ministère de la Santé (Dominique Le Vert) et du ministère de l'Intérieur (Joël Thoraval), destinée à Nicolas Bazire, directeur de cabinet du Premier ministre.

944 *Ibid.*

945 Les éléments présentés dans le présent paragraphe sont tous issus de la côte d'archives n° 19960368/63, préc., et plus précisément, d'une note interne pour la ministre Simone Veil, confidentiel n° 5 en date du 22 juin 1994, intitulée « éloignement de malades ; note de couverture ». Elle « *retrace la concertation interministérielle en cours sur le thème visé en objet* ».

946 C. Fortier, « Les bonnes résolutions des lignes directrices de gestion », *AJFP*, 2020, p. 1 : « *De longue date, les autorités administratives ne disposant pas du pouvoir réglementaire peuvent encadrer leur action et celle des services placés sous leur responsabilité par des textes d'orientation pris en forme de circulaires, directives ou notes de service dont sont tirés, sous certaines conditions, des critères pour l'édiction des mesures individuelles* ». Ce principe est issu de l'arrêt dit Crédit foncier de France : CE, 11 décembre 1970, n° 78880 (M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé, B. Genevois, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* Dalloz, 2009, p. 571.

947 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

irrégulier ». Ce projet de circulaire semble s'inscrire dans la lignée des circulaires de régularisation de l'époque relative aux déboutés du droit d'asile[948]. Plusieurs points restent cependant à trancher par le Premier ministre, et qui touchent le cœur de la protection envisagée : « *la mesure visera-t-elle les seuls malades du SIDA ? Juridiquement et en opportunité, il semble que la réponse ne peut être que négative, même si l'infection devra apparaître comme principalement visée* »[949]. La seconde interrogation porte sur le critère de référence que doivent prendre en considération les préfectures dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire : « *s'il apparaît inenvisageable de prévoir une protection automatique découlant d'un état de santé donné, il convient de donner aux préfets, et surtout aux médecins qui les assisteront, des points de repère définissant des situations susceptibles de correspondre à une définition générale inspirée de la jurisprudence sur le ''préjudice excessif''* »[950]. Deux solutions techniques sont ensuite proposées pour prendre en considération l'état de santé : les associations du groupe de travail mis en place par la Direction générale de la santé[951] préconisent la référence aux « *affections comportant un traitement prolongé et une thérapeutique particulièrement coûteuse* », dont la liste est fixée par décret en application de l'article L 322.3 du Code de la sécurité sociale – la liste « ALD 30 »[952]. Le cabinet du ministère de la Santé évoque quant à lui une autre solution qui « *pourrait être de faire référence au ''guide-barème annexé au décret du 4 Novembre 1993'', établi pour la fixation des taux d'invalidité ouvrant droit à diverses prestations aux personnes handicapées, qui permet de distinguer les séropositifs des sidéens par sa classification, beaucoup plus précise* »[953]. Selon cette dernière proposition, le ministère de la Santé aurait ainsi été favorable à l'exclusion des personnes vivant avec le VIH (et qui ne sont pas au « stade sida »[954]) du dispositif de protection.

948 Voir notamment la circulaire du ministre de l'Intérieur et du ministre des Affaires sociales et de l'Intégration du 23 juillet 1991 *sur les demandeurs d'asile déboutés*. Lire notamment Gisti, « Un tour dans les circulaires », *Plein Droit* n° 15-16, novembre 1991.

949 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

950 *Ibid.* Cette référence au « *préjudice excessif* » fait écho aux décisions *Babas* et *Belgacem* (préc.) du Conseil d'État, récentes à l'époque, selon lequel « *il appartient au préfet d'apprécier si la mesure envisagée n'est pas de nature à comporter des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de l'intéressé* ».

951 Voir *supra.*

952 La « liste ALD 30 » correspond à la liste des « affections longue durée » nécessitant un traitement prolongé et coûteux. La liste des ALD est fixée par l'article D. 322-1 du Code de la Sécurité sociale, modifié par le Décret n° 2011-77 du 19 janvier 2011 portant *actualisation de la liste des affections de longue durée (ALD) et des critères médicaux d'admission et de renouvellement*.

953 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

954 Sur la différence entre VIH et sida, voir *supra,* Introduction.

327. Les deux autres questions qui subsistent sont relatives à la médicalisation de la procédure, comme le demandent les associations[955]. Le ministère de la Santé relève qu'il « *s'agirait en quelque sorte de rétablir, au profit de cette catégorie, le pouvoir d'avis négatif conforme dont disposait la commission du séjour, et que la Loi sur la Maîtrise de l'Immigration*[956] *lui a retiré* ». Mais *« une telle restriction du pouvoir d'appréciation du Préfet semble difficile à instituer sans intervention d'une mesure législative, et présente en outre divers inconvénients* »[957], au premier desquels l'opposition du ministère de l'Intérieur à une telle limitation du pouvoir discrétionnaire des préfets. Enfin, le dernier point délicat soulevé est relatif à la prise en considération d'autres critères à mettre en balance avec l'état de santé, tels que l'ancienneté de présence de la personne en France. Le cabinet du ministère de la Santé évoque le « *risque bien réel de création d'un ''effet d'appel'' par l'annonce d'une protection des malades contre l'éloignement* »[958]. On constate donc que cette préoccupation n'est plus le monopole du ministère de l'Intérieur.

328. L'aspect sans doute le plus intéressant révélé par ce document « confidentiel » porte sur la question de l'étendue de la protection. En conclusion de sa note, le conseiller de la ministre de la Santé indique que « *la question politiquement et humainement la plus délicate est évidemment la distinction à opérer entre séropositifs et sidéens, distinction qui semble à la fois indispensable pour conserver au dispositif son caractère humanitaire et exceptionnel* »[959]. Cette mention révèle la volonté claire de limiter l'étranger gravement malade à un statut très limité et exceptionnel, une position qui fait consensus au sein du Gouvernement. Le 22 septembre 1994, le ministère de la Santé saisit le Premier ministre de son projet de

955 Toujours selon la note interne adressée à la ministre Simone Veil.

956 Loi n° 93-1027 du 24 août 1993 dite « loi Pasqua ». M. Hénocq, « La commission alibi », *Plein droit,* n° 47-48, janvier 2001 : « *Créée en 1989 par la loi Joxe, la commission départementale de séjour était chargée de contrôler l'application de la législation en matière d'entrée et de séjour des étrangers par l'administration. Par sa composition (uniquement des magistrats) et par l'autorité de ses avis qui liaient l'autorité préfectorale, la commission de séjour constituait un véritable garde-fou face au pouvoir d'appréciation des administrations* ». La loi dite Pasqua de 1993 a supprimé « *le caractère contraignant de leurs avis* », réduisant ainsi le champ de compétences des commissions départementales, et « *laissant place à un système où le pouvoir discrétionnaire et l'arbitraire régnaient en maître* ».

957 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

958 *Ibid.*

959 Note interne adressée à la ministre Simone Veil, préc.

circulaire[960]. Elle ne sera néanmoins pas adoptée, « *au vu des éléments d'appréciation transmis par le ministère de l'Intérieur* »[961], favorable à une approche au cas par cas.

329. Ce premier échec visant à encadrer l'expulsion des étrangers gravement malades ne met pas fin au débat. Quelques mois après ce premier arbitrage gouvernemental, une note interne au ministère de la Santé, destinée à Philippe Douste-Blazy, ministre délégué à la Santé, révèle la volonté qu'il y ait, à défaut de circulaire, un terrain d'entente sur la pratique à suivre entre les deux ministères. Selon ladite note du 8 février 1995, rédigée à l'occasion d'un déplacement de Philippe Douste-Blazy avec le ministre de l'Intérieur Charles Pasqua le 9 février, « *il serait souhaitable, si les circonstances s'y prêtent, qu'il puisse évoquer la question des étrangers gravement malades et expulsés du territoire. Act-Up a évoqué cette question et en cinq jours, deux reconduites dans le pays d'origine ont eu lieu, malgré les instructions de M. Le Vert* [directeur de cabinet de Simone Veil] »[962]. Par la suite, une réunion s'est tenue entre les deux ministères, au cours de laquelle celui de l'Intérieur a clarifié sa position, selon un courrier du 31 mars 1995 rédigé par le cabinet du ministère de la Santé, et destiné à la direction de la Population et des migrations (DPM). Cette réticence à l'édiction d'une circulaire s'explique par le fait que la décision d'octroi d'une APS « *résulte d'une analyse au cas par cas et se prête mal à un cadre de conduite à tenir préalablement établi étant donnée l'extrême diversité des situations en cause* »[963]. Un cadre de conduite semble toutefois se dessiner peu à peu, puisque ce même courrier révèle que, selon le ministère de l'Intérieur, « *la procédure suivie pour l'instruction de ces dossiers, les préfets requièrent l'avis des médecins inspecteurs des DDASS placées sous leur autorité (excepté à Paris où le préfet de police s'appuie sur l'avis donné par les médecins du service de la PP)* ». Donc dès 1995, des instructions internes prévoient un statut juridique à

960 Côte d'archives n° 19960368/63, préc. Un projet de note qui aurait dû être adressé par les ministères de la Santé et de l'Intérieur aux préfets le 20 septembre 1994. Il indique notamment : « *lorsque la situation sanitaire d'une personne vous paraîtra clairement avérée, vous pourrez selon le cas soit la régulariser, soit suspendre l'exécution d'une mesure d'éloignement en l'assignant à résidence et en lui donnant, le cas échéant, dans les conditions réglementaires, une autorisation provisoire de séjour. Vous n'hésiterez pas à prescrire toute forme d'expertise pour vérifier la réalité de la situation invoquée en faisant appel soit au médecin inspecteur de la santé soit à tout praticien spécialisé du corps de votre département, soit encore à nos administrations centrales, notamment pour vérifier l'état d'équipement sanitaire du pays d'origine. Les situations évoquées sont délicates car elles touchent à des sujets sensibles dans lesquels la discrétion comme le secret médical sont de rigueur. C'est pourquoi il vous revient d'agir avec discernement, sans hésiter à recourir aux concours de nos services* ».

961 Côte d'archives n° 19960368/63, préc. Des notes manuscrites du ministère de l'Intérieur sur un papier libre mentionnent notamment : « *intérieur = réticent circulaire → préfets par oral* » ; « *Pressions fortes* ».

962 Ces instructions consistaient probablement à signaler ces saisines d'Act Up à son homologue du ministère de l'Intérieur pour que les procédures d'éloignement soient suspendues.

963 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

l'étranger gravement malade, semblables à celui qui sera voté deux ans plus tard par la loi « Debré »[964]. En outre, le ministère de l'Intérieur indique au ministère de la Santé qu'il applique la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle les préfets doivent « *apprécier si la mesure envisagée n'est pas de nature à comporter des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de l'intéressé* »[965]. Cela illustre une nouvelle fois la prise en compte de la jurisprudence administrative dans l'élaboration de ce statut[966].

330. À ce stade de la construction du statut juridique de l'étranger malade, plusieurs constats peuvent être dressés, nécessaires à la compréhension de son évolution ultérieure. Le premier a trait aux vives réticences du ministère de l'Intérieur à reconnaître officiellement la maladie comme motif de catégorisation de l'étranger. Celles-ci s'expliquent principalement par la volonté de préserver la marge discrétionnaire dont disposent les préfectures. Pour autant, le ministère de l'Intérieur est forcé de tenir compte de la maladie de l'étranger, à la fois sur le plan jurisprudentiel (avec le juge administratif), mais aussi politique.(avec la mobilisation associative). En d'autres termes, il se retrouve forcé de *catégoriser* certains étrangers en raison de leur état de santé. En outre, ce sujet fait encore à ce stade l'objet d'une faible *politisation,* au sens où il reste principalement géré à l'échelle gouvernementale, entre les ministères concernés, traduisant une volonté d'invisibiliser le *processus* de *biolégitimation* de l'étranger. Enfin, un dernier constat peut être fait quant au discours prédominant au sein de l'Exécutif concernant l'appréhension de l'étranger malade : les craintes formulées par le ministère de l'Intérieur sur les risques d'une reconnaissance officielle de la maladie de l'étranger pour la maîtrise des flux migratoires se diffusent étonnement au sein du ministère de la Santé. Ce dernier souligne en effet à plusieurs reprises la nécessité d'un dispositif qui resterait « *exceptionnel* »[967]. Surtout, ce discours trouve un écho favorable auprès du Premier ministre, chargé de l'arbitrage. Le Gouvernement nommé en 1995 s'inscrit, à cet égard, dans la lignée de son prédécesseur.

964 Voir le chapitre suivant.

965 Le courrier daté du 31 mars 1995, adressé par le ministère de la Santé à la Direction de la population et des migrations, faisant le compte-rendu la réunion qui s'est déroulée avec le ministère de l'Intérieur, indique d'ailleurs explicitement que ce dernier suit « *la jurisprudence de l'arrêt Barbas* [sic] *relative au risque d'une exceptionnelle gravité* ».Pour un autre exemple de jurisprudence similaire, voir par exemple CE, 3 novembre 1995, n° 162472.

966 Sur ce sujet, voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

967 Voir *supra*.

b) Nouvelle tentative de circulaire sous le Gouvernement Juppé

331. Avec le changement de Gouvernement en mai 1995[968] suite à l'élection de Jacques Chirac à la présidence de la République, vient une nouvelle tentative d'encadrement par voie de circulaire. Selon les archives de la DLPAJ[969], Xavier Emmanuelli[970], secrétaire d'État chargé de l'action humanitaire d'urgence auprès du Premier ministre, a proposé en 1996 une circulaire interministérielle « *pour permettre aux étrangers malades, en situation irrégulière, sous réserve d'expertises médicales, d'être admis au moins provisoirement au séjour, voire d'être autorisés à travailler* »[971]. Cette proposition s'appuie sur les positions du milieu associatif déjà évoquées, ainsi que sur les recommandations de l'avis du CNS de 1995[972]. Les notes internes à la DLPAJ indiquent que « c*omme le concède le directeur de cabinet de M. Emmanuelli dans sa note, le renvoi de malades atteints de pathologies graves n'a jamais eu lieu dès lors que la poursuite du traitement n'est pas envisageable dans le pays d'origine* »[973]. Pourtant, au regard des recours exercés par Act-Up Paris auprès des ministères de l'Intérieur et de la Santé, et de la note précitée destinée à Philippe Douste-Blazy du 8 février 1995[974], des reconduites de malades dans leur pays d'origine ont bien eu lieu. Cette même note révèle que « *la gestion de ces dossiers, souvent dans l'urgence, avant l'exécution d'une mesure d'éloignement, n'est jamais facile, en particulier parce que le secret médical doit être respecté et que la notion de pathologie grave mettant en cause le pronostic vital en cas de retour dans le pays d'origine n'est pas facile à manier dans les préfectures* », et que « *les chefs de bureau des étrangers des préfectures ont reçu de la DLPAJ des consignes orales détaillées au printemps 1996* »[975]. Ces consignes ont été accompagnées d'une fiche indiquant que « *le nombre de cas ayant tendance à augmenter, il devient nécessaire d'harmoniser au plan national le traitement de la situation des étrangers malades sans pour autant modifier le dispositif juridique en vigueur dans un sens plus favorable pour ce qui concerne l'admission au séjour de cette catégorie de population* »[976].

968 Alain Juppé remplace Edouard Balladur au poste de Premier Ministre, et Jean-Louis Debré remplace Charles Pasqua à l'Intérieur.

969 Côte 20030517/14, préc. Document intitulé « *Proposition de circulaire interministérielle (1995* ».

970 Ce dernier a notamment un profil issu du milieu associatif, puisqu'il a participé à la fondation du Samu social de Paris en 1993.

971 Côte 20030517/14, préc.

972 CNS, *Avis portant sur la situation des personnes atteintes par le VIH de nationalité étrangère et en irrégularité de séjour*, préc.

973 Côte 20030517/14, préc.

974 Côte d'archives n° 19960368/63, préc.

975 Côte 20030517/14, préc.

976 *Ibid*. La même note poursuit : « *(…) chaque cas devra être examiné avec la plus grande vigilance en tenant compte de deux impératifs : la nécessité de lutter contre l'immigration irrégulière et l'interdiction de toute*

Ainsi, progressivement, la nécessité d'un encadrement clair du pouvoir discrétionnaire des préfectures se dessine.

332. Face à ce nouveau projet de circulaire initié par Xavier Emmanuelli, le ministère de l'Intérieur indique être toujours « *formellement défavorable à toute circulaire* », mais ne « *mésestime pas la gravité du problème* »[977]. Les arguments principaux sont similaires à ceux mobilisés lors du projet de circulaire porté par le cabinet de Simone Veil. D'une part, la DLPAJ avance le caractère « *inutile* » d'une telle circulaire, les préfectures réglant ces situations « *dans la discrétion* » sur le fondement de l'article 28 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France[978]. Selon la DLPAJ, « *l'administration centrale est très vigilante, car il est bien clair qu'une affaire mal gérée pourrait engendrer une mise en cause de la responsabilité des fonctionnaires concernés y compris au pénal. Tout ceci n'est pas fait à la légère. Les médecins inspecteurs des DDASS sont d'ailleurs le plus souvent associés. La circulaire n'ajouterait rien, en transcrivant de manière sommaire la pratique actuelle* »[979]. D'autre part, elle avance qu'une telle circulaire « *serait gravement nuisible* », car « *il est difficile de codifier dans une circulaire ce qu'est une maladie grave, ni même de guider de manière générale l'appréciation des préfectures pour l'outil sanitaire du pays d'origine. C'est une affaire d'espèce qui relève de l'expertise d'un médecin* »[980]. Enfin, une telle circulaire « *aurait un effet pervers considérable* », car « *les étrangers en instance d'éloignement y verraient un nouveau moyen de retarder ou d'esquiver l'exécution de la mesure. Les contentieux se multiplieraient et l'on afficherait, seuls en Europe, que la France reconnaît un droit illimité au séjour, aux soins voire au travail et à tous les irréguliers pouvant alléguer une maladie* »[981].

333. Cette série d'arguments illustre les raisons, les fondements, de la nécessaire *normalisation* de l'approche de la maladie de l'étranger selon le ministère de l'Intérieur. La

mesure pouvant comporter pour la personnes des conséquences humaines inadmissibles ».

977 *Ibid*. Ces éléments figurent un paragraphe intitulé « éléments de langage », et figure dans la note analytique de la DLPAJ destinée au ministre de l'Intérieur au sujet de la proposition de circulaire.

978 Cet article est relatif à l'assignation à résidence de personnes faisant l'objet d'une mesure d'éloignement. Il prévoit notamment que « *l'étranger qui fait l'objet d'un arrêté d'expulsion ou qui doit être reconduit à la frontière et qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire français en établissant qu'il ne peut ni regagner son pays d'origine ni se rendre dans aucun autre pays peut, par dérogation à l'article 35 bis, être astreint par arrêté du ministre de l'intérieur à résider dans les lieux qui lui sont fixés, dans lesquels il doit se présenter périodiquement aux services de police et de gendarmerie* ».

979 Côte 20030517/14, préc.

980 *Ibid.*

981 *Ibid.*

difficulté soulevée par la DLPAJ quant à la codification de la maladie grave, et de l'évaluation de l'accès aux soins dans le pays d'origine, est pertinente dans la mesure où il est délicat, voire impossible, d'uniformiser leur interprétation au regard de la diversité des situations médicales. Pour autant, il est possible de définir des critères permettant de préciser ce que sous-entend la « gravité » d'une maladie (comme l'a fait le Conseil d'État dès 1990 avec les « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* »[982]). Mais cette codification équivaudrait à enserrer le pouvoir discrétionnaire des préfectures dans des critères médicaux plus précis (tels que l'accès effectif aux traitements dans le pays d'origine). Or, les critères généraux déterminés par la jurisprudence du Conseil d'État au début des années quatre-vingt-dix ne limitent pas outre mesure le pouvoir discrétionnaire des préfectures, dans la mesure où les recours n'aboutissent qu'à un faible taux d'annulation des arrêtés de reconduite à la frontière[983]. Cette réfutation de toute codification s'explique ainsi par le basculement qu'elle constituerait pour le ministère de l'Intérieur : ce dernier s'accommode du cadre juridique en vigueur à l'époque, car il arrive à *faire avec.* Mais codifier reviendrait à rendre juridiquement visible la maladie de l'étranger, donc permettre le développement de discours juridiques qui contreviendraient à la maîtrise des flux migratoires. Le ministère de l'Intérieur ne pourrait alors plus s'accommoder de ce cadre juridique, et devrait produire sa propre doctrine. L'argument relatif à l'explosion du contentieux que susciterait une circulaire est à cet égard symptomatique, et confirme que la maladie de l'étranger est, dès le départ, appréhendée par le prisme du risque de manœuvres dilatoires.

334. Le 10 septembre 1996, un avant-projet de « lettre circulaire » destinée aux préfets est envoyé à Patrick Stefanini[984], conseiller auprès du Premier ministre Alain Juppé, par le cabinet du secrétariat d'État auprès du chargé de l'Action humanitaire d'urgence. Dans cette lettre, ce projet de circulaire est notamment motivé par le fait que « *de nombreux dossiers remontent au niveau ministériel dans des conditions d'urgence délicates à gérer* », et que « *le sentiment des personnes concernées et des associations qui les défendent est que des pratiques discrétionnaires sont mises en œuvre, ce qui dissuade les intéressés de faire les démarches*

982 Voir *supra.*
983 Voir *supra.*
984 Celui-ci était déjà chef de cabinet de Robert Pandraud lorsqu'il était ministre délégué chargé de la Sécurité entre 1986 et 1988. Patrick Stefanini a par la suite été secrétaire général du Ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire créé en 2007.

nécessaires en temps utiles »[985]. L'ultime argument mobilisé est relatif à la très forte médiatisation de cette question, « *soit à l'occasion de cas individuels, soit à la suite de la publication de rapports ou d'avis* »[986]. En substance, ledit projet de circulaire visait simplement à formaliser la pratique existante, en rappelant notamment aux préfets qu'ils disposent du concours des médecins inspecteurs de santé publique des DDASS, et qu'ils devront veiller « *à proportionner la durée de l'APS pour soins, en fonction des circonstances de chaque cas, en sachant que le droit à l'affiliation à l'assurance personnelle implique la possession d'un titre de séjour d'une validité supérieure à trois mois* »[987]. En outre, il est indiqué que les pathologies graves n'empêchent pas l'exercice d'une pratique professionnelle. Mais, pour la seconde fois, un gouvernement a arbitré en interministériel en défaveur d'une telle circulaire, préférant faire primer la pratique discrétionnaire des préfets sur un cadre formalisé.

335. Ces archives révèlent que les arguments du ministère de l'Intérieur en défaveur de l'édiction d'un cadre à l'étranger gravement malade sont suivis systématiquement. L'Exécutif préférant une protection humanitaire exceptionnelle gérée discrétionnairement par les préfectures. Cette position gouvernementale vise à poursuivre l'objectif de maîtrise des flux migratoires en préservant le rôle de l'administration préfectorale, et ce, à deux égards : d'une part, en assumant « *un éventail plus large de missions* »[988], avec désormais l'évaluation de l'état de santé des étrangers ; d'autre part, en se dotant « *d'une flexibilité juridique qui lui permet de les assumer. Le champ de son pouvoir réglementaire et, plus encore, le champ de son pouvoir discrétionnaire s'étendent pour faire face aux besoins spécifiques à ses nouvelles activités* »[989]. Le refus gouvernemental de tout encadrement réglementaire illustrerait ainsi « *l'antipathie mutuelle que se vouent le droit et l'administration publique* »[990], afin que le ministère de l'Intérieur conserve les coudées franches grâce à l'infradroit[991]. Cette position

985 Côte 20030517/14, préc.
986 *Ibid.*
987 *Ibid*.
988 C. Spanou, « Les droits sur le champ politico-administratif. La rencontre du droit et de la science administrative », *in Mélanges en l'honneur du professeur Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité., ouvr. préc.*, p. 104.
989 *Ibid*.
990 C. Harlow, « Le droit et l'administration publique : rivalité et symbiose », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. 71, n° 2, 2005, pp. 293-310.
991 S. Slama, « Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires », *in* G. Koubi (dir.)*, La littérature grise de l'administration, op. cit.,* p. 136 : Serge Slama compare le droit des étrangers à une « *hiérarchie des normes inversées* », au sens où « *l'agent obéit d'abord et avant tout aux préconisations des circulaires ministérielles, des*

incarne finalement « l'autoprogrammation » de l'administration décrite par Jürgen Habermas[992], qui cherche à s'émanciper du pouvoir législatif, relativisant ainsi la sécurité juridique[993] : « *l'administration se charge de – et remplit des – fonctions de législateur politique et, en mettant en œuvre ses programmes, elle doit elle-même juger des questions de la justification et de l'application des règles* »[994]. Avant le vote des lois du 24 avril 1997 et du 11 mai 1998, l'administration « s'autoprogrammait » pour gérer les étrangers malades, et le Gouvernement a pendant plusieurs années rempli sa fonction de législateur politique, en privilégiant une gestion discrétionnaire et au cas par cas des dossiers[995].

336. Cette approche s'inscrit dans cet objectif de flexibiliser l'action administrative afin de mieux poursuivre une prérogative régalienne, au détriment d'autres objectifs, tels que la protection de la santé (individuelle et publique), et surtout, de la sécurité juridique des étrangers malades. Mais ce système discrétionnaire fonctionne mal, comme en attestent les nombreux dossiers remontant en urgence aux ministères, ou le fait que certaines personnes soient expulsées malgré les « alertes » sur leur état de santé. Les arguments mobilisés par le ministère de l'Intérieur pour s'opposer à tout encadrement révèlent alors son malaise face à la maladie de l'étranger : impossibilité de mettre en place un tel dispositif ; « manœuvres dilatoires » mettant à mal la police des étrangers, etc. Par la suite, face à ces positions du ministère de l'Intérieur, reprises par le Gouvernement, les problèmes posés par la gestion de l'étranger gravement malade au cas par cas prennent de plus en plus de place dans le débat public – la maladie de l'étranger est davantage *politisée* – pour être évoqués, à nouveau, au Parlement. Avec cette fois-ci, l'adoption d'un statut légal, synonyme de « *révolution administrative* »[996], faisant passer la condition de l'étranger gravement malade de l'infradroit à la norme.

---

interprétations données par Intranet, et de l'interprétation ''locale'' de la loi émanant des instructions orales de leur chef de service ».

992 J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997, 544 p. Voir également J. Chevallier, *Science administrative*, *ouvr. préc*.

993 C. Spanou, « Les droits sur le champ politico-administratif. La rencontre du droit et de la science administrative », *art. préc*., p. 104.

994 *Ibid*.

995 Cette gestion de l'immigration par voie de circulaires a notamment été celle de la période 1945-1975. A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France*, *op. cit.*

996 Entretien avec un membre du cabinet du ministère de l'Intérieur en 1997 et 1998 lorsque les lois Debré et Chevènement ont été adoptées, 14 décembre 2016.

SECTION 2. 1997-1998 : L'ADOPTION D'UN STATUT LÉGAL

337. Les années 1997 et 1998 correspondent à l'adoption des lois dites « Debré »[997] et « Chevènement »[998]. Celles-ci ont successivement introduit dans l'ordonnance du 2 novembre 1945 les dispositifs de protection contre l'éloignement et de droit au séjour pour « *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 qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* »[999]. Cette consécration légale d'un statut à l'étranger du fait de sa maladie doit beaucoup au contexte de l'époque, qui a amené la majorité à adopter un texte encadrant le pouvoir discrétionnaire des préfectures à l'égard des étrangers gravement malades (§1). En octroyant un tel droit au séjour à l'étranger en raison de son état de santé, ces lois ont représenté un véritable changement de paradigme, notamment pour les services préfectoraux, ces derniers devant, au regard d'un avis médical, délivrer un titre de séjour de plein droit à l'étranger gravement malade (§2).

§1. 1997-1998 : L'INSCRIPTION « *DANS LE MARBRE* »[1000] DU STATUT LÉGAL DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE

338. L'analyse des projets de loi et des débats parlementaires[1001] révèle que les votes de la protection contre l'éloignement en 1997, et du droit au séjour pour soins en 1998, n'étaient pas vraiment souhaitées par le Gouvernement et la majorité parlementaire[1002]. Mais le contexte politique, marqué notamment par la médiatisation de cas d'expulsions de personnes atteintes du VIH/sida, a pesé sur les débats parlementaires, les amenant à voter

997 Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 *portant diverses dispositions relatives à l'immigration.*

998 Loi n° 98-349 du 11 mai 1998 *relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*.

999 Article 12 *bis* 11° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France.*

1000 Propos tenus par le sénateur Michel Dreyfus-Schmidt lors de la séance du 6 février 1997 sur le vote de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997, préc. : « *De plus, les gouvernements peuvent changer ; la loi, elle, est inscrite dans le marbre. Or, monsieur Chérioux, vous dites vous-même que ces malades doivent avoir une garantie. L'engagement du Gouvernement est tout de même une garantie moins solide que la loi elle-même !* ».

1001 Les débats parlementaires relatifs à ces dispositifs ayant été analysés par la doctrine citée dans la présente section, nous avons choisi de les aborder de manière succincte.

1002 Il convient de nuancer légèrement cette réticence concernant la carte de séjour pour raisons médicales votées en 1998, puisqu'elle était proposée par la mission Weil : P. Weil, *Pour une politique de l'immigration juste et efficace*, préc., pp. 53-54. La teneur des débats parlementaires met cependant en évidence qu'il n'y avait pas de consensus politique sur la question.

un encadrement juridique (A). Ces votes ont par la suite été regrettés par le ministère de l'Intérieur, car favorisant les conditions d'un blocage (B).

A. Un contexte politique chargé

339. C'est dans un contexte chargé que la protection contre l'éloignement et le droit au séjour ont été adoptés par deux lois différentes (1). À la suite de la première loi, le ministère de l'Intérieur a précisé par voie de circulaire le régime applicable aux étrangers gravement malades non expulsables, afin de leur permettre de les sortir de la catégorie dite des « ni-ni » (2).

1. Une consécration textuelle en deux actes

340. Afin de comprendre cette adoption après une décennie de *statu quo*, il convient de rappeler le contexte. Les projets de loi dits « Debré » et « Chevènement », tels que présentés par les gouvernements Balladur (de droite), puis Jospin (de gauche plurielle), ne prévoyaient pas de protéger ou de régulariser des personnes en raison de leur état de santé[1003]. La question de l'intégration dans l'ordonnance de 1945 de ladite protection émerge dans un contexte de fortes mobilisations pour la cause des sans-papiers, notamment lors de l'occupation de l'église Saint-Bernard[1004]. Cette dernière avait notamment mené à la saisine pour avis du Conseil d'État par le Gouvernement[1005]. Dans ce contexte, des associations telles que le Collectif national contre la double peine, Act-Up Paris ou AIDES[1006], et des institutions telles que le CNS et la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) interviennent spécifiquement sur la question des malades. Dans son avis du 14 novembre 1996 relatif au projet de loi « Debré », cette dernière suggère d'ailleurs la création de certaines catégories d'étrangers régularisables, telles que « l*es personnes dont le retour dans le pays d'origine interromprait le traitement médical d'une maladie psychique ou mentale mettant sérieusement en cause l'état de santé de l'intéressé* »[1007].

1003Le projet de loi « Debré » est le texte n° 3103, déposé à l'Assemblée nationale le 6 novembre 1996 ; celui du projet de loi « Chevènement » est le texte n° 327, déposé à l'Assemblée nationale le 15 octobre 1997.

1004À ce sujet, lire notamment T. Blin, « L'irruption des sans-papiers au sommet : Saint-Bernard », *op. cit.* ; J. Siméant, *La cause des sans-papiers, ouvr. préc*.

1005CE, 22 août 1996, avis n° 359.622. Voir *supra.*

1006Pour le travail de plaidoyer effectué par ces associations, lire notamment E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...), thèse préc.*

1007CNCDH, *Avis sur le projet de loi portant diverses dispositions sur l'immigration, adopté par l'assemblée plénière le 14 novembre 1996*, p. 4.

341. C'est lors de l'examen du texte en commission des lois de l'Assemblée nationale le 19 décembre 1996 qu'un tel amendement est proposé, par le député Julien Dray[1008], selon lequel ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'éloignement « *les étrangers gravement malades qui ont entrepris un traitement en France et ne pourraient le poursuivre dans le pays où ils seraient renvoyés* »[1009]. Les premières réactions à cette proposition sont hostiles : Pierre Mazeaud, alors président de la commission des lois, craint « *qu'une telle disposition ne constitue une incitation à venir chez nous pour les étrangers atteints d'une maladie grave. L'aide médicale d'urgence répond à votre préoccupation* »[1010]. Il demande à ce que Julien Dray retire son amendement. Quant au ministre de l'Intérieur Jean-Louis Debré, il estime que cet amendement est « *totalement inutile, car il correspond à la pratique administrative. D'ailleurs, le renvoi des malades graves dans des pays sans structures médicales est impossible, comme le Conseil d'État l'a souligné à maintes reprises depuis sa décision du 29 juin 1990, Olmos-Quintero. Il a encore réaffirmé cette règle dans un avis du 22 août 1996* »[1011]. La position du ministère de l'Intérieur reste donc la même.

342. Lors de l'examen du texte à l'Assemblée, les députés sont partagés. D'un côté, se trouvent ceux, majoritaires[1012], qui se rallient à la position du Gouvernement, pour qui « *adopter l'amendement proposé par Julien Dray laisserait entendre que des expulsions d'étrangers gravement malades se produiraient dans notre pays puisque nous voulons les interdire. Or tel n'est pas le cas, car cela serait indigne et contraire à notre philosophie. Ce texte non seulement n'apporterait rien, mais il laisserait penser que de telles pratiques seraient possibles* »[1013]. Les députés de la majorité reprennent l'argumentaire du ministère de l'Intérieur pour demander à l'auteur de l'amendement de le retirer, afin de ne pas avoir à se prononcer[1014]. De l'autre côté se trouvent les députés de l'opposition qui y sont favorables, tels que Jacques Guyard, député du Parti socialiste, selon qui « *seule la bénévolence du préfet,*

1008Julien Dray (du PS) est notamment issu du milieu associatif pour avoir participé à la fondation de S.O.S. Racisme en 1984.

1009Commission des lois de l'Assemblée nationale, 2ème séance du 19 décembre 1996, 2ème séance du 19 décembre 1996, JO, *Débats*, 8648-8650.

1010À noter la confusion entre Aide médicale et protection contre l'éloignement pour raisons médicales, récurrente dans les débats parlementaires.

1011Sur cet avis du Conseil d'État ainsi que l'avis en question, voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

1012La majorité parlementaire est alors détenue par le Rassemblement pour la République (RPR) et l'Union pour la démocratie français (UDF).

1013Propos tenus par Gérard Léonard (RPR) lors de la 2ème séance du 19 décembre 1996, JO Débats, 8648-8650.

1014D. Lochak, « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *Sciences Sociales et Santé*, Vol. 19, n° 4, décembre 2001, p. 37.

donc l'arbitraire, pourra les sauver. Nous espérons tous que les préfets seront humains. Mais on ne peut pas compter sur l'arbitraire pour humaniser la loi »[1015] ou Muguette Jacquaint, députée du Parti communiste français, pour qui il est probable qu'un jour on refuse « *de donner des soins aux personnes immigrées atteintes de graves maladies, lesquelles peuvent d'ailleurs avoir été contractées sur notre sol, ce qui entraîne un droit à réparation que la société doit à ces personnes* »[1016].

343. Un évènement extérieur aux débats parlementaires vient néanmoins infléchir la position de la majorité : l'expulsion médiatisée d'Ali B.[1017], gravement malade du sida sous trithérapie, vers la Tunisie. Alors que « *les traitements contre la maladie n'y sont pas encore disponibles* (…). *L'expulsion d'Ali B. a provoqué une mobilisation importante auprès des défenses des droits de l'Homme, d'autant plus que l'ex-premier Ministre Alain Juppé avait pris l'engagement, le 22 août 1996, de ne pas expulser des malades du sida* »[1018]. Cette expulsion a permis aux députés et sénateurs favorables à cet amendement « *d'interpeller le ministre de l'intérieur sur les contradictions entre ses affirmations et la pratique des préfectures* »[1019], et au député à l'origine de cet amendement une preuve de sa nécessité. Cette situation mit les députés de la majorité dans une position politiquement délicate, car ils voulaient « *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''*[1020]. *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''* »[1021]. Et effectivement, c'est au stade de la commission mixte paritaire que l'amendement de Julien Dray assurant une protection à l'étranger gravement malade a été adopté.

344. Le même constat de vote sous « pression » s'observe lors du vote de la loi « Chevènement », qui coïncide avec l'arrivée de la Gauche plurielle au pouvoir à la suite des élections parlementaires anticipées, dues à la dissolution de l'Assemblée nationale par

10152ème séance du 19 décembre 1996, JO Débats, pp. 8648-8650.
1016*Ibid.*
1017« Expulsion d'un malade du sida », *Libération,* 8 février 1997.
1018E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques* (...)*, thèse préc.*, p. 262.
1019*Ibid*., p. 264.
1020 Séance du 19 décembre 1996, JO Débats AN,pp. 8648-8650.
1021 D. Lochak, « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *art. préc.*, p. 38.

Jacques Chirac[1022]. Lionel Jospin, nouveau Premier ministre, s'est vu remettre par Patrick Weil un rapport[1023] censé « *servir de point de départ à la refonte de la législation sur l'immigration promise par la gauche* »[1024]. Le rapport préconise notamment de créer « *une catégorie nouvelle ouvrant droit à la délivrance d'une carte de séjour temporaire* », qui concernerait « c*ertains étrangers, qui n'entrent pas dans les catégories précédentes* [et qui] *peuvent avoir des liens familiaux et personnels en France tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à leur droit au respect de leur vie privée et familiale une atteinte incompatible avec l'article 8 de la CEDH* »[1025]. Reprise par les travaux préparatoires[1026], ces propositions ont permis d'intégrer les étrangers gravement malades dans l'une des catégories éligibles de plein droit à une carte de séjour mention « vie privée et familiale » autorisant à travailler. Ce vote corrige ainsi « *l'insuffisante notion de 'pathologie grave' retenue par la loi Debré de 1997* »[1027] par la formulation « *nécessitant une prise en charge* », permettant « *d'étendre le droit au séjour à des étrangers sans traitement mais suivis médicalement notamment dans la phase asymptomatique de l'infection à VIH, ou d'étrangers en suivi psychothérapique par exemple* »[1028].

345. L'adoption de la loi du 11 mai 1998 signe ainsi l'apogée du « *processus de 'juridification'* »[1029] du statut du malade étranger : les tenants de la légalisation l'ont remporté sur les tenants de l'approche casuistique, du moins sur le papier[1030]. Le décalage entre le vote de la loi « Debré » et « Chevènement » a cependant placé les étrangers malades dans une situation administrative délicate : ils n'étaient certes pas expulsables, mais ne pouvaient pas pour autant bénéficier de plein droit d'une carte de séjour. Une circulaire a alors été adoptée pour y remédier.

1022À ce sujet, lire P. Perrineau, C. Ysmal, *Le vote surprise. Les élections législatives du 25 mai et 1er juin 1997*, Presses de Sciences Po, 1998, 349 p. ; E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...), thèse préc.*, p. 266.

1023P. Weil, *Pour une politique de l'immigration juste et efficace*, préc.

1024B. Bantman, « Cent mesures pour sortir des lois Pasqua. Le rapport Weil doit inspirer la législation sur l'immigration », *Libération,* 31 juillet 1997.

1025P. Weil, *Pour une politique de l'immigration juste et efficace*, préc., pp. 53-54.

1026Voir notamment le projet de loi n° 327, préc. ; M. Gouzes, *Rapport au nom de la commission des lois n° 451*, 20 novembre 1997.

1027A. Veisse, et D. Maille, « Le statut paradoxal des malades étrangers », *art. préc*.

1028*Ibid*.

1029C. Harlow, « Le droit et l'administration publique : rivalité et symbiose », *art. préc*., pp. 293-310.

1030Il est par ailleurs frappant de constater que l'opposition dialectique se soit focalisée sur ces arguments (légalité vs. pouvoir discrétionnaire des préfectures), sans qu'à aucun moment soient mentionnés des arguments relatifs à la protection de la santé publique.

2. L'édiction d'une circulaire pour remédier à l'existence de « ni-ni »

346. Entre le vote de la loi « Debré » et de la loi « Chevènement », les étrangers gravement malades font partie de la catégorie dite des « ni-ni »[1031]. Ils sont légalement protégés contre l'éloignement, mais sans droit au séjour spécifiquement prévu par la loi. Deux mois après le vote de la loi du 24 avril 1997, Jean-Pierre Chevènement, ministre de l'Intérieur depuis le 4 juin, adopte une circulaire « *visant au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers* »[1032]. Elle a notamment pour objectif de « *mettre fin à la situation intolérable ou inextricable dans laquelle se trouvent certains étrangers présents sur son territoire* », et demande aux préfets de « *procéder, à titre exceptionnel, à un réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière et de leur délivrer un titre de séjour selon les critères précisés ci-après* »[1033]. Selon cette circulaire, « *se trouveront réglés les cas des étrangers irrégularisables et inexpulsables du fait de la législation antérieur*e »[1034]. Pour les étrangers gravement malades, cette circulaire prévoit que les personnes qui remplissent les conditions prévues par l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, relatives à la protection contre l'éloignement pour raisons médicales, « *bénéficient généralement d'une autorisation provisoire de séjour de trois mois renouvelable ou sont assignés à résidence s'ils font l'objet d'une mesure d'éloignement* ». Ladite circulaire tend à systématiser cette pratique, et à formaliser une procédure, en prévoyant que « *désormais, si le rapport du médecin inspecteur départemental de la santé fait apparaître pour des étrangers dans une telle situation la nécessité d'un traitement de longue durée, vous délivrerez une carte de séjour temporaire, sauf en cas de menace pour l'ordre public* », avec droit au travail si l'étranger le demande, et si le médecin inspecteur de santé publique estime son état de santé « *compatible avec une activité professionnelle* »[1035].

347. Cette circulaire, mise en perspective avec les archives précédemment évoquées, révèle que face à l'évolution progressive du droit qui commence à définir juridiquement les cas où un étranger gravement malade est légalement protégé, le ministère de l'Intérieur assouplit sa position réfractaire à l'idée de tout encadrement du pouvoir discrétionnaire. Une autre

1031 Voir *supra*.
1032Circulaire NOR : INTD9700104C du 24 juin 1997 relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière.
1033*Ibid.*
1034*Ibid*.
1035*Ibid*.

interprétation peut également être celle selon laquelle l'inscription d'une protection contre l'éloignement pour raisons médicales dans la loi amène le ministère de l'Intérieur à édicter cette circulaire, ce dernier pouvant également pressentir que l'adoption d'un droit au séjour pour soins serait très probable avec la nouvelle majorité plurielle à l'Assemblée – bien qu'il s'y soit opposé. Cette édiction quelque peu forcée du statut juridique de l'étranger gravement malade a par la suite été regrettée par certains hauts fonctionnaires de la Place Beauvau.

B. Une adoption regrettée

348. Le qualificatif de « vote regretté » est utilisé au regard des propos de membres du ministère de l'Intérieur juste après l'adoption des deux lois créant un statut à l'étranger en raison de son état de santé. Tout d'abord, selon des notes manuscrites de Jean-Louis Debré au sujet de l'adoption de la protection contre l'éloignement, ce vote – qu'il indique regretter – va créer un risque d'appel d'air. Il a d'ailleurs rappelé dans son ouvrage intitulé *En mon for intérieur*[1036] que le projet de loi Debré répondait à la conjoncture politique, et qu'il se serait bien contenté du « *statu quo juridique* ». Ce ressenti est également partagé au sein du cabinet du ministère de l'Intérieur, selon le chef de la section "Séjour" du bureau des étrangers relevant du régime général et du droit communautaire au sein du ministère lors de l'adoption de ces lois. Selon ce dernier, « *l'opinion qui prédominait au sein du ministère de l'Intérieur à l'époque était que le classement des étrangers malades dans le plein droit de la carte de séjour temporaire mention 'vie privée et familiale' était une erreur. On a été trop vite, et crée les conditions d'un blocage* »[1037]. Ce sentiment est expliqué par le changement de paradigme dans l'approche de l'étranger avant et après la loi du 24 avril 1997: « *il faut se mettre à la place des fonctionnaires de catégorie A ou B à qui il était demandé de considérer, de 1993 à 1998, l'étranger comme un fraudeur ou une menace, et du jour au lendemain, de régulariser de plein droit des étrangers malades* »[1038]. Mais l'inscription du droit au séjour pour soins dans la loi ne rend pas automatique cette délivrance de plein droit pour les étrangers gravement malades, les préfectures préservant un certain pouvoir discrétionnaire[1039] : « *le vote de ces lois s'est fait dans des conditions et dans un contexte qui rendaient inévitables la perversion de la ''raison*

1036J.L. Debré, *En mon for intérieur*, J.C. Latès, 1997, 162 p.

1037Entretien avec le chef de la section "Séjour" du bureau des étrangers relevant du régime général et du droit communautaire au sein du ministère de l'Intérieur lors du vote des lois « Debré » et « Chevènement », entretien réalisé le 14 décembre 2016.

1038*Ibid*.

1039Sur ce sujet, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

juridique'' par la ''raison humanitaire'' : d'où le retour de l'arbitraire »[1040]. Les regrets nourris par le ministère de l'Intérieur à l'égard de l'adoption de ce statut s'expliqueraient par le caractère de « révolution juridique »[1041] qu'il induit.

§2. UN STATUT LÉGAL SYNONYME DE CHANGEMENT DE PARADIGME

349. L'inscription dans la loi de ces dispositifs a changé le paradigme de l'étranger gravement malade : ce dernier dispose désormais, à certaines conditions, d'un droit à être protégé contre l'éloignement, et à se voir délivrer une carte de séjour temporaire (A). Cette limitation du pouvoir discrétionnaire des préfectures en la matière, impulsé notamment par l'arrivée de la gauche au pouvoir[1042], a induit un bouleversement de leurs prérogatives, les services du ministère de l'Intérieur ayant l'impression d'assurer désormais une « *prestation de services* »[1043] (B).

A. L'objectivation de l'état de santé de l'étranger

350. En consacrant une protection contre l'éloignement et un droit au séjour pour raisons médicales, le législateur « objective » l'état de santé de l'étranger. Cela signifie qu'il peut désormais s'en prévaloir devant l'administration au soutien d'une demande de titre de séjour. Avant les lois du 24 avril 1997 et du 11 mai 1998, ces dispositifs existaient déjà dans la pratique. Mais ils ne découlaient que de sources indirectes, et en particulier de la jurisprudence administrative, qui a imposé à l'administration la prise en compte « *des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de l'intéressé* »[1044] dues à l'exécution d'une mesure d'éloignement. L'argument selon lequel l'étranger gravement malade bénéficiait déjà d'un tel droit au regard de l'avis du Conseil d'État du 22 août 1996 dans lequel la gravité de l'état de santé est explicitement visée comme motif interdisant à l'administration de « *refuser le séjour et, par voie de conséquence, prendre une mesure*

1040D. Lochak, « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *art. préc.*, pp. 37-38.
1041Entretien du 14 décembre 2016, précité.
1042Notamment en réponse aux préconisations de la mission Weil, voir *supra.*
1043Entretien avec le chef de la section "Séjour" du bureau des étrangers relevant du régime général et du droit communautaire au sein du ministère de l'Intérieur lors du vote des lois « Debré » et « Chevènement », préc.
1044*Olmos-Quintero*, préc. ; *Babas et Belgacem*, préc. ; R. Fournalès, « La protection des situations personnelles et la vie privée en droit des étrangers. Prolégomènes à l'arrêt *GISTI* du Conseil d'État du 30 juin 2000 », *J.D.I.*, 2, 2001, pp. 447-486 ; D. Turpin, « Reconduite à la frontière : vie familiale et sursis à exécution », *Revue critique de droit international privé*, 1990, pp. 682-699.

autoritaire d'éloignement »[1045], peut être utilisé afin d'illustrer que les lois de 1997 et 1998 ne font que formaliser et renforcer un droit préexistant, un statut étant déjà consacré dans la pratique. Mais les archives ministérielles des années quatre-vingt-dix, qui ont révélé les réticences gouvernementales à toute formalisation, associées à l'absence de réelle procédure harmonisée à l'échelle nationale, que ce soit dans la définition du seuil de gravité de l'état de santé ou de la procédure d'évaluation médicale, ne permettent pas de constater un réel droit au séjour de l'étranger gravement malade, au sens où l'état de santé reste apprécié sans critères prédéfinis.

351. L'adoption de ces deux lois permet de véritablement faire de l'état de santé de l'étranger un levier pour obtenir une protection contre l'éloignement et un droit au séjour, la santé devenant un « *refuge du droit* »[1046]. Ce processus d'objectivation de l'état de santé est accru par la circulaire de « *verrouillage* »[1047] du 12 mai 1998[1048], par laquelle le ministère de l'Intérieur précise dès le lendemain du vote de la loi Chevènement, et dans l'attente d'une circulaire interministérielle, ce qu'il faut entendre par l'« *impossibilité de suivre effectivement un traitement approprié dans le pays d'origine* », ainsi que le détail de la procédure d'évaluation médicale à suivre. Cette circulaire, rédigée par les mêmes équipes du ministère de l'Intérieur ayant rédigé le projet de loi, « *constitue un véritable laboratoire de mise en œuvre de la procédure 'étranger malade'* »[1049], au sens où elle servira de test pour les services du ministère de l'Intérieur. De cette objectivation de l'état de santé de l'étranger va ainsi découler une procédure spécifique, reprécisée ensuite par la circulaire interministérielle du 5 mai 2000 des ministères de l'Emploi et de la Solidarité, et de l'Intérieur[1050]. Cette nouvelle procédure modifie la prérogative des préfectures en la matière, constituant la seconde « révolution juridico-administrative » suscitée par l'édiction légale d'un statut à l'étranger gravement malade : pour la première fois, leur pouvoir discrétionnaire est explicitement limité (du moins théoriquement) par un avis médical.

1045CE, avis du 22 août 1996, n° 359 622.

1046D. Fassin, « Santé et immigration, Les vérités politiques du corps », *art. préc*.

1047« Loi Chevènement : beaucoup de bruit pour rien », *Plein droit,* (édito), 2001, n° 47-48. Sur l'utilisation du terme « verrouillage », voir *infra*.

1048Circulaire NOR : INTD9800108C du 12 mai 1998 relative à l'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, pp. 21-23.

1049Entretien précité avec un membre du cabinet du ministre de l'Intérieur, 14 décembre 2016 : « *Je n'ai jamais vu de circulaire qui se soit autant rapprochée d'une réglementation, suivie d'instruction très détaillée* ».

1050Circulaire NOR : MESN0030191C et NOR/INT/D/00/00103/C. DPM/CT/DM2-3/DGS/2000/248 du 5 mai 2000 relative à la délivrance d'un titre de séjour en application de l'article 12 bis – 11° de l'ordonnance n° 45-2658 (du) 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour en France.

B. Du pouvoir discrétionnaire des préfectures à « *la prestation de service* »[1051]

352. Pour reprendre les termes de Didier Fassin, « *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* »[1052]. Rupture caractérisée par le passage « *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* »[1053]. L'année 1998 est en effet synonyme de passage de l'assujettissement de l'étranger gravement malade de l'infradroit à un plein droit encadré par la loi. La nouvelle procédure médicale aurait rendu les préfectures « *prestataires de service* »[1054], car en matière de régularisation pour soins, une partie de l'appréciation des conditions ne revient pas aux préfectures ni au ministère de l'Intérieur. Il s'agit des conditions relatives à l'état de santé de la personne, celles-ci étant alors évaluées par un médecin de santé publique de la DDASS, rattachée au ministère de la Santé, qui rend ensuite son avis à la préfecture. La compétence des préfectures en la matière se trouve donc limitée à l'évaluation des conditions administratives, soit l'absence de menace à l'ordre public et la résidence habituelle du demandeur en France. Et le « plein droit » de la carte de séjour vie privée et familiale – qui donne droit au travail – entraîne, pour les services du ministère de l'Intérieur de l'époque, « *un sentiment de dépossession de la compétence du préfet. Les agents n'ont pas de travail de contrôle pour l'étranger malade, à part l'ordre public. Qui plus est, l'agent ne reçoit pas l'étranger en entretien, contrairement à d'autres catégories d'étrangers* »[1055]. Il est important de souligner cet aspect, car il est, à notre sens, fondamental pour comprendre les remises en cause dont ce statut est l'objet[1056].

353. Ce partage de compétences entre ministères n'est pas propre au statut de l'étranger gravement malade : c'est également le cas, par exemple, pour l'évaluation des demandes de carte « artiste et culturelle »[1057], aussi créée par la loi Chevènement, pour lesquelles sont sollicités des avis de la Direction départementale du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (DDTEFP), dépendante du ministère du Travail, ou de la Direction régionale

1051Entretien précité avec un membre du cabinet du ministre de l'Intérieur, 14 décembre 2016.
1052D. Lochak, « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *art. préc*, p. 37.
1053*Ibid*.
1054Entretien précité avec un membre du cabinet du ministre de l'Intérieur, 14 décembre 2016.
1055*Ibid*.
1056Voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
1057Article 12 § 4 de l'ordonnance de 1945.

des affaires culturelles (DRAC), dépendante du ministère de la Culture[1058]. Mais contrairement au droit au séjour pour soins, il ne s'agit pas de nouveaux motifs de séjour, ceux-ci étant relatifs au travail. Et ils sont, qui plus est, des motifs de régularisation moins sensibles politiquement.

354. Selon un haut fonctionnaire du ministère de l'Intérieur, « *à l'époque, l'opinion prédominante au sein du ministère de l'Intérieur considérait que c'était une erreur de classer les étrangers malades parmi les cas de délivrance de plein droit d'une carte de séjour vie privée et familiale* »[1059]. Il aurait mieux fallu, selon lui, « *créer une autre mention que 'CST-VPF' pour les étrangers malades, car elle est tout de même assez éloignée de l'état de santé pour les services préfectoraux* » ou, plutôt que de passer du cas par cas au plein droit, « *créer un titre humanitaire 'fourre-tout' incluant les étrangers malades, et quelques années plus tard, un titre spécifique* »[1060]. Ainsi, dans l'esprit du ministère de l'Intérieur, en cantonnant le rôle des préfectures à l'évaluation des conditions administratives des demandes de titres de séjour pour soins, et à la délivrance d'une carte de séjour si l'avis médical du médecin de la DDASS va dans ce sens, les préfectures deviendraient « *prestataires de service* »[1061]. Or, il « *est difficile de changer de logique, qui plus est dans une administration où il n'y a pas beaucoup de turn-over* »[1062], et surtout, au sein d'une administration qui s'est opposée depuis la fin des années 1980 à toute réglementation relative à cette question, car comme le relevait le cabinet du ministère de la Santé dans une note adressée au cabinet du Premier ministre en 1994[1063], « *il semble délicat de confier en fait à des médecins une décision qui demeure une mesure de police administrative. Le Ministère de l'Intérieur et de l'Aménagement du Territoire y sera, en tout état de cause, formellement opposé* »[1064]. La « révolution juridique et administrative » se trouve

1058Sur l'évolution des structures de l'immigration à la suite de la création du ministère de l'Immigration, de l'intégration et de l'identité nationale en 2007, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.
1059Entretien précité avec un membre du cabinet du ministre de l'Intérieur, 14 décembre 2016.
1060*Ibid.*
1061*Ibid*.
1062*Ibid*.
1063Note pour M. Nicolas Bazire, directeur de cabinet du Premier ministre sur le Projet de rapport sur la situation des personnes de nationalité étrangères atteintes du Sida et passibles d'un arrêté d'expulsion, projet soumis à validation du directeur de cabinet du ministère de la Santé le 8 avril 1994, par Louis Dessaint, chef de service adjoint au directeur général de la santé, et le docteur Marie-Claude Brachet personne en charge du dossier à la DGS (Archives 19960368/63, extrait de type 2 : situation des étrangers malades faisant l'objet d'une expulsion).
1064*Ibid.*

ainsi matérialisée par l'octroi d'un titre de séjour « de plein droit » dont la procédure « dépossède » les préfectures d'une partie de leur pouvoir discrétionnaire.

355. Conclusion du Chapitre 1. L'étude de la catégorisation juridique de l'étranger gravement malade met en évidence les tensions administratives, juridiques et politiques suscitées par l'émergence de la maladie comme fondement d'un statut pour l'étranger. Ces tensions résultent des contradictions suscitées par la reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé : celle-ci implique nécessairement un encadrement du pouvoir discrétionnaire des préfectures. Surtout, cette étude révèle les positions initiales du ministère de l'Intérieur (soutenu par le Gouvernement), très réticent à l'idée d'un dispositif dédié à l'appréhension juridique de la maladie comme motif d'octroi d'un titre de séjour. Ce n'est que grâce à la politisation de la maladie de l'étranger dans le contexte de la lutte contre le VIH/sida que le législateur va être forcé de voter la catégorisation officielle de l'étranger malade. Là encore, les débats parlementaires dévoilent qu'une part importante des élus étaient préoccupés par les risques d'une telle reconnaissance en matière de maîtrise des flux migratoires.

356. Si le vote des lois « Debré » et « Chevènement » constitue indéniablement un changement de paradigme dans la mesure où l'étranger malade est désormais doté d'un statut légal, cela ne signifie pas pour autant que la maîtrise des flux migratoires a été délaissée au profit de la protection de la santé de l'étranger. Au contraire, les discours mobilisés par le ministère de l'Intérieur (ainsi que par certains membres du Parlement) pour s'opposer à toute procédure encadrée de l'état de santé de l'étranger vont être réutilisés pour modifier le processus de catégorisation de l'étranger malade, afin de le rendre plus *compatible* avec la maîtrise des flux migratoires – en d'autres termes, pour le *normaliser*.

357. En effet, tel que consacré par la loi en 1998[1065], le droit au séjour pour soins voté en 1998 implique nécessairement une interprétation des conditions médicales fixées (la nécessité d'« *une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner (…) des conséquences d'une exceptionnelle gravité* » et le « *bénéfice effectif* » du traitement approprié

1065Article 12 bis 11° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 : « *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 qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* ».

dans le pays d'origine) et *a fortiori*, une part de subjectivité. La procédure mise en place pour évaluer ces conditions va également être décisive pour déterminer l'objectif à prioriser entre la maîtrise des flux migratoires et la protection de la santé. C'est effectivement par le *réajustement* de l'interprétation de ces conditions et de leur procédure d'évaluation (les *mécanismes régulateurs* de la *biolégitimité* de l'étranger) que les institutions et parlementaires défavorables à la catégorisation officielle de l'étranger malade vont tenter de limiter son accès. Elles vont, en ce sens, définir un cadre juridique permettant de *normaliser* l'approche de ce statut, afin de la *policiariser*.

Chapitre 2 : Une catégorie réajustée au gré de la politique migratoire

358. Le contexte lié à l'émergence de la maladie de l'étranger comme motif de catégorisation a mis en évidence la crainte qu'elle suscite pour les pouvoirs publics, et le ministère de l'Intérieur en particulier : celle de ne plus pouvoir maîtriser l'immigration. Cela révèle la sensibilité de ce statut : en légitimant l'étranger par le biais de son *corps*, l'État craint de perdre le *contrôle,* et ce, pour deux raisons. D'une part, en raison de la nécessaire implication de médecins pour évaluer l'état de santé de l'étranger. Or, par hypothèse, les médecins ne se préoccupent pas de maîtriser des flux migratoires, mais de protéger la santé. D'autre part, en raison du risque de fraudes, avancé de manière récurrente par les pouvoirs publics pour plusieurs catégories d'étrangers. Dès lors, à défaut de pouvoir contrôler eux-mêmes le *corps* de l'étranger, les autorités chargées de la maîtrise de l'immigration ont dû trouver un moyen de *contrôler* les médecins, pour que ces derniers intègrent des préoccupations liées à la fraude. Autrement dit, d'intégrer une logique propre à la *police des étrangers*.

359. Ces craintes formulées par le ministère de l'Intérieur et certains parlementaires se traduisent, juridiquement, par une série de réformes, dont certaines resteront à l'état de projet. La finalité de ces *réajustements* du cadre juridique relatif à la catégorisation de l'étranger malade est de trouver un équilibre permettant de renvoyer à l'État une impression de *contrôle* du processus de *biolégitimation* de l'étranger (autrement dit, de la délivrance de titres de séjour pour soins). Plus concrètement, ce contrôle doit se traduire par une *baisse* du nombre de statuts octroyés pour raisons médicales. Pour se faire, ces réformes vont *normaliser* l'approche du droit au séjour pour soins par ses acteurs. Les multiples réajustements dont la catégorie « étranger malade » va faire l'objet pendant plus de 20 ans témoignent de cette volonté. Ils vont mener à une instabilité de conditions médicales auxquelles un étranger peut prétendre pour obtenir un statut juridique et, surtout, à un changement de l'opérateur de l'État chargé de les interpréter pour tenter de maîtriser restrictivement les flux d'étrangers malades (Section 1). Outre le contrôle nécessaire de l'interprétation des conditions médicales, la poursuite de l'objectif de maîtrise des flux migratoires nécessite une certaine flexibilité de l'action administrative. Autrement dit, de mécanismes souples, qui vont à la fois préserver le pouvoir discrétionnaire des préfectures, et

éviter que l'étranger ne puisse trop aisément faire valoir son état de santé, et être *protégé* à ce titre (Section 2).

Section 1 : Un réajustement pour policiariser les acteurs médicaux

Section 2 : Une catégorie réajustée pour être faiblement protégée

SECTION 1. UN RÉAJUSTEMENT POUR POLICIARISER LES ACTEURS MÉDICAUX

360. L'adoption du statut légal des étrangers gravement malades en 1997 et 1998 n'a pas fait disparaître les craintes du ministère de l'Intérieur du risque de détournement ou de dévoiement de ce statut, notamment parce que l'appréciation des conditions médicales lui échappent en grande partie. Afin de tenter de *contrôler* la délivrance d'un statut pour raisons médicales, un processus de *normalisation* va s'enclencher à deux niveaux. D'une part, au niveau textuel, par la détermination des conditions médicales permettant à un étranger d'être *biolégitimé* (§ 1). D'autre part, au niveau des acteurs chargés d'interpréter ces conditions. Différentes modifications législatives ont en effet permis l'évolution des instances médicales chargées de les évaluer, afin d'assurer une plus grande cohésion et, surtout, une plus grande maîtrise de celles-ci par le ministère de l'Intérieur (§ 2).

§1. UNE LUTTE D'INFLUENCE DANS L'APPRÉCIATION DES CONDITIONS MÉDICALES POUR BIOLÉGITIMER L'ÉTRANGER

361. Les conditions médicales d'accès à ce statut juridique vont faire l'objet, pendant vingt ans, de diverses modifications et de luttes d'influence politico-administratives, avec pour conséquence une restriction ou un assouplissement d'accès au droit au séjour pour raisons médicales. Deux visions vont s'opposer : l'une visant à maîtriser l'accès à ce statut, au nom de l'impératif de maîtrise des flux migratoires, par le biais de réformes et de circulaires ; l'autre, portée par les tenants d'une interprétation se voulant plus fidèle à l'esprit du législateur de 1998, tendant à faire primer les objectifs de santé individuelle et publique. Ainsi, contrarié par l'évaluation médicale, c'est par voie de circulaires que le ministère de l'Intérieur a d'abord cherché à garder la maîtrise de ce statut. Au « *gouvernement des circulaires* »[1066] (A), succède le tournant législatif engendré par la loi dite « Besson »[1067] en 2011, qui vise à restreindre substantiellement les conditions médicales permettant de *biolégitimer* l'étranger (B).

1066E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...)*, *thèse préc.*, p. 517.
1067Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

A. Une reprise en main par voie de circulaires

362. De 1998 à 2011, les conditions légales d'octroi d'un statut juridique à l'étranger gravement malade n'ont pas été modifiées. Après une première période d'interprétation favorable des conditions médicales par les médecins (1), le ministère de l'Intérieur tente à plusieurs reprises, de reprendre la main sur l'évaluation médicale (2). Des tentatives auxquelles le ministère de la Santé va s'opposer en protégeant spécifiquement les étrangers porteurs du VIH/sida (3).

1. 1998-2002 : une première période interprétation favorable

363. Dès les débuts de la mise en application de la loi de 1998, les ministères de l'Intérieur et de la Santé ont encadré cette nouvelle procédure, et indiqué des grilles d'interprétation. La circulaire du 12 mai 1998 du ministère de l'Intérieur[1068] est ainsi venue préciser ce qu'il fallait entendre par « *l'impossibilité de suivre effectivement un traitement approprié dans son pays d'origine* » (art. 12 bis 7° de l'ordonnance de 1945). Cette première circulaire, bien que signée par le seul ministère de l'Intérieur, retient une interprétation souple de cette condition. Selon celle-ci, la possibilité de bénéficier ou non d'un traitement approprié « *dépend non seulement de l'existence de moyens sanitaires adéquats, mais encore des capacités d'accès du patient à ces moyens* »[1069]. Par « *moyens sanitaires et sociaux* », le ministère de l'Intérieur vise « *les structures, équipements et financements existants ainsi que les personnels compétents pour l'affection en cause ; il importe de savoir si ces moyens sont suffisants en quantité et qualité accessibles à tout patient* »[1070]. Quant à l'accès aux structures sanitaires, il est « *fonction de la distance entre le lieu de résidence du patient et la structure de soins qui conditionne le suivi médical régulier, mais aussi, s'agissant de personnes le plus souvent démunies, de l'existence d'une couverture sociale et de son étendue ou d'une prise en charge financière des soins par la collectivité* »[1071]. Enfin, il est fait mention qu'en cas de doute sur cette condition, le « *médecin inspecteur de santé publique se rapprochera du médecin conseiller technique de la Direction de la Population et des Migrations* » du ministère des

1068Circulaire NOR : INTD9800108C du 12 mai 1998 *relative à l'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, p. 21. Il s'agit d'une circulaire générale d'application de la loi promulguée la veille.
1069*Ibid.*, p. 22.
1070*Ibid.*
1071*Ibid.*,

Affaires sociales et de la Santé, et que la durée prévisible du traitement doit également être prise en considération. Avec cette grille d'interprétation, la démarche du ministère de l'Intérieur est « *finalement la même que celle du juge face au flou du texte* »[1072].

364. Selon un conseiller technique du ministère de l'Intérieur ayant contribué à sa rédaction, cette instruction « *constitue un véritable laboratoire de mise en œuvre de la procédure, et sa mise en pratique a constitué le fond pour construire juridiquement* [le statut des] *étrangers malades. Grâce aux recours hiérarchiques exercés contre les arrêtés préfectoraux, nous avons pu, au ministère, être confrontés au terrain* »[1073]. Mais dès 2002, les conditions d'éligibilité au statut d'étranger gravement malade sont présentées comme la « *faille majeure du système* » par un rapport de l'Inspection générale de l'administration (IGA)[1074]. Est notamment souligné l'accroissement du nombre de demandes de titres de séjour « pour soins » : de 1078 en 1998, les demandes passent à 22 442 en 2002[1075]. Pourtant, cet accroissement est à relativiser eu égard à la baisse du nombre de statuts de réfugié octroyés depuis la fin des années 1970[1076], à la restriction d'accès aux autres motifs de séjour, ainsi qu'à la difficulté à obtenir une carte de résident[1077] qui permettrait de sortir du statut d'étranger gravement malade, ainsi qu'à la montée en charge du dispositif après son adoption. En 2002, le droit au séjour pour soins étant « *déjà un des derniers motifs de régularisation échappant au pouvoir discrétionnaire des administrations de l'immigration* »[1078], il constitue l'une des étapes principales des « *carrières de papier* »[1079]. Ce fort accroissement du nombre de personnes à qui

1072C. Daadouch, *La circulaire et l'exercice de l'autorité dans l'administration*, préc., p. 65.

1073Entretien précité réalisé le 14 décembre 2016.

1074IGA, *Rapport sur l'immigration* commandé par le ministère de l'Intérieur, novembre 2002. Voir aussi B. Demagny, A. Veïsse, « Des médecins sous contrôle politique », *Plein droit*, vol. 92, n° 1, 2012, pp. 20-23.

1075IGAS, 2006, préc., p. 8.

1076En 1975, le taux de personnes admises au titre de l'asile avoisinait les 100 %, alors qu'en 2012 le taux global d'admission est de 21,6 % (en incluant les décisions de la CNDA), et le taux d'accord en première instance est de 9,4 % (Rapport d'observation et d'activités du Comede 2012, page 49). Ainsi, « *l'augmentation du recours à la procédure étranger malade pourrait être directement liée à une moindre prise en compte des demandes d'asile suite à des violences pouvant avoir entraîné des séquelles psychiques* », F.-P. Debionne, « Le médecin inspecteur de santé publique, un acteur essentiel à contre emploi » *Maux d'exil n° 12*, Septembre 2005, p. 5. À ce sujet, lire notamment J. Probst, « Entre faits et fiction : l'instruction de la demande d'asile en Allemagne et en France », *Cultures & Conflits* [En ligne], 84 | Hiver 2011, mis en ligne le 15 mars 2013, consulté le 09 mai 2018 ; J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *op. cit.*, p. 265.

1077J.-F. Benevise, A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire, préc.*, p. 9 ; AIDES, *Rapport de l'Observatoire malades étrangers*, juin 2015, p. 9 : « *sur 52 situations de personnes ayant pu déposer une demande de carte de résident, la carte de résident a été délivréé dans 15 cas* » (p. 62 dudit rapport).

1078B. Demagny, A. Veïsse, « Des médecins sous contrôle politique », art préc.

1079A. Spire, *Étrangers à la carte.*, préc., p. 291.

le statut d'étrangers malades est octroyé est l'occasion politique pour le ministère de l'Intérieur de tenter d'en restreindre l'accès.

2. Premières tentatives du ministère de l'Intérieur de reprise en main

365. Les premières restrictions significatives apportées dans la mise en œuvre du dispositif législatif sont issues de deux circulaires, prises sur la base du rapport « Escoffier » de l'IGA précité. La première est celle du 19 décembre 2002 relative aux conditions d'application de la loi du 11 mai 1998[1080]. Dans cette circulaire, le ministre de l'Intérieur du Gouvernement Raffarin, Nicolas Sarkozy, indique que « *plusieurs préfectures ont constaté des dérives graves* » dans cette procédure, et notamment « *que des étrangers de plus en plus nombreux présentaient des demandes de titre de séjour au regard de ce dispositif après avoir épuisé toutes les autres voies de régularisation* »[1081]. Au regard du caractère « *aléatoire* » des contrôles opérés sur les certificats médicaux « *face à la multiplication des cas signalés* »[1082], les préfectures sont incitées à saisir le Conseil de l'Ordre des médecins en cas de fraude supposée, ou à demander une contre-expertise médicale. La première tentative de reprise en main passe ainsi par un contrôle de la procédure médicale.

366. La seconde circulaire est plus substantielle. Publiée le 10 janvier 2003[1083], elle revient sur l'interprétation des conditions médicales, en remplaçant l'intégralité des paragraphes de la circulaire de 2002 relatifs aux malades. De manière révélatrice, le ministère de l'Intérieur indique qu'il « *est nécessaire de préserver le caractère exceptionnel du droit au séjour* » pour soins. C'est dans ce but que des instructions conjointes avec le ministère de la Santé sont préparées « *pour préciser la notion de 'conséquences d'une exceptionnelle gravité' qui seule doit conduire à la délivrance d'une carte de séjour temporaire* ». Cette clarification de l'article L. 313-11 11° est accompagnée « *d'informations sur les structures sanitaires et l'offre de soins dans le pays d'origine* ». Les conditions médicales d'octroi du statut sont ainsi directement visées, et le ministère de l'Intérieur incite, comme celle de 2002 le faisait déjà, les préfectures

1080Circulaire du 19 décembre 2002 *relative aux conditions d'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France*, NOR/INT/D/02/00215/C.

1081*Ibid.*

1082*Ibid.*

1083Circulaire du 10 janvier 2003 *modifiant la circulaire du 19 décembre 2002 relative aux conditions d'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France*, NOR/INT/D/03/00003/C.

à distinguer le cas où « *l'étranger doit être admis au séjour de l'article 12 bis* [de l'ordonnance du 2 novembre 1945] *avec délivrance d'une carte de séjour temporaire d'un an, des cas où l'existence d'un besoin très temporaire de soins peut conduire à la délivrance discrétionnaire d'une autorisation provisoire de séjour* », au regard de la durée des soins nécessités par l'avis médical[1084]. Par la suite, bien que la loi de 2003 n'a pas modifié les conditions médicales, certains parlementaires ont souligné le fait que la notion « *d'exceptionnelle gravité* » était « *totalement perdue de vue* », certaines situations étant « *totalement outrée*[s] »[1085]. En cela, ils préfiguraient des réformes à venir[1086].

367. Ces circulaires – et les pratiques préfectorales qui les ont accompagnées – n'ont pas pour autant fait cesser toute polémique sur ce dispositif. Ainsi, le projet de loi *relatif à l'immigration et à l'intégration*[1087] prévoyait de modifier considérablement les conditions de délivrance d'une carte de séjour pour soins. D'une part, il est envisagé de remplacer la notion de « *prise en charge médicale* » par celle de « *soins urgents* »[1088]. L'ODSE estime alors que cela « *conduirait à ne permettre la régularisation que lors des périodes d'hospitalisation* »[1089], ce qui « *irait à l'encontre du principe de prévention de l'aggravation de l'état de santé, principe contenu dans la notion de "prise en charge médicale" qui comprend les soins, la surveillance régulière et les traitements quotidiens non urgents* ». D'autre part, il était envisagé le remplacement de l'évaluation au regard du pays d'origine « *par celui de "disponibilité du traitement"* ». Cette évaluation est également dénoncée par l'ODSE : si dans un pays, le traitement existe, « *il reste inaccessible à une grande partie de la population, de par son coût et ses modalités de distribution* »[1090].

1084Comme le prévoit la circulaire interministérielle du 5 mai 2000 des ministères de l'Intérieur et de la Santé, DPM/CT/DM2-3/DGS/2000/248 *relative à la délivrance d'un titre de séjour en application de l'article 12 bis – 11° de l'ordonnance n° 45-2658 (du) 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*. NOR MESN0030191C et NOR/INT/D§00§001103/C. Cette circulaire prévoit que le médecin rendant un avis sur la demande de titre de séjour doit préciser la durée des soins nécessités. Voir par exemple la fiche n° 6 de ladite circulaire.

1085Assemblée nationale, CRI, 3è séance du 8 juillet 2003, p. 7090, 1ère colonne, intervention de T. Mariani.

1086Sur ces réformes, voir *infra.*

1087Il s'agit du projet qui aboutira à la loi n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration*

1088ODSE, « Étrangers malades, analyse des modifications prévues par le Gouvernement », 2006.

1089*Ibid.*

1090*Ibid.*

368. À la suite d'une mobilisation interassociative, le Gouvernement a retiré ces dispositions[1091] du projet de loi. C'est donc à nouveau par voie de circulaire que le ministère de l'Intérieur cherche à modifier les modalités d'appréciation du droit au séjour pour soins afin d'en restreindre l'accès. Ainsi, en novembre 2006, un projet de circulaire est rendu public. Le projet vise à mettre à disposition des préfets un « *listing indiquant, pays par pays, si le traitement ''existe'' pour les principales pathologies répertoriées par l'OMS, à l'exception du VIH et de la tuberculose* »[1092]. Face à la réaction associative et médiatique, le projet de circulaire est abandonné, pour réapparaître officieusement par les « *fiches-pays* »[1093]. Avec le recul, ces tentatives apparaissent comme les prémices de ce qu'il adviendra du dispositif avec la loi « Besson » du 16 juin 2011. Elles mettent en évidence la volonté politique de restreindre les conditions d'accès à un titre de séjour pour soins, qui ne se focalisent pas encore sur la nécessité de contrôler les médecins procédant à l'évaluation médicale, afin de *policiariser* la procédure.

369. Parallèlement à ces tentatives de restriction d'accès au dispositif de droit au séjour pour soins par le ministère de l'Intérieur, des instructions du ministère de la Santé tendant à interpréter les conditions substantielles dans un sens protecteur de la santé (individuelle et publique) sont également publiées.

3. Tentatives de résistance du ministère de la Santé par des instructions spécifiques au VIH/sida

370. La première instruction du ministère de la Santé à la suite de l'adoption de la loi « Chevènement » de 1998 a été publiée en 2005[1094]. Celle-ci, prise par la Direction générale

1091E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...)*, *thèse préc.*, p. 517.

1092Pour plus de précisions sur ce projet, voir la thèse d'E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...)*, *thèse préc.*, p. 522. Lire également A. Sopena, « Nouvelle stratégie contre les malades étrangers », *Plein droit*, vol. 71, n° 4, 2006, pp. 26-29.

1093Les « fiches-pays » sont relatives à l'accès aux soins dans le pays d'origine des principales nationalités demandeuses d'un titre de séjour pour soins. Elles ont été initiées par le ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale, et étaient remplies par les médecins des ambassades françaises. Pour davantage de détails, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1094Circulaire n° DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005 *relative aux avis médicaux concernant les étrangers atteints par le VIH, émis dans le cadre de l'application de l'article L. 313-11 11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*. Cette instruction fait notamment suite à l'avis rendu par le Conseil national du sida du 26 février 2004 sur le processus d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins des étrangers (non publié au JO). Le CNS y indique notamment que « *les ''conséquences d'une exceptionnelle gravité'' doivent être appréciées aussi bien au regard de la santé publique que de la personne elle-même. La référence à cette notion implique que pour chaque demandeur soient examinés non seulement le pronostic vital mais aussi l'existence d'une atteinte grave à une fonction importante. Le principe doit être celui*

de la santé (DGS), vise spécifiquement les étrangers porteurs d'une infection par le VIH, qui « *ont pu faire parfois l'objet d'avis discordants selon les départements* », donnant ainsi lieu à des refus de titre de séjour. Le 28 novembre 2003, l'ODSE indique par voie de communiqué de presse avoir « *recensé déjà dix cas avérés de décisions absurdes où les médecins inspecteurs de Charente, de l'Essonne, du Gard et de Paris ont décrété que les malades du Congo, de Côte d'Ivoire, du Ghana, de Madagascar et du Sénégal peuvent désormais accéder aux traitements antirétroviraux* »[1095], et de trois tentatives d'expulsion[1096]. La circulaire du 30 septembre 2005 relative aux avis médicaux concernant les étrangers atteints par le VIH[1097] est diffusée à l'ensemble des Directions régionales et départementales des affaires sanitaires et sociales, dont dépendent les médecins inspecteurs de santé publique chargés d'émettre les avis médicaux. Elle indique que « *dans l'ensemble des pays en développement, il n'est* (…) *pas encore possible de considérer que les personnes séropositives peuvent avoir accès aux traitements antirétroviraux ni à la prise en charge médicale nécessaires pour les porteurs d'une infection par le VIH* »[1098]. Il s'agit de protéger les étrangers atteints du VIH/sida. Ceux-ci représentent en 2004 12,6 % du total des avis médicaux rendus[1099]. De telles instructions illustrent une « *résistance de l'administration de lutte contre le sida face aux politiques d'immigration* »[1100]. Cette résistance s'est toutefois peu à peu estompée au fil des années, en particulier à partir de la première moitié des années 2010 : les personnes qui faisaient partie de cette administration de la lutte contre le sida au sein de la DGS ont été progressivement « *écartée* » du dossier « étranger malade », laissant ainsi du « *lest au ministère de l'Intérieur* »[1101].

---

d'un examen individuel de la demande. Dans chaque cas, sont évaluées la gravité de la pathologie et les conséquences, immédiates et à plus long terme, d'un défaut de traitement ». Selon le CNS, l'établissement d'un « *guide de recommandations* (…) *complétée régulièrement, servirait de référent, en recensant notamment les pathologies graves ayant justifié l'obtention d'un titre de séjour pour raison médicale* ».

1095ODSE, « La France invite les étrangers malades séropositifs à retourner mourir dans leur pays. À quand les reconduites frontière ? », Communiqué de Presse, 28 novembre 2003.

1096ODSE, « Sida : les préfectures jouent à la roulette russe avec les étrangers », Communiqué de Presse, 9 août 2004.

1097Circulaire n° DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005, préc.

1098*Ibid.*

1099Soit le deuxième taux le plus élevé, après les pathologies psychiatriques (13 %) (J.-F. Benevise, A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 6).

1100E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (…)*, *thèse préc.*, p. 501.

1101Entretien avec une personne travaillant à la DGS, 17 décembre 2015 : « *J'ai été écartée du circuit. L'équipe actuelle de la DGS est moins battante que la précédente, mais pas inconvaincable. Il ne faut pas lâcher la barre, de lest au ministère de l'Intérieur. Mais c'est déjà le cas. Il y a une forme d'apathie complète. Je sais que j'ai ma part de responsabilité. On s'auto-censure, ce n'est pas convenable. Je pense que la disparition d'Act-Up nous a tous fait reculer* »

371. Le traitement préférentiel des étrangers gravement malades atteints du VIH/sida illustre « *l'exceptionnalité* » que constitue cette pathologie. Cela s'explique d'une part par la forte mobilisation des associations et médecins impliqués dans la lutte contre le VIH/sida, à l'origine des premières actions de mobilisation en faveur de ce statut[1102], et des dénonciations de ses dérives ultérieures. Mais ces instructions spécifiques et protectrices ne concernent qu'un peu plus d'un dizième de l'ensemble des pathologies faisant l'objet d'une demande de titre de séjour pour soins. Pourtant, le ministère de l'Intérieur a alors envisagé de durcir drastiquement les conditions médicales dans son projet de réforme du 18 décembre 2005.

372. Dans la lignée de son opposition à tout encadrement du pouvoir discrétionnaire des préfets au cours des années quatre-vingt-dix, le ministère de l'Intérieur vise au début des années 2000 à endiguer toute évolution trop favorable du droit au séjour au séjour pour soins, et tente de faire adopter des dispositions en restreignant l'accès. La voie législative étant délicate, c'est par la voie des circulaires que la fragilisation de ce statut a débuté, illustrant ainsi que comme la plupart des catégories d'étrangers, les malades n'échappent pas à la règle selon laquelle les circulaires « *viennent généralement restreindre le champ d'application de la loi et poser des conditions que le législateur n'a pas entendu exiger pour que*

1102Notamment par le biais des associations Act-Up Paris et AIDES. Sur Act-Up, lire notamment Act Up, *Le sida, combien de divisions ?*, *ouvr. préc.* ; C. Broqua, *Agir pour ne pas mourir ! Act Up, les homosexuels et le sida.* Presses de Sciences Po, 2005, 406 p. Sur AIDES, voir notamment P. Lascoumes, « Changer le droit, changer la société : le moment d'un retournement », *Genèses*, vol. 77, n° 4, 2009, pp. 110-123.

la loi bénéficie aux étrangers concernés »[1103]. Cette remise en cause est encore davantage marquée à partir de l'année 2011 et la loi dite « Besson ».

B. 2011 : La principale modification légale substantielle : de l'accessibilité à la disponibilité du traitement approprié

373. La principale modification par la loi des conditions médicales d'accès à un titre de séjour pour soins intervient en 2011, avec la loi dite « Besson »[1104]. Celle-ci modifie le curseur de l'évaluation de l'accès à un traitement approprié dans le pays d'origine : il n'est plus question d'accessibilité à ce traitement, mais de sa simple disponibilité (1). Toutefois, la loi dite « Cazeneuve » du 7 mars 2016[1105] viendra modifier à nouveau ces critères, en rétablissant des conditions similaires à 1998 (2).

1. 2011-2016 : de l'accessibilité à la simple disponibilité du traitement approprié

374. C'est en réaction à une jurisprudence du Conseil d'État[1106] que la loi de 2011 est adoptée à l'initiative de députés estimant celle-ci trop favorables aux étrangers malades. Le Conseil d'État n'a pourtant fait que consacrer l'esprit du législateur de 1997-1998 (a). En outre, cette réforme n'a eu qu'un impact très limité sur la délivrance de titres de séjour pour soins (b).

1103F. Toubol-Fischer, « L'application de la loi par les préfectures : le règne d'Ubu », *AJ Pénal*, 2004, p. 106. Il convient également de souligner qu'outre ces projets de circulaire, le rapport Mazeaud, commandé par le ministre de l'Immigration, a proposé en 2008 de sortir le titre « étranger malade » des motifs de carte de séjour mention « vie privée et familiale » : « *Ces dispositions ont remplacé en quelque sorte, en pratique, les dispositifs propres à l'asile politique, à l'asile territorial ou au mariage avec un ressortissant français, dispositifs qui ont fait l'objet d'un dévoiement relatif, ce qui a conduit le législateur à intervenir à plusieurs reprises : en résumé, l'étranger est aujourd'hui malade et n'hésite pas à solliciter une carte de séjour à ce titre. Le nombre de dossiers contentieux en rapport avec l'application de ce texte est impressionnant. Beaucoup de dossiers ne valent d'ailleurs rien, masse qui doit sans doute refléter le nombre excessif de demandes présentées en préfecture à ce titre. On peut se demander s'il n'y aurait pas lieu de ''déconnecter'' purement et simplement ce type de carte de séjour des titres de plein droit. Il s'agit, en effet, d'un titre de séjour ayant peu de rapport avec la vie privée et familiale stricto sensu et très éloigné d'un titre de ''plein droit'', tant les conditions sont strictes. Un dispositif à part, englobant également les accompagnants de malade (voir l'article L. 311-12 : parents d'enfant malade), réglant expressément le cas des conjoints et comportant en quelque sorte deux étages – d'abord, une période d'autorisations provisoires de séjour (par exemple, d'une durée de six mois et renouvelables sur un ou deux ans, avec autorisation de travail sur présentation d'un contrat de travail), puis la délivrance d'un titre d'un an, voire de deux ans, pour les maladies les plus graves, ne pouvant être soignées à l'étranger et nécessitant un traitement ou un suivi long et spécialisé – permettrait de pallier les excès constatés tant au niveau administratif que contentieux.* », *in* Commission Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La Documentation française, 2008, pp. 187-188.

1104Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

1105Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France*.

1106Voir *supra.*

a) Une réaction aux jurisprudences *Jabnoun* et *Bialy* perçues comme trop favorables

375. Alors que les arrêts *Jabnoun et Bialy*[1107] de 2010 du Conseil d'État ont consacré, plus d'une décennie après leur adoption, la lettre et l'esprit des lois de 1997-1998 sur l'accessibilité des soins (i), les débats parlementaires ont révélé les clivages s'agissant de l'étendue de cette notion (ii).

i. Les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* ou le retour à l'esprit du législateur

376. Dans sa version initiale, le projet de loi *relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité* présenté en mars 2010[1108], ne contient pas de dispositions relatives au droit au séjour pour soins. C'est en première lecture, devant la commission des lois de l'Assemblée nationale qu'est introduit un amendement du rapporteur Thierry Mariani[1109], en réaction aux arrêts *Jabnoun* et *Bialy* rendus le 7 avril 2010 par le Conseil d'État, afin de « *revenir à une interprétation raisonnable des conditions de délivrance de la carte de séjour temporaire accordée en raison de l'état de santé* »[1110].

377. Certes, le Conseil d'État, dans son arrêt de Section, a considéré que « *lorsque le défaut de prise en charge médicale risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé* », l'autorité administrative ne peut légalement « *décider l'éloignement de l'étranger* » ou *« envisager de refuser la délivrance d'un titre de séjour* » sans vérifier préalablement, au vu de l'avis médical prévu par la procédure, « *s'il existe des possibilités de traitement approprié de l'affection dans le pays [en cause]* »[1111]. Compte tenu de la rédaction de l'article L. 313-11 11° du CESEDA, ce principe est logique : dès lors qu'une condition est remplie, il faut vérifier si la suivante l'est également. Inversement, si la deuxième condition,

1107CE, sect., 7 avril 2010, n° 301640 et 316625. 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 », *art. préc.* ; J. Morri, « Protection comparée du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit au séjour pour raisons médicales : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux », *art. préc* ; S.-J Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », *AJDA,* 2010, p. 881 ; M. Afroukh, « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'État français », *in RTDH*, n° 86, 2011, pp. 325-341.

1108Projet de loi *relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité, n° 2400*, déposé le 31 mars 2010.

1109Député rattaché à l'Union pour un mouvement populaire (UMP).

1110T. Mariani, *Rapport n° 2814 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 4200) relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, p. 63.

1111CE, *Jabnoun* et *Bialy,* préc.

liée à l'exceptionnelle gravité, n'est pas remplie, l'administration n'a pas à se prononcer sur la troisième, en l'occurrence, l'accès aux soins dans le pays d'origine[1112]. Mais l'un des apports notables des arrêts *Jabnoun* et *Bialy* réside dans la portée de cette troisième condition : « *si de telles possibilités existent mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* », l'autorité administrative devra apprécier « *si l'intéressé peut ou non bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* »[1113].

378. Cette décision s'appuie notamment sur les conclusions de son rapporteur public, Matthias Guyomar. Trois éléments évoqués par ce dernier dans ses conclusions[1114] démontrent que la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy* ne fait qu'appliquer la loi de 1998 : la formulation « *''sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi'' subordonnent la faculté d'éloigner un étranger malade ou de lui refuser un titre de séjour à la possibilité effective de recevoir les soins dont il a besoin* »[1115]. En recourant à cette formulation « *à deux reprises, en 1997 puis en 1998, le législateur n'a pas seulement exigé que l'étranger malade soit susceptible de bénéficier d'un traitement dans son pays d'origine, il a clairement marqué qu'il fallait aussi qu'il soit en mesure de le suivre* »[1116]. Ensuite, « *le législateur a entendu traduire en droit positif la pratique des préfectures* »[1117] qui, comme le ministre de l'Intérieur Jean-Louis Debré l'a décrit aux députés en 1996, consiste à vérifier « *qu'il n'y a pas, dans le pays où serait renvoyé l'individu, des structures sanitaires et sociales permettant la poursuite du traitement* »[1118]. Troisièmement, le rapporteur public invoque la « *logique même du dispositif de protection* », qui serait « *factice* » si la faculté d'accéder

1112Le Conseil d'État a en effet rappelé que le médecin chargé de cette évaluation devait réponse aux conditions de manière successive : CE, 30 décembre 2013, n° 359 144 : « *ce n'est que lorsque le défaut de prise en charge médicale risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé que la légalité du refus de renouvellement d'une autorisation provisoire de séjour demandée sur le fondement des dispositions citées au point 2 est subordonnée à l'existence de possibilités de traitement approprié de l'affection en cause dans son pays d'origine* ».

1113CE, *Jabnoun* et *Bialy*, préc.

1114Conclusions préc., pp. 8-9.

1115*Ibid.*

1116*Ibid.*

1117*Ibid.*

1118Assemblée nationale, 2ème séance du 19 décembre 1996.

effectivement à l'offre de soins n'était pas prise en compte par l'administration et le juge administratif[1119].

379. Enfin et surtout, la circulaire du ministère de l'Intérieur du 12 mai 1998[1120] fait explicitement référence à l'accessibilité pour l'étranger aux structures sanitaires et sociales dans son pays d'origine : « *la possibilité pour l'intéressé de bénéficier ou non du traitement approprié à son état dans son pays d'origine dépend non seulement de l'existence de moyens sanitaires adéquats, mais encore des capacités d'accès du patient à ces moyens* ». Ces derniers concernent « *les structures, équipements et financements existants ainsi que les personnels compétents pour l'affection en cause* », pour lesquels « *il importe de savoir si ces moyens sont suffisants en quantité et qualité et accessibles à tout patient »*[1121]. Cet esprit n'a donc pas été dévoyé par le Conseil d'État, comme le relève le sénateur socialiste Jean-Yves Le Bouillonnec pour qui « *contrairement à ce que prétendent le rapporteur* [du texte, T. Mariani] *et le ministre* [Eric Besson], *le Conseil d'État n'a rien ajouté aux obligations contenues dans le dispositif de 1998 : il s'est contenté de délimiter l'obligation qui s'impose à l'administration, définissant ce que recouvre, dans la formule du texte de loi – ''sous réserve qu'ils ne puissent effectivement bénéficier d'un traitement'' –, l'adverbe ''effectivement'' impliquant pour une administration chargée de vérifier ce qui est accessible et ce qui ne l'est pas* »[1122].

380. Toutefois, les partisans de cet amendement ont justifié son adoption par l'argument selon lequel cette évolution jurisprudentielle « *faisait peser une obligation déraisonnable au système de santé français, ouvrant un droit au séjour potentiel à tout étranger ressortissant d'un pays ne bénéficiant pas d'un système d'assurance social comparable au nôtre* »[1123]. Ce raisonnement a justifié que les termes « *qu'il ne puisse effectivement bénéficier* » de l'article L. 313-11 11° soient remplacés par les mots « *de l'indisponibilité* ». Ainsi, le législateur modifie le critère de l'accessibilité par celui de la disponibilité. Selon le rapporteur de la loi au Sénat

1119*Ibid.*

1120Circulaire *relative à l'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, p. 21.

1121*Ibid.* : « *L'accès aux structures sanitaires éventuelles est fonction de la distance entre le lieu de résidence du patient et la structure de soins qui conditionne le suivi médical régulier, mais aussi, s'agissant de personnes le plus souvent démunies, de l'existence d'une couverture sociale et de son étendue ou d'une prise en charge financière des soins par la collectivité* »..

1122Assemblée nationale, CRI, séance du 9 mars 2011, p. 1654, intervention de J.-Y. Le Bouillonnec.

1123C. Goasguen, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 3161) modifié par le Sénat relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité,* 16 février 2011, p. 33.

François-Noël Buffet, est « *conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* »[1124]. Dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*[1125], la Cour avait en effet exclu « *la maladie et l'absence de ressources suffisantes pour faire face à cette pathologie [le VIH, au stade sida] dans le pays de destination* »[1126] comme faisant partie des « *circonstances exceptionnelles* » ouvrant droit à une protection au titre de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme[1127].

381. Les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* sont donc mobilisés comme un levier politique pour le Gouvernement et les parlementaires de la majorité afin de justifier un encadrement restrictif du droit au séjour pour soins. Mais la question de la modification de la condition relative à l'accès aux soins dans le pays d'origine de l'étranger va susciter de vifs débats, marquant son caractère clivant.

ii. L'accès au traitement approprié, une condition clivante

382. Ce projet de modification de l'article L. 313-11 11° du CESEDA a suscité de vives tensions politiques, comme en témoignent les débats parlementaires, ainsi que la mobilisation du corps médical et des associations. Le texte a subi de nombreuses modifications à l'occasion des travaux parlementaires : intégré par la commission des lois de l'Assemblée nationale, adopté en première lecture par cette dernière, l'article 17*ter* du projet de loi sera ensuite supprimé par la commission des lois du Sénat. Des sénateurs tenteront de réintégrer cette disposition au texte, mais l'amendement a finalement été retiré, à la demande du ministère de l'Intérieur qui souhaitait que « *la navette permette de rapprocher les positions des deux assemblées* »[1128], si possible vers un texte neutralisant la jurisprudence du Conseil d'État, qui « *introduit de la subjectivité dans l'interprétation des règles, alors que la loi de 1998 fixe, au contraire, des critères objectifs* »[1129]. C'est la commission des lois de l'Assemblée nationale qui, lors de la seconde lecture, adopte le rétablissement de l'article

1124*Ibid.*
1125CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05.
1126*N. c. Royaume-Uni, préc.*, §43 : « *Toutefois, elle estime qu'elle doit conserver le seuil élevé fixé dans l'arrêt D. c. Royaume-Uni et appliqué dans sa jurisprudence ultérieure, seuil qui est selon elle correct dans son principe étant donné que, dans ces affaires, le préjudice futur allégué proviendrait non pas d'actes ou d'omissions intentionnels des autorités publiques ou d'organes indépendants de l'État, mais bien d'une maladie survenant naturellement et de l'absence de ressources suffisantes pour y faire face dans le pays de destination* ».
1127Sur la jurisprudence de la CEDH, voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitres 1 et 2.
1128Sénat, CRI, séance 8 février 2011, p. 961, 1ère colonne, intervention de P. Richert.
1129*Ibid*.

17*ter*. Il sera voté tel quel par l'Assemblée, mais sera supprimé puis modifié ensuite par la commission des lois du Sénat. Selon le rapporteur, la notion de « *disponibilité* » « *n'était ni suffisamment claire (la portée du terme ''indisponibilité'' étant incertaine) ni suffisamment protectrice dans les cas nécessitant une approche d'humanité* ». C'est pourquoi l'article adopté se réfère à la notion « *d'absence de traitement approprié* » dans le pays d'origine, et vise également « *à permettre, dans certains cas, la prise en compte de circonstances particulières tenant à la situation du demandeur : il serait explicitement prévu que l'autorité administrative puisse prendre en compte des considérations humanitaires exceptionnelles pour l'attribution du titre, après avoir recueilli l'avis du directeur général de l'agence régionale de santé* ». C'est la formulation qui sera définitivement retenue, une fois adopté par la commission mixte paritaire, le 10 mai 2011.

383. Cette modification a suscité de vifs débats, très répétitifs, au sein des deux chambres. Aux arguments avancés par les tenants de cette réforme appartenant à la majorité parlementaire ont été opposés trois arguments principaux. Le plus mobilisé est celui d'une approche très restrictive qui ne correspond pas à l'esprit du législateur de 1998, car « *un pays peut posséder un traitement contre une maladie grave, tel le sida, sans que ce traitement soit pour autant présent en quantité suffisante. Il peut également n'être disponible qu'à un prix prohibitif ou être réservé à une certaine classe de la population. Le traitement peut donc ne pas être absent, mais rester cependant effectivement inaccessible à une grande majorité de malades* »[1130]. Cet argument est également porté par une partie du corps médical mobilisé[1131], en plus des associations de l'ODSE[1132]. Le deuxième argument est relatif au risque d'une telle restriction pour la santé publique : en restreignant l'accès à une voie de régularisation pour les étrangers malades, « *des maladies infectieuses non traitées et potentiellement graves, le sida, la tuberculose et beaucoup d'autres feront que les pathologies vont se développer, y compris sur notre sol ; elles se propageront et contamineront un nombre d'autant plus important de personnes que les sujets infectés ne seront pas traités. Ce projet de loi entraînera de plus des retards de sollicitation de traitement de la part des malades étrangers, et donc une*

1130Sénat, CRI, séance du 13 avril 2011, p. 2792, 1ère colonne, intervention de A. Boumediene-Thiery.

1131F. Barré-Sinoussi, J.F. Delfraissy et D. Sicard, « Des chercheurs pour le droit au séjour pour soins des étrangers malades », *Rue 89*, 8 mars 2011 ; voir également Un mot des morts, « Des chercheurEs pour le droit au séjour des étrangerEs malades », *Word Press*, 9 mars 2011.

1132ODSE, *Projet de loi 2011 sur l'immigration. Utilisez l'argumentaire de l'ODSE pour interpeller votre député* !, 3 mars 2011. http://odse.eu.org/Projet-de-loi-2011-sur-l

augmentation des cas de contamination »[1133]. C'est, à notre connaissance, la première fois que l'argument de la santé publique est mobilisé par des parlementaires dans des débats relatifs au statut juridique de l'étranger gravement malade. Enfin, le dernier argument est relatif au risque de violation du secret médical lorsque les demandeurs devront faire valoir des « *circonstances humanitaires exceptionnelles* » justifiant leur régularisation, ces circonstances étant évaluées par le préfet « *après avis du directeur général de l'ARS* »[1134].

384. De son côté, le ministère de l'Intérieur et les parlementaires issus de la majorité arguent que « *le projet de loi ne remet pas du tout en cause ce titre de séjour ; il vise tout simplement à appliquer à la lettre la loi du 11 mai 1998 qui en fixe le principe* »[1135] sans remettre « *en cause les directives données par le ministère de la santé depuis plusieurs années* »[1136]. Cette nouvelle formulation permet, en levant « *l'ambiguïté, source d'insécurité juridique, de la notion d'accès effectif* »[1137], de « *donner aux magistrats une direction qui leur permette de juger dans les meilleures conditions* »[1138]. La notion de « *circonstances humanitaires exceptionnelles* » à prendre en considération a été présentée comme une « *soupape de sécurité* »[1139] susceptible d'atténuer la restriction des conditions médicales d'accès à un titre de séjour pour soins. La terminologie utilisée – « *circonstances humanitaires exceptionnelles* » – emprunte, comme cela a été vu, à la jurisprudence restrictive de la Cour EDH de 1997[1140].

385. L'argument du dévoiement de « l'esprit du législateur » par la jurisprudence a convaincu la majorité parlementaire, qui a pu voir dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* un

1133Commission mixte paritaire, CRI, 1ère séance du 10 mai 2011, p. 2891, 2è colonne, intervention de J.-L. Touraine.

1134Nouvelle version de l'article L. 313-11 11° du CESEDA.

1135Commission mixte paritaire, CRI, 1ère séance du 10 mai 2011, p. 2883, 2è colonne, intervention de C. Guéant,

1136Ibid.

1137Assemblée nationale, CRI, 2ème séance du 5 octobre 2010, p. 6568, 1ère colonne, intervention de E. Besson.

1138*Ibid.*, p. 6564, 1ère colonne, intervention de C. Goasguen.

1139O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 37.

1140*D. c. Royaume-Uni*, préc., § 54 : « *Cela étant, la Cour souligne que les non-nationaux qui ont purgé leur peine d'emprisonnement et sont sous le coup d'un arrêté d'expulsion ne peuvent en principe revendiquer le droit de rester sur le territoire d'un État contractant afin de continuer à bénéficier de l'assistance médicale, sociale ou autre, assurée durant leur séjour en prison par l'État qui expulse. Cependant, compte tenu des circonstances très exceptionnelles de l'affaire et des considérations humanitaires impérieuses qui sont en jeu, force est de conclure que la mise à exécution de la décision d'expulser le requérant emporterait violation de l'article 3 (art. 3)* » ; CEDH, *N. c. Royaume-Uni*, préc., § 43 : « *La Cour n'exclut pas qu'il puisse exister d'autres cas très exceptionnels où les considérations humanitaires soient tout aussi impérieuses* ».

empiétement du Conseil d'État sur sa prérogative de maîtrise des flux migratoires : par son entrée en scène, le Conseil d'État est « *venu disputer son droit à dire le droit* »[1141] des étrangers malades. La loi de 2011 est l'occasion pour le législateur de se réaffirmer comme principal acteur de l'assouplissement ou du durcissement dans l'accès à un titre de séjour pour soins. Ainsi, un peu plus d'un an après ces deux arrêts, les conditions substantielles d'octroi d'un titre de séjour pour soins sont modifiées dans un sens restrictif, la simple existence (théorique) d'un traitement médical dans le pays d'origine pouvant justifier un refus de titre de séjour pour soins. L'impact de cette réforme sera néanmoins limité.

b) Une réforme à l'impact limité

386. Les effets de cette réforme sur le flux de délivrance de titres ont été très relatifs (ii), notamment en raison d'une instruction favorable du ministère de la Santé (i).

i. Des effets partiellement neutralisés par le ministère de la Santé

387. La nouvelle version de l'article L. 313-11 11° est entrée en vigueur le 18 juin 2011. Quelques mois plus tard, le 10 novembre 2011, la Direction générale de la santé (DGS) publie une instruction relative aux recommandations pour émettre les avis médicaux concernant les étrangers atteints de pathologies graves[1142]. En application de la nouvelle loi adoptée, elle explicite les nouvelles conditions relevant de l'appréciation des médecins des Agences régionales de santé (M.ARS). Selon ces instructions, l'absence d'un traitement approprié « *est avérée lorsque les ressources sanitaires du pays d'origine ne permettront pas au demandeur, en cas de retour dans ce pays, d'y être soigné sans risque de conséquences d'une exceptionnelle gravité sur sa santé* »[1143]. La notion de traitement est également objectivée. Elle s'entend « *comme l'ensemble des moyens mis en œuvre pour guérir ou prendre en charge une maladie ou des symptômes (traitements médicamenteux, soins techniques, examens de suivi et de bilan)* ».

1141Sur le sujet de la « distribution des rôles » entre juge administratif et législateur, lire C. de Galembert, « La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004) », *in* J. Commaille, M. Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, 2007, pp. 95-118. Sur la concurrence pour l'édiction des normes et en particulier, sur les réactions de l'autorité politique à la jurisprudence, voir C. Otero, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives,* Institut Universitaire Varenne, 2014, p. 183 et s.

1142Instruction n° DGS/MC1/RI2/2011/417 du 10 novembre 2011 du ministre de la Santé *relative aux recommandations pour émettre les avis médicaux concernant les étrangers malades atteints de pathologies graves*.

1143*Ibid.*

Surtout, tout en rappelant le principe posé par la circulaire de 2005 concernant les personnes porteuses d'une infection par le VIH[1144], cette instruction revoit l'appréciation de la notion de « *traitement approprié* ». Selon celle-ci, ce traitement « *dépend de l'existence d'une offre de soins dans le pays d'origine comprenant les structures, les équipements, les médicaments et les dispositifs médicaux, ainsi que les personnels compétents nécessaires pour assurer la prise en charge de l'affection en cause* ». Une interprétation à rebours des débats parlementaires ayant motivé le vote de la loi dite « Besson ».

388. En effet, selon un agent ayant travaillé au sein du service à l'origine de cette instruction[1145], le ministère de l'Intérieur avait peu apprécié cette instruction, « *car elle venait amortir les effets de la réforme* »[1146]. Lors des débats parlementaires relatifs à la loi de 2011, Claude Guéant, alors ministre de l'Intérieur, avait pourtant rappelé que cette circulaire « *reste d'actualité. Les personnes atteintes de lourdes pathologies infectieuses, notamment le sida, auront ainsi toujours accès au titre ''étranger malade'' et continueront d'être accueillies et protégées par notre pays* »[1147]. La mission IGA-IGAS a perçu cette instruction comme tendant « *à enrichir les termes* »[1148] de la loi en visant à « *requérir des M.ARS* [médecins des Agences régionales de santé] *une analyse plus globale et concrète de la capacité objective de la structure sanitaire du pays de renvoi à prendre en charge l'état de santé de l'étranger malade* »[1149], neutralisant les effets de la réforme[1150]. Cette instruction révèle la lutte d'influence au sein de la haute sphère politico-administrative qui s'exerce entre le ministère de l'Intérieur, visant à maîtriser l'immigration et le ministère de la Santé, visant à protéger la santé individuelle et publique. Elle a pourtant eu un impact limité.

1144Circulaire n° DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005, préc. : « *dans l'ensemble des pays en développement, il n'est* (…) *pas encore possible de considérer que les personnes séropositives peuvent avoir accès aux traitements antirétroviraux ni à la prise en charge médicale nécessaire pour les porteurs d'une infection par le VIH* »

1145Il s'agit de la Sous-direction de la promotion de la santé et prévention des maladies chroniques de la DGS.

1146Entretien réalisé le 8 septembre 2015.

1147CMP, 1ère séance du 10 mai 2011 2011, p. 2883, 2è colonne, intervention de C. Guéant.

1148O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 35

1149*Ibid*.

1150Assemblée nationale, CRI, 1ère séance du 21 juillet 2015, p. 7001, 2è colonne, intervention de B. Cazeneuve : « *les dispositions que vous aviez inscrites dans la loi de 2011 étaient inapplicables et le ministre de la santé d'alors a demandé que l'administration ne les applique pas, de sorte que ces nouvelles dispositions, qui définissent des critères objectifs, ne changent rien dans les faits* ».

ii. Une application et un impact limités

389. Au regard des statistiques, la réforme des conditions substantielles de délivrance d'un titre de séjour pour soins n'a pas eu d'impact considérable sur le nombre de titres délivrés. Il était de 31 973 en 2008, 33 866 en 2011, et 34 685 en 2014[1151], soit en légère augmentation. Quant au taux d'avis favorables émis par les médecins ARS, plus représentatifs de l'impact de la réforme en ce qu'il est directement lié aux conditions d'évaluation médicale, il est aux alentours de 75 %[1152] : 73,5 % en 2008, 75,2 % en 2011, 77 % en 2012. Ce constat est corroboré par le rapport de l'IGA-IGAS sur *L'admission au séjour des étrangers malades*, pour qui « *le recollement statistique opéré par la mission démontre que la loi adoptée en juin 2011 n'a pas eu d'impact significatif sur le volume global des admissions au séjour prononcées en France pour motif de santé, qui poursuit une progression lente et régulière* »[1153].

390. Outre la potentielle prise en compte de l'instruction du ministère de la Santé précitée, ce faible impact s'explique par le fait que certains médecins ARS ont pu continuer à appliquer les conditions médicales antérieures à la réforme de 2011 : « *la réforme de 2011 était vraiment sémantique, elle n'a pas changé grand-chose. Puisque l'instruction de la DGS est venue juste après repréciser certains aspects* »[1154]. Selon un autre médecin inspecteur de santé publique chargé du dossier malade étranger, « *la plupart des collègues ont continué à raisonner en accessibilité, et pas en termes de : ''est-ce que ça existe ou pas ?''. Même si les assos le disent, il n'y a pas eu un énorme impact* »[1155]. Une autre explication découle du fait qu'elle ne s'est pas appliquée aux ressortissants algériens. La situation de ces derniers est régie par l'article 6-7° de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968[1156] qui se réfère à la notion de bénéfice effectif du traitement approprié. Or, ils représentent environ un dizième des demandeurs de titres de séjour pour soins[1157].

1151Direction générale de la Santé (DGS), Direction générale des étrangers en France (DGEF), *DGS, DGEF, Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA) – bilan de l'année 2014*, 16 novembre 2016, p. 19.

1152*Ibid*.

1153O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 63.

1154Entretien avec un médecin d'ARS, 14 novembre 2016.

1155*Ibid.*

1156Accord entre le gouvernement de la République française et le gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire relatif à la circulation, à l'emploi et au séjour des ressortissants algériens et de leurs familles.

115712,5 % en 2011, 11,1 % en 2013, 10,7 % en 2014, in DGS, DGEF, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA)*

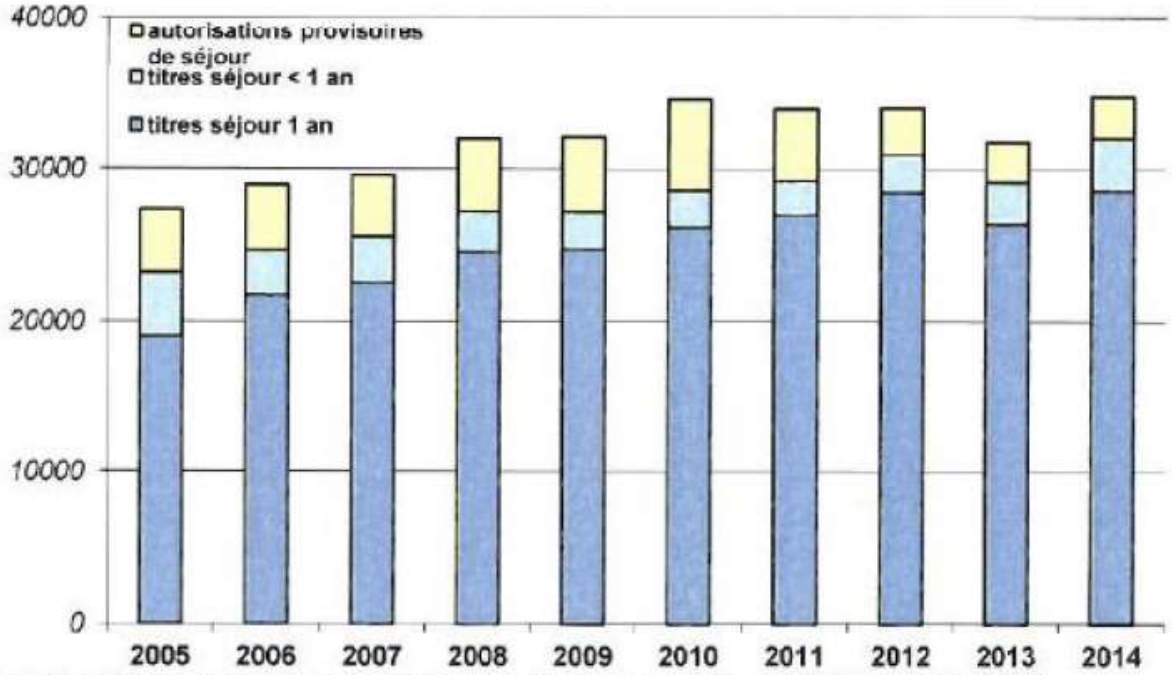


Figure 4 : délivrance des titres de séjour pour raisons de santé par durée (source MI-DSED)

391. Toutefois, l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE) ne dresse pas le même constat à partir des chiffres relatifs aux personnes accompagnées par les associations qui le composent. Il observe une baisse de 11 % du taux d'accords par département et par pathologie : de 85 % en 2011, le taux d'avis favorables passe à 74 % en 2012[1158].

392. Quant aux « *circonstances humanitaires exceptionnelles* », mentionnées afin d'assurer la conformité du droit français à la CESDH, elles sont apparues trop contingentes pour produire des effets[1159]. Dans une circulaire du 17 juin 2011[1160], le ministère de l'Intérieur indique au préfet qu'il leur sera « *possible d'examiner tout élément de fait touchant soit la situation dans le pays d'origine, soit la situation de l'étranger en France de nature à justifier une admission au séjour à titre humanitaire et exceptionnel* ». On ignore si cela a été, ou non, appliqué dans des cas exceptionnels. Dans son instruction de novembre 2011, la DGS annonçait la diffusion

– *bilan de l'année 2014*, préc.

1158ODSE, « Expulsions d'étrangers gravement malades : la santé des étrangers intéresse-t-elle encore le Gouvernement ? », dossier de presse accompagnant une conférence de presse à l'Assemblée nationale, 19 mars 2013, p. 22.

1159À cet égard, les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel sur la loi de 2011 soutenaient que « *ces dispositions ne sont pas conformes à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi* » (CC, déc. préc. n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, cons. n° 35). Voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 2.

1160Circulaire NOR IOCK1110771C du ministère de l'Intérieur du 17 juin 2011 *relative à l'entrée en vigueur de la loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.*

prochaine d'une instruction conjointe aux ministères de la Santé et de l'Intérieur pour préciser cette notion, mais comme le relève le rapport IGA-IGAS[1161], elle n'a jamais vu le jour. Les seules précisions diffusées par la hiérarchie ministérielle l'ont été par un document interne à la DGS, un « question-réponse » diffusé en 2013 aux médecins des ARS visant à répondre à leurs interrogations les plus fréquentes dans le cadre de la procédure « étranger gravement malade ». Au sujet de cette notion de « *circonstances humanitaires exceptionnelles* », la DGS indique qie « *pourra être pris en compte en tant que circonstance humanitaire exceptionnelle tout élément susceptible d'empêcher le demandeur, en raison de sa situation individuelle, d'avoir accès aux soins dans son pays d'origine bien qu'un traitement approprié y existe* »[1162]. Afin de concrétiser cette notion, les exemples suivants sont donnés à titre indicatif : « *le fait que la pathologie dont le demandeur est atteint le conduirait à subir une marginalisation permanente dans son pays d'origine ; ou encore l'existence d'éventuelles persécutions liées à sa situation personnelle ; ou encore le fait que sa situation socio-économique rende improbable le maintien du traitement* »[1163]. Ce questionnaire est un nouvel exemple de la lutte d'influence entre ministères, puisque par cette dernière précision, la DGS réintroduit le critère socio-économique d'accessibilité aux traitements que la loi de 2011 a supprimé. Outre son imprécision, le très faible recours à cette notion s'explique également par sa redondance avec la possibilité pour le préfet de procéder à une admission exceptionnelle au séjour d'un étranger au titre de l'article L. 313-14 du CESEDA[1164]. À tel point que la mission IGA-IGAS préconise son abandon, cette notion étant « *superfétatoire* »[1165]. La loi du 7 mars 2016 va en tirer les conséquences en la supprimant purement et simplement de l'article L. 313-11 11°.

1161O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 37.

1162DGS, *Procédure étrangers malades. Questions les plus fréquentes posées par les médecins des ARS*, document interne, 2013.

1163*Ibid.*

1164Cet article prévoit qu'un étranger peut se voir délivrer une carte de séjour temporaire lorsque son « *admission au séjour répond à des considérations humanitaires ou se justifie au regard des motifs exceptionnels qu'il fait valoir, (...)* », notions effectivement proches de celles de « *circonstances humanitaires exceptionnelles* ».

1165*Ibid.*, p. 5.

2. Loi du 7 mars 2016 : de la simple existence du traitement approprié à l'appréciation de sa disponibilité

393. L'étude d'impact du projet de loi relatif au droit des étrangers en France de juillet 2014[1166] propose un retour à la rédaction antérieure à la loi du 16 juin 2011, et de supprimer également la notion de « *circonstances humanitaires exceptionnelles* », « *qui n'est pas mise en œuvre en raison de la complexité de la procédure* »[1167]. L'étude souligne qu'aurait pu être retenue la notion « *d'existence du traitement dans le pays d'origine* », mais cette notion est « *apparue trop restrictive et l'effectivité de l'accès aux soins devrait permettre une appréciation plus objective de la situation des demandeurs* »[1168].

394. Face à ce constat, la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers abandonne la notion de « *circonstances humanitaires exceptionnelles* », et remplace la notion d'« *absence* » par celle de « *bénéfice effectif du traitement approprié* ». Cette modification, synonyme d'un retour théorique aux conditions substantielles adoptées en 1998, illustre le clivage entre la Gauche et la Droite autour de la question des conditions substantielles (a). Mais si le retour au bénéfice effectif l'a emporté, les termes choisis ne permettent pas de savoir si le critère retenu est celui de la disponibilité ou de l'accessibilité : la portée concrète des conditions substantielles reste indéterminée (b).

a) Un retour difficile et illusoire à l'état du droit antérieur

395. Initialement, l'article 10 du projet de loi de 2016 prévoyait qu'un titre de séjour pour soins vie « privée et familiale » soit délivré à « *l'étranger résidant habituellement en France si son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié* ». Le ministre de l'Intérieur, Bernard Cazeneuve, justifie alors cette modification par la volonté d'avoir « *des dispositifs totalement objectifs* »[1169]. Il précise que *« la question n'est pas de savoir si le pays concerné dispose d'un*

1166Projet de loi *relatif au droit des étrangers en France, NOR : INTX1412529L/Bleue-1*, *Étude d'impact*, 21 juillet 2014.
1167*Ibid.,* p. 54.
1168*Ibid.*, p. 55.
1169Assemblée nationale, CRI, 1ère séance du 21 juillet 2015, p. 7001, 1è colonne, intervention de B. Cazeneuve.

système de soins comparables à celui qui existe en France, mais si un traitement approprié à la pathologie y est accessible, en général »[1170]. L'opposition (l'Union pour un mouvement populaire) critique alors ce texte, notamment par la voix de Thierry Mariani, rapporteur de la loi « Besson » en 2011. Il souligne le fait que cette disposition vient élargir les possibilités d'attribution d'un titre de séjour pour soins[1171], en axant l'évaluation médicale sur l'accessibilité du traitement approprié[1172]. En réalité, ce projet ne s'inscrit pas dans l'esprit du législateur de 1998, car elle retient une conception restreinte de la notion « *d'accessibilité* » : celle-ci ne porte que sur la population en générale, et non l'étranger en particulier. Dès lors, toute une série de facteurs (tels que l'éloignement de la ville d'origine de l'étranger du centre de soins, le coût des transports, la possibilité d'accéder à une prise en charge financière pour l'étranger, etc.) ne sont pas pris en considération.

396. Adopté par l'Assemblée nationale en première lecture, le texte est modifié par la commission des lois du Sénat, qui maintient les conditions médicales issues de la loi de 2011. Cette proposition est portée par son rapporteur François-Noël Buffet, également rapporteur sur la loi « Besson ». Il estime la réintroduction de la notion de « *bénéfice effectif* » problématique, car « *susceptible de recouvrir notamment des aspects économiques (pouvoir financer ses soins, bénéficier d'un système d'assurance maladie) et géographiques (pouvoir effectivement se rendre dans l'établissement de soins sans trop de contraintes), difficilement appréciables par les médecins* »[1173]. La commission des lois du Sénat a aussi fait part « *de ses craintes quant aux possibles fraudes et détournements de procédure* ». Elle rejette donc le texte. La commission mixte paritaire ayant échoué, l'Assemblée nationale a finalement voté

1170 *Ibid.*

1171 Voir par exemple Assemblée nationale, CRI, 2è séance du 21 juillet 2015, p. 6940, 1è colonne, intervention de O. Marlaix : « *Non seulement le texte ne prévoit rien de la sorte, mais au contraire il ouvre grand les possibilités d'accorder des titres de séjour à des étrangers malades – peu importe qu'ils soient entrés clandestinement en France – dès lors que l'offre de soins et ''les caractéristiques du système de santé'', puisque c'est cela la nouveauté, du pays d'origine – entendez la prise en charge financière – ne leur garantissent pas l'accès à des soins* » ; *Ibid.*, p.6930, 2è colonne, intervention de P. Folliot : « *en outre, certaines dispositions pourraient avoir l'effet néfaste de favoriser la fraude. Je pense notamment à l'élargissement de l'accès à la procédure de séjour pour les étrangers malades* ».

1172 Assemblée nationale, CRI, 1ère séance du 20 juillet 2015, p. 7000, 1ère colonne, intervention de D. Tian : « *Jusqu'à présent, dès lors que les soins existaient dans un pays, on n'accueillait pas un étranger malade en France. Désormais, il faut également que les soins soient accessibles. Vous avez, monsieur le ministre, prononcé la phrase qu'il ne fallait surtout pas prononcer : ''il faut accueillir l'étranger malade si les soins sont inaccessibles dans le pays d'origine en raison de leurs coûts !''* ».

1173 E. Binet, *Rapport n° 3423 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, en nouvelle lecture, sur le projet de loi (n° 3128), modifié par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif au droit des étrangers en France,* 20 janvier 2016.

l'amendement visant à revenir à la notion de « *bénéfice effectif* ». À cet égard, si, comme le soutient Bernard Cazeneuve, le droit au séjour des étrangers malades « *témoigne d'une continuité républicaine incontestable qui dépasse les clivages politiques* »[1174], les divergences autour du référentiel d'accès aux soins dans le pays d'origine révèlent un vrai clivage entre la droite sénatoriale et la gauche parlementaire et gouvernementale.

397. Le texte adopté par le Parlement diffère de ce que préconisait la mission IGA-IGAS, également opposée à un retour à la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*[1175], qui visait à conditionner l'obtention d'un titre de séjour pour soins au fait que le « *système de santé* » du pays d'origine « *ne soit pas en capacité de lui faire bénéficier d'un traitement approprié* ». Cette formulation permettant, selon la mission, que soient prises en considération les capacités logistiques de la structure sanitaire pour assurer la posologie et les éventuelles complications liées au traitement. La portée de la version adoptée semble cependant se rapprocher de cette préconisation. Cela interroge sur la portée réelle de ces nouvelles conditions médicales.

b) Des interrogations pratiques quant à la portée des nouvelles conditions médicales

398. Les débats parlementaires de 2016 indiquent que si, certes, le ministère de l'Intérieur et la majorité parlementaire souhaitent revenir sur la loi de 2011, ils n'ont pas pour autant l'intention de revenir à l'état du droit antérieur (i), et préfèrent une nouvelle grille d'analyse (ii).

i. Une volonté d'empêcher tout retour à *Jabnoun* et *Bialy*

399. Lors de ces débats parlementaires, le ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve a précisé que l'évaluation au regard du bénéfice effectif n'amènera pas l'administration à « *se plonger dans la biographie du demandeur, ni de regarder si sa situation pécuniaire ou son*

1174Le seul consensus existant porterait sur la notion de « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* », comme peut le laisser penser la proposition d'Olivier Falorni de la remplacer par celle de « *conséquences graves* » (Assemblée nationale, CRI, 2e séance du 21 juillet 2015, p. 7009, 2e colonne, intervention d'O. Falorni). Mais un avis défavorable est émis par le gouvernement et le rapporteur, car selon le ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve, « *la notion d'exceptionnelle gravité est parfaitement maîtrisée par le corps médical. Son emploi évite ainsi d'envisager l'admission en séjour dans notre pays de tout porteur d'une maladie qui ne nécessiterait pas de soins immédiats* » (*ibid.*).

1175O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 63.

origine géographique lui permettent d'avoir accès aux soins – ce serait une mission impossible pour les services –, mais de savoir si son État d'origine est effectivement en mesure de dispenser à ses ressortissants un traitement approprié à cette pathologie »[1176]. Pourtant, par les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, le Conseil d'État a considéré sur la base d'une interprétation téléologique de la loi de 1998[1177] que si des possibilités de traitement approprié existent dans le pays d'origine « *mais que l'étranger fait valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* », l'autorité administrative devait apprécier « *si l'intéressé peut ou non bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* »[1178]. Par ces propos, le ministre de l'Intérieur indique qu'au sens du Gouvernement, le retour du « *bénéfice effectif* » n'induit pas une réactivation de la jurisprudence du Conseil d'État.

400. Cette précision n'est pas anodine, car dans ses conclusions sur les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, Matthias Guyomar s'est appuyé sur le fait qu'il ressortait des débats parlementaires de la loi « Debré » que « *le législateur a véritablement entendu traduire, en droit positif, la pratique des préfectures* »[1179]. Or, en indiquant en séance à l'Assemblée nationale que le retour à la notion de « *bénéfice effectif* » n'implique pas pour l'administration préfectorale d'évaluer si, *in concreto*, le demandeur peut avoir effectivement accès à un traitement approprié, mais de se cantonner à une appréciation *in abstracto*[1180], le ministère de l'Intérieur entend limiter le retour d'une interprétation prétorienne allant dans le sens de *Jabnoun* et *Bialy*. Se constate alors une forme « d'effet boomerang » : alors que les pratiques du ministère de l'Intérieur avant la création du statut légal de l'étranger gravement malade ont servi de fondements à l'interprétation téléologique des conditions substantielles par le Conseil d'État en 2010, le ministère de l'Intérieur cherche, en 2016, à neutraliser une évolution prétorienne trop favorable aux étrangers.

1176Assemblée nationale, CRI, 1ère séance du 20 juillet 2015, p. 7000, 1è colonne, intervention de B. Cazeneuve.
1177Voir Partie 1, Titre 1, chapitre 2.
1178CE, *Jabnoun* et *Bialy*, préc.
1179M. Guyomar, Conclusions précitées, p. 8.
1180En l'occurrence, « *savoir si son État d'origine est effectivement en mesure de dispenser à ses ressortissants un traitement approprié à cette pathologie* ».

401. Si avec la loi de 2011, les conditions médicales sont relativement abstraites – dans la mesure où seule l'existence générale du traitement est appréciée – la loi « Cazeneuve » de 2016 s'inscrit dans une approche légèrement plus concrète de l'accès aux soins général, puisqu'elle se réfère à une évaluation du bénéfice effectif au regard de « *l'offre de soins* » et des « *caractéristiques du système de santé* »[1181]. Ces deux notions ont été ajoutées aux conditions médicales de 1998 par le législateur de 2016 dans le but d'éviter un retour à la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy* : contrairement à cette dernière, il n'est pas fait référence, par exemple, « *aux caractéristiques de la situation personnelle* » du demandeur, ou aux « *circonstances exceptionnelles* » qui l'empêcheraient d'avoir accès à l'offre de soins. Ce choix du législateur, voulu par le Gouvernement, aboutit à une évaluation médicale de l'accès aux soins abstraite, car cantonnée à des marqueurs indépendants de la situation du demandeur, et à la fois concrète, car touchant à une évaluation de l'accès effectif aux soins des personnes nécessitant la même prise en charge médicale.

402. Le rapporteur du texte devant l'Assemblée nationale, Erwan Binet, va également dans ce sens : « *l'appréciation de l'effectivité de cet accès requiert de prendre en compte les caractéristiques du système de santé dans le pays concerné* »[1182]. Ce nouveau paradigme des conditions substantielles est inspiré par le rapport de la mission IGA-IGAS de 2013, qui préconisait une délivrance du titre de séjour pour soins « *sous réserve que le système de santé du pays* […] *ne soit pas en capacité de lui faire bénéficier d'un traitement approprié* »[1183]. Selon la mission, ce critère plus « *général* » aurait permis « *tout en demeurant objectivable, de prendre en considération, tant l'existence et la disponibilité du traitement nécessaire à l'étranger malade, que la capacité globale des structures de soins nationales du pays d'origine à la prendre efficacement en charge à son retour* »[1184]. Aucun critère relatif aux capacités personnelles d'accès de la personne au traitement approprié n'était préconisé. Les critères médicaux adoptés par le Parlement impliquent ainsi une nouvelle grille d'évaluation, fondée non plus sur l'existence ou l'accessibilité du traitement approprié dans le pays d'origine, mais sur sa disponibilité générale.

1181Sauf pour les ressortissants algériens, qui dépendent toujours de l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968.

1182E. Binet, *Rapport n° 3423 fait au nom de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République,* préc., p. 58.

1183O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 65.

1184*Ibid*.

ii. L'adoption d'une nouvelle grille d'évaluation

403. La loi du 7 mars 2016 remplace ainsi la notion restrictive « *d'existence* » par celle de « *disponibilité* » du traitement approprié au regard des caractéristiques générales du système de santé. Cette notion de « *disponibilité* » se distingue de celle « *d'accessibilité* » en ce qu'elle ne prend plus en considération l'accessibilité financière et géographique consacrée par le Conseil d'État, car la nouvelle rédaction exempte l'évaluation médicale des aspects individuels de l'étranger autres que son état de santé. Ainsi, « *au mode ''binaire'' existence/bénéfice effectif, il faut substituer, en l'enrichissant, un mode "trinaire", existence/disponibilité/accessibilité, avec des variations selon le degré d'effectivité recherché* »[1185]. Par analogie à la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*, la notion « *d'accessibilité* » impliquait de prendre en considération l'accessibilité financière de la personne à l'offre de soins. La présente notion de « *disponibilité* » renvoie à la disponibilité de l'offre de soins pour l'ensemble de la population en prenant en considération, par exemple, la question du taux de couverture sanitaire[1186].

404. Un arrêté du ministère de la Santé du 5 janvier 2017 est venu fixer ses orientations générales pour l'évaluation médicale effectuée dans le cadre de l'article L. 313-11 11°. Il ne précise pas explicitement ce que recouvre cette notion de « *disponibilité* ». Il se limite, en son article 3, à préciser que « *l'offre de soins s'apprécie notamment au regard de l'existence de structures, d'équipements, de médicaments et de dispositifs médicaux, ainsi que de personnels compétents nécessaires pour assurer une prise en charge appropriée de l'affection en cause* »[1187]. Seule l'annexe II de l'arrêté, portant sur des « *outils d'aide à la décision et références documentaires sur les principales pathologies* », contient des indications spécifiques aux troubles psychiques et pathologies psychiatriques, au VIH, aux hépatites

1185Entretien avec B. Demagny, Responsable adjoint du pôle social et juridique du Comede, décembre 2016.

1186Comme cela ressort de certains jugements rendus avant les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*. Voir par exemple, TA Cergy-Pontoise, 3 juillet 2007, n° 0704479 : « *M. T fournit, par ailleurs, des données relatives aux structures médicales existantes au Bangladesh qui révèlent une couverture sanitaire très inférieure à la moyenne mondiale avec notamment une couverture thérapeutique antirétrovirale de l'ordre de 1 % ; que la fiche ''conseils'' aux voyageurs éditée par le ministère des Affaires étrangères affirme qu'il n'existe au Bangladesh aucune unité hospitalière fiable et équipée ; que le moindre problème médical sérieux nécessite une évacuation sanitaire ; que M. T est, dès lors, fondé à soutenir que le préfet de la Seine-Saint-Denis a commis une erreur d'appréciation quant à la situation exacte de l'intéressé au regard des dispositions de l'article L. 313-11 11° du CESEDA* ».

1187Orientations générales prévues par l'arrêté du 5 janvier 2017 *fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, NOR : AFSP1638149A.

virales (VHB et VHC) et aux cancers. Ils sont, avec le diabète, les principales pathologies pour lesquelles sont délivrées des titres de séjour pour soins.

405. Le ministère de la Santé préconise de prendre en compte pour les pathologies psychiatriques des aspects renvoyant à la situation socio-économique de la personne, liée à la particularité même de la pathologie. Cette exception rappelle surtout la lutte d'influence entre ministères lors du vote de la loi de 2011, au cours de laquelle le ministère de la Santé avait adopté une instruction tentant d'atténuer les effets de cette réforme pour les personnes porteuses du VIH et de certaines hépatites[1188]. Ce sont cette fois les personnes atteintes de troubles psys qui font l'objet de cette tentative d'atténuation : alors que la loi prévoit une évaluation générale de l'accessibilité, le ministère de la Santé recommande de tenir compte d'éléments individualisés, tels que « *l'importance (…) du lien thérapeutique (lien patient-médecin) et du besoin d'un environnement/entourage psycho social familial stable (eu égard notamment à la vulnérabilité particulière du patient)* »[1189]. Il va plus loin en incitant à adopter cette approche incluant des aspects individuels à « *toute pathologie lourde et/ou chronique, les éléments principaux pris en considération étant communs à l'ensemble de ces pathologies : moyens (matériels et humains), prise en charge sanitaire, continuité des soins, approvisionnement et distribution des médicaments, etc.* »[1190]. Ainsi, si les orientations générales confirment que l'approche retenue est celle de la disponibilité du traitement approprié – et non son accessibilité sur le plan social ou économique – le ministère tente toutefois d'inclure une appréciation légèrement individualisée de l'accessibilité.

406. Un médecin inspecteur de santé publique[1191] résume ainsi la distinction entre accessibilité et disponibilité : « *l'accessibilité est un marqueur de gauche, la disponibilité est un marqueur de droite. Cette distinction, c'est de ''l'enculage de mouches'', car jamais un médecin n'évaluera qu'au regard de la disponibilité. On peut considérer que le législateur a étendu la protection en 2017, mais en réalité, cela n'a pas changé grand-chose* »[1192]. Si la distinction

1188Voir *supra*.

1189*Ibid.*, annexe 2 : « *l'importance (…) du lien thérapeutique (lien patient-médecin) et du besoin d'un environnement/entourage psycho social familial stable (eu égard notamment à la vulnérabilité particulière du patient) doit être soulignée* ».

1190*Ibid.*

1191Ce médecin exerçait précédemment au sein des ARS et aujourd'hui au sein de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII).

1192Entretien réalisé en mars 2018.

apparaît anodine pour certains dans la phase d'instruction des demandes, son intérêt est fondamental au stade du contentieux administratif, le juge devant, contrairement aux médecins, se prêter explicitement à cette évaluation médicale[1193]. Cette distinction entre « *accessibilité* » et « *disponibilité* » est pourtant fondamentale, car elle est historiquement perçue comme étant l'une des causes des écarts de jugements entre les différents acteurs, qui « *tiennent à la fois à la pauvreté des informations disponibles, ainsi qu'à la confusion entre les notions d' ''accessibilité'' et de ''disponibilité'' des soins et traitements appropriés* »[1194]. Comme le souligne Arnaud Veïsse, directeur du Comede, « *ces deux questions sont au cœur des différents projets de réforme du droit au séjour pour raison médicale* »[1195]. Dans son rapport au Parlement, l'OFII appelle à une clarification de la notion « *bénéfice effectif* », en soulignant que les contours de cette notion « *restent imprécis* », car « *en pratique, une telle appréciation est par nature subjective et dépend de situations individuelles difficiles à appréhender, pour lesquelles les médecins de l'OFII ne disposent pas d'informations ou dont la preuve est impossible à leur niveau* »[1196].

407. L'évolution des conditions substantielles du statut juridique de l'étranger gravement malade met ainsi en évidence son instabilité en raison des tensions qu'il suscite. Cette instabilité résulte d'une double opposition conceptuelle, qui d'une part se matérialise par un clivage entre la Gauche et la Droite, chacun essayant de faire primer sa vision sur l'autre lorsque l'alternance politique le permet. Elle provient, d'autre part, d'une opposition conceptuelle entre le Conseil d'État, tenant en 2010 d'une interprétation extensive de la notion d'accessibilité du traitement approprié, et le ministère de l'Intérieur, favorable à une interprétation de la disponibilité du traitement exempte de prise en compte de la situation socio-économique de l'étranger. Ces interprétations multiples révèlent ainsi « *les effets de feed-back, le jeu de va-et-vient entre le haut et le bas, dans le travail permanent de production, d'appropriation et de réinterprétation des règles juridiques*»[1197], et aboutissent irrémédiablement à des conditions substantielles plus restrictives : malgré la réforme du 7

1193Voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.
1194A. Veïsse, « Le médecin, la santé et le séjour des étrangers », *Plein droit*, vol. 69, n° 2, 2006, pp. 32-35.
1195*Ibid*.
1196OFII, *Rapport au Parlement*, préc., p. 44. Sur la subjectivité des avis médicaux, voir notamment Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1. Voir également G. La Ruche, B. Brunet, « Autorisation de séjour pour soins des malades étrangers en France : enquête sur les avis des médecins inspecteurs de santé publique », *Revue épidémiologique Santé Publique*, 2005, n° 53.
1197S. Mazzella, « Vie et mort du droit d'asile territorial », *Sociétés contemporaines* ,1/2005 (nº 57), p. 105-120.

mars 2016 revenant sur celle introduite par la loi « Besson », « *le retour du balancier ne va jamais jusqu'au bout et laisse à chaque fois subsister une partie des dispositions adoptées par la majorité précédente* »[1198]. Mais au-delà des conditions substantielles telles que définies par le législateur, le Conseil d'État ou le Gouvernement, il reste l'interprétation finale de ces conditions dans la phase d'instruction qui, comme nous le verrons, est également sujette à tensions[1199].

408. En tout état de cause, si la définition et l'interprétation des conditions médicales apparaissent fondamentales pour la détermination des personnes éligibles au statut d'étranger gravement malade, elles ne semblent pas déterminantes du volume de titres de séjour ou de protection contre l'éloignement attribués, comme en atteste le faible impact de la réforme de 2011[1200]. *A contrario*, l'évolution des acteurs chargés de l'évaluation médicale apparaît davantage déterminante de la prédominance de l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur ceux de santé individuelle et publique.

§2. L'IMPACT DÉTERMINANT DE L'ÉVOLUTION DE LA PROCÉDURE D'ÉVALUATION MÉDICALE

409. La détermination des acteurs impliqués dans l'évaluation médicale témoigne également de la fragilité du statut de l'étranger gravement malade. Comme pour les conditions substantielles, celle-ci se matérialise par la tension existante entre poursuites des objectifs de maîtrise des flux migratoires et protection de la santé. La vive opposition du ministère de l'Intérieur au fait de limiter son pouvoir discrétionnaire par le « *pouvoir médical* »[1201] n'a en effet pas disparu au fil des ans. L'analyse de l'évolution des acteurs médicaux impliqués dans le dépôt de la demande (A), et surtout, de ceux chargés de l'évaluation des conditions médicales (B), illustre la prédominance de la volonté des pouvoirs publics de restreindre strictement l'accès à ce statut.

1198D. Lochak, « Quand le droit court après le politique », *Plein Droit*, n° 29-30, novembre 1995, p. 52-56.
1199Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
1200Voir *supra*.
1201Côte 20030517/14, préc.

A. L'évolution des acteurs médicaux impliqués dans le dépôt de la demande

410. La phase de « pré-instruction », soit l'étape permettant de préparer un dossier médical destiné à être évalué par les médecins inspecteur de santé publique (MISP) jusqu'en 2010, puis les médecins ARS ou, depuis le 1er janvier 2017, par les médecins de l'OFII, a des incidences directes sur l'accès au statut d'étranger gravement malade en raison de son rôle de « filtres ». Aux étapes des médecins agréés qui peuvent, dans une certaine mesure, s'apparenter à un frein sur le plan économique (1), s'ajoute une reprise en main de la chaîne médicale par les préfectures et l'OFII (2).

1. Le frein du médecin agréé

411. La circulaire du 12 mai 1998 ainsi que l'arrêté du 8 juillet 1999[1202] précisent les conditions dans lesquelles le MISP (ou à Paris, le médecin-chef de la préfecture) chargé de l'évaluation des conditions médicales est destinataire des informations médicales, procédure qui a existé jusqu'à la réforme du 7 mars 2016. Ainsi, si l'étranger est suivi habituellement par un service hospitalier, il fait établir son dossier par l'hôpital concerné, le rapport médical devant être rédigé par un praticien hospitalier. Dans le cas où l'étranger est soigné dans le secteur privé, il doit s'adresser à un médecin agréé qui constitue le dossier médical.

412. L'intervention du médecin agréé était constitutif de deux filtres dans l'accès au statut d'étranger gravement malade[1203]. Le premier permet un contrôle des préfectures sur l'agrément des médecins habilités à rédiger les rapports médicaux. En effet, l'agrément des médecins est établi par un arrêté préfectoral, « *à partir des propositions faites par le conseil départemental de l'Ordre des médecins, et après avis d'un médecin inspecteur de santé publique de la DDASS* »[1204], puis, lors de la réforme portant création des ARS, sur proposition du de son directeur général après avis du conseil départemental de l'ordre ou des syndicats départementaux de médecins. Selon l'arrêté du 9 novembre 2011[1205], la décision d'agrément

1202Arrêté du 8 juillet 1999 *relatif aux conditions d'établissement des avis médicaux concernant les étrangers malades prévus à l'article 7-5 du décret no 46-1574 du 30 juin 1946 modifié*, NOR : MESN9922156A.

1203Ce conditionnement soulève également un troisième problème au regard du Code de déontologie médicale, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1204Circulaire 12 mai 1998 précitée, p. 22.

1205Arrêté du 9 novembre 2011 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des avis rendus par les agences régionales de santé en application de l'article R. 313-22 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en vue de la délivrance d'un titre de séjour pour raison de santé*, NOR : IOCL1130882A.

prise par le préfet de département est valable pour trois ans[1206]. Le cas échéant, ce dernier peut procéder à des retraits anticipés. L'emprise des préfectures sur l'agrément des médecins doit toutefois était relativisée. Selon la mission IGA-IGAS, qui a « *constaté que la plupart des préfets rencontrés se plaignaient des difficultés à appliquer les textes quand il s'agissait de ne pas renouveler un médecin agréé suite à des informations défavorables le concernant* »[1207]. La mission a notamment fait état d'un cas où « *le préfet avait voulu refuser le renouvellement* [de l'agrément] *à un psychiatre connu pour ses activités militantes dans le milieu associatif de soutien aux étrangers, mais il a dû renoncer face à la mobilisation politique locale* »[1208].

413. Il ne faut pas non plus négliger le filtre économique : le coût de la prestation de rédaction du rapport médical pour l'étranger. Au début de l'encadrement de la procédure médicale, rien n'interdisait aux préfectures de choisir des médecins agréés « *parmi des médecins de ville* [dont] *certains exercent en secteur II (dépassements d'honoraires), et par définition, ne peuvent être payés par une Aide médicale d'État (AME)* »[1209]. Le ministère de la Santé a rappelé en 2011 que les consultations dans le cadre desquelles ces rapports médicaux sont rédigés sont « *prises en charge par l'assurance maladie et la complémentaire-CMU, ainsi que par l'AME, dans les conditions de droit commun* »[1210]. Mais en pratique, ces instructions ne semblent pas suffire. Selon les responsables du pôle Eseda[1211] de l'ARS d'Île-de-France, « *l'un des principaux problèmes de la procédure est constitué par le maillon des médecins agréés. Car juridiquement, on ne sait pas comment s'appelle la consultation pour laquelle les étrangers viennent les voir. Le problème, c'est que ce défaut de définition peut entraîner des dérives dans les tarifs pratiqués* »[1212]. En effet, un « *recensement des tarifs pratiqués par les médecins agréés à Toulouse* » réalisé en 2013 par la Case de Santé a démontré que sur les douze médecins ayant répondu, seuls deux ont une prise en charge conforme, c'est-à-dire sans dépassement d'honoraires. Sur les dix médecins ayant une facturation « non conforme »[1213], six pratiquent des dépassements d'honoraires, et neuf

1206CAA Lyon, 24 février 2011, *Lachal*, n° 09LY01010, AJDA 2011, 796, note C. Vinet.

1207O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 56.

1208*Ibid*

1209A. Veïsse, D. Maille, « La chaîne médicale : un intermédiaire de trop », *Plein droit* 2001/1 (n° 487-48), p. 29.

1210Annexe V de l'instruction de la Direction générale de la Santé du 10 novembre 2011, préc.

1211Ce pôle créé en 2014 vise à uniformiser les pratiques des 7 départements d'Île-de-France (excepté celui de Paris).

1212Entretien réalisé le 6 janvier 2015.

1213Une consultation est considérée comme « conforme » lorsqu'elle est prise en charge au titre de l'assurance maladie, sans dépassement d'honoraires.

refusent que la consultation soit prise en charge par l'assurance maladie[1214]. Ces pratiques peuvent constituer des freins financiers dans l'accès au statut d'étranger gravement malade.

414. Concernant les praticiens hospitaliers qui sont destinataires des certificats, il a été constaté que « *le suivi social* [à l'hôpital] *est souvent défaillant pour faire face à des situations d'une grande complexité socio-juridico-administrative* »[1215], la prise en charge médicale des patients se faisant souvent dans plusieurs hôpitaux différents en cas de pathologies associées. Dans ces cas de figure, le médecin de ville serait le mieux placé[1216]. En revanche, le frein économique ne se retrouve pas, ou dans des cas rares[1217], pour l'accès aux services hospitaliers. Il semblerait même que certains services ne tarifent pas la rédaction des rapports médicaux, comme le souligne un chef de service de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris (APHP), car ces « *actes ne sont pas codés, et ne sont donc pas tarifés. Ça devrait être une consultation, mais là non. Quand c'est cinq par semaine, ce n'est pas beaucoup. Mais les personnes n'anticipent pas leur demande de rapport médical, elles viennent souvent la veille de leur rendez-vous à la préfecture* »[1218].

415. Depuis la réforme du 7 mars 2016, les médecins agréés ne font plus partie de la procédure. Le rapport de l'IGA-IGAS de 2013 préconisait en effet de conférer l'entièreté de l'évaluation médicale aux médecins de l'OFII, mais le dispositif retenu n'est pas allé jusque-là.

2. La reprise en main progressive de la chaîne médicale par le ministère de l'Intérieur : vers le « tout-OFII »

416. La réforme du 7 mars 2016 a supprimé les médecins agréés de l'évaluation médicale. Selon la nouvelle rédaction de l'article R. 313-23 du CESEDA[1219], il appartient au médecin qui suit habituellement le demandeur ou au praticien hospitalier de remplir le dossier médical destiné aux médecins instructeurs des demandes de titres de séjour.

1214La mission IGA-IGAS n'a pas mentionné ce problème.
1215A. Veïsse, D. Maille, « La chaîne médicale : un intermédiaire de trop », *art. préc.*
1216*Ibid*.
1217P. Benkimoun, « Un médecin de l'AP-HP suspendu pour avoir réclamé de l'argent liquide à des migrants », *Le Monde*, 10 mai 2016.
1218Entretien avec un chef de service de l'APHP, 25 mars 2016.
1219Arrêté pris par le ministère de l'Intérieur du 27 décembre 2016 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

417. Si le remplacement des médecins agréés par le médecin du demandeur se veut une simplification de la procédure, il s'inscrit dans le cadre d'une reprise en main par le service médical de l'OFII, établissement public rattaché au ministère de l'Intérieur. Il remplace les Agences régionales de santé dans cette mission[1220]. Toujours dans le sens de la normalisation, alors qu'auparavant les médecins agréés adressaient le rapport médical sur format libre à l'ARS, ils doivent désormais remplir un formulaire intitulé « certificat médical » remis par la préfecture à l'étranger. Ce formulaire contenait plusieurs parties relatives à l'état de santé du demandeur ainsi qu'à la prise en charge nécessaire. Ce certificat est ensuite transmis à un médecin instructeur (ou « médecin rapporteur ») de l'OFII chargé de remplir un « rapport médical » sur la base d'un formulaire quasi identique au certificat, qui permettra ensuite à un collège de trois médecins d'évaluer si les conditions médicales sont remplies.

418. Un courriel adressé par un médecin coordinateur de zone de l'OFII à des préfectures et produit dans le cadre d'un recours contentieux[1221] illustre, en pratique, la marginalisation de l'importance du rôle des médecins instructeurs dans la procédure : « *le rôle du médecin rapporteur n'est pas celui que semblent lui accorder avocats et juges...Le médecin rapporteur ne doit faire qu'un résumé d'un dossier médical, sans prendre position sur la gravité et l'accessibilité des traitements dans le pays d'origine* (...)[1222]*. Le rapport n'est qu'un point assez mineur de cette longue procédure et n'induit évidemment pas l'avis du collège* ». En effet, si l'article 6 de l'arrêté du 27 décembre 2016 précise que le collège de médecins émet un avis « *au vu du rapport médical* », l'article 7 lui octroie la possibilité de demander « *tout complément d'information* » aux médecins de l'étranger, ou surtout, de convoquer le demandeur[1223]. Les médecins évaluateurs disposent ainsi d'une possibilité de compléter l'instruction menée par le médecin rapporteur[1224].

419. Cette réforme de la phase d'instruction s'inscrit dans la lignée des préconisations du rapport de l'IGA-IGAS, visant à « *regrouper au niveau des médecins de l'OFII les compétences*

1220Voir *infra*.

1221 TA Toulouse, 12 avril 2018, n° 1800587.

1222Par comparaison, l'instruction de la Direction générale de la Santé du 10 novembre 2011 précise que « *si le médecin agréé ou le médecin praticien hospitalier dispose d'informations* [sur l'offre de soins dans le pays d'origine]*, il peut les fournir au médecin de l'agence régionale de santé avec son rapport médical* ».

1223Depuis la réforme du 10 septembre 2018, l'article L. 313-11 11° du CESEDA prévoit que « *dans le respect des règles de déontologie médicale, les médecins de l'office peuvent demander aux professionnels de santé qui en disposent les informations médicales nécessaires à l'accomplissement de cette mission* ».

1224Comme toute procédure collégiale.

(…) dévolues aux médecins agréés et aux M.ARS »[1225]. Ce rapport préconisait même d'aller jusqu'au « tout-OFII », avec la disparition des acteurs externes dans la phase d'instruction : le service médical de l'OFII aurait alors soumis l'étranger à « *une véritable consultation médicale exhaustive (…) avant de rendre un avis au préfet* »[1226]. Toutefois, le contexte politique suscité par la réforme du 7 mars 2016 n'était pas propice à l'instauration, en une seule réforme, du « tout-OFII » : le seul transfert de l'évaluation médicale à l'OFII a en effet rencontré une vive opposition du milieu associatif[1227], et essuyé les critiques du Défenseur des droits[1228] et de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH)[1229]. Mais cette perspective pourrait cependant s'envisager à moyen-terme[1230].

420. Cette réforme de la phase d'instruction des demandes de titres de séjour pour soins ou de protection contre l'éloignement s'accompagne de deux constats pouvant attester de la reprise en main du statut de l'étranger gravement malade. Avant la réforme du 7 mars 2016, une personne étrangère faisant l'objet d'une mesure d'éloignement pouvait, au regard des « *éléments médicaux* » le cas échéant nouveaux, solliciter l'abrogation de cette mesure si elle faisait suite à un avis médical défavorable de l'ARS. Parallèlement, un rapport médical, rédigé sur format libre par un médecin agréé ou le praticien hospitalier, pouvait être adressé à l'ARS afin que celle-ci émette un avis dans le cadre de l'article L. 511-4 du CESEDA[1231]. Depuis la réforme du 2016, l'information interministérielle du 20 janvier 2017[1232] prévoit qu'une telle demande d'abrogation doit être effectuée avec un « *certificat médical vierge* » « *remis par la préfecture* »[1233]. Cette nouvelle procédure contraint ainsi l'étranger à passer nécessairement par la préfecture avant que sa demande ne soit adressée au service médical de l'OFII. À cet égard, elle marque symboliquement la reprise en main du ministère de l'Intérieur sur le corps

1225O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 69.

1226Ibid., p. 71.

1227ODSE, « Réforme du droit au séjour des étrangers malades : les malades étrangèr-e-s abandonné-e-s par le gouvernement ? », *Communiqué de presse*, 15 novembre 2016.

1228Défenseur des droits, *Avis n° 18-09 relatif au projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, 15 mars 2018.

1229CNCDH, *Avis sur la réforme du droit des étrangers de la Commission nationale consultative des droits de l'homme*, 21 mai 2015.

1230Voir *infra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

1231Cet article est relatif à la protection contre l'éloignement pour raisons médicales.

1232Information du 29 janvier 2017 *relative à l'application de la loi n° 2016-274 relative au droit des étrangers en France (dispositions relatives à la procédure de délivrance des documents de séjour et à la protection contre l'éloignement pour raison de santé, applicables à compter du 1er janvier 2017)*, NOR : INTV1638902J.

1233*Ibid.*, p. 18. Cette nouvelle procédure est par ailleurs informatisée, par échanges d'informations entre préfectures et délégation territoriale de l'OFII (entre les bases THEMIS de l'OFII vers AGDREF).

de l'étranger malade. En apparence anodine, cette modification procédurale s'inscrit en réalité dans le processus de *normalisation* de ce statut.

421. Par ailleurs, cette évolution expose l'étranger, d'une part au risque d'être interpellé et placé en rétention lors de sa venue en préfecture dans la mesure où il fait l'objet d'une mesure d'éloignement, ainsi qu'à un éventuel refus d'enregistrement de sa demande de titre de séjour. Plusieurs cas de refus d'enregistrement de demandes d'abrogation d'OQTF et de délivrance de titre de séjour justifiée par des éléments médicaux nouveaux ont en effet été recensés par l'association AIDES, grâce à son observatoire du droit au séjour pour soins[1234]. Le Défenseur des droits indique également dans son rapport sur la santé des personnes étrangères de 2019 que ses services ont « *eu à connaître, à plusieurs reprises, de cas de personnes étrangères frappées d'une mesure d'éloignement et faisant état de difficultés médicales pour lesquelles le préfet, pourtant informé, n'avait pas estimé nécessaire de saisir le service médical de l'OFII* »[1235]. La même difficulté se présente concernant les demandes de titres de séjour pour soins : l'information interministérielle précitée oblige les étrangers à retirer le formulaire en préfecture. Aors que sous l'ancienne procédure, il existait une possibilité pour l'étranger de solliciter un avis médical indépendamment d'un passage en préfecture, la nouvelle procédure l'oblige, dans tous les cas, à passer par cette étape.

422. Par ailleurs, si le transfert de compétence à l'OFII peut être appréhendé comme une logique de simplification et d'accélération de la procédure – comme l'explique la mission de l'IGA-IGAS dans son rapport – elle peut également être perçue comme s'inscrivant dans une volonté d'éviction progressive des acteurs médicaux agissant dans une logique de protection de la santé – les praticiens hospitaliers, le ministère de la Santé – au bénéfice de ceux poursuivant davantage des objectifs de maîtrise des flux migratoires (l'OFII étant un établissement public rattaché au ministère de l'Intérieur[1236]). Le passage obligatoire en

1234À ce sujet, voir le rapport issu de cet observatoire publié en juin 2015.

1235Défenseur des droits, Personnes malades étrangères, des droits fragilisés, des protections à renforcer, 2019, p. 63.

1236L'actuel Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII) est la résultante de plusieurs transformations : d'abord Office national de l'immigration à sa création en 1945, il se dénomme ensuite Office des migrations internationales en 1988, puis Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM) après sa fusion avec le Service social d'aide aux émigrants en 2005. C'est en 2009 qu'il se dénomme OFII. À ce sujet, lire notamment S. Chevron, *La réforme des structures en charge de l'immigration : de l'Anaem à l'Ofii*, L'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2008, 272 p. Sur l'évolution de l'OFII, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

préfecture répond à la même logique. Le statut de l'étranger gravement malade se trouve ainsi placé sous la dépendance quasi exclusive des acteurs dépendants du ministère de l'Intérieur. Cette évolution de la chaîne d'instruction médicale est à mettre en perspective avec l'évolution des acteurs chargés de l'évaluation des conditions d'octroi du titre.

B. L'évolution des acteurs chargés de l'évaluation des conditions médicales : de la gestion dans l'urgence à la maîtrise des flux migratoires

423. Jusqu'en 2016, la logique relative à la procédure d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins repose sur l'équilibre suivant : aux ministère et administrations chargés de la santé l'évaluation médicale des demandes ; aux ministère et administrations chargés de la police des étrangers l'évaluation des conditions administratives. Cet équilibre vise à compartimenter les compétences en fonction des prérogatives incombant aux différentes administrations, permettant que l'évaluation médicale soit effectuée dans une optique de protection de la santé individuelle des demandeurs, et de protection de la santé publique en général. Mais progressivement, le ministère de l'Intérieur et les préfectures ont cherché à s'émanciper des administrations chargées de la santé, révélant la fragilité de cet équilibre. Celle-ci découle notamment des stratégies mises en place par le ministère de l'Intérieur et les préfectures pour affaiblir le rôle des MISP. La création des ARS en 2009 a également contribué à cette fragilité, en réduisant l'implication du ministère de la Santé dans le pilotage de l'évaluation médicale (1). La disparité territoriale des avis médicaux rendus, résultant notamment de ce défaut de pilotage, a justifié le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII, permettant au ministère de l'Intérieur de reprendre la main sur l'évaluation médicale (2).

1. L'évaluation médicale jusqu'à 2016 : une prédominance fragile de la protection de la santé (individuelle et publique)

424. La procédure telle qu'instaurée en 1996, et telle qu'elle a perduré pendant plusieurs années, faisait du médecin inspecteur de santé publique, rattaché à la Direction départementale des affaires sanitaires et sociales (DDASS), l'acteur principal de l'évaluation médicale. S'il s'agit d'un service déconcentré de l'État (donc placé sous l'autorité du pouvoir central), les rôles de chacun semblent respecter : le ministère de l'Intérieur ne s'immisce pas dans l'évaluation médicale, qui est pilotée par le ministère de la Santé. Cet équilibre était

néanmoins fragile, comme l'ont illustré les tentatives d'immixtion du ministère de l'Intérieur dans l'évaluation médicale effectuée par les MISP au cours des années 2000 afin de restreindre l'accès au statut d'étranger gravement malade. Ainsi, en 2003, un amendement visait à permettre aux préfets de se dispenser des avis des MISP. Mais n'ayant pas été adopté, des pressions ont été exercées sur les MISP par les préfectures pour tenter d'influer le sens des avis médicaux rendus (a). En 2009, les DDASS ont été remplacées par les Agences régionales de santé (ARS), censées être plus autonomes et indépendantes du pouvoir central. Cette réforme a notamment eu pour conséquence d'affaiblir le pilotage de la procédure d'évaluation médicale par le ministère de la Santé, favorisant une inégalité territoriale de traitement des demandes de titres de séjour pour soins (b).

a) 2003-2009 : prémices d'une fragilisation par des tentatives de contournement et de contrôle des MISP

425. Avant qu'elle ne soit formalisée par voie législative ou réglementaire[1237], la procédure d'évaluation médicale variait en fonction des départements. La pratique la plus courante[1238] consistait à ce que les services préfectoraux, saisis de demande d'admission ou de prolongation de séjour pour soins médicaux, saisissent la DDASS afin qu'un contrôle de son état de santé soit effectué. Ce dernier est soit réalisé par un médecin inspecteur de santé publique de la DDASS, soit par un médecin agréé[1239]. À Paris, cette évaluation médicale relevait du médecin-chef de la préfecture de police. En 1996-1997, la mise en place de cette procédure d'évaluation médicale s'est faite dans l'urgence. La circulaire du 24 juin 1997 a formalisé cette procédure, en faisant du médecin « *la pierre angulaire du dispositif* »[1240] : dès lors, le réexamen de la situation des personnes en situation irrégulière invoquant leur état de santé devait se faire au regard du rapport du médecin inspecteur départemental de la santé. Ces médecins, assistés d'infirmiers, exerçaient cette évaluation sous la supervision du directeur de la DDASS placé sous l'autorité du préfet de département[1241].

1237Voir *supra*.

1238Lettre n° 03153 du 30 mai 1983 du préfet de Seine-Saint-Denis destinée au secrétaire d'État chargé de la famille, de la population et des travailleurs immigrés, citée dans le rapport de l'IGA dit *« Rapport Mahaut » sur la délivrance irrégulière de titres de séjour pour soins en Seine-Saint-Denis*, 1983 ; D. Delettre, « Le maintien des étrangers pour raison médicale sur le territoire français. Le rôle du médecin inspecteur de santé publique dans la procédure », Mémoire de médecin inspecteur de Santé Publique, Promotion 1998/2000.

1239D. Fassin, « Quand le corps fait loi. La raison humanitaire dans les procédures de régularisation des étrangers », *op. cit.*, p. 15.

1240*Ibid.*

1241Article R. 1421-6 du Code de la santé publique en vigueur à l'époque

426. Cette nouvelle mission des MISP a constitué un « *glissement de sa fonction consultative vers une fonction décisoire* »[1242], un « *mélange des genres entre protection sanitaire et préoccupation de maîtrise des flux migratoires* »[1243], d'autant plus inhabituel pour ce corps de métier qu'il ne se prononçait normalement pas sur des dossiers individuels. Ce glissement a suscité un vif débat au sein de la profession, car « *les fonctions normales des MISP excluent la pratique directe ou indirecte d'actes médicaux* » et « *sur le plan déontologique, les conditions d'exercice ne sont pas compatibles avec un état de subordination qui puisse influencer les décisions du médecin* »[1244], compte tenu de la subordination de la DDASS au préfet de département. Mais selon de Dominique Delettre, qui se réfère à une étude réalisée auprès des MISP, « *il semble que l'état de subordination ne soit pas effectif sur ce dossier* »[1245].

427. Pour autant, les avis des MISP ne répondant pas à des priorités liées à la maîtrise des flux migratoires, cette nouvelle mission les expose à la défiance politique. Celle-ci, déjà présente avant même qu'une procédure formalisée n'existe[1246], est à nouveau exprimée lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 26 novembre 2003[1247]. Le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée, Thierry Mariani, proposait ainsi d'instaurer une contre-expertise médicale à l'initiative du préfet[1248], en se prévalant d'un rapport de l'IGA dénonçant le manque de sérieux de certains MISP dans leur travail d'évaluation médicale[1249]. Le ministre

1242J. Saison-Demars, « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *RDSS,* 2007, p. 458 et s. Voir également M.-H. Douchez, « Profil juridique d'un médecin public mal connu : le médecin territorial », *RDSS*, 2002, p. 491 et s.

1243C. Cournil, « Quand les politiques migratoires ''contaminent'' l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers... », *RTDH*, 2007, p. 1017 et s.

1244C. Candillier, « La procédure des autorisations de prolongation de séjour pour raisons sanitaires : le rôle du Médecin Inspecteur de Santé Publique ou ''les mains sales'' », intervention au colloque Santé publique et éthique, 12 février 1997 ; Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

1245D. Delettre, « Le maintien des étrangers pour raison médicale sur le territoire français (...) », *op. cit.*, p. 41. Corroboré par les propos de C. Candillier : « (…) *cet état de subordination est relatif...En Seine-Saint-Denis, la préfecture n'est jamais intervenue sur quelque dossier que ce soit pour orienter l'avis du médecin* », intervention au colloque précité.

1246Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

1247Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 *relative à la maîtrise de l'immigration, au séjour des étrangers en France et à la nationalité*, préc.

1248Amendement n° 72 : « *L'avis peut faire l'objet, à la demande du préfet ou, à Paris, du préfet de police, d'une contre-expertise par une commission médicale régionale* ».

1249IGA, *Rapport sur l'immigration commandé par le ministère de l'intérieur à l'Inspection générale de l'administration, novembre 2002*, p. 7 : « *S'il* [le médecin] *est trop libéral, ou si tout simplement il a fait le choix, par manque de temps, de compétence ou de moyens, de reprendre à son compte la plupart des certificats médicaux qui lui sont soumis, alors c'est tout le dispositif légal de régularisation qui est menacé dans sa crédibilité. Il en est ainsi à Strasbourg, à Nantes, et à Créteil où le médecin inspecteur de la DASS accepte, presque systématiquement, de donner un avis favorable sur la simple présentation des certificats médicaux, alors que dans d'autres régions il y quasiment une vérification rigoureuse* ».

de l'Intérieur soutenait cet amendement, car cette « *commission permettra un certain lissage* »[1250]. Des députés avaient manifesté leur désaccord avec ce projet, qui accentuait « *la logique de restriction et de précarisation* »[1251] et qui se fondait « *sur la suspicion qui est jetée sur tous les demandeurs et – c'est encore plus grave – sur la suspicion de complaisance des professionnels de santé* »[1252]. Si cet amendement n'a finalement pas été adopté en l'état[1253], cette tentative illustre que dès 2003, les tenants d'une approche restrictive du droit au séjour pour soins ont tenté « *d'organiser la surveillance* »[1254] des MISP en créant cette commission, afin de mieux contrôler l'évaluation médicale, tous les médecins la composant étant nommés par le préfet de région. Si l'amendement n° 76 proposé par Thierry Mariani avait été adopté, il aurait permis aux préfectures de contourner les avis médicaux rendus par les MISP, sans pour autant connaître la pathologie en cause. Cette défiance à l'égard des MISP, et des médecins en particulier, est omniprésente depuis la création du droit au séjour pour soins. Les critiques formulées à leurs égards résultent, pour la plupart, d'un manque de moyens alloués aux missions d'évaluations médicales, créant de fait les « *conditions d'un blocage* »[1255].

1250Assemblée nationale, CRI, 3ème séance du 8 juillet 2003, p. 7089, 2è colonne, intervention de N. Sarkozy.

1251Assemblée nationale, CRI, *3*ème séance du 8 juillet 2003, p. 7083, 1ère colonne, intervention de N. Mammère : « *Quel est ce pays où des fonctionnaires, qui sont médecins, peuvent être soupçonnés de complaisances dangereuses vis-à-vis d'étrangers tout aussi dangereux ?* » ; Assemblée nationale, CRI, 3ème séance du 8 juillet 2003, p. 7082, 2è colonne, intervention de Christophe Carrèche : « *Il s'agit d'une mesure inquiétante. D'abord, c'est l'indépendance même des médecins qui est remise en cause. Ils sont d'ailleurs eux-mêmes meurtris de voir leur compétence professionnelle contestée* ».

1252*Ibid.*

1253Une commission médicale régionale a bien été créée, que seuls les MISP peuvent saisir (article 7 de la loi n° 2003-1119, préc.).

1254F.-P. Debionne, « Le médecin inspecteur de santé publique, un médecin-essentiel à contre-emploi », *Maux d'exil*, n° 12, Juin 2005, p. 5. Voir également, S. Slama, B. Demagny, « Le préfet, le médecin, et le droit au séjour des étrangers malades : quelles garanties déontologiques et procédurales ? » *JCP A* n° 43, octobre 2009. Selon le Conseil national du sida : « *Envisagée comme un pouvoir de contestation des avis des médecins inspecteurs de santé publique ouvert au préfet, la convocation de la commission médicale régionale relève, après débat à l'Assemblée nationale, de la compétence des MISP. En l'état présent de la législation, il ne s'agit pas d'une procédure de recours, ni pour le préfet, ni pour le requérant, mais d'un avis médical supplémentaire venant s'ajouter à l'avis du MISP, qui lui-même s'appuie sur le certificat d'un médecin agréé ou d'un praticien hospitalier. Le CNS s'interroge donc sur l'opportunité d'avoir constitué une telle commission, d'autant plus qu'à l'examen de la rédaction adoptée en dernière lecture, il semble que la convocation du requérant devant la Commission n'ait pas de finalité clairement établie. En outre, la notion de ''consultation médicale'' n'a pas ici de définition précise permettant de savoir s'il s'agit d'un examen médical, d'une analyse du dossier médical ou d'une évaluation, en présence du requérant, de l'accès aux traitements dans le pays d'origine* », CNS, *Avis du Conseil national du sida du 26 février 2004 sur le processus d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins des étrangers (non publié au JO)*, sollicité par le ministère de la santé.

1255D. Lochak, « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *art. préc.* ; F.-P. Debionne, « Le médecin inspecteur de santé publique, un médecin-essentiel à contre-emploi », *art. préc.*, p. 5 : « *Le doublement annuel du nombre de demandes à instruire (50 en 2000, 600 en 2003), sans augmentation des moyens humains affectés à l'inspection de la santé, modifie progressivement l'équilibre des tâches du MISP aux détriments de ses autres missions* ». Ce manque de moyens amène d'ailleurs les DDASS « *à recourir à des médecins vacataires, en méconnaissance des dispositions législatives* », *in* S. Slama, B. Demagny, « Le préfet, le médecin, (...) », *art. préc*.

428. Statutairement, les MISP sont rattachés aux DDASS, placées sous l'autorité des préfets, ce qui pourrait soulever des questions quant à l'indépendance des MISP par rapport à ces derniers. Mais, comme le souligne Johanne Saison-Demars, « *il ne faut pas confondre indépendance technique et indépendance administrative* »[1256]. En effet, « *l'indépendance qui leur est garantie dans l'exercice de leur fonction technique leur permet d'exprimer librement les avis qu'ils donnent à l'autorité de décision sans que cette dernière ne puisse s'immiscer dans cette appréciation* »[1257]. Cependant, cette indépendance technique ne les met pas à l'abri d'éventuelles pressions hiérarchiques.

429. La tentative de contournement des MISP n'ayant pas abouti, le pouvoir hiérarchique a exercé des pressions pour tenter de contrôler le sens des avis médicaux rendus. En septembre 2007, le Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique adresse une lettre ouverte à Roselyne Bachelot, ministre de la Santé, afin de dénoncer les pressions croissantes exercées sur les MISP, certains d'entre eux se voyant « *reprocher par leurs directeurs des pourcentages jugés excessifs d'avis positifs dans le cadre de la procédure dite ''étranger malade''* »[1258]. Selon l'ODSE, « *ces pressions proviennent de directeurs de DDASS, pressés par leurs préfets, eux-mêmes sermonnés pour ne pas avoir atteint les objectifs chiffrés de reconduites à la frontière qui leur avaient été fixés* »[1259]. La présidente du Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique (SMISP) détaille à une journaliste d'APM que les pressions consistent à ce que « *des préfectures transmettent désormais à la DASS des quotas à atteindre* », aboutissant à ce qu'il soit demandé à certains médecins de revoir une deuxième fois un dossier ou que « *des dossiers soient transmis à certains inspecteurs plutôt qu'à d'autres* »[1260]. Cette volonté d'influer le sens des avis des MISP a été notamment observée en Île-de-France, en Provence-Alpes-Côte d'Azur et dans le département du Puy-de-Dôme[1261].

1256J. Saison-Demars, « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *RDSS*, 2007, p. 458 : « *Le principe d'indépendance du MISP auquel est demandé un avis technique dénué de toute pression administrative garantit la satisfaction de l'obligation de neutralité du fonctionnaire. En outre, la nature même de ces activités justifie de la part des personnes qui les assument des comportements de nature à en sauvegarder non seulement l'exercice mais également l'image* ».

1257*Ibid*.

1258Lettre du Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique (SMISP) à Madame Roselyne Bachelot-Narquin, ministre de la santé, 28 septembre 2007. {www.smisp.fr/IMG/pdf/lettre_Bachelot_-_pressions_sur_EM.pdf)

1259ODSE, « La régularisation pour raisons médicales. Un bilan alarmant », 2008, page 35. http://docplayer.fr/3461463-La-regularisation-pour-raison-medicale-en-france.html

1260C. Olivier, « Étrangers malades : des médecins de santé publique dénoncent des pressions », *APM*, 26 novembre 2007, www.smisp.fr/IMG/pdf/depeche_APM_sur_EM_suite_RV_Cab_23_nov.pdf

1261*Ibid.*

b) 2009-2016 : l'affaiblissement du ministère de la Santé par la création des ARS

430. Jusqu'au transfert de l'évaluation médicale à l'OFII en 2016, celle-ci était pilotée par le ministère de la Santé, et plus spécifiquement, par la Direction générale de la Santé (DGS). Cette dernière donnait des instructions aux médecins dans leur cadre de mission d'évaluation médicale[1262]. La Direction de la population et des migrations (DPM), rattachée au ministère de l'Emploi[1263], a également assuré un rôle « *de coordination avec les départements, les DDASS (...)* »[1264], ainsi qu'un lien entre la DGS et la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur[1265]. Les médecins chargés de l'évaluation médicale pouvaient notamment se référer au conseiller technique chargé de ce dossier à la DPM[1266]. Mais le véritable pilotage de la procédure d'évaluation médicale reste attribué à la DGS, afin de l'harmoniser autant que possible. Critiqué à plusieurs reprises[1267], ce pilotage a été rendu difficile par une réforme qui ne visait pas directement le statut de l'étranger gravement malade : il s'agit de la réforme sanitaire opérée par la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires[1268]. Cette dernière, issue de la Révision générale des politiques publiques (RGPP), « *entérine la disparition des DDASS auxquelles étaient auparavant rattachés les médecins inspecteurs de*

1262Voir par exemple la circulaire DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005, préc.

1263Pour l'évolution de la DPM et son rôle dans la procédure de régularisation pour soins, voir le chapitre 6.

1264F. Guélamine, *Action sociale et immigration en France. Repères pour l'intervention,* Dunod, 2008, p. 107.

1265E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...)*, *thèse préc.*, p. 507

1266Circulaire relative à l'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, p. 22 ; entretien avec un médecin de la DPM, 4 juillet 2018.

1267J.-F. Benevise, A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire,* préc., p. 16 : « *en l'espèce, il semble que ce soit la DPM qui se mobilise sur le dossier en intégrant ces préoccupations* » ; O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 39 : « *une organisation administrative marquée par l'absence de pilotage central et impuissante à endiguer les dysfonctionnements les plus criants* ».

1268Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 *portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires*, NOR : SASX0822640L. Sur ce sujet, lire F. Buton, F. Pierru. « Instituer la police des risques sanitaires. Mise en circulation de l'épidémiologie appliquée et agencification de l'État sanitaire », *Gouvernement et action publique*, vol. 4, n° 4, 2012, p. 70 : « *au-delà des apparences qui désignent les agences comme extérieures à l'administration centrale, leur création va, en effet, de pair avec la centralisation croissante des politiques de santé publique. Les importants moyens qui leur ont été alloués ont fait défaut à l'administration déconcentrée et aux effecteurs de l'action publique. L'installation, en 2010, des agences régionales de santé (ARS) aggrave ce déséquilibre, tant l'État sanitaire semble se retirer des échelons territoriaux infrarégionaux avec le remplacement des directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS) par des délégations territoriales départementales aux effectifs et aux missions revus à la baisse au profit des sièges régionaux* ». Voir également F. Pierru**,** « La Santé en fusions. L'accouchement des agences régionales de santé au forceps institutionnel », dans C. Castaing (dir.), *La Territorialisation des politiques de santé*, Les Études hospitalières, 2012, 200 p. ; V. Duchesne, « L'agence, le contrat, l'incitation. Les Agences régionales de santé fer-de-lance administratif de la politique de santé », *Journal de Gestion et d'Économie Médicales*, Éditions ESKA, 2018, pp.159-180.

santé publique, dorénavant transférés dans leur majorité vers les nouvelles agences régionales de santé »[1269].

431. Cette réforme a deux conséquences ayant trait à l'accès à un titre de séjour pour soins. D'une part, elle ouvre, selon le Comede, « *la voie à une possible éviction des médecins inspecteurs de santé publique du dispositif de protection, et à la nomination au bon vouloir des directeurs généraux des ARS, véritables préfets de la santé en lien avec leurs homologues du ministère de l'intérieur, de médecins ayant un statut beaucoup moins protecteur* »[1270], tels que des médecins-conseils de l'assurance maladie ou des médecins vacataires[1271]. Cette crainte s'est concrétisée lorsque le médecin inspecteur de santé publique de l'ARS Midi-Pyrénées a été remplacé en 2013 par un médecin-conseil provenant de l'assurance maladie, remplacement décidé par le directeur de l'ARS sur une « *pression amicale* »[1272] de la préfecture, pour que le médecin chargé du dossier « *change la tendance* »[1273]. Autrement dit, celui-ci n'avait pas un taux d'avis favorables conforme aux attentes de la préfecture[1274]. Paradoxalement, alors que les préfets n'interféraient pas avec la procédure d'évaluation médicale lorsque les DDASS étaient placées sous leur tutelle, ils se sont davantage ingérés dans la procédure avec les ARS, pourtant censées être plus autonomes et indépendantes que les DDASS[1275].

432. D'autre part, l'autonomie conférée aux ARS a rendu le pilotage de l'évaluation médicale plus difficile pour la DGS. Les DDASS, en tant que services déconcentrés de l'État, étaient placées sous « *une vraie autorité formelle du ministère de la Santé : les échanges étaient plus*

1269B. Demagny, A. Veïsse, « Des médecins sous contrôle politique », *art. préc*.

1270*Ibid*.

1271Ces derniers étaient déjà missionnés par certaines DDASS, en méconnaissance des dispositions législatives : S. Slama, B. Demagny, « Le préfet, le médecin, (...) », op. préc.

1272Entretien réalisé avec un médecin inspecteur de santé publique, 13 août 2015.

1273Ibid.

1274Changement de tendance constaté par la Case de santé, qui souligne dans son rapport de 2015 que le taux d'avis médicaux favorables émis pour les personnes suivies par cette association était de 93 % en 2013. Une fois le changement de médecin effectué, ce taux est passé à 60 % en 2015 : Rapport d'observation : Le droit au séjour des personnes étrangères malades (DASEM) à la Case de santé (2015).

1275Certains voient dans cette ingérence une forme de « vengeance » de la part des préfets, en raison de leur perte d'influence sur les politiques sanitaires : F. Buton, F. Pierru. « Instituer la police des risques sanitaires. Mise en circulation de l'épidémiologie appliquée et agencification de l'État sanitaire », *art. préc*., p. 70 : « *La veille et la sécurité sanitaires ont d'ailleurs été l'objet de luttes âpres entre les ministères de la Santé et de l'Intérieur, les préfets voulant conserver leur autorité sur des compétences et des prérogatives touchant à l'ordre public. Il faudra les ressources politiques de la Révision générale des politiques publiques, pour que la ministre de la Santé emporte l'arbitrage face au corps préfectoral et à Matignon* ». Sur ce sujet, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

verticaux, plus faciles, moins formalisés » qu'avec les ARS[1276]. En effet, avec ces dernières, les contacts entre DGS et ARS doivent se faire dans un cadre formalisé : « *ils se font de direction à direction, en passant pour les instructions par le secrétariat général des ministères des affaires sanitaires et sociales (SGMASS). Avec les DDASS, on pouvait interpeller directement les personnes concernées. Maintenant, il y a un circuit à respecter* »[1277]. Cette indépendance des ARS rend *de facto* plus délicats le pilotage de l'évaluation médicale et l'interpellation des médecins identifiés comme ayant des pratiques contraires aux instructions.

433. Pour un exemple concret, l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE) a interpellé le cabinet de la ministre de la Santé, ainsi que la DGS, sur le nombre historiquement élevé d'avis médicaux défavorables au séjour émis pour des personnes vivant avec le VIH et originaires de pays en développement[1278], pratique contraire aux instructions de la DGS en la matière[1279]. Par un courrier adressé au ministère de la Santé, l'ODSE a demandé le respect par ses services de ses propres instructions, et la régularisation des personnes concernées. Dans sa réponse[1280], la ministre de la Santé Marisol Touraine indiquait avoir demandé à ses services de rappeler aux directeurs d'ARS les instructions en la matière, et avoir demandé aux directeurs des deux ARS les plus particulièrement visées (celles d'Île-de-France et de Midi-Pyrénées) « *d'apporter des explications plus précises sur les situations concernées et de prendre les mesures qui s'avéreraient nécessaires, dans le respect des conditions de transmission et de partage des données de santé* »[1281]. Malgré ces rappels, et faute de pouvoir interagir directement auprès des ARS concernées, d'autres avis médicaux défavorables au séjour ont été rendus, notamment par l'ARS Midi-Pyrénées. Cet exemple illustre ainsi les difficultés de pilotage et de respect des instructions de la DGS par ses destinataires : le formalisme dû au fait que les ARS ne soient pas un service déconcentré de l'État « *pose problème par rapport à la DGS* »[1282] pour faire respecter ses instructions, comme le confirme le fait que « *le directeur de la DGS a écrit au DARS des Midi-Pyrénées, et que ce dernier n'a jamais répondu* »[1283].

1276Entretien deux personnes chargés du dossier malade étranger à la DGS, 24 août 2016.
1277Ibid.
1278AIDES, *Rapport de l'Observatoire malades étrangers*, juin 2015, p. 21.
1279Instruction du 11 novembre 2011, préc.
1280Courrier du ministère de la Santé à l'ODSE, 1er juillet 2015.
1281*Ibid.*
1282Entretien réalisé avec une personne travaillant à la DGS, 17 décembre 2015.
1283*Ibid*.

434. La réforme issue de la révision générale des politiques publiques a ainsi indirectement affecté la procédure d'évaluation médicale des étrangers gravement malades : en rendant les ARS plus indépendantes de l'administration centrale, elle a amoindri la faculté de la DGS à piloter et harmoniser l'action des ARS pour éviter une trop importante inégalité territoriale de traitement. Ce constat a amené les pouvoirs publics à réformer la procédure, en remplaçant les ARS par le service médical de l'OFII. Le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII permet une meilleure harmonisation de l'évaluation médicale, mais aussi et surtout, une maîtrise de cette dernière par le ministère de l'Intérieur.

2. Le transfert de l'évaluation médicale aux médecins de l'OFII : une maîtrise restrictive de la reconnaissance du statut d'étranger gravement malade

435. Les réformes des conditions substantielles évoquées jusqu'à présent dénotent une intention de restreindre directement ou indirectement l'accès à un titre de séjour pour soins. Mais elles ne se sont pas traduites par une baisse du taux d'avis favorables émis par les médecins évaluateurs : ce dernier, relativement stable depuis 1999, avoisine les 70 à 75 % jusqu'en 2016[1284]. Il en est de même du nombre de titres de séjour pour soins délivrés : de 31 973 en 2008, il est de 34 685 en 2014[1285]. L'une des raisons pouvant expliquer cette absence d'effet serait la subjectivité induite par l'évaluation médicale des médecins : modifier les conditions médicales serait inefficace dans la mesure où le médecin n'a pas à motiver son avis[1286]. Cette stabilité va cependant être remise en cause par la réforme du 7 mars 2016 transférant l'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII). Pour comprendre ce changement, il doit être mis en perspective avec l'histoire de l'OFII, dont l'évolution révèle l'emprise grandissante du ministère de l'Intérieur (a). Le transfert de l'évaluation médicale vient changer le paradigme sur lequel reposait jusqu'ici la procédure, puisque désormais, les médecins chargés de l'évaluation médicale dépendent d'un établissement public rattaché au ministère de l'Intérieur, dont les prérogatives ne sont pas exclusivement la protection de la santé, mais également la maîtrise des flux migratoires. Cette réforme révèle que la perspective dans laquelle est effectuée l'évaluation médicale serait plus déterminante que les

1284O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 63.
1285DGS-DGEF, *Bilan sur les avis médicaux pour l'année 2014*, préc., p. 19.
1286Au sujet de la subjectivité de l'évaluation médicale, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

conditions au regard desquelles elle est effectuée, confirmant ainsi l'importance de la dépendance de ce statut aux acteurs chargés de son évaluation (b).

a) Le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII : entre rationalisation de l'action administrative et reprise en main du ministère de l'Intérieur

436. La première procédure d'évaluation médicale mise en place, avec la participation des DDASS, s'est faite dans l'urgence de traiter des situations dont les préfectures n'étaient pas familières. Dès 1983, le préfet de Seine-Saint-Denis a pourtant interpellé le secrétaire d'État chargé de la famille, de la population et des travailleurs immigrés pour proposer une procédure alternative. Dans cette lettre[1287], le préfet l'informe que « *ses services sont fréquemment saisis de demande d'admission ou de prolongation de séjour pour soins médicaux, appuyés par des certificats de médecins de clientèle. Il est alors demandé à la D.D.A.S. d'effectuer un contrôle de l'état de santé de l'intéressé qui est adressé à cet effet à un médecin assermenté de clientèle* »[1288]. C'est pourquoi il lui « *semblerait préférable que ce type de contrôle, pour être parfaitement objectif et harmonisé, puisse être fait par une structure unique, et dans un cadre non individuel. Ainsi, et si cela vous agréait, il pourrait être envisagé de demander à l'Office médical d'immigration, qui dispose d'un service structuré de contrôle médical, d'effectuer ces vérifications* »[1289]. Si cette proposition n'est alors pas suivie d'effet, l'idée d'attribuer l'évaluation médicale à cet établissement sera réitérée par l'IGAS en 2006. Dans un rapport, il est préconisé le transfert de l'appréciation de l'état de santé des demandeurs à l'Agence nationale chargée de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM), « *habituée à traiter des dossiers individuels et opérateurs de l'État dur ce champ. Cette orientation serait cohérente avec l'implantation de ses services dans les départements les plus sollicités sur ce sujet* »[1290]. La mission souligne que « *hormis les problèmes de moyens, elle soulèverait toutefois des questions de déplacement de son champ d'intervention de l'immigration légale vers des mécanismes qui se situent en fait dans le champ des régularisations du séjour* »[1291]. Mais jusqu'en 2016, aucune de ces propositions ne sera suivie d'effet, jusqu'au rapport de l'IGA-IGAS de 2013 sur

1287 Lettre n° 03153 du 30 mai 1983, *in* Rapport Mahaut, préc.
1288*Ibid.*
1289*Ibid.*
1290J.-F. Benevise, A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire,* préc., p. 18
1291*Ibid*.

l'admission au séjour des étrangers malades, une période concomitante à une évolution significative de l'ANAEM.

437. Dans son rapport de 2013, la mission IGA-IGAS préconise le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII, « *l'organisation administrative des avis médicaux* [étant] *à bout de souffle* »[1292]. Cette proposition est cette fois-ci reprise par le Gouvernement dans le projet de *loi relatif au droit des étrangers en France*[1293], adopté ensuite par le Parlement. En 1983 et 2006, lors des premières propositions de transfert de l'évaluation médicale, cet office n'était pas rattachés au ministère de l'Intérieur. En effet, de 1945 à 2005, l'Office national de l'immigration (ONI), puis l'OMI en 1988, dépendait du ministère du Travail et de la Sécurité sociale, compétent en matière du recrutement des travailleurs migrants, et du ministère de la Santé publique et de la population pour l'examen médical des travailleurs[1294]. La création de l'ANAEM constitue le premier tournant, puisque si cette agence[1295] est alors placée sous la tutelle du ministère de l'Emploi à sa création en 2005, puis est incorporée deux ans plus tard au ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale[1296]. Pour la première fois de son histoire, l'ANAEM ne se trouve plus rattachée à des ministères dits « sociaux » (*i.e.* ministère du Travail, de la Sécurité sociale ou de la Santé). Ce changement est d'autant plus frappant en 2010, lorsque l'ANAEM (devenue l'OFII en 2009[1297]) est rattachée au ministère de l'Intérieur[1298]. Cette évolution « *témoigne de la remise en cause de l'investissement social de l'État dans ce domaine, pour confiner le traitement des étrangers à des logiques administratives, sinon policières. Cette mutation, accomplie à marche forcée, s'avère ainsi particulièrement révélatrice des enjeux politiques et des tensions idéologiques qui ont traversé*

1292O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 69 ; Sur le détail de ce transfert, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1293Projet de loi *relatif au droit des étrangers en France*, *n° 2183*, ayant mené au vote de la loi du n° 2016-274 du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France*.

1294S. Chevron, *La réforme des structures en charge de l'immigration* (…), *ouvr. préc*.

1295Sur l'agencification de l'action publique, lire notamment J. Chevallier, *Science administrative, op. cit.,* p. 327 et s. Voir également P. Bezes, P. Le Lidec. « Politiques de l'organisation. Les nouvelles divisions du travail étatique », *Revue française de science politique*, n° 3, 2016, pp. 407-433.

1296Sur le ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1297Décret n° 2009-331 du 25 mars 2009 *substituant la dénomination « Office français de l'immigration et de l'intégration » à la dénomination « Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations »*.

1298Décret n° 2012-336 du 7 mars 2012 *relatif à l'Office français de l'immigration et de l'intégration* : l'article 4 du décret dispose qu'à l'article R. 5223-4 du Code du travail, « les mots : ''sous la tutelle des ministres chargés de l'emploi et de l'immigration'' sont remplacés par les mots : ''sous la tutelle des ministres chargés de l'immigration et de l'intégration'' ».

la recomposition récente du paysage institutionnel »[1299]. L'évolution de l'OFII s'inscrit ainsi dans cette dynamique d'absorption de toutes les compétences du champ migratoire par le ministère de l'Intérieur[1300].

438. Ainsi, au regard de l'évolution de cet établissement, si les propositions de transfert de 1983 et 2006 répondaient indéniablement à une logique de rationalisation de l'action administrative, le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII orchestré par la loi du 7 mars 2016 est également motivé par la volonté du ministère de l'Intérieur de contrôler entièrement la procédure, sous l'égide de la Direction générale des étrangers en France (DGEF) à partir de 2013. La création de cette dernière a d'ailleurs permis de pérenniser « *la mainmise du ministère de l'Intérieur sur les politiques d'asile et d'intégration, devenues des variables d'ajustement d'une politique de maîtrise des flux migratoires de plus en plus restrictive* »[1301]. Cette réforme va avoir un impact déterminant sur le processus de reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de sa maladie.

1299S. Chevron, *La réforme des structures en charge de l'immigration* (…), op. préc. Sur ce sujet, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1300P. Cochet, *Avis présenté au nom de la commission des affaires étrangères sur le projet de loi de finances pour 2009 (n° 1127), Tome VI « Immigration, asile et intégration* », 16 octobre 2008, p. 65 : « *Lors de la réunion interministérielle du 23 juillet dernier, ont été précisées les compétences qui seraient confiées à ce nouvel opérateur. Il s'agit d'abord de toutes les compétences actuelles de l'ANAEM, élargies en ce qui concerne l'intégration. En effet, alors que l'Agence s'occupe exclusivement des primo-arrivants, son successeur veillera au parcours d'intégration des étrangers allant de la signature et la mise en œuvre du CAI à des dispositifs spécifiques favorisant l'accès à une activité professionnelle, jusqu'à l'acquisition de la nationalité française ou la délivrance d'une carte de résident, sans que la durée de ce parcours excède cinq années à compter de la délivrance du premier titre de séjour. Au-delà, les dispositifs de droit commun continueront à s'appliquer. Le nouvel opérateur bénéficiera ainsi du transfert des missions actuellement exercées par l'ACSE pour ce qui est de l'apprentissage du français, des actions en faveur de l'accès à l'emploi, des actions complémentaires portant sur l'accès à la citoyenneté et le partage des valeurs de la République dans la limite des publics précités* ».

1301Sur l'évolution de la DGEF et son rôle, voir plus particulièrement Partie 2, Titre 1, Chapitre 2. Voir également M.-J. Bernardot « Les associations et l'administration nationale chargée de l'intégration des immigrés : une analyse depuis ''l'intérieur'' », *Migrations Société*, vol. 170, n° 4, 2017, pp. 91-108 : « *Dès lors, la logique administrative du pilotage par le ministère de l'Intérieur, principal résultat de la séquence ''refondation'', a imposé d'organiser le repli sur une politique d'accueil a minima des seuls étrangers primo-arrivants en situation régulière, permettant ainsi de lier étroitement politique d'accueil et politique d'immigration. La loi du 7 mars 2016, qui a instauré le contrat républicain d'intégration, a parachevé cette inféodation de l'accueil des primo-arrivants à l'objectif prioritaire de maîtrise des flux migratoires, en faisant de l'acquisition d'un niveau linguistique (niveau A1) le sésame pour l'obtention d'un titre de séjour pluriannuel. Cette même logique a présidé à la création, le 12 août 2013, d'une nouvelle direction au sein du ministère de l'Intérieur : la Direction générale des étrangers en France (dgef), pour remplacer l'ancien Secrétariat général à l'immigration et à intégration, structure plus légère datant de la création du ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du développement solidaire. Bizarrement, la création de cette Direction, dont le titre rappelait la période des années 1920, s'est faite dans l'indifférence générale, sans la moindre protestation. C'est ainsi qu'a été pérennisée la mainmise du ministère de l'Intérieur sur les politiques d'asile et d'intégration, devenues des variables d'ajustement d'une politique de maîtrise des flux migratoires de plus en plus restrictive* ».

b) L'évaluation médicale par l'OFII et son impact déterminant sur la reconnaissance du statut d'étranger gravement malade

439. Le changement de paradigme dans lequel s'inscrit cette réforme au regard du rattachement des médecins à un établissement public dépendant du ministère de l'Intérieur et la marginalisation du ministère de la Santé de la procédure (i) se traduit en pratique par une baisse du nombre de titres de séjour pour soins délivrés (ii).

i. Un changement de paradigme : une marginalisation du ministère de la Santé dans la procédure

440. Le transfert à l'OFII de cette compétence vise pour le législateur à remédier aux insuffisances existantes dans la procédure pilotée par la DGS[1302], tout en élargissant l'emprise du ministère de l'Intérieur sur le statut de l'étranger gravement malade. L'article L. 313-11 11° du CESEDA issu de la loi du 7 mars 2016 prévoit que l'évaluation médicale est effectuée par « *un collège de médecins du service médical de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État* »[1303]. Le pôle santé de l'OFII a été constitué spécifiquement à partir de 2015 pour instruire les demandes de titres de séjour pour soins : il se compose d'une direction technique et de médecins coordinateurs de zones. Ces derniers, « *nommés par le directeur général de l'OFII, membres du Collège national pilotent l'instruction des demandes de titre de séjour pour soins dans leur zone géographique respective* »[1304]. Une même zone regroupe plusieurs directions territoriales (DT) de l'OFII, et le médecin coordinateur de zone (MEDZO) est rattaché à l'une de ces dernières[1305]. En tout, le pôle santé de l'OFII compte 10 postes dits « ETP permanents » (la direction du pôle santé et les MEDZO), et fait appel à des contrats et durées déterminées et à des vacataires pour compléter son activité (87 infirmiers, 46 manipulateurs radio et 109

1302Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1303La réforme prévoit un régime spécifique pour Mayotte. Selon l'article L. 832-1° du CESEDA : « *16° La carte de séjour prévue au 11° de l'article L. 313-11 est délivrée, après avis médical, selon une procédure définie par décret en Conseil d'État. Ce décret précise les conditions dans lesquelles le collège médical, qui comprend un médecin de l'Office français de l'immigration et de l'intégration exerçant dans le département, peut délibérer au moyen d'une conférence téléphonique ou audiovisuelle* ». Cette spécificité mahoraise s'explique notamment par la difficulté pour l'OFII de recruter du personnel (entretien avec un médecin de l'ARS Océan Indien, 6 décembre 2016).

1304OFII, *Rapport au Parlement*, 2017, p. 24.

1305*Ibid.* Il y a en tout 7 MEDZO, répartis en 7 zones : Nord, Ouest (incluant les Antilles et la Guyane), Est, Île-de-France, Sud-Ouest (incluant l'Océan indien), Sud-Est, Sud.

médecins en 2017)[1306]. La réforme dite « Collomb » du 10 septembre 2018 est venue conforter ce service médical, en le mentionnant expressément à l'article L. 5223-1 du Code du travail.

441. Les médecins du service médical « *accomplissent cette mission dans le respect des orientations générales fixées par le ministre chargé de la santé* »[1307]. Selon Raphaël Sodini, conseiller « immigration » du ministre de l'Intérieur au moment de l'adoption du projet de loi, « *à la base, le ministère de l'Intérieur voulait que l'article 10 du projet de loi précise que les médecins de l'OFII agissent sous la tutelle du ministère de la Santé. Mais le Conseil d'État s'y est opposé, car cela ne tenait pas juridiquement : il n'est pas juridiquement possible que l'OFII soit placé sous la tutelle de deux ministères. Le Conseil d'État a considéré que le terme de "tutelle" était juridiquement inexact. La volonté du ministère de l'Intérieur et du Gouvernement est que les médecins de l'OFII ne reçoivent pas d'instruction du ministère de l'Intérieur* »[1308]. Ces propos sont à relativiser, dans la mesure où l'avis du Conseil d'État n'a pas été publié, et en raison du contexte dans lequel ils ont été tenus[1309]. Ils sont surtout à mettre en perspective avec l'histoire de l'OFII. En effet, un an après sa création par l'ordonnance du 2 novembre 1945, les compétences de l'ONI ont été élargies à l'introduction des familles de travailleurs de migrants, ce qui impliquait une double tutelle : par le ministère du Travail et de la Sécurité sociale pour le volet recrutement des travailleurs d'une part, et par le ministère de la Santé publique et de la population pour l'examen médical des travailleurs migrants d'autre part[1310]. Cela démontre qu'une double tutelle aurait été possible. Mais l'option retenue a été de marginaliser le rôle du ministère de la Santé, ce dernier étant en plus membre du conseil

1306Cour des comptes, *L'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), Exercices 2011-2018, Observations définitives,* 21 juin 2019, p. 106.

1307Orientations générales prévues par l'arrêté du 5 janvier 2017 *fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, NOR : AFSP1638149A. L'article L. 5223-1 du Code du travail prévoit que « *l'OFII est chargé de la procédure d'instruction des demandes de titre de séjour en qualité d'étranger malade* ».

1308Rencontre avec des représentants de l'ODSE, juillet 2015.

1309L'ODSE étant notamment opposé au transfert de l'évaluation médicale à l'OFII, le ministère de l'Intérieur a cherché à apaiser les craintes de toutes immixtions dans l'évaluation médicale. Voir ODSE, « Réforme du droit au séjour des étrangers malades : les malades étrangèr-e-s abandonné-e-s par le gouvernement ? », *supra*.

1310S. Chevron, *La réforme des structures en charge de l'immigration* (…), *ouvr. préc*. Le décret d'application n° 46-1574 du 30 juillet 1946 lui donnait mission d'assurer le contrôle sanitaire des travailleurs étrangers et de leur famille.

d'administration de l'OFII[1311]. Cette réforme marque en tout cas une mise à l'écart du ministère de la Santé sur l'attribution du droit au séjour pour soins.

442. La société civile était pourtant opposée à ce transfert, en raison du risque de dépendance des médecins à l'égard du ministère de l'Intérieur[1312]. Pour motiver son opposition, l'ODSE avance notamment que « *transférer la responsabilité de ce dispositif d'évaluation médicale aux médecins de l'OFII serait l'éloigner de son objectif exclusif de protection de la santé individuelle et de la santé publique. En effet, l'OFII, établissement public sous tutelle exclusive du ministère de l'intérieur, a pour objet la gestion des flux migratoires et le contrôle des étrangers* »[1313]. De même, la CNCDH considérait dans son avis du 15 mai 2015 que « *l'apparence d'indépendance et d'impartialité est mise à mal lorsque l'évaluation médicale est réalisée par un collège de médecins dépendant d'un office placé sous la tutelle du ministère que l'autorité administrative chargée de la délivrance de la carte de séjour, l'obligation pour l'OFII de respecter les orientations générales fixées par le ministère de la santé n'apparaissant pas très contraignante* »[1314]. Selon l'autorité administrative indépendante, le statut des médecins de l'OFII les rend également plus exposés aux pressions de la hiérarchie et de l'administration de tutelle[1315].

1311Article R. 5223-5 du Code du travail tel que modifié par le décret n° 2016-358 du 25 mars 2016 portant modification du conseil d'administration de l'OFII et portant suppression du comité consultatif auprès de ce conseil d'administration.

1312Sur ce sujet, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

1313ODSE, *Les personnes étrangères et leurs proches ont le droit de vivre dignement en France,* janvier 2015, p. 2, https://www.gisti.org/IMG/pdf/pjl_etrangers_analyse-odse-201501.pdf L'ODSE s'est notamment référé au Haut Comité de la Santé Publique qui dénonçait en 1993 qu'il était totalement inapproprié que des missions médicales relevant du ministère de la santé soient confiées à une autre administration : *« absence de savoir-faire et de légitimité de cette administration [pénitentiaire] à concevoir des politiques de santé et à assurer le repérage systématique des besoins des détenus en la matière, le recours à des personnels sanitaires de statuts très disparates, la précarité de leurs modes de rémunération nuisent à la capacité des services médicaux des établissements pénitentiaires à assurer convenablement la continuité des soins et à définir un véritable projet de service dans l'établissement »* (Haut comité de la santé publique, *Santé en milieu carcéral, rapport sur l'amélioration de la prise en charge sanitaire des détenus*, janvier 1993, p. 18).

1314CNCDH, *Avis sur la réforme du droit des étrangers de la Commission nationale consultative des droits de l'homme,* préc, pp. 11-12.

1315*Ibid.* : comme le relèvent des membres de l'ODSE auditionnés par la CNCDH. Voir également OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2017,* préc., p. 41 : dans son rapport, l'OFII indique disposer « *de 85 médecins à temps incomplet avec des disponibilités fluctuantes de 3 à 20 jours par mois* ». L'étude d'impact du projet de loi du 10 septembre 2018 indique que « *les médecins de l'OFII sont majoritairement vacataires, leur temps d'activité est très variable et dépend de leur disponibilité. Ils exercent en outre en libéral et ont des activités annexes* » (Projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif NOR : INTX1801788L/Bleue-1, Étude d'impact, 20 février 2018, p. 210).

443. Un moyen d'assurer l'indépendance de ces médecins aurait été d'affecter leur rémunération au ministère de la Santé, comme la loi « Kouchner » du 18 janvier 1994[1316] l'a fait pour les médecins de l'administration pénitentiaire afin de leur garantir une certaine indépendance. Alors que l'institution pénitentiaire a été « *sanitarisée* »[1317] pour permettre le développement d'une logique de santé publique dans les prisons françaises, marquant la reconnaissance d'une « *médecine en milieu pénitentiaire* » au lieu « *d'une médecine pénitentiaire* »[1318], la santé des étrangers fait l'objet du phénomène inverse : l'évaluation médicale se policiarise pour permettre le développement d'une logique de maîtrise des flux migratoires dans l'évaluation des demandes de titres de séjour pour soins[1319], à laquelle s'ajoute une mise en retrait du ministère de la Santé.

ii. Des statistiques tendant à confirmer la *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade

444. L'évolution statistique du droit au séjour pour soins démontre la *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade et, par suite, sa *policiarisation*. Les travaux de Michel Foucault sur la normalisation dans la lutte contre la variole au XVIIIè siècle sont à cet égard particulièrement éclairants pour comprendre la mobilisation de cette notion à l'égard de l'évolution statistique du droit au séjour pour soins. Selon les études médicales du XVIIIè, « *le taux de mortalité normal dû à la petite vérole [synonyme de la variole] était de 1 sur 7,782* »[1320]. À ce taux de mortalité s'ajoutent d'autres « courbes » : « *la distribution normale des cas d'atteinte par la petite vérole, ou le décès dû à la petite vérole à chaque âge, dans chaque région, dans chaque ville, dans les différents quartiers de la ville, selon les différentes professions des gens* »[1321]. La technique déployée pour lutter contre la variole va alors consister, selon Michel Foucault, « *à essayer de rabattre les normalités les plus défavorables, les plus déviantes par rapport à la courbe normale, générale, [de] les rabattre sur cette courbe*

1316Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale, NOR : SPSX9300136L. Comme le souligne Lara Mahi, « d*epuis l'application de cette loi, les espaces de soins des établissements pénitentiaires ne sont plus gérés par l'administration pénitentiaire mais par le service public hospitalier* » (L. Mahi, « Une sanitarisation du pénal ? La mobilisation de la maladie dans des procès pénaux », *Revue française de sociologie*, vol. 56, n° 4, 2015, pp. 697-733).

1317E. Farges « La sanitarisation du social : les professionnels et l'éducation pour la santé en milieu pénitentiaire », *Lien social et politiques*, 55, 2006, p. 99-112.

1318E. Farges. « Penser la réforme pénitentiaire avec Michel Foucault. Apports et limites à une sociologie politique de la loi du 18 janvier 1994 », *Raisons politiques*, vol. n° 25, n° 1, 2007, pp. 101-125.

1319Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1320M. Foucault, *Sécurité, territoire, population,* ouvr., préc., p. 64.

1321*Ibid.*

normale, générale »[1322]. L'opération de *normalisation* a ainsi consisté, au regard de ces différentes courbes, « *à faire jouer les unes par rapport aux autres ces différentes distributions de la normalité et* [à] *faire en sorte que les plus défavorables soient ramenées à celles qui sont les plus favorables. On a donc là quelque chose qui part du normal et qui se sert de certaines distributions considérées* (…) *comme plus normales que les autres, plus favorables en tous cas que les autres. Ce sont ces distributions-là qui vont servir de norme* »[1323]. Rapportée au statut juridique de l'étranger gravement malade, l'opération de *normalisation* consiste à « rabattre » les taux d'avis médicaux émis par les médecins sur les demandes de titres de séjour vers un pourcentage acceptable, ou plutôt compatible avec l'objectif de maîtrise des flux migratoires. Pour se faire, il faut déployer des techniques permettant de rabattre des courbes – les taux d'avis médicaux favorables au séjour et le nombre de titres de séjour pour soins délivrés – vers une courbe de volume de délivrance et de taux d'avis favorables davantage compatibles avec cet objectif.

445. Selon l'étude d'impact de la loi du 7 mars 2016, « *l'impact en termes volumétriques, difficile à prévoir, n'est pas l'objectif premier de la réforme. Depuis quelques années, le nombre des ''primo-accédant'' au titre de séjour s'est stabilisé autour de 6 500 chaque année. L'effet sera attendu sur les stocks de titres, qui dans une première phase auraient tendance à augmenter mais au bout du cycle devraient baisser tendanciellement* »[1324]. Les premiers chiffres accessibles communiqués contredisent ces affirmations. Selon le rapport de la mission d'information sur la loi du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France[1325], le nombre de premiers titres de séjour pour soins délivrés est passé de 6 850 en 2016 à 4 315 en 2017, soit une baisse de 37 % sur la même période, et de 32,5 % sur la période 2017/2012. Mais ces seules données ne permettent pas de corroborer l'hypothèse d'un impact de la réforme, puisque la procédure à l'OFII a tardé à se mettre en place, entraînant un retard dans l'instruction des demandes, justifié par le manque de médecins, et par le fait qu'un flux important de demandes a été enregistré en mars 2017[1326]. Il convient en plus de se reporter à l'évolution du taux d'avis favorables et défavorables au séjour émis par le collège

1322*Ibid.*
1323*Ibid.,* p. 65.
1324Étude d'impact précitée, p. 56.
1325J.-M. Clément, G. Larrivé, *Rapport d'information sur l'application de la loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France*, 15 février 2018, p. 13.
1326Rendez-vous entre le service médical de l'OFII et une délégation de l'ODSE, 16 novembre 2017.

de l'OFII : si une différence considérable avec celui des médecins ARS s'observe, alors l'hypothèse d'une rupture avec l'exercice précédent tendrait à se confirmer.

446. Toutefois, selon les statistiques de l'OFII pour 2017[1327], sur les 19 143 avis émis, le taux d'avis médicaux favorables au séjour est de 54,6 %[1328]. Ce taux a baissé depuis, puisque sur les 37 664 dossiers ayant reçu un avis de la part du collège de médecins en 2018, 48,6 % d'entre eux étaient favorables[1329]. Sur l'ensemble des dossiers étudiés en 2017, « *18 856 demandeurs présentaient une pathologie nécessitant une prise en charge médicale (98,5 %)* ». Pour 78,8 % de ces derniers, « *l'absence de prise en charge pourrait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité* », soit 14 863 demandeurs, dont « *29,8 % des demandeurs peuvent bénéficier d'un traitement dans leurs pays d'origine* »[1330]. Au total, le nombre d'avis défavorables au séjour rendus par les collèges de l'OFII en 2017 est de 8 686 (10 448 favorables). En 2018, ce nombre est de 13 227[1331]. En 2014, dernières statistiques existantes sur l'exercice des ARS, le nombre d'avis défavorables était de 9 999 (33 667 avis favorables). Ainsi, le nombre d'avis défavorables au séjour émis par l'OFII en 2017, quasi équivalent à autant de refus de titres de séjour pour soins, est – à 1 000 avis près – le même que celui des ARS en 2014, alors que ces dernières se sont prononcées sur 24 532 avis de plus[1332]. Le service médical de l'OFII explique cette baisse du taux d'avis favorables par la qualité de l'évaluation médicale, basée sur des informations plus étayées que ne l'étaient celles des ARS[1333]. S'il est indéniable que les moyens déployés par l'OFII sont plus importants que lorsque les ARS instruisaient les demandes, la qualité de l'évaluation médicale peut être questionnée. Comme nous avons pu le constater au cours d'entretiens, le pôle ESEDA de l'ARS Île-de-France[1334] a développé sa propre base de données internes sur les pays d'origine, et

1327Les seules statistiques publiques existantes proviennent du rapport d'activités de l'OFII pour l'année 2017.
1328OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2017*, 2018, p. 64.
1329OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2018*, 2020, p. 25.
1330Données figurant dans un document interne de l'OFII.
1331OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2018*, préc., p. 42 : « *fin octobre 2019, près de 27 500 avis ont été rendus pour les demandes enregistrées en 2018 ; dont 51,9 % étaient favorables au maintien sur le territoire pour soins* ».
1332Outre l'évolution du nombre d'avis médicaux rendus, la baisse du nombre de titres de séjour pour soins est également un indicateur : selon l'OFII, « au 31/12/2018, 32 838 titres de séjour ''Étranger Malade'' étaient valides, contre 34 716 au 31/12/2017 et 37 375 au 31/12/2016 » (OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2018*, préc., p. 30).
1333Entretien avec un médecin de l'OFII, 15 février 2018.
1334Ce pôle est entièrement dédié à l'évaluation médicale des demandes de titre de séjour pour soins déposées dans les préfectures de la région (à l'exception de Paris).

recourait à la collégialité sur les cas complexes[1335]. Le service médical de la préfecture de police de Paris, quant à lui, faisait déjà appel à l'OFII pour avoir des éléments médicaux à jour sur les pays d'origine[1336]. Pourtant, le taux d'avis médicaux favorables au séjour pour l'Île-de-France était de 75 % en 2014[1337], et ce, alors même que les conditions médicales au regard desquelles l'évaluation médicale était effectuée étaient censées être plus restrictives.

447. L'analyse de l'évolution des conditions médicales d'octroi d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé révèle que l'adoption d'une approche restrictive a pour effet de réduire la délivrance de titres de séjour pour soins, et pour le ministère de l'Intérieur, de la contrôler. Les multiples réformes du statut de l'étranger gravement malade révèlent ainsi que ce dernier régresse depuis le vote des de 1997 et 1998, les conditions substantielles ayant été modifiées à quatre reprises sans jamais revenir à l'état de ce qu'elles étaient alors. La procédure actuelle – aussi bien dans ses conditions médicales que dans la procédure d'évaluation de ces dernières – semble être la première satisfaisant les attentes du ministère de l'Intérieur en matière de maîtrise des flux migratoires. Ainsi, dans une note datant de fin 2018 destinée au ministre de l'Intérieur, la DGEF indique que « *les avis émis* [par l'OFII] *sont remarquablement équilibrés entre les avis favorables et défavorables* »[1338]. Une autre note interne de 2019 souligne que « *l'admission au séjour pour raison de santé est une voie légale d'admission au séjour maîtrisée* », car « *le nombre de titres délivrés pour ce motif est stable depuis plusieurs années, et diminue même de manière significative en 2017 (6 555 nouveaux titres délivrés pour ce motif en 2015, 6 850 en 2016 et 4 227 en 2017)* »[1339]. Cette « *maîtrise du dispositif* » correspond ainsi à la *normalisation* des courbes de volumes de titres de séjour pour soins délivrés et de taux d'avis médicaux favorables au séjour.

448. Ces réformes révèlent aussi qu'il s'agit surtout d'un statut fragile, car dénué de cadre juridique suffisamment stable et protecteur permettant à l'étranger de se voir attribuer un

1335Comme d'autres ARS ont pu le faire, telles que l'ARS Rhône-Alpes.
1336Entretien avec un rapporteur de l'IGAS, 17 novembre 2016.
1337DGS, DGEF, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA) – bilan de l'année 2014*, préc.
1338Note de la DGEF au cabinet du ministère de l'Intérieur suite à une réunion avec le ministère de la Santé, 19 septembre 2018.
1339Document intitulé « Note pour point PR MI 25 01 2019 » : nous supposons qu'il s'agit d'une note synthétique en prévision d'une réunion entre le président de la République et le ministre de l'Intérieur.

statut en raison de son état de santé[1340]. Le cas des étrangers déjà titulaires d'un titre de séjour en raison de leur état de santé est symptomatique de cette fragilité, les étrangers à qui un titre de séjour a été octroyé peuvent, d'une réforme à l'autre, se voir retirer le statut, comme en atteste la baisse de 20 points du taux d'avis médicaux favorables au séjour depuis le transfert à l'OFII. À cette instabilité résultant des réformes des conditions médicales de reconnaissance d'un statut à l'étranger gravement malade s'ajoutent certaines insuffisances sur le plan des garanties juridiques, insuffisances qui s'inscrivent également dans un objectif de *contrôle* de cette catégorie.

SECTION 2. UNE CATÉGORIE RÉAJUSTÉE POUR ÊTRE FAIBLEMENT PROTÉGÉE

449. Sa finalité étant le contrôle restrictif du flux de délivrance de titres de séjour, le processus de *normalisation* nécessite que l'ensemble des *mécanismes* régulant le statut juridique de l'étranger malade soit harmonisé. Pour ce faire, les conditions médicales, ainsi que les acteurs chargés de les interpréter, ont été réformés. Mais la catégorisation de l'étranger malade ne repose pas uniquement sur une phase médicale. Des mécanismes non médicaux ont en effet été mis en place pour encadrer juridiquement les conditions permettant sa *biolégitimation.* Il s'agit ici d'étudier ces mécanismes juridiques non médicaux instaurés pour permettre à l'État de *maîtriser* cette *catégorisation*. Ces mécanismes peuvent être regroupés en deux *catégories* : d'une part, les mécanismes qui sont présentés par les autorités publiques comme étant des garanties, des évolutions positives pour les étrangers, mais qui s'avèrent illusoires (§1). D'autre part, les mécanismes qui, par leur instauration, constituent délibérément des entraves à l'effectivité de ce statut (§2).

§1. DES GARANTIES ILLUSOIRES

450. Certaines garanties légales apparaissent de façade, car elles ne limitent que de manière relative le pouvoir discrétionnaire du préfet (A), et rendent aléatoire la stabilité du titre de séjour délivré (B).

1340Cette fragilité est encore attestée par une proposition émise par Valérie Boyer (députée les Républicains) en 2019 : « *Recommandation n° 16) Repenser et resserrer le dispositif de l'admission au séjour pour raisons de santé, dont la générosité est unique en Europe, en révisant le panier de soins, afin de réduire l'attractivité de la France vis-à-vis des candidats à l'immigration. Renforcer, par ailleurs la lutte contre l'usurpation d'identité et la fraude aux analyses biologiques, en liant l'attribution d'une carte donnant accès aux soins à une identité fiable* », (Commission des affaires étrangères, *Avis sur le projet de loi de finances pour 2020 [n° 2272]*, 10 octobre 2019, p. 6).

A. Un encadrement relatif du pouvoir discrétionnaire des préfets

451. L'une des particularités – et aberration – de la procédure de délivrance d'un titre de séjour pour soins réside dans l'absence de compétence liée du préfet à l'avis médical rendu par le médecin compétent[1341]. Ceci implique deux conséquences principales : si l'avis médical est défavorable au séjour, l'arrêté de refus de titre de séjour pour soins ne doit pas laisser paraître que le préfet s'est estimé lié par cet avis pour refuser la délivrance du titre[1342]. Par exemple, il doit en plus s'interroger sur l'accès effectif aux soins dans le pays d'origine[1343]. D'autre part, le pouvoir discrétionnaire du préfet implique qu'il peut refuser un titre de séjour pour soins malgré un avis médical favorable, notamment dans le cas où la présence de l'étranger « *constitue une menace pour l'ordre public* »[1344]. Pour reprendre les termes de Charles Eisenmann, l'administration se trouve entre les deux cas extrêmes que sont « *le pouvoir ou l'acte purement discrétionnaire, et le pouvoir ou l'acte absolument lié* », il s'agit de la troisième possibilité, « *qui en fait se rencontre de beaucoup le plus fréquemment : c'est celle de pouvoirs ou d'actes qui sont en partie discrétionnaires, en partie liés* »[1345].

452. Un autre motif de refus de séjour malgré l'avis médical favorable est apparu en pratique : la contre-enquête médicale menée par la préfecture. À partir de 2011, plusieurs préfectures ont commencé à refuser la délivrance d'un titre de séjour pour soins en considérant, contrairement à l'avis médical, que le demandeur pouvait bénéficier du traitement approprié dans son pays d'origine[1346]. Des pratiques qui interrogent, eu égard au fait que les préfectures n'ont pas connaissance du dossier médical de la personne, celui-ci étant couvert par le secret médical. Certaines de ces contre-enquêtes ont pu se faire en raison du fait que certaines personnes lèvent par elles-mêmes ou par inadvertance le secret médical

1341 Comme l'a notamment rappelé le Conseil d'État : CE 21 octobre 2005, *Préfet de la Seine-et-marne* n° 274904 : « *(…) qu'il appartient ainsi au médecin inspecteur de donner seulement au préfet, tout en respectant le secret médical, les éléments relatifs à la gravité de la pathologie présentée par l'étranger intéressé et à la nature des traitements qu'il doit suivre, nécessaires pour éclairer la décision que doit prendre le préfet à qui il appartient d'apprécier lui même la situation de l'étranger après avoir examiné les autres pièces du dossier ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment de la motivation de sa décision en date du 26 juillet 2004 rejetant le recours gracieux de M. X contre la décision du 10 juin 2004 et de ses écritures devant le premier juge que le préfet de la Seine-et-Marne a refusé de substituer sa propre appréciation à l'avis émis par le médecin inspecteur de santé publique et s'est borné à se conformer aux deux avis émis par ce dernier les 17 février et 11 mai 2004 ; que le préfet a ainsi méconnu l'étendue de sa propre compétence* ».

1342 TA Bordeaux, 25 avril 2013, n° 1300636.

1343 TA Toulouse, 11 octobre 2012, n° 1200461.

1344 Article L. 313-11 11° du CESEDA.

1345 C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. II, 1983, p. 293.

1346 Sur le détail de cette pratique, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

lors du dépôt de leur demande en préfecture. Mais pour la plupart d'entre elles[1347], les refus sont édictés sans que les préfectures connaissent la maladie ou le détail de l'état de santé de l'étranger. Ces pratiques viennent ainsi affaiblir les garanties d'attribution d'un titre de séjour pour soins, des refus pouvant être décidés en méconnaissance de l'expertise médicale du médecin prévue par la procédure.

453. Au fil des réformes, les associations ont suggéré une modification de la réglementation pour empêcher ces pratiques. À l'occasion des travaux préparatoires à la loi du 7 mars 2016, des associations membres de l'ODSE, dont AIDES, ont rencontré des conseillers des cabinets ministériels afin que soit adoptée une disposition liant l'appréciation du préfet à l'avis médical. L'amendement proposé était formulé de la manière suivante : « *lorsque l'avis du médecin* [de l'OFII] *est favorable, le préfet ne peut s'en écarter que pour des considérations autres que médicales* ». Au cours de ces rencontres, les conseillers du cabinet du Premier ministre[1348] ont opposé l'argument de « *l'effet inverse escompté* » : la compétence liée « *pressuriserait* » les médecins dans leur mission, ce qui aurait pour effet de les exposer à davantage de critiques. Pour se protéger, les médecins rendraient alors plus d'avis négatifs. Par la voix de son conseiller « immigration », Raphaël Sodini[1349], le ministère de l'Intérieur n'y était pas favorable pour deux raisons : en général, les préfets n'ont pas de compétence liée[1350] ; et le lien de confiance de certains préfets à l'égard de certains médecins ARS est « *rompu* », en raison du taux d'avis médicaux favorables trop élevé de ces derniers[1351]. Un amendement en ce sens sera finalement déposé à l'Assemblée nationale[1352], mais non adopté. Le rapporteur du texte, Erwan Binet, fait notamment valoir « *les tentatives éventuelles de fraude sur les titres d'étranger malade* »[1353] qui justifieraient selon lui que les préfectures conservent leur pouvoir d'appréciation. Mais l'évaluation médicale étant désormais effectuée par des médecins rattachés au ministère de l'Intérieur, le lien de confiance avec les

1347 *Ibid*.
1348 Rencontre entre l'ODSE et le cabinet du Premier ministre, 8 juillet 2015.
1349 Rencontre entre l'ODSE et le cabinet du ministère de l'Intérieur, 10 juillet 2015.
1350 Une affirmation fausse, puisque dans le cadre des demandes d'asile déposées à la frontière, la décision du préfet est prise sur l'avis conforme de l'OFPRA. C'était également le cas des avis rendus par la Commission départementale du séjour liait l'autorité préfectorale. Cette compétence liée a été supprimée par la loi dite « Pasqua » de 1993, Sur ce sujet, lire M. Hénocq, « La commission alibi », *art. préc*.
1351 Sur ce lien de confiance entre médecins et préfectures, voir *infra* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2, Section 2.
1352 Assemblée nationale, CRI, 1ère séance du 21 juillet 2015, p. 7012, 1ère colonne, intervention de F. Carrey-Conte pour la défense de l'amendement n° 277.
1353 *Ibid.*, 2è colonne, intervention d'E. Binet.

préfectures semble rétabli[1354]. La loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une *immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* a théoriquement limité ces contre-enquêtes en prévoyant que lorsque la préfecture refuse la délivrance d'un titre de séjour malgré un avis médical favorable du collège de l'OFII, elle doit le faire par « *une motivation spécifique* ». Le ministère de l'Intérieur s'est dit favorable à ce « *renforcement de l'obligation de motivation de la décision de refus que pourrait prononcer le préfet lorsque les médecins de l'OFII considèrent que le demandeur répond aux conditions de fond au plan médical* »[1355], le ministre Gérard Collomb le qualifiant même « *d'excellent* ». Cette obligation spécifique figure désormais dans la rédaction de l'article L. 313-11 11° du CESEDA.

454. Cette évolution favorable aux étrangers gravement malades tend à confirmer l'hypothèse selon laquelle l'essentiel de la maîtrise de la procédure de régularisation pour soins réside dans le statut des médecins chargés de l'évaluation médicale. Les acteurs institutionnels favorables à un encadrement restrictif du droit au séjour pour soins étant satisfaits du nouveau taux d'avis médicaux favorables au séjour, plus conforme à leurs attentes, ils peuvent se montrer protecteurs à l'égard des étrangers gravement malades en leur octroyant théoriquement une garantie supplémentaire par cette obligation de « *motivation spécifique* ». Une réserve peut toutefois être formulée quant à l'apport supposé de cette disposition, en comparaison à la version de l'amendement initialement déposé : ce dernier visait à limiter la motivation spéciale « *par le seul motif mentionné au premier alinéa* », soit la menace à l'ordre public. Ce qui aurait empêché, légalement, tout type de contre-enquête médicale de la part des préfectures. La version adoptée ne comprend pas ces précisions, ce qui implique qu'une préfecture pourra contredire l'avis médical rendu par l'OFII, à condition que cela soit « *spécialement motivé* ». Cette avancée pourrait donc s'avérer illusoire si le juge administratif estime qu'une préfecture a spécialement motivé sa décision en démontrant, comme des préfectures le font déjà documents à l'appui, « *le sérieux et les capacités des institutions de santé* [du pays d'origine]*, qui sont à même de traiter la majorité des maladies courantes, et que les ressortissants* [dudit pays] *sont à même d'y trouver un traitement adapté à leur état de santé* »[1356]. Il en est de même si l'étranger a par lui-même levé

1354Seule la préfecture du Doubs persiste à refuser des titres de séjour malgré l'avis médical favorable.

1355Assemblée nationale, CRI, 2è séance du 22 avril 2018, p. 3572, 2è colonne, intervention de J. Gourault pour la défense de l'amendement n° 1024.

1356Pour un exemple concret, voir TA Dijon, 13 octobre 2016, 1601993.

le secret médical à la préfecture, involontairement (par l'intermédiaire des preuves de résidence habituelle en France) ou non. Dans ce cas, il est possible pour la préfecture de contredire l'avis médical de l'OFII en faisant une véritable contre-expertise médicale. Un amendement a été initié par le Gouvernement, pour qui le pouvoir d'appréciation du préfet « *est très limité et ne peut s'exercer qu'à l'égard de trois éléments : le critère de la résidence habituelle, la fraude et la menace à l'ordre public. Or, il apparaît indispensable que le préfet conserve ce pouvoir d'appréciation pour ces trois motifs pour la seule raison que l'OFII ne dispose pas de ces informations* »[1357]. Le Gouvernement a également motivé sa position par le fait que les conditions du titre « étranger malade » sont « *liées à la pathologie du patient, que le préfet ignore puisque couvert par le secret médical,* [il] *ne peut donc en aucun cas aller contre un avis de l'OFII sur les critères légaux touchant à la pathologie* »[1358]. Mais cette affirmation s'avère inexacte, de telles décisions ayant été prises par plusieurs préfectures. Ces éléments pourront néanmoins servir de grille d'interprétation en cas de contentieux portés devant la juridiction administrative. Outre cet encadrement illusoire du pouvoir discrétionnaire des préfectures, les étrangers malades sont également confrontés à une stabilité relative de leur droit au séjour.

B. Une stabilité du séjour aléatoire

455. Une garantie, plus évidente et moins sujette à controverses, est également constatée au regard de l'évolution de la nature des titres de séjour pour soins remis. Si certaines conditions ou certaines catégories restent concernées par un titre de nature précaire (1), les personnes continuant de remplir les conditions substantielles bénéficient d'une sécurité juridique en se voyant octroyer une carte de séjour pluriannuelle, qui peut néanmoins être relativisée à certains égards (2).

1. La précarité des autorisations provisoires de séjour

456. Avant la loi de 1998, les étrangers malades se voyaient remettre une autorisation provisoire de séjour (APS), document de séjour dit précaire au sens où il n'était valable que

1357Exposé sommaire du sous-amendement n° 1156 présenté par le Gouvernement à l'amendement n° 1024 de M. Attal déposé le 16 avril 2018 à l'Assemblée nationale, sous l'article 31 du projet de loi n° 2018-778 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.

1358*Ibid.*

quelques mois, sans nécessairement de droit au travail. Cette loi a prévu à l'article 12 bis 11° de l'ordonnance du 2 novembre 1945[1359] que ce soit désormais une carte de séjour temporaire avec droit au travail qui soit délivrée, à condition que l'étranger prouve qu'il réside « *habituellement en France* ». À défaut, il « *peut se voir délivrer une APS* »[1360]. La carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale » est le seul titre, avec celui délivré à la majorité[1361], qui est conditionné à l'exigence de la « *résidence habituelle en France* ». Cette condition, qui vise à éviter l'immigration sanitaire, est appréciée discrétionnairement par les préfectures. Initialement, la circulaire du 12 mai 1998[1362] prévoyait que la notion de « *résidence habituelle en France* » devait être « *appréciée avec souplesse* [et] *ne sera qu'exceptionnellement inférieure à un an* ». La circulaire interministérielle du 10 mars 2014 indique que cette notion doit être appréciée avec discernement, et que selon la jurisprudence, elle doit avoir « *une durée au moins égale à un an* »[1363]. Son interprétation variable remet en cause le caractère de « plein droit » de la carte de séjour pour soins, une part non négligeable remplissant cette condition se voyant délivrer une APS sans droit au travail à la place[1364].

457. À cette insécurité s'ajoute pour les parents d'enfant malade[1365] la précarité du titre remis. Selon l'article L. 311-12 du CESEDA, issu de la loi « Sarkozy » du 24 juillet 2006[1366], les deux parents de l'enfant qui remplissent les conditions de l'article L. 313-11 11°, et qui

1359Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 *relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*.

1360Article R. 313-24 du CESEDA.

1361Article L. 313-11 2° : « *A l'étranger dans l'année qui suit son dix-huitième anniversaire ou entrant dans les prévisions de l'article L. 311-3, qui justifie par tout moyen avoir résidé habituellement en France avec au moins un de ses parents légitimes, naturels ou adoptifs depuis qu'il a atteint au plus l'âge de treize ans, la filiation étant établie dans les conditions prévues à l'article L. 314-11 ; la condition prévue à l'article L. 311-7 n'est pas exigée* ».

1362Circulaire 12 mai 1998 précitée, p. 21

1363CAA Lyon, 4 octobre 2012, 12LY00527.

1364Elle était déjà problématique au début de la procédure, et continue de l'être aujourd'hui : A. Veïsse, D. Maille, « Le statut paradoxal des malades étrangers », *Plein droit*, vol. 47-48, n° 1, 2001, pp. 26-28 : « *En ce qui concerne la délivrance des titres de séjour pour raison médicale, il faut dénoncer la pratique toujours en vigueur de remise des autorisations provisoires de séjour (APS) pour soins. Où sont donc les cartes d'un an avec droit au travail prévues par la loi Chevènement ? En fait, tout est prétexte à des refus de délivrance de cartes ou à des restrictions de droits : condition de résidence habituelle non remplie, trouble à l'ordre public, accord médical pour une durée inférieure à un an, défaut de passeport. Par circulaire, les préfets sont même clairement invités à délivrer des cartes de séjour temporaires pour une durée inférieure à un an* ». Selon le rapport *Discriminations* de l'association AIDES (2017, p. 44), et les données issues de l'Observatoire du droit au séjour pour soins, une APS est délivrée à une personne remplissant la condition de résidence habituelle, soit 72 % des cas.

1365Ou l'étranger titulaire d'un jugement lui conférant l'autorité parentale.

1366LOI n° 2006-911 du 24 juillet 2006 *relative à l'immigration et à l'intégration*.

justifient résider habituellement en France, se voient délivrer une APS « *qui ne peut être d'une durée supérieure à six mois* ». Ce n'est que depuis la loi du 7 mars 2016 que l'APS est délivrée aux deux parents : auparavant, seul un des deux pouvait l'obtenir, induisant nécessairement un biais genré, les femmes étant davantage bénéficiaires que les hommes[1367]. Les associations membres de l'ODSE ainsi que le Défenseur des droits préconisaient que leur soit remis une carte de séjour temporaire fondée sur l'article L. 313-11 7° du CESEDA[1368] après la première APS au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant tel que consacré par l'article 3-1 de la Convention sur les droits de l'enfant, et le droit de mener une vie familiale normale garanti par l'article 8 de la CESDH. L'Assemblée nationale a rejeté l'amendement allant en ce sens, car selon le rapporteur du texte à l'Assemblée nationale, « *il ne semble pas souhaitable d'aller jusqu'à la délivrance d'une carte de séjour dans le cas visé, mais seulement d'une autorisation provisoire de séjour, dans la mesure où le séjour des parents n'est pas durable en soi, mais lié à l'état de santé de l'enfant* »[1369]. Les parents d'enfant malade se voient ainsi délivrer un document de séjour précaire, généralement assorti d'une autorisation de travailler[1370]. La carte de séjour pluriannuelle, créée pour sécuriser le parcours administratif des étrangers, peut également s'avérer être un document précaire pour certaines catégories de malades.

2. La délivrance différenciée de la carte de séjour pluriannuelle

458. Hormis la catégorie des parents d'enfant malade, l'évolution de la nature des titres de séjour remis aux étrangers en raison de leur état de santé ou à leurs proches contribue à améliorer leurs statuts. C'est notamment le cas de la création de la carte de séjour pluriannuelle par la loi du 7 mars 2016, « *l'une de ses principales innovations* »[1371], dont

1367Sur le lien entre genre et immigration, voir E. Bourdier, *Le genre et le droit des étrangers,* co-dir. S. Hennette Vauchez et C. Girard, Université Paris-Nanterre, en cours.

1368« *A l'étranger ne vivant pas en état de polygamie, qui n'entre pas dans les catégories précédentes ou dans celles qui ouvrent droit au regroupement familial, dont les liens personnels et familiaux en France, appréciés notamment au regard de leur intensité, de leur ancienneté et de leur stabilité, des conditions d'existence de l'intéressé, de son insertion dans la société française ainsi que de la nature de ses liens avec la famille restée dans le pays d'origine, sont tels que le refus d'autoriser son séjour porterait à son droit au respect de sa vie privée et familiale une atteinte disproportionnée au regard des motifs du refus, sans que la condition prévue à l'article L. 313-2 soit exigée. L'insertion de l'étranger dans la société française est évaluée en tenant compte notamment de sa connaissance des valeurs de la République* ».

1369Assemblée nationale, CRI, 2è séance du 21 juillet 2015, p. 7013, 2è colonne, intervention de E. Binet.

1370Les ressortissants algériens doivent théoriquement se voir délivrer une carte de séjour temporaire d'une année, l'accord franco-algérien ne prévoyant pas de cas d'APS. Mais en pratique, les préfectures leur délivrent des APS.

1371B. Delaunay, J.-F. Monteils, F. Edel, A. Fouilleron, J.-L. Pissaloux, D. Supplisson, « Chronique de l'administration », *Revue française d'administration publique*, vol. 158, n° 2, 2016, p. 630.

l'article 14 prévoit que les personnes détentrices d'un visa long séjour valant titre de séjour ou d'une CST d'une année peuvent bénéficier, lors du renouvellement de leur titre et à leur demande, d'une carte de séjour pluriannuelle d'une durée maximale de quatre années[1372]. Le renouvellement des cartes de séjour pour soins fait partie des exceptions à la durée de quatre ans[1373] : la durée de la carte de séjour pluriannuelle est « *égale à celle des soins* »[1374], dans la limite de ces quatre années. Si « *du point de vue de la défense du droit des étrangers, de tels titres placent les personnes concernées dans une situation de moins grande précarité et vulnérabilité* »[1375], cette exception à la durée de quatre années a été dénoncée comme « *discriminatoire* »[1376] par les associations membres de l'ODSE. Elles préconisaient que la durée soit de quatre années dès lors que l'avis médical préconise la poursuite des soins pour une durée égale ou supérieure à une année. Le ministère de l'Intérieur, par la voix du conseiller « immigration », Raphaël Sodini, a indiqué qu'ils ne s'attendaient pas à ce que les associations critiquent cette disposition, « *car pour les maladies graves, la durée prévisible des soins serait d'au moins quatre années* »[1377]. Mais l'argumentaire de l'ODSE s'appuyait justement sur des observations de pratiques de certaines ARS qui préconisaient la poursuite des soins pour une année, alors qu'il s'agissait de maladies chroniques graves et de personnes originaires de pays en développement. Inscrire dans la loi une durée de quatre années aurait permis de sécuriser la situation des étrangers gravement malades, en les préservant d'une différence de traitement selon le collège de médecins déterminant la durée prévisible des soins, comme cela a pu être observé s'agissant des ARS[1378]. Cette particularité du régime des étrangers gravement malades s'explique par la variété des pathologies rencontrées, toutes ne nécessitant pas des soins de quatre années. Mais cette exception rappelle également les réticences des pouvoirs publics à reconnaître un statut durable à l'étranger en raison de son état de santé, notamment fondées sur la crainte que tous les

1372Projet de loi relatif au droit des étrangers en France, NOR : INTX1412529L/Bleue-1, Étude d'impact, préc. : selon celle-ci, la durée de quatre années vise notamment à « *harmoniser la durée maximale de la carte avec l'accession à la carte de résident après cinq années de séjour (article L. 314-8 du CESEDA)* » (p. 55).

1373Article L. 313-18 du CESEDA.

1374Selon une recommandation du rapport de M.Fekl, *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France*, 14 mai 2013, Rapport au Premier ministre, p. 22. À ceci près que ce dernier préconisait la délivrance de la carte de séjour pluriannuelle « *dès la première demande* ».

1375Avis du Défenseur des droits n° 15-17, 23 juin 2015, p. 4. À ce sujet, lire notamment le M.Fekl, *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France,* préc.

1376AIDES, *Rapport de l'Observatoire malades étrangers,* juin 2015, p. 12.

1377Rencontre entre l'ODSE et le cabinet du ministère de l'Intérieur, 10 juillet 2015.

1378AIDES, *Rapport de l'Observatoire malades étrangers,* juin 2015, p. 12.

étrangers « *invoqueront la qualité de séropositif* »[1379], avec la « complicité » du pouvoir médical. Cette exception peut donc également être interprétée comme une manifestation de la prédominance de la maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé, et ce d'autant plus que des études ont démontré depuis le lien entre précarité administrative et santé[1380].

459. Dans la continuité de la logique de sécurisation du séjour des étrangers préconisée par le rapport Fekl, la loi du 7 mars 2016 a également rétabli le caractère de plein droit de la carte de résident pour les personnes titulaires d'une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale » pour raisons médicales. Les étrangers gravement malades bénéficient ainsi d'une garantie de sécurisation de leur droit au séjour, par l'intermédiaire de la généralisation de la carte de séjour pluriannuelle à plusieurs catégories, dans une logique de « *bonne administration* »[1381] (les étrangers malades représentant 4 % des renouvellements en 2011, soit 20 588[1382]), et de simplification des démarches pour les étrangers[1383].

460. Parallèlement à ces diverses dispositions présentées par les autorités publiques comme des garanties juridiques pour l'étranger malade, mais qui à certains égards peuvent s'avérer illusoires, d'autres dispositions ont été adoptées dans le but assumé de limiter l'accès au statut d'étrangers gravement malades.

§2. Des limitations à l'effectivité du statut juridique

461. Si certains pans du droit des étrangers gravement malades ont fait l'objet de réformes pour améliorer, du moins en théorie, leur statut, d'autres dispositions limitent son effectivité. Celles-ci sont constituées par les différentes mesures juridiques adoptées ou mises en place par le Gouvernement au fil des ans visant à restreindre l'accès au statut d'étranger gravement malade, ainsi que par les arguments mobilisés pour empêcher d'assortir ce statut de

1379Côte 20030517/14, préc. Voir *supra,* chapitre précédent.

1380Pour le cas du VIH, voir A. Gosselin, A. Desgrées du Loû, E. Lelièvre, et al., « Migrants subsahariens : combien de temps leur faut-il pour s'installer en France ? », *art. préc*. Pour les pathologies psychiatriques, voir J. Pannetier, « Liens transnationaux et santé mentale : de la nécessité du lien entre ici et là-bas ? Le cas des migrations africaines en Île-de-France », *art. préc*.

1381O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 68.

1382M.Fekl, *Sécuriser les parcours des ressortissants étrangers en France,* préc., p. 18.

1383*Ibid*., p. 19.

garanties supplémentaires qui permettraient de le rendre effectif. En s'additionnant, ces limites relativisent le caractère « quasi absolu » de la protection contre l'éloignement (A) et « de plein droit » du titre de séjour (B).

A. La relativisation de la protection quasi absolue contre l'éloignement

462. Le caractère quasi absolu de la protection contre l'éloignement est à relativiser par le fait que l'évaluation des conditions médicales s'effectue au regard du pays de renvoi de la personne étrangère (1). Cette relativisation est accrue dans le cas des étrangers placés en rétention opposant leur état de santé aux autorités : le cadre juridique ou l'absence de cadre les régissant est marqué par la logique de suspicion de manœuvres dilatoires (2).

1. Une évaluation médicale différenciée selon le pays de renvoi

463. Contrairement aux demandes de titres de séjour pour soins qui s'évaluent au regard du pays d'origine du demandeur, les demandes de protection contre l'éloignement s'évaluent au regard du pays de renvoi. De prime abord anodine, cette distinction n'en est pas moins lourde de conséquences pour les étrangers concernés par le règlement Dublin[1384] faisant l'objet d'un arrêté de transfert vers un autre État membre de l'Union européenne : la demande d'abrogation pour raisons médicales de la mesure d'éloignement dont ils font l'objet sera évaluée au regard de « *l'offre de soins et* (…) [des] *caractéristiques du système de santé* » de ce dernier, où il est probable que les personnes pourront accéder aux traitements nécessaires[1385], plus probable en tous cas que dans la majorité des pays dont sont originaires les demandeurs d'une telle protection[1386]. L'évaluation médicale au regard du pays de renvoi vise ainsi à faciliter l'éloignement des personnes relevant du règlement Dublin, et dans une moindre mesure, celles relevant d'autres régimes, tels que les extraditions.

1384Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 *établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride* (règlement « Dublin III », refonte de « Dublin II »).

1385Un arrêté de transfert Dublin peut également être annulé pour raisons de santé lorsqu'il expose la personne à un risque de traitement inhumain et dégradant, conformément à la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne (voir Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2).

1386Les cinq nationalités les plus représentées parmi les avis médicaux rendus par l'OFII en 2017 sont l'Algérie, la République démocratique du Congo, les Comores, le Cameroun et la Côte d'Ivoire.

464. Cependant, l'interprétation retenue par la DGEF des textes relatifs aux étrangers concernés par le réglement Dublin tend à les exclure du champ de la protection contre l'éloignement pour raisons médicales. Selon une note de la DGEF relative au projet de loi *pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, la Direction de l'asile considère que les « *étrangers ''dublinés'' sont entièrement régis par le règlement Dublin, à l'exclusion du CESEDA* ». La Direction de l'immigration considère quant à elle que « *les dispositions du 10° de l'article L. 511-4* [relatives à la protection contre l'éloignement pour raisons médicales] *ne leur sont pas applicables, le transfert ne constituant pas une mesure d'éloignement* ». Plusieurs formations de jugement ont cependant procédé à une interprétation différente des textes[1387], la Cour administrative d'appel de Nancy ayant notamment considéré que le médecin de l'ARS devait fonder son évaluation médicale au regard du pays d'origine du demandeur, et non du pays de réadmission[1388]. Le flou juridique relatif aux étrangers faisant l'objet d'un arrêté pris au titre du règlement « Dublin » permet ainsi une interprétation qui peut tant les inclure que les exclure du statut d'étranger gravement malade.

2. L'appréhension du malade en rétention par le prisme de la manœuvre dilatoire

465. La rhétorique des « *manœuvres dilatoires* » a été mobilisée à plusieurs reprises par les autorités pour s'opposer à l'effet suspensif de la saisine du médecin-évaluateur dans le cas où l'étranger est placé en rétention (a), ainsi que pour allonger la durée de cette dernière lorsque l'état de santé est opposé à l'administration, contribuant ainsi à traiter différemment l'étranger malade (b).

a) Une consultation du médecin dénuée d'effet suspensif

466. Des discours relatifs aux « *manœuvres dilatoires* » ont été mobilisés à la fois pour rejeter un amendement qui aurait pu renforcer les garanties octroyées aux étrangers malades, et pour soutenir une disposition visant à allonger le délai de rétention de l'étranger qui opposerait son état de santé. Lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 7 mars

1387Pour le droit au séjour, voir par exemple : TA Grenoble, référés, 04 août 2017, n° 1704151 ; TA Nantes, 12 mai 2014, n° 139435 ; TA Nantes, 30 novembre 2016, n° 1500423, TA Bordeaux, 21 février 2018, n° 1603359.

1388« CAA Nancy, 3 mai 2012, n° 11NC01224 : « *qu'il résulte des dispositions précitées que l'existence d'un traitement approprié doit être appréciée au regard du pays d'origine de l'étranger et non en prenant en compte les possibilités de soins dont il pourrait bénéficier dans un pays tiers dans lequel il est admis à séjourner régulièrement* ».

2016, un amendement préparé par des associations membres de l'ODSE[1389] visait à assortir la saisine du médecin de l'ARS par le médecin de l'Unité médicale du centre de rétention administrative (UMCRA) d'un effet suspensif : la mesure d'éloignement ne pourrait pas être exécutée tant que le médecin de l'ARS n'a pas rendu son avis. Lors des débats du 23 juillet, le député socialiste Denys Robilliard défendait un amendement en ce sens, « *de telles situations sont réglées aujourd'hui au cas par cas, sans droit particulier* »[1390]. La majorité socialiste a rejeté cet amendement, notamment au regard de la motivation avancée par Erwan Binet, rapporteur du texte : « *un caractère suspensif de l'OQTF ne pourrait avoir pour seul effet que la multiplication des saisines dilatoires* »[1391]. La même crainte « *d'obstacles aux expulsions* » a été avancée par Raphaël Sodini[1392]. Pourtant, le risque de manœuvre dilatoire de la part des étrangers est négligeable : comme l'a démontré Aurélie Mayeux dans sa thèse[1393], si l'initiative d'une procédure de demande de protection contre l'éloignement provient dans 93,8 % des cas d'une demande de la personne étrangère, cela ne signifie pas pour autant que le médecin de l'ARS (lors de l'étude), et à présent de l'OFII, est automatiquement saisi. En effet, les critères retenus par les médecins d'UMCRA pour décider de l'opportunité d'établir un rapport sont, dans 100 % des cas, la nature de la pathologie, et dans 31,3 % des cas s'ajoute une demande de patient à ce que cette saisine soit faite. La saisine du médecin en charge de la procédure dépend donc pour l'essentiel du médecin de l'UMCRA, attestant ainsi de la marginalité des potentielles manœuvres dilatoires.

1389Cet effet suspensif est également préconisé par la Fédération des UMCRA : P. Ohayon, *La procédure étranger malade dans les UMCRA, les difficultés rencontrées et pistes pour une amélioration,* 8ème assises de la FUMCRA. 22 novembre 2013.

13901ère séance du 23 juillet 2015.

1391La question du défaut d'effet suspensif de la mesure d'éloignement n'est pas mentionnée par Eliane Assassi et François-Noël Buffet (sénateurs) dans leur *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale sur les centres de rétention administrative*, 23 juillet 2014. Les rapporteurs soulignent simplement la difficulté pour un étranger gravement malade libéré de rétention pour raisons médicales à obtenir un titre de séjour pour soins : « *vos rapporteurs constatent que, si l'application de la procédure de l'article L. 511-4 conduit à la libération des centres de rétention des étrangers gravement malades, il n'existe pas de procédure unique facilitant l'octroi par les préfectures de la carte de séjour temporaire délivrée pour les mêmes motifs, ce qui complique singulièrement la situation des personnes concernées. Il convient donc d'instaurer une telle procédure* » (p. 64).

1392Rencontre entre l'ODSE et le cabinet du ministère de l'Intérieur, 10 juillet 2015.

1393A. Mayeux, *Protection contre l'éloignement pour raison médicale : quelles sont les difficultés spécifiques aux unités médicales des centres de rétention administrative ?*, Thèse pour obtenir le grade de docteur en médecine, Université de Nice Sophia Antipolis, 22 octobre 2015, 194 p. https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01302851/document

467. Le délai de saisine du médecin de l'ARS/de l'OFII met en évidence la nécessité d'un tel effet suspensif. Dans 56 % des cas où un médecin est saisi pour avis par un étranger placé en rétention, ce dernier est éloigné alors que l'UMCRA a envoyé un rapport médical à l'ARS. Un médecin interrogé indiquant même ce cas de figure comme « *fréquent* »[1394]. Dès lors, le défaut d'effet suspensif de la saisine du médecin chargé de l'évaluation médicale sur la mesure d'éloignement atténue le caractère « quasi absolu » de la protection contre l'éloignement : celle-ci tend à être relativisée pour les étrangers placés en rétention se prévalant pour la première fois leur état de santé, ces derniers étant suspectés de le faire de manière dilatoire et seront éloignés, alors qu'ils pourraient remplir les conditions de l'article L. 511-4° 10 du CESEDA. Un tel effet suspensif permettrait en outre aux médecins « *de l'UMCRA de récupérer les documents, de pratiquer si besoin quelques examens complémentaires et de rédiger le rapport dans de meilleures conditions dans l'intérêt de son patient* »[1395] : le médecin de l'OFII statuerait sur un dossier plus complet. L'effet suspensif de cette saisine permettrait également d'harmoniser le dispositif de protection contre l'éloignement, notamment au regard de la jurisprudence du Conseil d'État conférant à l'avis médical défavorable à l'éloignement rendu postérieurement au prononcé de l'arrêté d'expulsion le caractère de « *circonstances nouvelles* », devant amener la préfecture à réexaminer la situation de l'étranger[1396].

b) Une différence de traitement des malades par l'allongement de la durée de rétention

468. La loi du 10 septembre 2018 prévoit à l'article L. 552-7 du CESEDA un allongement de la durée de placement en rétention. Initialement, le projet de loi prévoyait sept possibilités de prolongation, faisant passer la durée maximale de rétention de 45 à 135 jours. La version définitive du texte a porté cette durée maximale à 90 jours. Malgré ces divergences, cet allongement est justifié par l'objectif de « *traiter efficacement les demandes tardives de l'étranger sans compromettre la procédure d'éloignement et de contrer les stratégies d'obstruction à l'éloignement, qui représentent une cause majeure d'échec d'éloignement des*

1394*Ibid*., p. 143.
1395*Ibid*., p. 163.
1396CE, réf. 11 juin 2015, M. X., n° 390704. Voir *supra*, Partie 1, Titre 1, Chapitre 2, Section 2 ; voir notre analyse N. Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 septembre 2015, consulté le 21 septembre 2018. URL : https://journals.openedition.org/revdh/1399

étrangers placés en rétention administrative »[1397]. L'une des principales « *stratégies d'obstruction* » expressément ciblées par l'article L. 552-7 du CESEDA vise la possibilité de prolonger la rétention de l'étranger qui, entre le 45ème et 60ème jour de rétention, demande à être protégé contre l'éloignement. Ainsi, « *avant l'expiration de la durée maximale de rétention prévue à l'article L. 552-3, le juge compétent peut, à titre exceptionnel, être à nouveau saisi lorsque, dans les quinze derniers jours, l'étranger a fait obstruction à l'exécution d'office de la mesure d'éloignement ou présenté, dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement, une demande de protection contre l'éloignement au titre du 10° de l'article L. 511-4*[1398] *ou du 5° de l'article L. 521-3*[1399] ». Selon l'étude d'impact du projet de loi, cette possibilité de prolonger la rétention de l'étranger se prévalant de son état de santé vise à « *créer un cadre juridique dissuasif des comportements dilatoires, les demandes tardives pourront être traitées dans le cadre de la rétention* »[1400].

469. Un parallèle avec les craintes des autorités quant à la reconnaissance d'un statut à l'étranger gravement malade dans les années quatre-vingt-dix peut à nouveau être effectué. Ces nouveaux mécanismes visant à allonger la durée de rétention dès lors que l'étranger fait valoir son état de santé font écho à la crainte de ne plus pouvoir expulser les étrangers, car tous « *invoqueront la qualité de séropositifs* »[1401]. Les dispositifs juridiques déployés visent ainsi à dissuader d'éventuels usages du droit par les étrangers malades pour s'opposer à l'éloignement du territoire. Ces usages, qui seront sanctionnés par une privation de liberté, peuvent également être neutralisés, car la saisine du médecin ne suspend pas l'exécution de la

1397*Étude d'impact sur le projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, 20 février 2018, NOR : INTX1801788L/Bleue-1, p. 126.

1398Article relatif à la protection quasi absolue de l'étranger gravement malade.

1399Selon lequel « *Ne peuvent faire l'objet d'une mesure d'expulsion qu'en cas de comportements de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de l'État, ou liés à des activités à caractère terroriste, ou constituant des actes de provocation explicite et délibérée à la discrimination, à la haine ou à la violence contre une personne déterminée ou un groupe de personnes : (…)*
5° 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 qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays de renvoi ».

1400Étude d'impact précitée, p. 122.

1401Côte 20030517/14, préc.

mesure d'éloignement[1402]. Dans son avis du 15 février 2018 relatif au projet de loi[1403], le Conseil d'État a pourtant considéré cette disposition contraire au droit à la protection de la santé tel qu'il est constitutionnellement et conventionnellement protégé. C'est pourquoi « *il estime nécessaire, dans la disposition prévoyant cet allongement de la durée de rétention, de* (…) *préciser pour les demandes de protection contre l'éloignement pour des raisons de santé que ce n'est que dans l'hypothèse où ces demandes sont présentées dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement qu'elles sont susceptibles de justifier le maintien en rétention* »[1404]. Cet avis du Conseil d'État, pris en considération dans le texte finalement adopté, soulève cependant la question de l'évaluation des situations où une telle demande est présentée « *dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement* ».

470. En effet, au-delà de l'impact sur la santé des personnes d'une prolongation de la durée de rétention[1405], on peut s'interroger sur l'évaluation de la demande de protection pour

1402Sur l'évaluation médicale en rétention, voir notamment : Contrôleur général des lieux privation de liberté, *La prise en charge sanitaire des personnes placées en centre de rétention administrative (CRA)*, Rapport issu de vérifications sur place aux CRA de Bordeaux, Paris-Plais de Justice et Marseille, novembre 2017, mars 2018, p. 40 : « *Dans les trois CRA étudiés, sauf exception (une personne retenue au CRA-4 de Paris a bénéficié d'un examen médical par le médecin de l'OFII en 2017), les médecins coordonnateurs de zone de l'OFII ne reçoivent pas les personnes demandeuses pour les examiner mais se prononcent à la seule vue de leur dossier médical. Ils rendent généralement leur avis dans un délai de 24 heures suivant la saisine de l'UMCRA, pour les personnes retenues aux CRA de Marseille et de Bordeaux à tout le moins. Dans ces deux centres, il semblerait que certains médecins des UMCRA appellent le responsable de zone de l'OFII avant de le saisir officiellement, afin qu'il lui confirme l'opportunité ou non de lui transmettre le dossier. Ainsi l'OFII déciderait-il en quelque sorte avant la réception du dossier médical et l'UMCRA ne transmettrait-elle que les dossiers susceptibles d'aboutir. Au CRA de Bordeaux, il semblerait que les dossiers relatifs à certaines pathologies ou aux personnes placées en procédure Dublin ne feraient ainsi jamais l'objet d'une saisine de l'OFII par l'UMCRA. Dans ses observations écrites transmises au CGLPL, le médecin responsable de l'UMCRA de Bordeaux précise que l'appel du médecin de l'OFII avant de transmettre les saisines n'est pas systématique et diffère d'un médecin àl'autre:* ''Dans les faits actuellement, la majorité des saisines sont transmises au médecin de l'OFII sans appel préalable (donc tous les dossiers sont transmis et pas seulement ceux susceptibles d'aboutir). Ceci n'empêche pas que le médecin de l'UMCRA se mette en contact avec le médecin de l'OFII pour connaître sa réponse de principe une fois le dossier envoyé et avant réception de la réponse officielle. A noter qu'actuellement le médecin de l'OFII prévient systématiquement le médecin de l'UMCRA quand la réponse à la saisine est favorable. Nous ne recevons pas systématiquement d'information quand la réponse à la saisine est défavorable'' ».

1403CE, Avis n° 396206 *sur un projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effectif*, 15 février 2018, NOR : INTX1801788L.

1404*Ibid.*

1405ODSE, *L'ODSE dénonce des atteintes supplémentaires à la santé des personnes étrangères,* Analyse du projet de loi Collomb sur l'asile et l'immigration, 27 mars 2018, p. 4 : « *le principe de l'allongement de la durée de rétention administrative proposé par le projet de loi est intrinsèquement contraire à la protection de la santé des personnes qui s'y trouvent : le simple fait de subir une situation de privation de liberté dans l'objectif de l'expulsion du territoire est source de stress et d'angoisse, qui peuvent causer des troubles psychiques et physiques sévères. Le désespoir pousse nombre de personnes enfermées à commettre des actes désespérés aux conséquences lourdes pour leur santé, comme le fait d'avaler différents objets dangereux ou purement de tenter d'attenter à sa vie. Allonger encore la durée de la rétention administrative, c'est imposer davantage de souffrances physiques et psychiques aux personnes qui subissent cet enfermement.* ».

raisons médicales déposée « *dans le seul but de faire échec à la mesure d'éloignement* ». Quelle autorité sera chargée de cette évaluation du caractère dilatoire de la demande ? Les préfectures n'ayant pas accès au dossier médical, les médecins de l'OFII ou de l'UMCRA pourraient être chargés de cette évaluation. Mais cela soulèverait des questions d'ordre déontologique et d'impartialité. Quand est-on en présence « *manœuvre dilatoire* » : lorsque l'avis médical est défavorable ? Lorsqu'une des conditions substantielles n'est pas remplie ? Le plus probable est que la caractérisation d'une telle manœuvre dilatoire serait remise à l'appréciation du juge de la liberté et de la détention (chargé de statuer sur la prolongation de la rétention), sur la base des éléments médicaux produits par l'étranger et de l'argumentaire contradictoire de la préfecture.

471. Surtout, cette disposition semble ne pas correspondre à la pratique. Comme le souligne l'ODSE, « *dans les faits, il est impossible pour une personne étrangère enfermée en rétention de faire obstacle à l'exécution de la mesure d'éloignement en invoquant des raisons de santé, puisque seul le médecin de l'unité médicale du CRA est habilité à déclencher cette procédure par une saisine de l'OFII, après avoir diagnostiqué une pathologie grave* »[1406]. Selon Ariane Mayeux[1407], les critères retenus par les médecins d'UMCRA pour décider de l'opportunité d'établir un rapport sont, dans tous les cas, la nature de la pathologie. Ce n'est que dans 31,3 % des cas que s'ajoute une demande de l'étranger à ce que cette saisine soit effectuée[1408]. L'utilité de cette disposition est donc pleinement remise en cause, confortant ainsi l'hypothèse d'un discours visant à stigmatiser les étrangers opposant leur état de santé à l'administration, et véhiculant l'idée selon laquelle les demandes de protection contre l'éloignement pour raisons médicales seraient dilatoires[1409].

472. La logique de suspicion à l'égard des étrangers invoquant leur état de santé en rétention vient ainsi doublement concerner l'étranger gravement malade : en le privant d'une

1406*Ibid*.

1407A. Mayeux, *Protection contre l'éloignement pour raison médicale : quelles sont les difficultés spécifiques aux unités médicales des centres de rétention administrative ?*, *thèse préc.*, p. 133.

1408Le recueil de ces données résulte d'un questionnaire envoyé aux médecins des centres de rétention administrative de métropole, questionnaire auquel 85 % des CRA sollicités ont répondu (seize sur dix-neuf). Pour davantage de précisions méthodologiques, voir A. Mayeux, *Protection contre l'éloignement pour raison médicale : quelles sont les difficultés spécifiques aux unités médicales des centres de rétention administrative ?, op. cit.*, p. 146.

1409À cet égard, aucune statistique n'a été produite par le Gouvernement et le Parlement permettant de mesurer le phénomène des manœuvres dilatoires pour raisons de santé.

garantie contre l'éloignement et en portant atteinte à son droit à la santé. Cette logique à leur encontre illustre en tout cas que si « *le concept de ''risque migratoire'' ne figure pas (pas encore ?) dans des textes à valeur normative indiscutable* », il est « *plus qu'une simple catégorie du vocabulaire politique, puisqu'il a fait son entrée officielle dans le lexique bureaucratique et qu'il produit des conséquences juridiques incontestables* »[1410].

473. En plus de ces mesures qui remettent en cause le caractère « quasi absolu » de la protection contre l'éloignement, d'autres dispositions viennent relativiser le « plein droit » du titre de séjour pour soins.

B. La précarisation du caractère de « plein droit » du séjour

474. Le caractère de « plein droit » du titre de séjour pour soins est affaibli, d'une part du fait des restrictions instaurées pour déposer une demande (1), et, d'autre part, du fait des conditions fixées pour l'obtenir (2).

1. Un affaiblissement du fait des restrictions au dépôt de la demande de titre de séjour

475. L'article L. 311-6 du CESEDA, dans sa version issue de la loi du 10 septembre 2018, prévoit que « *lorsqu'un étranger a présenté une demande d'asile qui relève de la compétence de la France, l'autorité administrative, après l'avoir informé des motifs pour lesquels une autorisation de séjour peut être délivrée et des conséquences de l'absence de demande sur d'autres fondements à ce stade, l'invite à indiquer s'il estime pouvoir prétendre à une admission au séjour à un autre titre et, dans l'affirmative, l'invite à déposer sa demande dans un délai de deux mois. Il est informé que, sous réserve de circonstances nouvelles, et sans préjudice de l'article L. 511-4, il ne pourra, à l'expiration de ce délai, solliciter son admission au séjour* ». Selon l'étude d'impact du projet de loi, ces dispositions visent à « *limiter autant que possible les situations de demandes successives postérieurement à la décision de rejet de la demande d'asile en permettant parallèlement le traitement de la demande d'asile par les instances compétentes et l'instruction de la demande de titre de séjour par la préfecture* »[1411]. L'objectif clairement affiché est de « *renforcer l'efficacité de la lutte contre l'immigration*

1410D. Lochak, « Les catégories juridiques dans les processus de radicalisation », art préc., p. 144.
1411Étude d'impact précitée, p. 78.

irrégulière »[1412], en contribuant « *à améliorer la lutte contre les demandes dilatoires* »[1413] selon les termes du ministre de l'Intérieur Gérard Collomb.

476. Comme l'ont notamment relevé l'ODSE, le Défenseur des droits ou la CNCDH, cette disposition porte atteinte de « *manière significative au droit au séjour des étrangers malades* »[1414], puisque selon le rapport de l'IGA-IGAS sur *l'Admission au séjour des étrangers malades* de 2013, la proportion de personnes détentrices d'un titre de séjour pour soins qui ont été déboutées de leur demande d'asile varie de 50 à 90 % en fonction des préfectures visitées, et était de 39 % à l'échelle nationale en 2010. Limiter la possibilité de déposer une demande de titre de séjour aux seules « *circonstances nouvelles* » une fois la demande d'asile rejetée revient ainsi à réduire le nombre de demandeurs de titres de séjour pour soins[1415]. D'autant plus que les personnes étrangères n'ont généralement pas connaissance d'être porteuses d'une pathologie au moment du dépôt de leur demande d'asile. Comme le relève l'ODSE, cette disposition « *témoigne d'un profond mépris des enjeux de santé publique et d'une grave méconnaissance des motifs médicaux fondant la demande de droit au séjour de la part des demandeurs d'asile déboutés* », car « *la grande majorité des maladies concernées ont été découvertes à l'occasion d'un recours aux soins et/ou d'un bilan de santé réalisé après l'arrivée*

1412*Ibid*.

1413Sénat, CRI, séance du 22 juin 2018, p. 6625, 2è colonne, intervention de G. Collomb.

1414 Défenseur des droits, *Avis n° 18-09,* 15 mars 2018, p. 14. Sur la double demande, voir également Y Hammadi, C. Legeay, A. Lamailloux, *La « double-demande » asile et séjour. Ce que change la loi du 10 septembre 2018*, dir. M. Roccati, Euclid (Université Paris-Nanterre), La Cimade, 2018-2019, 53 p ; L. Carayon, « Demandeurs d'asile malades : double demande, double exclusion », *RDSS,* 2020, p. 728.

1415J.-P. de Saint-Martin, A. Hautier, L. Vachey (Inspection général des finances), C. d'Autume (IGAS), A. Teyssier, J.-P. Battesti et F. Valat (IGA), *L'hébergement et la prise en charge financière des demandeurs d'asile*, avril 2013, Annexe III, p. 27 : ce rapport conjoint recommande de « *modifier le CESEDA fin que la décision définitive de rejet prononcée par l'OFPRA ou la CNDA vaille obligation de quitter le territoire français* ». Sa proposition est notamment motivée par la proportion importante de déboutés de l'asile qui se réorientent vers le droit au séjour pour soins : « *l'engagement par les demandeurs d'asile d'autres procédures de demande d'accès au séjour pose un problème particulier. Les constats réalisés par les préfectures montrent que les personnes déboutées du droit d'asile sollicitent très fréquemment, une fois leur demande rejetée, un accès au séjour dans le cadre d'une autre procédure. Aucun suivi statistique spécifique des anciens demandeurs d'asile n'étant, comme déjà indiqué, réalisé à l'heure actuelle au niveau national, il n'est pas possible de déterminer avec la précision qui serait souhaitable l'importance numérique de telles situations. En tout état de cause, il appert que les demandes sont souvent déposées au titre de la procédure ''étrangers malades'' (article L. 313-11, 11° du CESEDA), nombre d'anciens demandeurs d'asile faisant valoir la nécessité de bénéficier en France, eu égard aux traumatismes qu'ils ont subis, d'une prise en charge psychologique et psychiatrique. (…) De façon plus nouvelle, certains ressortissants étrangers déposent aujourd'hui, dans certaines régions en tous les cas, des demandes d'asile au titre de la procédure ''étrangers malades'' alors que leur demande d'asile est toujours en cours d'instruction, et obtiennent conséquemment une carte de séjour temporaire d'un an. Cette circonstance constitue l'explication principale de l'augmentation du nombre de demandeurs ''régularisés'' logés en CADA et dans les lieux d'hébergement d'urgence réservés aux demandeurs d'asile dans les régions considérées (306 personnes sur 4408 demandeurs d'asile hébergés au titre du programme 303 par exemple en région Rhône-Alpes au 31 décembre 2012, soit un taux de près de 7 %)* »..

en France et le dépôt de la demande d'asile (77 % dans l'observation du Comede, rapport 2017) en moyenne 18 mois après l'arrivée (de 8 mois pour l'infection par le VIH, en raison de dispositifs de dépistage plus accessibles, et jusqu'à 49 mois pour le diabète) »[1416]. Cette nouvelle disposition confirme une nouvelle fois que la conciliation opérée par le législateur entre les différents objectifs en présence favorise celui de maîtrise des flux migratoires, au détriment de la protection de la santé (individuelle et publique). Plus concrètement, elle contribue à la réduction du champ des étrangers malades protégeables, en donnant la possibilité à l'administration d'exclure du dispositif les étrangers dont la maladie se « déclare » trop tardivement.

477. En effet, comme pour la prolongation de la durée du placement en rétention lorsque des raisons de santé sont invoquées, la question de l'application concrète d'une telle disposition se pose : quelle interprétation donner à la notion de « circonstances nouvelles », et surtout, qui sera chargé de l'évaluer lorsqu'il s'agit de circonstances médicales ? Est-ce qu'un changement de traitement est considéré comme une « circonstance nouvelle », alors que la pathologie a été découverte antérieurement à la demande d'asile ? Pour les pathologies psychiatriques, qui sont les premières pathologies pour lesquelles sont demandés des titres de séjour pour soins[1417], est-il réellement possible d'identifier la date à laquelle la maladie est découverte ? Surtout, ces dispositions risquent de placer les médecins des demandeurs dans une situation délicate, car si ceux-ci indiquent que la pathologie a été dépistée antérieurement à la demande d'asile, et que leur patient a été débouté, cela équivaut à empêcher toute demande de titres de séjour pour soins. Ces dispositions créent ainsi, comme cela fut le cas entre les lois de 1996 et 1998, des « ni-ni » : ni expulsables, car protégés au titre de l'article L. 511-4 10° du CESEDA ; ni régularisables, car empêchés de déposer une demande de titre de séjour pour soins en raison de l'article L. 311-6 du même code. À cet égard, ces dispositions de la loi du 10 septembre 2018 constituent un réel recul. Elles contribuent à la « *policiarisation des médecins* »[1418], ces derniers étant les seuls à

1416ODSE, *L'ODSE dénonce des atteintes supplémentaires à la santé des personnes étrangères,* préc., p. 1.

141722,6 % en 2014 (DGS, DGEF, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé [article L. 313-11-11° du CESEDA] – bilan de l'année 2014*, préc.). Voir M. Lagane, *Les obstacles à l'accès au séjour pour soins des personnes étrangères malades souffrant de troubles psychiques,* Mémoire de Master 2, Université Paris-Nanterre, 2020, 100 p.

1418Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

connaître le détail de l'état de santé de la personne, et donc à indiquer aux préfectures si l'état de santé constitue une « *circonstance nouvelle* » ou non.

478. Ces nouvelles dispositions illustrent ainsi, une nouvelle fois, la logique d'assimilation de la demande de titre de séjour pour soins à une « *manœuvre dilatoire* », comme c'est également le cas pour le rejet de l'effet suspensif ou de l'allongement de la durée de rétention. Cela relativise le caractère de plein droit de la carte de séjour temporaire pour raisons médicales en créant deux catégories d'étrangers gravement malades : ceux qui déposent leur demande indépendamment ou concomitamment à une demande d'asile, et ceux qui la déposent postérieurement. L'accès à un titre de séjour pour soins est ainsi différencié en fonction de la « *carrière de papier* »[1419] de l'étranger. Outre ce frein au dépôt de la demande, l'effectivité du statut juridique de l'étranger malade est également affaiblie par les freins instaurés pour la remise du titre de séjour.

2. Un affaiblissement en raison de freins pour la remise du titre de séjour

479. Les freins sont constitués, d'une part, par la remise tardive du récépissé, synonyme de précarité pour les étrangers malades (a), et d'autre part, par le paiement des taxes pour le retrait du titre (b).

a) La remise tardive d'un récépissé à l'étranger demandeur

480. Selon la nouvelle procédure de remise de récépissé prévue par les circulaires du 2 novembre 2016[1420] et du 29 janvier 2017[1421] qui reprennent la logique antérieure[1422], les préfectures ne doivent pas délivrer de récépissés aux personnes malades au moment de l'enregistrement de leur demande, mais lors de la réception du rapport médical par le collège

1419A. Spire, *Étrangers à la carte., ouvr. préc.*, p. 291.

1420 Circulaire du 2 novembre 2016 *portant sur l'application de la loi relative au droit des étrangers en France*, NOR : INTV1631686J.

1421Information du 29 janvier 2017 *relative à l'application de la loi n° 2016-274 relative au droit des étrangers en France (dispositions relatives à la procédure de délivrance des documents de séjour et à la protection contre l'éloignement pour raison de santé)*, NOR : INTV1638902J.

1422Elle reprend la même logique que la circulaire du 5 janvier 2012 *relative aux conditions de délivrance et de durée de validité des récépissés et des titres de séjour*, NOR : IOCL1200311C, p. 3 : « *dans le cadre de la procédure de l'article L. 313-11-11° du CESEDA ("étrangers malades"), il n'y a pas lieu de considérer le dossier complet tant que vous n'avez pas reçu la preuve que le médecin de l'Agence régionale de santé compétent ou, à Paris, le médecin en chef du service médical de la préfecture de police, a été saisi du dossier médical.* »

de médecins de l'OFII[1423]. Le dossier peut en effet ne pas être complet en raison du manque d'éléments médicaux produits par l'étranger ou contenus dans le certificat médical envoyé à l'OFII. Une demande d'informations complémentaires peut alors être faite par le collège, avec l'accord du demandeur, « *aux professionnels de santé qui en disposent les informations nécessaires* »[1424] ou en convoquant le demandeur pour que des examens supplémentaires soient effectués[1425]. Ces dispositions illustrent également la volonté de lutter contre les manœuvres dilatoires : seules les demandes complètes peuvent ouvrir droit à la remise d'un récépissé. La logique de suspicion à l'égard des demandes de titres de séjour pour soins est ainsi également mobilisée dans le traitement des demandes.

481. La tardiveté de la remise du récépissé place les étrangers sollicitant une carte de séjour pour soins dans une situation précaire[1426], dans la mesure où les délais d'instruction par l'OFII peuvent être longs. Selon la direction du service médical de l'OFII, en 2017, « *le délai moyen de traitement d'un dossier au niveau national est autour de 7 à 8 mois* »[1427]. Selon les statistiques de l'OFII, la durée totale moyenne de traitement du dépôt préfecture à la clôture du dossier est de 153 jours en 2017, soit environ cinq mois. En 2018, cette moyenne est de plus de quatre mois[1428]. Or, selon l'article R. 311-12 du CESEDA, le délai d'instruction des demandes de titre de séjour est de quatre mois[1429]. Ce dépassement des délais légaux est particulièrement délicat pour les personnes en instance de renouvellement, car un certain nombre d'entre elles se sont retrouvées sans preuve de la régularité de leur séjour entre leur demande de renouvellement et la transmission du rapport médical à l'OFII. Un décret du 4 mai 2018[1430] a partiellement remédié à cette situation, en prévoyant que le récépissé de demande de renouvellement de titre de séjour est désormais délivré dès que le service médical de l'OFII reçoit le certificat

1423Circulaire du 2 novembre 2016, préc. : « *dès qu'elle est informée par le service médical de l'OFII de la transmission du rapport médical au collège de l'OFII, la préfecture remet au demandeur le récépissé mentionné à l'article R.311-4 puisqu'il vient établir la diligence du demandeur pour faire compléter sa demande* ». Selon les termes du ministère de l'Intérieur, l'élaboration du rapport médical par l'OFII atteste « *du sérieux de la demande traduit par la complétude du dossier* ».

1424Article L. 313-11 11° du CESEDA.

1425Article R. 313-23 du CESEDA.

1426Voir en ce sens AIDES, *Rapport Discriminations,* 2017, p. 43. AIDES parle de « précarité institutionnalisée ».

1427Rendez-vous avec l'ODSE, 16 novembre 2017.

1428OFII, *Rapport au Parlement pour l'année 2018,* préc., p. 30 : « *Les délais entre la réception du certificat médical conforme et la clôture du dossier (transmission de l'avis final au préfet) sont d'environ 130 jours* ».

1429La décision implicite mentionnée à l'article R. 311-12 naît au terme d'un délai de quatre mois.

1430Décret n° 2018-335 du 4 mai 2018 *portant modification de dispositions relatives au droit au séjour des étrangers et du décret n° 2015-1423 du 5 novembre 2015 modifié relatif aux exceptions à l'application du droit des usagers de saisir l'administration par voie électronique*.

médical du demandeur. À la précarité due à la remise tardive de récépissé s'ajoute une exigence financière : le paiement de taxes préfectorales[1431]

b) Le frein financier lors de la remise du titre : le paiement des taxes

482. Les taxes préfectorales peuvent représenter une somme considérable pour les personnes éligibles au statut d'étranger gravement malade, un coût qui change grandement en fonction de la situation de l'étranger. La taxe « OFII », codifiée à l'article L. 311-13 A du CESEDA, ne concerne pas l'étranger gravement malade à qui est délivré pour la première fois une CST ou une APS. Elle s'applique en revanche aux renouvellements de titres de séjour pour soins et à la délivrance de carte de séjour pluriannuelle, et correspond à un montant de 250 euros, conformément à l'article D. 311-18-1 du même code[1432]. L'un des décrets d'application de la loi du 7 mars 2016[1433] a substantiellement augmenté cette taxe, qui était auparavant de 87 euros. À cette « taxe-OFII » s'ajoutent le visa de régularisation et le droit de timbre. Le premier, prévu par l'article L. 311-13 D du CESEDA[1434], s'élève à 340 euros[1435] pour les personnes entrées irrégulièrement en France ou en situation irrégulière au moment de leur première demande, dont 50 euros non remboursables perçus lors du dépôt. Quant au second, prévu par l'article L. 311-16[1436], il s'élève à 19 euros. Ainsi, l'attribution d'un titre de séjour pour soins s'élève au minimum à 19 euros dans le cas d'une primodemande déposée par une personne entrée régulièrement en France et se trouvant en situation régulière au moment du dépôt ou, si ce n'est pas le cas, à un maximum 359 euros. Le renouvellement ou

1431S. Slama, « Le séjour payant », *Plein droit*, vol. 67, n° 4, 2005, pp. 11-14 : « *destinée, dès son instauration, à ''protéger le travail national'', la taxation du séjour et du travail des étrangers en France s'est maintenue, après la création de l'Office national d'immigration, pour procurer des ressources à cet organisme chargé de l'introduction des travailleurs étrangers* ».

1432Cet article prévoit que « *les ressortissants étrangers qui bénéficient de la délivrance d'un premier titre de séjour, de son renouvellement ou de la délivrance d'un duplicata versent les taxes mentionnées aux articles L. 311-13 et L. 311-14 selon les modalités suivantes : (...) d) 250 euros pour les autres cartes de séjour temporaires valables un an ainsi que pour les autres cartes de séjour pluriannuelles* ».

1433Décret n° 2016-1462 du 28 octobre 2016 *relatif aux taxes prévues aux articles L. 311-13 et L. 311-14 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*.

1434Selon lequel : « *D. - 1. Sans préjudice des dispositions de l'article L. 313-2, préalablement à la délivrance d'un premier titre de séjour, l'étranger qui est entré en France sans être muni des documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur ou qui, âgé de plus de dix-huit ans, n'a pas, après l'expiration depuis son entrée en France d'un délai de trois mois ou d'un délai supérieur fixé par décret en Conseil d'État, été muni d'une carte de séjour, acquitte un droit de visa de régularisation d'un montant égal à 340 €, dont 50 €, non remboursables, sont perçus lors de la demande de titre (...)* ».

1435S'élevant à 198 euros jusqu'en 2011 (dénommée « taxes de chancellerie »), elle a été augmentée depuis.

1436Selon cet article, « *sans préjudice des taxes prévues aux articles L. 311-13 et L. 311-14, la délivrance, le renouvellement, le duplicata ou le changement d'une carte de séjour ou d'un titre équivalent prévu par les traités ou accords internationaux sont soumis à un droit de timbre d'un montant de 19 €* ».

l'obtention d'une carte de séjour pluriannuelle sont quant à eux systématiquement de 269 euros.

483. L'augmentation de la « taxe-OFII » pour les renouvellements est justifiée par la création de la carte de séjour pluriannuelle : au lieu de payer 87 euros chaque année, les étrangers paient 250 euros pour quatre années. Toutefois, s'agissant des étrangers gravement malades, la durée de la carte équivaut à « *la durée prévisible des soins* ». En outre, certains avis médicaux rendus pour des pathologies graves et chroniques, dont l'accès au traitement dans les pays en développement n'est pas garanti, ne le sont que pour une ou deux années. Les personnes doivent à nouveau s'acquitter du montant de 250 euros. De telles difficultés ont déjà été soulevées en 2005, notamment le fait que « *les préfectures vont jusqu'à soumettre au paiement de cette taxe les étrangers malades auxquels ne sont attribuées que des autorisations provisoires de séjour (APS) et qui sont donc contraints de payer 198 € pour une APS de trois mois n'accordant pas le droit au travail* »[1437]. L'Observatoire du droit au séjour pour soins de l'association AIDES et le dispositif d'aides financières mis en place pour aider les demandeurs à payer ces frais[1438], révèle dans son rapport de juin 2015 que « *parmi les personnes redevables de taxes participant à l'Observatoire, 82 % indiquent ne pas être en capacité de financer ces taxes par elles-mêmes (soit 274/336)* », et que « *70 % (324/336) d'entre elles ont sollicité une aide auprès d'associations ou de centre communal d'action sociale (CCAS)* »[1439]. Ainsi, l'étranger gravement malade, précarisé par la remise tardive de récépissé – qui au demeurant, n'est pas assorti du droit au travail pour les premières demandes – doit passer cette ultime exigence financière pour obtenir un titre de séjour. Pour les étrangers démunis de ressources, cette exigence n'est pas sans poser de difficultés.

1437A. Spire. « Faire payer les étrangers. L'avenir d'une vieille idée », *Plein droit*, vol. 67, n° 4, 2005, pp. 3-5.

1438Selon le *Rapport de l'Observatoire malades étrangers,* AIDES, juin 2015, p. 60 : « *entre juillet 2012 et mars 2015, AIDES a ainsi attribué, directement ou en partenariat avec Solidarité Sida, plus de 45 000 euros d'aides financières pour le paiement des taxes exigées des titulaires de titre de séjour pour soins. Ces aides ont bénéficié à 217 personnes. Les trois quarts des aides sont apportés aux premières demandes de titres (78 %, 182/234) ; 31 % (57/182) des aides attribuées concernent la délivrance d'APS et 69 % (125/182) de CST* ».

1439AIDES, *Rapport de l'Observatoire malades étrangers,* préc., p. 60.

484. Conclusion du Chapitre 2. La période étudiée dans le présent chapitre, qui s'étale du vote d'un statut légal à l'étranger malade en 1997-1998 aux deux premières années d'application de la réforme de 2016 transférant l'évaluation médicale à l'OFII, confirme que le *discours* du ministère de l'Intérieur n'a pas changé par rapport au début des années quatre-vingt-dix. Les pratiques et tentatives de reprises en main (par le ministère de l'Intérieur) du processus de *catégorisation* de l'étranger en raison de son état de santé confirment que ses réticences ne se sont pas estompées : la maladie de l'étranger restant perçue comme une menace pour la maîtrise effective des flux migratoires, il faut contrôler ses *mécanismes* d'appréhension.

485. C'est dans ce but que le ministère de l'Intérieur – soutenu parfois par la majorité parlementaire – va adopter, à partir de 2003, une attitude proactive pour maîtriser *restrictivement* la délivrance de titres de séjour pour soins, et ce, par deux mécanismes principaux. Le premier mécanisme a consisté en la neutralisation du pouvoir médical, matérialisée par les tentatives *d'influer*, de *contrôler* ou de *contourner* les médecins chargés d'émettre un avis sur les demandes de titres de séjour pour soins. Cependant, il a été possible d'observer que ces tentatives ont successivement échoué, notamment en raison de la mobilisation associative et médicale, mais aussi et surtout en raison de l'indépendance structurelle de ces médecins.

486. Le second mécanisme développé pour *policiariser* l'approche de la maladie de l'étranger a trait à l'élévation du niveau de défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine exigé pour qu'un étranger soit éligible à un statut. La loi du 16 juin 2011 incarne, à cet égard, le consensus régnant au sein du Gouvernement et de la majorité parlementaire pour restreindre considérablement le champ des étrangers malades protégeables, en prévoyant que la seule existence du traitement dans le pays d'origine suffit à refuser l'octroi d'un statut. Mais ce mécanisme s'est finalement avéré peu efficient, comme en atteste la stabilité du taux d'avis médicaux favorables au séjour (autour de 75 %), résultant notamment du fait que de nombreux médecins ont continué de prendre en considération l'ancienne acception du critère de l'accessibilité du traitement.

487. La période s'étalant de 1997 à 2016 correspond ainsi à celles de plusieurs tentatives, de différents *mécanismes* déployés par le ministère de l'Intérieur et le Parlement pour essayer de *contrôler* restrictivement le processus de *catégorisation* de l'étranger malade. Mais, face au constat du faible impact de la révision des conditions médicales, le *discours normalisateur* va s'axer sur la nécessité de réformer *structurellement* les acteurs chargés de les évaluer. Il s'agit en définitive d'instaurer une procédure d'évaluation médicale compatible avec l'objectif de *policiarisation* de la *catégorisation* de l'étranger malade.

488. L'évolution des conditions juridiques et médicales d'octroi d'un titre de séjour à l'étranger gravement malade démontre la tension suscitée par la poursuite des objectifs antagonistes que sont la maîtrise des flux migratoires et la protection de la santé, le premier prenant progressivement le pas sur le second. Le statut juridique de l'étranger malade fait ainsi régulièrement l'objet de réformes, pour intégrer la logique de *policiarisation* au sein de ses « *mécanismes régulateurs* »[1440]. Les tentatives d'en restreindre l'accès en modifiant les conditions médicales d'octroi ne répondant pas aux attentes des pouvoirs publics, ces derniers se sont orientés vers une réforme majeure du dispositif en modifiant son essence : l'attribution de la mission d'évaluation médicale à l'OFII témoigne ainsi du contrôle de la procédure par le ministère chargé de la police des étrangers, le rôle des administrations de la santé étant désormais réduit à celui de simples « *orientations* ». Quant à l'évolution des conditions non médicales de ce statut, elle témoigne également d'une volonté politique d'en restreindre l'accès. Même les dispositions qui apparaissent au premier abord en faveur de l'étranger ne sont, en réalité, qu'apparentes : la garantie octroyée au statut de l'étranger permet en même temps sa remise en cause, légitimant *a contrario* des pratiques contraires à l'esprit de la procédure, telles que les contre-enquêtes médicales, ou la mise en place d'un régime différencié pour les malades, tel que celui de la carte de séjour pluriannuelle.

489. Au regard de son évolution, le statut de l'étranger malade est dénué « *d'effet-cliquet* »[1441] : ce constat est évident au regard des réformes qui ont été votées et qui visent à en restreindre l'accès soit explicitement (la loi « Besson » du 16 juin 2011), soit implicitement (la loi « Cazeneuve » du 7 mars 2016). Mais aussi et surtout, car lorsque les lois et règlements viennent contre-balancer les visées restrictives des réformes précédentes,

1440M. Foucault, *Il faut défendre la société*, *ouvr. préc.*, p. 219.
1441Entretien avec membre de l'IGA, préc., 14 décembre 2016.

elles ne le font que très partiellement. Le constat dressé par Danièle Lochak en 1995 est ainsi toujours d'actualité en 2020 : « *le retour du balancier ne va jamais jusqu'au bout et laisse à chaque fois subsister une partie des dispositions adoptées par la majorité précédente* »[1442].

490. Conclusion du Titre 2. L'évolution du statut juridique de l'étranger gravement malade, depuis les premières réflexions de l'administration jusqu'à la loi du 10 septembre 2018, peut être scindée en trois périodes illustrant la contrariété qui le caractérise : une première qui peut être qualifiée « d'invisibilisation », allant du début des années quatre-vingt aux lois de 1997 et 1998, avant lesquelles l'appréhension de l'étranger par les autorités publiques ne fait l'objet que d'une réglementation *a minima*, par l'intermédiaire de notes internes des ministères de l'Intérieur et de la Santé, sans réelle harmonisation à l'échelle nationale. Elle est toutefois marquée par un certain équilibre entre les objectifs incombant à chaque administration, les médecins des DDASS étant impliqués dans l'évaluation médicale. Le Gouvernement et une part importante des parlementaires s'accommodent de cette gestion de l'étranger gravement malade dans l'invisibilisation de ce statut : l'équilibre repose sur l'absence de catégorisation officielle de l'étranger en raison de son état de santé.

491. La seconde période, qui peut être qualifiée de « stabilité perturbée » est celle s'étalant des lois de 1997/1998 à la loi du 7 mars 2016. Au cours de celle-ci, le statut est tiraillé entre sa consécration théorique dans le CESEDA et les dénonciations et réformes dont il fait l'objet par les tenants d'une approche restrictive. Ces dernières ne semblent modifier que marginalement la reconnaissance de ce statut, la répartition des compétences entre le ministère de la Santé et le ministère de l'Intérieur étant encore relativement respectée, malgré le développement de pratiques la malmenant et un discours politique la remettant en cause.

492. La troisième période démarre à compter de la loi du 7 mars 2016, et correspond à l'avènement d'une évaluation médicale *policiarisée* changeant le paradigme sur lequel reposait jusqu'à présent la procédure : le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII marque la mainmise prédominante du ministère de l'Intérieur sur la reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé, qui ressort considérablement des premières

1442D. Lochak, « Quand le droit court après le politique », *Plein Droit*, n°29-30, novembre 1995, p. 52-56.

statistiques. L'évolution du statut de l'étranger gravement malade est finalement symptomatique du traitement juridique de la condition d'étranger *en général*. Mais une différence notable avec les autres catégories d'étrangers réside dans la difficulté pour les pouvoirs publics à le maîtriser, en raison de la dimension médicale qu'il implique. En effet, contrairement à d'autres catégories d'étrangers que les pouvoirs publics peuvent « facilement » contrôler en prévoyant simplement des conditions plus restrictives pour obtenir un statut – telles que les parents d'enfant français ou les conjoints de français – il ne suffit pas au ministère de l'Intérieur de restreindre les conditions médicales : il faut, en plus, contrôler les médecins qui les interprètent, et donc *normaliser* leur appréhension de la maladie de l'étranger.

493. Après presque vingt années de tâtonnements, les responsables politiques ont trouvé le modèle « médical » qui leur permet de tendre vers une *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade : parce que les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* du Conseil d'État ne correspondait pas au prisme *normalisateur* de ce statut, la loi « Besson » de 2011 a été adoptée. Parce que l'évaluation médicale effectuée par les médecins des ARS ne correspondaient pas non plus à ce prisme, elle a été transférée à l'OFII. Cette normalisation se matérialise par une élévation du seuil de vie biologiquement dégradée de l'étranger éligible à un statut administratif, grâce au contrôle des acteurs principaux du *biopouvoir*. À ce modèle s'ajoute le manque de garanties juridiques dont ce statut fait l'objet, avec une fragilité résultant de ses multiples réformes, et de ses carences. Finalement, tout comme d'autres statuts, l'étranger gravement malade est victime de « *la course entre le droit et le politique [qui] se traduit par une distorsion de plus en plus grande entre l'action sociale en faveur de l'intégration et la police des étrangers* »[1443].

494. Conclusion de la Partie 1. Né dans les années 1990, le statut juridique de l'étranger gravement malade a été édifié de manière ambiguë. Confrontés aux premiers cas portés devant eux, les organes ont systématiquement refusé de consacrer un droit à la protection de

1443V. Viet, *La France immigrée, ouvr. préc.*, p. 453 : « *Ces deux dernières orientations se révèlent difficilement conciliables au niveau gouvernemental, car elles obligent notamment le ministre chargé de l'intégration à ''rattraper'' l'action de son collègue de l'Intérieur, suspect d'hégémonisme (l'accusation d'hégémonisme est aussi le fait de la Direction de la population et des migrations, qui dans ses rapports remis au ministre chargé de l'intégration des immigrés, n'a cessé, depuis 1993, de mettre celui-ci en garde contre la prétention des services du ministère de l'Intérieur à vouloir tout contrôler)* ».

la santé de l'étranger faisant l'objet d'une mesure d'expulsion. La Cour européenne des droits de l'Homme a pendant près de vingt ans retenu une protection par médiation restrictive. À l'inverse, durant ce même laps de temps, la France a développé un cadre juridique consacrant un droit au séjour et une protection contre l'éloignement à l'étranger en raison de son état de santé, à rebours des positions internationales et européennes. La même année que l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, le Parlement protège par la loi l'étranger malade contre une mesure d'éloignement. Quelques années après l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, qui entraînera le décès de la requérante des suites de son renvoi, le Conseil d'État juge que l'accès effectif aux soins dans le pays d'origine doit être examiné par l'administration. Ce n'est qu'en 2017 que la Cour EDH assouplit sa jurisprudence pour s'aligner, de manière implicite, sur le droit français[1444]. Mais concomitamment à cet assouplissement de la Cour EDH, rejointe par la CJUE, le droit interne se durcit pour restreindre la reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé.

495. De ces rebondissements juridiques découle l'ambiguïté de la catégorisation de l'étranger gravement malade, qui témoigne d'une consécration difficile, car sans cesse contrariée, que ce soit par le droit européen ou national. Les récentes dispositions de la loi du 10 septembre 2018 confirment cette tendance normative à la remise en cause des garanties octroyées à l'étranger malade, qui illustre une « *volonté de réduire à néant la justiciabilité du droit à la santé en brandissant, comme toujours, le spectre d'une charge exorbitante pour les finances publiques* »[1445]. L'analyse de la construction juridique de ce statut révèle ainsi de multiples réticences des pouvoirs publics et des juridictions à protéger l'étranger en raison de son état de santé. Force est néanmoins d'admettre qu'un tel statut est reconnu, fût-ce *a minima.* Cette reconnaissance est cependant contre-balancée par la poursuite de l'objectif de maîtrise des flux migratoires, qui tend à *normaliser* l'appréhension du *corps* de l'étranger. La seule étude du droit positif « *général* »[1446] ne suffit cependant pas à appréhender cette tendance : la compréhension de ce phénomène nécessite également l'analyse de l'évolution du rôle des acteurs chargés d'appliquer ces normes. En *concrétisant* la *policiarisation* du processus de *catégorisation* de l'étranger malade, ces derniers neutralisent l'accès à ce statut.

1444M. Afroukh, « L'amélioration du sort des étrangers malades : ou quand le dialogue des juges prend une forme inversée », *RDSS*, 2018, p. 463.
1445*Ibid*.
1446Au sens du droit international, européen, constitutionnel, de la loi et de la jurisprudence du Conseil d'État.

Partie 2 : La mise en œuvre neutralisante du statut juridique protecteur

496. La particularité du cadre juridique relatif à l'étranger malade est qu'il ne vise pas à l'exclure de tout statut. En effet, exclure supposerait de *méconnaître* la santé comme motif de reconnaissance. Or, la législation ne *méconnaît* pas la prise en compte de l'état de santé de l'étranger. Il s'agit au contraire de réguler ce statut grâce à la formation d'un cadre juridique qui permet de le *normaliser*. L'étude de la catégorisation juridique de l'étranger malade par ses normes ayant permis de démontrer une tendance à *policiariser* l'appréhension du *corps* de l'étranger, il convient à présent de s'intéresser à l'application qui est faite de ce cadre juridique par les *acteurs* impliqués dans le processus de *biolégitimation* de l'étranger. Autrement dit, pour reprendre ici la métaphore du *scanneur*[1447], après avoir vu comment ce dernier a été conçu, et par qui, il s'agit de s'intéresser à la manière dont il est actionné : qui le fait démarrer ; comment et par qui les résultats sont-ils lus ? Les *acteurs* de la catégorisation juridique de l'étranger malade peuvent être classés en deux catégories : celle des acteurs chargés *d'appliquer* le cadre juridique défini (les médecins, les préfets) ; et celle des acteurs chargés de *contrôler* cette application (les juges administratifs).

497. La phase médicale de la procédure implique l'intervention de médecins à deux niveaux. Au premier niveau, le médecin qui « *suit habituellement l'étranger* » selon l'article L. 313-11 11° du CESEDA, constitue un dossier médical pour que ce dernier puisse demander un statut en raison de son état de santé. Au second niveau, un médecin est amené à rendre un avis au regard de ce dossier médical, pour déterminer si cet état de santé correspond aux conditions légales[1448]. En ce que sa mission première n'est pas de *maîtriser les flux*

1447Voir *supra,* Introduction.

1448L'avis médical consiste à cocher des cases correspondant aux conditions médicales prévues par le CESEDA. Selon l'article 6 de l'Arrêté du 27 décembre 2016 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* : « *Au vu du rapport médical mentionné à l'article 3, un collège de médecins désigné pour chaque dossier dans les conditions prévues à l'article 5 émet un avis, conformément au modèle figurant à l'annexe C du présent arrêté, précisant :*
a) si l'état de santé de l'étranger nécessite ou non une prise en charge médicale ;
b) si le défaut de cette prise en charge peut ou non entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur son état de santé ;
c) si, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont le ressortissant étranger est originaire, il pourrait ou non y bénéficier effectivement d'un traitement approprié ;
d) la durée prévisible du traitement.

migratoires, mais de *protéger la santé*, le corps médical est le destinataire *direct* – voire principal – des discours visant à *normaliser*, donc *policiariser*, l'approche du corps de l'étranger.

498. Les préfectures sont quant à elles chargées, sous l'autorité du ministère de l'Intérieur, de la police des étrangers. L'histoire de la catégorisation juridique de l'étranger malade a mis en exergue leurs vives réticences à l'encadrement du droit au séjour pour soins, en raison de la limitation de leur pouvoir discrétionnaire, *a fortiori* par des médecins. L'étude de l'évolution structurelle du ministère de l'Intérieur et des pratiques préfectorales met ainsi en évidence leur *médicalisation* pour limiter cette influence des médecins. Autrement dit, les structures chargées de la police des étrangers ont progressivement développé des compétences médicales afin de produire une *doctrine médicale* compatible avec l'objectif de maîtrise des flux migratoires. La *policiarisation* des acteurs médicaux et corrélativement, la *médicalisation* des acteurs de la police des étrangers, démontrent ainsi la *normalisation* des acteurs procéduraux, contribuant à entraver l'accès au statut juridique d'étranger gravement (Titre 1).

499. Le juge administratif est, quant à lui, chargé de contrôler l'application des critères de *catégorisation* de l'étranger malade. L'étude de la jurisprudence des tribunaux administratifs présente ainsi un double intérêt pour comprendre le phénomène de *normalisation.* Premièrement, seule la jurisprudence permet de saisir *concrètement* les situations médicales éligibles, ou non, au statut d'étranger malade[1449]. Deuxièmement, en statuant sur les recours exercés par les étrangers contre un arrêté préfectoral refusant de leur délivrer un titre de séjour, le juge administratif statue sur le bien-fondé ou non du refus de *biolégitimer* l'étranger en raison de son état de santé. Sa jurisprudence joue dès lors un rôle dans la *délimitation* du statut de l'étranger malade. Plus encore, en interprétant ces conditions en faveur ou non de l'étranger, le juge fait *in fine* prédominer ou non l'objectif de protection de la santé sur celui de maîtrise des flux migratoires. Il revêt dès lors un rôle *politique*[1450]*.* Ainsi, en interprétant le

Dans le cas où le ressortissant étranger pourrait bénéficier effectivement d'un traitement approprié, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, le collège indique, au vu des éléments du dossier du demandeur, si l'état de santé de ce dernier lui permet de voyager sans risque vers ce pays. (...) ».

1449Ni les avis médicaux ni les arrêtés préfectoraux n'étant motivés sur les conditions médicales.

1450D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015, 353 p.

cadre normatif et les appréciations qui en sont faites par les médecins et préfectures, le juge administratif exerce un rôle de *fabricant* du statut juridique de l'étranger malade. En définitive, il est le mécanisme régulateur qui vient *concrétiser* la *normalisation* de la *catégorisation* juridique de l'étranger en raison de son état de santé. Cette concrétisation se manifeste par l'insuffisance des contrepoids juridictionnels aux tendances de l'administration à faire privilégier la police des étrangers sur la protection sanitaire (Titre 2).

Titre 1 : Un accès entravé au statut d'étranger gravement malade

Titre 2 : L'insuffisance des contrepoids juridictionnels

Titre 1. Un accès entravé au statut d'étranger gravement malade

500. L'analyse de l'évolution et de la mise en pratique des dispositifs de protection contre l'éloignement et de droit au séjour pour soins offre deux clefs de lecture possibles : l'une, portée par plusieurs acteurs de la société civile tels que les associations et le Défenseur des droits, se focalise sur le rôle de l'administration dans les barrières érigées pour y accéder. L'autre, portée par le ministère de l'Intérieur et certains parlementaires, pointe l'usage qui est fait de ces dispositifs par les étrangers, qui useraient de leur état de santé de manière « *dilatoire* »[1451], en fonction de leur « *carrière de papier* »[1452], ou de manière frauduleuse. Il faudrait dès lors réformer la procédure afin d'éviter ces dérives, tout en la rationalisant. L'analyse des réformes législatives de ces dispositifs, révélatrice d'un statut fréquemment remis en cause par le législateur et le Gouvernement[1453], invite à analyser sa mise en œuvre pratique, et les conséquences qu'il est possible d'en tirer quant à l'effectivité du statut juridique de l'étranger gravement malade. Certes, le nombre de titres de séjour pour soins délivrés reste stable depuis 2008, contrairement à la Belgique où sa chute témoigne d'une volonté politique et administrative de restreindre explicitement ce dispositif[1454]. Mais la stabilité d'un système peut également s'expliquer par des *mécanismes neutralisants*, qui en restreignent l'accès de manière diffuse.

501. Les précédents développements ont démontré qu'historiquement, la procédure de délivrance d'un titre de séjour pour soins était pensée de manière à répartir les compétences entre autorités publiques chargées des questions de santé, et autorités publiques chargées des questions migratoires. Elle reste cependant intrinsèquement liée à une « *logique de police* »[1455]. L'état de santé de l'étranger devant nécessairement être évalué par un médecin, la pénétration du corps médical par cette logique étonne finalement peu. Il s'agit ici de s'intéresser à ce rôle médical et aux formes que prend sa contribution dans la détermination de l'étranger éligible à

1451Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
1452A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France (1945-1975)*, Grasset, 2005, p. 291.
1453Voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
1454À ce sujet, lire notre analyse N. Klausser, « Le droit au séjour pour soins en Belgique et en France : Des restrictions certaines, un avenir incertain », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 décembre 2015, consulté le 13 septembre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/1751 ; DOI : 10.4000/revdh.1751
1455A. Spire, *Étrangers à la carte. L'administration de l'immigration en France, op. cit.*, p. 51.

un statut en raison de son état de santé. Ce nouvel office du corps médical[1456] et son évolution peuvent en effet susciter des problèmes d'ordre théorique et déontologique. De manière concrète, des problèmes peuvent survenir, car l'avis médical peut priver l'étranger d'un droit au séjour, alors même qu'il remplirait en réalité les conditions médicales déterminées par la loi. De manière abstraite également, des problèmes peuvent survenir, car cette mission est directement liée avec l'objectif de maîtrise des flux migratoires, dont l'essence est pourtant, de prime abord, antagoniste aux missions premières des médecins (la protection de la santé individuelle et publique). Il apparaît dès lors intéressant d'analyser les effets de ces injonctions contradictoires sur les missions du corps médical, et l'hybridité qui en résulte pour son office. Une telle étude vise à comprendre la formation d'un savoir médical articulée autour de politiques migratoires, et le rôle du corps médical à l'égard de ces dernières[1457]. L'évolution du corps médical au fil des pratiques et des réformes tend à démontrer que, de manière explicite ou diffuse, l'office des médecins se *policiarise* de manière croissante – la logique de police étant de plus en plus intégrée à l'évaluation médicale – et prend le pas sur les logiques de protection de la santé individuelle et publique, ce qui a pour effet une restriction dans l'accès au statut d'étranger gravement malade.

502. Cette *policiarisation* du corps médical s'observe, premièrement, par leur inclusion dans un *processus* visant à *légitimer* ou non l'étranger en raison de son état de santé. Du fait de leur enrôlement dans ce processus, les médecins vont faire l'objet de *discours* visant à les inclure – explicitement et implicitement – dans une mission de police des étrangers (Chapitre 1). Cette *policiarisation* se constate également au regard de leur inclusion dans les dispositifs visant à lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins. Contrairement à la police, le corps médical ne sanctionne pas d'infractions. Mais les médecins impliqués dans l'instruction des demandes sont, à différentes échelles, exposés à des cas de tentative de fraudes. Cette exposition a amené les pouvoirs publics à *politiser* la nécessité de lutter contre la fraude, afin d'intégrer les médecins aux dispositifs de prévention et de répression. Dans la mesure où ces

1456L'usage de la terminologie « corps médical » se réfère aux médecins au sens large : sont visés les médecins et infirmiers rattachés à l'administration, et les médecins et infirmiers, libéraux ou rattachés à l'hôpital public, assurant une mission de soins.

1457M. Foucault, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère...Un cas de parricide au XIXème siècle présenté par Michel Foucault*, Folio histoire, 1973, p. 18 : « *des documents comme ceux de l'affaire Rivière doivent permettre d'analyser la formation et le jeu d'un savoir (comme celui de la médecine, de la psychiatrie, de la psycho-pathologie) dans ses rapports avec des institutions et les rôles qui y sont prescrits (comme l'institution judiciaire, avec l'expert, l'accusé, le fou-criminel, etc.)* ».

discours prônent une lutte médicalisée contre la fraude au droit au séjour pour soins, ils ont eu pour effet de considérablement modifier l'office des médecins en la matière (Chapitre 2).

503. Concomitamment à ce phénomène de *policiarisation* des médecins s'est développé celui de *médicalisation* des pouvoirs publics chargés de la police des étrangers, soit le ministère de l'Intérieur, les préfectures et les agences qui lui sont rattachées. Mais, alors que la participation des médecins à une mission de police des étrangers apparaît nécessaire pour préserver l'équilibre des objectifs régaliens en présence (la maîtrise des flux migratoires et la protection de la santé individuelle et publique), le développement d'une compétence médicale au sein du ministère de l'Intérieur et des préfectures ne vise pas à maintenir un tel équilibre. La diffusion de la logique médicale au sein du corps préfectoral résulte d'une volonté de certains hauts fonctionnaires de s'émanciper des médecins prévus par la procédure, craignant que ces derniers n'empiètent trop sur le pouvoir discrétionnaire des préfectures[1458]. À cette émancipation s'ajoute une organisation du ministère de l'Intérieur favorisant l'émergence de cette médicalisation de la police des étrangers, de manière « *feutrée* »[1459], qui s'imbrique directement dans l'objectif d'entraver l'accès au statut d'étranger gravement malade (Chapitre 3).

Chapitre 1 : L'enrôlement du corps médical au service de la police des étrangers

Chapitre 2 : La lutte médicalisée contre la fraude

Chapitre 3 : La *médicalisation* de la police des étrangers

1458Comme le révèlent notamment les archives de la Direction des libertés publiques et des affaires juridiques du ministère de l'Intérieur en 1992, lorsque la question du droit au séjour pour soins émerge. Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

1459Il est ici fait référence aux travaux de S. Laurens, *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981)*, *op. cit.*

Chapitre 1 : L'enrôlement du corps médical au service de la police des étrangers

504. Au sens classique du terme, une autorité de police est chargée « *de promulguer les règlements de police, de veiller à leur application, et de sanctionner les infractions* »[1460]. Cette définition ne saurait être transposée en l'état à l'office des médecins, ces derniers ne promulguant pas de règlement, ou ne sanctionnant pas d'infraction. Mais la mission d'évaluation médicale vise à interpréter des critères médicaux au regard de la situation de l'étranger pour déterminer s'il est ou non éligible à un statut : à cet égard, elle s'inscrit dans une chaîne décisionnelle de police des étrangers. Cette dernière traduit une maîtrise médicale des flux migratoires, pour laquelle les médecins sont indispensables.

505. Cette maîtrise médicale des flux migratoires se matérialise, à titre principal, par le rôle des médecins qui peut être perçu comme une « *caution médicale à une décision de rejet du territoire* »[1461] ou d'octroi d'un titre de séjour. Cette forme de biopolitique déléguée[1462] traduit une *policiarisation* affirmée du corps médical (Section 1). En parallèle, une forme de *policiarisation* plus diffuse s'est également développée, afin de davantage mobiliser les médecins dans la poursuite de l'objectif de maîtrise des flux migratoires. Cette mobilisation se traduit notamment par la sollicitation des médecins d'ambassade par les préfectures, et par la diffusion de la logique des manœuvres dilatoires aux médecins rendant des avis sur les demandes de protection contre l'éloignement (Section 2).

Section 1 : Une *policiarisation* affirmée

Section 2 : Une *policiarisation* diffuse

1460G. Carrot, *Histoire de la police française*, Tallandier, 1992, p. 156.

1461J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 13 : « *l'administration recherche en fait une caution médicale à une décision de rejet du territoire, permettant de penser que l'étranger est protégé pour sa santé par cette procédure. Il suffit de voir les limites à l'accès effectif aux soins pour certaines catégories de personnes durablement installées en France pour constater que l'État ne pourra pas obtenir ce qu'il affirme chercher à partir de cette procédure* ».

1462Entendue ici comme étant une « *biopolitique (politique qui prend pour point d'application le corps, le vivant) déléguée* » en ce qu'elle repose en partie sur les médecins *in* X. Molénat, « Entretien avec Dominique Memmi. Du gouvernement des corps par la parole », *in La Santé. Un enjeu de société*, Éditions Sciences Humaines, 2010, pp. 158-162.

SECTION 1. UNE *POLICIARISATION* AFFIRMÉE

506. La policiarisation de l'action médicale a trait à la mission d'évaluation explicitement attribuée aux médecins. Celle-ci est venue bouleverser leur office, dont le rôle est tiraillé entre ceux de caution médicale à une politique d'immigration et de garant d'une évaluation médicale axée sur la santé (§1). L'exercice de cette mission depuis 1998 a fait l'objet de plusieurs critiques, dont la plupart sont dues au manque de moyens déployés pour la mener. Ces critiques ont progressivement abouti à des réformes menant à une policiarisation accrue du rôle des médecins (§2).

§1. UN OFFICE MÉDICAL TIRAILLÉ ENTRE DES LOGIQUES OPPOSÉES

507. La policiarisation la plus apparente découle de la mission qui est dévolue aux médecins inspecteurs de santé publique (MISP), les lois « Debré » et « Chevènement » ayant officialisé le « *rôle d'une profession, celle des MISP, pour déterminer si les étrangers présentent bien des conditions de santé telles que définies par la loi* »[1463]. L'émergence de cette mission a suscité une forme de tiraillement au sein du corps médical, en raison de l'imprécision des critères sur lesquels l'évaluation médicale doit être effectuée, imprécision engendrant un risque d'arbitraire (A), et du risque d'instrumentalisation politique de leur rôle (B).

A. Une mission éminemment subjective et imprécise

508. La subjectivité induite par les critères d'évaluation médicale, cumulée aux moyens à disposition pour mener cette dernière, rend difficile la vérification de l'évaluation des conditions (a) et de la neutralité des médecins (b).

1. Les difficultés liées à la vérification des conditions médicales

509. La principale difficulté inhérente à la mission d'évaluation médicale réside dans l'imprécision des critères médicaux sur la base desquels les demandes doivent être évaluées, une imprécision à laquelle s'ajoute une insuffisance de moyens pour mener à bien cette mission. Il ressort en effet de plusieurs entretiens avec des Médecins inspecteurs de santé

1463D. Delettre, *Le maintien des étrangers pour raison médicale sur le territoire français Le rôle du médecin inspecteur de santé publique dans la procédure*, mémoire de médecin inspecteur de Santé Publique, Promotion 1998/2000, p. 16.

publique que les conditions substantielles sont difficiles à apprécier, et sujettes à une grande hétérogénéité interprétative, car « *pour l'ensemble des médecins interpellés au cours des différentes étapes de la procédure, la question de l'évaluation des risques médicaux définis par la loi se double de celle de leur interprétation* »[1464]. Comme le souligne un médecin ayant exercé à l'ARS d'Île-de-France, « *que veut dire ''exceptionnelle gravité'' ? Personne ne sait ce que ça veut dire. Médicalement, c'est une définition complexe. Par exemple, est-ce que l'obésité est d'emblée d'une exceptionnelle gravité, ou ce sont les futures conséquences si elles arrivent qui pourront l'être ? Rien qu'à la première condition, il y a des doutes sur son interprétation* »[1465]. Les avis médicaux n'étant pas motivés, seule l'analyse de la jurisprudence permet d'observer cette variabilité[1466] : à titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Versailles a considéré que la perte de vision n'est pas « *une conséquence d'exceptionnelle gravité* »[1467]. De son côté, la Cour administrative d'appel de Marseille considère que par « *''conséquences d'une exceptionnelle gravité'' s'entendent celles se limitant au risque vital ou au risque d'être atteint d'un handicap rendant la personne dans l'incapacité d'exercer seule les principaux actes de la vie courante* »[1468].

510. Aux conséquences d'une exceptionnelle gravité s'ajoute l'évaluation de l'accès aux soins dans le pays d'origine qui, en plus de la subjectivité qu'elle induit, est empreinte de difficultés d'accès aux informations sur le pays d'origine. L'évaluation de cette dernière information peut se faire au regard de différents éléments : l'expérience du médecin dans le pays d'origine du demandeur, un certain nombre de MISP ayant exercé à l'étranger ; des rapports étatiques ou associatifs concernant l'accès aux soins ; les « fiches-pays » élaborés par la Direction générale de la Santé (DGS) ; les données des ambassades dans le pays d'origine ; les informations communiquées par les laboratoires pharmaceutiques ; le logiciel MedCoi[1469], etc. Il convient également de préciser que certaines de ces données doivent être

1464A. Veisse, 2006, « Le médecin, la santé et le séjour des étrangers », *Plein droit*, n° 69, juillet, pp. 32-35.

1465Entretien avec des personnes de l'ARS Île-de-France en charge de l'évaluation médicale des demandes de titre de séjour, 6 janvier 2015.

1466Sur ce sujet, voir spécifiquement Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

1467CAA Versailles, 11 décembre 2012, n° 11VE04126.

1468CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04395. Sur le rôle du juge administratif, voir *infra*.

1469Selon l'annexe 2 de l'arrêté du 5 janvier 2017 *fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, NOR : AFSP1638149A : « *Depuis 2010, une quinzaine de pays européens participent à un projet de recherche sur l'accessibilité et la disponibilité des traitements et soins médicaux dans les pays d'origine des demandeurs d'asile afin d'apporter une réponse éclairée à la demande de la personne en ce qui concerne ses possibilités de traitement dans son pays d'origine.*

relativisées en fonction de leurs auteurs : en effet, un rapport institutionnel peut être orienté, pour des raisons tenant à l'octroi d'aides financières ou d'objectifs à atteindre en contrepartie du développement d'un programme de soins[1470]. Afin d'améliorer cette mission, le service médical de l'OFII a mis en place « *une base de données partagées sur les systèmes de soins dans les pays d'origine [qui] permet aux médecins de s'approprier les indicateurs de santé publique pour apprécier la qualité et l'accessibilité du système de santé publique du pays d'origine (…). La bibliothèque réduit la part de subjectivité liée à la sensibilité, l'intuition ou les représentations personnelles sur un pays* »[1471].

511. Mais au-delà de la question des moyens d'évaluation de ces conditions, se pose la question de la possibilité de les interpréter de manière neutre et dépolitisée. Car s'il a été démontré que le critère déterminant pour restreindre l'accès à un titre de séjour pour soins est « *quel ministère pilote l'évaluation médicale ?* »[1472], se pose également la question de la possibilité de considérer objectivement qu'une personne pourra bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans son pays d'origine ? Comme le souligne Christian Mongin, médecin et président de l'association Développement et santé[1473], « *les conditions ne sont, dans la très grande majorité des cas, pas réunies pour assurer une continuité des soins dans leur pays d'origine pour les patients pris en charge pour une maladie grave en France* »[1474], et ce, pour plusieurs raisons « *découlant des nombreuses défaillances des systèmes de*

Ce travail, intitulé MedCOI (Medical Country of Origin Information), est financé par l'Union européenne et porte sur la mise en place d'une base de données consultable par les pays membres du projet, concernant l'accessibilité et la disponibilité des soins dans le pays d'origine ». Concrètement, MedCOI est une base de données européenne, financée par l'Union européenne sur le Fonds pour l'asile, les migrations et l'intégration (FAMI). Il y a deux centres producteurs (aux Pays-Bas et en Belgique) de données sur l'accessibilité et la disponibilité de certains traitements (aux Pays-Bas et en Belgique), et 15 pays européens adhérents. La base de données est alimentée par des chercheurs non-médecins, qui sont spécialisés sur une région donnée. Pour obtenir davantage d'informations sur un pays, ils peuvent passer par des médecins locaux ou des de compagnies d'assurance ou de rapatriement (informations recueillies lors d'un entretien à la DGS avec des personnes chargées de la question « malades étrangers », entretien réalisé le 24 août 2016).

1470À ce sujet, des médecins du Comede soulignent que *« les sources d'information sont multiples. Il peut s'agir d'institutions internationales ou nationales, d'organisations non gouvernementales ou d'acteurs du système de soins tels que des associations de malades ou de soignant(e)s. (…) Il est important toutefois de veiller à la prise en compte par ces acteurs du contexte des inégalités sociales, et surtout, à l'indépendance de leurs avis et aux objectifs des structures qui les emploient. Un journal contrôlé par l'État ou un médecin de l'ambassade française n'auront ainsi pas toujours le même point de vue qu'une association de malades indépendante* », *in* O. Lefevre, M. Petruzzi et J. Sallé, « JH DID 24 ans Guinée, c'est bon pour un dasem ? », *Maux d'exil*, n° 46, avril 2015, p. 8.

1471OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 2017, pp. 30-32.

1472Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

1473Il s'agit d'un organisme de formation continue des personnels de santé de première ligne travaillant essentiellement en Afrique francophone.

1474C. Mongin, « La continuité des soins est-elle une réalité ? », *Maux d'exil*, n° 46, avril 2015, p. 4

santé africains »[1475], et « *que les problèmes de santé ne peuvent être déconnectés des problématiques sociales* ». Plusieurs raisons sont avancées, telles que « *l'inadéquation des infrastructures et des équipements* », « *l'insuffisance du personnel de santé et l'inadaptation fréquente de sa formation* », « *le développement et le trafic de faux médicaments de plus en plus important et les ruptures fréquentes d'approvisionnement* », ou encore, « *l'absence de prise en compte de l'influence des inégalités sociales dans l'inégalité de l'accès aux soins de l'importance des déterminants sociaux de la santé* »[1476]. Les orientations générales du ministère de la Santé destinées aux médecins de l'OFII mentionnent d'ailleurs certains critères similaires, tels que pour les « *cancers et autres pathologies lourdes et/ou chroniques* », les éléments à prendre en considération sont les « *moyens (matériels et humains), prise en charge sanitaire, continuité des soins, approvisionnement et distribution de médicaments, etc.* »[1477]. La question de la perte de chance médicale est également une considération centrale de l'appréciation de l'accès aux soins. Il s'agit de la différence qualitative entre le traitement dispensé en France, et celui (théoriquement) disponible dans le pays d'origine : un avis médical défavorable au séjour de la personne peut être rendu au regard du fait que la molécule qui compose le traitement en France est disponible dans le pays d'origine du demandeur. Or, « *l'évaluation du risque doit tenir compte du différentiel de prise en charge médicale et thérapeutique entre la France et le pays d'origine du malade* »[1478]. Au regard des développements précédents, il est difficile d'apprécier effectivement ce différentiel, et le cas échéant, ses conséquences sur le long terme.

512. Cette liste, non exhaustive, vise à démontrer toute la subjectivité induite par la condition d'accès effectif au traitement approprié, car celle-ci est multifactorielle. D'où cette impossibilité de conclure, dans beaucoup de cas, à la possibilité de bénéficier d'un traitement approprié avec certitude. L'exemple de la rupture d'approvisionnement en médicaments est à cet égard évocateur : un médicament peut être théoriquement disponible, mais seulement épisodiquement dans les faits, en raison des ruptures fréquentes d'approvisionnement. Un communiqué de l'*International Treatment Preparedness Coalition* (ITPC) relève en 2016 que

1475*Ibid.*
1476*Ibid.*
1477Arrêté du 5 janvier 2017 *fixant les orientations générales pour l'exercice par les médecins de l'Office français de l'immigration et de l'intégration, de leurs missions, prévues à l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,* préc.
1478Comede, *Migrants/étrangers en situation précaire. Soins et accompagnement. Guide pratique pour les professionnels*, *préc.*, p. 320.

« *les centres de traitement du VIH au Congo-Brazzaville sont fréquemment en rupture de stock des médicaments antirétroviraux pendant de longues périodes, selon des informations persistantes et concordantes* »[1479]. Or, comment s'assurer que les médecins prennent en considération ces éléments, ou les vérifient, alors même qu'il est difficile d'obtenir des informations sur ce sujet ? Un autre exemple concerne les pathologies psychiatriques : l'arrêté du ministère de la Santé précité insiste sur l'importance « *de la continuité du lien thérapeutique (lien patient-médecin) et du besoin d'un environnement/entourage psycho social familial stable (eu égard notamment à la vulnérabilité particulière du patient)* »[1480]. Mais les avis médicaux rendus ne prennent pas toujours en considération ces éléments, comme le dénonce un psychiatre de l'Isère dans un courriel adressé à la médecin coordinateur de l'OFII de sa délégation territoriale, indiquant notamment que « *découvrant ces avis et leurs effets sur ces personnes qu'il faut soutenir dans des conditions aggravées, je me demande quels sont les critères des collèges de l'OFII pour les questions psychiatriques et post-traumatiques. Pourtant, l'arrêté du 5 janvier paru au journal officiel, émanant du Ministère de la Santé et de la Solidarité, reconnaît les spécificités de l'approche psychiatrique dans ces problématiques : par exemple, l'importance du lien thérapeutique et sa continuité, la stabilité de l'environnement, le problème de réactivation de PTSD[1481] au pays pour des personnes qui y ont été persécutées* »[1482]. Ces quelques exemples et interrogations visent ainsi à illustrer la pluralité de facteurs qui devraient être pris en considération par les médecins dans leur évaluation médicale, mais qui, en raison de leur subjectivité et de l'absence de motivation des avis médicaux, font l'objet d'une appréciation hétérogène[1483] et, au demeurant, invérifiable. Ces éléments amènent à s'interroger sur d'autres facteurs pouvant influer le choix des médecins, et en premier lieu, leur neutralité.

2. L'impossible neutralité

513. Selon Arnaud Veïsse, directeur général du Comede, *« l'évaluation du risque d'exceptionnelle gravité du défaut de prise en charge et du risque d'exclusion des soins nécessaires au pays se fonde sur une expertise technique déjà complexe en raison de la pauvreté*

1479ITPC, « Traitement refusé aux personnes vivant avec le VIH au Congo-Brazzaville », *Communiqué de presse*, 12 février 2016.
1480Annexe 2 dudit arrêté.
1481Post traumatic disorder (un état de stress post-traumatique).
1482Courriel datant du 14 juillet 2018.
1483 Comme en atteste l'hétérogénéité des avis rendus par les médecins des ARS, voir *infra*.

des informations disponibles sur l'accès aux soins dans les pays d'origine. Mais si l'évaluation des risques médicaux doit et peut être impartiale vis-à-vis des différentes parties en présence, la neutralité est illusoire lorsqu'il s'agit de faire correspondre un pronostic médical à un niveau de ''gravité'', opération qui repose sur une réflexion d'ordre éthique »[1484]. Pour prendre un exemple concret allant dans ce sens, la loi du 10 septembre 2018[1485] prévoit que les demandeurs d'asile déboutés ne pourront déposer une demande de titre de séjour que pour des « *circonstances nouvelles* »[1486], telle qu'une maladie qui s'est récemment déclarée. Le fait pour un médecin d'indiquer dans le certificat médical destiné à l'OFII que la maladie a été découverte et était connue avant le rejet de sa demande d'asile équivaut à priver son patient de la possibilité de déposer une demande de titre de séjour pour soins, en application de l'article L. 311-6 du CESEDA[1487]. Renseigner l'historique de la maladie équivaut à faire basculer leur patient dans la catégorie des « ni-ni », qui ne pourra dès lors pas déposer une demande de titre de séjour pour soins au sens de l'article L. 311-6 du CESEDA, ni être expulsé en raison de la protection de l'article L. 511-4 10° du même code. Qui plus est, la réforme du 10 septembre 2018 contrarie le Code de déontologie médicale, dont l'article 50 prévoit que « *le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit* ». Ainsi, dès le début de la procédure, les médecins sont intégrés dans une logique de police rendant difficile une évaluation médicale indépendante[1488].

514. Se pose également la question de la neutralité des médecins chargés de l'évaluation des conditions substantielles. Les cas d'avis médicaux défavorables aux personnes vivant avec le VIH et originaires de pays en développement, contraires aux instructions du ministère de la Santé[1489], démontrent que cette évaluation médicale n'est pas dépolitisée. Alors que le

1484A. Veïsse, « Le médecin, la santé et le séjour des étrangers », *art. préc*.

1485Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.

1486Voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

1487Cet article prévoit que « *lorsqu'un étranger a présenté une demande d'asile qui relève de la compétence de la France, l'autorité administrative, après l'avoir informé des motifs pour lesquels une autorisation de séjour peut être délivrée et des conséquences de l'absence de demande sur d'autres fondements à ce stade, l'invite à indiquer s'il estime pouvoir prétendre à une admission au séjour à un autre titre et, dans l'affirmative l'invite à déposer sa demande dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État. Il est informé que, sous réserve de circonstances nouvelles et sans préjudice des dispositions de l'article L. 511-4, à l'expiration de ce délai il ne pourra solliciter son admission au séjour. Un décret en Conseil d'État précise les conditions d'application du présent article.* »

1488Pour peu que le médecin soit au courant des tenants et aboutissants de l'article L. 311-6 du CESEDA.

1489Instructions de la Direction générale de la Santé du 10 novembre 2011, reprise dans l'arrêté fixant les orientations générales du ministère de la Santé du 5 janvier 2017, précité.

ministère de la Santé préconise de considérer que « *dans l'ensemble des pays en développement, il n'est (…) pas encore possible de considérer que les personnes séropositives peuvent avoir accès aux traitements antirétroviraux ni à la prise en charge médicale nécessaires pour les porteurs d'une infection par le VIH* », plusieurs médecins des ARS[1490], ainsi que plusieurs médecins de l'OFII[1491] ont rendu des avis contraires à ces instructions, pour des personnes notamment originaires d'Angola, de Guinée ou du Cameroun. Certes, ces cas restent des épiphénomènes – car ils ne concernent que quelques dizaines d'avis sur plusieurs milliers. Mais dans le cas de pathologies aussi graves que le VIH, où la rupture de traitements peut avoir des conséquences importantes pour l'état de santé, la divergence d'avis médicaux implique de s'interroger sur les raisons pouvant les expliquer. Si l'accès aux traitements antirétroviraux dans les pays en développement s'améliore, il n'est pas équivalent à celui de la France, et plusieurs types de problèmes subsistent, tels que la rupture de traitements antirétroviraux[1492]. Une raison potentielle pourrait être la volonté de certains de ces médecins de créer un précédent pour certains pays, qui seront ensuite confirmés par le juge administratif en cas de recours[1493]. Ces précédents peuvent être impulsés indirectement par des préfectures, comme cela a été le cas en Midi-Pyrénées, où la préfecture aurait fait « pression » sur la direction de l'ARS pour nommer un médecin correspondant davantage à ses attentes[1494]. Des observateurs ont ensuite constaté plusieurs avis défavorables au séjour de personnes vivant avec le VIH.

515. Une autre réponse, qui ne concerne pas que le VIH, tient à la subjectivité induite par l'imprécision de certaines notions, comme le souligne l'OFII : « *Les contours de la notion de bénéfice effectif restent imprécis. En pratique, une telle appréciation est par nature subjective et dépend de situations individuelles difficiles à appréhender, pour lesquelles les médecins de l'OFII ne disposent pas d'informations ou dont la preuve est impossible à leur niveau*[1495] *: difficultés financières, absence d'étayage familial, éloignement géographique, rupture de stocks ou*

1490AIDES, *Rapport de l'observatoire malades étrangers*, juin 2015, p. 38.
1491OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 120.
1492Voir *supra*.
1493Voir par exemple, TA Lille, 31 octobre 2017, n° 1706138.
1494Entretien réalisé avec un médecin inspecteur de santé publique, 13 août 2015. Le taux d'avis favorables au séjour est passé de 75 % à environ 40 % en une année à la suite de cette nomination.
1495Il faudrait pour cela mener pour chaque cas une « *enquête sociale internationale* » selon les termes du rapport de l'IGA-IGAS.

corruptions, minorité discriminée dans l'accès aux soins dans le pays d'origine, etc. »[1496]. Une étude réalisée en 2005 confirme la subjectivité des avis rendus en raison de « *l'imprécision des notions sur lesquelles les médecins inspecteurs doivent se positionner et au manque de référentiel pour fonder leurs avis* »[1497]. Cette étude se base sur un questionnaire « *adressé par messagerie électronique en mars 2002 dans les départements de métropole. Les médecins inspecteurs devaient donner leur avis sur deux demandes fictives de séjour pour soins, proches de cas réels et soulevant des difficultés fréquemment rencontrées* ». Les résultats démontrent bien cette subjectivité, puisque « *sur les 94 départements sollicités, il y a eu 42 réponses (45 %). Respectivement 88 % (cas 1) et 67 % (cas 2) des médecins inspecteurs ont considéré que l'étranger nécessitait des soins dont le défaut serait gravement préjudiciable, mais pour 26 % (cas 1 et 2), les soins pouvaient être réalisés dans le pays d'origine. Au total, les avis divergeaient : pour 33 % (cas 1) et 53 % (cas 2) des médecins inspecteurs, le séjour pour soins en France n'était pas justifié* »[1498].

516. En tout état de cause, le phénomène de policiarisation est plus manifeste chez certains médecins que d'autres. Les propos rapportés par une personne ayant été en poste au sein de la DGS vont notamment dans ce sens : celle-ci a « *beaucoup entendu parler des médecins disant que dès lors qu'il s'agit d'un dossier psy, "je n'ouvre pas, et je rends un avis négatif, car il s'agit probablement d'un trafic'"* »[1499]. Une évaluation médicale neutre voudrait pourtant que chaque dossier soit appréhendé sans de telles présomptions, qui résultent de considérations externes à l'office du médecin dans le cadre de cette procédure[1500]. Dans le même sens, un médecin inspecteur de santé publique rencontré rapporte que « *le docteur D.* [médecin-chef de la préfecture de police de Paris] *a une appréciation beaucoup plus stricte de la gravité/disponibilité des soins que d'autres médecins* »[1501]. En outre, le conseiller santé pour la Direction générale des étrangers en France (DGEF), qui a notamment pour mission de conseiller médicalement les préfectures lorsqu'elles décident de refuser un titre de séjour

1496OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 2017, p. 44

1497G. La Ruche, B. Brunet, « Autorisation de séjour pour soins des malades étrangers en France : enquête sur les avis des médecins inspecteurs de santé publique », *Revue d'épidémiologie et de Santé publique*, Volume 53, issue 6, Décembre 2005, pp. 635-644.

1498*Ibid.*

1499Entretien, 17 décembre 2015.

1500Sur la lutte contre la fraude, voir *infra*.

1501Entretien au pôle santé publique du Parquet de Paris, 23 novembre 2015. Pour souligner cette mission difficile, un autre médecin rapporte que « *dans l'absolu, tout est accessible partout* » (entretien avec deux médecins inspecteurs de santé publique en région Rhône-Alpes, 11 janvier 2016).

malgré un avis favorable du médecin de l'ARS[1502]. Enfin, pour un dernier exemple allant dans le sens d'une difficile neutralité, celui des médecins qui, une fois la loi dite « Besson » de 2011 adoptée, ont continué d'appliquer les critères antérieurs, en tenant compte de l'accès effectif au traitement dans le pays d'origine, plutôt que les nouveaux critères restrictifs de la réforme. Finalement, « *là comme ailleurs, les conditions d'application de chaque règlement dépendent des positions et des dispositions de ceux qui le mettent en œuvre* »[1503].

B. Un rôle exposé à l'instrumentalisation

517. Dès la fin des années quatre-vingt-dix[1504], des médecins inspecteurs de santé publique des Directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS) ont été chargés d'émettre un avis médical sur les demandes de protection contre l'éloignement et de titre de séjour[1505]. Cette nouvelle mission, qui s'inscrit dans les techniques gouvernementales de médecine d'État[1506], a suscité de vives réticences au sein de ce corps professionnel. Non seulement en raison du rôle de garant procédural qu'il revêt (a), que de son détournement (b).

1. Un rôle de garant procédural

518. Initialement, la réticence portait principalement sur le caractère individuel des avis rendus sur les demandes de titres de séjour pour soins, car classiquement, « *les missions des MISP relèvent de la régulation collective dans tous les champs de l'action sanitaire et sociale* »[1507]. Or, dans le cadre du droit au séjour pour soins, les médecins se prononcent sur

1502Sur ce sujet, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

1503P. Bourdieu, *Les structures sociales de l'économie*, Éditions du Seuil, p. 158 s. cité *in* A. Spire, « Disparités de traitement, une sociologie du pouvoir discrétionnaire », *in* E. Saulnier-Cassia, V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, *op. cit.,* p. 115.

1504Sur ce sujet, voir *supra*, Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

1505Sur un sujet proche (le rôle des certificats pour démontrer les persécutions alléguées à l'appui d'une demande d'asile), lire D. Fassin, E. d'Halluin, ''The truth from the body : medical certificates as ultimate evidence for asylum seekers'', *in American Anthropologist*, Vol. 107, No. 4, Décembre 2005.

1506Selon Michel Foucault, la médecine d'État s'est notamment développée en tant que technique de gouvernement pour – entre autres – améliorer la santé publique, sa finalité étant « *le corps des individus* », constitutifs de l'État. Ce corps est « *l'objet d'une police médicale dans la mesure où il est la force dont l'État dispose pour affronter les conflits économiques et politiques qui l'opposent à ses voisins* » (A. Cutro, *Technique et vie. Biopolitique et philosophie du bios dans la pensée de Michel Foucault, op. cit.*, pp. 85-86). Le corps de l'étranger fait ainsi l'objet d'une police médicale dans la mesure où l'étranger est un sujet éminemment politique (voir *supra,* Introduction), sur lequel l'État doit exercer un contrôle strict.

1507J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 12. Johan Saison-Demars relève que « *l'État n'hésite pas à utiliser ses médecins en dehors de leur champ de compétence, à savoir la santé publique. Ils sont alors*

un dossier individuel, au demeurant sans effectuer d'examens de la personne[1508]. En 1995, lorsque la procédure n'était pas encore formalisée, certains MISP ont hésité ou refusé « *de participer à un processus qu'ils ne maîtrisent pas vraiment (on ne répond qu'aux demandes de la Préfecture qui n'est pas tenue de suivre notre avis) et pour lequel ils n'ont pas toute la compétence (la question des possibilités de traitement dans le pays d'origine est épineuse)* »[1509]. Cette réticence a persisté par la suite, notamment en raison de l'isolement de certains médecins dans leur mission au sein des DDASS, puis des Agences régionales de santé (ARS)[1510].

519. Cette réticence se justifie par l'impact individuel d'un avis médical défavorable, synonyme, dans la plupart des cas, de refus de titre de séjour, voire d'une mesure d'éloignement du territoire. La plupart des MISP, considérant « *qu'ils participent à terme à la procédure des reconduites à la frontière* »[1511], ont fait jouer leur « *clause de conscience* » pour ne pas exercer cette mission[1512]. D'autres ont accepté, en considérant qu'ils participent davantage « *à l'évaluation d'un risque sanitaire pour une personne individuelle* », qui permet « *d'éviter des mesures d'éloignement abusives et garantit la continuité des soins* »[1513]. Ces considérations antagonistes révèlent la difficulté éthique, aux « *postures conflictuelles* »[1514]

appelés à répondre à des demandes spécifiques de l'administration dont l'objet est purement individuel. (…)Leur analyse, qui repose sur l'accès aux dossiers médicaux et trouve, là encore, comme alibi, la garantie du secret médical, peut conduire à examiner les personnes. Elle les entraîne alors inexorablement vers l'exercice d'une activité clinique. Leur intervention dans la procédure de délivrance des titres de séjour aux étrangers malades repose sur cette même justification. La commission médicale régionale, susceptible d'être saisie par le médecin inspecteur, émet un avis médical supplémentaire sur l'état de santé de l'étranger. Elle contraint ses membres et, à ce titre, les médecins inspecteurs qui la composent à pratiquer une médecine individuelle renforcée par la faculté d'auditionner l'étranger malade. Dénonçant ''une utilisation de la ressource médicale à contresens des priorités de la santé publique'', l'IGAS se propose de leur ''retirer toute appréciation clinique'' en la déléguant à des médecins soignants » (J. Saison-Demars, « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *art. préc.*, p. 458).

1508Bien que la convocation soit désormais possible, comme le prévoit l'article R. 313-23 du CESEDA.

1509C. Candillier, « La procédure des autorisations de prolongation de séjour pour raisons sanitaires : le rôle du Médecin Inspecteur de Santé Publique ou ''les mains sales'' », *op. cit.*

1510Voir *infra*.

1511D. Delettre, *Le maintien des étrangers pour raison médicale sur le territoire français Le rôle du médecin inspecteur de santé publique dans la procédure*, *op. cit.*, p. 32

1512J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 14

1513*Ibid.*

1514K. Azougach, « Populations migrantes et droit de séjour : le médecin écartelé », *in* F. Bellivier, C. Noiville, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin,* Dalloz, 2006, p. 179. Voir également A. Veïsse, « ''Le médecin malgré lui'' aux avant-postes des politiques d'immigration », *in* F. Bellivier, C. Noiville, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin, op. cit.*, pp. 183-187.

auxquelles les médecins sont sujets face à cette mission[1515]. Elle fait écho à d'autres pans du droit des étrangers, tels que l'intervention des associations dans les centres de rétention administrative[1516].

520. D'autres exemples invitent à s'interroger sur la pertinence de la participation du corps médical, et des MISP en particulier, à cette mission d'évaluation médicale. L'analogie avec les débats sur la participation des médecins à la peine de mort aux États-Unis est à cet égard intéressante, toute proportion gardée. Une série d'arguments éthiques, politiques et juridiques ont été avancés en faveur et à l'encontre d'une telle participation[1517]. L'un des arguments favorables est que la participation d'un médecin à la peine de mort permet de réduire la souffrance du condamné qui, plutôt que pendu ou guillotiné, se voit injecter une substance létale. En opposition à cet argument, est avancé le fait qu'en cherchant à réduire la peine du condamné, le médecin devenait « *le bras armé de l'État en tant qu'exécutant* »[1518]. Bien que le fait de rendre un avis défavorable au séjour d'une personne ne soit pas toujours synonyme de condamnation à mort[1519], une analogie avec le droit au séjour pour soins peut être faite par le prisme de la *biopolitique* déléguée. Comme se demandait un médecin inspecteur de santé publique en 1995, « *en participant à ce processus, ne sommes-nous pas en train de légitimer, en l'humanisant en surface, les expulsions des personnes dites ''en situation irrégulière'' ? Doit-on laisser à la libre appréciation du Médecin Inspecteur de Santé Publique*

1515L'OFII, dans le cadre de ses nouvelles missions, est d'ailleurs confronté à des difficultés de recrutement de médecins pour exercer cette mission d'évaluation médicale, comme l'indique l'instruction relative à la loi pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie du 11 septembre 2018, NOR INTV1824378J, p. 14 : l'allongement de la limite d'âge des médecins de l'OFII prévu par la loi « *vise à garantir la capacité de l'OFII à mener à bien l'ensemble des missions qui sont les siennes, malgré les difficultés pour recruter des médecins en raison de la démographie médicale en France* ».

1516À ce sujet, voir le mémoire de J. Drahi, *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, *op. cit.*

1517K. Baum, '''To confort always' : physician participation in executions in the United States'', *Legislation and public policy*, Vol. 5, N.Y.U. J. *Legis. & Pub*., 2001.

1518*Ibid.*, p. 57 : « *Bien que dans certains cas, la participation des médecins puisse soulager la douleur, il existe de nombreux arguments contraires. Premièrement, le but d'une intervention médicale n'est peut-être pas de réduire la peine ou les souffrances, mais de donner une apparence d'humanité. Deuxièmement, la présence du médecin sert également à donner une aura de légitimité médicale à la procédure. Troisièmement, dans l'ensemble, le médecin assume une partie de la responsabilité de l'exécution de la peine et, dans ce contexte, devient le servant de l'État en tant que bourreau. En contrepartie d'une éventuelle réduction de la douleur, le médecin agit en réalité sous le contrôle de l'État* » (traduit par nous).

1519Chaque cas ayant ses propres particularités. Nous rappelons toutefois que dans *l'arrêt D. C. Royaume-Uni* rendu par la CEDH, la requérante est décédée des suites de son renvoi vers l'Ouganda. À ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

cette question ? »[1520]. En effet, les médecins chargés de cocher des cases pour déterminer si une personne remplit ou non les conditions substantielles définies par la loi peuvent être considérés comme servant de légitimité médicale à une politique migratoire[1521]. La restriction induite par la loi « Besson » de 2011[1522] en est un exemple frappant : en restreignant la délivrance d'un titre de séjour à « *l'absence de traitement approprié dans le pays d'origine* », le Gouvernement a ainsi délégué aux médecins le rôle de restreindre la délivrance de titres de séjour pour soins. Ainsi, si en théorie, le rôle des médecins consiste à fournir une expertise médicale indépendamment de toutes considérations politiques (contrairement aux préfectures qui y sont sujettes), et indépendamment de l'objectif de maîtrise des flux migratoires, le rôle de garant peut être relativisé, voire fragilisé.

2. Un garant contournable

521. Pour reprendre les réflexions relatives à la peine de mort aux États-Unis, et aux interrogations réitérées par certains MISP ainsi que par l'IGAS[1523], le médecin doit-il nécessairement se voir octroyer une fonction dans un processus de sélection migratoire ? Concernant la peine de mort, l'un des arguments avancés est relatif au possible remplacement des médecins. En effet, « *les injections létales n'étant pas difficiles techniquement* »[1524], les médecins pourraient être substitués par un personnel non médical. La même remarque peut s'appliquer au droit au séjour pour soins : les médecins chargés de l'évaluation des conditions substantielles pourraient être remplacés par du personnel non médical. Le rapport médical détaillé sur lequel se base l'évaluation resterait rédigé par un médecin suivant habituellement le demandeur, et la gravité de l'état de santé et l'accès aux soins dans le pays d'origine seraient évalués par un agent administratif non médecin. Le contentieux des refus de séjour faisant suite à des contre-enquêtes médicales menées par certaines préfectures pour contredire les avis des médecins des ARS favorables à l'étranger l'a démontré : des juges administratifs ont considéré que l'accès aux soins dans le pays d'origine était possible, au regard d'un argumentaire médical rédigé par des agents

1520C. Candillier, « La procédure des autorisations de prolongations de séjour pour des raisons sanitaires (...) », *art. préc*.

1521 De manière plus générale, voir M. Vandenberghe, *Les médecins inspecteurs de santé publique, à la frontière des soins et des politiques*, L'Harmattan, 2002, 358 p.

1522Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 *relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*.

1523J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., 2006.

1524K. Baum, '"To confort always' : physician participation in executions in the United States'', *art. préc.*, p. 57

préfectoraux[1525]. Le phénomène des contre-enquêtes nuance le rôle de garant attribué au médecin ARS, car le préfet, en s'écartant de l'avis médical, et le juge, en faisant prédominer l'évaluation médicale des préfectures sur celles des médecins, neutralisent complètement le rôle de ces derniers. À cet égard, le rôle de rempart remplit par le médecin-évaluateur est chimérique, car dès lors que l'avis médical rendu ne correspond pas aux attentes du préfet, ce dernier s'en déporte. C'est d'ailleurs pour neutraliser toute instrumentalisation du corps des MISP à des fins de politiques migratoires que la mission IGAS, dans son rapport de 2006, préconisait d'alléger leur rôle dans la procédure, notamment en laissant « *au préfet le soin d'apprécier l'accessibilité aux soins dans le pays concerné, sur la base des informations transmises par le ministère des affaires étrangères* »[1526]. En plus du cas des contre-enquêtes menées par certaines préfectures, le rattachement des médecins au ministère de l'Intérieur, par le transfert de l'évaluation médicale à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), vient également illustrer qu'en plus d'être contourné, ce rempart peut être modelé aux fins poursuivies par son institution de rattachement[1527].

§2. Le corps médical, cible des réformes tendant vers une *policiarisation* « accrue »[1528]

522. Plusieurs critiques ont été émises à l'égard du corps médical. L'émergence et la formulation de celles-ci tendent à révéler qu'elles ont, de manière systémique, été faites afin de tendre vers une meilleure maîtrise restrictive des flux migratoires (A). Cet objectif se matérialise par une *policiarisation* accrue du corps médical en raison de son rattachement au ministère de l'Intérieur (B)[1529].

1525Voir *infra*.

1526J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 19. Elle a d'ailleurs émis cette proposition en omettant la question du secret médical.

1527Voir *infra*.

1528Il est ici fait référence au mouvement « d*e pénalisation accrue des comportements et d'une sévérité accrue des sanctions (…) particulièrement fort depuis le début des années 2000, avec la création de nouvelles infractions* » (J. de Maillard, « Les politiques de sécurité » *in Politiques publiques 2, Changer la société* sous la dir. De O. Borraz et V. Guiraudon, Les Presses de Sciences Po, 2010, p. 65).

1529La méthode d'analyse développée ici s'inspire des travaux en sociologie de l'immigration, et plus particulièrement ceux de Sylvain Laurens. Ce dernier a démontré comment certains hauts fonctionnaires ont politisé l'immigration (*Une politisation feutrée* [...], *op. cit.*), comment des agents, de la Direction de la population et des migrations (DPM) en particulier, « *ont pu redéfinir peu à peu une culture institutionnelle à usage tant interne qu'externe et à l'aune de laquelle une maîtrise des flux migratoires va apparaître 'nécessaire'* » (p. 138), pour « *rendre ''logique'' une limitation des entrées de la main-d'œuvre immigrée* » (p. 139). Ce nouveau « *discours maison* » produit par les hauts fonctionnaires « *se stabilise, s'objective et constitue le réservoir de sens à partir duquel se justifie à la fois en interne et en externe la ''nécessité'' d'une politique d'immigration restrictive* » (p. 151). Appliquée au droit au séjour pour soins, il s'agit d'analyser comment des

A. Des critiques orientées

523. L'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins a fait l'objet de plusieurs critiques, que ce soit par les médecins eux-mêmes, les responsables politiques ou les services d'inspection, auxquels ces derniers ont proposé de répondre par plusieurs réformes (1). L'analyse de la cause des problèmes soulevés, et surtout, de la manière dont ils l'ont été, amène à émettre l'hypothèse d'une volonté de certains responsables politiques et administratifs de créer un consensus sur les nécessités de réformer la procédure, pour tendre vers une *policiarisation* accrue de cette évaluation médicale (2).

1. Les principales critiques et réformes suggérées par les services d'inspection[1530] à l'égard du corps médical

524. L'Inspection générale de l'administration (IGA) et l'Inspection des affaires sanitaires et sociales (IGAS) ont rédigé, ensemble ou séparément, trois rapports consacrés exclusivement au droit au séjour pour soins. À cela s'ajoute un rapport général de l'IGA de 2002, qui désigne le droit au séjour pour soins comme étant « *la faille majeure du système* »[1531] en ce que le nombre d'étrangers titulaires d'un titre de séjour en raison de leur état de santé serait trop élevé. Sur l'ensemble des premiers titres de séjour délivrés, le droit au séjour pour soins n'en représente pourtant que 3 %[1532].

---

hauts (et moins hauts) fonctionnaires du ministère de l'Intérieur et des services d'inspection de l'administration ont construits un discours tendant à rendre logique la policiarisation *accrue* du corps médical.

1530 Les services d'inspection, ou corps d'inspection, constituent l'une des principales voies de contrôle des administrations. À ce sujet, lire notamment B. Stirn, Y. Aguila, *Droit public français et européen*, Sciences Po Les Presses, Dalloz, 2014, pp. 487-488 : « *chaque administration dispose d'un corps d'inspection, placé sous l'autorité directe du ministre, qui peut être chargé de toute mission de contrôle et d'évaluation des services qui relèvent de sa responsabilité. Parmi les plus importants figurent l'Inspection générale des affaires sociales ou le Contrôle général des armées. L'inspection générale de l'administration est compétente pour l'ensemble des services du ministère de l'Intérieur* (…)*. Trois corps d'inspection, l'Inspection générale des finances, l'Inspection générale des affaires sociales et l'Inspection générale de l'administration recrutent dès le début de la carrière, à la sortie de l'ENA.* (…) *Outre leurs missions traditionnelles de contrôle sur place et sur pièces, les inspections générales contribuent à une réflexion d'ensemble sur l'organisation des services, la définition de leurs responsabilités et l'évaluation de leurs résultats. Il leur revient de préconiser des réformes, de contribuer à les définir et de veiller à leur application* ».

1531 IGA, *Rapport sur l'immigration commandé par le ministère de l'Intérieur à l'Inspection générale de l'administration*, novembre 2002.

1532 O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, mars 2013, p. 41 : « *il n'y a que peu d'impulsions par l'administration centrale sur la quetion des étrangers malades parce que le sujet est arithmétiquement marginal au sein de la problématique générale de délivrance des titres (les titres ''Étrangers malades'' représentent un peu plus de 3 % du total, 5 % si l'on ne tient compte que des cartes de séjour temporaire* ».

525. Le premier rapport dédié au statut de l'étranger gravement malade est celui de l'IGA publié en 1992[1533] : il est davantage focalisé sur le fonctionnement au sein de la préfecture de Seine-Saint-Denis que sur le corps médical, la procédure n'étant pas encore formalisée à l'époque. C'est en 2006 qu'un rapport de l'IGAS portant directement sur l'office des médecins est publié. Relatif aux « *avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire* », il souligne la difficulté de cette mission pour les MISP, et élabore une série de recommandations destinées à la DGS, l'appelant à élaborer « *une posture indépendante des associations* »[1534], l'établissement « *d'une doctrine de cadrage à l'égard des MISP* »[1535], et un appel à les protéger des pressions en « *collectivisant leurs avis* ». Ce rapport propose de « *retirer aux MISP toute appréciation clinique et réorienter leur intervention sur le contrôle du respect de la procédure, pour ne pas désorienter ceux qui estiment que le regard d'un médecin de santé publique est une garantie* », de « *maintenir aux seuls cliniciens l'appréciation de l'état de santé des personnes, en laissant au Préfet-MISP la possibilité de faire expertiser des avis contradictoires* […] *ou de faire réexaminer la personne (pour éviter les pressions sur les praticiens)* ». La mission propose de laisser aux préfets l'évaluation de l'accessibilité aux soins dans le pays d'origine et, à terme, de transférer l'évaluation médicale à l'agence nationale chargée de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM, future OFII). Ce rapport de l'IGAS préconise donc une réduction considérable du rôle des MISP dans la procédure, mais il ne sera toutefois pas suivi de réformes, contrairement au rapport commun à l'IGA et l'IGAS rendu en 2013 sur l'admission au séjour des étrangers malades.

526. Ce dernier constitue le principal rapport réalisé par les services de l'État sur le dispositif de régularisation pour soins. Les principaux constats qu'il dresse concernant l'évaluation médicale sont la faiblesse de pilotage du dispositif par les ministères concernés, la solitude décisionnelle du médecin ARS, le dénuement documentaire pour l'évaluation de la disponibilité des soins, et surtout, « *une application hétérogène des critères législatifs liés à "l'exceptionnelle gravité" et aux "traitements appropriés dans le pays d'origine"* », les taux départementaux étant « *très dispersés autour de la moyenne nationale, avec des écarts*

1533IGA, *Rapport Mahaud,* préc. Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.
1534J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 15.
1535*Ibid.*, pp. 16-17.

pouvant atteindre 70 points »[1536]. Cette hétérogénéité, synonyme d'inégalité territoriale de traitement, était déjà dénoncée par le rapport de l'IGAS de 2006[1537]. Outre ces aspects, le rapport dénonce notamment une sous-estimation de la fraude au droit au séjour pour soins[1538].

527. Constatant « *une organisation administrative des avis médicaux à bout de souffle* »[1539], la mission conclut qu'il faut « *reconsidérer l'intervention des ARS dans le processus d'admission au séjour des étrangers malades* ». C'est pourquoi, elle recommande de transférer l'évaluation médicale à l'OFII, qui apparaît, « *sans transfert ni alourdissement de coûts significatifs, l'institution la mieux à même de prendre en charge cette mission essentielle* »[1540]. La formule proposée par la mission d'inspection rompt drastiquement avec la procédure existante, puisque « *le médecin de l'OFII ferait bénéficier l'étranger d'une véritable consultation médicale exhaustive, donnant lieu aux examens complémentaires utiles, avant de rendre un avis au préfet* »[1541]. Les demandes de titres de séjour pour soins déposées auprès de la préfecture de police de Paris ne seraient pas concernées par ce changement : la mission propose « *de manière pragmatique, de maintenir la compétence propre du médecin chef de la préfecture de police de Paris pour formuler ses avis au préfet, le système en vigueur à Paris ayant fait ses preuves* »[1542]. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que la mission propose de « *mieux accompagner et*

1536*Ibid.*, p. 47.

1537*Ibid*, p. 14. Le droit au séjour pour soins n'est pas le seul pan du droit des étrangers sujet à une hétérogénéité territoriale de traitement. À titre d'exemple, la prise en charge des mineurs non accompagnés (MNA) est également confrontée à ce problème. Voir en ce sens IGAS, IGA, Inspection générale de la Justice (IGJ) et Assemblée des départements de France (ADF), *Rapport de la mission bipartite de réflexion sur les mineurs non accompagnés*, Février 2018, p. 31 : « *L'évaluation semble mise en œuvre de manière très hétérogène selon les départements s'agissant du nombre et de la durée des entretiens, du recours éventuel à l'interprétariat, de la nature des investigations sur l'identité et le contrôle documentaire. La pertinence des étapes d'évaluation définies par l'arrêté du 17 novembre 2016 n'est pas contestée mais son appropriation reste de toute évidence inégale et difficile dans un contexte d'évolution croissante des flux. En témoigne la dispersion du taux de reconnaissance de minorité qui, selon les données de l'ASP pour le premier semestre 2017, varierait de 9 % à 100 % selon les départements cela concerne aussi la prise en charge des MNA* ».

1538Voir *infra*.

1539O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p 69.

1540*Ibid.*, p. 70. Quelques mois plus tard, en avril 2014, un rapport d'information parlementaire recommandera également le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII en s'appuyant sur les arguments de l'IGA-IGAS : J. Dubié, A. Richard, *Rapport d'information sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques, 10 avril 2014, 164 p.

1541*Ibid.*, p. 71.

1542*Ibid.*, p. 73.

soutenir les capacités d'expertise du réseau des M.ARS dans la conduite de l'instruction de leurs avis »[1543].

528. L'option retenue par le Gouvernement dans son projet de loi, et par le Parlement lors du vote de la loi du 7 mars 2016, s'inspire donc directement, à quelques détails procéduraux près, du rapport IGA-IGAS de 2013, illustrant ainsi que « *l'initiative politique peut être consécutive à la pression des services administratifs, qui ont attiré l'attention des autorités politiques sur la nécessité de réformes* »[1544].

2. La création d'un contexte propice au transfert de l'évaluation médicale à l'OFII

529. Il n'est pas question ici de revenir sur le fond des critiques formulées par les rapports d'inspection, mais d'analyser la manière dont elles ont été présentées, et de mettre en évidence certains sujets qui ont été occultés. Il s'agit d'adopter une méthode propre à la science administrative, pour qui « *la prise en compte de la logique politique qui gouverne l'élaboration des politiques impose le repérage et l'identification des différents acteurs qui participent aux choix, l'analyse du déroulement de leur confrontation et l'étude du produit résultant de leur interaction* »[1545].

530. Les principales critiques à l'encontre du rapport IGA-IGAS ont logiquement émané du milieu associatif et de l'ODSE en particulier, qui perçoit cette proposition de transfert à l'OFII comme une menace à l'équilibre de la procédure, car synonyme « *d'une configuration ministérielle où les considérations sécuritaires et de contrôle des flux migratoires ont fini par prendre totalement le pas sur les impératifs de santé publique* »[1546]. La publication du rapport a également suscité des critiques au sein de la DGS. Selon une personne chargée du dossier « étrangers malades » à l'époque, la décision de commanditer un rapport sur le droit au séjour pour soins « *avait du sens, car il fallait faire un point* »[1547]. Mais dès le départ, le ministère de l'Intérieur a souhaité prendre la main sur le sens à donner. D'une part, « *la lettre*

1543*Ibid.*
1544J. Chevallier, « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société*, vol. 79, no. 3, 2011, pp. 623-636.
1545J. Chevallier, *Science administrative*, PUF, coll. « Thémis-Droit », 5ème éd., 2013, p. 484.
1546ODSE, « Expulsions d'étrangers malades : Le ministère de la Santé aux abonnés absents », *Communiqué de presse,* 29 mars 2013.
1547Entretien réalisé le 8 septembre 2015.

de mission a été faite par le ministère de l'Intérieur. Or, de bonnes pratiques, ce sont les services administratifs qui le font. Là, le ministère de la Santé n'a même pas été consulté. À la DGS, on ne l'aurait pas rédigé comme ça, car la lettre comprend beaucoup de termes propres à l'Intérieur, telles que ceux relatifs à la fraude et aux manœuvres dilatoires »[1548]. Ce rapport de l'IGA-IGAS est perçu comme étant « *très distancié, très intéressé, car il vise le faible du poids du ministère de la Santé sur ce dossier* »[1549], pour « *préparer le transfert à l'OFII* »[1550]. Une preuve du manque d'objectivité de la mission serait la liste des personnes auditionnées : seules l'ont été « *celles issues d'une liste suggérée par l'Intérieur. Ils n'ont pas auditionné les personnes que l'on a recommandées, et n'ont pas cité les documents que l'on conseillait* »[1551]. Cette volonté initiale de contrôle du rapport par l'Intérieur est confirmée par le membre de l'IGAS y ayant participé : « *à l'IGA, lors de la première réunion, un inspecteur a dit : ''le cabinet du ministre souhaite que l'on aille dans ce sens''. Mais on a tout de suite mis les choses au clair, et l'IGA a compris* ». Selon ce dernier, « *on ne nous dicte pas là où on va. C'est moi qui ai choisi d'auditionner la préfecture de la Côte d'Or, par exemple. Les décisions sont équilibrées, sinon cela n'irait pas. Beaucoup de gens ne voulaient pas qu'on aille en Île-de-France, y compris la DGS, car c'était explosif. Il fallait pacifier les choses. Vous allez me dire, ''avec l'Ofii, bravo'''* »[1552].

531. Selon un membre de l'IGA ayant rédigé le rapport, « *la fraude n'a jamais été le premier sujet. Le vrai sujet, c'est l'inégalité de traitement des usagers selon les départements et les services* »[1553]. Le rapport fait pourtant état d'« *une sous-estimation des risques de comportements frauduleux* », sans détailler statistiquement ce phénomène. Surtout, cet argument vient appuyer l'une des recommandations principales du rapport, le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII et la consultation médicale à l'OFII, qui « *permettrait de lutter contre la fraude* »[1554]. Le rapport n'aborde pas non plus la pratique préfectorale des refus de

1548*Ibid.*, 8 septembre 2015. La lettre de mission dudit rapport, mentionne effectivement que : « *s'ajoutant à l'incertitude d'appréciation du critère de fond, plusieurs points de nature à interroger l'efficacité du dispositif en vigueur ont été signalés : (…) l'existence de vecteurs de fraude au travers d'avis génériques ou stéréotypés de certains médecins agréés, et la nécessité d'améliorer les possibilités de contrôle par les médecins des agences régionales de santé ; Le risque d'utilisation purement dilatoire de la procédure, notamment après l'échec d'autres procédures tendant à l'obtention d'un droit au séjour* », IGA-IGAS, préc., p. 86.

1549Entretien réalisé avec un médecin inspecteur de santé publique, 13 août 2015.

1550Entretien avec une personne travaillant à la DGS, 8 septembre 2015.

1551*Ibid.*

1552Entretien avec un membre de l'IGAS, 3 novembre 2016.

1553Entretien avec un membre de l'IGA, 14 décembre 2016.

1554O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 71

séjour malgré l'avis favorable rendu par le médecin de l'ARS, pratique qui était pourtant pratiquée par des préfectures rencontrées par la mission IGA-IGAS. Une recherche de jurisprudence permet ainsi de dater de telles pratiques à partir de 2012 en Haute-Garonne[1555], préfecture rencontrée par la mission. La mission IGA-IGAS s'est déroulée entre le 26 septembre 2012 (date de réception de la lettre de mission par l'IGA-IGAS), et mars 2013 (date de la publication du rapport). Or, dès 2011, et jusqu'à la publication du rapport, de tels refus de séjour ont été décidés par au moins six préfectures, dont une rencontrée par la mission[1556]. Quand bien même certaines préfectures n'ont pas été rencontrées, les responsables du ministère de l'Intérieur auditionnés en avaient connaissance, mais n'en ont pas informé les inspecteurs. Selon un rapporteur de l'IGAS, « *on aurait été saisi par le sujet des contre-enquêtes, on en aurait évidemment parlé. Mais on n'a pas eu ce retour* »[1557]. Cette omission de la part du ministère de l'Intérieur est attestée par le fait que parmi les personnes rencontrées au sein du Secrétariat général à l'immigration et à l'intégration par la mission, figure le Dr. Montagnon, conseiller-santé[1558]. Or, l'analyse de la jurisprudence révèle qu'avant le début de la mission en septembre 2012, ce dernier était déjà sollicité par les préfectures pour produire un argumentaire médical devant les tribunaux administratifs[1559].

532. Ce constat tend ainsi à confirmer une volonté du ministère de l'Intérieur, ou du moins, d'une partie de ses hauts fonctionnaires, d'occulter certaines pratiques problématiques des préfectures, afin de ne pas contre-balancer les critiques formulées à l'égard des médecins ARS et de la DGS. Qui plus est, comme le relève François Béroujon, les critiques sévères à l'égard de la procédure et de l'office du médecin ARS formulées par le rapport ont amené

1555 TA Toulouse, 21 janvier 2013, 1202349.

1556Préfecture de la Dordogne, arrêté préfectoral du 18 septembre 2012 (CAA Bordeaux, 3 février 2014, n° 13BX01932) ; préfecture de la Haute-Savoie, arrêté du 5 septembre 2011 (CAA Lyon, 15 novembre 2012, n° 12LY00869) ; préfecture de Loire-Atlantique, arrêté du 6 mars 2012 (TA Nantes, 6 mars 2012, n° 12NT01915) ; préfecture du Puy-de-Dôme, arrêté du 30 janvier 2012 (CAA Lyon, 27 décembre 2012, n° 12LY01560) ; préfecture de la Mayenne, arrêté du 20 septembre 2012 (TA Nantes, 5 avril 2013, n° 1211484).

1557Entretien réalisé avec un rapporteur de l'IGAS, 17 novembre 2016.

1558O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 87

1559Voir notamment TA Nantes, 26 septembre 2012, n° 125486 : « *que, toutefois, le préfet a refusé de lui délivrer un titre de séjour au motif qu'il ressortait des éléments d'information recueillis auprès de l'ambassade de France à Pristina et du conseiller santé auprès du secrétaire général à l'immigration et à l'intégration du ministre de l'intérieur, de l'outre-mer, des collectivités territoriales et de l'immigration, qu'existaient, au Kosovo, des possibilités de traitement approprié de l'affection psychiatrique de l'intéressée* ».

certains préfets, « *soupçonnant une forme de complaisance de ceux-là* »[1560], à décider de refuser des titres de séjour malgré l'avis médical favorable au séjour rendu par le médecin de l'ARS. Ce rapport a ainsi contribué à discréditer l'office des médecins ARS, rompant le lien de confiance entre médecins et préfets[1561], rupture qui se traduit par la pratique, dans certains départements, des refus de séjour malgré l'avis favorable du médecin[1562].

533. En sus de ces pratiques qui n'ont pas été mentionnées dans le rapport de l'IGA-IGAS, peuvent être ajoutées les critiques formulées par l'ODSE lors de la publication de ce dernier. Ainsi, les rapporteurs indiquent qu'« *aucune situation individuelle dramatique n'a été portée à la connaissance de la mission, liée à un retour forcé en dépit d'un état de santé qui, dans l'état du droit antérieur, aurait pu -ou aurait dû- donner lieu à un droit au séjour* »[1563]. L'ODSE souligne pour sa part que depuis juillet 2012, il « *a rapporté aux ministères des expulsions de malades dans des conditions injustifiables. Il n'y a dans ce rapport pas une phrase pour cette personne atteinte de diabète de type 2 très avancé, expulsée vers le Congo menottée et bâillonnée, pas une ligne pour cette personne géorgienne renvoyée vers un système de soins incapable de prendre en charge sa pathologie, pas un mot pour cet homme ivoirien séropositif envoyé vers un pays où il n'a pratiquement aucun espoir d'accéder aux antirétroviraux* »[1564]. L'hypothèse selon laquelle les services ministériels n'en ont pas informé les membres de la mission peut à nouveau être formulée.

534. Ainsi, il ressort de ces différents éléments que le rapport de l'IGA-IGAS de 2013 apparaît biaisé à certains égards. Ces constats amènent à mettre en exergue le rôle joué par certains hauts fonctionnaires qui, en ne mentionnant pas certains problèmes ou en accentuant d'autres, contribuent à la production de normes[1565] tendant à *policiariser* le corps médical. La « *politisation feutrée* »[1566] tendrait à s'appliquer à l'évolution du droit au séjour

1560F. Béroujon, « Secret médical et technique probatoire devant le juge administratif », *Maux d'Exil*, n° 46, avril 2015, p. 5.

1561« *La confiance avec les médecins ARS est rompue* » (propos de R. Sodini, conseiller immigration du ministre de l'Intérieur lors d'une rencontre avec des représentants de l'ODSE, en juillet 2015).

1562Sur ces pratiques, voir le chapitre suivant.

1563O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 63.

1564ODSE, « Expulsions d'étrangers malades : Le ministère de la Santé aux abonnés absents », *Communiqué de presse,* 29 mars 2013.

1565Jacques Chevallier parle « *d'emprise bureaucratique sur la production de normes* », *in* J. Chevallier, « La place de l'administration dans la production des normes », *op. cit.*

1566S. Laurens, *op. cit.*

pour soins, car en insistant sur tels aspects de la procédure, les hauts fonctionnaires lors de leurs auditions, et les membres des services d'inspection dans leurs rapports, « *choisissent ce qui est digne d'être porté à la connaissance du ministre et ce qui ne nécessite pas un arbitrage de ce dernier* »[1567]. Ils seraient ainsi « *en mesure de ''mettre en alerte'' et de susciter l'investissement des acteurs gouvernementaux sur certains dossiers* »[1568]. L'analyse de la préparation du transfert à l'OFII met ainsi « *au jour les logiques par lesquelles les pouvoirs publics façonnent les problèmes publics et imposent une certaine représentation de la réalité sociale* »[1569].

B. La *policiarisation* accrue du corps médical par son rattachement au ministère de l'Intérieur

535. La publication du rapport de l'IGA-IGAS en 2013 a abouti au projet de loi, adopté par le Parlement, transférant l'évaluation médicale à l'OFII. Ce projet de transfert n'était pas nouveau : il est évoqué pour la première fois dans le rapport Mahaut de l'IGA de 1992[1570], puis dans le rapport de l'IGAS de 2006. Mais il manquait à l'époque la fenêtre politique pour le proposer. Selon un rapporteur de l'IGAS en 2013, « *le ministère de l'Intérieur ne prévoyait pas le transfert à l'OFII. L'idée du transfert est vraiment venue à la fin, lorsque nous avons rencontré le chef du service médical de la préfecture de police de Paris* ». Selon ce dernier, « *les médecins de la préfecture de police de Paris faisaient appel à l'OFII pour avoir des infos sur la disponibilité des soins. Ils nous ont montré les éléments de mises à jour. À partir de ce moment-là, on s'est posé la question du transfert à l'OFII. Ils ont des antennes sur place, dans les pays, avec en plus des correspondances. Il y avait une vraie connaissance médicale* »[1571].

536. La principale critique de cette réforme réside dans le fait qu'elle place les médecins sous la tutelle du ministère de l'Intérieur, ce qui laisse craindre une remise en cause de leur indépendance. Des garanties ont cependant été avancées par ses partisans, tels que le rapporteur du projet de loi au Sénat, pour qui « *ces médecins sont toutefois tenus de respecter les règles déontologiques de leur profession et leur contrat de travail stipule que ''la hiérarchie*

1567S. Laurens, *op. cit.*, p. 17.
1568*Ibid.*
1569K. Narguesse. « Former pour dépolitiser. L'administration des immigrés comme cible de l'action publique », *Gouvernement et action publique*, vol. 4, no. 4, 2012, pp. 91-114.
1570IGA, *Rapport Mahaud : rapport de l'inspecteur sur la délivrance irrégulière de titres de séjours à des étranger pour soins médicaux en Seine-Saint-Denis*, 1991, côte d'archives 19960304/1.
1571Entretien avec un membre de l'IGAS, 3 novembre 2016.

administrative à laquelle ils sont soumis ne doit pas faire obstacle à leur indépendance professionnelle" »[1572]. En dépit de ces garanties, l'office du médecin chargé d'évaluer les demandes de titre de séjour pour soins a évolué, et accroît le phénomène de policiarisation. Afin de bien saisir ce phénomène, il faut le resituer dans le contexte d'évolution de l'OFII[1573], qui au fil des ans a été rattaché au ministère de l'Intérieur, alors qu'il dépendait historiquement de ministères dits « sociaux » (ministère du travail, de la sécurité sociale ou de la santé), témoignant ainsi « *de la remise en cause de l'investissement social de l'État dans ce domaine, pour confiner le traitement des étrangers à des logiques administratives, sinon policières* »[1574].

537. L'évolution de l'office des médecins se constate avec la nouvelle possibilité de convocation de l'étranger par le médecin de l'OFII rapporteur, ou par le collège de médecins[1575], et l'usage qui en est fait. Dès l'entrée en vigueur de la loi, « *la direction du service médical de l'OFII a décidé de faire un contrôle systématique des VIH et des hépatites. Ce sont des instructions internes, officieuses* »[1576], afin de lutter contre la fraude : les personnes demandeuses d'un titre de séjour pour soins sont convoquées pour effectuer une prise de sang, afin de corroborer le contenu du rapport médical, pour s'assurer que ce sont bien elles qui sont porteuses des pathologies invoquées. Ces convocations quasi-systématiques sont assumées par la direction du service médical de l'OFII, qui les a confirmés à l'ODSE lors d'une

1572F.-N. Buffet, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, Session ordinaire de 2017-2018 n° 552, Tome 1, p. 341.

1573Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

1574S. Chevron, *La réforme des structures en charge de l'immigration : de l'Anaem à l'Ofii*, Paris, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2008, 272 p.

1575Voir *supra*.

1576Entretien avec un médecin de l'OFII, 15 février 2018. Un document comptable de la DGEF relatif à la budgétisation de la nouvelle mission d'évaluation médicale de l'OFII vient corroborer le fait que les convocations d'étrangers étaient décidées par l'OFII, et non par les médecins individuellement. Ce tableau Excel datant de novembre 2017 vise à budgétiser le coût représenté par l'instruction médicale des demandes de titre de séjour pour soins depuis l'entrée en vigueur de la réforme, mais aussi, et surtout, à établir un budget prévisionnel pour les années 2018 et 2019. Ainsi, pour les années 2017, 2018 et 2019, le nombre d'examens médicaux prévus est respectivement de 10 247, 11 026 et 11 863. Le taux de contrôle (entendu comme étant le taux de convocations et d'examens médicaux effectués) a été déterminé comme étant de 100 % pour toutes les demandes de 2017 déposées par des personnes séropositives au VIH, aux hépatites, ou diabétiques, pour un coût total de 304 000 euros. Pour 2018, il est estimé à 100 % pour les premières demandes, à et à 20 % pour les renouvellements, soit un coût total de 182 000 euros. Ce taux se retrouve dans la pratique, comme l'indiquent les rapports au Parlement rédigés par le service médical de l'OFII.

réunion[1577], ainsi que dans son rapport au Parlement pour l'année 2017[1578]. L'application d'une directive tendant à convoquer certaines catégories de demandeurs par les médecins de l'OFII relativise l'indépendance de ces derniers, en ce qu'ils exécutent une mesure à finalité policière, puisqu'il s'agit de lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins. Cette pratique rompt d'ailleurs avec celle des médecins ARS : si ces derniers avaient la possibilité de convoquer les personnes dans le cadre de la « commission médicale régionale » prévues aux articles R. 313-23 à R.313-36 du CESEDA, cette possibilité n'était que très peu utilisée[1579]. À cela s'ajoute que les pratiques des médecins ARS étaient assez hétérogènes en la matière, certains étant très portés sur la lutte contre la fraude, alors que d'autres médecins interrogés ont indiqué ne pas avoir « *de suspicion à l'égard de potentielles fraudes, ce n'est pas de notre office. Nous ne travaillons pas pour le ministère de l'Intérieur* »[1580].

538. Un autre exemple de cette *policiarisation* accrue résultant de la réforme du 7 mars 2016 réside dans l'implication probable des médecins de l'OFII dans l'apport de preuves au contentieux. Selon un médecin coordinateur de zone de l'OFII, « *du contentieux, on commence à en avoir pas mal, et on le renvoie à Paris. C'est une question d'ailleurs : est-ce qu'on traite le contentieux nous-même, ou est-ce qu'on le renvoie à Paris ? Je pense qu'on va devoir le gérer. Sur le contentieux, ça va devenir de plus en plus important, je pense que mon temps de travail va être 80 % malades étrangers, et 20 % contentieux* »[1581]. En d'autres termes, les médecins de

1577Réunion du 16 novembre 2017.

1578OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 36 : « *les primo-demandeurs ont fait l'objet d'une convocation sauf exception. La décision de convoquer des demandeurs en renouvellement est laissée à l'appréciation du médecin de l'OFII selon le type de la pathologie et la qualité du dossier médical* ».

1579La mission IGA-IGAS relève que « *sous réserve de quelques cas exceptionnels (comme en région Lorraine, ou limité à l'entretien avec deux médecins de départements différents en Languedoc-Roussillon), ce lieu d'échange d'informations médicales et administratives n'est jamais utilisé. Les arguments qui ont été livrés à la mission pour expliquer que la CMR soit restée lettre morte, alors qu'elle aurait pu constituer un élément de collégialité et contribuer à diminuer le sentiment d'isolement des M.ARS, tiennent tant à des contraintes logistiques et organisationnelles qu'à la faible disponibilité de ses membres potentiels dans un contexte de rareté de la ressource médicale. De plus, alors qu'une large part des difficultés rencontrées par les M.ARS touche à l'appréciation de la situation sanitaire dans le pays d'origine, les CMR ne sont pas habilitées à se prononcer sur ce sujet* », *in* O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 50. Il ressort de nos recherches que l'ARS Centre a également mis en place à partir de septembre 2010 une commission médicale régionale qui se « *réunit tous les mois depuis septembre 2010 et convoque huit ressortissants étrangers à chacune de ses séances* ». La mise en place de cette commission peut être reliée à l'un des médecins ARS exerçant en région Centre à cette époque, le Dr Montagnon, qui devint par la suite conseiller santé de la DGEF (sur ce sujet, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3).

1580Entretien avec deux médecins d'ARS, réalisé le 11 janvier 2016.

1581Entretien avec un médecin coordinateur de zone de l'OFII, 14 février 2018.

l'OFII pourraient être amenés à assister les préfectures lorsqu'un étranger exerce un recours à l'encontre d'un refus de titre de séjour pour soins faisant suite à un avis médical défavorable au séjour[1582]. C'est ce que semble confirmer l'OFII dans son rapport d'activités pour l'année 2017, où elle indique que le pôle juridique et de suivi du contentieux de l'OFII « *a été sollicité par certaines préfectures pour le traitement des premiers contentieux* »[1583]. Si d'un point de vue fonctionnel, il est compréhensible que les médecins de l'OFII assistent les préfectures au contentieux, il faudrait, pour que le rôle de garant procédural qui leur est reconnu soit préservé, que les médecins de l'OFII assistent également au contentieux les étrangers concernés par un refus de séjour décidé par une préfecture en contradiction avec leur avis. Cette dernière hypothèse, très peu probable, démontre bien le glissement que constituerait cette évolution du rôle des médecins de l'OFII : sur l'échiquier procédural, où se trouvent d'un côté la protection de la santé de l'étranger et de la santé publique, et de l'autre, l'objectif de maîtrise des flux migratoires, les médecins de l'OFII penchent tendanciellement vers ce dernier[1584].

539. En définitive, le discours récurrent des responsables politiques et administratifs visant à pointer les dysfonctionnements observés dans la mission d'évaluation médicale « *constitue le réservoir de sens à partir duquel se justifie à la fois en interne et en externe la ''nécessité'' d'une politique d'immigration restrictive* »[1585]. Concernant les étrangers malades, cette

1582Cette hypothèse est confirmée par une note interne à la DGEF, intitulée « Secret médical et gestion du contentieux dans la procédure étrangers malades » élaborée en avril 2019 : « *L'OFII ne pouvant être appelé en cause dans une procédure contentieuse en excès de pouvoir, il ne peut être requis par le juge de défendre son avis. Il pourrait être invité à présenter des observations en tant qu'intervenant volontaire mais rien ne l'obligerait à accepter l'invitation du juge en ce sens à moins de modifier l'arrêté du 5 janvier 2017 afin d'étendre les missions des médecins de l'OFII à la phase contentieuse. Dans cette hypothèse, l'OFII pourrait être amené à présenter des observations sur les documents médicaux versés au contradictoire par le requérant qui aurait préalablement levé le secret médical. Le secret médical ayant été levé par le requérant, on se trouverait alors dans un cadre proche de la médecine d'expertise où le médecin se limiterait à répondre aux questions posées sans rien ajouter de plus* ».

1583OFII, *Rapport d'activités*, 2017, p. 84.

1584Certaines ARS ont assisté des préfectures au contentieux, telles que celle de la région Centre, comme l'indique le directeur de cette dernière dans un courrier adressé au ministère de la Santé en date du 25 janvier 2011 : « *Actuellement, cinq médecins rendent les avis et aident les préfectures à argumenter les mémoires en défense lors des recours contentieux ; le sixième, le Dr Montagnon, prend en charge les contentieux les plus délicats, notamment en appel, du fait de son expérience particulière dans ce domaine* ». La présente recherche n'a pas permis de trouver d'élément indiquant que d'autres ARS pratiquaient une assistance des préfectures au contentieux, mais il est possible que ce fût le cas. Comme pour l'instauration des commissions médicales régionales dans cette ARS, l'implication de l'ARS Centre dans le traitement du contentieux des préfectures semble liée à la personne du Dr Montagnon, qui devint par la suite conseiller santé de la DGEF (sur ce sujet, voir *infra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3).

1585S. Laurens, *Une politisation feutrée, op. cit.*, p. 151

« *nécessité* » se matérialise par une *policiarisation* accrue du corps médical en le plaçant sous la tutelle du ministère de l'Intérieur, afin de l'investir directement de prérogatives relevant de la police des étrangers. Parallèlement à cette *policiarisation* évidente, qui se manifeste notamment à travers des rapports et des pratiques explicitement assumées, s'est également développée une *policiarisation* plus diffuse des médecins.

SECTION 2. UNE *POLICIARISATION* DIFFUSE

540. Cette *policiarisation* diffuse se manifeste par l'incitation d'autres médecins – en l'occurrence, des ambassades – à participer à l'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins, dans une logique restrictive (§1). Elle se traduit également par l'évolution récente du cadre réglementaire des demandes de protection contre l'éloignement, qui peut être interprétée comme une diffusion de la logique des manœuvres dilatoires auprès des médecins de l'OFII (§2).

§1. LA POLICIARISATION PAR L'IMPLICATION DE MÉDECINS D'AMBASSADE

541. Après l'échec du projet de circulaire du ministère de l'Intérieur en novembre 2006[1586], des « fiches-pays » ont été mises en place par le ministère de l'Intérieur. Elles visent à permettre aux médecins-inspecteurs de santé publique et au médecin-chef de la préfecture de police de Paris de disposer d'informations sur la disponibilité des traitements dans les pays d'origine des demandeurs. Elles permettent également aux préfectures d'avoir une base documentaire en cas de contentieux. Ces fiches-pays ont été critiquées lors de leur mise en place[1587], car elles avaient pour finalité de fournir les mêmes informations médicales aux MISP et aux préfets, or ces derniers n'ont pas d'évaluation médicale à effectuer. Elles visaient à pallier le « *problème de l'information sur l'accès aux soins dans les pays d'origine* »[1588]. Dans ce but, un télégramme diplomatique[1589] est envoyé à trente-deux ambassades, contenant un « *questionnaire destiné aux consulats, conjointement rédigés par l'Intérieur, la Santé et la Direction de la population et des migrations* »[1590]. Ce questionnaire « *brasse large, mais il*

1586Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
1587Au sujet des fiches-pays et leurs conséquences, voir notamment E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...), op. cit.,* p. 524.
1588Entretien avec une personne ayant été chargée du dossier « étranger malade » à la DGS, 8 septembre 2015.
1589Voir *infra,* Annexe 6.
1590*Ibid.*

occulte la question de l'accès effectif (dû aux rapports de force entre ministères). La DGS n'a jamais diffusé ces fiches aux ARS. Mais elles ont été diffusées dans l'intranet des préfectures, car pour l'Intérieur, c'était l'idéal : une fiche binaire, qui n'entre pas dans les détails »[1591]. Ces propos sont confirmés par un médecin en poste à l'ambassade du Sénégal lorsque ce télégramme diplomatique a été diffusé par le secrétaire général au ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité nationale et du Développement solidaire, Patrick Stefanini. Ce dernier, après avoir brièvement présenté le dispositif, indique que « *le gouvernement a décidé que cette procédure ne ferait l'objet d'aucune modification dans la loi relative à l'immigration. Il a toutefois souhaité une application plus scrupuleuse des dispositions en vigueur* »[1592]. Le télex précise que « *ce questionnaire a fait l'objet d'un accord interministériel* », et que les ambassadeurs voudront bien le renseigner « *en s'appuyant notamment sur les médecins attitrés de votre poste ou agréés par vous* ». L'objectif poursuivi par le ministère de l'Intérieur avec ce questionnaire est de permettre d'avoir des informations médicales qui permettront de limiter l'accès à un titre de séjour pour soins.

542. Certains médecins d'ambassade ont refusé de faire ce catalogue sanitaire, « *car les réponses étaient oui ou non pour la présence d'un médicament, ce qui n'avait pas de sens* »[1593]. L'ambassadeur du Sénégal de l'époque, Jean-Christophe Ruffin[1594], a soutenu ce refus. Cet épisode du télégramme diplomatique dévoile ainsi une forme de *policiarisation* diffuse du corps médical, au sens où des médecins que la loi n'inclut pas dans la procédure se trouvent sollicités pour remplir un questionnaire qui servira à contrôler la délivrance de titre de séjour pour soins. Ce caractère diffus est d'autant plus saillant au regard du fait que les médecins d'ambassade n'étaient pas nécessairement au courant des tenants et aboutissants de ce questionnaire, et de sa finalité restrictive pour le droit au séjour pour soins.

543. Si ces fiches-pays ont théoriquement disparu[1595], les médecins des ambassades sont toujours sollicités par les services préfectoraux pour leur fournir de la documentation médicale lors d'un contentieux. L'analyse du contentieux des refus de titres de séjour malgré

1591*Ibid.*
1592Voir *infra,* Annexe 6.
1593Entretien avec un médecin d'ambassade, 13 août 2015.
1594Le fait que Jean-Christophe Ruffin ait soutenu ce refus n'est pas anodin, ce dernier étant un médecin investi dans certaines organisations non gouvernementales, telles que Médecins sans frontières et Action contre la faim.
1595Bien qu'en pratique, des préfectures continuent de s'en servir.

l'avis favorable du médecin de l'ARS révèle que les préfectures s'appuient souvent sur des courriels de ces médecins pour démontrer les possibilités de prise en charge médicale dans le pays d'origine, le même courriel ou la même note servant souvent dans plusieurs procédures. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence[1596] indique que parmi les 320 jugements de tribunaux administratifs relatifs à un recours exercé contre un refus de titre de séjour malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS, 152 mentionnent l'intervention du médecin-conseil de seize ambassades[1597] pour appuyer l'argumentaire de la préfecture. Les éléments fournis par ces médecins aux préfectures dans le cadre de procédure contentieuse servent parfois à fonder le rejet du recours par le tribunal administratif. La réalité des éléments décrits est pourtant parfois critiquée par des médecins du pays d'origine : tel est notamment le cas des rapports sur l'accès aux soins psychiatriques en République démocratique du Congo (RDC). Selon l'expertise du médecin référent de l'ambassade de France en RDC, « *les pathologies psychiatriques sont prises en charge dans les grandes villes de la République démocratique du Congo, et il n'y a pas de difficulté de prise en charge à Kinshasa ''dans le cas particulier du syndrome de stress post-traumatique, pathologie classique''* »[1598]. Contactés par un psychiatre français dans le cadre d'une procédure contentieuse, des médecins congolais ayant participé à la rédaction d'un rapport sur le système de santé mentale en RDC[1599] critiquent vivement ces notes du médecin-conseil de l'ambassade de France, qualifiées de « *polémiques* », car « *peignant en rose la santé mentale en RDC* »[1600]. Selon un médecin ARS ayant eu une expérience au ministère des Affaires étrangères, de telles expertises sont à éviter, car « *l'ambassade n'a pas les moyens pour décrire la disponibilité des soins dans tel pays* »[1601].

544. Des échanges de mails entre préfectures et services d'ambassade produits dans des procédures contentieuses illustrent que certains médecins-conseils ne peuvent ignorer la finalité poursuivie par les préfectures. C'est ce que révèle notamment un échange de mail de septembre 2014 entre la préfecture de la Côte-d'Or – qui pratique les refus de séjour malgré

1596Cette analyse résulte de l'exploitation de la base Ariane archive du Conseil d'État. Sur la méthodologie, voir Annexe 2.

1597Il s'agit d'ambassades présentes dans les pays suivants : l'Albanie, la Serbie, le Kosovo, la Turquie, la Géorgie, la Chine, l'Ukraine, l'Arménie, la Russie, la République démocratique du Congo, la République du Congo, l'Algérie, le Mali, la Guinée, Madagascar, le Maroc, et la Moldavie.

1598Voir par exemple TA Besançon, 4 octobre 2016, n° 1601162.

1599OMS-IESM, *Rapport sur le système de santé mentale en République démocratique du Congo*, 2006.

1600Informations figurant dans des courriels transmis par un psychiatre en Isère soignant des personnes demandeuses d'un titre de séjour pour soins.

1601Entretien avec un médecin inspecteur de santé publique, 30 décembre 2015.

l'avis favorable du médecin ARS – et l'ambassade de France en Côte d'Ivoire, demandant au médecin-conseil de transmettre « *des éléments récents sur la pathologie prise en Côte d'Ivoire et en particulier la prise en charge des maladies psychiatriques (stress post-traumatique)* », car « *la préfecture de la Côte-d'Or est confrontée à une augmentation des demandes déposées par les ressortissants de Côte d'Ivoire* (…) *reposant sur des maladies psychiatriques et stress-post-traumatique* ». Un courriel interne à la préfecture invite ensuite à mettre les éléments produits par le médecin-conseil « *au dossier pour la défense au contentieux* »[1602]. Les sollicitations des médecins-conseils relèvent parfois de la contre-expertise à l'avis médical de l'ARS, qui questionne sur le respect de la déontologie médicale[1603]. C'est notamment ce que démontre un échange de mails de septembre 2013 par lequel la préfecture de Loire-Atlantique transmet au médecin-conseil de l'ambassade de France au Sénégal des informations médicales nominatives sur le demandeur, afin de savoir « *s'il est vrai que la pathologie décrite dans les deux documents joints n'est pas de nature à être prise en charge au Sénégal ?* ». En réponse, le médecin-conseil informe la préfecture « *que non seulement le VIREAD que prend Madame X pour son hépatite B est disponible à Dakar mais de plus il est fourni gratuitement à l'Hôpital de Fann sur prescription d'un gastroentérologue* »[1604].

545. Il n'est pas question ici de contester le fait que le ministère de l'Intérieur et ses préfectures fassent appel aux relais dont dispose l'État pour obtenir des informations médicales sur la disponibilité des soins dans les pays d'origine de demandeurs. Il s'agit davantage de démontrer les effets de ces sollicitations sur l'office des médecins-conseils qui contribuent, sciemment ou non, à une politique de restrictions d'accès au statut d'étranger gravement malade, leur expertise servant à contredire les avis médicaux des ARS. Ces exemples démontrent ainsi de quelles manières le ministère de l'Intérieur sollicite des médecins-conseils d'ambassade pour poursuivre son objectif de restriction des titres de séjour pour soins délivrés. Ces derniers, ou plutôt ceux qui acceptent de répondre aux sollicitations des préfectures, sont *de facto* inclus dans le phénomène de *policiarisation* du corps médical : leur expertise vient à l'appui d'une politique migratoire restrictive. Celle-ci

1602Ce courriel a été obtenu dans le cadre de la CIFRE à AIDES, où la personne concernée a été assistée juridiquement.

1603Sur la déontologie médicale, et notamment le respect du secret médical, voir *infra*.

1604La personne demandeuse, accompagnée par une association rencontrée, n'a pas levé le secret médical lors de sa demande en préfecture, laissant ainsi supposer que la préfecture a violé le secret médical en transmettant ces informations au médecin d'ambassade.

peut être qualifiée de *diffuse* au sens où elle n'est pas officielle – le télégramme diplomatique incitant les médecins-conseils à répondre au questionnaire portant la mention « diffusion restreinte » – et que les médecins-conseils eux-mêmes ne disposent pas toujours de toutes les informations leur permettant de savoir que leur expertise s'inscrit dans une telle politique. Cette *policiarisation diffuse* se constate également au regard de la logique des « manœuvres dilatoires » induite par la procédure d'évaluation médicale des demandes de protection contre l'éloignement.

§2. La policiarisation par la procédure d'évaluation médicale des demandes de protection contre l'éloignement

546. Pour l'évaluation des demandes de titres de séjour pour soins, le collège de médecins de l'OFII statue au regard d'un rapport médical rédigé par un médecin instructeur de l'OFII, lui-même basé sur un certificat médical rédigé par le médecin du demandeur[1605]. La procédure de demande de protection contre l'éloignement pour raisons médicales[1606], quant à elle, comporte une étape en moins : le collège de médecins de l'OFII ou, pour le cas des personnes placées en rétention ou assignées à résidence, un seul médecin de l'OFII, émettent directement leur avis au regard du certificat médical rempli par le médecin du demandeur ou, s'il est placé en rétention, par le médecin de l'Unité médicale du centre de rétention administrative (UMCRA). Comme l'indique l'instruction interministérielle du 29 janvier 2017, « *il n'est pas prévu de rapport d'un médecin du service médical de l'OFII* »[1607].

547. Cette étape en moins pour les demandes de protection contre l'éloignement est justifiée par les pouvoirs publics en raison de « *l'impératif de diligence propre à l'exécution des mesures d'éloignement* »[1608]. Cette nouvelle procédure constitue une différence notable avec la précédente. Auparavant, les procédures étaient les mêmes pour les demandes de titres de séjour et pour les demandes de protection contre l'éloignement : le médecin de l'ARS, ou à Paris, le médecin-chef de la préfecture de police de Paris (PPP), statuaient sur la base d'un

1605Articles 1 à 8 de l'arrêté du 27 décembre 2016 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.* Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

1606Articles 9 à 11 de l'arrêté précité.

1607Information du 29 janvier 2017 *relative à l'application de la loi n° 2016-274 relative au droit des étrangers en France (dispositions relatives à la procédure de délivrance des documents de séjour et à la protection contre l'éloignement pour raison de santé, applicable à compter du 1er janvier 2017)*, NOR : INTV1638902J, p. 9

1608*Ibid.*

rapport médical rédigé par un praticien hospitalier ou un médecin agréé, à l'exception des étrangers placés en rétention ou en détention, pour qui le rapport était rédigé par le médecin de l'UMCRA[1609] et de l'équipe médicale hospitalière de l'unité sanitaire assurant les soins somatiques ou psychiatriques dans l'établissement pénitentiaire[1610]. Hormis pour ces deux derniers cas, la procédure ne permettait pas aux médecins de l'ARS ou au médecin-chef de la PPP de savoir s'ils statuaient sur une demande de titre de séjour pour soins, ou sur une demande de protection contre l'éloignement. Désormais, la nouvelle procédure le permet. Le collège de médecins de l'OFII, ou un médecin unique de l'OFII en cas d'étranger placé en rétention ou assigné à résidence, distinguent s'il s'agit d'une demande de protection contre l'éloignement ou d'une demande de titre de séjour au regard de la nature du document médical (intitulé « certificat médical » pour la protection, « rapport médical » pour le séjour), et du signataire du document (médecin du demandeur ou de l'UMCRA pour la protection, médecin rapporteur de l'OFII pour le séjour).

548. Selon le rapport de l'OFII au Parlement, au cours de l'année 2017, « *1 085 demandes de protection contre l'éloignement ont été traitées par les médecins de l'OFII, avec un taux d'avis favorables de 19,4 % pour les retenus, 13,3 % pour les assignés à résidence, 26,6 % pour les étrangers sous mesure d'éloignement ni retenus ni assignés à résidence, et 19 % pour les détenus* »[1611]. Pour les demandes de titres de séjour, sur 27 760 avis émis, 52,7 % sont favorables au séjour, pour 47,3 % défavorables[1612]. La différence de taux d'avis favorables entre les deux types de demandes (un taux moyen de 19,5 % d'avis favorables pour les demandes de protection, soit une différence de 33 points avec les demandes de titres) peut s'expliquer de deux manières. Une première explication est qu'effectivement, la plupart des demandes de protection contre l'éloignement déposées seraient « *dilatoires* », au sens où elles ne viseraient qu'à retarder l'échéance de l'éloignement : le faible nombre de personnes

1609Circulaire DPM/CT/DH/DLPAJ/DEF/GEND n° 99-677 du 7 décembre 1999 *relative au dispositif sanitaire mis en place dans les centres de rétention administrative*.

1610DGS, *Procédure étrangers malades. Questions les plus fréquentes posées par les médecins des ARS*, document interne, préc. Voir *infra,* Annexe 3.

1611OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 21. Il est à noter que le faible taux d'avis médicaux favorables à une protection contre l'éloignement pourrait s'expliquer par le fait que certaines demandes de protection contre l'éloignement ont été déposées par des personnes concernées par le règlement Dublin, pour lesquelles l'évaluation médicale de l'accès aux soins se fait au regard du pays de renvoi et non du pays d'origine. Par définition, l'accès aux soins peut être supposé de meilleure qualité au sein des États membres de l'Union européenne que dans les pays dont sont originaires la majeure partie des demandeurs d'une telle protection.

1612*Ibid.*, p. 3.

effectivement malades expliquerait ces faibles taux d'avis médicaux favorables au séjour. Comme les statistiques relatives aux taux d'avis médicaux favorables émis par les médecins ARS pour les demandes de protection contre l'éloignement n'ont jamais été publiées, il n'est pas possible de corroborer cette première hypothèse.

549. Comme le souligne l'information interministérielle précitée, il est indéniable que cette procédure distincte permet de réduire le délai d'instruction des demandes de protection contre l'éloignement. Mais une autre lecture est également possible : en permettant aux médecins de connaître la nature de la demande, la nouvelle procédure vise à infuser au corps médical l'idée de « *manœuvres dilatoires* ». Comme cela a été évoqué précédemment[1613], plusieurs représentants du ministère de l'Intérieur ont exprimé, au cours de rencontres, des débats parlementaires ou d'audiences contentieuses, l'idée selon laquelle la procédure de demande de protection contre l'éloignement pour raisons médicales serait instrumentalisée par les personnes étrangères pour retarder ou éviter leur expulsion. Dès lors, le fait de permettre aux médecins rendant des avis de pouvoir identifier ces demandes de protection contre l'éloignement contribuerait au phénomène de *policiarisation* du corps médical, car cette nouvelle procédure s'accompagne d'un « *discours maison* »[1614] sur leurs potentiels caractères dilatoires. Une seconde explication est donc qu'effectivement, la nouvelle procédure incite les médecins de l'OFII à retenir une approche plus restrictive lorsqu'il s'agit de demande de protection contre l'éloignement : à conditions médicales quasi équivalentes entre les demandes de titres de séjour pour soins et de protection contre l'éloignement[1615], ces données tendent à démontrer une différence de traitement dans l'appréciation des conditions médicales lorsque la personne fait l'objet d'une mesure d'éloignement. Celle-ci est encore plus frappante à l'égard des personnes privées de liberté, puisque selon le rapport d'activité de l'OFII pour l'année 2017, les taux d'avis favorables à l'éloignement sont de

1613Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

1614S. Laurens, *Une politisation feutrée* (...), *op. cit.*, p. 151. La doctrine utilise également le terme de « *doctrine administrative* », voir notamment J. Chevallier, « Les interprètes du droit », *in La doctrine juridique, op. cit.*, p. 262-263.

1615Selon le rapport d'activités de l'OFII pour l'année 2017, il semblerait que les cinq maladies les plus invoquées dans les demandes sont le trouble de la santé mentale et du comportement ; les maladies infectieuses et parasitaires ; les maladies endocriniennes (dont diabète) ; les tumeurs (cancers) et les maladies de l'appareil circulatoire. Au regard de ce même rapport, on retrouve quasiment le même type de pathologies pour les demandes de protection contre l'éloignement : les principales catégories de pathologies sont les maladies infectieuses et parasitaires ; les troubles mentaux, et les maladies de l'appareil génito-urinaire, les maladies endocriniennes, nutritionnelles et métaboliques ; et les facteurs influant sur l'état de santé et motifs de recours aux services de santé.

19,4 % pour les personnes placées en CRA, 13,3 % pour les personnes assignées à résidence, et 19 % pour les personnes placées en détention. Pour les personnes faisant l'objet d'une OQTF sans mesure privative de liberté, il est de 26,6 %. Ainsi, plus la menace de l'exécution de la mesure d'éloignement est grande, plus le taux d'avis défavorables à l'éloignement est bas.

550. Dans le cadre de l'hypothèse d'une *policiarisation* diffuse par le prisme des manœuvres dilatoires, plus la menace pour l'étranger d'être éloigné est effective, plus la perception d'une demande de protection à des fins dilatoires est caractérisée par les médecins de l'OFII. Autrement dit, plus les étrangers ont un statut précaire (faisant l'objet d'une mesure d'éloignement et privative de liberté), moins ils sont désirables. La *biolégitimité* de l'étranger est donc également fonction de sa situation *administrative* et *pénale*. Selon cette idée, les médecins de l'OFII ne prennent plus seulement en considération l'état de santé de l'étranger, mais également des données « *parapathologiques* »[1616]. À cet égard, le rôle de leur expertise scientifique est de « *légitimer dans la forme de la connaissance scientifique* » la lutte contre les manœuvres dilatoires[1617].

551. Deux exemples peuvent venir à l'appui de cette seconde hypothèse. Tout d'abord, les discours de l'administration à l'égard de certaines catégories de malades étrangers ont déjà produit des effets auprès de médecins ARS. C'est notamment le cas des pathologies psychiatriques, présumées comme étant prisées des fraudeurs, car difficilement vérifiables par les médecins. Le second exemple est issu des premières réflexions sur la mission des MISP. Au sujet de l'état de subordination hiérarchique des DDASS à la préfecture, un MISP indique que « *le principal risque serait celui d'une autocensure, d'une volonté du MISP d'aller au-devant du désir, ou de ce qu'il croit être le désir, de la préfecture. Sans vouloir nier qu'un tel*

1616M. Foucault, *Les anormaux. Cours au collège de France, 1974-1975, op. cit.*, p. 19. Michel Foucault utilise ce terme pour qualifier les rapports d'expertise rédigés par des psychiatres dans le cadre de procès pénaux. Il relève que ceux-ci retracent une série de fautes, de comportements afin de « *montrer comment l'individu ressemblait à son crime* ». Il analyse la fonction des psychiatres et des témoignages, qui servent à « *reconstituer cette série absolument ambiguë de l'infrapathologique et du paralégal, ou du para-pathologique et de l'infra-légal, qu'est l'espèce de reconstitution anticipatrice sur une scène réduite du crime lui-même* ». Dans le cadre du statut juridique de l'étranger gravement malade, les données parapathologiques servent à influencer le médecin dans son évaluation.

1617*Ibid.*, p. 18 : à propos de l'expertise médicale dans les procès pénaux, Michel Foucault explique que « *l'essentiel de son rôle, c'est de légitimer dans la forme de la connaissance scientifique, l'extension du pouvoir de punir autre chose que l'infraction* ».

comportement puisse exister, il serait dangereux de faire croire qu'il est général »[1618]. L'état de subordination hiérarchique des médecins de l'OFII au ministère de l'Intérieur peut également soulever un tel risque, sans le généraliser : celui que certains médecins de l'OFII aillent « *au-devant du désir* » du ministère de l'Intérieur, en ayant une évaluation médicale restrictive concernant les demandes de protection contre l'éloignement, démarche entérinée par le présupposé de leur caractère dilatoire. De manière plus générale, le même raisonnement peut s'appliquer à la baisse du taux d'avis favorables des demandes de titres de séjour pour soins depuis le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII[1619] : le taux d'acceptation des dossiers est aujourd'hui de 56 %, contre 77 % en 2014, ce qui constitue, selon l'OFII, « *une véritable rupture* »[1620], qui était l'objectif des tenants de la réforme. Ce phénomène d'autolimitation s'est constaté lorsque l'évaluation médicale était réalisée sous les DDASS : dès 2002, selon les statistiques communiquées par les ministères de l'Intérieur et de la Santé, les taux d'avis favorables avaient baissé de 75,7 % à 62,7 %[1621]. Le Comede estime que cette baisse tendancielle résulte d'un autocontrôle de la part des médecins[1622].

1618C. Candillier, « La procédure des autorisations de prolongations de séjour pour des raisons sanitaires : (...) », *art. préc.*, p. 4.

1619Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

1620Voir rapport de l'OFII au Parlement, p. 37.

162172,3 % en 2003 ; 65,2 % en 2004 ; 68,3 % en 2005 ; 66,7 % en 2006 ; 68,6 % en 2007, pour arriver à 73,2 % en 2008, taux resté à peu près le même jusqu'en 2017.

1622Le Comede, « Diminution globale et disparités locales des accords médicaux face aux demandes de carte de séjour pour raison médicale. Mise à jour du rapport d'activité et d'observation 2004 », *Maux d'exil,* n° 12, septembre 2005, p. 7 : « *ainsi, comme on a pu l'observer en matière de droit d'asile depuis une quinzaine d'années, l'augmentation de la demande entraîne la diminution du taux d'accord. Tout se passe comme si le climat de forte suspicion à l'égard des exilés, et par suite des médecins traitants et associations de soutien soupçonnés de ''complaisance'', conduisait à des excès en matière d'auto-contrôle, le ''durcissement'' des critères médicaux de régularisation étant observé en l'absence de toute modification réglementaire* ». L'hypothèse de cette autolimitation peut également être formulée à l'égard de la réforme introduite par la loi dite « Collomb » (Loi n° 2018-778 « *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie* ») qui porte création de l'article L. 311-6 du CESEDA, selon lequel : « *Lorsqu'un étranger a présenté une demande d'asile qui relève de la compétence de la France, l'autorité administrative, après l'avoir informé des motifs pour lesquels une autorisation de séjour peut être délivrée et des conséquences de l'absence de demande sur d'autres fondements à ce stade, l'invite à indiquer s'il estime pouvoir prétendre à une admission au séjour à un autre titre et, dans l'affirmative, l'invite à déposer sa demande dans un délai fixé par décret. Il est informé que, sous réserve de circonstances nouvelles, notamment pour des raisons de santé, et sans préjudice de l'article L. 511-4, il ne pourra, à l'expiration de ce délai, solliciter son admission au séjour. (...)* ». Ses textes d'application prévoient que les médecins de l'OFII sont informés, via le formulaire médical remis au demandeur par la préfecture lors de sa venue au guichet unique de demande d'asile (GUDA), de l'usage de l'article L. 311-6 par le demandeur : autrement dit, le médecin de l'OFII sait si la personne a également déposé une demande d'asile. Pour tenter de corroborer cette hypothèse, il faudrait pouvoir disposer du taux d'avis médicaux favorables émis à l'égard des personnes recourant à l'article L. 311-6. De telles données, qui existent dans les bases de l'OFII et de la DGEF, n'ont cependant pas encore été publiées.

552. L'analyse de la participation du corps médical à une mission de maîtrise des flux migratoires révèle ainsi différentes formes de *policiarisation*. Jusqu'à une époque récente, l'office du médecin visait principalement à garantir le respect de la procédure d'évaluation médicale, faite dans le respect de du secret médical et indépendamment des préoccupations d'ordre politico-administratif. Elle constituait encore une *policiarisation relative*. C'est lorsque l'évaluation médicale est transférée à l'OFII en 2016 que le véritable tournant intervient : s'ils restent les garants du respect du secret médical et de la procédure, l'évolution de leur office et la perméabilité de certains aux « discours-maison » tendent à démontrer une accentuation du phénomène de *policiarisation*. Ce dernier se constate de manière plus diffuse au regard de la nouvelle procédure d'instruction des demandes de titre de séjour pour soins et de protection contre l'éloignement pour raisons médicales. L'évolution de la responsabilisation du corps médical dans la lutte contre les fraudes révèle de manière accrue ce changement de paradigme.

553. Conclusion du Chapitre 1. La création du droit au séjour pour soins a considérablement impacté l'office des médecins, dès lors que ces derniers se sont trouvé « *dépositaires d'une source de légitimité juridique* »[1623] : la reconnaissance d'un statut à l'étranger gravement malade. En tant qu'interprète authentique des conditions médicales auxquelles un titre de séjour pour soins peut être délivré, les médecins contribuent indéniablement à la police des étrangers, en étant l'un des acteurs principaux du processus de *biolégitimation* de l'étranger. Si ce rôle s'est pendant longtemps cantonné à *légitimer* le corps de l'étranger, il a progressivement évolué pour tendre vers une participation accrue à la maîtrise des flux migratoires – le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII en étant l'incarnation.

554. Cette participation se manifeste principalement par le rôle de garant médical à une politique migratoire menée à des fins de *limitation* de la *biolégitimation* de l'étranger. La *normalisation* de l'appréhension de la maladie de l'étranger s'est ainsi faite par la *policiarisation diffuse* et *progressive* des médecins : en impliquant, par exemple, des médecins d'ambassade dans une stratégie visant à démontrer que l'accès aux traitements médicaux généraux est disponible dans certains pays d'origine – une stratégie ayant donc pour finalité

1623Y. Bourgueil, « Billet », *Maux d'exil n° 12*, Septembre 2005, p. 1.

de refuser des titres de séjour pour soins – ou en prévoyant une procédure d'évaluation médicale permettant de *suggérer* aux médecins de l'OFII qu'une demande de protection contre l'éloignement est *potentiellement* dilatoire. L'évolution de l'office des médecins, et surtout, de leur structure de rattachement, confirme ainsi l'importance que représente non pas véritablement leur *contrôle,* mais l'*influence* que pourrait avoir le ministère de l'Intérieur sur leur mission. L'implication croissante des médecins dans la lutte contre la fraude consolide cette tendance à la *policiarisation*.

Chapitre 2 : La lutte médicalisée contre la fraude

555. Les différents rapports et documents d'archives consultés indiquent que la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins est une préoccupation ancienne des pouvoirs publics : dès la fin des années quatre-vingt et le début des années quatre-vingt-dix, ce sujet est évoqué au sein du ministère de l'Intérieur. Au fil des ans, une organisation est mise en place au sein des services préfectoraux pour lutter contre ce phénomène, et tend à impliquer de plus en plus le corps médical, au point de modifier le rôle des médecins dans cette procédure. Afin de comprendre cette évolution, il convient d'exposer comment s'est développé ce cadre juridique et organisationnel, mobilisant de manière croissante les médecins (Section 1), pour analyser ses conséquences sur l'office de ces derniers et, *in fine*, sur le statut de l'étranger gravement malade (Section 2).

Section 1 : Une participation croissante du corps médical

Section 2 : Les conséquences juridiques et politiques de la lutte contre la fraude

SECTION 1. UNE PARTICIPATION CROISSANTE DU CORPS MÉDICAL

556. La confrontation des pouvoirs publics aux différents types de fraudes au droit au séjour pour soins a fait émerger une politique de lutte contre celles-ci (§1), dans laquelle les médecins sont impliqués directement et de manière croissante (§2).

§1. LE DÉVELOPPEMENT D'UNE POLITIQUE DE LUTTE CONTRE LA FRAUDE[1624]

557. La construction progressive de la fraude au droit au séjour pour soins comme sujet politique (A) a mené à son exploitation par les pouvoirs publics, alors que le phénomène apparaît mineur au regard des chiffres existants (B).

A. La politisation de la fraude

558. Le développement d'une politique publique de lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins répond au caractère protéiforme de ce phénomène (1). Le constat des différents types de risques de fraude a amené les pouvoirs publics à développer une doctrine préventive (2).

1. Un phénomène protéiforme

559. Les rapports et notes internes des ministères de l'Intérieur et de la Santé, ainsi que les entretiens réalisés avec des médecins, font état de différents types de fraudes au droit au séjour pour soins. Selon un document réalisé par la DGS et destiné aux médecins ARS[1625], ces derniers peuvent être confrontés aux cas de « *suspicion de faux* »[1626], soit des « *rapports stéréotypés, rapports rédigés de façon maladroite, documents raturés, en-tête obsolète ou inadéquat par rapport à la pathologie, suspicion de vol d'ordonnance). Ces rapports ont pour objectif de faire obtenir un titre de séjour à des bénéficiaires qui ne sont pas malades* »[1627]. À titre d'illustration, des chefs de services hospitaliers ont rapporté que du papier à en-tête

1624Pour un aperçu parcellaire de la fraude à l'entrée et au séjour des personnes étrangères de manière générale, voir J.-J. Guillet, J.-M. Germain, *Rapport d'information sur la situation migratoire en Europe, Conclusions des travaux d'une mission constituée le 27 avril 2016*, Commission des affaires étrangères de l'Assemblée nationale, 22 février 2017.

1625DGS, *Procédure étrangers malades. Questions les plus fréquentes posées par les médecins des ARS*, préc. Voir *infra*, Annexe 3.

1626*Ibid.*

1627*Ibid.*

avait été volé dans leur service, permettant la rédaction de faux certificats. Il peut également s'agir « *d'escroquerie*[1628]*, d'usurpation d'identité ou d'utilisation de résultats d'un autre patient* »[1629]. Dans ce dernier cas de figure, il s'agit pour les personnes demandeuses de présenter des résultats médicaux qui appartiennent à une autre personne – que les services de police appellent une « mule » : la personne malade effectue des prélèvements sanguins sous l'identité du demandeur sain. Selon deux chefs de services d'hôpitaux de l'Assistance publique des hôpitaux de Paris (APHP), leurs services ont été confrontés une fois à ce type de fraudes, qui a concerné une dizaine de personnes, toutes issues du même pays d'origine. Enfin, il est également possible que la fraude provienne de « *pratiques professionnelles émanant d'un médecin ou d'un praticien hospitalier : médecins complices avec ou sans compensation financière ou médecins complaisants* »[1630].

560. À ces comportements frauduleux s'ajoute le cas des médecins négligents qui peuvent être la cible de filières, car ils remettent des rapports médicaux à un tiers, sans effectuer les examens médicaux nécessaires. C'est notamment le cas d'une affaire qui a eu un important retentissement au sein de la communauté médicale parisienne. Le détail des faits dévoile le caractère hybride de ce type de fraude, qui se déroule à l'insu du médecin, du fait de sa négligence : un médecin exerçant au sein de l'hôpital Bichat a été poursuivi par le parquet de Paris et le conseil départemental de l'ordre des médecins de la Ville de Paris[1631] pour avoir délivré « *à plusieurs personnes des ''certificats médicaux indus, car manifestement non conformes à* [leur] *état'', attestant de la pathologie de l'hépatite B et indiquant la nécessité d'une prise en charge spécialisée dont le défaut pouvait entraîner des conséquences graves, ces certificats étant ensuite utilisés par les intéressés pour obtenir une autorisation de séjour pour raisons médicales* »[1632]. Il est reproché au médecin en question d'avoir délivré ces certificats « *à l'issue de consultations au cours desquelles un tiers, patient régulier du Dr P, qui s'est révélé être au cœur d'une filière d'immigration illégale, était présent, ce tiers remettant souvent lui-même au médecin les analyses médicales nécessaires à l'établissement des certificats médicaux, et se voyant fréquemment confier lesdits certificats* »[1633]. Il lui est également reproché d'avoir

1628*Ibid*.
1629*Ibid.*
1630*Ibid.*
1631Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, décision n° 12390, 7 décembre 2015, *Dr Dan P*.
1632*Ibid.*
1633*Ibid.*

délivré « *un de ces certificats médicaux ''indus'' sans avoir rencontré le patient et qu'il a accepté, à deux reprises, de déjeuner avec le tiers susévoqué, et un autre patient pour lequel il avait, à tort, délivré un des certificats et qui s'est avéré également compromis dans la filière d'immigration illégale précédemment évoquée* »[1634].

561. Le 11 septembre 2014, la cour d'appel de Paris a infirmé le jugement du tribunal correctionnel et l'a entièrement relaxé, en relevant que si des négligences ont été commises dans la délivrance des certificats médicaux, « *elles* [étaient] *davantage imputables à l'organisation du service hospitalier qu'au prévenu* » et « *qu'aucun élément ne permet d'affirmer* (…) *que le* [Dr] *P avait conscience de fournir à des étrangers en situation irrégulière des certificats médicaux indus, de nature à permettre leur régularisation pour raisons médicales sur le territoire français* ». Les poursuites disciplinaires étant indépendantes des poursuites pénales, le Conseil départemental de l'ordre des médecins a considéré « *qu'à supposer même que la bonne foi du Dr P soit reconnue, comme l'a fait le juge pénal, il reste que le fait de délivrer un certificat médical sans avoir vu le patient, le fait de remettre des certificats médicaux à des personnes autres que les patients, sans autre justification que la pratique ou la facilité, le fait de procéder à des consultations en présence d'un tiers, dont il n'est aucunement soutenu que cette présence aurait été indispensable, constituent, par-delà la manifestation d'une légèreté incompréhensible, des manquements caractérisés aux règles déontologiques s'imposant au médecin en application des dispositions des articles précités du code de la santé publique*[1635]*, et sont de nature à porter atteinte à la considération due à la profession médicale* »[1636]. Le conseil décide de sanctionner le Dr P d'une interdiction d'exercer la médecine pendant une durée de trois mois assortie du sursis, car il « *ne saurait être exonéré des fautes ainsi commises du seul fait qu'il aurait été trompé ou que, selon le chef de service de l'intéressé à l'hôpital Bichat, de tels errements, fort regrettables, pourraient être de pratique*

1634*Ibid.*

1635Les articles du code de la santé publique visés par la plainte sont les suivants : l'article R. 4127-3, selon lequel « *Le médecin doit, en toutes circonstances, respecter les principes de moralité, de probité et de dévouement indispensables à l'exercice de la médecine* » ; l'article R. 4127-24 selon lequel : « *Sont interdits au médecin : - tout acte de nature à procurer au patient un avantage matériel injustifié ou illicite ; - toute ristourne en argent ou en nature, toute commission à quelque personne que ce soit ; - la sollicitation ou l'acceptation d'un avantage en nature ou en espèces sous quelque forme que ce soit, d'une façon directe ou indirecte, pour une prescription ou un acte médical quelconque* » ; l'article R. 4127-28 dudit code : « *La délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite* » l'article R. 4127-31 du même code : « *Tout médecin doit s'abstenir, même en dehors de l'exercice de sa profession, de tout acte de nature à déconsidérer celle-ci* ».

1636Chambre disciplinaire nationale de l'Ordre des médecins, décision n° 12390, 7 décembre 2015, *Dr Dan P*.

courante dans cet établissement hospitalier, et alors que si les filières d'immigration illégale peuvent prospérer, c'est sans doute en raison de tels errements ».

562. Comme l'illustre cette affaire, certaines de ces fraudes sont réalisées dans le cadre de filières[1637], comme la presse a pu en faire état[1638] : selon les services de police, certains chefs de service des maladies infectieuses[1639] de l'Assistance Publique des Hôpitaux de Paris sont ciblés par les membres de ces réseaux pour la rédaction de rapports médicaux. Selon une personne travaillant au pôle santé publique du tribunal de grande instance de Paris, « *les personnes payent plusieurs milliers d'euros pour un faux dossier, environ 2000-3000 euros. Cette somme peut être récupérée par la suite via la vente des médicaments qui leur sont prescrits et dont ils n'ont pas besoin* »[1640]. Parallèlement à ces cas de fraudes qui concernent directement les médecins – en ce que certains sont complaisants, ou concernés par le vol ou l'usurpation d'identité, il existe un autre type de fraude qui concerne plus directement les services préfectoraux : celle relative au pays d'origine, consistant à déclarer être originaire d'un pays où l'accès aux soins est de moindre qualité que celui d'où la personne vient réellement. Leur existence nous a été rapportée par le responsable du service des étrangers d'une préfecture, et semble cantonnée à de rares cas. Ces différents types de fraude ont amené le ministère de l'Intérieur à développer une doctrine antifraude.

1637Un rapport de l'Assemblée nationale fait notamment état d'une filière en 2018 : *« Enfin, la police aux frontières est également mobilisée pour lutter contre les filières d'immigration irrégulière, aux côtés de la DSPAP, de la DCPJ et de la gendarmerie nationale. Ainsi en 2017, 303 filières ont été démantelées, pour 219 sur les sept premiers mois de 2018. Ces filières suivent une logique de spécialisation : filières d'aide à l'entrée au séjour (97), filières ayant recours à la fraude documentaire (66), filières spécialisées dans le travail illégal (39), filières organisant des reconnaissances indues d'enfants (14), filières spécialisées dans l'organisation de mariages de complaisance (3), filières fraudant le statut d'étrangers malades (1)* [Données pour les sept premiers mois de 2018]. *À noter que sur 219 filières, 59 ont donné à lieu à de la coopération policière internationale, indispensable face au caractère transnational des réseaux. »* (P.-H. Dumont, *Avis présenté au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi de finances pour 2019 [n° 1255],* Tome VII, n° 1303, 12 octobre 2018, p. 25).

1638Voir notamment : Le Point, « Cinq médecins poursuivis pour avoir rédigé de faux certificats médicaux à des étrangers, 19 décembre 2017 : http://www.lepoint.fr/societe/cinq-medecins-poursuivis-pour-avoir-redige-de-faux-certificats-a-des-etrangers-19-12-2017-2181311_23.php ; Le Parisien, « Paris : le vrai malade du sida fabriquait de faux malades », 12 décembre 2014, http://www.leparisien.fr/faits-divers/paris-le-vrai-malade-du-sida-fabriquait-de-faux-malades-12-12-2014-4369069.php

1639Service recevant essentiellement des personnes vivant avec le VIH et/ou une hépatite.

1640Entretien au pôle santé publique du Parquet de Paris, 23 novembre 2015.

2. Le développement d'une « doctrine-maison »[1641] antifraude

563. Le premier rapport relatif au droit au séjour pour soins, publié en 1991, porte sur « *la délivrance irrégulière de titres de séjour pour soins en Seine-Saint-Denis* »[1642] : il s'agit d'une enquête effectuée par l'IGA à la demande de la préfecture de Seine-Saint-Denis, concernant la délivrance irrégulière (entendue ici comme étant frauduleuse) de titres de séjour pour soins. Concrètement, l'enquête portait sur la délivrance de deux autorisations provisoires de séjour et de 27 récépissés de demandes de titres de séjour pour soins par la préfecture. Elle concernait un médecin qui rédigeait des certificats médicaux frauduleux, et des agents préfectoraux visiblement peu rigoureux dans le traitement de ces dossiers, qui ont concerné des personnes de nationalité portugaise (17), marocaine (6), algérienne (4), tunisienne (1) et turque (1). La préfecture de police de Paris et la préfecture des Hauts-de-Seine ont également été concernées, respectivement par 22 et 7 dossiers. Selon l'enquête de l'IGA, les causes possibles des dysfonctionnements ayant permis ces fraudes sont le non-respect ou l'insuffisance de la réglementation, la généralisation de pratiques ou de dérogations abusives, et les défaillances dans l'organisation et dans l'encadrement du service. Le fait que le premier rapport consacré à ce dispositif soit relatif à la fraude semble avoir marqué l'institution de l'IGA, et de manière plus générale, le ministère de l'Intérieur, tant les rapports et notes internes ultérieurs survalorisent les fraudes au droit au séjour pour soins. Cette hypothèse est notamment confirmée par la note interne rédigée par le directeur de la DLPAJ en 1992, Jean-Marc Sauvé[1643]. Avant même que la procédure de protection contre l'éloignement soit mise en place de manière informelle par les services des ministères de la Santé et de l'Intérieur, certains hauts fonctionnaires de ce dernier posent déjà les bases d'une doctrine administrative préventive de lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins.

1641J.-M. Eymeri, « Frontière ou marches ? De la contribution de la haute administration à la production du politique », *in* J. Lagroye (dir.), *La politisation*, Belin, Coll. « socio-histoire », 2003, p. 61.

1642IGA, *Rapport Mahaud : rapport de l'inspecteur sur la délivrance irrégulière de titres de séjours à des étrangers pour soins médicaux en Seine-Saint-Denis*, 1991, côte d'archives 19960304/1.

1643Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. À la suite de la nouvelle position du ministère de la Santé sur les possibilités d'expulsion d'étrangers atteints du VIH/sida, ce dernier indique au ministre de l'Intérieur Paul Quilès que « *si le ministère de l'intérieur suit à la lettre les prescriptions de M. Kouchner, il n'y aura plus aucune reconduite à la frontière : tout étranger frappé d'une mesure d'éloignement invoquera la qualité de séropositif. Les certificats de complaisance qu'il sera difficile de déceler achèveront de désorganiser le dispositif de contrôle des flux migratoires.* (…) *En termes de maîtrise de l'immigration irrégulière, la position du ministre de la santé et de l'action humanitaire risque donc de s'avérer à brève échéance catastrophique* ».

564. Par la suite, cette doctrine s'exprime au travers des circulaires du ministère de l'Intérieur et des rapports de l'IGA. Dans sa circulaire du 19 décembre 2002 relative aux conditions d'application de la loi dite « Chevènement » de 1998, le ministère de l'Intérieur indique que « *plusieurs préfectures ont constaté des dérives graves* » dans cette procédure, et notamment « *que des étrangers de plus en plus nombreux présentaient des demandes de titre de séjour au regard de ce dispositif après avoir épuisé toutes les autres voies de régularisation* »[1644]. Au regard du caractère « *aléatoire* » des contrôles opérés sur les certificats médicaux « *face à la multiplication des cas signalés* », les préfectures sont incitées à saisir le Conseil de l'Ordre des médecins en cas de fraude supposée, ou à demander une contre-expertise médicale[1645]. Le rapport de l'IGA sur les titres de séjour mentionne le risque de réseaux de complaisance sur l'établissement des certificats médicaux[1646]. Le rapport IGA-IGAS de 2013 fait également état d'une « *sous-estimation des risques de comportements frauduleux* »[1647], en exposant les différents types de fraudes sans avancer de statistique. Selon un rapporteur de l'IGAS ayant participé à ce dernier, « *un des membres de l'IGA était obsédé sur la fraude. Il avait mis des données dans le rapport qui étaient fausses*[1648]*. On les a enlevées.* (…) *C'est vrai qu'il y a des fraudes. On aurait pu être plus précis aussi. On savait à tort ou à raison que de fait, cela ne modifierait pas drastiquement le maintien d'un dispositif consolidé. Les personnes qui ont mis en avant le trop de fraudes n'ont pas voulu voir que ce n'était qu'une partie très annexe de ce vers quoi on allait. Faute de trouver des arguments, on savait très bien que l'on se ferait facilement attaquer sur ce sujet-là. Et si on n'avait pas parlé de la fraude, on nous aurait dit qu'on serait passé à côté d'un sujet majeur* »[1649].

1644Circulaire du 19 décembre 2002 *relative aux conditions d'application de la loi n° 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France*, NOR/INT/D/02/00215/C.

1645*Ibid.*

1646J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 12 : « *la multiplication des certificats médicaux, la fiabilité douteuse de nombre d'entre eux montre bien que l'article 12 bis 11°* [de l'ordonnance de 1945] *est perçu par beaucoup d'étrangers comme un artifice de plus pour tenter une régularisation hasardeuse. Ils sont encouragés dans cette voie par différents relais. On peut tout suspecter les fraudes et les certificats de complaisance éventuellement monnayés. On retrouve d'ailleurs ici et là la trace de certains cabinets médicaux grands pourvoyeurs de certificats à travers la France* ».

1647O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 56

1648Cette information soulève la question plus générale de l'indépendance des hauts fonctionnaires composant les missions d'inspection. Sur ce sujet, voir notamment P. Chrétien, N. Chifflot, M. Tourbe, *Droit administratif*, Sirey, 15è éd., pp. 103-104.

1649Entretien réalisé avec un rapporteur de l'IGAS, 17 novembre 2016.

565. Cette « *partie très annexe* » a néanmoins consolidé la doctrine maison sur la participation des médecins dans la lutte contre les fraudes : dans ses recommandations relatives au transfert de l'évaluation médicale à l'OFII, la mission IGA-IGAS préconise que les médecins fassent « *bénéficier à l'étranger d'une véritable consultation médicale exhaustive, donnant lieu aux examens complémentaires utiles* »[1650]. La procédure en « *serait* (...) *davantage sécurisée, le médecin de l'OFII procédant lui-même aux prélèvements courants, selon un protocole respectant les principes de l'identito-vigilance. Une telle mesure permettrait également de lutter contre la fraude* »[1651]. À cette fin, la mission IGA-IGAS préconise de contractualiser les missions de police que devraient effectuer les médecins (de santé publique, praticiens hospitaliers, et agréés) pour lutter contre les fraudes. La mission propose notamment « *la signature par les différents acteurs de la chaîne médicale d'un protocole d'engagement à respecter toutes les mesures en matière d'identito-vigilance* »[1652].

566. La manière dont est évoquée la fraude dans le rapport de l'IGA-IGAS illustrerait ainsi ce que Jean-Michel Eymeri dénomme « *un surcroît de studium* », c'est-à-dire « *un double parti pris : parti-pris des administrateurs formant corps – '' les services'' – qui, loin de se cantonner à une expertise préparatoire, doivent assumer la dimension politique de leur métier en optant pour une décision et en cherchant à convaincre le politique de l'adopter* »[1653]. En plus d'avoir été mobilisé lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 7 mars 2016, le ministère de l'Intérieur l'érige en véritable *leitmotiv* de la mission d'évaluation médicale. Avant le transfert à l'OFII, la lutte contre la fraude était déjà mentionnée dans certaines circulaires : c'est notamment le cas de celle du 10 janvier 2003[1654], ou de l'instruction conjointe au ministère

1650O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 71.

1651*Ibid.*

1652*Ibid.*, p. 80.

1653J.-M. Eymeri, « Frontière ou marches ? De la contribution de la haute administration à la production du politique », *op. cit.*, p. 70. Au regard du même article, le transfert à l'OFII s'inscrit finalement dans le modus operandi classique de l'administration : c'était la « *solution qui s'impose* », à l'issue d'un « modus operandi *décisionnel fonctionnant au ça-va-de-soi, à l'évidence logique, [qui] doit d'une part à cette disposition d'esprit que l'on peut appeler par sténographie ''le sens des réalités'' et que leur socialisation d'ENA a si fort développée, d'autre part à l'existence de ces dispositifs de savoir-pouvoir (au sens de Foucault, 1975), que sont les ''doctrines-maison'', les ''lignes'' de chaque grande direction de ministère, ces merveilleuses simplifications de la complexité du monde qui permettent aux institutions administratives d'avoir des réponses mutuellement cohérentes à (presque) tout, c'est-à-dire de se perpétuer dans leur être, incorporées qu'elles sont par les servants de l'institution* » (p. 58).

1654Version modifiée par la circulaire NOR/INT/D/03/00003/C du 10 janvier 2003 : « *Par ailleurs, vous avez pu noter – dans des cas certes limités – que certains médecins habilités à délivrer des certificats médicaux dans le cadre des procédures de délivrance de titres de séjour abusaient de cette faculté. En présence de tels abus, vous mettrez en œuvre les moyens de contrôle à votre disposition en particulier la saisine du Conseil de l'Ordre des*

de la Santé du 10 mars 2014, qui rappelle que « *l'efficacité de la lutte contre la fraude constitue une priorité de l'action de nos deux ministères* », préconisant la mise en place d'un dispositif d'identito-vigilance commun aux préfectures et médecins[1655]. Mais un cap va véritablement être franchi dans l'organisation interne des services avec l'information interministérielle du 29 janvier 2017, qui rappelle que les principaux objectifs du transfert à l'OFII sont l'amélioration de la prévention des fraudes. Le développement d'une doctrine favorable à une participation accrue du corps médical à la lutte contre les fraudes aboutit ainsi, au fil du temps, à la mise en place d'une organisation du corps médical à cette fin. Il ressort pourtant des statistiques existantes relatives à la fraude que ce phénomène est assez mineur.

B. L'exploitation politique d'un phénomène statistiquement mineur

567. Le rapport de l'IGA-IGAS de 2013 indique que « *l'administration ne dispose pas de statistiques permettant d'évaluer l'ampleur des fraudes et des infractions dans le cadre de ce dispositif* »[1656]. Malgré cette absence de statistiques, la mission souligne « *certains taux anormalement élevés de délivrance* » de titres de séjour pour soins dans certains départements (supérieurs à 9 % en 2011 alors que la moyenne nationale est de 5,3 %). Sans le dire explicitement, la mission IGA-IGAS y voit de potentielles fraudes, car ces taux disparates « *ne s'expliquent pas par une situation spécifique* (...) *en termes d'offre locale de soins, ou d'origine des populations étrangères accueillies* ». L'évaluation médicale par l'OFII se faisant par un collège de médecins à l'échelle nationale, il n'est pas possible d'effectuer une comparaison.

568. Les quelques chiffres relatifs à la fraude au droit au séjour pour soins sont récents, et proviennent du ministère de l'Intérieur. Le rapport pour le Réseau européen des migrations (REM)[1657,] publié en avril 2016, indique qu'en 2015, un peu plus de 200 demandes frauduleuses de titres de séjour « étranger malade » ont été répertoriées par les services du

médecins, sans hésiter, en cas de fraude avérée, à en saisir le parquet ».

1655Instruction interministérielle n° DGS/MC1/DGEF/2014/64 du 10 mars 2014 *sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pou raisons de santé*, NOR AFSP1405025J, p. 4.

1656O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 56.

1657Réseau européen des migrations, réseau coordonné par la Commission européenne, et piloté par le ministère de l'Intérieur pour la France.

ministère de l'Intérieur[1658]. Dans le rapport de l'année 2014, ce nombre est d'environ 250[1659]. La DGEF, dans son rapport au Parlement sur les données de l'année 2014, faisait état d'environ 350 demandes frauduleuses[1660]. Ces données sont confirmées par Raphaël Sodini, conseiller immigration de Bernard Cazeneuve lors des débats parlementaires relatifs à la loi du 7 mars 2016, pour qui la question des fraudes « *est un problème multiple et continu* », et qu'il « *s'agissait de fraudes relatives à plusieurs centaines de titres* »[1661]. Ces données ne permettent cependant pas de savoir de quel type de fraude il s'agit, ni comment elles sont détectées : par les agents au guichet (ce qui laisse supposer qu'elles n'ont pas relatives à des documents médicaux), ou par signalement du médecin de l'ARS, du praticien hospitalier, ou du médecin agréé ? Dans son rapport remis au Parlement, l'OFII produit quelques statistiques. Ainsi, au 23 juillet 2018, sur les demandes de titres de séjour pour soins enregistrées en 2017, 115 demandes frauduleuses fondées sur des maladies virales (dont 47 VIH, 54 hépatite C et 14 hépatite B) ont été recensées, soit 1,4 % des demandes pour la pathologie concernée au niveau national, et 2,1 % au niveau de l'Île-de-France. Le rapport indique par ailleurs que « *49,3 % des fraudes concernent des demandeurs en renouvellement* »[1662]. En plus de ces statistiques, l'OFII émet des hypothèses de cas de fraudes au regard des 8 % de demandeurs convoqués à un examen complémentaire qui « *se soustraient au prélèvement biologique ou le refusent* »[1663], et des « *12 % de demandeurs convoqués* [qui] *ne se présentent pas aux convocations* »[1664]. Ces extrapolations permettent à l'OFII de formuler l'hypothèse invérifiable selon laquelle « *une baisse non mesurable des primo-demandes pouvant être due à des personnes qui renoncent à faire une demande* »[1665] en raison des dispositifs mis en place pour lutter contre la fraude[1666]. Selon l'OFII, « *ces chiffres ne représentent pas la réalité des fraudes* », car « *l'effet dissuasif que peut entraîner l'identito-vigilance sur une réduction de demandes frauduleuses est certain mais ne peut être quantifié* ».

1658Ministère de l'Intérieur, Réseau Européen des Migrations, *Rapport annuel 2015 sur les politiques d'asile et d'immigration*, p.43.
1659*Ibid.*, p. 51.
1660DGEF, *Les étrangers en France, Rapport au Parlement sur les données de l'année 2014*, p. 96.
1661Rendez-vous entre Raphaël Sodini et une délégation de l'ODSE, 10 juillet 2015.
1662OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 39.
1663*Ibid.*, p. 40
1664*Ibid.*
1665*Ibid.*
1666Voir *infra*.

569. En tout état de cause, les statistiques existantes démontrent que la fraude au droit au séjour pour soins est un phénomène mineur : pour l'année 2014, il y aurait environ 42 000 avis médicaux rendus (nombre qui correspondrait à peu près à la demande de titres de séjour pour soins), pour 350 tentatives de fraudes détectées, soit 0,8 % du total. Concernant l'année 2017, l'OFII a recensé 235 cas sur 44 309 dossiers où les analyses sanguines ne coïncident pas avec la pathologie déclarée dans le certificat médical, soit 0,5 %. Pour ce qui est de la fraude documentaire, « *elle est plus difficile à déceler par les infirmiers ou médecins. Elle représente par exemple 0,5 % des dossiers traités par la DT* [délégation territoriale] *de Bobigny* »[1667]. De son côté, le pôle santé publique du tribunal judiciaire de Paris, dont une infime partie de l'activité consiste à lutter contre des filières organisant des fraudes aux titres de séjour pour soins, ne dispose pas de statistiques sur le nombre de filières et de personnes interpellées. Le peu de communications concrètes sur les fraudes s'expliquerait par la volonté de ne pas rendre visibles les enquêtes en cours, afin que les techniques utilisées par les services de police soient connues le plus tardivement possible, le jour des procès. Cependant, il est certain que les faibles statistiques existantes et les hypothèses émises quant aux cas de fraudes indétectables permettent et participent au développement d'une doctrine politico-administrative favorable à la lutte contre celle-ci.

570. La faible proportion des fraudes parmi l'ensemble des titres de séjour pour soins délivrés n'empêche cependant pas que ce phénomène soit considérablement exploité par les pouvoirs publics, à travers les rapports du ministère de l'Intérieur, des missions d'inspection, ou au cours de débats parlementaires précités, pour argumenter en faveur d'une réforme qui durcirait l'accès à un titre de séjour pour soins. Outre la justification d'une nécessité de réformer le dispositif légal, la diffusion de cette doctrine « maison » revêt également un caractère incitatif à l'égard du corps médical pour qu'il se saisisse du sujet.

§2. La mise en place progressive de mécanismes médicaux de lutte contre la fraude

571. La mission de lutte contre les fraudes revient normalement exclusivement aux services de police (A). Mais progressivement, des médecins ont été impliqués dans cette

1667OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 40.

mission, pour en assumer aujourd'hui pleinement la responsabilité, aboutissant ainsi à une forme de « *biopolice* »[1668] (B).

A. Une mission incombant théoriquement à la police et au Parquet

572. Plusieurs services de police et de renseignement sont mobilisés pour lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins. À cette fin, ils sont épaulés par le pôle santé publique du tribunal de grande instance de Paris.

573. La lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins varie considérablement d'un département à l'autre, en fonction des moyens déployés par la préfecture pour exercer cette mission. Au sein de la préfecture de police de Paris (PPP)[1669], qui concentre une part importante des demandes de titres de séjour pour soins à l'échelle nationale, c'est la direction du renseignement de la PPP qui est chargé de cette mission. Cette dernière travaille en collaboration avec le service médical de la préfecture de police de Paris[1670]. D'autres services de police sont également impliqués dans des enquêtes relatives à des filières, tels que la Brigade de répression de la délinquance astucieuse, rattachée à la Sous-direction des affaires économiques et financières de la préfecture de police. Il semblerait que la police aux frontières intervienne également dans certaines enquêtes.

574. Les préfectures sont également dotées de moyens pour lutter contre la fraude, notamment par l'intermédiaire des référents-fraudes, mis en place dès 2008[1671]. Ces référents « *sont présents dans chaque département, désignés par le préfet et nommés le plus souvent parmi les agents chargés de la délivrance des titres réglementaires* »[1672]. Selon la circulaire de la Direction de la modernisation et l'action territoriale du 19 juin 2009, ces agents « *sont*

1668M. Marzouki, « Biométrie : corps étrangers sous contrôle », *Plein droit*, vol. 76, n° 1, 2008, pp. 24-26.

1669La préfecture de police de Paris et les personnes démarchées individuellement au sein de la PPP n'ont pas souhaité donner suite à nos demandes d'entretien. Les éléments présentés ici résultent d'un recoupage d'informations obtenues via d'autres entretiens. Cette réserve des agents de la PPP n'est pas propre à la présente recherche : voir en ce sens O. Renaudie, *La police et les alternances politiques depuis 1981*, Éditions Panthéon-Assas, 1999, p. 88.

1670Voir *infra*.

1671Circulaire de la Direction de la modernisation et de l'action territoriale (DMAT), n° IOACA0914706C du 19 juin 2009 *relative à la prévention et la lutte contre les fraudes relatives a la délivrance des titres*. Voir notamment G. Koubi, « L'ouverture de la consultation de certains fichiers aux agents de la mission "délivrance sécurisée des titres". Un projet de décret, un avis de la CNIL, au moins deux décrets… », *Droit cri-TIC*, 19 août 2013. http://koubi.fr/spip.php?article801

1672*Ibid.*

chargés de coordonner et d'animer l'action des services en charge de la lutte contre la fraude documentaire et peuvent également être amenés aussi à traiter des cas individuels de suspicion de fraude ou de fraude avérée »[1673]. Plus spécifique aux personnes étrangères est le droit de communication dont dispose le préfet depuis la loi du 7 mars 2016 : l'article L.611-12 du CESEDA permet aux préfectures de demander communication aux administrations et personnes privées des données des étrangers pour vérifier la véracité de leurs déclarations et l'authenticité des pièces fournies. Cet article consacre « *en dérogation aux articles 6 et 39 de la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, un droit de communication pour les préfectures qui emporte obligation, pour les autorités et personnes privées énumérées dans le nouveau texte, de transmettre à l'administration les données qu'elles détiennent sur les étrangers suspects de fraude* »[1674].

575. Les pôles de santé publique[1675] ont été créés par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*. Ces juridictions visent à « *permettre à notre système judiciaire de s'adapter à l'évolution de la délinquance en cette matière, dans des domaines généralement très techniques où les progrès de la science sont constants* »[1676]. Deux pôles de santé publique ont été institués dans les tribunaux judiciaires de Paris et de Marseille. Ils sont compétents pour enquêter sur des filières de fraudes au droit au séjour pour soins, à condition qu'un médecin soit impliqué dans celles-ci : si tel n'est pas le cas, c'est la section générale du Parquet qui est compétente. Le pôle de santé publique du parquet de Paris s'occupe de cette mission depuis 2007. Durant cette période, ce service a été contacté par les renseignements généraux à propos de dossiers impliquant des médecins dans des cas de fraudes au droit au séjour pour soins[1677]. Ces fraudes représenteraient environ 1 % de l'activité du pôle santé publique[1678]. À ces modes judiciaires classiques de lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins s'ajoutent les modèles mis en place part les médecins, à des degrés divers.

1673*Ibid.*
1674J.-P. Foegle, « Les étrangers ont-ils des données personnelles ? », *Plein droit*, vol. 110, n° 3, 2016, pp. 24-27.
1675Une partie des éléments présentés ici proviennent d'un entretien avec une personne travaillant au sein du pôle santé publique du Parquet de Paris.
1676Circulaire du ministère de la Justice du 10 juin 2015 relative aux échanges d'informations avec les pôles de santé publique, NOR : JUSD1513901C. Voir F. Berteau, « Le médecin, conseiller des pôles santé de la justice », *in* F. Bellivier, C. Noiville, *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin, op. cit.*, p. 35-39.
1677Entretien au pôle santé publique du Parquet de Paris, 23 novembre 2015.
1678*Ibid.*

B. L'implication des médecins dans la lutte contre la fraude

576. La lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins a considérablement fait évoluer l'office des médecins impliqués dans la procédure de régularisation pour soins. Certains médecins exerçants au sein de services hospitaliers où les étrangers sont suivis, et pour lesquels ils rédigent des rapports médiaux servant au dépôt d'une demande de titre de séjour pour soins, ont ainsi dû adapter leur fonctionnement à la lutte contre la fraude sur incitation des services de police ou de l'OFII (1). Le rôle des médecins chargés de l'évaluation médicale a également évolué dans la lutte contre la fraude : alors que celui des médecins ARS était assez passif, celui des médecins de l'OFII est plus proactif (2).

1. La contribution des médecins hospitaliers à la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins

577. Jusqu'à la réforme du 7 mars 2016, la procédure n'imposait pas un modèle unique de certificat médical que devait remplir le médecin de l'étranger. Il n'y avait pas de procédure d'identito-vigilance uniformisée, celle-ci variait en fonction des préfectures, comme l'indique l'instruction interministérielle du 10 mars 2014. L'article 3 de l'arrêté du 9 novembre 2011[1679] prévoyait qu'« *au vu des informations médicales qui lui sont communiquées par l'intéressé ou, à la demande de celui-ci, par tout autre médecin, et au vu de tout examen qu'il jugera utile de prescrire, le médecin agréé ou le médecin praticien hospitalier mentionné à l'article 1er établit un rapport précisant le diagnostic des pathologies en cours, le traitement suivi et sa durée prévisible ainsi que les perspectives d'évolution* ». Il était donc possible pour les praticiens hospitaliers de procéder, par exemple, à un prélèvement sanguin sur la personne demandant un rapport médical en vue d'une demande de cartes de séjour pour soins.

578. Les praticiens hospitaliers[1680] sont principalement confrontés à deux types de fraudes : le vol de papiers à en-tête, qui permet de rédiger de faux rapports médicaux, et la rédaction de rapports médicaux pour des personnes présentant des bilans sanguins falsifiés

1679 Arrêté du 9 novembre 2011 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des avis rendus par les agences régionales de santé en application de l'article R. 313-22 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en vue de la délivrance d'un titre de séjour pour raison de santé*.

1680 Selon les données de l'OFII, « *67 % des demandeurs font remplir leurs certificats médicaux par leurs médecins soignants, 33 % par des praticiens hospitaliers* ».

(principalement, car ils concernent une autre personne). Pour le premier type de fraudes, les services hospitaliers peuvent signaler les vols à la préfecture ou aux ARS. En revanche, leur implication peut être plus active et variable pour lutter contre le second type.

579. Lorsque la mission IGA-IGAS a effectué sa mission d'inspection entre 2012 et 2013, une rencontre avec la direction juridique de l'APHP a été organisée afin d'attirer l'attention de cette dernière sur les fraudes au droit au séjour pour soins. Selon une personne ayant travaillé à la direction juridique de l'APHP, les médecins des ARS, le médecin-chef de la PPP ainsi que la mission IGA-IGAS l'ont incité à organiser une réunion avec les chefs de service concernés par ces cas de fraudes, « *car ces médecins font passer les soins avant les contrôles. Le problème vient de l'externalisation des analyses sanguines, qui sont faites dans des laboratoires externes à l'hôpital. Or, il faut un circuit d'identito-vigilance. Au-delà des étrangers, il s'agit là d'un vrai sujet* »[1681]. La direction juridique de l'APHP ne connaissait pas le sujet des fraudes avant que l'IGA-IGAS ne l'interpelle sur cette question. Cette réunion avec les chefs de service s'est déroulée au même moment que l'affaire du médecin de l'hôpital Bichat poursuivi sur le plan pénal et disciplinaire[1682]. Selon un praticien hospitalier présent à cette réunion, « *le contexte était un peu tendu en raison de l'inculpation de ce collègue, certains ayant peur d'être suspectés d'appartenir à un réseau de trafic* »[1683]. L'objectif de la réunion était « *qu'a minima les médecins sécurisent leur service* »[1684], en trouvant un cadre pour organiser une procédure d'identito-vigilance afin de s'assurer de l'identité et de la véracité de l'état de santé de l'étranger demandant à ce qu'un rapport médical soit rédigé en vue d'une demande de titre de séjour pour soins[1685]. La réunion s'est déroulée dans un contexte tendu, « *certains chefs de service étaient réticents à appliquer l'identito-vigilance au sein de leur service, en raison de la déontologie médicale (…) Ce n'est pas un sujet facile, car du point de vue des médecins, le patient passe avant tout* »[1686].

1681Entretien avec une personne ayant travaillé à la direction juridique de l'APHP, 18 décembre 2015.
1682Voir *supra*.
1683Entretien réalisé le 23 mars 2016.
1684Entretien avec une personne ayant travaillé à la direction juridique de l'APHP, 18 décembre 2015.
1685La mise en place de tels contrôles dans certains services, ainsi que la suggestion de la part de l'APHP de les instaurer, peuvent aussi être mises en perspective avec une évolution globale des hôpitaux publics (à ce sujet, lire la thèse de N. Belorgey, *L'hôpital sous pression : enquête sur le nouveau management public*, La Découverte, 2009, 329 p.). Toutefois, la tendance managériale du système hospitalier ne saurait à elle seule justifier un système de contrôle médical fondé sur de la suspicion à l'égard des étrangers.
1686Entretien avec une personne ayant travaillé à la direction juridique de l'APHP, 18 décembre 2015.

580. Face à l'opposition de certains médecins, la démarche de la direction juridique pour instaurer une procédure d'identito-vigilance n'a pas abouti. Selon un chef de service rencontré, « *la direction juridique nous a demandé de surveiller les identités des étrangers demandant une carte de séjour pour soins. J'ai refusé, je ne suis pas préfet. C'était stigmatisant pour les patients d'origine étrangère. On n'a été que deux sur vingt-cinq chefs de service à s'être opposé à la mise en place de ce dispositif d'identito-vigilance*[1687]*. On a réussi à s'y opposer, en avançant des arguments d'ordre éthiques, déontologiques, et discriminatoires* »[1688]. Néanmoins, plusieurs services ont mis en place un dispositif d'identito-vigilance à la suite d'alertes et d'enquêtes menées par la police. C'est notamment ce dont fait état un chef de service, soupçonné de participer à une filière en 2012 : « *le parquet de Paris est venu m'interroger à propos d'une filière de Ghanéens : des personnes passaient des bilans sanguins sous un faux nom. J'ai travaillé avec les renseignements généraux, des policiers ont placé des micros dans mon bureau, sur les imprimantes et ordinateurs. Depuis, un système de certificats médicaux sécurisés a été mis en place* »[1689]. Cette procédure instaurée dans l'ensemble du service[1690] prévoit que « *dans le cadre d'une demande de certificat médical pour titre de séjour* », l'identité du patient est vérifiée à l'accueil, puis un rendez-vous pour une prise de sang lui est donné. Au cours de celui-ci, son identité est à nouveau vérifiée (la personne est accompagnée par un membre du service afin de s'assurer que ce soit bien elle qui aille effectuer la prise de sang), et une nouvelle consultation a lieu pour que le rapport médical lui soit remis. Selon le chef de service à l'origine de cette procédure, celle-ci est « *totalement dénonçable, car je n'ai pas à le faire. Mais je n'ai pas envie d'être suspecté par les renseignements généraux, je n'ai pas envie de finir en taule comme l'autre médecin*[1691] »[1692]. Depuis cette affaire, ce médecin « *se rend une fois par an au Parquet de Paris pour faire le point* »[1693].

581. Il résulte des autres entretiens menés avec des chefs de divers services des maladies infectieuses ou de médecine interne de l'APHP que de telles procédures ont été mises à des degrés variables. Certains ne l'ont fait que temporairement, le temps de l'enquête des

1687Ce chiffre ne peut pas être vérifié.
1688Entretien réalisé le 21 janvier 2015.
1689Entretien réalisé le 15 décembre 2015.
1690 Pour le détail de cette procédure, voir *infra,* Annexe 4.
1691Il est ici fait référence au médecin poursuivi sur le plan pénal et disciplinaire. Il n'a en réalité jamais été condamné à de la prison ferme, et a été innocenté pénalement en appel.
1692Entretien réalisé le 15 décembre 2015.
1693*Ibid.*

services de police. D'autres l'ont systématisé, comme ce chef de service initialement opposé à de tels dispositifs : « *je n'accepte plus de voir quelqu'un qui souhaite demander une carte de séjour pour soins lorsqu'elle est accompagnée d'une autre personne. Parfois, je suis là quand la personne se fait prélever. Et je ne remets pas de rapport médical si la personne n'est pas venue dans nos services au moins deux fois, et qu'on ne l'a pas vu en 12 mois* »[1694]. D'autres mettent en place de telles procédures de manière moins systématisée : « *moi, si un Africain vient pour la première fois dans le service pour une demande de titre, oui, d'une certaine façon j'ai une procédure. C'est 1) prélèvement sanguin dans le service 2) signature du rapport médical par des praticiens hospitaliers 3) traçabilité. C'est très artisanal* ». D'autres, enfin, se refusent à toutes procédures de ce type, considérant qu'ils n'ont pas à « *effectuer un travail de police* »[1695]. Ainsi, selon un chef de service, « *il n'y a pas d'identito-vigilance. Chaque médecin est responsable de ses patients. Il arrive que des patients nous contactent juste pour le rapport médical destiné à l'ARS. Alors nous, on en profite pour les réintégrer dans le parcours de soins. C'est un peu ''la carotte''. Puis, on ne fait pas de certificat médical pour des patients que nous n'avons pas vus depuis six mois. Et si un patient vient avec des bilans médicaux externes à l'hôpital, on va en tenir compte, tout en refaisant d'autres bilans en interne* »[1696].

582. Ces exemples mettent en lumière la sensibilisation différente de certains médecins aux risques d'être suspectés de complicité de fraude. Ils viennent surtout révéler que les cas de fraudes au droit au séjour pour soins résultent de la négligence de certains médecins rédigeant des certificats médicaux : ils ont été sollicités par des « réseaux », car leur service était identifié comme négligent, soit parce qu'ils rédigeaient un certificat médical sans recevoir la personne, ou sans la connaître. C'est pourquoi plusieurs chefs de service n'instaurent pas de procédures systématisées de contrôle de l'identité des personnes demandant un rapport médical, sans être dupes pour autant : « *lorsqu'il y a une usurpation d'identité, ce n'est bon pour personne de fermer les yeux. On essaye de s'assurer de l'identité d'une personne quand il y a un doute, mais on ne va pas faire un contrôle systématique* »[1697]. Dans le cas de maladies infectieuses, certains services exigent ainsi qu'*a minima* une prise de sang soit effectuée dans l'hôpital. En tous les cas, ces différents systèmes mis en place

1694Entretien réalisé le 21 janvier 2015.
1695Entretien réalisé le 25 mars 2016.
1696Entretien réalisé le 14 avril 2016.
1697Entretien réalisé le 22 février 2016.

illustrent les effets du discours relatif à la fraude, qui influent l'appréhension de l'étranger malade par les médecins hospitaliers : ce discours vise à *normaliser* cette approche en systématisant les mesures de lutte contre la fraude à l'Hôpital.

583. La fraude au droit au séjour pour soins a donc incité certains chefs de service des maladies infectieuses de l'APHP à mettre en place un dispositif d'identito-vigilance, afin de s'assurer que les personnes destinatrices du rapport sont bien malades, et pour se protéger contre d'éventuelles suspicions de participation à un réseau. La crainte d'être soupçonné de complicité est revenue fréquemment au cours des entretiens menés comme étant la raison principale de mise en place de ces mécanismes. Ces derniers font également suite à des signalements de potentiels cas frauduleux par les médecins de l'OFII aux services hospitaliers concernés. Dans son rapport au Parlement, l'OFII indique que « *lorsque les résultats des analyses établissent l'absence de la pathologie, en contradiction avec les analyses communiquées dans le dossier, une lettre est adressée au médecin qui suit habituellement le demandeur pour l'informer de ces résultats discordants. Suite à ces signalements, certains services hospitaliers ont informé l'OFII qu'ils ont mis en place une procédure d'identito-vigilance pour les analyses biologiques* »[1698]. Outre les enquêtes de police, le service médical de l'OFII est donc aussi à l'origine de la mise en place de tels dispositifs par les médecins.

584. Mais la lutte contre la fraude ne semble pas concerner les seuls médecins hospitaliers. Depuis la réforme du 7 mars 2016, tous les médecins se voient intégrer implicitement à cette mission de lutte contre la fraude. En effet, l'arrêté du 27 décembre 2016[1699] pris en application de la réforme du 7 mars 2016 transférant l'évaluation médicale à l'OFII instaure une procédure d'identito-vigilance : le demandeur doit venir retirer en préfecture le certificat médical vierge, sur lequel sera apposée une photo du demandeur prise en préfecture. Cette photo permet au médecin rédigeant le certificat médical de s'assurer que la personne présente lors de ses consultations est bien celle qui s'est présentée à la préfecture. Ce dispositif d'identito-vigilance incite ainsi implicitement les médecins à lutter contre la fraude. Il s'agit d'un dispositif *a minima*, car pouvant être complété par un contrôle d'identité plus poussé lors

1698OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p 39.

1699Arrêté du 27 décembre 2016 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,* NOR INTV1637914A.

des bilans médicaux réalisés[1700]. Les médecins chargés de rendre des avis médicaux sur les demandes de titres de séjour pour soins sont également concernés par l'objectif de renforcer la lutte contre la fraude.

2. La lutte contre la fraude par les médecins chargés de l'évaluation médicale : de la passivité à la proactivité

585. Si la lutte contre la fraude était très variable en fonction du département concerné lorsque l'évaluation médicale n'était pas encore effectuée par l'OFII (a), ce dernier l'a pleinement intégré dans l'office de ses médecins (b).

a) Une lutte contre la fraude supposément « passive » par les médecins ARS

586. Lorsque l'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins était effectuée par les médecins ARS[1701] ou à Paris, par le médecin-chef de la PPP[1702], la lutte contre la fraude était variable en fonction des départements. Le document de la Direction générale de la Santé intitulé « question-réponse » destiné aux médecins ARS indique qu'« *en pratique, le médecin de l'ARS peut être destinataire de documents à la lecture desquels il peut légitimement penser qu'ils contiennent des informations fausses ou mensongères ou supposées telles, alors que ces documents lui servent de base pour donner un avis au préfet. Les documents contenant des informations fausses présentés au médecin de l'ARS peuvent constituer un élément constitutif de l'infraction de faux ou d'usage d'un faux certificat médical* ». En cas de suspicion, la DGS recommande[1703] de « *vérifier la qualité du document* », et « *d'interroger systématiquement le service hospitalier ou le médecin agréé par écrit pour solliciter des compléments, lever les doutes* », de « *joindre les praticiens hospitaliers* », ou de « *les avertir d'une possible utilisation frauduleuse de leur nom* ».

1700Voir *supra.*

1701Des infirmiers et infirmières sont également mobilisés dans les ARS pour assister les médecins dans leur travail d'évaluation médicale.

1702La préfecture de police de Paris ayant refusé toute demande d'entretien, aucune information sur des pratiques spécifiques du MCPPP n'a pu être directement obtenue.

1703DGS, *Procédure étranger malade : questions les plus fréquentes posées par les médecins ARS*, document interne, préc.

587. Certaines ARS, comme le pôle ESEDA en Île-de-France[1704], ont intégré cette mission au sein de leur office, au nom du « *lien de confiance établi avec les préfectures et de l'éthique médicale* »[1705]. C'est dans ce cadre que le pôle ESEDA contacte fréquemment les services hospitaliers lorsqu'un doute existe sur un dossier, et recourt à l'article 40 du Code de procédure pénale lorsqu'une fraude est détectée. Pour certaines pathologies virales, telles que le VIH et les hépatites, les contrôles auprès de l'hôpital sont quasi systématiques pour s'assurer qu'il ne s'agit pas de fraudes[1706]. Selon une personne travaillant à la DGS, cette suspicion était un réflexe chez certains médecins concernant les pathologies psys, qui préfèrent émettre un avis négatif au séjour « *car il s'agit probablement d'un trafic* »[1707]. Toutes les ARS ne pratiquent pas ces contrôles quasi systématiques, certains médecins n'ayant « *pas de suspicion à l'égard de potentielles fraudes, ce n'est pas de notre office. Nous ne travaillons pas pour le ministère de l'Intérieur* »[1708]. Ces derniers considèrent la fraude comme étant « *verrouillée administrativement : les rapports médicaux comportent une photo, que les médecins voient, et qui est scellée sur le dossier médical à remplir. En cas de suspicion, on contacte le médecin afin d'avoir un nouveau rapport* »[1709].

588. Certains médecins ARS interrogés indiquent que sans procéder à des contrôles, les fraudes sont facilement repérables. C'est notamment le cas des personnes utilisant les bilans sanguins qui ne sont pas les leurs : les mêmes résultats sanguins reviennent fréquemment dans les rapports, tels que le taux de CD4 pour le VIH/Sida, « *ce qui devrait être rare* »[1710]. Dans le cas des faux certificats médicaux, rédigés à partir de documents volés dans un service hospitalier, « *les étrangers font parfois une erreur bête et se trahissent : par exemple, une personne a indiqué un taux de glycémie différent de celui correspondant au graphique présent dans le même dossier* ». Surtout, le fait que les dossiers soient revus chaque année pour les renouvellements rend les fraudes repérables d'une année sur l'autre.

1704Pôle créé en 2014 afin d'uniformiser les pratiques des 7 départements d'Île-de-France (excepté celui de Paris).

1705Entretien avec des personnes de l'ARS Île-de-France, 6 janvier 2015.

1706« L*orsqu'un dossier VIH, VHB ou VHC arrive, nous vérifions quasi systématiquement auprès des infirmières de l'hôpital qu'il ne s'agisse pas d'une fraude* », entretien réalisé le 6 janvier 2015. Le rapport IGA-IGAS précité indique d'ailleurs que « *les M.ARS déplorent que leurs relances auprès des médecins agréés ou des PH pour obtenir plus de précisions, suite à des rapports incomplets ou lorsqu'un doute apparaît quant à l'identité de l'intéressé, restent lettre morte* » (p. 51).

1707Entretien à la DGS, 17 décembre 2015.

1708Entretien avec deux médecins ARS de la région Rhône-Alpes, 11 janvier 2016.

1709Entretien avec un médecin ARS de la région Rhône-Alpes, 30 décembre 2015.

1710Entretien avec des personnes de l'ARS Île-de-France, 6 janvier 2015.

589. L'intensité de l'implication des médecins ARS dans la lutte contre la fraude a été variable, allant d'une vérification quasi systématique de l'identité du demandeur auprès du médecin ayant rédigé le rapport médical, à la convocation de certains demandeurs devant la commission médicale régionale en application des anciens articles R. 313-23 à R.313-36 du CESEDA, ou aux simples fiches d'identito-vigilance recommandées par l'instruction interministérielle du 10 mars 2014. Il nous a aussi été rapporté le cas de certains médecins ARS « *muent par une 'super-suspicion' de fraudes* »[1711]. Une personne travaillant à la DGS résume ainsi ce que devrait être l'office du médecin de l'ARS en la matière : « *il n'a pas à enquêter, mais il peut repérer les éléments d'une fraude* »[1712]. En d'autres termes, le médecin ARS doit avoir une attitude passive : la fraude ne doit pas être la première grille de lecture d'un rapport médical. Or, elle l'est devenue pour certains médecins, notamment en raison du lien de confiance à maintenir avec les préfectures. Avec le transfert à l'OFII, elle semble s'être généralisée.

b) Une attitude proactive de la part des médecins de l'OFII

590. Le renforcement de la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins est l'un des principaux objectifs poursuivis par le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII. Afin de rendre cette procédure « *moins vulnérable à la fraude* »[1713], l'article R. 313-23 du CESEDA prévoit que les médecins de l'OFII peuvent « *convoquer le demandeur pour l'examiner et faire procéder aux examens estimés nécessaires* ». Par le biais de cet article, « *la direction de l'OFII a décidé de faire un contrôle systématique des VIH et des hépatites. Ce sont des instructions internes, officieuses* »[1714]. Il a ensuite été décidé de convoquer l'ensemble des primodemandeurs, pour ne pas stigmatiser des pathologies particulières[1715]. Le rapport de l'OFII sur sa première année d'activité indique ainsi que « *les primo-demandeurs ont fait l'objet d'une convocation sauf exception. La décision de convoquer des demandeurs en renouvellement est laissée à l'appréciation du médecin de l'OFII selon le type de la pathologie et la qualité du dossier médical* »[1716]. En 2017, 49,5 % des demandeurs ont « *bénéficié de*

1711Entretien avec une assistante sociale de l'APHP, 7 janvier 2015.
1712Entretien réalisé le 8 septembre 2015.
1713Circulaire du 2 novembre 2016, p. 5.
1714Entretien avec un médecin de l'OFII, 15 février 2018.
1715Propos tenus par la direction du service médical lors d'une rencontre avec l'ODSE, 16 novembre 2017.
1716OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 36.

l'examen médical, soit 18 146 personnes ; 18 % des personnes se sont vues proposer des analyses biologiques avec identito-vigilance »[1717]. Selon la direction du service médical de l'OFII, ces convocations permettent de « *sécuriser les parcours des personnes, puisque les personnes ne seront pas reconvoquées lors de leur renouvellement* »[1718], car les médecins sauront qu'il ne s'agit pas de fraudeurs. Le service médical de l'OFII fait en réalité un usage détourné de l'article R. 313-23 du CESEDA. En effet, la possibilité ouverte aux médecins de convoquer la personne pour procéder à des examens médicaux complémentaires sert l'instruction de la demande, comme par exemple en cas de données médicales manquantes. Mais la finalité de cet article a été détournée par l'OFII pour lutter massivement contre la fraude[1719].

591. Couplées à l'identito-vigilance, ces convocations permettent aux médecins de l'OFII de s'assurer que l'état de santé décrit dans les certificats et rapports médicaux correspond bien à celui de la personne demandeuse convoquée : « *la photo d'identité enregistrée dans THEMIS, qui figure aussi sur le certificat médical, et les conventions passées avec les laboratoires visent à éviter les usurpations d'identité* »[1720]. Lorsque les prélèvements biologiques ne peuvent être effectués en interne et que l'OFII doit envoyer les personnes convoquées dans un laboratoire externe, « *un protocole d'identito-vigilance est mis en place entre le service médical de la direction territoriale et le laboratoire* »[1721]. L'utilité de ces convocations peut néanmoins être questionnée concernant les pathologies psychiatriques, qui constituent la plus forte proportion des demandes[1722], ces pathologies n'étant pas nécessairement détectables au cours d'un seul entretien. L'une des raisons pouvant expliquer ces convocations multiples est leur effet dissuasif : en démontrant que n'importe qui peut être convoqué pour s'assurer de la véracité de son état de santé, l'OFII cherche à dissuader les tentatives de fraudes. Cet effet de dissuasion est recherché par les pouvoirs publics dans d'autres champs du droit des étrangers : selon l'étude d'impact sur le projet de loi, la possibilité de prolonger la rétention des personnes opposant leur état de santé en fin de « *séquence* » vise à « *créer un cadre*

1717 *Ibid.*, p. 33.
1718 Propos tenus par la direction du service médical lors d'une rencontre avec l'ODSE, 16 novembre 2017.
1719 Voir *infra.*
1720 OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 39.
1721 *Ibid.*, p. 33.
1722 *Ibid.*, p. 59 : en 2017, 21,9 % des demandeurs de titre de séjour pour soins invoquaient une pathologie psychiatrique.

juridique dissuasif des comportements dilatoires, les demandes tardives pourront être traitées dans le cadre de la rétention »[1723].

592. En complément à ces convocations, les médecins de l'OFII procèdent, tout comme les médecins ARS et le médecin-chef de la PPP en leur temps, à des demandes d'authentification auprès des médecins ou services concernés lorsqu'un doute existe sur l'authenticité des documents, sans toujours obtenir de réponse[1724]. Afin de faciliter ces démarches et la probabilité d'obtenir une réponse, la loi du 10 septembre 2018 est venue inscrire cette pratique dans la législation, en modifiant l'article L. 313-11 11° du CESEDA pour permettre aux médecins de l'OFII de demander, « *dans le respect des règles de déontologie médicale* (...) *aux professionnels de santé qui en disposent les informations médicales nécessaires à l'accomplissement de cette mission* ». L'article R. 313-23 du CESEDA, tel qu'issu de la loi du 7 mars 2016, permettait déjà aux médecins de l'OFII de contacter le médecin suivant habituellement la personne demandeuse ou son praticien hospitalier. La loi du 2018 étend cette demande à tous professionnels de santé disposant des informations médicales nécessaires à leur évaluation.

593. La véritable rupture avec l'exercice antérieur réside ainsi dans l'attitude proactive du service médical de l'OFII dans la lutte contre la fraude, comme en attestent les convocations systématiques des primodemandeurs pour que des prises de sang soient effectuées. Ces pratiques démontrent en effet un changement de paradigme dans la manière d'appréhender l'étranger malade. Alors que sous les ARS, les médecins n'avaient pas à « enquêter », mais seulement à « repérer », les médecins de l'OFII « convoquent » pour écarter toute suspicion : ils contribuent ainsi à la normalisation de l'exceptionnel. La lutte contre la fraude devient ainsi la première grille de lecture des nouveaux dossiers.

594. L'office des médecins impliqués dans la procédure d'instruction des demandes de titres de séjour pour soins a ainsi évolué pour intégrer les préoccupations de lutte contre la fraude, participant ainsi plus largement à la lutte contre l'immigration irrégulière menée par

1723Étude d'impact, *Projet de loi pour une immigration maîtrisée et un droit d'asile effective*, NOR : INTX1801788L/Bleue-1, 20 février 2018, p. 122.

1724OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 40.

le ministère de l'Intérieur[1725]. La présente étude vise à démontrer que « *la suspicion est devenue un véritable réflexe de la part de l'administration* »[1726] et de certains médecins. Cette évolution [de l'office des médecins de l'OFII] résulte pour partie du travail de sensibilisation effectuée par les autorités chargées de la police. Cette fabrique de la *policiarisation* du corps médical se constate à travers les discours, tels que la doctrine antifraude déployée, mais aussi à travers certaines pratiques : les enquêtes de police qui vont marquer le milieu hospitalier, ou les refus de séjour décidés par certains préfets malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS pour marquer la rupture du lien de confiance. L'ensemble de ces mécanismes va alors permettre de *normaliser* l'approche de l'étranger malade par le corps médical. Il apparaît dès lors nécessaire de s'interroger sur les conséquences de la lutte contre la fraude sur l'évolution du corps médical et du statut de l'étranger gravement malade.

SECTION 2. LES CONSÉQUENCES JURIDIQUES ET POLITIQUES DE LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE

595. Le constat d'une contribution des médecins à la lutte contre la fraude – de leur *policiarisation* – implique de questionner ce qu'elle *révèle* et *implique* pour le corps médical, particulièrement sur le plan déontologique (§1). En outre, cette *policiarisation* entraîne nécessairement des répercussions pour le processus de catégorisation de l'étranger malade, et plus généralement, pour la *condition* d'étranger (§2).

§1. LES RÉPERCUSSIONS POUR LE CORPS MÉDICAL

596. L'office des médecins n'étant pas de lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins, l'intégration de cette mission soulève des questions quant à sa compatibilité avec les obligations des médecins découlant du Code de déontologie médicale (A). Surtout, elle apparaît comme un révélateur du manque d'indépendance des médecins du service médical de l'OFII par rapport au ministère de l'Intérieur (B).

1725En 2017, le ministère de l'Intérieur indique qu'« *en matière de lutte contre l'immigration irrégulière, l'accent a été mis sur l'amélioration des contrôles avec, par exemple, l'introduction de la biométrie dans les visas ou la lutte contre le détournement des procédures* » in ministère de l'Intérieur, *Politique française de l'immigration et de l'intégration, document de politique transversale, projet de loi de finances pour 2018*, p. 9. À cet égard, les contrôles médicaux systématiques effectués par les médecins de l'OFII s'inscrivent pleinement dans cet objectif d'amélioration des contrôles.

1726D. Lochak, « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *op. cit.*, p 42. Danièle Lochak relève notamment que « *la fraude fantasmée est sans commune mesure avec la réalité du phénomène* ».

A. Des pratiques éthiquement et juridiquement discutables

597. Le Code de déontologie médicale, intégré depuis 2004 au Code de santé publique, « *peut, en tant que norme juridique* (…)*, être définie comme un ensemble de règles destiné à encadrer les relations des professionnels avec l'ensemble de leurs interlocuteurs, professionnels ou non, et être décrite, dès lors, comme un ''code d'exercice professionnel''*[1727] »[1728]. La déontologie médicale a « *une portée obligatoire vis-à-vis des médecins, et ses prescriptions ne sont pas de simples recommandations mais des règles de droit qui s'imposent à ceux qui y sont assujettis* »[1729]. Les pratiques de certains médecins décrites précédemment, mises en perspective avec certaines dispositions du Code de santé publique, amènent à s'interroger sur leur compatibilité : il s'agit d'une part des pratiques visant à détecter les fraudes – qu'il s'agisse des démarches « actives » ou « passives » (1), et du choix des médecins d'user ou non de l'article 40 du Code de procédure pénale une fois la fraude détectée, démontrant que la déontologie médicale peut constituer un frein à la *policiarisation* du corps médical (2).

1. La déontologie malmenée par la multiplicité des modes de détection des fraudes

598. La lecture du Code de déontologie médicale interroge la légalité des dispositifs d'identito-vigilance mis en place dans certains services hospitaliers pour lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins. L'article 7 de ce code, relatif au principe de non-discrimination prévoit que « *le médecin doit écouter, examiner, conseiller ou soigner avec la même conscience toutes les personnes quels que soient leur origine* (…)*, leur appartenance ou leur non-appartenance à une ethnie, une nation ou* (…) *leur réputation* (...) »[1730]. Selon Danièle Lochak, *« la notion de discrimination, entendue comme une simple différence de statut, n'implique pas nécessairement un traitement moins favorable, mais seulement un traitement distinct de celui des nationaux, donc un statut à part »*[1731].

1727J. Moret-Bailly, « Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, p. 581. À ce sujet, lire également J. Petit, « Déontologie et organisation des professions de santé », *RDSS*, p. 707.

1728J. Moret-Bailly, « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale) », *RDSS*, 2012, p. 1074. Voir également F. Vialla, « La déontologie des professions de santé », *RDSS*, 2018, p. 37.

1729D. Laurent, « La déontologie médicale en 2015 », *Les Tribunes de la santé*, vol. 48, n° 3, 2015, pp. 23-32.

1730Selon l'article L.1110-3 du Code de la santé publique, « *aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins* ».

1731D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, *op. cit.,* p. 87 ; D. Lochak, « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, p. 778.

599. La compatibilité des dispositifs de contrôle d'identité instaurés dans certains services hospitaliers spécifiques aux personnes souhaitant obtenir dudit service un rapport médical pour déposer une demande de titre de séjour pour soins[1732] apparaît discutable au regard des prescriptions de l'article 7 précité. En effet, au-delà de la potentielle discrimination résultant du fait que ces contrôles ne s'appliquent, par définition, qu'aux patients d'origine étrangère, ces dispositifs peuvent ne concerner que les ressortissants de certains pays[1733], et en tout état de cause, découle de la « *réputation* » faite aux demandeurs de titre de séjour pour soins : celle-ci résulte des discours institutionnels récurrents relatifs à la fraude, et relayés occasionnellement par la presse[1734]. Concrètement, deux niveaux de discrimination peuvent être relevés. La première observable concerne les patients demandant un titre de séjour et ceux n'en demandant pas : les premiers se rendant dans un des services hospitaliers pratiquant ces contrôles risquent d'être exposés à des pratiques discriminatoires dans leurs parcours de soins en ce que leur suivi médical s'accompagne de contrôles d'identité plus poussés que pour les malades « de droit commun ». La seconde observable est celle entre demandeurs de titre de séjour selon leur pays d'origine : ceux originaires d'un des pays pour lesquels plusieurs cas de fraudes sont suspectés par les services de police ou relayés par la presse, et ceux provenant de pays moins représentés, voire plus développés.

600. Par capillarité, la déontologie médicale des laboratoires auxquels l'OFII fait appel pour effectuer des analyses biologiques des demandeurs afin de s'assurer qu'il ne s'agit pas de fraudeurs serait aussi malmenée, ces laboratoires devant également contrôler l'identité de la personne avant tout examen[1735]. Ces pratiques marquent ainsi « *une volonté implicite ou explicite (…) de soustraire les étrangers à l'application des règles édictées pour régir les*

1732Pour un exemple de tel dispositif, voir *infra,* Annexe 4.

1733Deux chefs de service de l'APHP nous ont confirmé avoir ciblé les ressortissants de deux pays en particulier, les services de police leur ayant indiqué suspecter l'existence de filières de fraudeurs ressortissants de ces pays.

1734Voir *supra*.

1735OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 2017, pp. 33-34 : « *L'OFII a ainsi signé des conventions avec des laboratoires extérieurs prévoyant que des prélèvements soient effectués au sein des directions territoriales. Ces prélèvements sont toutefois réalisés à l'extérieur de l'OFII lorsque les laboratoires ne peuvent se déplacer. Dans ce cas, un protocole d'identito-vigilance est mis en place entre le service médical de la direction territoriale et le laboratoire. La photo d'identité (celle prise en préfecture) figure sur le bordereau de liaison transmis au laboratoire d'analyses biologiques* ». Se pose d'ailleurs la question de la légalité de telles pratiques, notamment leur signalement à la CNIL.

membres du groupe, de marquer ainsi leur extériorité, de les maintenir par-là hors du groupe »[1736].

601. Les demandes d'authentification de pièces médicales auprès des services hospitaliers effectuées par les médecins ARS ou de l'OFII posent également question. Avant la loi du 10 septembre 2018 et son décret d'application du 27 février 2019[1737], l'article R. 313-23 du CESEDA prévoyait que les médecins de l'OFII pouvaient contacter le médecin suivant habituellement la personne demandeuse ou son praticien hospitalier. Une interprétation stricte de ces dispositions empêche d'obtenir ces informations auprès du secrétariat du service hospitalier, par exemple. Mais la loi de 2018 a justement modifié l'article L. 313-11 11° pour légaliser ces pratiques : la nouvelle rédaction de cet article prévoit que « *dans le respect des règles de déontologie médicale, les médecins de l'office peuvent demander aux professionnels de santé qui en disposent les informations médicales nécessaires à l'accomplissement de cette mission* ». Ces dispositions auraient ainsi pour but de rendre légales des pratiques déjà existantes : comme l'indique le service médical de l'OFII dans son rapport au Parlement, des demandes d'authentification de documents médicaux sont déjà effectuées « *auprès des médecins ou des services concernés* »[1738].

602. L'article 5 du Code de déontologie médicale est, quant à lui, relatif à l'indépendance des médecins. Il dispose que « *le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit* ». Comme il l'a été démontré, l'instauration de l'identito-vigilance dans certains services hospitaliers fait suite à des pressions policières sur certains praticiens. Leur mise en place pourrait ainsi constituer une entorse à l'article 5 précité, en plus d'être contraire à l'esprit du législateur[1739]. L'article 50 du même code dispose que le médecin « *doit faciliter l'obtention d'avantages sociaux* » liés à l'état de santé. Si le fait de devoir justifier de son identité à chaque acte médical peut poser question au regard de cette notion de « *facilitation* », les convocations systématiques de tous les primodemandeurs par

1736D. Lochak, *Étrangers, de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 88.

1737Décret n° 2019-141 du 27 février 2019 *pris pour l'application de la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie et portant diverses dispositions relatives au séjour et à l'intégration des étrangers.*

1738OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 40.

1739Propos tenus par Erwan Binet, rapporteur du projet de loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 relative au droit des étrangers en France à l'Assemblée nationale, deuxième séance publique du 21 juillet 2015 : « *Ce n'est pas le rôle du médecin de demander ses papiers d'identité à un patient qui rentre dans un hôpital* ».

les médecins de l'OFII entrent clairement en contradiction avec cet article. En effet, comment considérer que ces convocations sont « *à l'avantage des personnes* »[1740] et facilitent l'obtention d'avantages sociaux, alors que la plupart d'entre elles ont pour but de soumettre l'étranger à des examens médicaux qu'il a déjà dû effectuer en amont, pour la rédaction du certificat médical ? De plus, comme l'indique notamment l'association AIDES dans son rapport *Discriminations* de 2017[1741], ces convocations systématiques entraînent un retard dans l'instruction des demandes et la délivrance de récépissés : les personnes restent donc plus longuement en situation irrégulière.

603. Les convocations des demandeurs par les médecins de l'OFII, au cours desquelles une consultation médicale est effectuée, posent également question au regard de l'exercice par ces derniers de la médecine de contrôle et de la médecine de prévention pour une même personne. Selon l'article 100 du Code de déontologie médicale, codifié à l'article R. 4127 du Code de la Santé publique, « *un médecin exerçant la médecine de contrôle ne peut être à la fois médecin de prévention ou, sauf urgence, médecin traitant d'une même personne* ». Or, les médecins de l'OFII, qui exercent une mission de médecine de contrôle, proposent aux personnes convoquées d'effectuer un test de dépistage du VIH et des hépatites B et C dans le cadre de l'étude Strada[1742], une démarche qui s'inscrit dans la médecine de prévention. Les mesures déployées pour détecter les différents types de fraudes par les médecins soulèvent ainsi plusieurs questions sur leur compatibilité avec le Code déontologie médicale. D'autant plus que ce dernier peut constituer un frein à la *policiarisation* de certaines pratiques médicales.

1740Entretien avec un médecin de l'OFII, 14 février 2018.

1741AIDES, *Rapport Discriminations*, 2017, p. 43. AIDES parle de « *précarité institutionnalisée* ».

1742L'étude Strada (stratégie de dépistage des maladies infectieuses chez les migrants en France) est, selon le rapport d'activités de l'OFII de 2017 (page 83) menée par une équipe de recherche universitaire. Elle a débuté en avril 2017 et « *concerne la mise en place de différentes stratégies de dépistage des maladies infectieuses (tuberculose, VIH, VHC et VHB), parmi le public en situation d'intégration vu en visite médicale à l'OFII, grâce à l'utilisation d'auto-questionnaires et tests rapides (TROD) auprès de différentes Directions territoriales* ».

2. La déontologie médicale comme frein à la *policiarisation* : l'exemple du signalement des fraudes

604. Lorsqu'une tentative de fraudes au droit au séjour pour soins est détectée, certains médecins des ARS ont eu recours à l'article 40 du Code de procédure pénale (CPP)[1743]. Le document « questions-réponses » rédigé par la DGS[1744] indique qu'« *en pratique, et suivant les recommandations de l'IGAS, c'est à l'autorité hiérarchique, donc au directeur général de l'Agence régionale de santé, d'assurer la transmission de l'information sur l'existence d'une fraude présumée ou avérée. La transmission directe ne peut intervenir qu'en cas de négligence ou d'opposition du directeur. Vis-à-vis du procureur de la République, le signalement d'un fait délictueux aura plus de poids s'il est porté par toute l'administration sanitaire plutôt que par un seul agent* ». Il semblerait qu'au sein de la préfecture de police de Paris[1745], ce soit le médecin-chef qui effectue les signalements auprès des agents préfectoraux, qui usent ensuite de l'article 40[1746] : « *la PPP y a mis les moyens utiles. Cela est lié à la volonté des personnes en poste. Pendant des années, la PPP a fait des articles 40 CPP, et ça arrivait dans le système général du parquet de Paris* ». Dans son rapport d'inspection de 2013, la mission IGA-IGAS recommande « *que les préfets et les directeurs d'ARS (ou délégués territoriaux de l'OFII) en cas de détection d'anomalies ou de fraudes caractérisées, recourent systématiquement à l'article 40 du code de procédure pénale* »[1747].

605. Compte tenu de ces recommandations et de la pratique antérieure, l'OFII s'est interrogé sur la possibilité pour ses médecins, « *au regard des obligations déontologiques auxquels ils sont soumis, notamment celle du secret médical, de signaler au procureur de la République les infractions dont ils pourraient avoir connaissance lors de l'instruction des dossiers d'admission au séjour pour raison de santé* »[1748]. Saisi de cette question par l'OFII par Didier Leschi, directeur général de l'OFII, le Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM)

1743L'article 40, alinéa 2 du code de procédure pénale dispose que « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

1744DGS, *Procédure étrangers malades. Questions les plus fréquentes posées par les médecins des ARS*, document interne, préc., 2013. Voir *infra,* Annexe 3.

1745Avant que la procédure d'évaluation médicale ne soit transférée à l'OFII.

1746Entretien au pôle santé publique du Parquet de Paris, 23 novembre 2015.

1747J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., préc., p. 80

1748OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 47.

considère « *qu'aucun texte ne prévoit la levée du secret dans cette situation. L'obligation générale de l'article 40 du code de procédure pénale qui pèse sur les fonctionnaires peut être en contradiction avec les obligations propres à la mission exercée par certains d'entre eux* »[1749]. Selon le CNOM, « *le signalement au procureur d'un délit ou d'un crime par un fonctionnaire appartenant à une catégorie de professionnels soumis au secret ne revêt pas de caractère obligatoire* ». Il conclut « *qu'il n'appartient pas au médecin d'informer le préfet d'une suspicion de fraudes* ». Sur la base de cet avis, les médecins de l'OFII « *ne signalent donc pas les dossiers frauduleux au Procureur de la République* », et émettent « *un avis défavorable sans pouvoir informer le préfet de l'existence d'une fraude* ».

606. Ainsi, les pratiques antérieures de certains médecins ARS et du médecin-chef de la PPP, ainsi que les recommandations de l'IGA-IGAS entraient en contradiction avec le respect des obligations déontologiques auxquelles sont soumis les médecins. Le respect de ces dernières constitue un frein à la policiarisation des médecins de l'OFII, qui ne peuvent faire usage de l'article 40 du Code de procédure pénale en cas de fraude constatée ni en référer aux préfets. Afin de contourner cet avis du CNOM, il est probable que l'arrêté du 27 décembre 2016[1750] relatif à l'établissement des avis médicaux soit abrogé et modifié pour permettre aux médecins de l'OFII de signaleur dans leur avis, dans le respect du secret médical, qu'il s'agit d'une tentative de fraude pour que les services préfectoraux puissent ainsi enquêter. Afin d'interpeller le Parlement sur ce sujet, la DGEF a d'ailleurs incité l'OFII à modifier les termes de son rapport au Parlement pour l'année 2017 : « *Les développements consacrés à la question de la fraude doivent être précisés. Le rapport indique qu'en cas de fraude les avis sont systématiquement défavorables, ce qui permet au préfet de ne pas délivrer le titre de séjour. La fraude est ainsi mise en échec. Il conviendrait donc de rappeler cette circonstance dans les axes d'amélioration, les conséquences de l'impossibilité pour les médecins de l'OFII d'alerter les autorités compétentes sur les cas de fraudes détectés s'en trouvant atténuées* »[1751]. En ce sens, l'OFII indique dans ses recommandations relatives au renforcement de « *la crédibilité du*

1749CNOM, avis 2018/03/15-110, Section Éthique et Déontologie.

1750Arrêté du 27 décembre 2016 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des certificats médicaux, rapports médicaux et avis mentionnés aux articles R. 313-22, R. 313-23 et R. 511-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, NOR INTV1637914A.

1751Note du directeur de la DGEF au directeur de l'OFII relative au Projet de rapport au Parlement du service médical de l'OFII (11° de l'article L. 313-11 du CESEDA). Délivrance des titres de séjour pour raison de santé.

système dans l'intérêt des étrangers malades »[1752] être tenu, en l'état du droit, de ne rendre qu'un avis défavorable en cas de fraude, « *sans pouvoir informer le préfet de l'existence d'une fraude, ce qui prive l'administration de prendre une décision en connaissance de cause ou de la défendre en cas de recours contentieux* »[1753].

607. En outre**,** l'OFII recommande dans son rapport au Parlement de « *permettre au collège de médecins d'émettre un ''avis défavorable en l'état'' en cas de carence du demandeur* »[1754]. L'OFII pointe le fait que « *la procédure impose au collège d'émettre un avis alors même que l'étranger ne s'est pas présenté à la convocation en vue d'une visite médicale, l'a refusée ou s'est soustrait aux analyses biologiques* »[1755]. La possibilité d'émettre un « *avis défavorable en l'état* » permettrait ainsi à l'OFII de signaler implicitement un cas de fraude au préfet, dont les services pourraient ensuite mener l'enquête. Ainsi, s'il est indéniable que la déontologie médicale fait office de rempart à une *policiarisation* trop accrue des médecins de l'OFII, celui-ci peut être aisément contourné. Outre les atteintes à la déontologie médicale, la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins par les médecins de l'OFII est surtout un révélateur de leur non-indépendance.

B. Le marqueur d'un changement de paradigme

608. L'analyse des moyens médicaux déployés pour lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins remet en question le paradigme de l'indépendance des médecins-évaluateurs (1), et de leur résistance aux dispositifs de lutte contre l'immigration irrégulière (2).

1. La démonstration de la non-indépendance des médecins de l'OFII

609. Lorsque le projet de transfert de l'évaluation médicale à l'OFII a été rendu public, plusieurs craintes ont été formulées sur le risque de manque d'indépendance des médecins chargés de l'évaluation médicale[1756]. Ces préoccupations existaient déjà en 1998, lorsque les

1752OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 47.
1753*Ibid.*, p. 48.
1754*Ibid.*, p. 46.
1755*Ibid.*
1756Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

médecins des DDASS étaient chargés de cette évaluation. En 1998, l'Inspection régionale de la santé avait ainsi considéré que « *les conditions d'exercice de la médecine ne sont pas compatibles avec un état de subordination qui puisse influencer les décisions du médecin. Cette décision concerne précisément le médecin inspecteur de santé publique qui est placé sous l'autorité du préfet. Aucun lien ne peut donc exister entre l'autorité administrative chargée de décider de la situation d'un étranger et le médecin chargé de fournir un avis sur l'état médical de cette personne* »[1757].

610. Afin de réponse à ces critiques, plusieurs garanties étaient mises en avant par les parlementaires favorables à ce transfert, et par l'OFII. Dans son rapport au Sénat sur le projet de loi *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*, François-Noël Buffet soutenait que « *des garanties sont apportées tout au long de la procédure pour assurer l'impartialité des médecins de l'OFII : respect du code de déontologie médicale, orientations générales fixées par le ministre de la santé et rapport annuel au Parlement sur l'activité du service médical de l'office. Enfin, le contrat de travail des médecins stipule que ''la hiérarchie administrative à laquelle ils sont soumis ne doit pas faire obstacle à leur indépendance professionnelle''* »[1758]. De son côté, l'OFII indiquait dans son rapport au Parlement que ses médecins « *sont, dans toutes leurs fonctions, indépendants dans l'exercice de l'art médical* », et que l'organisation et le pilotage mis en place « *se font sans préjudice de leur indépendance et déontologie* »[1759].

611. Les dispositifs mis en place pour lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins viennent relativiser les garanties précitées quant à l'indépendance des médecins de l'OFII. Il est en effet attesté que ces derniers appliquent des instructions de la direction du service médical de l'OFII pour convoquer tous les primodemandeurs d'une carte de séjour pour soins afin de procéder à des bilans médicaux attestant qu'il ne s'agit pas de tentatives de

1757Direction régionale des affaires sanitaires et sociales d'Île-de-France, Inspection régionale de la santé, note interne, Paris, 31 janvier 1995, citée *in* D. Delettre, « Le maintien des étrangers pour raison médicale sur le territoire français. Le rôle du médecin inspecteur de santé publique dans la procédure », *op. cit.*, p. 40.

1758F.-N. Buffet, *Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie,* Session ordinaire de 2017-2018 n° 552, Tome 1, p. 341

1759OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 2017, 2017, p. 23.

fraude[1760]. L'OFII indique ainsi dans son rapport au Parlement que « *les primo-demandeurs ont fait l'objet d'une convocation sauf exception. La décision de convoquer les demandeurs en renouvellement est laissée à l'appréciation du médecin de l'OFII selon le type de pathologie et la qualité médicale du dossier* »[1761]. L'article R. 313-23 du CESEDA prévoit que le médecin-rapporteur de l'OFII, de même que le collège de médecins, « *peut* (...) *convoquer le demandeur pour l'examiner et faire procéder aux examens estimés nécessaires* ». La décision de procéder à cette convocation appartient théoriquement aux médecins saisis sur un dossier individuel. Or, en pratique, les médecins appliquent les instructions de la direction du service médical visant à détourner la finalité de l'article R. 313-23 pour convoquer tous les primo-demandeurs, révélant que si l'indépendance des médecins est textuellement consacrée, elle n'est que relativement constatée en pratique pour ce qui est de la lutte contre la fraude. Ce détournement de l'article R. 313-23 est d'ailleurs attesté par des documents internes à la DGEF, dont certains sont relatifs à la relecture du rapport préparé par l'OFII et destiné au Parlement pour l'année 2017. Parmi les divers commentaires des responsables de la DGEF destinés à l'OFII, plusieurs sont relatifs à ces convocations pour ne pas les présenter publiquement « *comme des dispositifs de lutte anti-fraude* »[1762]. Mais en interne, certains commentaires de la DGEF incitent l'OFII à davantage insister sur la thématique de la fraude dans son rapport, comme en atteste une note adressée au directeur de l'OFII par le directeur de la DGEF[1763]. Cela dénote une certaine influence de la DGEF sur l'OFII pour que soit accentué le rôle des médecins de l'OFII dans la lutte contre la fraude.

1760Voir *supra*.

1761OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 36. Voir également le courrier adressé par Didier Leschi, directeur général de l'OFII, au Défenseur des droits, en date du 22 août 2019, en réaction à la publication du rapport « Personnes malades étrangères : des droits fragilisés, des protections à renforcer ».
URL : http://www.ofii.fr/IMG/pdf/reponse%20DDD%20rapport%202019.pdf

1762Tel est notamment le cas d'un commentaire de la directrice du bureau de l'immigration familiale de la DGEF : « *Attention à ne pas présenter les convocations comme des dispositifs de lutte anti-fraude ; ça n'a pas été prévu pour cela même si, dans les faits, cela sert cet objectif* ».

1763Ce dernier y indique que « *les développements consacrés à la question de la fraude doivent être précisés. Le rapport indique qu'en cas de fraude les avis sont systématiquement défavorables, ce qui permet au préfet de ne pas délivrer le titre de séjour. La fraude est ainsi mise en échec. Il conviendrait donc de rappeler cette circonstance dans les axes d'amélioration, les conséquences de l'impossibilité pour les médecins de l'OFII d'alerter les autorités compétentes sur les cas de fraudes détectés s'en trouvant atténuées* ». Cette recommandation du directeur de la DGEF figure dans la partie « axes d'amélioration » du rapport de l'OFII au Parlement pour l'année 2017, à la page 48 : « *le service médical de l'OFII émet un avis défavorable sans pouvoir informer le préfet de l'existence d'une fraude, ce qui prive l'administration de prendre une décision en connaissance de cause ou de la défendre en cas de recours contentieux* ». Une future réforme ou modification des textes réglementaires permettant aux médecins de l'OFII d'informer la préfecture de l'existence d'une fraude illustrerait l'influence de la DGEF sur la modification de l'office des médecins de l'OFII.

612. Des informations issues de la préparation du budget prévisionnel de l'OFII pour l'année 2017 viennent également corroborer ce changement de paradigme. Selon des documents comptables internes à l'OFII, les convocations systématiques des primodemandeurs et de certains renouvellements ont été évalués à 304 000 euros (pour un coût effectif de 200 000 euros en septembre 2017), auxquels s'ajoutent 535 000 euros liés aux conventions passées avec des laboratoires externes, pour que soient effectués des prélèvements que l'OFII ne peut réaliser en interne[1764]. Élaborés dès 2016, ces documents comptables attestent de l'anticipation financière du détournement de l'article R. 313-23 du CESEDA par l'OFII, et de l'application des instructions de la direction de l'OFII par ses médecins.

613. L'article 95 du Code de déontologie médicale[1765] est relatif à l'indépendance du médecin, à la prééminence de l'individu sur l'institution. Comme le souligne le rapport de l'IGAS de 2006, selon une doctrine traditionnelle, « *le commentaire de cet article est encore plus restrictif* » que son contenu : « *l'indépendance du médecin étant avant tout un droit du patient, le médecin salarié ne peut accepter que ses avis, ses actes, ses prescriptions y compris la rédaction de ses certificats soient limités par des directives. Il en est le seul responsable. Il ne peut y avoir de subordination ou de dépendance, vis-à-vis de l'établissement ou de l'organisme qui emploie le médecin, qu'au point de vue administratif (horaire, organisation du service...)* »[1766]. Au regard de ces développements, les convocations systématiques apparaissent contradictoires avec cette interprétation de l'article 95 du Code de déontologie médicale. Le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII bouleverse ainsi la fonction des médecins évaluateurs qui comme les MISP avant eux « *sont partagés entre plusieurs loyautés : celle de leur administration et celle de leur fonction médicale* »[1767]. Il semble que dans le cadre de la lutte contre la fraude, les médecins de l'OFII optent pour la première.

1764Il conviendrait également de prendre en compte le coût représenté par le personnel mobilisé par ces convocations, mais celui-ci n'est pas détaillé. Pour l'ensemble du personnel, le coût prévisionnel pour l'année 2017 est de 4 213 814 euros, et le coût effectif en septembre 2017 est de 2 981 075 euros.

1765Codifié à l'article R. 4127-95 du Code de la santé publique.

1766J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, préc., p. 18

1767*Ibid.*, p. 15. Selon Arnaud Veïsse, « *confrontés aux consignes contradictoires de la protection de la santé et de la lutte contre l'immigration, certains médecins développent des attitudes dangereusement ambivalentes* », *in* A. Veïsse, « Contrôler les médecins pour maîtriser l'immigration », *Humanitaire* [En ligne], 30 | 2011, mis en ligne le 12 décembre 2011, consulté le 26 avril 2016. URL : http://humanitaire.revues.org/1112

614. Les craintes relatives à l'indépendance des médecins de l'OFII seraient, à cet égard, partiellement fondées. Si leur rattachement au ministère de l'Intérieur n'a pas nécessairement d'effet sur leur indépendance dans l'évaluation médicale des conditions substantielles, il modifie leur office en faisant d'eux des acteurs directs et actifs de la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins. En ce sens, la doctrine maison relative à la nécessité de lutter contre la fraude a eu pour effet d'intérioriser cet objectif comme partie intégrante de la mission d'évaluation médicale des médecins de l'OFII, alors qu'il ne l'était pas autant pour les médecins des ARS. À cet égard, l'office des médecins a été *normalisé.* Cette évolution répond à un mécanisme classique observé en Science administrative : « *le but d'une organisation est de contraindre l'individu qui y participe à agir dans un certain sens. Pour se faire, il n'y a pas de mécanisme plus efficace que celui qui consiste à faire en sorte que le système de valeurs de l'organisation devienne celui de l'individu* »[1768]. L'OFII étant une agence de l'État impliqué dans la politique française de l'immigration et de l'intégration, il apparaît logique que son « *système de valeurs* »[1769] se diffuse auprès de ses agents et imprègne ces derniers, indépendamment de leur qualité médicale.

2. La fin de la résistance du corps médical ?

615. Par le passé, le milieu médical a été amené à se mobiliser pour faire échec à des tentatives de restreindre l'accès au statut d'étranger gravement malade. Deux exemples en attestent. En 2008, à l'occasion des dix ans de la reconnaissance du droit au séjour pour soins, a été diffusée une pétition intitulée « La déontologie médicale est universelle : elle s'applique aussi pour les malades étrangers », signée par cinq cents médecins, hospitaliers ou libéraux. Elles déclaraient qu'« *il est temps que les autorités préfectorales cessent de stigmatiser ''l'irresponsabilité'' des médecins intervenant auprès des malades étrangers. Non, nous ne sommes pas 'complaisants' ou 'angéliques' lorsque nous signalons la gravité de la maladie de nos patients à nos confrères MISP. Non, nous ne sommes pas ''militants'' ou ''engagés'' lorsque nous estimons un pronostic vital dans une perspective d'absence de soins*

1768J.-L. Bodiguel, « La socialisation des hauts fonctionnaires. Les directeurs d'administration centrale », *in La haute administration et la politique*, PUF, coll. « Cahiers du Curapp », 1986, p. 81.

1769En tant qu'agence rattachée au ministère de l'Intérieur, l'OFII participe à la « *gestion maîtrisée des flux migratoires* » qui « *s'inscrit dans un renforcement de la coordination de l'action interministérielle notamment dans le domaine de la circulation des personnes ou dans celui de la lutte contre l'immigration irrégulière, en particulier la lutte contre les filières, le travail clandestin ou la fraude documentaire* », *in* Ministère de l'Intérieur, *Politique française de l'immigration et de l'intégration, document de politique transversale, projet de loi de finances pour 2018*, p. 11.

appropriés, nous faisons notre devoir de médecins […]*. Nous ne pouvons accepter que, au mépris de la loi, les principes de la déontologie médicale s'effacent devant les mécanismes de la "lutte contre l'immigration"* »[1770]. En 2011, lorsque la loi « Besson » était encore à l'état de projet, mille médecins se sont également investis dans la campagne contre la modification des critères substantiels[1771]. Les lois ultérieures n'ont pas suscité la même mobilisation de la part du corps médical.

616. Au regard de la mobilisation passée, la contribution récente du corps médical à la lutte contre les fraudes révèle une moindre résistance de la médecine aux sollicitations des pouvoirs publics pour s'investir « *au profit de lutte contre l'immigration* »[1772]. Les dispositifs mis en place par les médecins s'inscrivent dans cette dynamique de remplacement des « *modes traditionnels d'identification des étrangers, basés jusque-là sur des documents officiels devenus inaptes à assurer la lutte contre l'immigration. Les autorités politiques ont en outre recours au corps, et par conséquent à la médecine pour garantir la preuve et la véracité du discours des immigrés* »[1773]. Comme l'a souligné Elhadj Mbaye dans sa thèse, « *si, en ce qui concerne l'accès aux soins et au séjour des étrangers atteints de pathologies graves comme le sida, la résistance des médecins est presque infaillible, ces nouvelles formes de collaboration entre médecine et autorités de lutte contre l'immigration menacent directement les droits des patients étrangers en France* »[1774]. Or, comme l'illustre la mise en place de ces dispositifs d'identito-vigilance et de convocations systématiques, la réticence des médecins aux sollicitations des autorités pour lutter contre l'immigration n'est plus infaillible. Un médecin de l'OFII s'est d'ailleurs étonné de la réception des convocations systématiques par le corps médical et les associations : « *je pensais que ça provoquerait un tollé ce truc, dans les assos, dans les milieux hospitaliers. En fait, je m'aperçois que les choses évoluent pas mal en France. Aucun médecin ne s'est scandalisé* »[1775].

1770M. Hénocq, A. Veïsse, « Hommes et Médiations. À propos du droit au séjour des étrangers malades », *Hommes & migrations* [En ligne], 1282 | 2009, mis en ligne le 29 mai 2013, consulté le 07 septembre 2018. URL : http://journals.openedition.org/hommesmigrations/440 ; DOI : 10.4000/hommesmigrations.440

1771« 1000 médecins contre les restrictions du droit au séjour pour soins », blog, février 2011 : http://accessibilite-effective.over-blog.com/

1772E. M. Mbaye, « De la contradiction en politiques publiques (...) », *op. cit.*, p. 580.

1773*Ibid.*

1774 *Ibid.*

1775Entretien avec un médecin de l'OFII, 14 février 2018.

617. Une hypothèse explicative de cette absence de résistance du corps médical est liée à l'affaiblissement du poids du ministère de la Santé, et plus spécifiquement de la DGS, dans le pilotage de la mission d'évaluation médicale, laissant ainsi les médecins « formés » par le seul ministère de l'Intérieur, en l'occurrence, par l'OFII. L'article 6 de l'arrêté du 5 janvier 2017 du ministère de la Santé fixant ses orientations générales destinées au médecin de l'OFII prévoit pourtant que « *la direction générale de la santé participe à l'animation du réseau médical, notamment par l'organisation de réunions d'échanges sur les pathologies les plus fréquemment recensées par le rapport annuel de l'OFII, l'actualisation de données scientifiques et des outils relatifs à l'offre de soins des pays d'origine, le signalement d'alertes sanitaires nationales ou internationales, ou toute autre information qu'il peut sembler utile de porter à la connaissance des médecins de l'OFII* »[1776]. Or, jusqu'à présent, la DGS n'a participé à aucune de ces réunions, selon un compte rendu de réunion entre la DGS, l'OFII et la DGEF, notamment pour des raisons financières[1777].

618. En plus de ces conséquences déontologiques, la mobilisation du corps médical dans la lutte contre la fraude fragilise, de manière symptomatique, l'accès au statut d'étranger gravement malade.

§2. Une fragilisation symptomatique de la condition de l'étranger

619. La *policiarisation* du corps médical emporte nécessairement des conséquences sur l'accès au statut d'étranger gravement malade (A), et s'inscrit dans la logique générale de contrôle des étrangers (B).

1776Article 6 de l'arrêté du 5 janvier 2017 du ministère de la Santé *fixant ses orientations générales* (...), préc.

1777Mail du sous-directeur du travail et du séjour à la DGEF destiné au directeur de la DGEF, 18 septembre 2018 : « *naturellement, l'OFII participera volontiers à des échanges tous les six mois au format de la présente réunion, mais est resté très vague sur l'association possible de la DGS aux réunions de réseau des médecins de l'OFII. La participation de la DGS à cette animation de réseau figure dans l'arrêté du 5 janvier 2017 signé du seul DGS. Didier Leschi* [directeur de l'OFII] *a bien précisé qu'une réunion de réseau des médecins de l'OFII avait eu lieu le 26 juin, et que pour des raisons budgétaires, il n'était pas prévu d'en refaire en 2018, et qu'il n'en avait pas "dans le viseur" en 2019. Ces réunions étant coûteuses en frais de transport, le DG de l'OFII a suggéré que la DGS veuille bien en financer une partie si elle souhaitait y participer :-) Bref, il est certain qu'on ne verra pas la DGS à une réunion de réseau OFII...* ».

A. Les répercussions sur l'accès au statut d'étranger gravement malade

620. Les dispositifs mis en place par les médecins pour lutter contre la fraude impactent également le caractère de plein droit du droit au séjour pour soins. Ces conséquences se constatent au regard de l'effet dissuasif qu'ils peuvent avoir pour les malades étrangers, du risque d'assimilation systémique de ces derniers aux fraudeurs (1), et de la remise en cause de garanties procédurales (2).

1. Un effet dissuasif et un risque d'assimilation

621. Deux phénomènes résultent des contrôles exercés par le corps médical : un effet dissuasif dans le dépôt des demandes, mettant en exergue la nécessité d'encadrer ces pratiques (a), et un risque d'assimilation des demandeurs à des fraudeurs (b).

a) L'effet dissuasif des convocations médicales sur le dépôt des demandes

622. Il a été démontré que les personnes étrangères en situation irrégulière sont « *parfois si inquiètes d'attirer sur elles l'attention des autorités qu'elles sont souvent réticentes à chercher une protection légale ou à exercer un recours auxquelles elles sont éligibles, même quand leurs droits les plus fondamentaux sont en jeu* »[1778]. À cet égard, le fait pour les potentiels prétendants au statut d'étranger malade de savoir qu'ils vont probablement être convoqués par les médecins de l'OFII pour repasser des examens médicaux qu'ils ont, pour la plupart, déjà effectués peut provoquer la réticence de certains à déposer une telle demande. Si l'OFII met en avant le caractère dissuasif des convocations systématiques pour les potentiels fraudeurs[1779], il convient également de souligner le caractère dissuasif de cette inspection médicale systématique pour des personnes pouvant prétendre réellement à l'obtention de ce statut.

623. Mais à l'image de l'internement des étrangers, qui a a fait l'objet « *de correctif au nom de l'État de droit* »[1780] à partir des années 70 en introduisant les tribunaux dans le champ de

1778J. H. Carens, *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013, p. 132.

1779OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,* préc., p. 40 : « *une baisse non mesurable des primo-demandes pouvant être due à des personnes qui renoncent à faire une demande* ».

1780N. Fischer, « La justice des étrangers. L'action des magistrats dans la procédure d'éloignement » *in* D. Fassin (dir.), *Juger, réprimer, accompagner, Essai sur la morale de l'État,* Éditions du seuil, 2013, p. 71.

la police des étrangers, peut-être que les convocations systématiques des étrangers en vue de leur faire passer ces examens feront l'objet d'un encadrement juridique. Une convocation pourrait, par exemple, avoir à être motivée par un manque d'informations médicales dans le certificat envoyé à l'appui de la demande. Un tel garde-fou permettrait d'éviter la systématisation ou le caractère arbitraire de convocations et d'examens sanguins qui, au-delà de leur caractère intrusif, impactent en le retardant la délivrance potentielle d'un titre de séjour pour soins.

b) Un risque d'assimilation de toute demande à une tentative de fraude

624. Une autre conséquence est relative à la manière dont le corps médical appréhende l'étranger demandant un statut pour raisons médicales : par le prisme de la fraude. Outre le caractère stigmatisant pour les étrangers – la part de fraudeurs étant en réalité très faible[1781] – il existe le risque que de vrais malades soient pris pour de faux fraudeurs. Un exemple qui nous a été rapporté par une assistante sociale d'un service des maladies infectieuses de l'APHP[1782], illustre de manière concrète cette fragilisation. En 2011, plusieurs tentatives de fraudes dans ledit service ont été détectées par le service médical de la préfecture de police de Paris. Ce dernier a donc pris pour habitude de contacter le service des maladies infectieuses en question lorsqu'il y a une suspicion de fraudes sur un dossier. Ainsi, ce service des maladies infectieuses recevait parfois du service médical de la préfecture des demandes d'attestation de suivi ou non de telle personne demandeuse d'une carte de séjour. Le secrétariat dudit service hospitalier répondait, en indiquant si oui ou non la personne est suivie médicalement. Si tel n'est pas le cas, le service médical de la préfecture de police de Paris considère qu'il s'agit d'une tentative de fraudes, et la préfecture effectue un signalement de la personne concernée au procureur de la République, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale. Ces vérifications ont cessé pendant un temps, jusqu'au jour où l'hôpital constate que des personnes suivies médicalement étaient convoquées par la Brigade de répression de la délinquance astucieuse, sur la base « d'attestations de non suivi » apparemment rédigées par l'hôpital. Après une enquête interne, le service hospitalier s'est rendu compte que le service médical de la préfecture de police ne le sollicitait plus pour demander une authentification, et faisait de fausses attestations de non-suivi sur la base de

1781Voir *supra*.
1782Voir *infra,* Annexe 5.

fax envoyés par l'hôpital à la préfecture[1783]. Autrement dit, la préfecture faisait passer – volontairement ou par négligence - de vrais malades pour de faux fraudeurs. Cela a duré plusieurs mois, a concerné *a minima* trois rapports médicaux, mais aurait concerné une trentaine de personnes suivies par cet hôpital, qui ont fait l'objet de refus de séjour, de procédures contentieuses infondées et de pertes d'emploi pour certains. Le chef du service des maladies infectieuses a rédigé un courrier pour alerter le préfet de Paris sur ce sujet, courrier resté sans réponse[1784].

625. Cet exemple illustre la fragilisation du droit au séjour pour soins en raison de la suspicion exacerbée des cas de fraude par le corps médical : non seulement l'exacerbation des cas de fraudes se répercute sur des personnes éligibles au dispositif, mais elle vient aussi « *limiter l'accès de ceux qui ne fraudent pas à certains droits* »[1785].

2. La remise en cause de garanties procédurales

626. Deux garanties procédurales se trouvent affectées par cette *policiarisation* du corps médical : celle relative au délai d'instruction des demandes (a), et celle relative au droit au secret médical (b).

1783L'une des personnes concernées a d'ailleurs exercé un recours à l'encontre de l'OQTF prise à l'issue de l'instruction : TA Paris, 6 juillet 2011, n° 1100308/5-3 : « *Considérant que pour refuser le renouvellement du titre de séjour dont bénéficiait Mlle X en qualité d'étranger malade, le préfet de police s'est fondé sur la circonstance, retenue par le médecin, chef du service médical de la préfecture de police que l'intéressée avait produit à l'appui de sa demande de renouvellement, des documents médicaux falsifiés ; Considérant que le prétendu document médical falsifié produit par l'administration, et au vu duquel, semble-t-il, le médecin, chef du service médical de la préfecture de police a refusé d'examiner plus avant la demande de l'intéressée, est daté du 1er septembre 2010 et porte le nom d'un patient de sexe masculin né le 17 octobre 1978 ; qu'alors même que le patient dont le nom figure sur le document est inconnu des services de l'hôpital censé avoir établi le document, ce dernier, de toute évidence, ne peut résulter d'une falsification destinée à permettre à Mlle X, jeune femme née le 3 mars 1976, d'obtenir un titre de séjour en qualité d'étranger malade ; que le préfet de police, invité par le Tribunal à produire le véritable document falsifié sur lequel s'était fondé le médecin de la préfecture de police n'a ni répondu ni produit de nouveau document ; que Mlle X pour sa part, produit deux certificats médicaux établis le 25 août 2010 et le 18 janvier 2011 par deux médecins de l'hôpital Y, évoquant une pathologie sévère, et l'absence de traitement approprié dans le pays d'origine ; que si ces documents sont imprécis sur la pathologie de l'intéressée, il n'est pas allégué en défense qu'ils seraient eux aussi falsifiés ; que la requérante est dès lors, en l'état du dossier, fondée à soutenir que le motif du refus est erroné, et à demander l'annulation de l'arrêté attaqué en date du 9 décembre 2010 qui a été rendu sans avis préalable du médecin, chef du service médical de la préfecture de police, sur la gravité de l'état de santé de l'intéressée, et la possibilité pour elle de bénéficier des soins nécessaires dans son pays d'origine (...)* ».

1784Voir *infra*, Annexe 5. Le courrier indique notamment que « *je constate une nouvelle fois que M. Claude Dufour a authentifié ce certificat sans nous demander notre avis* », Claude Dufour étant, à l'époque, le médecin-chef de la préfecture de police de Paris.

1785Assemblée nationale, CRI, 3ème séance du 8 juillet 2003, p. 7090, 1ère colonne, intervention de Christophe Caresche.

a) L'allongement des délais d'instruction des demandes

627. Selon l'article R. 311-12 du CESEDA, le délai d'instruction des demandes de titre de séjour, toutes catégories confondues, est de quatre mois. En 2017, comme le souligne l'OFII dans son rapport, la durée moyenne de traitement d'un dossier par l'OFII exclusivement (sans tenir compte du délai d'instruction en préfecture) est de 139 jours, soit quatre mois et demi[1786]. La procédure d'évaluation médicale à elle seule dépasse donc le délai réglementairement prévu.

628. Cet allongement des délais d'instruction peut notamment s'expliquer par les convocations des demandeurs par l'OFII, période durant laquelle les personnes ne peuvent justifier de la régularité de leur séjour, le récépissé ne leur étant remis que lorsque le collège de médecins de l'OFII reçoit le rapport médical du médecin instructeur. Cette fragilisation est directement due au transfert à moyen constant des ARS vers l'OFII. En effet, le budget de l'agence n'a pas été augmenté pour faire face à cette nouvelle mission[1787].

629. Il apparaît intéressant de relever que cet allongement du temps d'instruction est doublement dû au service médical de l'OFII : par les convocations systématiques des primodemandeurs et de certains en instance de renouvellement, ce qui allonge nécessairement la durée d'instruction ; et par les examens médicaux diligentés pour s'assurer de la véracité du dossier médical, dont le coût, qui s'élève à environ 839 000 euros pour l'année 2017, est supporté par les fonds propres de l'OFII. Ce dernier n'ayant pas été doté de fonds supplémentaires par rapport à ceux des ARS pour mener à bien cette mission, la qualité de l'instruction pâtit nécessairement de ces convocations, qui mobilisent du personnel.

1786OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 98.

1787P. Mennucci, *Avis fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 4061) de finances pour 2017, Tome IV, « Immigration, asile et intégration. Immigration, intégration et accès à la nationalité française*, pp. 11-12 : « *les changements intervenus dans la politique d'accueil et d'intégration des étrangers, la modification de certaines procédures d'immigration et la prise en charge du dispositif d'avis préalable à la délivrance d'un titre de séjour pour étrangers malades sont les conséquences de la loi du 7 mars 2016 et sont mises en œuvre en 2016 ou le seront au 1er janvier 2017. Ces transformations, prévues à moyens constants, ont généré, sur les exercices 2015 et 2016, un déséquilibre, notamment en termes de moyens humains, qui a nécessité des redéploiements entre les différentes activités de l'établissement* ».

b) Un abaissement progressif du droit au secret médical de l'étranger

630. Le principe du droit au secret médical est prévu par le Code pénal[1788] et le Code de déontologie médicale[1789]. Les différents mécanismes instaurés par les textes réglementaires et la pratique pour lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins posent la question de leur compatibilité avec ce principe. Si l'incompatibilité de certains mécanismes avec ce dernier apparaît évidente, d'autres soulèvent la question de manière plus subtile.

631. Premièrement, le cas des demandes de confirmation de suivi médical formulées par les ARS et par l'OFII avant l'entrée en vigueur de la loi dite « Collomb » de 2018 qui les légalisent. Ces demandes visant à avoir la confirmation du suivi de telle personne, voire des confirmations sur le détail de sa pathologie, pourraient contrevenir a priori au principe du respect du secret médical. Certes, des cas de dérogation à ce dernier existent, dans le but de faciliter l'obtention d'avantages sociaux[1790], ou pour assurer la continuité des soins ou déterminer la meilleure prise en charge possible. *A contrario*, la dérogation au secret médical prévu par l'article L. 313-11 11°[1791] n'est pas faite dans l'intérêt du patient, la finalité poursuivie par l'OFII étant de lutter contre la fraude. En tout cas, la pratique de ces vérifications avant la réforme de 2018 apparaît contraire au principe du droit au secret médical. Les exemples qui nous ont été rapportés au cours d'entretien ne mentionnant pas le recueil préalable de l'accord du patient. Certaines de ces demandes étaient même formulées directement par le service des étrangers de certaines préfectures, comme le rapporte un médecin interrogé[1792].

1788 L'article 226-13 du Code pénal pose le principe du secret professionnel pour le personnel soignant : « *La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* ».

1789 L'article L 1110-4 du code de la santé publique dispose : « *Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant* ».

1790 L'article 50 du Code de déontologie médical qui prévoit que lorsque le soignant agit dans l'intérêt du patient pour « *faciliter l'obtention d'avantages sociaux* », il peut communiquer « *au médecin conseil nommément désigné de l'organisme de sécurité sociale dont il dépend, ou à un autre médecin relevant d'un organisme public décidant de l'attribution d'avantages sociaux, les renseignements médicaux strictement indispensables* ».

1791 Dont une partie de l'article dispose depuis la réforme dite « Collomb » que « *sous réserve de l'accord de l'étranger et dans le respect des règles de déontologie médicale, les médecins de l'office peuvent demander aux professionnels de santé qui en disposent les informations médicales nécessaires à l'accomplissement de cette mission* ».

1792 Entretien avec un chef de service de l'APHP, 25 mai 2016. La réforme du 2016-274 du 7 mars 2016, qui introduit l'article L. 611-12 du CESEDA, autorise désormais les services préfectoraux à procéder à des contrôles auprès de divers organismes (caisse d'assurance-maladie, établissement hospitaliers, bancaires,

632. Un autre exemple symptomatique de cet abaissement progressif du droit au secret médical réside dans le signalement au Parquet par les médecins de l'OFII, en application de l'article 40 du Code de procédure pénale, des cas de suspicion de fraudes. Dans son avis du 15 mars 2018 précité[1793], le CNOM considère que « *le signalement au Procureur d'un délit ou d'un crime par un fonctionnaire appartenant à une catégorie de professionnels soumis au secret ne revêt pas de caractère obligatoire* ». Cet avis entravant les possibilités de lutter contre la fraude au sens de la DGEF, cette dernière mène une réflexion interne pour tenter de contourner cet avis du CNOM, et *in fine*, l'opposition du secret médical. En effet, selon une note interne datant du 19 avril 2019, la DGEF indique qu'en « *ce qui concerne la dénonciation des pratiques frauduleuses, la jurisprudence judiciaire n'exonère pas les agents publics soumis au secret professionnel des obligations qui découlent de l'article 40 du code de procédure pénale. Le Conseil d'État a par ailleurs consacré l'illégalité d'une sanction disciplinaire prise par un médecin agissant en tant qu'agent public en vertu de l'article 40 du CPP[1794]. De ce point de vue, l'avis du conseil de l'ordre des médecins du 27 avril 2018 selon lequel il n'appartiendrait pas aux médecins de l'OFII de signaler une infraction est dépourvu de fondement légal* ». Il est donc probable qu'à terme, les médecins de l'OFII signalent des cas de fraude aux procureurs, comme le faisaient certains médecins ARS et le médecin-chef de la préfecture de Police de Paris avant la réforme de 2016 (qui a transféré l'évaluation médicale à l'OFII). En tout état de cause, l'évolution du cadre légal et de la pratique tend à faire primer l'objectif de lutte contre la fraude sur celui du droit au secret médical de l'étranger.

---

etc.) « *sans que s'y oppose le secret professionnel autre que le secret médical* », pour obtenir « *les documents et les informations nécessaires au contrôle de la sincérité et de l'exactitude des déclarations souscrites ou au contrôle de l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution d'un droit au séjour ou de sa vérification* ». Dans une note interne adressée aux préfectures, la DGEF indique que ces contrôles peuvent notamment porter sur le suivi des soins (ces contrôles « *peuvent s'effectuer même sous le respect du secret médical qui interdit de connaître la pathologie du demandeur. Tel est le cas par exemple de l'identité de l'intéressé ou de la réalité de sa résidence habituelle, voire du suivi des soins auprès des établissements de santé publics et privés et des organismes de sécurité sociale réserve faite de la même interdiction* »).

1793CNOM, avis 2018/03/15-110, Section Éthique et Déontologie.

1794CE, 4/1 SSR, du 22 novembre 1999, n° 187419. Cette affaire ne porte pas directement sur l'obligation ou non d'user de l'article 40 du Code de procédure pénale par un médecin tenu au secret professionnel, mais sur un cas de demande d'amnistie. Le Conseil d'État a considéré qu'en « *estimant que la communication, par le médecin-conseil chef du service du contrôle médical près la caisse primaire maladie, après avis du directeur départemental du travail et de l'emploi, au procureur de la République, du nom d'assurés sociaux ayant usé d'une spécialité pharmaceutique classée parmi les substances vénéneuses en violation du secret professionnel, constituait un manquement à l'honneur et était, par suite, exclu du bénéfice de l'amnistie, la section disciplinaire du conseil national de l'ordre des médecins a fait une inexacte application des dispositions de l'article 14 de la loi du 3 août 1995* ».

B. Une évolution s'inscrivant dans la logique générale de suspicion des étrangers

633. De manière plus générale, il peut être considéré que les convocations systématiques par le corps médical participent au contrôle social des étrangers, et témoignent de « *l'unité du droit des étrangers* »[1795]. À l'image des étrangers en situation irrégulière qui vivent dans la crainte d'être interpellés, placés en rétention, et potentiellement expulsés[1796], les étrangers gravement malades savent que leur état de santé peut être surveillé et contrôlé lors de chaque première demande et renouvellement, et ainsi être remis en question. Cette fragilisation du statut de l'étranger gravement malade est finalement symptomatique de la condition d'étrangers : ces derniers « *sont suspectés de vouloir tourner les lois en se réclamant d'une qualité usurpée* »[1797], comme cela a été le cas « *très tôt, après la fermeture des frontières à l'immigration main-d'œuvre en 1974,* [où] *on a vu ainsi l'administration faire la chasse ''faux réfugiés'', aux ''faux étudiants'', aux ''faux touristes'', puis aux ''conjoints de complaisance'' et mettre systématiquement en doute la réalité des craintes de persécution, la réalité et le sérieux des études, la réalité des liens familiaux* »[1798]. Il apparaît donc logique que l'étranger gravement malade n'échappe pas à « *certaines récurrences dans les discours et modes d'actions des pouvoirs publics s'agissant de l'immigration* »[1799], telle que la *policiarisation* de différents pans du droit des étrangers, comme c'est le cas de la prise en charge des demandeurs d'asile[1800]. Finalement, la mobilisation des médecins de l'OFII dans la lutte contre la fraude ne serait que l'évolution logique d'une *policiarisation* ambiante pour « *maintenir sous surveillance des éléments de la population migrante* »[1801] : elle s'inscrit dans

1795S. Slama, « L'unité du droit des étrangers depuis la II ème République ou l'éternel recommencement ? », *in* E. Saulnier-Cassia, V. Tchen (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, *op. cit.,* p. 7.

1796Sur ce sujet, voir S. Le Courant, *Vivre sous la menace : ethnographie de la vie quotidienne des étrangers en situation irrégulière en France*, Thèse en Ethnologie, Université Paris Nanterre, 2015, 540 p.

1797D. Lochak, « L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration », *in Figures de l'étranger, quelles représentations pour quelles politiques ?*, Gisti, 2013, p. 21.

1798*Ibid.*, p. 21.

1799S. Slama, « L'unité du droit des étrangers depuis la II ème République (…) », *op. cit.*, p. 23.

1800S. Slama, « De la défaillance systémique à la ''policiarisation'' des conditions d'accueil des demandeurs d'asile en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 21 juin 2018, consulté le 19 septembre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/4238 ; DOI : 10.4000/revdh.4238 : « *le caractère de plus en plus ''directif'' de leur prise en charge* (...) *contribue à la ''policiarisation'' du dispositif dans la mesure où sa finalité est de plus en plus guidée par le souci de préservation de l'ordre public bien davantage que la protection de la dignité des demandeurs* ».

1801O. Clochard, « Les différents visages du confinement des migrants en France », *Migrations et mutations de la société française. L'état des savoirs.* La Découverte, 2014, pp. 177-184.

cette continuité administrative de suspicion à l'égard des étrangers, qui concourent nécessairement à la *fragilisation* des statuts auxquels ils peuvent prétendre.

634. Conclusion du Chapitre 2. La *policiarisation* du corps médical du fait de son implication dans le processus de *catégorisation* de l'étranger malade s'observe à deux égards : d'une part, au regard de sa mobilisation par les pouvoirs publics pour interpréter – plus restrictivement au fil du temps – les conditions médicales permettant à un étranger d'être ou non biolégitimé ; et d'autre part, en raison de sa mobilisation croissante pour lutter contre la fraude au droit au séjour pour soins. Tout comme l'évolution des structures de rattachement des médecins-évaluateurs (des ARS à l'OFII), l'évolution de la participation du corps médical à la fraude est le produit de *discours* visant à *politiser* la nécessité de lutter contre. Selon ces discours, même si les chiffres démontrent que le phénomène est statistiquement négligeable, l'appréhension de tous les étrangers malades par le prisme de la fraude reste *nécessaire* pour lutter contre. Ce *discours* a été véhiculé par des rapports (parlementaires, de l'IGA-IGAS, de l'OFII), des circulaires ministérielles, mais aussi par les services de police qui ont, par leurs enquêtes, sensibilisé certains médecins à ce sujet. Les effets produits par ces discours sont doubles : premièrement, il renforce effectivement les dispositifs de lutte contre la fraude, des médecins venant assister la police et le Parquet dans cette mission. À cet égard, la finalité de ce discours est, comme pour le rattachement des médecins-évaluateurs au ministère de l'Intérieur, de restreindre l'accès au statut d'étranger malade. Corrélativement, il contribue, deuxièmement, à véhiculer le risque de fraude auprès d'acteurs qui *a priori* n'ont pas à se saisir activement de cette problématique. En définitive, ce *discours* contribue à faire prédominer l'objectif de maîtrise des flux migratoires et de lutte contre l'immigration irrégulière sur la protection de la santé.

635. Mis en perspective avec l'évolution du droit des étrangers depuis un demi-siècle, le glissement de l'office des médecins vers une *policiarisation* accrue n'a rien de surprenant. Ainsi, à l'image du « *discours institutionnel* »[1802] qui a vu le jour au sein de la Direction de la population et des migrations (DPM) dans les années 1970 et qui a abouti à une limitation des entrées de la main-d'œuvre immigrée en 1974, du fait des « *différentes histoires administratives et leur réinterprétation dans un sens restrictif* »[1803], un discours similaire a

1802S. Laurens, *Une politisation feutrée (…), op. cit.*, p. 139.
1803*Ibid.*

émergé au sein du ministère de l'Intérieur pour tendre vers une *policiarisation* du corps médical, et à un contrôle de ce dernier. Ce discours, qui ressort des archives internes, des propos tenus par des hauts fonctionnaires lors de rencontres institutionnelles, des différents rapports des services d'inspections et des circulaires, aboutit à une appropriation par les médecins de logiques propres au ministère de l'Intérieur telles que la suspicion des manœuvres dilatoires et des tentatives de fraudes.

636. En se faisant doter de davantage d'instruments pour surveiller l'étranger malade, le corps médical s'intègre pleinement au régime de la police des étrangers, au contrôle social de ces derniers, qui les a longtemps placés « *sous le seul contrôle des policiers, des gendarmes et des officiers préfectoraux dotés pour leur surveillance d'une série d'instruments spécifiques* »[1804]. Cette appropriation menace l'effectivité du plein droit reconnu au droit au séjour pour soins, ainsi qu'au caractère quasi absolu de la protection contre l'éloignement, en ce qu'elle témoigne d'une évaluation médicale relativement peu indépendante des préoccupations policières, et d'un risque de stigmatisation de l'étranger gravement malade. Avec l'évolution restrictive des conditions d'octroi de ce statut[1805], la *policiarisation* du corps médical s'inscrit ainsi dans la dynamique visant à « *colmater toutes les brèches par où les ''flux'' pourraient encore pénétrer* »[1806], dans cette « *obsession du verrouillage* »[1807]. Elle n'est finalement qu'« *une manifestation supplémentaire de la suspicion généralisée et entretenue à l'égard des étrangers* »[1808], et de « *la volonté de réduire l'immigration* [qui] *se traduit par l'adoption de multiples textes qui accentuent la dimension répressive du droit des étrangers et font de la lutte contre la fraude une priorité* »[1809].

637. De manière plus générale, l'évolution de l'office des médecins invite à analyser si ce phénomène de *policiarisation* touche d'autres domaines médicaux, car « *de même qu'au XIXème siècle, comme l'a parfaitement montré Gérard Noiriel, les mesures administratives visant à surveiller la circulation des étrangers ont préfiguré une politique de contrôle de la population,*

1804N. Fischer, « La justice des étrangers. L'action des magistrats dans la procédure d'éloignement » *op. cit.*, p. 68.
1805Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
1806 D. Lochak, « Bons "étrangers" et mauvais "clandestins" », *Manière de voir*, 2002/3 (n° 62), p. 54. Voir également K. Parrot, *Carte blanche. L'État contre les étrangers*, *op. cit.*
1807*Ibid.*
1808N. Ferré, « Soupçon systématique de fraude », *Plein droit*, vol. 85, n° 2, 2010, pp. 3-6.
1809F. Jault-Seseke, S. Corneloup, S. Barbou des Places, *Droit de la nationalité et des étrangers, préc.*, p. 238.

nationaux compris (avec entre autres l'instauration de la carte d'identité obligatoire), de même la politique de santé en direction des migrants est susceptible de rattraper demain, d'une manière ou d'une autre, l'ensemble de la politique de santé de ce pays »[1810]. En ce sens, force est de constater que la crise sanitaire engendrée par la Covid-19 a mené les pouvoirs publics à adopter dans la loi du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire*[1811] des dispositions similaires dans leur logique à celles relatives au rôle des médecins dans le cadre du droit au séjour pour soins. C'est notamment le cas de l'instauration de fichiers créés pour lutter contre la Covid, remplis par le corps médical et consultables par une pluralité d'acteurs[1812] sans réel consentement des personnes concernées, ce qui a suscité de vives réactions du Syndicat de la médecine générale[1813]. Ainsi, tout comme la lutte contre l'immigration irrégulière, l'objectif « *de lutter contre la propagation de l'épidémie de covid-19* »[1814] justifie une exception au secret professionnel[1815].

638. L'étude de l'évolution de l'office des médecins impliqués dans la procédure de régularisation pour soins ne saurait suffire, à elle seule, à comprendre pleinement la *normalisation* dont fait l'objet le statut juridique de l'étranger gravement malade par les autorités chargées de son application, car les médecins n'ont qu'un rôle consultatif dans la chaîne décisionnelle. Partant, il convient d'examiner également le rôle (et l'évolution) du ministère de l'Intérieur, ainsi que celui des préfectures, dans la gestion du droit au séjour pour soins.

1810P. Dewitte, « Malade étranger, étranger malade ? », *in Hommes et migrations*, n° 1225, Mai-juin 2000, p. 2.

1811Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

1812Point II de l'article 1 du Décret n° 2020-551 du 12 mai 2020 *relatif aux systèmes d'information mentionnés à l'article 11 de la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.* Sur les simitudes entre l'état d'urgence sanitaire et le régime applicable aux étrangers malades, voir notre analyse : N. Klausser, « Les étrangers malades de l'intérieur ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 mai 2020, consulté le 11 novembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/9359 ; DOI : https://doi.org/10.4000/revdh.9359

1813SMG, « Soigner n'est pas ficher – L'éthique des médecins n'est pas à vendre », *Communiqué de presse*, 5 mai 2020.

1814Article 11 de la Loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 *prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions*.

1815C. Zorn, « État d'urgence pour les données de santé (II) : sidep et contact covid », *Dalloz actualités,* 26 mai 2020.

Chapitre 3 : La *médicalisation* de la police des étrangers

639. Après avoir exposé la manière dont l'évolution du rôle des médecins a contribué à la *normalisation* du statut juridique de l'étranger malade en restreignant son flux de délivrance[1816] – et ce, afin de dévoiler la prédominance progressive de l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur celui de protection de la santé – il importe désormais de s'attarder à l'évolution des acteurs chargés de la police des étrangers : le ministère de l'Intérieur, les préfectures et les structures administratives qui lui sont rattachées. Il convient plus exactement de s'intéresser à la *médicalisation* de ces acteurs visant, là encore, à contrôler la catégorisation juridique de l'étranger malade. La *médicalisation* doit être comprise ici comme « *la résultante de plusieurs mouvements : la problématisation d'une question en termes de pathologie, la mobilisation d'un savoir spécialisé et la reconnaissance politique de l'entité ainsi instituée* »[1817]. Elle décrit plus précisément un processus par lequel l'État (ou ses organes) se dote de prérogatives médicales.

640. Cette *médicalisation* est concomitante à la création du droit au séjour pour soins. En effet, au moment de sa création, les services du ministère de l'Intérieur (et plus particulièrement les préfectures) se voient déposséder d'une partie de leurs prérogatives en matière de police des étrangers : alors qu'ils disposaient jusqu'alors d'un pouvoir discrétionnaire pour statuer sur la délivrance d'un titre de séjour pour soins, ce pouvoir a été encadré pour inclure la prise en considération de l'avis de médecins[1818]. Le ministère de l'Intérieur cherche alors à compenser cette limitation de son pouvoir discrétionnaire par le développement de *mécanismes* visant à la fois à *contrôler* le corps médical et à doter, en parallèle, ses propres services de prérogatives médicales, dans le but de ne plus dépendre exclusivement de l'expertise de médecins sur lesquels ils n'exerçaient pas de réel contrôle[1819].

1816Voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

1817T. Bujon et C. Dourlens, « Entre médicalisation et dépathologisation : la trajectoire incertaine de la question trans », *Sciences sociales et santé*, vol. 30, n° 3, 2012, pp. 33-58 ; L. Berlivet, « Médicalisation », *Genèses*, vol. 82, n°. 1, 2011, pp. 2-6. E. M'Baye parle de « *''sanitarisation' de la politique d'immigration* » *in* E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques*, *thèse préc.*, page 571. Voir également M. Nader, *La médicalisation : concept, phénomène et processus. Émergence, diffusion et reconfigurations des usages du terme médicalisation dans la littérature sociologique*, Thèse de sociologie, Université du Québec à Montréal, 2012.

1818Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

1819La *médicalisation* dont il est question dans le présent chapitre ne porte pas sur le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII. D'une part, car celle-ci a déjà été abordée sous l'angle de la « *politiciarisation du corps médical* » (voir *supra*). Aussi et surtout, car la « *médicalisation* » dont il est question ici est relative aux moyens développés par le ministère de l'Intérieur pour se doter, par lui-même, de compétences médicales.

Il développe ainsi son propre discours médical, qui vient concurrencer, puis évincer, celui du ministère de la Santé, dans le but de limiter davantage le flux migratoire d'étrangers gravement malades[1820]. Cette expertise et le discours médical qu'elle véhicule sont une manifestation du *biopouvoir* exercé par l'État sur les étrangers gravement malades, entendu ici comme un pouvoir s'exerçant sur le contrôle médical de leurs *corps*. Il vient concurrencer l'évaluation médicale faite par les médecins rattachés au ministère de la Santé, pour tenter de légitimer « *un statut-type* »[1821] médical de l'étranger malade, en élevant le seuil de *vie biologiquement dégradée* éligible à un droit au séjour. L'objectif du présent chapitre est ainsi double : mettre au jour la *médicalisation* croissante de la police des étrangers (Section 1) pour démontrer comment cette dernière se développe au détriment de l'étranger, qu'elle sert – et s'inscrit plus largement dans – un objectif de *restriction* des flux migratoires (Section 2).

Section 1 : Une *médicalisation* de la police des étrangers venant concurrencer le ministère de la Santé

Section 2 : Les effets de la *médicalisation* de la police des étrangers

1820D'autres pratiques des services préfectoraux viennent également restreindre l'accès au statut d'étranger gravement malade, telles que l'exigence abusive de certaines pièces pour le dépôt d'une demande, ou la délivrance de titres de séjour plus précaires que ceux prévus par le CESEDA. Ces pratiques, auxquels sont sujets les demandeurs et détenteurs de titres de séjour pour soins du fait des préfectures, ont été évoqués à de multiples reprises par le Défenseur des droits ou les associations (la CIFRE a notamment permis de les analyser, et de contribuer à leur publication dans les rapports d'AIDES). Ils ne seront cependant pas abordés dans le présent chapitre, n'étant pas liés au développement de compétences médicales par le ministère de l'Intérieur et ses structures.

1821D. Lochak, « Norme, normalité et normalisation », *art. préc.*, 1983, p. 58.

SECTION 1. UNE *MÉDICALISATION* DE LA POLICE DES ÉTRANGERS VENANT CONCURRENCER LE MINISTÈRE DE LA SANTÉ

641. Bien que l'encadrement juridique des étrangers gravement malades prévoie une répartition des compétences entre les médecins et les préfectures, le ministère de l'Intérieur fait fi de celle-ci et développe, de manière progressive, des compétences médicales. Le renforcement de ces prérogatives médicales s'inscrit dans une tendance plus globale au « *tout-contrôle* »[1822] de l'immigration par ses services, et en particulier, par la Direction générale des étrangers en France (DGEF). La médicalisation de la police des étrangers résulte ainsi des réformes structurelles du ministère de l'Intérieur[1823] (§1). Au-delà de cette tendance structurelle, le développement des compétences médicales du ministère de l'Intérieur se trouve facilité par les modifications du cadre juridique permettant désormais aux préfectures de connaître l'état de santé de l'étranger sans violer le secret médical. Une possibilité largement exploitée par celle-ci pour développer leur propre évaluation médicale (§2).

§1. LA *MÉDICALISATION* DE LA POLICE DES ÉTRANGERS PAR LES RÉFORMES STRUCTURELLES DU MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR

642. Le développement des compétences médicales du ministère de l'Intérieur s'inscrit dans une orientation politique globale tendant au regroupement de tous les services et administrations chargés de la gestion des étrangers au sein d'une seule structure, facilitant ainsi l'essor de prérogatives médicales (A). C'est dans ce cadre structurel que s'inscrit la création d'un poste de médecin-conseil auprès du directeur de la DGEF, et du développement de pratiques préfectorales venant concurrencer et délégitimer l'expertise médicale des médecins rattachés au ministère de la Santé (B).

A. L'émergence d'une structure unique de contrôle des étrangers

643. Renforçant par ce biais ses compétences médicales, le ministère de l'Intérieur a progressivement absorbé plusieurs administrations, auparavant rattachées à d'autres ou

1822 V. Viet, *La France immigrée, ouvr. préc.*, p. 453.

1823 L'usage du terme « structurel » se réfère ici à la définition donnée par Vincent Viet des « *structures administratives* » en charge de l'immigration : « *tout organe administratif à vocation publique rattaché à un ou plusieurs départements ministériels par un lien organique (direction, bureau, mission, services extérieurs), un rapport de tutelle administrative ou financière (établissements publics, ou associations parapubliques)* » (V. Viet, *La France immigrée, ouvr. préc.*, p. 18).

plusieurs ministères (1), aboutissant à la création de la DGEF, une super-structure de l'immigration (2).

1. L'absorption par le ministère de l'Intérieur des prérogatives d'autres ministères

644. L'évolution des structures et des ministères en charge de l'immigration révèle l'absorption progressive par le seul ministère de l'Intérieur d'un nombre toujours plus important de prérogatives relatives à la gestion des étrangers. L'évolution de la Direction de la population et des migrations (DPM), créée en 1966[1824], en témoigne de cette tendance. Historiquement rattachée à d'autres ministères sociaux, elle a été rattachée au ministère de l'Intérieur à partir de 2007. Cette « *direction du ministère des Affaires sociales avait vu le jour en 1964, à une époque où les politiques sociales se dotaient d'administrations spécialisées, et était jusqu'alors chargée des naturalisations, de la politique d'intégration et de l'hébergement des demandeurs d'asile* »[1825].

645. Au cours de son existence, la DPM « *a été tiraillée entre sa participation au contrôle des flux migratoires, à travers la supervision de la délivrance des autorisations de travail et du regroupement familial, d'un côté, et sa vocation à favoriser l'intégration des étrangers, de l'autre* »[1826]. Elle a parfois réussi « *à faire contrepoids à l'hégémonie du ministère de l'intérieur* »[1827], que ce soit en participant « *à la politique de la ville ou la promotion des*

1824Sur la DPM, lire notamment J. Voisard, C. Ducastelle, *La question immigrée dans la France d'aujourd'hui*, Calmann-Lévy, 1988, p. 58 : « *aucune structure administrative n'a pris en charge la question de l'immigration avant 1966, année où le gouvernement crée la Direction de la population et des migrations (DPM) au sein du ministère des Affaires sociales.* (…) *Malgré la création de la DPM, qui laisse à penser que les gouvernants entrevoient une réalité nouvelle, l'immigration sera encore longtemps traitée par les responsables politiques sous son seul aspect d'immigration du travail* ».

1825M.-J. Bernardot, « Les associations et l'administration nationale chargée de l'intégration des immigrés : une analyse depuis ''l'intérieur ' », *Migrations Société*, vol. 170, n° 4, 2017, pp. 91-108. Sa création répond à une volonté des « *pouvoirs publics d'asseoir un meilleur contrôle sur l'immigration, en confiant cette mission à des hauts fonctionnaires qui sont, pour nombre d'entre eux, issus de l'administration coloniale* » (A. Spire, *Étrangers à la carte. (...)*, *ouvr. préc.*, p. 238). Voir également A. Hajjat, « Immigration et héritage colonial » *in* M. Poinsot (dir.), *Migrations et mutations de la société française. L'état des savoirs,* La Découverte, 2014, pp. 257-265 : « *Une autre manière d'aborder l'héritage colonial consiste à étudier la reconversion des agents de l'État ayant travaillé dans les colonies, en particulier en Algérie, dans l'administration des étrangers en métropole après les indépendances. Les services d'assistance technique (SAT), dirigés par d'anciens militaires de l'armée d'Afrique, sont révélateurs de l'imbrication entre l'action sociale et le contrôle politique* [Spire, 2005]. *Après 1962, les SAT ne sont pas dissous immédiatement et leurs agents reconvertissent leur savoir-faire dans leur travail d'encadrement social et politique de l'immigration postcoloniale* ».

1826A. Spire, « Administration : la lutte continue », *Plein droit*, vol. 91, n° 4, 2011, pp. 3-7.

1827*Ibid.*

relations interculturelles »[1828], ou en dénonçant les tentatives d'hégémonisme du ministère de l'Intérieur en matière de police des étrangers. Comme le souligne Vincent Viet, la difficile conciliation par le Gouvernement de « *l'action sociale en faveur de l'intégration et la police des étrangers* »[1829] oblige « *notamment le ministre chargé de l'intégration à ''rattraper'' l'action de son collègue de l'Intérieur, suspect d'hégémonisme* »[1830]. Bien qu'elle ait été également décrite comme participante « *d'une nouvelle construction de l'immigration comme problème et d'une politique de rationalisation* »[1831], la DPM a aussi permis de faire, *a minima*, contrepoids à la tendance au tout-contrôle du ministère de l'Intérieur dans le champ des politiques publiques liées au droit des étrangers. Cette tendance va toutefois changer avec la création, par le décret du 16 décembre 2007[1832], du ministère de l'Immigration, de l'Intégration, et de l'Identité nationale[1833]. Ce dernier se voit en effet doté « *de services administratifs importés de plusieurs ministères : la lutte contre les fraudes (l'Intérieur), la sous-direction des visas (les Affaires étrangères) et la Direction de la population et des migrations (les Affaires sociales)* »[1834], sur laquelle il exerce une autorité conjointe avec le ministère du Travail[1835]. Comme le relève Alexis Spire, ce « *regroupement, au sein d'un ministère unique, de l'ensemble des services compétents en matière d'immigration, jusque-là répartis entre l'intérieur, les affaires sociales et accessoirement les affaires étrangères* » vise « *sous couvert de rationalisation à supprimer la capacité, même minime d'une agence étatique à faire contrepoids à une vision purement policière de l'immigration* »[1836].

1828*Ibid.*

1829V. Viet, *La France immigrée, op. cit.*, p. 453.

1830*Ibid.* : « (*l'accusation d'hégémonisme est aussi le fait de la Direction de la population et des migrations, qui dans ses rapports remis au ministre chargé de l'intégration des immigrés, n'a cessé, depuis 1993, de mettre celui-ci en garde contre la prétention des services du ministère de l'Intérieur à vouloir tout contrôler)* ».

1831A. Hajjat, Les frontières de l'identité nationale. L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale, Paris, *La Découverte*, 2012, 338 p., p. 150. Voir également S. Laurens, *Une politisation feutrée (...)*, *op. cit.* Ce dernier présente la DPM comme la matrice d'un « *discours pré-politique* » érigeant l'immigration en problème, voir notamment p. 149.

1832Décret n° 2007-1891 du 26 décembre 2007 portant organisation de l'administration centrale du ministère de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement.

1833J. Carvalho, A. Geddes. « Chapitre 12. La politique d'immigration sous Sarkozy. Le retour à l'identité nationale », *Politiques publiques 3. Les politiques publiques sous Sarkozy.* Presses de Sciences Po, 2012, pp. 279-298.

1834M.-J. Bernardot, « Les associations et l'administration nationale chargée de l'intégration des immigrés : une analyse depuis ''l'intérieur'' », *op. cit.*

1835Décret n° 2007-999 du 31 mai 2007 *relatif aux attributions du ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du codéveloppement*, NOR : IMIX0755108D. F.-N. Buffet, J.-P. Courtois, *Projet de loi de finances pour 2008 : Sécurité - Immigration, asile et intégration.* Avis n° 96 (2007-2008) fait au nom de la commission des lois, déposé le 22 novembre 2007.

1836A. Spire, « Administration : la lutte continue », *art. préc*.

646. L'histoire de l'OFII, déjà partiellement abordée[1837], témoigne également de cette tendance hégémonique. Initialement placée sous la tutelle de ministères à caractère dits « sociaux » lors de sa création en 1945, cet établissement public a dans un premier temps été placé sous la tutelle de la DPM. Il s'est par la suite dénommé Office national des migrations (ONI), puis Agence nationale chargée de l'accueil des étrangers et des migrations (ANAEM)[1838] en 2005 lors de la fusion de l'OMI[1839] et du Service social d'aide aux émigrants (SSAE)[1840]. Un premier grand tournant intervient en 2007, lorsque l'ANAEM est rattachée au nouveau ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale[1841], en lieu et place de la tutelle du ministère de l'Emploi. Le second tournant a lieu en 2009 avec la création de l'OFII[1842]. Issu de la Révision générale des politiques publiques (RGPP)[1843], dont l'un des objectifs est de réformer l'administration pour « *moderniser la gestion publique, simplifier les processus administratifs et améliorer la qualité* »[1844], l'OFII est « *né de la fusion de l'Anaem et d'une partie des compétences de l'Agence nationale pour la cohésion sociale et l'égalité des chances (Acsé), ce qui permet au ministère de l'immigration de disposer d'un opérateur placé sous son unique autorité* »[1845]. Chargé « *sur l'ensemble du territoire, du service public de l'accueil des étrangers titulaires, pour la première fois, d'un titre les autorisant à*

1837Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

1838Créé par la loi n° 2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale. K. Michelet, « L'apport de la loi de cohésion sociale à l'accueil et à l'intégration des personnes immigrées », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, p. 660.

1839En 1988, l'ONI devient l'Office des migrations internationales (OMI)

1840A. Morice, « Du SSAE à l'Anaem, une liquidation annoncée », *Plein droit*, vol. 72, n° 1, 2007, pp. 8-16. Voir également J.-M. Belorgey, « Le défi de l'intégration », *Migrations Société*, vol. 117-118, n° 3, 2008, pp. 137-138 : « *absorption conçue pour alimenter en personnel la politique des contrats d'intégration, mais aussi pour discipliner les travailleurs sociaux. Un travail social exagérément inféodé à quelque stratégie publique que ce soit, comme d'ailleurs à quelque stratégie d'entreprise que ce soit, est malheureusement peu ou prou stérilisé* ».

1841Voir notamment E. Fassin, *Démocratie précaire. Chroniques de la déraison d'État*. La Découverte, 2012, pp. 93-104.

1842Décret n° 2009-331 du 25 mars 2009 substituant la dénomination « Office français de l'immigration et de l'intégration » à la dénomination « Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations ».

1843Conseil de modernisation des politiques publiques, *Rapport présenté par Éric Woerth ministre du Budget, des Comptes publics et de la Fonction publique, rapporteur général de la RGPP*, La Documentation française, 4 avril 2008.

1844« *La RGPP a été lancée pour réduire les dépenses publiques en matière de politiques publiques (ce qu'elle n'a pas atteint) et en matière de coût de fonctionnement de l'administration (ce qu'elle a un peu atteint)* », *in* O. Sjors, S. van Thiel, et F. Lafarge, « Résister au contrôle gouvernemental. L'utilisation par les agences semi-autonomes de ressources stratégiques afin de remettre en cause la coordination de l'État », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. vol. 80, n° 1, 2014, pp. 175-195. Voir également F. Lafarge, « Le lancement de la révision générale des politiques publiques ». *Revue française d'administration publique*, n° 124, 2007, pp. 683-696.

1845C. Burban, « Ministère de l'immigration : rupture ou continuité ? », *Plein droit*, vol. 83, n° 4, 2009, pp. 30-35. Sur la création de l'OFII, voir également S. Chevron, *La réforme des structures en charge de l'immigration (...)*, *op. cit.* ; A. Azarete, *La politique d'intégration des étrangers*, thèse de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2017, p. 447 et s.

séjourner durablement en France »[1846], l'OFII poursuit des « *missions hétérogènes en augmentation constante* »[1847], comme en témoigne la nouvelle mission d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins[1848]. La création de l'OFII, interprétée comme une preuve du volontarisme de la France en matière d'intégration des étrangers[1849], est aussi perçue comme répondant à « *une ''vision'' particulière de ce que doit être le traitement administratif de l'immigration* », venant ainsi « *consacrer l'autorité du ministère de l'Intérieur et du ministère de l'Immigration, écartant ainsi le ministère des affaires étrangères et celui du travail* »[1850]. L'évolution du droit au séjour pour soins parachève cette tendance, le rôle du ministère de la Santé étant désormais cantonné[1851] à la fixation « *d'orientations générales* »[1852] destinées aux médecins de l'OFII. La loi du 10 septembre 2018 a renforcé la policiarisation du ministère de l'Intérieur, en consacrant l'existence du service médical de l'OFII[1853]. En effet, comme le relève la DGEF, avant la réforme Collomb, « *aucun texte de niveau législatif n'avait expressément créé, au sein de cet établissement public, un service médical alors que d'autres services médicaux ont été créés par la loi (service médical de la CNAM, services de santé au travail, services de santé scolaire et universitaire à titre d'exemples*) ». Cette « *assise législative conférée au service médical de l'OFII renforce sa légitimité et son indépendance* »[1854].

647. La disparition du ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale en novembre 2010 est synonyme d'absorption de l'ensemble de ces services par le ministère de l'Intérieur, venant ainsi consacrer la tendance à annihiler tout contrepoids à la police des étrangers, et révélant « *la traduction institutionnelle de l'amalgame entre intégration et lois de police caractéristique de la législation de l'ère sarkozienne où l'intégration n'est plus que l'alibi de la précarisation des étrangers* »[1855]. L'absorption de l'ensemble de ces services par le

1846Article L5223-1 du Code du travail.
1847R. Karoutchi, *Rapport d'information fait au nom de la commission des finances du Sénat sur l'OFII*, 16 octobre 2012, p. 12.
1848Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.
1849A. Azarete, *La politique d'intégration des étrangers*, *thèse préc.*
1850C. Burban, « Ministère de l'immigration : rupture ou continuité ? », *Plein droit*, vol. 83, n° 4, 2009, pp. 30-35.
1851À noter que le ministère de la Santé est membre du conseil d'administration de l'OFII.
1852Selon l'article L. 313-11 11° du CESEDA.
1853Cette réforme modifie l'article L. 5223-1 du Code du travail, en insérant un alinéa prévoyant que « *L'Office français de l'immigration et de l'intégration comprend un service médical* ».
1854État des lieux sur le droit au séjour pour soins dressé par la DGEF pour la préparation d'une rencontre avec le Défenseur des droits, 01/04/2019.
1855A. Spire, « Administration : la lutte continue », *art. préc*.

ministère de l'Intérieur va mener à la création d'une « super-structure » de contrôle de l'immigration, la DGEF.

2. La DGEF : une « super-structure » de contrôle de l'immigration

648. Avec ces absorptions, « *pour la première fois, l'ensemble des politiques migratoires (asile, visas, intégration, lutte contre l'immigration illégale, naturalisation, codéveloppement…) sont placées dans le giron d'une même autorité, celle du ministère de l'intérieur. Le ministère de l'immigration ne peut donc être appréhendé comme n'étant qu'un ''symbole'' et semble constituer un ultime outil de contrôle des flux migratoires* »[1856]. Les structures absorbées par le ministère de l'Intérieur à la suite de la disparition du ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale sont aujourd'hui regroupées au sein de la Direction générale des étrangers en France (DGEF), qui a remplacé le Secrétariat général à l'Immigration et à l'Intégration (SGII)[1857]. Créée par le décret du 12 août 2013[1858], cette direction est composée de six services[1859], dont l'un est l'équivalent de l'ancienne DPM[1860], et assure la tutelle de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) et de l'OFII[1861]. Selon la cheffe du bureau de l'animation territoriale de la DAAEN (ex-DPM), la création de la DGEF « *s'est faite dans l'indifférence générale, sans la moindre protestation* »[1862],

1856C. Burban, « Ministère de l'immigration : rupture ou continuité ? », *art. préc*.

1857Remplacement résultant notamment des recommandations des cinq rapports remis au Premier ministre en décembre en 2013 pour la refondation de la politique d'intégration : M. Tribalat, « Immigration et multiculturalisme européen », *Pardès*, vol. 55, n° 1, 2014, pp. 177-194.

1858Décret n° 2013-728 du 12 août 2013 *portant organisation de l'administration centrale du ministère de I'Intérieur et du Ministère des outre-mer*.

1859La direction de l'immigration (DIMM), la direction de l'accueil, de l'accompagnement des étrangers et de la nationalité (DAAEN), la direction de l'asile (DA), le service des affaires internationales et européennes (SSAI), le département des statistiques, des études et de la documentation (DSED), et le service du pilotage et des syst-mes d'information (SPSI).

1860La direction de l'accueil, de l'accompagnement des étrangers et de la nationalité (DAAEN), chargée de concevoir et de mettre en œuvre la politique publique d'accueil, d'accompagnement et d'accès à la nationalité française des étrangers. (https://www.immigration.interieur.gouv.fr/La-Direction-generale/Directions-et-services) Pour J.-P. Hardy, « l*a RGPP sous le quinquennat de Nicolas Sarkozy avec la création de ministère de l'Immigration, de l'intégration et de l'identité nationale a scellé le sort de la DPM...* », *in* J.-P. Hardy, « La ''question migratoire'' : nouvelle frontière de l'action sociale de l'État et nouveau défi pour le travail social », *RDSS,* 2018. Voir également P. Lagarde, « Nationalité », in *Répertoire de droit international,* Dalloz, juin 2013.

1861La DGEF exerce un contrôle interne de l'OFII, marque supplémentaire de la non indépendance du service médical. Voir Cour des comptes, *Mission Immigration, Asile, Intégration. Note d'analyse de l'exécution budgétaire*, 2017, p. 68 : « *l'intégration de la démarche de contrôle interne au fonctionnement quotidien de l'établissement, en cohérence avec le contrôle interne ministériel, est de nature à renforcer la maitrise de l'activité de l'établissement. Selon la DGEF, l'année 2018 devrait permettre aux évolutions entamées en 2017 de produire leurs pleins effets avec le déploiement d'un réseau de référents de contrôle interne et la création d'une direction des affaires immobilières et logistiques* ».

1862M.-J. Bernardot, « Les associations et l'administration nationale chargée de l'intégration des immigrés : une analyse depuis ''l'intérieur'' », *art. préc*.

alors qu'elle était synonyme de pérennisation de « *la mainmise du ministère de l'Intérieur sur les politiques d'asile et d'intégration, devenues des variables d'ajustement d'une politique de maîtrise des flux migratoires de plus en plus restrictive* »[1863].

649. La conséquence des absorptions par la DGEF des compétences précitées est l'hégémonie du ministère de l'Intérieur sur de nouveaux champs de compétence, à l'image de sa participation à l'élaboration de textes règlementaires relatifs aux conditions d'accès à une couverture maladie pour les étrangers. En 2000, la définition des conditions de résidence et de régularité du séjour en France pour le bénéfice de la couverture maladie universelle est définie[1864] par trois directions : la Direction de la sécurité sociale, la Direction de l'action sociale, et la DPM, toutes indépendantes du ministère de l'Intérieur. Dix-sept ans plus tard, la réforme « protection universelle maladie »[1865], dite « PUMA », introduit l'article R. 111-3 du Code de la sécurité sociale précise les conditions de régularité du séjour des étrangers. La liste des titres de séjour prévue à cet article est définie par un arrêté du 10 mai 2017[1866], qui à la différence de la circulaire du 3 mai 2000 précitée, est pour la première fois (dans le domaine de l'accès à une couverture maladie[1867]) cosigné par le ministère de la Santé et le ministère de l'Intérieur (l'ancienne DPM ayant été intégrée à la DGEF). Cet exemple illustre ainsi concrètement l'immixtion progressive du ministère de l'Intérieur dans des champs ayant trait à la santé de l'étranger et qui jusque-là lui échappaient. Outre cette immixtion, le rattachement des structures chargées de l'immigration à une seule entité permet à la DGEF de développer des compétences médicales au service des préfectures.

1863*Ibid.*

1864Circulaire DSS/2A/DAS/DPM 2000-239 du 3 mai 2000 *relative à la condition de résidence en France prévue pour le bénéfice de la couverture maladie universelle (assurance maladie et protection complémentaire)*, NOR : MESS0030195C.

1865Réforme issue de la loi n° 2016-1827 du 23 décembre 2016 de financement de la sécurité sociale pour 2017.

1866Arrêté du 10 mai 2017 fixant la liste des titres de séjour prévu au I de l'article R. 111-3 du code de la sécurité sociale, NOR : AFSS1713741A.

1867Sur ce sujet, voir L. Isidro, *L'étranger et la protection sociale*, Thèse de droit privé, Université Paris-Nanterre, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2017, 578 p. ; C. Izambert, *Soigner les étrangers ? L'État et les associations pour la couverture maladie des pauvres et des étrangers en France des années 1980 à nos jours*, *op. cit.*

B. Le développement d'une doctrine médicale

650. Le développement de compétences médicales du ministère de l'Intérieur se concrétise en interne par la création d'un poste de conseiller-santé auprès du directeur de la DGEF (1), ainsi que, plus indirectement, par des pressions exercées par les préfectures sur les médecins (2).

1. Le poste de conseiller-santé de la DGEF

651. La création de ce poste est le fruit de l'évolution institutionnelle de la DGEF : grâce à l'absorption de la DPM par le ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale, a été créé au sein du ministère de l'Intérieur un poste de médecin-conseil. Ce poste, occupé par un médecin dont le profil particulier a intéressé la DGEF, a permis à celle-ci de développer son expertise médicale (a). L'objet de ce poste témoigne des intentions poursuivies par le ministère de l'Intérieur, à savoir le développement d'une doctrine médicale qui lui est propre (b).

a) Un poste de conseiller-santé s'inscrivant dans une évolution institutionnelle et personnelle

652. Si ce poste s'inscrit dans une évolution institutionnelle symptomatique de la perte d'influence du ministère de la Santé sur le dossier « étranger malade » (i), la trajectoire personnelle de la personne qui l'a occupé est importante pour comprendre l'objectif poursuivi par la DGEF. Il s'agit en effet d'un ancien médecin ARS remarquée pour son évaluation médicale restrictive par rapport à celle de ses confrères. Son évaluation, contraire aux instructions du ministère de la Santé, correspondait aux attentes du ministère de l'Intérieur (ii).

i. Une évolution institutionnelle symptomatique de la perte d'influence du ministère de la Santé

653. Le changement de tutelle de la DPM a permis au ministère de l'Immigration, de l'Intégration, et de l'Identité nationale, puis à la DGEF, d'obtenir un poste de médecin. En effet, avant son absorption par ce ministère, la DPM jouait un rôle de coordination de l'action

des MISP chargés de l'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins. Cette animation était assurée par un médecin conseiller technique (CT), que les MISP pouvaient solliciter en cas de doutes sur l'interprétation de l'accès aux structures sanitaires dans le pays d'origine[1868]. Il avait également pour rôle de centraliser les statistiques des différentes DDASS pour cette mission[1869]. L'évolution, en trois étapes, du rattachement du conseiller technique à différentes structures est révélatrice de la perte d'influence du ministère de la Santé sur le dossier « étranger malade ». La première étape correspond au moment où la DPM se voit dotée de ce poste de médecin-coordinateur des MISP, lors des débuts de la procédure de délivrance de titre de séjour pour soins. De prime abord, le pilotage de cette mission par la DPM interroge : les missions de cette dernière étant davantage relatives aux naturalisations, aux politiques d'intégration et à l'hébergement des demandeurs d'asile. Le ministère de la Santé semblait mieux à même de jouer ce rôle. Mais selon une personne en poste à la DGS, le ministère de la Santé « *ne s'est pas assez battu pour garder le dossier malade étranger. On a laissé filer un poste de MISP vers la DPM* »[1870].

654. La conséquence de ce transfert de poste du ministère de la Santé vers la DPM est – seconde étape – que lors du rattachement de cette dernière au nouveau ministère de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale, ce dernier hérite également du poste de médecin-conseil rattaché à la DPM. La nouvelle administration de rattachement de ce médecin – le Secrétariat général à l'immigration et à l'intégration – n'a pas un office aussi « *tiraillé* »[1871] que celui de la DPM : il s'agit de contrôler les flux migratoires. Ce rattachement, qui constitue « *un moment-clé* »[1872] pour comprendre l'évolution du rapport de force entre les ministères de la Santé et de l'Intérieur sur le dossier du séjour des étrangers gravement malades[1873], laisse ainsi présager une évolution de l'office du rôle du médecin conseiller

1868Circulaire du 12 mai 1998 du ministère de l'Intérieur, dite Reseda, précitée.
1869Entretien avec un ancien médecin conseiller technique de la DPM, 4 juillet 2018.
1870Entretien avec une personne travaillant à la DGS, 8 septembre 2015.
1871A. Spire, « Administration : la lutte continue », *art. préc.*, pp. 3-7.
1872*Ibid.*
1873Ces multiples changements de tutelle ont d'ailleurs suscité quelques problèmes d'organisation pour les MISP, qui ne savaient plus quels établissement ou ministère étaient chargés de les piloter. Selon une personne en poste à la DGS, « *début 2010, plus personne ne savait qui faisait quoi : certains MISP s'interrogeaient sur le fait de rendre des comptes à l'Intérieur. La DGS s'est alors positionnée : première instruction aux MARS en 2010* » (entretien précité avec une personne travaillant à la DGS). Il est ici fait référence à l'instruction n° DGS/MC1/RI2/2011/417 du 10 novembre 2011 du ministre de la Santé relative aux recommandations pour émettre les avis médicaux concernant les étrangers malades atteints de pathologies graves. Cette instruction visait notamment à neutraliser les effets de la loi dite « Besson » du 16 juin 2011 (voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

technique. Enfin, concernant la troisième étape, lors de la disparition du ministère de l'Immigration, de l'Intégration, et de l'Identité nationale, le ministère de l'Intérieur a logiquement récupéré ce poste de conseiller technique : à partir de 2007, et ce, jusqu'à aujourd'hui, le ministère de l'Intérieur dispose de son propre *conseiller-santé* en poste à la DGEF, qui va développer une expertise médicale au service d'une logique restrictive de contrôle des étrangers[1874].

ii. Le recrutement d'un médecin au « profil-maison »

655. Au regard des informations recueillies lors des entretiens réalisés[1875], il apparaît que la pleine compréhension du développement des prérogatives médicales de la DGEF implique d'expliquer du contexte de la nomination du docteur Bernard Montagnon, en poste de 2011 à 2019[1876]. Auparavant, ce médecin occupait un poste de médecin inspecteur régional à l'ARS du Centre de juillet 2008 à mars 2010, puis de coordinateur du pôle d'expertise médicale au sein de la même ARS de mars 2010 à juin 2011. Dans le cadre de ces fonctions, il a été amené à piloter l'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins par les médecins de la région de Centre. Le sens de ses avis médicaux en tant que médecin ARS ont amené les associations de l'ODSE à interpeller le ministère de la Santé en janvier 2011, celui-ci ayant émis au cours de l'année 2010 plusieurs « *avis défavorables dans des situations remplissant sans ambiguïté les trois critères médicaux requis* » concernant notamment des personnes vivant avec le VIH et originaires de pays en développement[1877], et ayant réitéré ses positions lors de recours gracieux ou en réunion du COREVIH[1878] Centre Poitou-Charentes. La principale critique émise par les associations à l'égard de ces avis défaborables est qu'ils contredisaient clairement les instructions de la DGS en la matière[1879].

1874Contrairement à la DPM, ce médecin n'est pas rattaché à une sous-direction de la DGEF : il est rattaché directement à la direction.
1875Sur la méthodologie suivit pour ces entretiens, voir *infra,* Annexe 1.
1876À notre sens, le poste de *conseiller-santé* est en effet indissociable de la personne qui l'occupe. Nous avons tenté de le rencontrer à plusieurs reprises pour un entretien, mais nos courriels, adressés au principal intéressé ainsi qu'au service communication de la DGEF, sont restés sans suite. Nous avons également tenté de l'aborder à l'issue d'une audience au Conseil d'État (CE, 11 juin 2015, n° 390704), mais la sous-directrice du conseil juridique et du contentieux de la DLPAJ a coupé court à cette sollicitation.
1877Courrier de l'ODSE au ministère de la Santé, 6 janvier 2011.
1878Coordination Régionale de lutte contre l'infection due au Virus de l'Immunodéficience Humaine.
1879Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section1.

656. Cette interpellation a provoqué « *une réunion de crise* »[1880] au cabinet du ministre de la Santé de l'époque, Xavier Bertrand. Par courrier du 25 janvier 2011 adressé à ce dernier, le directeur de l'ARS du Centre[1881] a défendu la position du docteur Montagnon concernant l'accès aux soins pour les personnes vivant avec le VIH originaires de pays en développement. Le ministère de la Santé a cependant invité l'ARS à reconsidérer certaines pratiques « *dans la mesure où elles s'écartent du cadre juridique en vigueur et de la jurisprudence la plus récente du Conseil d'État, rappelés par l'instruction du 29 juillet 2010* »[1882]. Le ministère relevait notamment que le docteur Montagnon rendait des avis médicaux « *en prenant en compte la situation administrative du demandeur, telle que la durée de résidence, alors qu'ils ne devraient se fonder que sur des critères sanitaires* », et que certains « *avis ont également été rendus en fonction de la simple disponibilité des traitements et non de leur accessibilité effective* ». En réponse, le directeur de l'ARS indiquait notamment qu'« *en tant que médecin, il leur semblait en effet déontologiquement discutable que certains ressortissants étrangers puissent bénéficier d'un droit implicite au séjour au nom d'une pathologie déterminée, alors même que leur pays d'origine disposait d'une offre de soins parfois non négligeable, voire conséquente (Brésil, Géorgie etc.), et ce au regard même des nouveaux critères édictés par l'OMS* ». Le directeur précisait que « *dans le même temps, ils pouvaient également être amenés à rendre des avis défavorables pour des personnes atteintes d'autres maladies tout aussi graves en se fondant notamment sur les fiches établies par l'ancienne direction de la population et des migrations du ministère de la santé, sans plus de garantie de l'effectivité de l'accès aux soins requis* »[1883]. Le dernier échange entre le cabinet du ministère de la Santé et l'ARS du Centre à ce sujet date, à notre connaissance, du 25 février 2011. Selon une personne en poste à la DGS, « *M. Montagnon avait ses soutiens puisqu'il a réussi à garder un service médical* »[1884]. En tout état de cause, ces échanges démontrent que ce médecin se prêtait à une interprétation restrictive des conditions médicales, et qu'il se livrait, avec le soutien de son directeur, à des considérations qui sortent du cadre strictement médical, pour déborder sur des considérations de police administrative, telles que la situation administrative du demandeur.

1880Entretien avec une personne de la DGS, 8 septembre 2015.
1881Jacques Laisne, préfet.
1882Courrier du ministère du travail, de l'emploi et de la santé, 21 février 2011, CAB-XB/AME-Jm-D.110002899.
1883Courrier du 1er mars 2011, préc.
1884Entretien réalisé le 8 septembre 2015.

657. En juillet 2011, soit quelques mois après ces échanges, ce médecin de la région Centre devenait *conseiller-santé* au SGII (qui deviendra deux ans plus tard la DGEF). Lors de sa nomination en tant que *conseiller-santé*, le ministère de l'Intérieur était, en toute hypothèse, au courant du profil de ce médecin, notamment car il aidait les préfectures de la région Centre pour « *les contentieux les plus délicats, notamment en appel, du fait de son expérience particulière dans ce domaine* »[1885]. Outre cet épisode des avis défavorables au séjour de personnes vivant avec le VIH, l'interprétation restrictive à laquelle il se livrait lorsqu'il officiait à l'ARS du Centre a pu par ailleurs se manifester par d'autres prises de position. Il a notamment commenté, sur le site du Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique, la décision du Conseil d'État du 24 janvier 2007[1886] par laquelle il impose au MISP de respecter le secret médical dans la rédaction de leurs avis, et de s'opposer aux demandes de certaines préfectures tendant à obtenir plus de précisions quant à la motivation des avis. Dans son commentaire, ce médecin considérait que la motivation demandée par les préfectures ne « *consiste pas à lever le secret médical, mais à indiquer à l'autorité les raisons qui ont pu conduire à un changement entre deux avis successifs, ou à préciser les conditions dans lesquelles un traitement pourrait ou non être accessible dans le pays d'origine* »[1887]. L'article L. 1110-4 du Code de santé publique prévoit pourtant qu'« *excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi* », le secret médical « *couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel* ». L'instruction de la DGS du 10 novembre 2011 destinée aux MARS[1888] insiste d'ailleurs sur cet article et le respect absolu du secret médical. Or, le fait d'indiquer aux préfets les raisons conduisant à un « *changement entre deux*

1885Courrier du directeur de l'ARS Centre précité.

1886Conseil d'État, 24 janvier 2007, n° 290476 : « *Considérant que, pour confirmer le jugement du 14 janvier 2005 par lequel le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a annulé l'arrêté du 30 novembre 2004 du préfet de police décidant la reconduite à la frontière de M. A, ressortissant malien, la cour administrative d'appel de Paris s'est fondée sur ce qu'il incombait au médecin-chef du service médical de la préfecture de police, qui avait émis un avis le 16 septembre 2003 sur l'état de santé de M. A, de motiver spécialement ses avis contraires des 19 mars et 29 octobre 2004 et que, par suite, la décision du 9 août 2004 par laquelle le préfet de police a refusé de renouveler le titre de séjour de M. A, fondement de la décision contestée, était entachée d'illégalité ; qu'en statuant ainsi, alors que, d'une part, lesdits avis sont motivés par l'indication que si l'état de santé du demandeur nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, l'intéressé peut néanmoins bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine et que, d'autre part, le secret médical interdisait audit médecin de révéler des informations sur la pathologie de l'intéressé et la nature de ses traitements médicaux, fût-ce en portant une appréciation sur l'état du système de soins dans le pays d'origine, la cour administrative d'appel a commis une erreur de droit* ».

1887Il poursuit : « *c'est pour ma part ce type d'information que je donne, notamment dans l'hypothèse où il y aurait un contentieux* », commentaire du 13 décembre 2007 sur le site du SMISP : www.smisp.fr/motivation-des-avis#forum5

1888Instruction n° DGS/MC1/RI2/2011/41, préc., Annexe I.

avis successifs », ou les conditions auxquelles un traitement peut être accessible contrevient nécessairement au caractère absolu du droit au secret médical, puisqu'elles font partie de « *l'ensemble des informations concernant la personne* » couvertes par ce secret.

658. Ces différents éléments permettent d'émettre l'hypothèse selon laquelle le recrutement de ce médecin résulterait de ses positions à la fois restrictives et proches des préoccupations préfectorales, qui correspondent aux attentes du ministère de l'Intérieur. Il va surtout permettre à la DGEF de développer une doctrine médicale propre à la police des étrangers.

b) Le développement d'une expertise médicale « maison »

659. Au regard du corpus jurisprudentiel étudié[1889], ce poste de médecin-conseil a contribué au développement d'une doctrine médicale propre au ministère de l'Intérieur. Elle lui a permis d'aider les préfectures lorsqu'elles envisagent de contourner l'avis médical rendu par les médecins ARS (i), et en tentant notamment d'influer en amont l'évaluation médicale de ces derniers (ii).

i. Le conseil médical aux préfectures

660. Le conseiller-santé pour la DGEF a été régulièrement sollicité par les préfectures, qui connaissaient sa fonction et son rôle au sein de la DGEF[1890], pour lesquelles il développait une doctrine médicale leur permettant de contredire les avis des médecins ARS afin de justifier des refus de titres de séjour pour soins.

661. La mission de ce médecin consistait principalement à conseiller les préfectures sur le plan médical, que ce soit lors de l'instruction des demandes ou dans la phase contentieuse. En 2015, la Cimade révélait, par l'intermédiaire du journal *Le Monde*, un document remis par la préfecture des Pyrénées-Orientales à un demandeur de titre de séjour pour soins. Ce document détaillait les options possibles pour la préfecture lorsque l'avis médical était

1889Cette étude s'appuie principalement sur de la jurisprudence recueillie en février 2017 dans la base de données Ariane Archive ». Pour davantage de précisions sur la méthodologie de la recherche contentieuse, voir *infra* Annexe 2.

1890Voir *supra.*

favorable à l'étranger. Cette note précisait ainsi : « *après consultation de Monsieur Montagnon, expert santé auprès de la DGEF, 2 solutions s'offrent au Préfet : a) il suit l'avis du MISP ; b) il prend un refus de séjour avec OQTF 30 jours au motif que : - monsieur n'a jamais fait état de sa maladie lors de son audition à l'OFPRA et en préfecture à l'occasion de sa demande d'asile – sa demande d'étranger malade a été déposée postérieurement à la décision de refus de sa demande d'asile rejetée par la CNDA et qu'à ce titre il peut être considéré qu'il s'agit d'une mesure dilatoire* ». La note conclue : « *la décision de refus de séjour avec OQT, si elle* [est] *contestée devant le TA* [tribunal administratif] *permettra non seulement d'obtenir une jurisprudence mais également de connaître par le biais des certificats médicaux présentés, la pathologie de M. X. Il conviendra à ce moment là de saisir une nouvelle fois Monsieur MONTAGNON qui confirmera ou infirmera l'avis du MISP* ».

662. De telles indications mettent ainsi en lumière le rôle de ce médecin : aider la préfecture à contourner l'avis médical de l'ARS – à laquelle la préfecture n'est pas liée – en produisant un contre-argumentaire médical, lorsque cet avis ne lui semblait pas conforme à son interprétation des conditions médicales. Ce document indiquait la procédure de contournement des avis des médecins ARS mises en place par certaines préfectures, en lien avec le médecin-conseil de la DGEF. Malgré les dénégations de la direction de la DGEF quant à la diffusion de telles instructions en interne[1891], le recours fréquent des préfectures aux conseils de ce médecin dans le cadre des contre-enquêtes indique qu'à défaut d'être formalisée en interne, cette procédure est bien connue des préfectures[1892], voire systématisée.

1891 Lors d'une rencontre entre AIDES et la DGEF en juin 2015, Luc Derepas, alors directeur de cette dernière, a déclaré que cette procédure parallèle était « *inacceptable* », et que le document original « *est introuvable, malgré une enquête interne* ». Le principal concerné n'aurait pas été au courant de la formalisation de cette procédure, la DGEF demandant par ailleurs aux associations de ne pas diffuser publiquement l'identité de ce médecin. À noter que lors de l'affaire précitée des avis défavorables de personnes vivant avec le VIH émis par l'ARS du Centre, la lettre adressée au ministère de la Santé, qui identifiait nommément ce médecin, avait été diffusée sur le site du Mouvement français pour le planning familial, ce qui est « *inacceptable* » pour l'ARS Centre. À la demande du ministère de la Santé, l'association a retiré ce document de son site.
Dans le présent travail de recherche, nous faisons le choix de ne pas anonymiser ce médecin : d'une part, cette information figure sur le site de l'annuaire du service public https://lannuaire.service-public.fr/gouvernement/administration-centrale-ou-ministere_169436.
D'autre part, les jugements des tribunaux administratifs et les décisions des cours administratives d'appel mentionnent explicitement sa fonction et son identité.

1892 Faisant ainsi écho aux propos de F. Toubol-Fischer : « *À ces circulaires publiées, s'ajoutent des instructions du ministère de l'Intérieur aux préfets par voie de circulaires ou de télégrammes confidentiels que les préfectures appliquent avec zèle sans que l'étranger ne puisse en contester le contenu qui n'est évidemment pas porté à sa connaissance puisque secret* », *in* F. Toubol-Fischer « L'application de la loi par les préfectures : le règne d'Ubu », *AJ pénal*, 2004, p. 106.

663. En effet, selon une personne en poste au sein du service du contentieux et des affaires juridiques d'une préfecture[1893] qui a effectué plusieurs contre-enquêtes médicales, « *dans le cas où on avait besoin d'une expertise médicale poussée, on recourait à Montagnon. On le contactait une fois toutes les deux semaines, et il nous répondait vite. Il pouvait nous expliquer la pathologie, et les médicaments qui vont avec, au moins la molécule. Il fait le lien entre les ambassades, les médecins, les préfectures* »[1894]. Cette assistance des préfectures dans la phase contentieuse est notamment corroborée par les pièces produites au contentieux par des préfectures pour contredire les avis des médecins ARS[1895], ainsi que la recherche menée dans les bases de jurisprudence administrative[1896] : il en ressort que le médecin-conseil de la DGEF a été explicitement sollicité par des préfectures dans 254 jugements entre le 21 octobre 2011 et le 7 février 2017[1897]. L'activité de ce médecin serait plus élevée dans les faits, la DGEF incitant les préfectures à ne pas nommer le conseiller-santé du DGEF dans leur arrêté de refus[1898].

664. Son rôle de conseiller ne se cantonnit ni aux préfectures – il assistait également la DLPAJ pour certains contentieux portés devant le Conseil d'État[1899] – ni au droit au séjour pour

1893Par souci d'anonymisation, la préfecture en question n'est pas précisément indiquée.

1894Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

1895Par exemple : TA Toulouse, 22 septembre 2016, n° 1604127. Dans cette affaire, la cheffe du bureau des étrangers de la préfecture de Haute-Garonne envoie un courriel au conseiller-santé en date du 20 septembre 2016, lui demandant, dans le cadre de l'instruction d'une demande de protection contre l'éloignement, de bien vouloir lui indiquer s'il détient « *des informations sur la possibilité de soigner des addictions aux opiacées en Géorgie, ce qui me permettrait de contrecarrer l'avis du MARS qui je le rappelle avait indiqué en début d'année que cette pathologie pouvait être soignée dans le pays d'origine de l'intéressé* ». Dans sa réponse, le *conseiller-santé* indique que « *outre l'absence de conséquences d'une exceptionnelle gravité à court ou moyen terme que démontre implicitement l'abstention thérapeutique, vous pouvez également faire valoir que la Géorgie dispose (...) des traitements conventionnels* ».

1896Sur la méthodologie de cette recherche jurisprudentielle, voir *infra,* Annexe 2.

1897Ce nombre n'est pas exhaustif, car des préfectures peuvent recourir au médecin-*conseiller-santé* sans mentionner son intervention dans la procédure au cours de la phase contentieuse. Une simple recherche experte dans la jurisprudence administrative sur Légifrance permet de trouver un grand nombre de jugements et décisions dans lequel il est intervenu.

1898Comme le révèle un échange entre la DGEF et la préfecture du Doubs : cette dernière souhaite contredire l'avis du médecin ARS en s'appuyant sur un document allemand démontrant selon elle la possibilité d'accès aux soins dans le pays d'origine de la personne concernée. La DGEF répond : « *sur l'utilisation du document allemand que vous signalez, je vous invite à vous faire confirmer le degré de force probante de celui-ci auprès du conseiller-santé du DGEF* <u>*que vous ne devez pas nommer dans votre arrêté de refus.*</u> ». Selon des informations qui nous ont été rapportées par des personnes travaillant à la DGEF, cette « invisibilisation » du rôle du conseiller-santé auprès de la DGEF résulterait notamment de la publication d'une partie de nos recherches relatives à la jurisprudence dans le rapport *Discriminations* de l'association AIDES, en décembre 2017.

1899Comme nous avons pu le constater au cours d'une audience. À ce sujet, lire notre analyse : N. Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 septembre 2015, consulté le 08 octobre 2018. URL : http://journals.openedition.org/revdh/1399 ; DOI : 10.4000/revdh.1399

soins – il conseillait également les préfectures lorsqu'un étranger faisant l'objet d'une procédure de réadmission au titre du règlement Dublin[1900] oppose un risque pour son état de santé[1901]. Outre ce rôle d'appui, le médecin-conseil aurait également diffusé sur l'intranet des préfectures les fiches-pays que la DGS avait choisi de ne pas relayer dans les ARS, en raison de leur carence sur le référencement de l'accès aux soins dans les pays d'origine concernés[1902]. Les sollicitations dont il fait l'objet dans le cadre contentieux étaient également l'occasion pour lui d'attirer l'attention des préfectures sur de potentielles fraudes au droit au séjour pour soins, comme le démontre un échange de courriels avec la préfecture de Haute-Savoie[1903].

665. En définitive, la fonction du médecin-conseil de la DGEF consistait à développer un discours médical venant concurrencer et contredire celui des médecins ARS, selon lequel tous les traitements médicamenteux seraient accessibles partout ou, du moins, dans la plupart des pays dont sont originaires les demandeurs, ce qui justifie, partant, le refus d'un titre de séjour pour soins. En témoignent les statistiques issues de notre analyse jurisprudentielle : 254 recours exercés devant les tribunaux administratifs à l'encontre d'un

1900Voir *supra* Partie 1, Titre 1, Chapitre 1, Section 2.

1901CAA, 1er octobre 2018, n° 17NT02296 : « *5. Il est constant que M. B... souffre de graves problèmes de santé, liés au syndrome de l'immunodéficience humaine dont il est atteint et au suivi médical que son état de santé nécessite. Toutefois, l'Italie bénéficie d'équipements médicaux et d'infrastructures sanitaires similaires à ceux de la France et aucune des pièces produites par le requérant ne permet d'établir qu'il ne pourrait pas bénéficier de soins appropriés à son état de santé en Italie et d'un suivi médical adapté, eu égard notamment à sa situation de demandeur d'asile. En outre, les affirmations de M. B...selon lesquelles il aurait été privé de soins lors de son passage en Italie ne sont corroborées par aucun élément. Le préfet du Calvados fait également valoir sans être contredit, en s'appuyant sur un avis médical du conseiller-santé auprès du directeur général des étrangers en France, que le traitement suivi par l'intéressé est distribué en Italie et que la posologie et l'administration du médicament ne nécessitent pas de précautions ni de manipulations particulières. Il ajoute que le problème de l'interruption du traitement ne se pose pas en cas de transfert dans la mesure où ces médicaments sont conditionnés en flacons de trente comprimés et que leur posologie est d'un comprimé par jour. Selon ce même médecin : " En ce qui concerne une hypothétique interruption du traitement, celle-ci ne pourrait être que délibérée dans la mesure où ces médicaments sont auto-administrés par voie orale et que leur conditionnement est suffisant pour une durée d'un mois ". Dans ces conditions, le préfet du Calvados est fondé à soutenir que c'est à tort que le tribunal a estimé que la décision de transférer M. B...aux autorités italiennes était entachée d'une erreur manifeste d'appréciation au regard des dispositions de l'article 17 du règlement (UE) n° 604/2013 du parlement européen et du conseil du 26 juin 2013, en ce qu'il existait un risque d'interruption du traitement de M. B... pouvant entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

1902 Pour davantage de détails sur les fiches-pays, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1903Cet échange était relatif à un refus de titre de séjour pour soins malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS, concernant une personne originaire du Kosovo vivant avec le VIH, datant de 2015. Après avoir indiqué que les médicaments nécessités par cette personne figurent parmi la liste des médicaments essentiels du Kosovo, il précise : « *je me permets toutefois de vous apporter un complément d'information qui pourrait vous être utile, hors du cadre contentieux : le Kosovo est en effet un état où l'incidence de l'infection par le VIH est particulièrement faible (97 cas au total entre le premier recensé en 1986 et les 7 cas de l'année 2014). Ceci doit donc conduire à vérifier autant que faire se peut s'il n'existe pas une fraude, notamment à l'identité, car l'infection par le VIH est un diagnostic résultant d'analyses biologiques, et les laboratoires, y compris dans les hôpitaux publics, vérifient rarement l'identité des personnes prélevées* ».

refus de séjour malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS, et pour lesquels ce médecin est intervenu afin d'aider les préfectures ont pu être analysés. Parmi ceux-ci, la moitié des personnes concernées étaient originaires du Caucase (les ressortissants arméniens représentent 41 % du total). Viennent ensuite les ressortissants des Balkans (20 %), puis ceux d'Afrique subsaharienne (19 %). Les principales pathologies représentées sont les pathologies psychiatriques (40 %), les maladies cardiaques (8 %), puis le diabète (7 %). Le conseiller-santé pour la DGEF est également intervenu dans une procédure relative à des ressortissants de République démocratique du Congo et du Kosovo vivant avec le VIH, ainsi que pour 11 personnes vivant avec une hépatite B, et 10 avec une hépatite C, originaires du Caucase ou d'Afrique subsaharienne. Ce vaste échantillon de pathologies et de pays d'origine tend ainsi à conforter l'idée d'une doctrine médicale propre au ministère de l'Intérieur selon laquelle la très grande majorité des pathologies serait soignable dans de nombreux pays. Cette impression ressort également de plusieurs contentieux dans lesquels le médecin de la DGEF a retenu une interprétation restrictive des conditions médicales. Il a ainsi considéré que « *les troubles et complications résultant de la section de la moelle épinière qui est irréversible, relèvent d'une prise en charge au titre du handicap et non au titre de la santé* »[1904], ou qu'une personne atteinte d'une « *hépatite C chronique évoluée au stade de cirrhose, ne pourra pas bénéficier d'un nouveau traitement, le précédent ayant échoué* »[1905].

666. Outre ce rôle d'appui aux préfectures lors des contentieux, le conseiller-santé pour la DGEF a également essayé de rallier en amont les médecins ARS à son interprétation restrictive de certains profils pathologiques et de certains pays d'origine. Dans un courrier destiné au Premier ministre, La Cimade dénonçait une « *volonté du Ministère de l'Intérieur d'influencer le sens des avis médicaux, le conseiller-santé encourageant les préfectures à faire pression sur les médecins évaluateurs en leur enjoignant à ''modifier leurs avis en conséquence'' d'informations issues du Ministère de l'Intérieur* »[1906]. C'est ce qui ressort notamment d'un échange de courriels entre la préfecture de Haute-Garonne et le conseiller-santé. Après avoir communiqué des informations sur l'accès aux soins dans le pays du demandeur, il conclut :

1904TA Besançon, 25 septembre 2013, n° 1501508.

1905TA Rennes, 22 septembre 2014, n° 1402414. Mais selon le tribunal administratif de Rennes, « *une telle allégation n'est nullement établie par les pièces du dossier, la seule circonstance que l'intéressé n'ait pas répondu favorablement à un traitement standard par bithérapie n'étant pas de nature à démontrer qu'aucun traitement alternatif ne serait possible* ».

1906Courrier de La Cimade au Premier ministre et à la ministre de la Santé, 4 octobre 2016.

« *je ne peux malheureusement pas communiquer ces informations aux médecins des ARS, le ministère de la Santé m'ayant interdit tout contact de ce type lorsque j'ai pris mes fonctions*[1907]. *En revanche, il ne me semblerait pas choquant que, dans le cadre de vos relations avec l'ARS, vous en fassiez part au Dr X de sorte qu'il modifie ses avis en conséquence* »[1908]. L'approche restrictive du conseiller-santé ressort également de certains courriels dans lesquelles il dénonce, par exemple, le fait que « *les médecins des ARS appliquent volontiers les recommandations figurant à l'annexe II de l'instruction du 10 novembre 2011* », qui préconise de considérer que l'accès aux soins dans les pays en développement n'est pas garantie pour les demandeurs porteurs du VIH et/ou d'une hépatite.

667. Le conseiller-santé de la DGEF est ainsi sollicité par les préfectures pour contourner les avis des médecins ARS, et développe, au nom du ministère de l'Intérieur, une doctrine médicale restrictive selon laquelle une part importante de pays d'origine des demandeurs de titres de séjour pour soins disposent des traitements nécessaires pour les principales pathologies. Il contribue dès lors à la restriction de la délivrance d'un statut aux étrangers gravement malades.

ii. Une expertise médicale au service de la DGEF

668. À considérer que l'existence du poste de conseiller-santé pour la DGEF puisse se justifier lorsque l'évaluation médicale était effectuée par les ARS à l'égard desquels le ministère de l'Intérieur n'avait que peu de confiance, le transfert à l'OFII aurait dû entraîner sa disparition. C'est d'ailleurs ce que relève un inspecteur de la mission IGA-IGAS, qui pensait qu'avec le transfert à l'OFII, le poste de conseiller-santé « *allait sortir du dispositif* »[1909]. Mais ce dernier a continué d'exercer ses missions de conseil auprès des préfectures. Il a fait même partie de réunions préparant le transfert à l'OFII, ayant réuni des médecins ARS, des représentants de la DGS, de la DGEF, et de l'OFII. Tout comme les médecins de l'OFII, il disposait de codes d'accès à MedCoi[1910], signe de l'ambiguïté de son rôle : alors qu'il n'est prévu par aucune procédure, il bénéficie des mêmes accès pour évaluer les dossiers que lui

1907Cette précision fait probablement référence aux conditions posées par le ministère de la Santé à son recrutement par le ministère de l'Intérieur.

1908Pièce produite dans le cadre du jugement suivant : TA Toulouse, 1604127, 22 septembre 2016.

1909Entretien réalisé avec un rapporteur de l'IGAS, 17 novembre 2016.

1910Entretien réalisé avec deux personnes travaillant à la DGS, 24 août 2016. Sur MedCoi, voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

soumettent les préfectures. Plusieurs tribunaux administratifs (de Strasbourg[1911], Rennes[1912], et Rouen[1913]) ont d'ailleurs relevé dans leurs jugements que son rôle n'était prévu par aucune procédure. Ces tribunaux ont annulé des refus de titres de séjour malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS en relevant, entre autres, que les préfets ne pouvaient se fonder sur l'appréciation de ce conseiller-santé pour contredire un avis médical de l'ARS, ce dernier « *n'étant pas indépendant de la partie qui le produit* »[1914] et « *ne faisant, en tout état de cause, pas partie des autorités médicales habilitées à formuler un tel avis* »[1915]. Un médecin de l'OFII rencontré considère également que ce poste « *est contraire à l'esprit de la procédure* »[1916].

669. Selon ses propres propos figurant dans un article de *Mediapart*[1917], son travail consiste à exercer « *une mission générale de conseil en matière médicale auprès des préfectures* » et ce, dans tous les cas de figure, que l'arrêté préfectoral se fonde ou non sur un avis médical favorable ou défavorable au séjour de l'étranger. Cette mission de conseil aux préfectures semble redondante avec celles des médecins de l'OFII qui, selon le rapport d'activités et les propos d'un médecin de l'OFII, pourraient être amenés à assister les préfectures dans la preuve de l'accès aux soins dans les pays d'origine. Dès lors, le rôle du médecin-conseil semble consister, d'une part, à assister les préfectures, en parallèle de l'évaluation médicale des médecins de l'OFII, et d'autre part, en contradiction avec ces derniers lorsque

1911TA de Strasbourg, 24 janvier 2017, n° 1605763 : « *le conseiller-santé auprès du directeur général des étrangers en France au ministère de l'intérieur, ne présente pas davantage de caractère probant dès lors que son rédacteur, qui ne paraît d'ailleurs pas avoir été informé de l'entier dossier médical de Mme X, n'est pas indépendant de la partie qui le produit* ».

1912TA Rennes, 22 avril 2016, n° 1600365 : « *n'est cependant pas établi que l'appréciation portée par le conseiller-santé du ministère de l'Intérieur sur l'état de santé de la requérante et son traitement, par un simple courriel envoyé sur la sollicitation des services de la préfecture, résulterait d'un examen médical de la requérante permettant de porter une appréciation également médicale sur l'état de santé de Mme X et son traitement ; qu'il suit de là, que cet avis purement formel n'est pas de nature à remettre en cause l'appréciation médicale portée par le médecin de l'agence régionale de santé qui a examiné la requérante et son dossier, le 11 juin 2015* ».

1913TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502017 : « *le préfet ne peut pas régulièrement se référer aux appréciations portées par le conseiller-santé du Ministère de l'intérieur sur la possibilité d'adapter le traitement prescrit au requérant, ce conseiller, qui n'a pas examiné l'intéressé et qui ne dispose pas de son dossier médical, ne faisant, en tout état de cause, pas partie des autorités médicales habilitées à formuler un tel avis* ». TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502053 : « *ce conseiller-santé, qui n'a pas examiné la requérante et qui ne dispose pas de son dossier médical, n'est, en tout état de cause, habilité par aucune disposition législative ou réglementaire à formuler une appréciation sur la pertinence de l'avis rendu par le médecin de l'agence régionale de santé* ».

1914TA de Strasbourg, 24 janvier 2017, n° 1605763.

1915TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502017.

1916Entretien avec un membre de l'IGAS, 1er décembre 2016.

1917C. Coq-Chodorge, « Les étrangers malades entre les mains du ministère de l'intérieur », *Mediapart*, 27 novembre 20167 : https://www.mediapart.fr/journal/france/271116/les-etrangers-malades-entre-les-mains-du-ministere-de-l-interieur

l'évaluation médicale ne satisfait pas les attentes des préfectures. C'est ce que ce que met en lumière un arrêt de la Cour administrative d'appel de Douai concernant une demande de protection contre l'éloignement déposée par une personne faisant l'objet d'une interdiction du territoire français de trois ans. Le collège de médecins de l'OFII a émis un avis favorable à son séjour en France, mais la préfecture de l'Eure a décidé de s'en départir en produisant « *un courriel du 3 juillet 2017 de M. Montagnon, conseiller-santé auprès du directeur général des étrangers au ministère de l'intérieur* »[1918]. Sur la base de ces éléments, la Cour d'appel a rejeté le recours du requérant.

670. En définitive, quelle que soit la procédure d'évaluation médicale (avant ou après le transfert de l'OFII)[1919], la mission du conseiller-santé pour la DGEF est de soutenir la politique de maîtrise des flux migratoires poursuivis par le ministère de l'Intérieur : lorsque l'évaluation médicale était effectuée par des médecins rattachés au ministère de la Santé, il incarnait la doctrine médicale du ministère de l'Intérieur en appuyant les préfectures dans leurs contre-enquêtes. Maintenant que l'évaluation médicale est effectuée par des médecins rattachés à un établissement public du ministère de l'Intérieur, qui développent une expertise médicale en « *rupture* »[1920] avec celle des ARS, il représente le « bras médical » du ministère de l'Intérieur et des préfectures lorsque les médecins de l'OFII soit n'interviennent pas[1921], soit ne satisfont pas aux attentes des préfectures. Il contribue ainsi à la médicalisation du ministère de l'Intérieur, car il est chargé de développer des stratégies et une grille d'analyse médicale coïncidant avec les attentes de ce dernier en matière de maîtrise des flux migratoires. Ce poste s'inscrit donc dans la *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade puisqu'il va permettre au ministère de l'Intérieur de se réapproprier le discours médical pour déterminer son propre standard-type médical d'étranger gravement malade, conforme à son objectif de maîtrise des flux migratoires.

1918CAA Douai, 27 mars 2018, n° 17DA01710. Ce courriel indique *« que l'artérite oblitérante des membres inférieurs relève de la double dépendance de l'intéressé à l'alcool et au tabac, qu'un traitement est possible par pontage chirurgical disponible en Tunisie, que la broncho-pneumopathie chronique obstructive (BPCO) qui relève de la même conséquence aux addictions précitées peut être prise en charge en Tunisie comme l'établit le document joint ».*

1919Sur ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

1920OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 37.

1921Comme dans le cas où un étranger oppose son état de santé à un arrêté de réadmission pris au titre du règlement Dublin.

2. Des pressions préfectorales pour influer l'évaluation médicale des médecins ARS

671. Parallèlement au développement d'une compétence médicale du ministère de l'Intérieur, cette compétence s'est aussi développée plus indirectement, par le biais de pressions exercées par certaines préfectures sur des directeurs d'ARS, lorsqu'il s'agit de nommer ou remplacer un médecin chargé de rendre les avis. Comme précédemment[1922], ce type de pratiques concerne notamment l'ARS de Midi-Pyrénées : la préfecture serait intervenue auprès de la direction de l'ARS pour nommer un médecin correspondant davantage à ses attentes[1923] : à la suite de cette nomination, le taux d'avis favorables au séjour des demandeurs a baissé en une année, de 75 à 40 %[1924]. À cet égard, la direction de la DGEF précisait d'ailleurs que le contexte sous les ARS n'est pas bon, car « *le dispositif est vicié. Il y a des MARS militants, ou pas. Et quand le MARS ne plaît pas au préfet, on le change* »[1925]. La nomination de médecins ARS davantage en phase avec les attentes préfectorales peut s'expliquer par l'appartenance de certains directeurs d'ARS au corps préfectoral. Ces nominations se feraient dans le cadre de « bonnes relations » entre hauts fonctionnaires, comme le relate un médecin inspecteur de santé publique dont l'ARS a été concernée par un tel remplacement : « *on a vu certains directeurs d'ARS céder à certaines pressions amicales, et pour avoir de bonnes relations, ont changé les M. ARS pour changer la tendance* »[1926]. Ces nominations peuvent aboutir à un climat difficile entre la DGS, censée coordonner l'action des médecins des ARS, et certaines de ces dernières[1927].

672. La volonté de certaines préfectures d'influer sur la nomination de certains médecins ARS est une conséquence paradoxale de la RGPP : avant celle-ci, les médecins chargés de l'évaluation médicale dépendaient des DDASS, hiérarchiquement rattachées aux préfets. Alors qu'ils le pouvaient d'un point de vue hiérarchique, il ne semble pas que des préfets se

1922Voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1923Entretien réalisé avec un médecin inspecteur de santé publique, 13 août 2015.

1924D'environ 76 % en 2013, le taux d'avis favorables passe à environ 43 % en 2014, soit le plus bas de toutes les ARS : DGEF-DGS, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA)*, bilans pour les années 2013 (p. 5) et 2014 (p. 5).

1925Rencontre entre AIDES et la DGEF, juin 2015.

1926Entretien réalisé avec un médecin inspecteur de santé publique, 13 août 2015.

1927C'est notamment le cas d'un département d'Île-de-France où, selon une personne en poste à la DGS, « *la médecin prenait ses ordres auprès de Montagnon* [le médecin-conseil de la DGEF], *on l'appelait d'ailleurs "Montagnette"* », entretien réalisé le 8 septembre 2015.

soient immiscés dans la nomination de médecins[1928]. Mais avec la création des ARS, qui ne sont pourtant pas dépendantes du préfet, certains d'entre eux cherchent alors à influer sur la nomination de certains médecins, certains préfets n'ayant pas apprécié « *être dépossédés de la tutelle qu'ils avaient sur les directeurs des DDASS. Cela leur permettait d'avoir, en quelque sorte, des prérogatives sanitaires* »[1929]. La RGPP leur ayant retiré ces prérogatives sanitaires[1930], certains préfets ont cherché à en récupérer en développant ces méthodes d'influence. À ces tentatives d'influer sur les nominations des médecins ARS s'ajoutent des tentatives d'immixtion dans certains dossiers, comme le rapporte un médecin ARS : « *dans les réunions entre la préfecture et l'ARS, les préfets cherchent à savoir pourquoi nous avons rendu tel avis dans tel dossier. Les préfets sont gênés par l'indépendance des médecins, et ont leur expérience des quotas* »[1931].

673. Ces différents éléments montrent ainsi que la *médicalisation* du ministère de l'Intérieur – et plus largement de la police des étrangers – tout comme le phénomène de policiarisation du corps médical, s'est développée par le biais de méthodes et pratiques pour certaines visibles, pour d'autres, plus implicites, en lien avec l'évolution des structures chargées du droit au séjour pour soins. Mais au-delà, c'est également le cadre juridique relatif au droit au séjour pour soins qui permet très largement une médicalisation de la police des étrangers.

1928Bien que les médecins des DDASS aient pu faire l'objet de pression de la part de leurs directions. Comme le dénonce le Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique en 2007, certains médecins se sont vus « *reprocher par leurs directeurs des pourcentages jugés excessifs d'avis positifs dans le cadre de la procédure dite "étrangers malades"* », http://www.smisp.fr/IMG/pdf/lettre_Bachelot_-_pressions_sur_EM.pdf.

1929Entretien à la DGS, 24 août 2016. L'émergence des contre-enquêtes médicales (en 2011) coïncide d'ailleurs avec la création des ARS (en avril 2010).

1930 « *La veille et la sécurité sanitaires ont d'ailleurs été l'objet de luttes âpres entre les ministères de la Santé et de l'Intérieur, les préfets voulant conserver leur autorité sur des compétences et des prérogatives touchant à l'ordre public. Il faudra les ressources politiques de la Révision générale des politiques publiques, pour que la ministre de la Santé emporte l'arbitrage face au corps préfectoral et à Matignon : mis à la disposition des préfets de département en situation exceptionnelle de ''crise sanitaire'', les moyens humains, matériels et d'expertise demeurent en régime ordinaire intégrés aux ARS, donc sous l'autorité des directeurs généraux, nommés et révocables en conseil des ministres.* », (F. Buton, F. Pierru. « Instituer la police des risques sanitaires. Mise en circulation de l'épidémiologie appliquée et agencification de l'État sanitaire », *Gouvernement et action publique*, vol. 4, n° 4, 2012, pp. 67-90).

1931Entretien avec un MARS, 30 décembre 2015.

§2. La *médicalisation* de la police des étrangers par les préfectures : la contradiction des avis médicaux rendus par les médecins des ARS

674. Le développement d'une compétence médicale des préfectures est permise, voire facilitée, par le cadre procédural relatif à l'instruction des demandes de titres de séjour pour soins (A). Ce dernier a notamment permis l'expansion d'une pratique visant à « décrédibiliser » les médecins ARS tout en restreignant le nombre de titres de séjour pour soins délivrés : il s'agit de la pratique des contre-enquêtes médicales (B).

A. La *médicalisation* de la police des étrangers par les règles d'instruction des demandes de titre de séjour pour soins

675. Outre l'évolution structurelle du ministère de l'Intérieur, l'essor de sa *médicalisation* résulte également du cadre juridique d'instruction des demandes de titres de séjour pour soins. En effet, le formalisme de la preuve de la résidence habituelle en France, imposé par l'article L. 313-11 11° du CESEDA, amène les demandeurs à communiquer des pièces médicales aux préfectures (1), que ces dernières peuvent ensuite exploitées pour mener des contre-enquêtes médicales, ces dernières n'étant pas liées par l'avis médical rendu (2).

1. Par la communication de pièces médicales aux préfectures

676. Au cours de la phase d'instruction des demandes de titres de séjour pour soins, les préfectures peuvent avoir connaissance de l'état de santé de l'étranger si ce dernier leur remet volontairement son dossier médical, ou produit des documents médicaux pour prouver sa résidence habituelle en France depuis plus d'un an. La remise volontaire par l'étranger de documents médicaux à la préfecture peut notamment s'expliquer par la méconnaissance de la part du demandeur du partage de compétences médicales et administratives. Certaines préfectures exigent également la production d'un certificat médical non descriptif[1932] pour l'enregistrement des demandes, une exigence inventée par

1932Il s'agit d'un certificat médical émanant d'un médecin indiquant simplement que la personne nécessite une prise en charge médicale dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et qu'il ne peut y avoir accès dans son pays d'origine (conditions médicales fixées par l'article L. 313-11 11° du CESEDA).

ces préfectures[1933] qui peut leur permettre de connaître l'éventuelle pathologie du demandeur[1934].

677. Un autre moyen pour les préfectures de connaître l'état de santé du demandeur résulte du parcours administratif de ce dernier. En effet, une part importante des demandeurs d'un titre de séjour pour soins étant déboutées de leur demande d'asile[1935], ils ont pu au cours de cette dernière produire des pièces médicales mentionnées dans les décisions de l'Office français de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) ou de la Cour nationale du droit d'asile (CNDA). Bien que les préfectures ne soient pas censées y avoir accès, les demandeurs peuvent les produire dans leur dossier de demandes de titres de séjour pour soins. Comme nous l'indique une personne chargée du contentieux dans une préfecture de province, « *la grande majorité de ceux qui font des demandes sont des déboutés de l'asile et dans le cadre de cette procédure, ils fournissent des éléments médicaux* »[1936].

678. La production par l'étranger de documents médicaux permet ainsi aux préfectures de connaître son état de santé sans violation du secret médical[1937] : « *des avocats nous opposent le secret médical, mais nous, on a déjà des éléments sur lesquels se baser* »[1938]. L'analyse de la jurisprudence confirme ces pratiques. Ainsi, un jugement du tribunal administratif de Montpellier indique que « *le préfet de l'Hérault a consulté M. Montagnon, conseiller de santé de la direction générale des étrangers qui a la qualité de médecin* » et que ce dernier « *s'est prononcé au vu des pièces du dossier médical remis par l'intéressée elle-même lors de sa demande* (...) »[1939].Les instructions officielles des ministères de l'Intérieur et de la Santé

1933TA Toulouse, Réf., 6 octobre 2009, n° 0904215 : « *aucune disposition réglementaire ne fait obligation aux préfets d'attendre que l'étranger soit en possession d'un tel document pour leur délivrer un dossier de demande de titre de séjour* ».

1934Par exemple, s'il est précisé que le certificat émane du service des maladies infectieuses ou psychiatriques de tel hôpital.

1935Pour des données détaillées, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

1936Entretien avec agent chargé du contentieux et des affaires juridiques d'une préfecture, 2 novembre 2016. Pour un exemple, voir TA Limoges, 16 juin 2016, n° 1600398 : « *pour refuser le séjour en litige, le préfet, qui n'était pas lié par l'avis du médecin de l'agence régionale de santé, a toutefois estimé, s'appuyant sur un avis du médecin conseiller-santé auprès du directeur général des étrangers en France du ministère de l'intérieur auquel il a transmis le certificat médical du docteur A. R, psychiatre au centre hospitalier Esquirol, que M. X lui a transmis sous pli non confidentiel, qu'il existait des structures d'accueil en capacité de traiter la pathologie de l'intéressé dans son pays d'origine, l'Angola* ».

1937Au sujet du droit au secret médical de l'étranger dans le cadre de cette procédure, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

1938Entretien avec agent chargé du contentieux et des affaires juridiques d'une préfecture, 2 novembre 2016.

1939TA Montpellier, 19 octobre 2016, n° 1603663.

proscrivent pourtant de telles pratiques : en effet, selon l'instruction interministérielle du 10 mars 2014, ces documents ne devraient pas pouvoir être utilisés par les services préfectoraux[1940]. Les cas précités indiquent pourtant que les préfectures utilisent les documents médicaux communiqués par l'étranger hors de toute procédure contentieuse pour rejeter (ou non) leur demande de titre de séjour. Au-delà de la question de la délivrance de titres de séjour pour soins, les intrusions des préfectures s'observent aussi dans le cadre de la rétention administrative, au cours de laquelle des demandes de protection contre l'éloignement pour raisons médicales peuvent être déposées[1941]. Selon la thèse d'Aurélie Mayeux[1942], la préfecture est informée dans 31 % des cas du diagnostic du patient demandant cette protection, et 38 % des médecins d'UMCRA interrogés ont indiqué avoir été sollicités par un tiers n'appartenant pas au corps médical, tel que le conseiller-santé du ministère de l'Intérieur, un personnel de la police aux frontières ou de la préfecture qui désirait connaître la pathologie de l'étranger.

679. Ainsi, bien que la procédure n'attribue pas de prérogatives aux préfectures pour apprécier les conditions médicales d'octroi d'un titre de séjour pour soins, certaines préfectures accèdent malgré tout à des informations médicales. Elles sont alors tentées, à la vue de ces pièces médicales remises par l'étranger, d'évaluer la possibilité de prise en charge dans le pays d'origine (si nécessaire, avec l'aide du conseiller-santé de la DGEF[1943]). Cela est dû au fait que l'avis médical émis par le médecin de l'ARS ou maintenant de l'OFII ne les lie pas dans leur prise de décision.

1940Instruction interministérielle n° DGS/MC1/DGEF/2014/64 du 10 mars 2014 *sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pou raisons de santé*, NOR AFSP1405025J, p. 2 : « l*e secret médical, institué dans l'intérêt des malades, constitue un des principes fondamentaux affirmés dans le code de la santé publique (article L. 110-4 du Code de santé publique) (…). En application de ce principe, les agents des services préfectoraux ne doivent ni pouvoir accéder à une information relative à l'état de santé de l'étranger, ni en faire état, sauf lorsque l'étranger a, de lui-même, uniquement dans le cadre d'une instruction contentieuse, livré des informations médicales le concernant* ».

1941 Pour plus de détails sur ce régime, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

1942A. Mayeux, *Protection contre l'éloignement pour raison médicale (…)*, thèse. préc., p. 145.

1943Voir *supra.*

2. Les contre-enquêtes médicales des préfectures : la *médicalisation* par le « *jeu avec les règles* »[1944]

680. La marge de manœuvre laissée par le cadre juridique permet aux préfets de développer une expertise médicale et de la légitimer devant les tribunaux. Cette marge de manœuvre se matérialise par l'absence de compétence liée des préfets, leur permettant de revendiquer des compétences sanitaires (a), revendication favorisée par la réforme du 16 juin 2011, dite « Besson » (b).

a) L'absence de compétence liée : la revendication de compétences médicales par les préfets

681. Selon une jurisprudence constante, si le préfet n'est pas lié par l'avis médical de l'ARS[1945], il est toutefois tenu de recueillir cet avis préalablement à sa décision[1946]. Il découle de l'interprétation stricte de l'article L 313-11 11° du CESEDA que les deux seuls motifs pour lesquels un préfet pourrait ne pas délivrer une carte de séjour pour soins à un étranger, lorsque l'avis médical lui est favorable, sont d'ordre administratif : il s'agit, d'une part, des cas où l'étranger « *constitue une menace pour l'ordre public* », et d'autre part, lorsqu'il ne remplit pas la condition de résidence habituelle en France[1947]. L'un des hauts fonctionnaires en poste au ministère de l'Intérieur à l'origine de la rédaction de la première procédure d'octroi de ce titre de séjour est d'ailleurs formel : « *nous, lorsqu'on a rédigé l'article, on ne voyait pas d'autres motifs de refus possibles que la menace à l'ordre public* »[1948]. Comme le rappelle

1944P. Bourdieu, « Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des actes de règlements », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 81, 1990, p. 86-96.

1945Voir notamment CE, 21 octobre 2005, n° 274904 : « *qu'il appartient ainsi au médecin inspecteur de donner seulement au préfet, tout en respectant le secret médical, les éléments relatifs à la gravité de la pathologie présentée par l'étranger intéressé et à la nature des traitements qu'il doit suivre, nécessaires pour éclairer la décision que doit prendre le préfet à qui il appartient d'apprécier lui même la situation de l'étranger après avoir examiné les autres pièces du dossier ; qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment de la motivation de sa décision en date du 26 juillet 2004 rejetant le recours gracieux de M. X contre la décision du 10 juin 2004 et de ses écritures devant le premier juge que le PREFET DE LA SEINE-ET-MARNE a refusé de substituer sa propre appréciation à l'avis émis par le médecin inspecteur de santé publique et s'est borné à se conformer aux deux avis émis par ce dernier les 17 février et 11 mai 2004 ; que le préfet a ainsi méconnu l'étendue de sa propre compétence* ».

1946 CE, 28 avril 2006, n° 264042.

1947À noter que la résidence habituelle ne conditionne pas la délivrance d'un titre de séjour pour soins, mais la nature du titre délivré (carte de séjour temporaire [CST] ou autorisation provisoire de séjour [APS]) et le pouvoir discrétionnaire dont dispose l'administration (la CST étant de plein droit, contrairement à l'APS).

1948Entretien avec un agent chargé du contentieux et des affaires juridiques d'une préfecture, 2 novembre 2016.

justement François Béroujon dans ses conclusions[1949], « *lorsque le préfet s'écarte de l'avis rendu par le MISP et favorable au séjour de l'étranger, il suit un raisonnement que ni les parlementaires ni les rapporteurs publics devant le Conseil d'État n'avaient imaginé. Plus symboliquement encore, le pouvoir exécutif adopte ici une position que ni le pouvoir législatif, ni le pouvoir judiciaire n'avaient anticipée* ».

682. Il semblerait qu'au début de l'application de cette procédure, les ministères de l'Intérieur et celui de l'Emploi et de la Solidarité considéraient, implicitement du moins, que cette compétence liée était tacite sur les aspects médicaux[1950]. Ce n'est qu'à partir de 2011[1951] que plusieurs préfectures ont interprété différemment ces dispositions, en commençant à substituer leur appréciation à celle du médecin de l'ARS. Selon la direction de la DGEF, « *le ministère de l'Intérieur ne cherche pas à être compétent dans le domaine médical. Le fait que le préfet ne s'estime pas lié par l'avis du MARS n'est pas contradictoire avec les textes* »[1952], comme ont pu le considérer plusieurs tribunaux administratifs[1953]. Un agent préfectoral pratiquant ces contre-enquêtes résume ainsi la question soulevée par cette procédure : « *l'esprit de la loi, est-ce que c'était de confier la délivrance de titres de séjour à des médecins, ou bien de laisser le préfet s'entourer d'experts pour choisir au mieux, comme c'est le cas dans plein de domaines ?* »[1954]. En réponse à une interpellation du Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique (SMISP) concernant ces pratiques, le ministère de l'Intérieur revendique une compétence sur l'appréciation de l'accès aux soins, en considérant que les préfets ne doivent

1949F. Béroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *art. préc.*.

1950C'est notamment ce qu'il ressort de la circulaire DPM/CT/DM 2-3/DGS n° 2000-248 du 5 mai 2000 *relative à la délivrance d'un titre de séjour, en application de l'article 12 bis, 11° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1045 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France* : *« lorsqu'au vu de l'avis du médecin inspecteur de santé publique, transmis par le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales, il apparaîtra que l'étranger répond aux conditions fixées par l'article 12 bis - 11° de l'ordonnance, une carte de séjour temporaire ''vie privée et familiale''* sera délivrée [nous soulignons] *à l'intéressé sous réserve, bien entendu, que le comportement de celui-ci ne constitue pas une menace pour l'ordre public* ».

1951Voir *infra*.

1952Propos tenus par Luc Derepas lors de la rencontre avec AIDES précitée.

1953Voir par exemple TA Besançon, 23 septembre 2016, n° 1502010 : « *La partie qui justifie d'un avis du médecin de l'agence régionale de santé qui lui est favorable doit être regardée comme apportant des éléments de fait susceptibles de faire présumer l'existence ou l'absence d'un état de santé de nature à justifier la délivrance ou le refus d'un titre de séjour ; que, dans ce cas, il appartient à l'autre partie, dans le respect des règles relatives au secret médical, de produire tous éléments permettant d'apprécier l'état de santé de l'étranger et, le cas échéant, l'existence ou l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi ; que la conviction du juge, à qui il revient d'apprécier si l'état de santé d'un étranger justifie la délivrance d'un titre de séjour dans les conditions ci-dessus rappelées, se détermine au vu de ces échanges contradictoires* ». Sur le rôle du juge administratif, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

1954Entretien avec agent chargé du contentieux et des affaires juridiques d'une préfecture, 2 novembre 2016.

faire état dans leurs arrêtés « *d'aucune information de nature médicale pour contredire l'avis du médecin* (…)*. En revanche, il ne peut être reproché aux services préfectoraux de s'informer sur l'offre de soins dans le pays d'origine, surtout s'il apparaît que ce pays est en mesure de prendre en charge l'ensemble des pathologies* »[1955].

683. Il peut également être considéré que l'esprit de la loi était de ne lier le préfet à cet avis que pour l'appréciation des conditions médicales : il ne peut refuser un titre de séjour malgré l'avis médical que pour des raisons touchant à l'ordre public. C'est en ce sens que des associations membres de l'ODSE ont tenté de faire modifier le texte[1956], certaines de ces propositions ayant été reprises lors des débats parlementaires relatifs aux lois dites « Cazeneuve » de 2016[1957] et « Collomb »[1958] de 2018. Mais cette dernière n'est pas allée jusque-là : elle prévoit que « *si le collège de médecins estime dans son avis que les conditions précitées sont réunies, l'autorité administrative ne peut refuser la délivrance du titre de séjour que par une décision spécialement motivée* ». Lors des débats relatifs à cette disposition, le Gouvernement a notamment précisé que le préfet ne peut « *en aucun cas aller contre un avis de l'OFII sur les critères légaux touchant à la pathologie* »[1959]. Mais cette limitation au pouvoir discrétionnaire des préfecutres, entrée en vigueur le 1er mars 2019, risque de n'être que théorique, une contre-enquête médicale pouvant être « *spécialement motivée* »[1960].

b) Une compétence médicale des préfets favorisée par la loi du 16 juin 2011

684. En passant à une évaluation médicale fondée sur la disponibilité générale des soins dans le pays d'origine[1961], la loi du 16 juin 2011 a, sans le prévoir explicitement[1962], permis aux préfectures de pouvoir motiver leur arrêté de refus de titre de séjour par des considérations sur l'accès aux soins à la population en générale. Si le standard à respecter

1955Courrier du 19 mars 2013 du ministère de l'Intérieur au SMISP.
1956Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.
1957Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France*.
1958Loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 *pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie*.
1959Exposé sommaire du sous-amendement n° 1156 présenté par le Gouvernement à l'amendement n° 1024 de M. Attal déposé le 16 avril 2018 à l'Assemblée nationale, sous l'article 31 du projet de loi n° 2018-778 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie.
1960Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 3.
1961Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.
1962*A priori*, car les travaux parlementaires ne s'y réfèrent pas.

était encore celui fixé par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun*[1963] *et Bialy*[1964] – venus détailler l'évaluation de l'accessibilité du traitement approprié dans le pays d'origine – il n'est pas certain que les préfectures aient pu aussi facilement contourner les avis médicaux des ARS. En effet, il apparaît plus difficile pour une préfecture de motiver un refus par l'existence d'un traitement approprié dans le pays d'origine du demandeur si elle ne connaît pas le détail de son état de santé au regard des critères individualisés fixés par ces arrêts, tels que « *l'absence de mode de prise en charge adapté* », ou des « *circonstances exceptionnelles* » tirées de la particularité de la situation de l'étranger qui « *l'empêcheraient d'y accéder effectivement* »[1965]. Le fait qu'aucune contre-enquête n'ait été observée avant l'entrée en vigueur de la loi « Besson » de 2011 conforte cette hypothèse, tout comme le laps de temps très court entre l'entrée en vigueur de cette loi et les premières contre-enquêtes observées : 12 jours[1966]. La nouvelle formulation de la loi du 7 mars 2016[1967] facilite également ce contournement de l'avis médical, l'évaluation devant désormais se faire au regard des critères de « *l'offre de soins* » et des « *caractéristiques du système de santé* », éléments plus facilement vérifiables par les préfectures grâce aux documents généraux utilisés[1968]. D'autant plus que, contrairement à ce qui a pu être présenté lors des travaux parlementaires, cette formulation n'est pas synonyme d'un retour à l'état du droit antérieur à la réforme de 2011[1969].

1963CE, sect., 7 avril 2010, n° 301640.
1964CE, sect., 7 avril 2010, n° 316625.
1965*Ibid.*
1966 En effet, les premières contre-enquêtes référencées datent du 30 juin 2011 (par la préfecture de Haute-Savoie), et la loi de 2011 est entrée en vigueur le 18 juin 2011 concernant les dispositions relatives au droit au séjour pour soins, et le 18 juillet 2011 pour ce qui est des dispositions relatives à la protection contre l'éloignement pour raisons médicales. Le fait que des ressortissants algériens, dont les demandes sont régies par l'accord franco-algérien du 27 décembre 1968 qui se réfère à la notion de bénéfice effectif (Article 6-7° de l'accord, selon lequel « *le certificat de résidence de un portant la mention ''vie privée et familiale'' est délivré de plein droit […] au ressortissant algérien, résidant habituellement en France, dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans son pays* »), aient fait l'objet de contre-enquêtes vient relativiser cette hypothèse, bien que les contre-enquêtes observées concernant des ressortissants algériens soient assez faibles par rapport à la proportion de ressortissants algériens demandeurs d'un titre de séjour pour soins (voir *infra*). Mais comme le souligne le Comede dans son Guide de 2015 (p. 45) : « *en pratique, les autorités leur appliquent les mêmes textes que pour les autres ressortissants* ». Autrement dit, les préfectures appliquaient les conditions médicales issues de la loi de 2011 aux Algériens, et non celles plus favorables de l'accord du 27 décembre 1968.
1967Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
1968Sur ces documents, voir *infra*.
1969Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

685. Ainsi, le développement d'une expertise médicale discrétionnaire des préfectures – c'est-à-dire fondée sur leur propre appréciation[1970] – a pu se faire grâce à l'exploitation de la marge de manœuvre que la législation leur a laissée, autrement dit, par le « *jeu avec les règles* »[1971]. Ce jeu résulte, d'une part, d'une omission législative et réglementaire, le CESEDA ne précisant pas que la décision de refuser un titre de séjour pour soins puisse être fondée sur une expertise médicale contraire à l'avis légalement prévu, et par une facilitation législative d'autre part, liée à la motivation des arrêtés et introduite par la loi de 2011. Ces lacunes législatives s'expliquent notamment par la confiance accordée aux préfectures par certains parlementaires, comme en attestent les propos du sénateur François Zocchetto : « *j'imagine mal une autorité administrative ne pas suivre l'avis médical en la matière* »[1972]. Pourtant, au moment où ces propos sont tenus, des préfectures ont déjà commencé à contredire les avis médicaux des ARS.

B. La contradiction des avis médicaux favorables au séjour des médecins ARS par les préfectures : une pratique généralisée

686. Les contre-enquêtes médicales effectuées par les préfectures ont été appliquées progressivement dans plusieurs départements, avec un soutien de l'administration centrale. Les techniques déployées par les préfectures pour se doter de prérogatives médicales s'assimilent à une « *science préfectorale* »[1973], visant à endiguer le flux d'étrangers gravement malades à l'échelle locale, ou adresser un message à l'ARS (1). Les caractéristiques des étrangers concernés par cette médicalisation révèlent en effet l'importance du contexte migratoire et institutionnel local dans le déploiement de ces pratiques (2).

1970Le pouvoir discrétionnaire désignant « *en droit le pouvoir reconnu de l'administration d'agir en se fondant sur sa propre appréciation, au-delà donc d'une simple application des règles mais en restant néanmoins dans un cadre légal* », *in* V. Dubois, « Politiques au guichet, politique du guichet », *Politiques publiques 2. Changer la société,* Presses de Sciences Po, 2010, p. 275.

1971P. Bourdieu, « Droit et passe-droit. (...) », *op. cit.*

1972Sénat, CRI, séance du 13 avril 2011, p. 2793, 2è colonne, intervention de F. Zocchetto : « (…) *Mes chers collègues, vous faites un procès d'intention au préfet et à l'autorité administrative ! À mon sens, il n'y aura aucun problème. Et même s'il y avait des contentieux, je suis certain que les juridictions administratives interpréteraient les notions d' ''absence'' et de ''circonstance humanitaire exceptionnelle'' dans un sens extensif et favorable aux droits des personnes* ».

1973T. Gildas. « *Les préfets et l'application de la loi. (...)* », *art. préc.*

1. Le développement progressif d'une science médicale par les préfectures

687. Les contre-enquêtes médicales menées par les préfectures répondent à une technique juridique particulière (a) qui, après avoir été testée par une poignée de préfectures, a connu une véritable expansion à l'échelle nationale (b).

a) La technique juridique du refus de séjour malgré l'avis favorable du médecin ARS

688. La technique du refus de séjour malgré l'avis médical favorable de l'ARS se déroule en deux phases : la première est relative à la manière dont les préfectures justifient l'accès aux soins dans le pays d'origine de l'étranger (i). La seconde porte sur l'organisation mise en place par les préfectures pour déployer leur doctrine médicale (ii).

i. La motivation variable des arrêtés préfectoraux

689. La contre-enquête médicale menée par certaines préfectures conduit à refuser le titre de séjour malgré l'avis médical favorable du médecin de l'ARS, ou désormais de l'OFII. Concrètement, la préfecture va motiver son arrêté en considérant, après avoir visé l'avis médical de l'ARS, que l'étranger pourra avoir accès aux soins dans son pays d'origine, soit en usant une formulation générale et imprécise, soit en citant quelques documents médicaux. Par exemple, dans un arrêté du 4 août 2016[1974], la préfecture de l'Aube a considéré, après avoir visé l'avis médical favorable relatif à une personne originaire de Côte-d'Ivoire que « *l'ensemble des éléments relatifs aux capacités de soins médicaux disponibles en Côte-d'Ivoire, résultant notamment d'un courriel du 9 septembre 2014 du consulat général de France à Abidjan, de la liste des hôpitaux et des praticiens à Abidjan, de la liste de médicaments essentiels en Côte-d'Ivoire de février 2012 et du rapport général GARP Côte-d'Ivoire 2014, démontrent le sérieux et les capacités des institutions ivoiriennes et que Monsieur X est indéniablement à même trouver en Côte-d'Ivoire un traitement approprié* »[1975]. Mais l'argumentaire peut aussi se

1974Les exemples cités ci-après proviennent de cas de personnes accompagnées dans le cadre de la CIFRE à AIDES (sur la méthodologie, voir *supra,* Introduction).

1975Pour un exemple du même type, la préfecture du Rhône, dans un arrêté du 25 janvier 2016, après avoir visé l'avis médical favorable de l'ARS, considère « *cependant que l'ensemble des éléments relatifs aux capacités locales en matière de soins médicaux et de médicaments disponibles en République Démocratique du Congo, résultant notamment des éléments fournis par l'ambassade de France en République Démocratique du Congo, en date du 5 septembre 2013, démontre le sérieux et les capacités des institutions congolaises qui sont à même de traiter la majorité des maladies courantes et que les ressortissants congolais sont indéniablement à même de trouver en République Démocratique du Congo un traitement adapté à leur état de santé* ».

révéler moins détaillé, comme l'illustre cet arrêté de la préfecture de Colmar qui considère que « *d'après les informations consulaires toutes les spécialités usuelles sont disponibles en République démocratique du Congo* »[1976]. De manière encore plus laconique, la préfecture de Loire-Atlantique informe une demandeuse que « *le médecin inspecteur de l'ARS des Pays de la Loire a émis un* [avis] *favorable à cette demande. Cependant, je vous informe que j'envisage d'y opposer un refus* »[1977]. Certaines préfectures mentionnent même la pathologie de la personne dans l'arrêté, alors qu'elles ne sont pas censées la connaître, en vertu du secret médical. Tel est le cas de la préfecture de l'Yonne qui considère que « *l'ensemble des éléments relatifs aux capacités locales en matière de soins médicaux et de médicaments disponibles, résultant notamment de la liste des médicaments disponibles dans le pays et d'une note du conseiller-santé auprès du Ministre de l'Intérieur, démontre le sérieux et les capacités des institutions de santé, qui sont à même de traiter la majorité des maladies courantes, en particulier le VIH* »[1978]. Mais comme on l'a vu, l'étranger peut être amené à donner des indices sur cette dernière, en cherchant à prouver sa résidence habituelle, ou en fournissant certaines attestations[1979]. Dans ce cas de figure, les préfectures considèrent que le demandeur lève lui-même le secret médical[1980].

690. Selon un agent préfectoral ayant effectué plusieurs contre-enquêtes, les préfectures connaissent la situation médicale de la personne, soit parce qu'elle l'a mentionné dans sa demande d'asile, soit par les pièces déposées à l'appui de sa demande. Dans ce cas, « *on fait les recherches dans le dossier, sur la maladie, et si on n'a rien, on va sur le champ de la qualité du système de soins* »[1981]. Il ressort de notre analyse que dans la plupart des cas, les préfectures se focalisent exclusivement sur la qualité du système de soins, en reprenant une formule stéréotypée[1982]. Ces exemples de motivation confirment ainsi que la nouvelle

1976Arrêté de la préfecture du Haut-Rhin, 9 mai 2016. Dans le même sens, la préfecture de Mulhouse a considéré qu'« *au regard de cet avis et après informations recueillies auprès de vos autorités consulaires, il existe des traitements disponibles pour votre pathologie en Algérie* ».

1977Arrêté du préfet de Loire-Atlantique n° 4403 0548 09.

1978L'arrêté en question date du 5 juillet 2016.

1979Ou par l'intermédiaire des structures accompagnant les étrangers dans leurs démarches. Par exemple, l'accompagnement officiel de personnes étrangères par l'association AIDES revient à donner des indices à la préfecture sur la nature de la pathologie, l'association accompagnement des personnes vivant avec le VIH et/ou une hépatite.

1980C'est notamment ce que soutient la préfecture de l'Yonne dans son mémoire en défense concernant l'affaire précitée.

1981Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

1982Les arrêtés préfectoraux utilisent des motivations-types, telles que : « *l'ensemble des éléments relatifs aux capacités locales en matière de soins médicaux et de médicaments disponibles en* [pays d'origine] *démontre le*

rédaction de l'article L. 313-11 11°, visant à obliger le préfet à spécialement motiver sa décision dans le cas où il ne suit pas l'avis des médecins de l'OFII, n'aura qu'un impact limité pour éviter ces pratiques.

ii. La preuve de l'accès aux soins, révélatrice de la doctrine médicale du ministère de l'Intérieur

691. L'analyse de la jurisprudence relative aux refus de titres de séjour pour soins malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS révèle la mise en place d'une certaine stratégie de la part du ministère de l'Intérieur et des préfectures pour produire des preuves sur l'accès aux soins dans le pays d'origine. D'une part, le conseiller-santé de la DGEF peut fournir aux préfets une expertise générale sur l'accès aux soins dans le pays d'origine du concerné[1983], mais aussi une expertise individuelle sur la base des éléments médicaux produits par l'étranger. Il convient de relever les limites d'une telle expertise, qui présuppose une connaissance vaste – partant, difficile à acquérir – de toutes les pathologies concernées[1984]. Elle permet néanmoins au ministère de l'Intérieur de développer sa propre doctrine médicale, en pouvant constituer, au fil du temps, une base de données sur l'accès aux soins, et surtout, pouvoir anticiper les types de profils qui justifient une contre-enquête, au regard de la validation ou non par le tribunal administratif de l'évaluation médicale de la préfecture. En effet, « *une plateforme interne de questions permettant une liaison permanente entre le ministère de l'intérieur et l'ensemble des services préfectoraux du territoire* » a été mise en place par la DGEF, permettant ainsi aux préfectures d'avoir « *accès à l'ensemble des questions posées et des réponses apportées* »[1985]. Il peut aisément être supposé qu'une telle plateforme est également utilisée par les préfectures pour évaluer l'opportunité de refuser un titre de séjour pour soins, en contradiction avec l'avis médical favorable.

---

sérieux et les capacités des institutions de santé congolaises qui, selon notamment la fiche pays, sont à même de traiter la majorité des maladies, et que les ressortissants congolais sont à même de trouver en [pays d'origine] *un traitement adapté à leur état de santé* ». Une recherche experte dans Légifrance permet également de le constater.

1983Le conseiller-santé a notamment diffusé sur l'intranet des préfectures les « fiches-pays » remplies par les consulats, que la DGS a refusé de diffuser à ses ARS eu égard à leur incomplétude. Voir *supra*.

1984À titre d'exemple, les ARS ou aujourd'hui l'OFII essaye de recourir à des médecins spécialisés dans les pathologies en cause (c'est notamment le cas des pathologies psychiatriques, un psychiatre figurant théoriquement dans chaque collègue statuant sur une demande présentée par une personne invoquant un trouble psychiatrique).

1985A.-V. Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français*, thèse de droit public, Université Panthéon-Assas, 2015, p. 300.

692. À cette plateforme s'ajoute la « *mise en place auprès des préfets d'une cellule experte en matière de contentieux des étrangers pour améliorer le taux de réussite des reconduites à la frontière* » décidée par les trois premiers conseils de modernisation des politiques publiques relatives au ministère de l'Immigration et de l'Intégration[1986]. Le ministère de l'Intérieur a ainsi mis en place une logistique interne permettant aux préfectures de développer et d'utiliser au mieux sa doctrine médicale. Celle-ci est également alimentée par les ambassades des pays d'origine, que les préfectures sollicitent pour avoir des informations sur l'accès aux soins, voire obtenir une expertise individuelle sur certains dossiers[1987]. Des documents émanant des autorités du pays d'origine sont également produits, tels que la liste des médicaments essentiels, les documents provenant d'organisations internationales, tels que les rapports de l'Organisation mondiale pour la Santé (OMS) ou du Programme commun des Nations Unies contre le VIH/Sida (Onusida), et enfin, des documents provenant de MedCoi[1988]. Comme l'indique un agent préfectoral, le réseau dont bénéficient les préfectures est tel qu'il leur est facile d'obtenir des informations médicales[1989].

693. Les sources utilisées sont systématisées, comme le démontrent des échanges de courriels internes à la préfecture de la Côte d'Or, ou la production récurrente des mêmes documents consulaires par les préfectures, telles que celle de Lyon[1990]. Au fil de la pratique, certaines préfectures professionnalisent considérablement leurs contre-enquêtes : « *au début, les agents de catégorie B et C avaient une liste de pays, de pathologies, et avaient des instructions selon lesquelles ''pour tel pays, vous faîtes des refus''* ». Puis le système mis en place s'améliore : « *quand je suis arrivé, on s'est organisé avec mon collègue : on retrace tout le parcours, on regarde le dossier OFPRA, les ordonnances, et on regarde la disponibilité des soins. On a la liste des médicaments essentiels pour tous les pays, quasiment. J'ai créé pour chaque*

1986P. Cochet, *Avis présenté au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi de finances pour 2009 (n0 1127)*, Tome VI, annexe 1.

1987Voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1, Section 1.

1988Sur MedCoi, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 1. Des préfectures ont notamment produit des fiches MedCoi avant même que la France n'y souscrive officiellement en 2017. Voir par exemple TA Nantes, 7 décembre 2016, n° 1605909.

1989Entretien réalisé le 2 novembre 2016 : « *j'ai contacté plusieurs fois des fonctionnaires des ambassades pour avoir des attestations, des descriptifs du système de soins, des attestations de médecins réputés dans le pays. On a un réseau fort, dans toute la France, dans le monde entier. C'est difficile de lutter contre une administration qui a des ramifications dans le monde entier* ».

1990Cette dernière fournit souvent les mêmes pièces pour les requérants originaires des mêmes pays, comme l'illustrent les références récurrentes aux « *éléments fournis par l'ambassade de France en Arménie en date du 4 octobre 2013* ». Pour plus de détails, voir par exemple TA Lyon, 27 mai 2014, n° 1400826 ; TA Lyon, 6 décembre 2016, n° 1405033 ; TA Lyon, 26 novembre 2016, n° 1404549 et 1404550.

pays deux rubriques : une sur les médicaments, et une sur l'accessibilité effective (couverture médicale), alors qu'avant, on avait que des documents généraux »[1991]. Cette professionnalisation de la contre-enquête permet aux agents préfectoraux de faire « *une analyse beaucoup plus fine pour chaque situation. On allait voir sur Vidal la molécule, les médicaments de la même classe chimique, on cherchait des équivalents, et on disait au juge : ''c'est vrai que dans tels pays, pas dispo, mais telles molécules existent'', en plus de l'accès aux soins dans le pays d'origine. On a fait des cartes géographiques avec le temps de transport jusqu'à l'hôpital. Médocs par médocs, on peut prouver que tout est disponible. Et sur l'accès effectif, on regardait l'adresse, et on démontrait qu'en une ou deux heures de route, elle pouvait se rendre à l'hôpital dans le pays d'origine* »[1992].

694. Le dispositif mis en place par certaines préfectures, par l'intermédiaire des relais déployés par l'appareil étatique, permet ainsi au ministère de l'Intérieur de produire une doctrine médicale maison, solidifiée par la validation du juge administratif dans 74 % des recours analysés : sur les 254 recours exercés, 188 jugements rejettent le recours exercé en validant la contre-enquête médicale menée par la préfecture, contribuant ainsi à conforter les préfectures dans leur pratique, voire à inciter d'autres préfectures à suivre cette voie[1993].

b) Une pratique en expansion à l'échelle nationale

695. Initialement cantonnée à quelques départements, la pratique des contre-enquêtes s'est progressivement répandue. Les premières traces de contre-enquêtes préfectorales remontent au milieu des années deux-mille, et ont notamment été médiatisées par l'ODSE en 2007[1994]. Mais il semblerait que ces pratiques aient ensuite cessé, comme le relève le Comede dans un rapport de 2006, selon lequel « *dans la plupart des cas observés, les décisions préfectorales ont suivi les avis des MISP* »[1995]. C'est à partir du début des années deux-mille-dix que ces contre-enquêtes semblent s'inscrire dans une politique publique qui, à défaut d'être

1991Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

1992*Ibid.* Au point de nourrir parfois quelques remords : « *Concernant une personne algérienne, j'ai pu démontrer qu'elle avait accès effectivement aux médocs, ou qu'elle avait accès à des documents équivalents. Je ne suis pas très fier de gagner ce genre de dossier, mais pour le directeur, il ne faut pas non plus que les personnes ne soient pas une charge pour la société française* ».

1993Sur le rôle du juge administratif dans ce développement de compétences médicales par les préfectures, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

1994ODSE, « Expulsions des malades étrangers, l'Intérieur méprise l'avis des médecins de l'administration », *Communiqué de presse*, 14 février 2007.

1995E. M. Mbaye, *De la contradiction en politiques publiques (...)*, *thèse préc.*, p. 572.

pilotée nationalement, se déploie département par département. Les préfectures de Haute-Savoie et du Puy-de-Dôme semblent être les pionnières en la matière, car il s'agit des seules préfectures pour lesquelles ces pratiques ont été observées en 2011 (à partir du mois de juin)[1996]. Ainsi, en Haute-Savoie, sur les 24 refus observés en 2011[1997], 22 concernent des personnes originaires du Kosovo (les deux autres sont originaires de Bosnie), et 19 présentent des troubles psychiatriques[1998]. Progressivement, de plus en plus de préfectures vont contredire les avis médicaux émis par les MARS : 6 avis de médecins ARS en 2012[1999], 15 en 2013[2000], 16 en 2014[2001], 27 en 2015[2002], et enfin, 20 en 2016[2003]. Une recherche sommaire sur Légifrance confirme que certaines préfectures ont continué la pratique des contre-enquêtes en 2017[2004]. Au total, ce sont 42 préfectures différentes qui ont, entre 2010 et 2017, eu recours à ces pratiques. Les préfectures du Doubs et de la Côte-d'Or ont également continué ces pratiques, même après le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII[2005].

696. Afin de nuancer l'idée d'une généralisation absolue de ces pratiques sur tout le territoire, il convient de relever que les avis médicaux rendus par les ARS d'Île-de-France (et par le médecin-chef de la préfecture de police de Paris) – soit 16 048 avis sur un total national de 43 666 avis en 2014 – ne sont pas contredits sur le plan médical par les préfectures[2006]. L'état des statistiques disponibles, diffusées par la DGS et la DGEF, ne

1996À noter que ces arrêtés reposent sur des avis médicaux émis en 2010, soit avant l'entrée en vigueur de la réforme « Besson ». Mais pour chaque cas relevés, la Cour administrative de Lyon a statué au regard de la loi du 18 juin 2011, alors que ces demandes ont été introduites avant. Voir notamment CAA Lyon, 10 juillet 2012, n° 11LY02798 ; CAA Lyon, 26 février 2013, n° 12LY01523.

1997Recueil non-exhaustif.

1998Sur les profils d'étrangers ciblés par ces pratiques, voir infra.

1999Mayenne, Haute-Savoie, Puy-de-Dôme, Loire-Atlantique, Haute-Garonne, Aveyron.

2000Tarn-et-Garonne, Tarn, Rhône, Ille-et-Vilaine, Haute-Savoie, Sarthe, Savoie, Côte d'Or, Marne, Loire-Atlantique, Charentes-Maritimes, Haute-Garonne, Ain, et Allier.

2001Mayenne, Rhône, Ille-et-Vilaine, Haute-Savoie, Sarthe, Isère, Territoire de Belfort, Pyrénées-Orientales, Calvados, Doubs, Haute-Loire, Savoie, Côte-d'Or, Drôme, Loire-Atlantique, Haute-Garonne.

2002Mayenne, Rhône, Ille-et-Vilaine, Haute-Savoie, Sarthe, Isère, Territoire de Belfort, Pyrénées-Orientales, Tarn, Doubs, Haute-Loire, Savoie, Côte-d'Or, Drôme, Loire-Atlantique, Haute-Garonne, Cantal, Aube, Dordogne, Oise, Seine-Maritimes, Hérault, Vendée, Haut-Rhin, Ardèche, Nièvre, Gard.

2003Ardèche, Nièvre, Rhône, Maine-et-Loire, Ille-et-Vilaine, Haute-Savoie, Bas-Rhin, Sarthe, Yonne, Isère, Calvados, Doubs, Aube, Savoie, Seine-Maritimes, Hérault, Puy-de-Dôme, Loire-Atlantique, Haut-Rhin, Aube.

2004Voir par exemple, pour la préfecture du Doubs : CAA Nancy, 19 juillet 2018, 18NC0003 ; pour la préfecture de la Haute-Vienne : CAA Bordeaux, 8 mars 2018, 17BX03622 ; pour la préfecture de Haute-Savoie, CAA Lyon, 13 mars 2018, 17LY02216.

2005La préfecture de l'Eure a également exercé une contre-enquête sur un avis émis par l'OFII, mais il s'agit d'un cas particulier, car il ressort de l'arrêt que la motivation principale repose sur la menace à l'ordre public : CAA Douai, 27 mars 2018, 17DA01710. Pour la préfecture de la Côte d'Or : CAA Lyon, 20 novembre 2018, 18LY00816.

2006Sur les facteurs explicatifs, voir *infra*. Par ailleurs, les seuls refus de séjour malgré l'avis favorable que nous avons pu relever concernent des cas où la préfecture considère que la personne représente une menace à

permettent pas de connaître le nombre exact d'avis rendus par départements. Il n'est donc pas possible d'avoir une estimation du nombre d'avis médicaux faisant potentiellement l'objet de contre-enquêtes à l'échelle nationale. Les statistiques disponibles permettent simplement d'affirmer que ces pratiques ont concerné 17 ARS sur les 26 existantes[2007]. Ainsi, toutes les préfectures rattachées à une même ARS ne pratiquent pas nécessairement ces contre-enquêtes. Cela étant, il est indéniable que pour certaines régions, tous les départements remettaient systématiquement ou occassionnellement en cause les avis médicaux de l'ARS. Tel est le cas de l'ARS Rhône-Alpes et les 8 départements qui en dépendent[2008], qui représentent 4327 avis médicaux rendus en 2013, et 3685 en 2014[2009].

697. L'expansion de la *médicalisation* du ministère de l'Intérieur par l'intermédiaire des préfectures est, en tous les cas, indéniable. Son développement ne résulte pas d'initiatives personnelles d'agents au guichet (autrement dit, d'un infradroit « classique »), mais d'une systématisation décidée par les hauts fonctionnaires en poste dans les préfectures. Le *turn-over* au sein de ces dernières peut aussi être un facteur explicatif, certains préfets, sous-préfets ou secrétaires généraux impulsant les pratiques qu'ils ont pu mettre en place dans d'autres préfectures auparavant. À cet égard, les étrangers gravement malades dépendent de la « *magistrature bureaucratique* [qui] *consiste à tenter de concilier en permanence les principes juridiques et les normes d'interprétation forgées au sein de l'administration* »[2010], révélant « *le monopole que détiennent* [les hauts fonctionnaires] *pour assurer la mise en œuvre du droit* »[2011]. Le *turn-over* au sein des services est également à prendre en considération, tel que les départs ou les réductions d'effectif : « *des vieux de la vieille qui ne veulent pas travailler sur les nouvelles méthodes proposées* »[2012], notamment en termes de preuves de l'accès aux soins, pouvant expliquer la sophistication ou non de ces pratiques dans de nouveaux départements. La médicalisation des préfectures peut ainsi être lue comme la résultante de stratégies déployées par plusieurs hauts fonctionnaires pour étendre les

l'ordre public.

2007Avant la réforme territoriale prévue par la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 *portant nouvelle organisation territoriale de la République*.

2008Ain, Ardèche, Drôme, Isère, Loire, Rhône, Savoie, Haute-Savoie.

2009À noter que plusieurs avis médicaux peuvent correspondre au dossier d'un seul étranger, notamment dans le cas où la personne se voit remettre des autorisations provisoires de séjour de quelques mois.

2010 A. Spire, « *Étrangers* à la carte. (...) », *op. cit.*, p. 358.

2011*Ibid.*

2012Entretien avec un agent préfectoral. À ce sujet, l'interrogé a également indiqué qu'« i*l y a un manque de formation des agents (de catégorie B et C notamment), ce sont eux qui gèrent les tenants et aboutissants du L. 313-11 11°* [l'article du CESEDA relatif au droit au séjour pour soins] ».

champs de compétences des préfets, dans le but de restreindre le flux de titres de séjour pour soins délivrés.

2. La physionomie des étrangers concernés par la médicalisation des préfectures

698. Certaines préfectures refusent de manière systématique de suivre l'avis du médecin de l'ARS, quel que que soit le profil du demandeur ou sa situation médicale (a). D'autres, au contraire, développent ces contre-enquêtes médicales en réponse au contexte migratoire local, en ciblant des catégories particulières d'étrangers gravement malades, victimes de la dégradation de la relation préfecture-ARS (b).

a) Un certain profil type à l'échelle nationale

699. À l'échelle nationale, ces pratiques d'éviction des avis rendus par les médecins ARS concernent des profils spécifiques de demandeurs, au regard de leurs profils administratifs (au regard de leur parcours administratif) médical (eu égard à la pathologie dont ils souffrent) et géographique (vu leur pays d'origine), ces mêmes profils qui sont régulièrement dénoncés par des parlementaires et le ministère de l'Intérieur[2013]. Sur les 254 recours exercés devant les tribunaux administratifs à l'encontre de refus de séjour malgré l'avis favorable du médecin de l'ARS, 77,5 % sont exercés par des personnes déboutées de leur demande d'asile. Cette statistique peut s'expliquer par le fait que les préfectures considèrent les demandeurs d'asile déboutés comme des personnes usant de l'article L. 313-11 11° à des fins « *dilatoires* », dans l'esprit de la loi de 2018, qui vise à limiter les demandes présentées postérieurement au refus d'octroi du statut de réfugié ou de protégé subsidiaire[2014]. Cette perception des étrangers déboutés s'est vue confirmée par l'un des agents préfectoraux rencontrés : « *les préfectures sont obnubilées par la lutte contre l'immigration irrégulière et les finances. Une personne qui montre la faculté de travailler aura plus de chance d'être régularisé, que pour une personne qui représentera une charge. Entre deux personnes en situation irrégulière : un qui bosse depuis 7 ans au black, et l'autre qui a été hébergé en CADA* [Centre d'accueil pour demandeurs d'asile], *qui a pompé l'AME* [Aide médicale d'État], *il n'y a pas photo* »[2015]. Le type de demande ne

2013Lors des débats parlementaires, des travaux préparatoires ou des textes d'application.
2014Sur la double demande « asile-séjour », voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 3.
2015 Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

semble pas influer la décision de procéder à ce type de pratiques, 66 % concernant des primodemandes, et 44 % des renouvellements.

700. Quant aux tendances qui se dégagent concernant les pathologies et les pays d'origine des personnes concernées par ces contre-enquêtes médicales, la moitié des requérants sont originaires du Caucase[2016] (les ressortissants arméniens représentant 41 % du total). Viennent ensuite les ressortissants des Balkans[2017] (20 %), puis ceux d'Afrique subsaharienne (19 %). Il se dessine ainsi clairement une tendance géographique, les ressortissants des pays du Caucase et des Balkans étant largement ciblés par ces contre-enquêtes. Ce ciblage peut s'expliquer par deux facteurs : d'une part, par le fait que les préfectures considèrent que l'accès aux soins dans ces pays peut être démontré, particulièrement pour des pathologies telles que les troubles psychiatriques[2018]. D'autre part, ces refus visent à endiguer « *l'augmentation notable des demandes de personnes originaires d'Europe observée entre 2011 et 2013* »[2019]. Selon le bilan de la DGS-DGEF pour l'année 2014, le nombre d'avis médicaux émis – correspondant à peu près aux nombres de demandes de titres de séjour pour soins – pour les ressortissants arméniens est passé d'environ 1750 en 2011 à 2300 en 2013. Pour les ressortissants de la Serbie et le Kosovo, ces nombres sont respectivement de 1500 et 2000[2020]. Ces trois pays constituent justement ceux ayant fait l'objet du plus grand nombre de contre-enquêtes : sur les 254 recours visant à contester le refus d'un titre de séjour pris à la suite d'une contre-enquête, 106 ont été exercés par des ressortissants arméniens, et 38 par des personnes originaires de Serbie ou du Kosovo[2021]. À l'inverse, alors que les ressortissants algériens représentent 11,1 % des avis médicaux émis par les ARS en 2013, peu de contre-enquêtes les concernant ont été observées. Ces chiffres pourraient s'expliquer par le fait que, comme le relèvent la DGS et la DGEF, « *le nombre d'avis rendus pour les ressortissants d'Algérie*

2016Arménie, Géorgie, Russie, Turquie.

2017Kosovo, Albanie, Serbie, Bosnie-Herzégovine.

2018Un parallèle peut être fait avec la liste des pays d'origine « *sûrs* » « *au regard des garanties de protection que les autorités de ces pays offrent contre les persécutions et les mauvais traitements ainsi que sur les sanctions qu'elles prévoient en cas de violation avérée des droits individuels* », établie par le Conseil d'administration de l'OFPRA.

2019DGEF-DGS, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA) – bilan de l'année 2014*, p. 10.

2020En cumulé, les ressortissants des Balkans et du Caucase représentent près de 20 % de l'ensemble des demandes (le nombre d'avis médicaux émis pour les ressortissants du Caucase est de 10,4 % et de 9,9 % pour ceux des Balkans selon le bilan DGS-DGEF sur les avis médicaux émis pour l'année 2014).

2021La DGS et la DGEF « regroupent » les ressortissants originaires de Serbie et du Kosovo.

(…) *est en diminution constante depuis 2005* »[2022]. Ainsi, plus les ressortissants d'un pays donné demanderaient un titre de séjour pour soins, plus ces ressortissants sont susceptibles de faire l'objet d'une contre-enquête.

701. Concernant les principales pathologies représentées parmi les 254 recours, les pathologies psychiatriques sont en tête (40 % du total). Cette statistique est logique au regard de l'objectif de diminution du nombre de titres de séjour pour soins délivrés : les pathologies psychiatriques représentant la plus forte proportion d'avis médicaux rendus (23,2 % en 2013, 22,6 % en 2014), les préfectures cherchent à réduire cette tendance, en développant leur propre doctrine médicale visant à démontrer que ces pathologies peuvent être traitées dans les principaux pays d'origine des demandeurs, notamment par l'intermédiaire de traitements substituables[2023]. Les autres pathologies sont représentées dans de plus faibles proportions, telles que les maladies cardiaques (8 %) ou le diabète (7 %). Figurent également quelques requérants porteurs du VIH (originaires de pays tels que la République démocratique du Congo, la Guinée ou le Kosovo)[2024], et d'autres personnes porteuses d'une hépatite B ou C. Analysées à l'échelle nationale, ces pratiques préfectorales ont tendance à cibler certains profils particuliers d'étrangers gravement malades : ces derniers sont plutôt déboutés de leur demande d'asile, souffrent majoritairement de troubles psys, et sont originaires du Caucase. L'analyse des pratiques locales révèle également que ces refus s'inscrivent dans un contexte migratoire particulier, variable d'un département à l'autre.

b) Des pratiques plus ciblées à l'échelle locale

702. Au contexte migratoire local et de la grille de lecture qui en faite par les préfectures (i) s'ajoute la relation entre ces dernières et les ARS, qui s'avère déterminante dans l'usage ou non des contre-enquêtes et, *in fine*, des garanties d'obtention d'un statut (ii).

2022DGEF-DGS, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA) – bilan de l'année 2014*, *op. cit.*, p. 10.

2023Sur les traitements substituables, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1, Section 2.

2024Il ressort de notre étude au Conseil d'État que 49 refus de titres de séjour malgré l'avis favorable concernent des personnes atteintes du VIH pour la période étudiée.

i. L'importance du contexte migratoire local

703. Les préfectures ayant choisi de se départir de l'avis médical rendu par les ARS ne le font pas de la même manière. Ce constat se confirme, d'une part, au regard des pays concernés : certains pays sont ciblés de manière quasi exclusive par certaines préfectures, alors que d'autres vont pratiquer ces refus de manière aveugle ou systématique – c'est-à-dire sans considération pour le profil (administratif, médical ou géographique) de l'étranger. Par exemple, sur les 24 contre-enquêtes observées décidées par la préfecture de la Haute-Savoie, 21 concernent des ressortissants kosovars (les autres concernant un Bosnien, un Géorgien et un Angolais). Ces chiffres confirment ainsi que la préfecture cible de manière quasi exclusive les ressortissants du Kosovo, peu importe la nature de la pathologie en cause (sur les 21 requérants Kosovars, 12 invoquent des troubles psys, les autres pathologies étant assez variées, telles que le VIH, les crises d'épilepsie ou les maladies rénales). La préfecture du Rhône semble également opérer de la même manière, puisque sur les 91 arrêtés observés (soit la préfecture la plus importante sur le plan du volume de contres-enquêtes), 82 concernent des ressortissants arméniens déboutés de leur demande d'asile. Les propos tenus par un préfet au cours d'un colloque tendent à confirmer que certaines préfectures utilisent ces contre-enquêtes de manière géographiquement ciblée : « *c'est notamment le cas en ce qui concerne les dossiers redondants dès lors que 2/3 des demandeurs d'asile du Haut-Rhin sont kosovars et que la pathologie la plus mise en avant par cette population est psychiatrique. Or, nous savons (et de nombreuses affaires contentieuses devant le Tribunal administratif l'ont constaté) que cette pathologie est parfaitement soignable au Kosovo* »[2025]. Un agent préfectoral confirme que certains profils sont davantage ciblés que d'autres par les contre-enquêtes : « *dans notre préfecture, on récupérait beaucoup de Mongols, car la préfecture voisine avait durci ses décisions à leur égard. Donc on se retrouvait avec beaucoup de Mongols, pleins de Mongols domiciliés dans un autre département, donc nous, sachant ça, on s'est mis à resserrer la vis* »[2026].

704. D'autres préfectures vont, au contraire, contredire l'avis du médecin de l'ARS de manière systématique, quel que soit le pays d'origine du demandeur. Tel est le cas, par exemple, de la préfecture du Doubs, qui bien que contredisant essentiellement des avis

2025Table ronde sur le droit au séjour pour raisons médicales, 17 décembre 2015.
2026Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

concernant des ressortissants des Balkans ou du Caucase, le fait aussi pour des ressortissants du Sénégal, de République démocratique du Congo, de Turquie, d'Angola ou de Mauritanie (38 arrêtés observés en tout). Il en est de même concernant la préfecture de l'Isère (15 contre-enquêtes), ou du Calvados (8). Cette pratique systématique est confirmée par l'agent préfectoral interrogé : « *dans la préfecture où j'étais, les contre-enquêtes étaient systématiques lorsque l'avis du médecin de l'ARS était favorable au séjour* ». Selon ce dernier, « *quand on voit le nombre d'avis du MARS qu'on arrive à retourner, on arrive à ne plus en tenir compte, de même que ceux des médecins que l'on identifie comme étant trop complaisants. On n'en tient plus compte, alors que l'étranger n'y est pour rien* »[2027].

705. La systématicité de ces pratiques répond parfois au contexte migratoire local. Dans son rapport de 2013, la mission IGA-IGAS indique que « *9 départements ont délivré globalement 3826 CST "étrangers malades" en 2011, soit 12 % du total national* »[2028], des taux considérés comme « *anormalement élevés* » par la mission[2029]. Ces neuf départements sont l'Orne, l'Oise, le Bas-Rhin, la Loire-Atlantique, la Mayenne, la Sarthe, la Haute-Vienne, les Côtes-d'Armor et la Côte-d'Or : des départements dont toutes les préfectures ont pratiqué à partir de 2011 des contre-enquêtes, démontrant une nouvelle fois que ces dernières sont utilisées pour infléchir localement le taux de délivrances de titres de séjour pour soins. Un courriel de la préfecture de la Côte-d'Or adressé au consulat de France en Côte d'Ivoire en 2014 et versé au contentieux concernant un refus de titre de séjour malgré l'avis médical favorable confirme la volonté de cette préfecture de restreindre le nombre de titres de séjour pour soins pour certains profils de demandeurs. Dans ce courriel, la préfecture indique au consulat qu'étant « *confrontée à une augmentation des demandes déposées par des ressortissants de Côte d'Ivoire pour obtenir des titres de séjour sur le fondement de l'article L. 313-11 11° relatif à la maladie* », elle le sollicite « *afin d'obtenir de la part de votre médecin conseil auprès de l'ambassade de France des éléments récents sur les pathologies prises en charge en Côte d'Ivoire* »[2030]. Cette démarche permet ainsi à la préfecture de développer un argumentaire médical pour alimenter sa contre-enquête.

2027Entretien réalisé le 2 novembre 2016.
2028O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 57.
2029*Ibid.,* p. 56.
2030TA Dijon, 29 août 2016, 1601993.

706. La mise en place des contre-enquêtes dans ce département s'explique par un contexte auparavant particulier au regard du taux d'avis médicaux favorables du médecin de l'ARS. En effet, un rapport d'information du Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile pointe l'attractivité du taux d'avis favorables de 90 % du médecin de l'ARS pour le département de la Côte d'Or, qui contribuerait au « *succès inégalé* » de ce département « *entre 2007 et 2012 pour la demande d'asile* », et « *montre que l'information circule au sein des populations concernées, parfois organisées en filières ou réseaux échangeant les informations sur les pratiques en vigueur d'un département à l'autre* »[2031]. La mission parlementaire indique alors que « *le plan d'action arrêté par le préfet* » a consisté en « *la suppression de l'aide exceptionnelle généralisée, le passer outre l'avis du médecin inspecteur dans la procédure étranger malade (validé par le tribunal administratif et la cour administrative d'appel) et la réorganisation du séquençage des flux dans les services de la préfecture* », ce qui « *a permis de redresser la situation et d'inverser la tendance des flux qui ont été divisés par plus deux entre 2012 et 2013* ». Cet exemple illustre bien la corrélation entre le contexte migratoire local et la transformation des contre-enquêtes : d'une pratique isolée à quelques cas, elle devient une politique publique « par le bas », car impulsée par les autorités déconcentrées pour attirer l'attention des pouvoirs centraux sur un problème particulier.

ii. La relation préfecture-ARS

707. Au contexte migratoire s'ajoute le contexte institutionnel local : autrement dit, les rapports entre l'ARS et la préfecture. Il ressort en effet de plusieurs entretiens ou rendez-vous avec des représentants du ministère de l'Intérieur que si des préfectures ont choisi de se départir des avis médicaux de l'ARS, c'est en raison d'un manque de confiance dans l'évaluation médicale effectuée : de manière logique, plus l'ARS a un taux d'avis médicaux favorables élevé, plus la préfecture choisira d'adopter des décisions contraires. Afin de confirmer l'hypothèse selon laquelle ces pratiques des contre-enquêtes se développent dans les départements où le taux d'avis favorables au séjour des étrangers est supérieur à la moyenne nationale (qui est de 77,1 % en 2014[2032]), il importe d'observer les ARS concernées

2031J. Dubié et A. Richard, *Rapport d'information n° 1879 sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile*, préc., p. 23 et s. Ce rapport préconise également le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII.

2032DGEF-DGS, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé (article L. 313-11-11° du CESEDA) – bilan de l'année 2014*, préc., p. 3.

par ces pratiques préfectorales et leur taux d'avis favorables au séjour. Si les contre-enquêtes observées s'étendent de 2011 à 2016, la présente comparaison se focalise exclusivement sur l'année 2014, année où 79 contre-enquêtes ont été observées[2033] et pour laquelle le taux d'avis favorables par ARS est disponible, contrairement aux années postérieures. Les ARS concernées par ces contre-enquêtes en 2014 sont au nombre de six :

ARS concernées par une contre-enquête	Taux d'avis médicaux favorables au séjour
Pays-de-la-Loire	90 %
Languedoc-Roussillon	90 %
Auvergne	82 %
Franche-Comté	82 %
Bretagne	80 %
Rhône-Alpes	75 %

708. Ces premières données démontrent que, pour l'année 2014, les contre-enquêtes sont corrélées à un taux d'avis favorables au séjour émis par les ARS égal (pour l'ARS Rhône-Alpes) ou supérieur (pour les autres) à la moyenne nationale. Le contournement de ces avis médicaux par les préfectures pourrait donc s'expliquer par un taux d'avis favorable estimé trop élevé par les préfectures. Pour preuve, pour l'ARS Midi-Pyrénées en 2013, année où plusieurs contre-enquêtes sont observées dans les départements qui en dépendent, son taux d'avis favorable était d'environ 75 %. Mais après le remplacement du médecin ARS à la demande de la préfecture en 2014[2034], ce taux a baissé pour atteindre 42 %, et aucune contre-enquête n'a été observée pour cette année-là[2035].

709. Outre le taux élevé d'avis favorables au séjour, cette rupture du lien de confiance provient également des informations obtenues par les préfectures sur la manière peu consciencieuse dont les ARS procèdent aux évaluations médicales. Un agent préfectoral explique : « *j'ai vu des médecins, que je dis complaisants, faire leur avis favorable en cinq minutes. Alors que moi, petit juriste, je peux lui démontrer l'inverse, en allant très loin, en démontrant les temps de trajets jusqu'à l'hôpital, les régimes spécifiques pour les personnes, etc.* (…) *Quand je demandais la justification à l'ARS au stade du contentieux, j'hallucinais sur ce qu'il*

2033 98 en 2015 ; 53 en 2016.

2034 Voir *supra*.

2035 La Case de Santé, dans son rapport pour l'année 2015, indique toutefois que 2 % des dossiers suivis par l'association ont fait l'objet de telles pratiques en 2014. *Rapport d'observation : le droit au séjour des personnes étrangères (DASEM) à la Case de santé*, 2015, p. 15.

m'envoyait »[2036]. Un médecin d'ARS concernée par les contre-enquêtes confirme que les préfectures souhaitent connaître les raisons expliquant le sens des avis : « *dans les réunions entre la préfecture et l'ARS, les préfets cherchent à savoir pourquoi nous avons rendu tel avis dans tel dossier. Les préfets sont gênés par l'indépendance des médecins, et ont leur expérience des quotas* »[2037].

710. Cependant, il est vrai que la comparaison entre l'ARS Rhône-Alpes et celle d'Île-de-France vient nuancer l'idée selon laquelle ces contre-enquêtes s'expliqueraient par un taux d'avis favorables trop élevé. En effet, les deux ont globalement le même taux d'avis favorables (environ 77 % chacune), et une organisation similaire (plusieurs médecins affectés à cette mission, des collèges de médecins réguliers pour traiter les dossiers, des réunions entre préfectures et ARS). Pourtant, le nombre de contre-enquêtes est sensiblement différent. Les avis rendus par les médecins de l'ARS d'Île-de-France sont en effet systématiquement suivis par les préfectures qui en dépendent[2038]. Plusieurs facteurs peuvent expliquer cette discrépance. En premier lieu, la confiance entre médecins. En effet, des médecins de l'ARS Île-de-France expliquent cela par le fait que « *les préfets font confiance aux MARS* »[2039]. La même explication vaut pour le médecin-chef de la préfecture de police de Paris, qui est rattaché au ministère de l'Intérieur. En second lieu, l'absence de contre-enquêtes en Île-de-France serait le « poids » de l'ARS Île-de-France par rapport aux autres régions : elle représente à elle seule 11 338 avis rendus en 2014[2040], soit plus d'un quart du total des avis émis à l'échelle nationale (25,9 %). Si les préfectures d'Île-de-France avaient choisi de contredire les avis médicaux de l'ARS, cela aurait considérablement augmenté le volume du contentieux du droit des étrangers devant les tribunaux administratifs d'Île-de-France[2041].

711. Pour autant, le fait pour les préfectures de contredire l'avis médical plutôt que de solliciter un deuxième avis MARS comme cela est possible[2042] tend à confirmer leur défiance à l'égard de ces derniers, dont les étrangers gravement malades sont les premières victimes.

2036Entretien réalisé le 2 novembre 2016.
2037Entretien avec un médecin inspecteur de santé publique, 30 décembre 2015.
2038Sauf pour les cas précités où la préfecture considère que le demandeur représente une menace pour l'ordre public.
2039Entretien avec des personnes travaillant au pôle ESEDA de l'ARS Île-de-France, 6 janvier 2015.
204016 048 avec Paris.
2041Un argument aisément réversible puisque les préfectures qui ont massivement pratiqué ces contre-enquêtes ne se sont pas posé cette question.
2042Comme le relève notamment M. Guyomar dans ses conclusions, p. 5.

Mais ces pratiques révèlent surtout leur caractère de politiques publiques, en ce qu'elles poursuivent un double objectif : la réduction du nombre de titres de séjour pour soins délivrés, et surtout, la modification progressive du paysage institutionnel chargé de ce statut : le lien de confiance avec les médecins ARS étant rompu, il faut prévoir un opérateur médical plus « fiable » pour les préfectures – l'OFII. À l'échelle locale, les objectifs poursuivis sont la volonté de rompre le lien de confiance avec l'ARS, ou de contrer une tendance migratoire locale, corroborant ainsi les propos d'un agent préfectoral : « *il faut comprendre que dans les préfectures, il y a la légalité, l'opportunité, et l'exemplarité. Les préfectures ont beau avoir de bons juristes, de bons conseils, un acte illégal va être pris sciemment pour une cause plus grande* »[2043]. En l'occurrence, cette « cause plus grande » est la baisse du nombre de titres de séjour pour soins délivrés. En tout état de cause, ces constats sur l'usage des contre-enquêtes par les agents préfectoraux viennent confirmer l'analyse de Jacques Chevallier, selon lequel « *le fonctionnement réel de l'ordre bureaucratique reposerait sur la ''casuistique du droit et du passe-droit'', les agents ayant toujours un éventail de choix possibles, se situant entre deux limites – l'application stricte et la transgression ; l'adoption en pratique de telle ou telle attitude ne sera pas le fait du hasard, mais dépendra dans chaque cas des dispositions et des intérêts des agents en cause* »[2044].

712. En définitive, le développement des compétences médicales du ministère de l'Intérieur par le contournement des avis médicaux des ARS fait écho à la question plus large de l'exploitation par les préfectures des moindres failles terminologiques de la loi pour étendre leurs prérogatives afin de poursuivre les objectifs qui leur sont assignés[2045]. Ce développement d'une compétence médicale par certains services préfectoraux et la DGEF s'est, au fil de sa pratique, perfectionnée pour aboutir à une dénégation de l'expertise médicale du ministère de la Santé. Cette dénégation incite alors les pouvoirs publics à réformer la procédure d'évaluation médicale en la transférant à l'OFII[2046], afin de rétablir la

2043Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

2044J. Chevallier, « Les interprètes du droit », *in La doctrine juridique*, *op. cit.*, p. 265.

2045Il est notamment faire référence à l'usage de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 *relative à l'état d'urgence* par les préfectures lors de l'application de l'état d'urgence du 13 novembre 2015 au 30 octobre 2017. Alors que l'état d'urgence avait pour but de permettre aux préfectures l'application de mesures coercitives à des personnes dont le « *comportement constitue une menace pour la sécurité et l'ordre publics* » afin de prévenir des attentats, des préfectures ont fait usage de telles mesures afin de cibler des personnes sans lien avec des activités terroristes, notamment pour les empêcher de manifester. Sur ce sujet, lire l'étude menée par le CREDOF pour le Défenseur des droits : S. Hennette-Vauchez (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, *op. cit.*URL : https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2018/07/ce-qui-restera-toujours-de-lurgence

2046Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

confiance des préfets envers les médecins évaluateurs. Avec le recul, le développement de la *médicalisation* du ministère de l'Intérieur et des préfectures apparaît comme ayant considérablement influencé cette réforme pour *normaliser* le statut juridique de l'étranger gravement malade, en élevant le seuil de gravité médicale pour l'obtenir.

SECTION 2. LES EFFETS DE LA *MÉDICALISATION* DE LA POLICE DES ÉTRANGERS

713. Les effets de l'usage par le ministère de l'Intérieur de ses nouvelles compétences médicales sont doubles pour l'étranger gravement malade. Les premiers résultent du *discours* médical produit par les acteurs de la police des étrangers, qui tend à une *normalisation* de ce statut. Les garanties de ce dernier, telles que le droit au secret médical de l'étranger, se trouvent alors affaiblies par la *médicalisation* du ministère de l'Intérieur (§1). Les seconds sont liés à un changement de politiques publiques à leur égard impulsé par le bas. Partant d'une échelle locale, les contre-enquêtes médicales se sont développées dans plusieurs départements pour finalement contribuer à une réforme du droit au séjour pour soins, mettant en exergue que la *médicalisation* des compétences du ministère de l'Intérieur est un phénomène autoentretenu par ce dernier (§2).

§1. LA PRODUCTION D'UN DISCOURS TENDANT VERS UNE *NORMALISATION* DU STATUT JURIDIQUE DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE

714. La remise en cause du plein-droit au séjour de l'étranger par le discours produit par le ministère de l'Intérieur et ses préfectures se manifeste par la « démédicalisation » du droit au séjour pour soins, la maladie de l'étranger n'étant plus réellement prise en compte (A). Mais un constat paradoxal apparaît alors : la standardisation de ce statut implique tout de même pour les préfectures d'avoir connaissance de l'état de santé de l'étranger. Le droit au secret médical de ce dernier est donc relativisé (B).

A. La normalisation par la « démédicalisation » du droit au séjour pour soins

715. La « démédicalisation » du droit au séjour pour soins est la conséquence des contre-enquêtes, l'évaluation médicale des demandes n'étant plus effectuée par des médecins, mais par des agents préfectoraux, qui tendent à « standardiser » le profil des étrangers éligibles à ce statut (1). Elle implique logiquement une baisse du nombre de titres de séjour pour soins

délivrés, malgré le fait que les personnes concernées remplissent, sur le plan procédural, les conditions médicales prévues (2).

1. Une évaluation démédicalisée standardisant le profil de l'étranger gravement malade

716. Il est possible de considérer que le caractère de plein-droit de l'article L. 313-11 11° du CESEDA est remis en cause dès lors qu'un étranger remplissant les conditions médicales (à savoir un avis médical favorable) prévues par la procédure peut pourtant se voir refuser ce droit au séjour sur la seule base d'une contre-expertise menée par des agents préfectoraux. Ce dévoiement du dispositif est encore plus évident lorsque cette contre-expertise ne repose que sur une appréciation générale de l'accès aux soins dans le pays d'origine, et non sur le détail de la situation médicale du demandeur, comme l'ont démontré certains arrêtés, ainsi que la stratégie parallèle mise en place par l'intermédiaire du médecin-conseil de la DGEF[2047]. C'est notamment ce que dénonce le Syndicat des médecins inspecteurs de santé publique (SMISP) : « *certes, tout le monde peut s'informer sur la situation sanitaire dans le Monde, mais il faut s'interroger sur la finalité de cette recherche par les services préfectoraux et sur l'interprétation des informations recueillies. S'il s'agit de gérer des situations individuelles, cette recherche n'a de sens que si les diagnostics médicaux sont connus des services administratifs* »[2048].

717. Les étrangers remplissant, selon le médecin, les conditions médicales selon prévues prévu par la procédure se voient ainsi refuser un titre de séjour par une personne qui n'est pas médecin, souvent à l'aveugle, cette dernière n'ayant pas ou peu connaissance du détail de l'état de santé du demandeur. Le développement de compétences médicales du ministère de l'Intérieur aboutit paradoxalement à une démédicalisation de la procédure. L'étendue et les méthodes utilisées par les agents préfectoraux démontrent que la pratique des contre-enquêtes médicales s'inscrit dans une attribution des rôles bien connue du droit des étrangers : aux politiques l'adoption de « *lois répressives qui respectent en apparence les droits fondamentaux* »[2049], « *aux échelons subalternes de l'administration le soin de rendre ces droits*

2047Voir *supra*.

2048SMISP, « Réaction du SMISP à la réponse du Ministère de l'Intérieur sur le respect du secret médical dans la procédure ''Étrangers malades'' », 4 décembre 2013, disponible sur le site du SMISP : https://www.smisp.fr/IMG/pdf/Reaction_lettre_Min_Interieur_-nov_2013.pdf

2049A. Spire, *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'agir, 2008, p. 8.

inopérants »[2050]. La disparité de ces contre-enquêtes selon les préfectures engendre également une inégalité territoriale dans le traitement des évaluations médicales, la décision de refus de titre de séjour de certains demandeurs étant fondée sur une évaluation médicale démédicalisée[2051], alors qu'elle repose sur un avis de médecins pour les départements où les préfectures suivent systématiquement les avis.

718. Le « *corps souffrant* »[2052] de l'étranger est ainsi de moins en moins reconnu, l'expertise médicale étant contournée. Plus encore, c'est le corps de l'étranger lui-même qui est disqualifié, dès lors que certaines préfectures décident de ne plus suivre l'avis médical de l'ARS, eu égard à certaines caractéristiques du profil de l'étranger : ainsi, les ressortissants d'un pays donné vont systématiquement se voir refuser leur demande de titres de séjour pour soins sans considération réelle de leur situation médicale. C'est également le cas pour les demandeurs ayant été déboutés de leur demande d'asile. Ce refus s'inscrit en effet dans une volonté locale de réduire la demande de titres de séjour pour soins pour ces profils géographiques ou administratifs. Donc *a contrario,* ces préfectures n'attribueront de titres de séjour pour soins qu'à un certain profil d'étranger gravement malade : celui dont le pays d'origine ne fait pas partie des principaux demandeurs ; celui qui n'a pas demandé l'asile auparavant. La *médicalisation* de la police des étrangers aboutit, à cet égard, à une *standardisation* de l'étranger gravement malade éligible à un statut.

719. En utilisant les contre-enquêtes médicales afin de poursuivre l'objectif de maîtrise des flux migratoires, les préfectures n'appréhendent plus l'étranger gravement malade par sa maladie, mais par les motifs qui justifieraient, au nom de la poursuite de cet objectif, de ne pas lui délivrer de statut : son pays d'origine, son parcours en France, son casier judiciaire éventuel (dans le cas où il représenterait une menace à l'ordre public). Le statut juridique de l'étranger gravement se trouve ainsi dévoyé par la manière dont les préfectures l'appréhendent[2053]. Ce constat fait écho à celui dressé quant à l'évolution de la police

2050*Ibid.*

2051Une autre inégalité territoriale de traitement était déjà pointée du doigt par les missions IGA-IGAS concernant la disparité des avis médicaux des ARS *in* J.-F. Benevise et A. Lopez (IGAS), *Avis rendu par les médecins (...)*, préc., 2006., p. 14 ; O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p. 47.

2052D. Fassin, ''The biopolitics of otherness. Undocumented immigrants and racial discrimination in the French public debate'', *art. préc.,* pp. 3-7.

2053Au sujet de la fonction juridictionnelle du pénal, Michel Foucault énonçait qu'« *à partir du moment où la pratique pénale substitue à la question : qu'as-tu fais ? La question : qui es-tu ?, à partir de ce moment-là, vous*

administrative en matière de lutte contre le terrorisme, en ce qu'elle « *ne cherche plus seulement à prévenir les troubles à l'ordre public mais à viser certains comportements et à les qualifier de ''déviants'' dans le but, in fine, de les réprimer* »[2054]. Ici, la police des étrangers ne cherche plus seulement à disqualifier les étrangers demandant un titre de séjour pour soins plus uniquement en raison de leur état de santé, mais de leur biographie.

720. Finalement, ces pratiques dévoilent la mise en place d'un régime dérogatoire vis-à-vis des étrangers malades, dont les droits potentiels liés à la maladie ne sont plus examinés par des médecins, mais par des agents administratifs, dont l'évaluation est ensuite, dans les trois quarts des cas, confirmée par un juge[2055].

2. Une remise en cause par le volume de titres de séjour refusés

721. La quantité exacte de titres de séjour pour soins refusés malgré l'avis médical favorable est inconnue. Mais deux méthodes permettent d'avoir un aperçu du nombre d'avis concernés d'une part, et du nombre de recours contentieux exercés à l'encontre de ces refus d'autre part. La quasi-systématicité de ces refus par certaines préfectures permet en effet d'avoir une approximation du nombre d'avis médicaux potentiellement concernés. Le nombre d'avis médicaux émis par l'ARS Rhône-Alpes en 2014, dont toutes les préfectures qui y sont rattachées pratiquent des contre-enquêtes, est de 3 685. L'ARS d'Alsace, dont les préfectures des deux départements qui la composent se sont également prêtées à l'exercice, a rendu 1 555 avis pour la même année. Pour l'ARS de Franche-Comté, dont la préfecture du Doubs s'est largement départie des avis médicaux (38 sur 254 contre-enquêtes observées dans le cadre de la recherche au Conseil d'État, soit 15 %), ce nombre est de 420. Pour celle des Pays de la Loire, il est de 1 290. Cet aperçu, cumulé au fait que ce sont *a minima* 17 ARS qui ont été concernées par ces contre-enquêtes, permet d'affirmer que ce sont, *a minima* encore une fois, plusieurs milliers d'avis médicaux qui ont été contredits par des préfets, soit

voyez bien que la fonction juridictionnelle du pénal est en train de se transformer ou est doublée par, ou éventuellement est minée par, la question de véridiction » (M. Foucault, *Naissance de la biopolitique, op. cit.*, p. 36). Le parallèle peut être fait avec ces contre-enquêtes, dès lors la pratique préfectorale ne considère pas l'état de santé de l'étranger en faisant fi de l'avis médical émis par l'ARS, et ne prendra sa décision qu'au regard de son profil (administratif ou géographique). La question « *quelle est ta maladie ?* », est ainsi substituée par « *qui es-tu ?* ».

2054M. Chambon, « Une réaction – Le droit administratif au prisme foucaldien : force du discours, drame du droit », *op. cit.*

2055Voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

autant de refus de titres de séjour pour soins qui viennent s'ajouter à ceux décidés à la suite d'un avis défavorable du médecin de l'ARS.

722. Une recherche de jurisprudence dans la base Ariane archives [relative aux arrêts du Conseil d'État] tend à démontrer que ce nombre est en réalité plus élevé. La méthode a mobilisé plusieurs combinaisons de termes redondants dans des jugements portant sur des recours exercés à l'encontre de refus de titres de séjour pour soins malgré l'avis médical favorable. La recherche avec la combinaison « *''médecin de l'agence régionale de santé rend un avis favorable'' ou ''la partie qui justifie''* » aboutit à 1612 résultats (incluant toutefois quelques jugements qui ne portent pas sur le droit au séjour pour soins). La recherche « *''absence de traitement'' et ''favorable'' et ''313-11''* » aboutit à 1771 résultats. Enfin, la recherche plus resserrée « *''absence de traitement approprié'' et ''conseiller-santé'' ou ''médecin référent à la Direction''* » aboutit à 326 jugements, et 96 arrêts de Cours d'appel (excluant toutefois les contre-enquêtes où le conseiller-santé de la DGEF n'est pas explicitement intervenu, mais incluant certains jugements où ce médecin est intervenu alors que l'avis est défavorable au séjour). Ces exemples illustrent la difficulté de mesurer exactement l'ampleur du phénomène. En tout état de cause, le nombre de recours exercés contre de telles contre-enquêtes démontrerait que ces dernières s'élèveraient, *a minima*, à un millier[2056]. Un volume paradoxal au regard de l'objectif d'allègement de l'action administrative, notamment poursuivi par la création de la carte de séjour pluriannuelle par la réforme du 7 mars 2016 : ces contre-enquêtes engendrent nécessairement une charge de travail pour les services juridiques des préfectures.

723. En plus de cette baisse du nombre de titres de séjour pour soins délivrés, les contre-enquêtes ont aussi eu un effet dissuasif sur la demande de tels titres, comme l'indique un médecin ARS : « *on ne sait pas ce que fait la préfecture de nos avis, si elle les suit ou non. Mais on a vu baisser considérablement le nombre de demandes de cartes de séjour pour soins, baisse qui peut s'expliquer soit par un blocage des demandes à la source par la préfecture (refus d'enregistrement des demandes par les préfectures, par exemple) soit par des avis médicaux*

2056Il est probable que certaines personnes concernées n'aient pas exercé de recours à l'encontre de l'arrêté préfectoral. Sur ce sujet, voir notamment J.-G. Contamin, E. Saada, Alexis Spire et K. Weidenfeld, *Le recours à la justice administrative. Pratique des usagers et usages des institutions,* Doc. Fr., Coll. « Perspectives sur la justice », 2008 ; et aussi A. Spire, K. Weidenfeld, « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural », *Droit & Société,* 2011/3, n° 79, p. 689.

favorables non suivis par la préfecture. Nous sommes en quelques sortes revenus à la situation de 2009, avec un pic en 2013. Le nombre d'avis rendus a baissé de 40 % entre 2013 et 2015 »[2057]. À cet effet dissuasif s'ajoute une forme de neutralisation du travail effectuée en amont par les associations accompagnant les étrangers dans leurs démarches, telles que le Comede et la Case de Santé. Celles-ci peuvent, grâce à leur expertise, évaluer si l'état de santé d'une personne peut justifier l'obtention d'un titre de séjour pour soins. Mais comme certaines préfectures refusent systématiquement de suivre les avis médicaux, partant du principe que l'accès aux traitements est démontrable dans la plupart des pays, les personnes conseillées en amont par ces associations sur l'opportunité d'une demande de titre de séjour au regard de leur dossier médical ne sont plus à l'abri d'une mesure d'éloignement.

724. Cette baisse du nombre de titres de séjour pour soins répond aux objectifs fixés par le Gouvernement, notamment au moment où les contre-enquêtes ont débuté. En effet, dans le cadre de l'adoption de la loi « Besson » de 2011, Claude Guéant, alors ministre de l'Intérieur, propose un nouvel objectif : *« aujourd'hui il y a à peu près 200 000 étrangers supplémentaires (par an) qui sont autorisés à séjourner en France.* […] *Mon objectif, c'est de réduire ce nombre de 20 000, c'est-à-dire de passer de 200 000 à 180 000, dans un premier temps* »[2058]. Les premières contre-enquêtes coïncidant avec l'adoption de la loi de 2011 (les premières sont intervenues 12 jours après son entrée en vigueur), il apparaît difficile de contester qu'elles s'inscrivent dans cet objectif de réduction du nombre de premiers titres de séjour délivrés[2059].

725. Surtout, elles témoignent d'un changement de paradigme : il ne s'agit pas réellement d'élever le seuil de vie biologiquement dégradée « éligible » à un statut, mais de rendre tout simplement impossible la délivrance de ces titres pour certaines pathologies et certains pays d'origine.

2057Entretien avec deux M. ARS d'une région concernée par ces contre-enquêtes, 11 janvier 2016.

2058« Immigration légale : Guéant veut supprimer 20 000 autorisations par an », *Le Monde*, 16 avril 2011, cité in J. Carvalho et A. Geddes, « Chapitre 12. La politique d'immigration sous Sarkozy. Le retour à l'identité nationale » *in Politiques publiques 3. Les politiques publiques sous Sarkozy*, *Presses de Sciences Po*, 2012, pp. 279-298.

2059Parmi les 254 recours devant les tribunaux administratifs exercés contre de telles contre-enquêtes, 66 % concernent des primodemandes, et 44 % des renouvellements.

B. La *normalisation* par la relativisation du droit au secret médical

726. Les préfectures peuvent avoir connaissance d'éléments médicaux au cours de la procédure, soit parce que l'étranger a décidé de lever le secret médical en lui remettant des documents médicaux, soit en violant délibérément ce dernier[2060]. L'exploitation de ces documents par les préfectures leur a alors permis d'effectuer des contre-enquêtes, malgré une instruction ministérielle (des ministères l'Intérieur et de la Santé) selon laquelle « *les agents des services préfectoraux ne doivent ni pouvoir accéder à une information relative à l'état de santé de l'étranger, ni en faire état, sauf lorsque l'étranger a, de lui-même, uniquement dans le cadre d'une instruction contentieuse, livré des informations médicales le concernant* »[2061]. La circulaire du 2 novembre 2016[2062] a cependant assoupli les instructions données par cette instruction, en indiquant aux préfectures de veiller « *afin de respecter le secret médical, à ne recueillir directement, dans le cadre de la procédure de délivrance de titre de séjour, aucun élément médical* »[2063] : *a contrario* de l'instruction interministérielle précitée, les agents préfectoraux peuvent donc recueillir des informations médicales indirectement. En tout état de cause, ces prescriptions n'ont pas été suivies par toutes les préfectures. De son côté, le Conseil d'État considère que la violation du secret médical par une préfecture dans l'instruction d'une demande de titres de séjour pour soins est « *sans incidence sur la légalité du refus* »[2064], mais peut néanmoins justifier des poursuites pénales, civiles et disciplinaires.

2060Dans son rapport *sur le droit des étrangers* de 2016, le Défenseur des droits indique que « *le Conseil de l'ordre a fait part de ses inquiétudes relatives à ces contre-enquêtes administratives dont il avait également été informé* », Rapport du Défenseur des droits sur les droits fondamentaux des étrangers en France, mai 2016, p. 64.

2061Instruction interministérielle du 10 mars 2014 précitée.

2062Circulaire du 2 novembre 2016 portant sur l'application de la loi relative au droit des étrangers en France, NOR : INTV1631686J.

2063*Ibid.*

2064CE, 8 mars 2004, n° 258959 : « *Considérant que si M. X soutient que la préfecture a violé le secret médical, cette circonstance, à la supposer établie, est sans incidence sur la légalité du refus de titre de séjour* ». A comparer néanmoins avec CAA Nancy, 22 nov. 2005, n° 01NC01262 : JurisData n° 2005-282062 : « *Considérant que pour refuser à M. Y le bénéfice d'un congé de longue maladie, le président de la communauté urbaine du grand Nancy s'est fondé sur la circonstance que l'affection dont il souffre n'a pas été contractée ou aggravée dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ; qu'en mentionnant la nature de cette affection, il a méconnu le secret médical ; qu'ainsi, la décision en litige est entachée d'illégalité* ». Mais lorsque c'est le médecin instructeur qui viole le secret médical, l'arrêté de refus de titre de séjour est annulé : « L'*avis est motivé par l'indication que, si l'état de santé du demandeur nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, l'intéressé peut néanmoins bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine et que, d'autre part, le secret médical interdisait au médecin [= à l'autorité médicale : MISP puis MARS et MC PPP à Paris] de révéler des informations sur la pathologie de l'intéressé et la nature de ses traitements médicaux, fût-ce en portant une appréciation sur l'état du système de soins dans le pays d'origine* », CE, 21 mars 2008, n° 294882.

727. Le droit au secret médical de l'étranger apparaît ainsi très relatif, les préfectures pouvant l'outrepasser. Le rabaissement de ce droit est encore plus flagrant dans le cas où l'étranger décide de ne fournir aucun élément à la préfecture dans le cas de la procédure d'instruction, mais aussi contentieuse. Comme le révèle une note interne à la préfecture des Midi-Pyrénées[2065], ne pas suivre l'avis médical entend inciter l'étranger à lever de lui-même le secret médical dans la phase contentieuse[2066]. L'une des stratégies de défense de l'étranger consiste alors précisément de ne pas lever le secret médical : avec un avis médical lui étant favorable, comment la préfecture peut-elle considérer qu'il aura accès aux soins si elle n'a pas connaissance de son état de santé ? Parmi les 254 recours analysés, 17 requérants ont adopté cette stratégie. Dans la totalité des cas, leurs recours ont été rejetés, le tribunal administratif considérant, par exemple, que le requérant « *ne démontre pas que la pathologie dont il souffre présente une particularité telle qu'il ne peut bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine* »[2067]. Les préfectures produisent pour leur part des documents démontrant l'accès aux soins généraux dans le pays d'origine par l'intermédiaire de courriels du médecin-conseil de la DGEF, de médecins d'ambassades, ou de rapports sur le pays d'origine[2068]. Ces dernières engagent « *la dialectique de la preuve de manière ''aveugle''* »[2069], et cherchent à convaincre le juge administratif que l'accès aux soins, de manière générale, est possible[2070]. De son côté, si l'étranger est bel et bien doté d'un droit au secret médical, l'usage de ce dernier ne lui est, au regard de l'échantillon analysé, d'aucune utilité dans la phase contentieuse. L'usage de son droit au secret médical tend même à se retourner contre lui, produisant une sorte d'effet

2065Révélée par *Le Monde*. Voir *supra.*

2066La note indique : « *a décision de refus de séjour avec OQT, si elle* [est] *contestée devant le TA* [tribunal administratif] *permettra non seulement d'obtenir une jurisprudence mais également de connaître par le biais des certificats médicaux présentés, la pathologie de M. X. Il conviendra à ce moment là de saisir une nouvelle fois Monsieur MONTAGNON qui confirmera ou infirmera l'avis du MISP* ».

2067Voir par exemple TA Nîmes, 3 novembre 2016, n° 1502358.

2068Voir par exemple TA Lyon, 16 septembre 2014, n° 1403310 : « *le préfet du Rhône, qui n'était pas tenu de suivre cet avis, a relevé que différents rapports, à savoir des informations fournies par l'ambassade de France en Arménie en date du 4 octobre 2013, par le conseiller-santé auprès du directeur général des étrangers en France du ministère de l'Intérieur en date du 7 novembre 2013 et par l'Institut de santé des enfants et adolescents d'Erevan (Arménie) en date du 12 avril 2013 démontraient la capacité des institutions de santé de la République d'Arménie à traiter la majorité des maladies courantes, et qu'ainsi, M.X pouvait recevoir dans son pays d'origine les soins appropriés à son état de santé* ».

2069F. Béroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et du secret médical », *Droit Administratif,* Décembre 2014, n° 12, étude 19.

2070Pour plus de détails sur le contrôle juridictionnel exercé par le juge administratif, voir *infra,* Partie 2, Titre 2.

boomerang[2071]. La relative effectivité du droit au secret médical[2072] dans la phase d'instruction des demandes est ainsi complétée par son ineffectivité dans la phase contentieuse (phénomène qui fait ainsi écho aux objectifs par la loi « Besson » de 2011)[2073].

728. En définitive, les contre-enquêtes médicales affaiblissent le droit au secret médical de l'étranger, la violation de ce dernier par la préfecture n'affectant pas la légalité du refus de titre de séjour[2074], et l'usage de ce droit au secret médical par l'étranger dans la phase contentieuse pouvant se retourner contre lui. Le statut de l'étranger gravement malade en ressort standardisé, au sens où il ne peut décider de garder secret son état de santé.

§2. Les contre-enquêtes : une politique publique par le bas pour réduire le flux de titres de séjour pour soins

729. En plus de retombées directes pour le statut juridique de l'étranger gravement malade, la *médicalisation* des préfectures implique également des conséquences en matière de politiques publiques, avec d'une part, un changement des institutions chargées de l'évaluation médicale de ce statut – les ARS ayant été remplacées par l'OFII (A). Cette *médicalisation* des préfectures, qui aboutit à la *policiarisation* des instances chargées de l'évaluation médicale, révèle également le rôle joué par certains fonctionnaires du ministère de l'Intérieur dans ce changement de paradigme (B).

A. La disqualification des ARS au profit du ministère de l'Intérieur

730. Le développement des contre-enquêtes par les préfectures a pour conséquences une exclusion des ARS de la procédure, pour accroître *in fine* les compétences médicales du ministère de l'Intérieur. À court terme, ces conséquences s'expliquent par l'absence de

2071 TA Besançon, 22 mars 2016, n°s 1502010, 1502011 : « *que M. X, seul en mesure d'apporter des éléments couverts par le secret médical susceptibles de montrer que le traitement qui lui est nécessaire n'est pas au nombre de ceux disponibles pour les maladies courantes en Angola, refuse d'apporter toute précision sur son état de santé et la nature du traitement qui lui est nécessaire ; que, compte tenu de cette abstention de l'intéressé et des éléments produits sur les soins disponibles en Angola, le préfet doit être regardé comme apportant la preuve que M. X peut bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine* ».

2072 Le relativisme du droit au secret médical semble être le principe lorsqu'il s'applique hors du droit commun. Sur ce sujet, lire notamment D. Michel, « Le secret médical en prison et ailleurs. Un concept dépassé et ringard ou un désordre des esprits ? », *L'information psychiatrique*, vol. volume 91, n° 8, 2015, pp. 662-670.

2073 Voir *supra*.

2074 CE, 8 mars 2004, n° 258959 : « Considérant que si M. Dali soutient que la préfecture a violé le secret médical, cette circonstance, à la supposer établie, est sans incidence sur la légalité du refus de titre de séjour ».

prérogatives du ministère de la Santé et des ARS pour s'assurer que leurs avis médicaux soient suivis. Alerté sur ces pratiques par l'ODSE, le cabinet de la ministre de la Santé, Marisol Touraine, n'a pas activement réagi et s'est contenté de transmettre le courrier au ministère de l'Intérieur (qui était déjà alerté par ailleurs). En recourant aux contre-enquêtes, les préfectures s'assurent qu'elles sont seules à gérer l'octroi d'un titre de séjour pour soins, en sachant que l'administration centrale ne viendra pas leur demander de revoir leurs pratiques, la DGEF les considérant comme conformes à l'esprit de l'article L. 313-11 11° du CESEDA[2075]. En plus de renforcer l'impuissance du ministère de la Santé – ainsi que son désengagement progressif sur le dossier[2076] – les contre-enquêtes ont également contribué à réduire son rôle dans la procédure[2077] en transférant l'évaluation médicale à l'OFII, car elles ont mis en évidence la rupture du lien de confiance des préfectures envers les ARS. C'est notamment au nom du rétablissement de ce lien entre corps préfectoral et corps médical que le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII a été voté[2078].

731. Ainsi, la négation de la parole médicale des médecins rattachés au ministère de la Santé par des fonctionnaires du ministère de l'Intérieur a paradoxalement abouti à un accroissement des prérogatives médicales de ce dernier. Par l'intermédiaire de ses préfectures, le ministère de l'Intérieur a ainsi autoalimenté ses compétences médicales : la pratique des contre-enquêtes médicales a non seulement permis aux préfectures de développer sa médicalisation, mais a aussi contribué à *policiariser* le corps médical en ajoutant une justification supplémentaire au transfert de l'évaluation médicale à l'OFII[2079]. Ces contre-enquêtes sont dès lors paradigmatiques de la concurrence qui existe entre des institutions porteuses d'orientations différentes – à savoir les ministères de l'Intérieur et de la Santé – dans laquelle « *les petits fonctionnaires peuvent jouer un rôle décisif dans*

2075Selon les propos de son directeur en 2015, Luc Derepas, voir *supra*.

2076Cette critique est par ailleurs revenue fréquemment dans les rapports ou les entretiens.

2077Le rôle du ministère de la Santé est de fixer des « *orientations générales* » pour l'évaluation médicale menée par les médecins de l'OFII. L'appel d'offres lancé par l'OFII illustre d'ailleurs cette réduction du rôle du ministère de la Santé : en 2016, l'OFII lance un appel d'offres ayant pour objet la « *collecte des informations destinées à constituer une banque de données relative à la qualité et l'accès au système de santé dans les États dont relèvent les Étrangers malades et prestations associées* » (https://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:280388-2016:TEXT:FR:HTML). Le ministère de la Santé, qui aurait pu contribuer à sa préparation dans le cadre des attributions qui lui sont octroyées par le législateur, n'a pas été consulté pour cet appel d'offres, la DGS l'ayant découvert lors de sa publication (entretien du 24 août 2016).

2078Ce sont notamment les propos du secrétaire général d'une préfecture rencontré dans le cadre d'une réunion avec AIDES.

2079Sur ce transfert, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2 et Partie 2, Titre 1, Chapitre 1.

l'orientation d'une politique publique »[2080]. En effet, de pratiques « isolées » mises en place par des services chargés des étrangers de quelques préfectures, ces contre-enquêtes se sont considérablement développées à l'échelle nationale – avec une organisation mise en place avec le conseiller-santé de la DGEF – pour finalement aboutir à une réforme législative du droit au séjour pour soins.

732. En définitive, si la *médicalisation* du ministère de l'Intérieur et des préfectures – par les contre-enquêtes – a eu pu rendre impossible l'obtention de titres de séjour pour soins pour une période donnée à certains « profils » d'étranger[2081], elle a surtout eu pour effet, à long terme, d'élever le seuil de vie biologiquement dégradée de l'étranger malade en général pour obtenir un statut, le transfert à l'OFII ayant entraîné une baisse du taux d'avis médicaux favorables au séjour. Cette évolution puise notamment son explication par l'influence exercée par quelques hauts fonctionnaires.

B. La mise en exergue du rôle des « *fonctionnaires-gouvernants* »[2082] dans ce changement de paradigme

733. Plusieurs travaux ont démontré l'influence des fonctionnaires dans l'orientation des politiques publiques, notamment migratoires, qu'il s'agisse de hauts fonctionnaires ou d'agents au guichet des préfectures[2083]. Vincent Viet a ainsi démontré l'orientation de politiques publiques par la volonté des hauts fonctionnaires du ministère de l'Intérieur désireux de « *tout contrôler* »[2084] ; Sylvain Laurens a quant à lui démontré le rôle des fonctionnaires dans la politisation du sujet de l'immigration à partir des années 1970[2085]. Ces divers travaux ont ainsi mis en évidence le rôle joué par des hauts-fonctionnaires et des agents issus de la « *street-level bureaucracy* »[2086], ce « *petit groupe des ''entrepreneurs de morale'', des agents anciens dans la fonction, convaincus de leur mission et en phase avec les objectifs de lutte contre les ''clandestins''* »[2087]. L'analyse des contre-enquêtes menées par les

2080V. Dubois, « Politiques au guichet, politique du guichet », art. cit., p. 274.
2081Sur ces différents profils, voir *supra.*
2082S. Laurens, « Une politisation feutrée », *op. cit.*, p. 162.
2083Voir notamment les travaux précités de A. Spire, V. Dubois, S. Laurens, et V. Viet, préc..
2084V. Viet, *La France immigrée, ouvr. préc.,* p. 453
2085S. Laurens, *Une politisation feutrée*, *ouvr. préc*.
2086M. Lipsky, *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York (N. Y.), Russel Sage Foundation, 1980.
2087V. Dubois, « Politiques au guichet, politique du guichet », *art. préc*., p. 278.

préfectures (telle que présentée dans ce chapitre) invite à mettre en perspective le développement de ces compétences médicales avec ces travaux sociologiques.

734. Le changement d'orientation de politiques publiques à l'égard du statut juridique de l'étranger gravement malade apparaît en effet résulter, du moins partiellement, d'orientations décidées par les agents d'administration centrale et des services déconcentrés. Les premiers sont ceux agissant à l'échelle macrojuridique, au sein de la DGEF et des corps d'inspection (IGA ; IGAS) qui ont structuré – sciemment ou non – le ministère de l'Intérieur de telle sorte qu'il puisse développer cette *médicalisation*, avec notamment le poste de conseiller-santé à la DGEF, ou l'insistance sur tels types de problèmes observés dans la procédure (le risque de fraudes ; l'hétérogénéité des avis rendus par les ARS) plutôt que d'autres (les contre-enquêtes préfectorales) dans les rapports soumis aux ministres[2088]. Quant aux seconds, ils sont les hauts fonctionnaires des préfectures (préfets, sous-préfets, secrétaires généraux), et des agents préfectoraux[2089] : le choix par une préfecture de contredire de manière quasi systématique les avis médicaux des ARS est en effet décidé directement par le préfet ou son secrétaire général ; la manière dont sont contredits les avis médicaux, l'expertise médicale développée, résulte quant à elle de l'organisation interne de la préfecture, et des ressources humaines disponibles. Comme l'expliquait un agent interrogé, c'est par son investissement que le système des contre-enquêtes a été perfectionné après son arrivée, les agents d'instruction faisant jusque-là « *un travail insuffisant* »[2090].

735. À leur manière, ces fonctionnaires participent « *à l'exercice d'une magistrature bureaucratique en utilisant la marge d'appréciation dont ils disposent de deux façons : soit pour se conformer aux exigences de leur hiérarchie, soit pour imposer leur propre interprétation du règlement* »[2091]. Finalement, les marges juridiques laissées par le législateur et le pouvoir réglementaire ont permis aux « *agents de base* »[2092] d'user de leur pouvoir discrétionnaire pour orienter « *la politique de l'immigration en un sens plus répressif que ne le prévoient les*

2088Voir notamment le chapitre 5 sur le fait que le rapport de l'IGA-IGAS de 2013 n'aborde pas la question des contre-enquêtes dans son rapport : O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc.

2089À noter que certains fonctionnaires font des allers-retours entre poste en préfectures et administration centrale.

2090Entretien réalisé le 2 novembre 2016.

2091A. Spire, *Étrangers à la carte (…), op. cit.*, p. 358.

2092V. Dubois, « Politiques au guichet, politique du guichet », *art. préc.*, p. 278.

textes, non du fait d'écarts incontrôlés, mais parce que les pratiques administratives viennent réaliser ce qui ne peut être officiellement prescrit. Moins un déficit qu'une ruse, donc »[2093].

736. Conclusion du Chapitre 3. Historiquement réticent à la limitation de son pouvoir discrétionnaire par le corps médical, le ministère de l'Intérieur a développé des mécanismes : afin de se départir de cette dépendance (relative) aux médecins des ARS, il a *médicalisé* ses compétences. Cette *médicalisation* de la police des étrangers résulte d'une pluralité de facteurs. La première d'entre elles est l'évolution des structures chargées de l'immigration, pour la plupart progressivement rattachées au ministère de l'Intérieur, qui a constitué un terrain propice à ce phénomène. Si cette évolution structurelle n'a pas été spécifiquement pensée pour doter le ministère de l'Intérieur d'une compétence médicale, le développement de celle-ci s'inscrit dans un contexte plus large visant à favoriser le contrôle des pans migratoires par un seul ministère : la *médicalisation* est finalement l'un des symptômes de cette tendance structurelle. À cette évolution structurelle générale s'ajoutent des causes plus locales et propres au droit au séjour et à la protection contre l'éloignement pour raisons médicales : analysées à l'échelle départementale, les contre-enquêtes apparaissent comme une réponse préfectorale à plusieurs phénomènes, qu'il s'agisse du profil des étrangers (sur le plan administratif, géographique et médical) ou des rapports institutionnels (le manque de confiance du préfet envers le médecin de l'ARS). Mais analysées globalement, elles ont contribué à discréditer l'évaluation médicale menée par les ARS, constituant par la même occasion un argument de poids au projet visant à faire de l'OFII le nouvel opérateur en la matière.

737. Si l'évolution des structures chargées du statut de l'étranger gravement malade fait écho à l'évolution générale des institutions chargées de l'immigration, le durcissement des garanties d'obtention de ce statut s'inscrit également dans cette tendance. Dans le cadre du droit au séjour pour soins, les compétences médicales du ministère de l'Intérieur ne se manifestent pas en faveur de l'étranger : elles ne visent qu'à amenuiser les garanties reconnues à ce dernier, sur le court terme d'une part – en refusant un titre de séjour alors que le demandeur remplit supposément les conditions – et sur le long terme d'autre part, en contribuant à l'évolution des instances chargées de ce statut, le transfert de l'évolution

2093*Ibid.*

médicale à l'OFII étant le corollaire de cette tendance croissante à la dépréciation du statut juridique de l'étranger gravement malade.

738. Conclusion du Titre 1. Il est frappant de constater à quel point la reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé a incité le corps médical et les administrations chargées de l'immigration à dépasser le cadre habituel de leurs prérogatives. Ce bouleversement, matérialisé par la *policiarisation* des *médecins* et la *médicalisation* de la *police* engendre un renforcement de l'approche policière des étrangers, au détriment de la protection de la santé individuelle et publique. L'histoire de l'immigration contemporaine enseigne que ces évolutions sont le fruit de méthodes déjà utilisées, notamment l'usage du même *leitmotiv* par les fonctionnaires, le ministère de l'Intérieur, et les parlementaires favorables à une restriction dans l'accès au statut d'étranger gravement malade[2094]. En effet, le consensus qui ressort des rapports d'inspection, des circulaires d'interprétation, et des travaux parlementaires est criant : dans leur grande majorité, ils reprennent tous les mêmes discours faisant du droit au séjour pour soins la « *faille majeure* »[2095] d'un « *système à bout de souffle* »[2096] résultant de la complaisance des médecins[2097] et de la fraude qui, malgré les statistiques révélant sa proportion infime, est présentée de manière exacerbée[2098]. La mobilisation de ces arguments – au cœur de la réforme du 7 mars 2016 – a largement contribué à la *policiarisation* du corps médical, et à la *médicalisation* du ministère de l'Intérieur et ses structures. La récurrence de l'usage de ces arguments est aussi visible que l'occultation de ceux, plus pragmatiques, justifiant pourtant à l'origine la raison d'être de ce statut, relatifs à la protection de la santé individuelle et publique.

739. Le contrôle progressif et diffus des médecins par le ministère de l'Intérieur et le développement du pouvoir médical de ce dernier révèlent le changement de paradigme dont

2094Il est ici fait référence aux travaux de S. Laurens, *Une politisation feutrée* (...), *ouvr. préc.*, p. 158 : « *cet investissement ''idéologique'', favorable à une ''organisation de l'immigration'' n'est jamais autant visible que lors des confrontations des agents de la DPM avec d'autres agents de l'État.* (…) *En effet, quelle que soit leur sous-direction d'appartenance, quelles que soient les commissions auxquels ils participent, les agents de la DPM diffusent les mêmes ''leitmotiv'', opposent les mêmes statistiques aux acteurs qui seraient favorables à un recours prolongé à la main-d'œuvre immigrée* ».

2095IGA, Rapport sur l'immigration commandé par le ministère de l'intérieur, novembre 2002.

2096 O. Diéderichs, M. Vernhes, R. Fournalès (IGA), F. Chièze (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, préc., p 69.

2097Comme le démontre les archives de la DLPAJ. À ce sujet, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 1, Section 1.

2098Voir notamment OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, 2018, préc., p. 40.

le statut de l'étranger gravement malade fait l'objet : il est désormais majoritairement appréhendé sous le prisme de la police des étrangers, caractérisant un changement de politiques publiques. En effet, selon Pierre Muller, « *il y a changement de politique publique lorsque l'on peut constater* (…) *un changement des objectifs des politiques et, plus généralement, des cadres normatifs qui orientent l'action publique* »[2099]. Ce changement se matérialise, d'une part, au regard « *des instruments qui permettent de concrétiser et de mettre en mouvement l'action publique dans un domaine* ». À cet égard, l'évolution de l'office des médecins, qui concourent désormais de manière active à la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins, permet indéniablement de concrétiser l'objectif poursuivi par le Gouvernement et les parlementaires d'une maîtrise *restrictive* des flux migratoires et de lutte contre la fraude[2100]. Il en est de même de la réforme dite « Besson » de 2011, qui a permis aux préfectures de contredire plus aisément les avis médicaux, dans l'objectif de réduire le nombre de titres de séjour pour soins délivrés. Enfin, le changement de politique publique s'observe au regard de la modification « *des cadres institutionnels qui structurent l'action publique dans le domaine concerné* »[2101]. De ce point de vue, le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII, qui structure désormais l'évaluation médicale, et l'aspiration par le ministère de l'Intérieur de multiples compétences dans le champ migratoire, confortent ce constat : le rattachement des médecins au ministère de l'Intérieur incarne *in fine* la fusion entre la *médicalisation* de la *police des étrangers* et la *policiarisation* du *corps médical*. Ces évolutions aboutissent, fort logiquement, à des restrictions dans l'accès au statut juridique d'étranger gravement malade, qui découlent de la dispute du droit à évaluer médicalement la situation médicale de l'étranger, remportée avec succès par le ministère de l'Intérieur. Ce dernier dispose désormais du monopole de la *biolégitimation* de l'étranger malade.

740. L'objectif général de la présente étude est de mettre en évidence le rôle des acteurs du droit au séjour pour soins dans la prédominance des préoccupations relatives à la maîtrise des flux migratoires sur celles relatives à la santé. Cette dernière résulte notamment des acteurs chargés de l'instruction des demandes, le corps médical s'étant *policiarisé*, quand la police des étrangers s'est *médicalisée*. Mais, comme tout interprète administratif, les *discours* produits par les préfectures et le ministère de l'Intérieur « *restent fragiles et suspendus à la*

2099P. Muller, *Les Politiques publiques,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 2018, p. 60.
2100Voir par exemple la circulaire du 2 novembre 2016 précitée, p. 5.
2101P. Muller, *Les Politiques publiques*, *op. cit.*, p. 60.

supervision des interprètes légitimes »[2102]. Dès lors, la poursuite de cette étude nécessite de se pencher sur le rôle du juge administratif, chargé d'exercer son contrôle juridictionnel sur les refus de titres de séjour ou de protection contre l'éloignement pour raisons médicales.

2102J. Chevallier, « Les interprètes du droit », *art. préc.*, p. 265.

Titre 2. L'insuffisance des contrepoids juridictionnels

741. L'augmentation des refus de titres de séjour et de protection contre l'éloignement pour raisons médicales, résultante du « *grignotage* »[2103] dont a fait l'objet le statut juridique de l'étranger gravement malade au fil des réformes, a pour corollaire une augmentation des recours devant le juge administratif. En 2008, le rapport Mazeaud relève que le contentieux des étrangers est devenu un contentieux de masse en pointant « *la multiplication des natures de titre de séjour dont la délivrance est, en outre, dans un certain nombre de cas, réputée ''de plein droit''* »[2104], parmi lesquels figure la carte de séjour temporaire « étranger malade ». Cet accroissement résulte également du durcissement des politiques migratoires[2105], auquel ce statut a été confronté depuis sa création[2106]. Il implique une saisine plus importante du juge administratif pour que ce dernier apprécie si l'état de santé de l'étranger justifie ou non l'octroi d'un statut. Dès lors, la mesure de l'effectivité du statut reconnu à l'étranger en raison de son état de santé implique d'interroger, en premier lieu, sa justiciabilité[2107].

742. L'histoire de la protection contre l'éloignement et du droit au séjour pour soins démontre l'importance du rôle joué par le Conseil d'État dans leur consécration respective. Ce dernier a en effet appréhendé, à partir du début des années quatre-vingt-dix, l'état de santé de l'étranger comme motif de protection, et ce, en dehors d'un dispositif légal spécifique[2108]. En tant qu'interprète authentique[2109], il l'a par la suite enrichi en consacrant la

2103J. Duvignau, *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, *thèse préc.*, p. 309.

2104P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », 2008, p. 176. Sur le contentieux de masse que représente le droit des étrangers, lire notamment, G. Calvès, « Mieux connaître les contentieux de masse », *RFDA,* 2011, p. 477 ; N. Fischer, « Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse », *RFDA,* 2011, p. 481. Selon une étude remise au Premier ministre par le groupe de travail présidé par Jacques-Henri Stahl, le contentieux du droit des étrangers représente en 2019 40 % de l'activité contentieuse des tribunaux administratifs, et 60,7 % de celle des cours administratives d'appel (Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *Étude à la demande du premier ministre,* 2020, Annexes 5 et 6).

2105« À chaque fois que l'on durcit le régime de l'immigration, le contentieux administratif y afférent a évidemment tendance à croître » *in* M.-C. de Montecler, J.-M. Pastor, « Questions à… Bernard Even, président du Syndicat de la juridiction administrative : ''La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration est un échec en matière de contentieux !'' », *Dalloz actualités*, 7 novembre 2007.

2106Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2107T. Gründler, « Le juge et le droit à la protection de la santé », *op. cit.*, pp. 835-846.

2108Il a pris en compte, en cas d'éloignement, les « conséquences d'une exceptionnelle gravité » sur la situation personnelle de l'étranger gravement malade (notamment son état de santé) ; CE, 29 juin 1990, n° 115687, Olmos-Quintero. À ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1. Lire notamment F. Mallol, « Sida, droit au respect de la vie familiale et reconduite à la frontière », *op. cit.*, p. 428.

2109Selon la théorie réaliste. Voir notamment R. Guastini, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, vol. 37, n° 1, 2003, pp. 111-122.

prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le pays d'origine[2110], ou en incluant le risque de renvoi parmi les risques d'atteinte à la liberté personnelle invocable dans le cadre du référé-liberté[2111]. Ces exemples démontrent que le juge administratif a joué un rôle de « fabricant »[2112] du statut juridique de l'étranger gravement malade[2113], et invite à analyser plus précisément l'impact de sa jurisprudence, notamment au regard de l'interprétation qui a été faite des conditions médicales, et sa réception par les juges administratifs du fond. L'objectif est de déterminer la consistance du contrôle juridictionnel effectué par ce dernier sur l'état de santé de l'étranger : il s'agit ainsi de mettre en lumière les interprétations récurrentes auxquelles les juridictions administratives ont recours, et ainsi, de dégager une politique jurisprudentielle plus ou moins homogène.

743. Les conditions médicales fixées par le juge administratif apparaissent, comme nombre de droits fixés par le législateur[2114], *indéterminées.* En effet, la seule lecture des dispositions du CESEDA relatives à la catégorisation de l'étranger malade ne permet pas de saisir *réellement* les situations médicales concernées. Seul l'examen de la jurisprudence administrative permet de *saisir* ces dernières, le juge devant confronter ces conditions à la situation médicale de l'étranger exerçant un recours devant lui. Dès lors, une approche réaliste du droit permet de mettre en évidence le rôle du juge administratif dans la *détermination* de la *catégorie* « étranger malade ». Elle vise, en définitive, à « *déplacer le curseur du moment de création de la norme, et ainsi de mettre en évidence le pouvoir créateur des juges* »[2115].

744. Le juge administratif, par sa fonction d'interprète des conditions médicales, produit un *discours* sur l'état de santé de l'étranger, et plus précisément, sur les *standards*[2116] médicaux

2110CE, sect., 7 avril 2010, n°s 301640 & 316 625 ; B. Demagny, S. Slama, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins (…) », *art. préc.*

2111Cette protection est régie par l'article L.521-2 du Code de la justice administrative.

2112B. Latour, *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État,* La Découverte, 2004, 319 p.

2113Ce rôle de fabricant s'applique évidemment à d'autres pans du droit des étrangers. Sur l'impact du juge administratif dans la définition de la notion d'intégration, lire N. Ferran, *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981 – 2006, op. cit.*

2114Pour une recension de ces droits indéterminés, voir notamment M. Pichard, *Le droit à. Étude de législation française, op. cit.,* p. 225 et s.

2115C. Otero, *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives, op. cit.*, p. 49.

2116M. Pichard, *Le droit à. Étude de législation française, op. cit.*, p. 228 : « *l'indétermination de l'objet du* droit à *renvoie explicitement ou implicitement à l'idée de standard, de sorte qu'il faut comprendre, par exemple, le droit au logement comme promesse non seulement d'un toit, mais d'un habitat normal, raisonnable, moyen ou, à la*

que ce dernier doit remplir pour obtenir un statut. Ce rôle de *standardisation* du juge administratif, de détermination juridique de l'étranger gravement malade, joue une part prépondérante dans le processus de *normalisation* dont ce dernier fait l'objet. Comme l'a montré Danièle Lochak, les standards utilisés de façon systématique par le juge administratif « *exercent une fonction subtile de persuasion et influencent la vision que les justiciables ont du fonctionnement souhaitable de l'administration* »[2117]. Ils imposent « *comme naturelle et nécessaire la conception que le juge se fait du normal et de l'anormal, du raisonnable et du déraisonnable, du suffisant ou de l'excessif dans le comportement de l'administration vis-à-vis des administrés* »[2118]. L'étude de la jurisprudence permet alors une analyse du discours juridictionnel sur la maladie de l'étranger. À cette fin, la méthode choisie a été de procéder à une analyse empirique quantitative et qualitative de la jurisprudence des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel[2119].

745. Cette étude contentieuse vise à obtenir un échantillon varié du contrôle juridictionnel opéré par le juge administratif sur les refus de reconnaissance d'un statut à l'étranger gravement malade par l'administration. Elle permet d'avoir une photographie des situations médicales justifiant ou non l'octroi d'un statut, les décisions juridictionnelles étant, théoriquement, les seules sources[2120] où apparaît la motivation relative aux conditions médicales[2121]. Il s'agit finalement d'étudier la captation de ce statut par le droit[2122]. À cet

rigueur, médiocre ».

2117D. Lochak, « Norme, normalité et normalisation », *op. cit.,* p. 64. Dans ce passage, Danièle Lochak se réfère notamment à S. Rials, *Le juge administratif français et la technique du standard,* L.G.D.J., 1980. Voir également A.-V. Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français, op. cit.*, p. 370 : « *face à l'indétermination des critères législatifs et réglementaires, le juge administratif doit ainsi exprimer la norme de référence nécessaire à la décision administrative* ».

2118*Ibid.*

2119Cette recherche a été permise par la consultation de la base de données Ariane archives du Conseil d'État (sur la méthodologie, voir *infra,* Annexe 2). Il s'agit d'une analyse « *microjuridique* » du statut de l'étranger gravement malade. Voir B. Barraud, « Recherche macro-juridique et recherche micro-juridique », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2017, p. 1 : l'approche microjuridique est « *l'étude d'une branche du droit ou, plus finement, d'un régime juridique, d'une norme ou d'une institution* ».

2120À noter que depuis 2018, le rapport de l'OFII au Parlement permet d'avoir un aperçu détaillé des situations médicales justifiant l'octroi d'un statut.

2121Cette démarche fait notamment écho à celle de L. Mahi, « Une sanitarisation du pénal ? La mobilisation de la maladie dans des procès pénaux », *Revue française de sociologie*, vol. 56, n° 4, 2015, pp. 699-700. : « *Dans le prolongement de travaux qui interrogent l'intégration de ''répertoires normatifs'' dans l'arène judiciaire (Barbot et Dodier, 2014, 2015), nous émettons l'hypothèse que l'analyse des procédés argumentatifs par lesquels la ''maladie'' est mobilisée dans les discours d'audience permet de saisir les attentes à partir desquelles les juges construisent leurs décisions et de mettre ainsi au jour les impératifs normatifs qui pèsent sur les justiciables* ».

2122Pour reprendre l'expression de B. Ancel, « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », *in Le droit entre tradition et*

égard, il semble que le juge administratif soit un véritable curseur, en ce qu'il détermine expressément « qui » est l'étranger gravement malade, en explicitant quels sont les états de santé nécessitant une prise en charge médicale dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et quels sont les pays où les soins sont, de manière générale ou pour une pathologie particulière, disponibles ou accessibles. Mais la photographie de l'étranger gravement malade qui se dégage de ce contrôle juridictionnel apparaît très floue, le juge administratif étant, comme l'administration[2123], exposé à la subjectivité induite par l'évaluation médicale. L'analyse de la jurisprudence fait alors transparaître l'absence de « *systématisation fiable* »[2124] des solutions rendues s'agissant de l'esquisse du statut d'étranger gravement malade. Il découle ainsi de cette jurisprudence fluctuante des incertitudes quant à la détermination des profils médicaux susceptibles d'être *biolégitimés* (Chapitre 1).

746. Finalement, le contrôle exercé par le juge administratif peut être le vecteur de l'obtention d'un tel statut dit de plein droit[2125] et quasi-absolu[2126] ou, au contraire, celui de sa dégradation. En effet, l'objectif de l'administration, et plus spécifiquement de la DGEF, est de construire une « *jurisprudence constante* »[2127]. Autrement dit, son objectif est d'aider les préfectures à obtenir du juge administratif (des tribunaux et cours administratives d'appel) une validation de leur interprétation du cadre juridique relatif à l'étranger malade. Or, à ces fins, le discours contentieux produit par l'administration devant le juge administratif est empreint d'une logique de police des étrangers (*i.e.* de maîtrise des flux migratoires), et ce, afin de tenter d'obtenir une confirmation jurisprudentielle de la *normalisation* du processus

modernité, mélanges à la mémoire de Patrick Courbe, Dalloz, 2012, p.1.

2123Voir Partie 1, Titre 1.

2124N. Ferran, *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981-2006*, *thèse préc.*, p. 40.

2125Pour le droit au séjour.

2126Pour la protection contre l'éloignement.

2127Comme en atteste une note interne à la direction de l'immigration de la DGEF de 2018 intitulée « *vademecum pour la rédaction des mémoires en défense dans les contentieux étrangers malades* » : « *La réforme de la procédure ''étrangers malades'' entrée en vigueur à compter du 1er janvier 2017 qui a transféré les missions de l'agence régionale de santé (MARS) à l'OFII a permis d'améliorer l'objectivité des avis médicaux, désormais rendus collégialement, et de renforcer la sécurité juridique des décisions préfectorales. En raison des innovations qu'elle a introduites dans la procédure, cette réforme a donné lieu à un contentieux qui n'est pas à ce jour stabilisé. Lors de la réunion tour d'horizon OFII du 28 janvier 2018, présidée par le directeur général des étrangers en France, il a été convenu que les préfectures devaient être incitées à défendre davantage leurs décisions devant les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Afin de les aider dans leur défense et de favoriser la construction d'une jurisprudence constante, il a été convenu que la direction de l'immigration (DIMM) et l'OFII, en lien avec la DLPAJ, devraient élaborer un guide destiné à donner aux préfectures les outils informations utiles à la rédaction des mémoires en défense dans le cadre des contentieux ''étrangers malades'''* ».

de catégorisation de l'étranger malade. Dès lors, partant du constat que l'arène juridictionnelle est un lieu de diffusion de l'idéologie de l'administration, il s'agit maintenant de s'intéresser à la réception de cette idéologie par le juge administratif du fond, ainsi qu'aux effets de cette réception pour le processus de *réalisation* du droit au séjour pour soins et de la protection contre l'éloignement de l'étranger malade (de la force normative du discours jurisprudentiel)[2128]. La compréhension du rôle du juge administratif dans ce processus nécessite de se focaliser sur la dialectique de la preuve de l'accès aux soins dans le pays d'origine, ainsi que sur la validation de certaines pratiques administratives, telles que les contre-enquêtes médicales. Mise en perspective avec son rôle de « fabricant », la jurisprudence administrative confirme qu'à maints égards, le juge administratif joue un rôle politique[2129]. En effet, en légitimant majoritairement les interprétations du cadre juridique par l'administration, le juge administratif apparaît comme un acteur déterminant de la *normalisation* du statut de l'étranger gravement malade (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Les incertitudes d'une jurisprudence fluctuante

Chapitre 2 : La légitimation des pratiques administratives

2128Et ce, afin de « *mettre en lumière la singularité de mode de production normatif du droit administratif* » (J. de Gliniasty, « La force du discours en droit administratif », *op. cit.*).

2129D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*

Chapitre 1 : Les incertitudes d'une jurisprudence fluctuante

747. La qualification en droit « *est traditionnellement présentée comme l'opération visant à faire rentrer une situation de fait dans le cadre d'une "notion juridique"*[2130] *préétablie, afin d'identifier les conséquences de droit qui résultent de cette association* »[2131]. Une règle de droit étant soumise à la réunion de certaines conditions, le juge administratif a « *recours, pour l'application du droit, à des catégories juridiques, qu'il trouve soit dans la loi, soit dans sa propre jurisprudence* »[2132]. L'étude du rôle du juge administratif dans la détermination de la « *catégorie juridique* » étranger gravement malade apparaît ainsi pertinente, en se prêtant à « *une réflexion sur ce passage du fait au droit* »[2133], et plus précisément, sur l'appréciation par le juge de l'état de santé de l'étranger. Par le biais du contrôle juridictionnel exercé sur les arrêtés de refus de titre de séjour pour soins ou de protection contre l'éloignement, le juge administratif interprète les conditions médicales fixées par le législateur. Partant, cette interprétation permet de révéler quelles sont les situations médicales rendant l'étranger éligible ou non à ce statut[2134].

748. Le caractère général des conditions médicales « *renforce nécessairement le pouvoir du juge,* [qui est] *contraint d'aller au-delà de l'interprétation pour poser la norme* »[2135]. En choisissant « *entre plusieurs sens possibles* »[2136] à donner à ces conditions, il détermine explicitement la catégorie juridique de l'étranger gravement malade, et *in fine*, quelle situation médicale est éligible ou non à ce statut. Afin d'harmoniser la jurisprudence des tribunaux et cours administratives d'appel, le Conseil d'État fixe des standards

2130J.-C. Venezia, *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, 1958, p. 27.
2131N. Ferran, *L'intégration des étrangers* (…), *thèse préc.*, p. 361.
2132D. Lochak, *Le rôle politique* (…), *ouvr. préc.*, p. 138.
2133N. Ferran, *L'intégration des étrangers* (…), *thèse préc.*, p. 361.
2134La lecture des jugements, décisions et arrêts rendus est en effet le seul moyen de savoir de manière détaillée quelles sont les situations médicales recouvrant ce statut, les avis médicaux rendus par les médecins n'étant pas motivés.
2135Conseil d'État, « La complexité croissante des normes menace l'État de droit », *in Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, coll. « Études et documents », 2006, n° 57, p. 277.
2136M. Troper, « La motivation des décisions constitutionnelles », *in* Ch. Perelman, P. Foriers (dir.), *La motivation des décisions de justice,* Bruxelles, 1978, p. 298 cité in Guastini, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *op. cit.*

d'interprétation[2137]. Cette harmonisation découle des impératifs de sécurité juridique[2138], le devoir de cohérence s'appliquant à la jurisprudence qui « *doit s'attacher à préserver la sécurité et la stabilité des situations juridiques* »[2139]. Le juge administratif doit également jouer le rôle de « *contrepoids effectif aux inégalités de traitement susceptibles de résulter des décisions prises par l'administration* »[2140], rôle touchant « *à l'un des points les plus sensibles de la démarche du juge* »[2141]. L'étude de la jurisprudence administrative relative au statut de l'étranger gravement malade apparaît dès lors intéressante, en ce qu'elle permet d'identifier ces standards et leur réception par le juge administratif, afin de vérifier s'il remplit effectivement ce rôle de contrepoids.

749. L'interprétation des conditions médicales[2142] effectué par le juge administratif dans le cadre de son contrôle normal[2143] révèle un statut juridictionnel fluctuant. Fluctuant, car des situations médicales similaires connaissent des appréciations différentes selon les juges. L'étude des qualifications jurisprudentielles de l'état de santé « *nécessitant une prise en charge médicale dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité* » révèle que le juge administratif ne constitue pas un contrepoids effectif aux inégalités de traitement pouvant résulter des décisions de l'administration. Elle dévoile ainsi l'incertitude des contours de l'état de santé de l'étranger éligible à un statut, des profils médicaux similaires pouvant être traités différemment en fonction des juridictions

2137B. Odent, D. Truchet, « L'organisation de la juridiction administrative », *La justice administrative,* PUF, 2008, pp. 11-32 : « *La jurisprudence du Conseil d'État est diffusée auprès des juridictions subordonnées par l'intermédiaire d'une application informatique et il n'est pas rare de voir des motifs des jugements et arrêts repris littéralement d'une décision très récente du Conseil d'État* ».

2138B. Mathieu, « La norme, le juge et la sécurité juridique », *Justice et cassation,* avril 2012, p. 67.

2139J.-M. Sauvé, « La justice dans la séparation des pouvoirs », intervention à l'occasion des Deuxièmes entretiens du Jeu de Paume organisés par le Château de Versailles et l'Université de tous les savoirs, « La séparation des pouvoirs : efficacité, vertus, intérêts » à Versailles, le vendredi 17 juin 2011. Voir également Conseil d'État, *Sécurité juridique et complexité du droit, rapp. préc.*, p. 229.

2140M. Le Montagner, « Le juge administratif et l'égalité de traitement », *in Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, *op. cit.*, p. 91.

2141*Ibid*.

2142Le Conseil d'État a considéré que « *ce n'est que lorsque le défaut de prise en charge médicale risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé que la légalité du refus de renouvellement d'une autorisation provisoire de séjour demandée sur le fondement des dispositions citées au point 2 est subordonnée à l'existence de possibilités de traitement approprié de l'affection en cause dans son pays d'origine* » (CE, 30 décembre 2013, n° 359144). Il s'agit donc de conditions qui se cumulent, à l'image d'une écluse : il faut passer la première pour que soient évaluées la deuxième, puis la troisième. Par ailleurs, la condition relative à la possibilité de voyager sans risque dans le pays d'origine sera abordée dans le chapitre suivant.

2143Le contrôle normal porte à la fois sur la gravité des conséquences d'un défaut de traitement (CE, 3 novembre 1999 *N'Satou*, n° 200065), ainsi que sur l'accès aux soins dans le pays d'origine. À ce sujet, voir M. Guyomar, Conclusions préc., p. 4 & p. 11.

concernées (Section 1). Le contrôle juridictionnel de la condition d'accès aux soins dans le pays d'origine est également sujet à cette hétérogénéité territoriale de traitement, en raison d'un flottement dans l'appréciation des différents moyens avancés pour démontrer ou non l'accessibilité aux soins. L'étude de ce contrôle révèle surtout un paradoxe : plus le contrôle juridictionnel de l'accès aux soins doit être individualisé et détaillé – donc théoriquement plus protecteur de l'étranger – plus le taux de rejet des recours est élevé (Section 2).

Section 1 : L'incertitude des contours de l'état de santé de l'étranger gravement malade

Section 2 : Le contrôle incertain de l'accès au traitement approprié dans le pays d'origine

SECTION 1. L'INCERTITUDE DES CONTOURS DE L'ÉTAT DE SANTÉ DE L'ÉTRANGER GRAVEMENT MALADE

750. La « *nécessité d'une prise en charge médicale dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité* »[2144] pour l'étranger constitue les deux conditions médicales *intuitu personae* d'octroi d'un statut juridique. Le juge administratif, en interprétant au cas par cas ces conditions, détermine juridiquement l'état de santé de l'étranger. Afin de tenter d'harmoniser la jurisprudence rendue par les tribunaux et cours administratives, le Conseil d'État a dégagé certains critères, dont la cohérence apparaît assez relative (§1). Mais cette tentative d'harmonisation est mise à mal par l'interprétation imprévisible de ces critères par les juridictions administratives (§2).

§1. LA COHÉRENCE RELATIVE DE LA JURISPRUDENCE DU CONSEIL D'ÉTAT

751. Si le Conseil d'État a encadré la notion de « *nécessité d'une prise en charge médicale* » de manière à accroître les garanties octroyées à l'étranger gravement malade, le contrôle du juge administratif reste, dans tous les cas, *in concreto*. De telle sorte que l'évaluation effectuée par le juge administratif emporte nécessairement une grande part de variabilité selon les particularités de l'espèce. L'harmonisation de l'interprétation de cette condition n'apparaît dès lors qu'en demi-teinte (A). La deuxième condition médicale ayant trait à l'état de santé de l'étranger – les « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* » résultant de ce défaut de traitement emporte – fait quant à elle l'objet d'une appréciation souple (B).

A. Une harmonisation en demi-teinte de la « *nécessité d'une prise en charge médicale* »

752. Le Conseil d'État a été amené à se prononcer sur la nécessité d'une prise en charge médicale à plusieurs reprises. Comme le relève le rapporteur public Mattias Guyomar dans ses conclusions sur les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, le juge administratif procède « *au cas par cas à une appréciation concrète* »[2145]. Au fil des affaires qui lui ont été soumises, le Conseil d'État a procédé à un encadrement en demi-teinte : si dernier a pu interpréter cette condition favorablement à l'étranger, il s'est également prêté à une interprétation restrictive dans certains cas.

2144Article L. 313-11 11° du CESEDA.
2145M. Guyomar, Conclusions précitées, p. 4.

753. Il a ainsi considéré que l'ajout d'une condition par l'administration était illégal, cette condition imposant à l'étranger d'avoir commencé le traitement nécessité par son état de santé pour pouvoir bénéficier de la protection contre l'éloignement[2146]. Comme le relève la rapporteure public Suzanne von Coester dans ses conclusions, « *il n'est pas prévu de pouvoir lui refuser un titre de séjour parce qu'il n'établit pas avoir entrepris de se faire soigner. Le fait que l'intéressé ait jusqu'alors fait preuve de négligence n'a donc pas à être pris en compte pour l'octroi du titre de séjour* »[2147]. Dans cette même affaire, le Conseil d'État impose cependant une certaine diligence à l'étranger. Il a en effet considéré qu'il « *appartient au bénéficiaire d'une autorisation provisoire de séjour* (...) *de suivre effectivement, et dans les meilleurs délais, les soins dont la nécessité a justifié son admission au séjour* », tout en précisant que pour les renouvellements d'APS, « *il est loisible à l'administration* (...) *de tenir compte de la diligence de l'étranger dans le suivi des soins, et des éventuelles difficultés rencontrées, pour apprécier si les conditions de délivrance d'une telle autorisation* (...) *sont remplies* »[2148].

754. En plus de cette condition de diligence, le Conseil d'État a exclu du champ de l'article L. 313-11 11° « *le lien thérapeutique basé sur la confiance* » entre le patient et son médecin[2149] : il a considéré que le développement d'un tel lien ne fait pas obstacle à ce que la personne « *puisse bénéficier effectivement d'un traitement approprié à sa pathologie dans son pays*

2146CE, 17 février 1999, n° 192881 : « *considérant que si le Préfet de police soutient que M. H* ne suivait pas, à la date de l'arrêté litigieux, un traitement médical, il résulte tant des termes mêmes des dispositions législatives précitées que des travaux préparatoires qui ont précédé l'adoption de la loi du 24 avril 1997, que le législateur a entendu interdire la reconduite à la frontière d'un étranger atteint d'une pathologie grave nécessitant un traitement médical dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une extrême gravité,* sans subordonner cette interdiction à la condition que l'intéressé ait commencé ce traitement [nous soulignons] ».

2147S. Von Coester, Conclusions sous CE, 30 décembre 2013, n° 359144, *AJDA*, 2014.

2148*Ibid*., p. 9. Dans ses conclusions, la rapporteure publique concluait : « *il nous semble difficile de censurer pour erreur de droit un raisonnement tenant compte de ce que l'étranger n'a pas justifié avoir entrepris de démarches pour bénéficier du traitement pour lequel l'APS a été délivrée. Il faudrait cependant réserver l'hypothèse de circonstances particulières, indépendantes de la volonté de l'intéressé (par exemple la nécessité de différer un traitement ou des difficultés familiales qui l'auraient empêché d'entreprendre les démarches nécessaires). Et l'absence de traitement ne pourrait certainement pas être opposée dès lors que des démarches auraient été entreprises : des délais propres à l'encombrement des consultations médicales ou de listes d'attente à l'hôpital, par exemple, justifieraient au contraire, nous semble-t-il, une prorogation de l'autorisation provisoire de séjour (…) Sans doute l'absence de démarches pourrait-elle être prise en compte comme déterminante lorsqu'elle révèle que l'absence de traitement n'expose finalement pas l'intéressé à des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

2149CE, 16 avril 2010, n° 316575 : la Cour administrative d'appel qui considère le contraire commet une erreur de droit. Le Conseil d'État semble modifier sa jurisprudence par rapport à un arrêt (CE, 16 juin 2007, n° 294881), selon lequel : « *il ne suffit pas qu'un traitement médicamenteux équivalent soit disponible dans le pays d'origine d'un étranger pour qu'une mesure de reconduite soit légale, encore faut-il qu'il existe également la même prise en charge psychologique spécifique »,* cité *in* C. de Gaudemont, « État de santé et condition de validité d'un arrêté de reconduite à la frontière », *Dalloz actualité,* 26 juin 2007.

d'origine ». Autrement dit, ce lien de confiance ne fait pas partie du traitement approprié, révélant une distinction subtile : la prise en charge médicale nécessitée par l'état de santé, qui peut inclure le traitement médicamenteux ainsi que l'accompagnement thérapeutique dont ledit lien de confiance peut faire partie, ne correspond pas exactement au « *traitement approprié* » disponible dans le pays d'origine. Cette exclusion [du lien de confiance] peut s'expliquer par une préoccupation de maîtrise des flux migratoires : considérer ce lien comme faisant partie intégrante de la prise en charge médicale reviendrait à octroyer une protection trop large aux étrangers gravement malades. En effet, les personnes souffrant de troubles psychiatriques et ayant développé un tel lien représentent une part importante des demandeurs de titres de séjour pour soins[2150]. Bien qu'il puisse constituer un aspect fondamental de la prise en charge de certaines pathologies, sa consécration jurisprudentielle risquerait de créer un contexte similaire à celui ayant suivi les arrêts *Jabnoun* & *Bialy*, considérés par le Gouvernement et le Parlement comme trop favorables aux étrangers gravement malades[2151]. À cet égard, la notion de prise en charge médicale renverrait à ce qui est strictement nécessaire médicalement, en l'occurrence, le traitement médicamenteux.

755. Selon le Conseil d'État, la prise en charge médicale peut aussi être passive, au sens où elle ne suppose pas l'administration d'un traitement médical, mais une simple surveillance[2152]. Cet exemple illustre la subjectivité relative à l'interprétation de ces conditions, et susceptible d'engendrer quelques incohérences. Ainsi, si la procréation médicalement assistée (PMA) constitue une prise en charge médicale pouvant ouvrir droit à un titre de séjour ou à une protection contre l'éloignement[2153], tel n'est pas le cas du

215020 % des demandes en 2014 (DGS, DGEF, *Avis rendus par les médecins des agences régionales de santé sur les demandes de titres de séjour pour raisons de santé [article L. 313-11-11° du CESEDA] – bilan de l'année 2014*), et 21,9 % en 2017 (OFII, *Rapport au Parlement*, préc., p. 65).

2151Sur ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2152CE, 6 juin 2003, n° 249557 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que M. Y, qui est entré en France en janvier 1994, à l'âge de quatorze ans pour y suivre un traitement consécutif à une opération effectuée à Nice d'une tumeur de l'oeil, est suivi depuis lors de façon continue et que son état, s'il est stabilisé, nécessite des examens, notamment par IRM, et une surveillance réguliers, dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une extrême gravité ; qu'il ne ressort pas des pièces du dossier, contrairement à ce que soutient le PRÉFET DU VAL-D'OISE, que l'intéressé pourrait effectivement faire l'objet d'un tel suivi médical en Mauritanie* ».

2153CE, 8 juillet 2005, n° 273002 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que les arrêtés de reconduite à la frontière concernant M. X* et son épouse ont été pris alors que, comme l'attestent de nombreux certificats médicaux, le couple était engagé dans une procédure de procréation médicalement assistée dont les chances de succès seraient gravement compromises par une interruption du traitement à ce stade, qu'ainsi, dans les circonstances particulières de l'espèce, le préfet du Val de Marne a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences de sa décision de reconduite sur la situation personnelle des requérants* ». CE, 26 mars 1999, n° 186333 : « *Considérant que M. et Mme M*, qui sont entrés régulièrement en France*

traitement contre la stérilité, qui « *n'entre pas dans le champ des prévisions* » des articles L. 313-11 11° et L. 511-4 10° du CESEDA[2154]. Il en est de même de l'hépatite B, qui ne nécessite pas toujours une prise en charge médicale[2155]. Cette variabilité doit cependant être nuancée, car les décisions du Conseil d'État sont parfois peu détaillées, et ne permettent pas de connaître exactement la condition substantielle sur laquelle porte l'appréciation[2156]. En tout état de cause, la jurisprudence de la haute juridiction administrative apparaît éparse, laissant transparaître une harmonisation en demi-teinte. Si certaines décisions sont restrictives en ce qu'elles se cantonnent à ce qui est strictement nécessaire, le contrôle des conséquences d'une exceptionnelle gravité apparaît plus souple.

B. Un contrôle souple des conséquences d'une exceptionnelle gravité

756. Dans l'arrêt *Hafed* du 14 février 2007[2157], le Conseil d'État a précisé que « *la nature et la gravité des risques qu'entraînerait une éventuelle interruption des traitements suivis en France* » devaient être prises en considération par l'administration, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Bialy*, le rapporteur public Mattias Guyomar relève que « *la jurisprudence range, parmi les affections nécessitant un traitement dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, non seulement celles*

respectivement en 1991 et 1992, suivent conjointement un traitement médical spécialisé dont l'interruption compromettrait gravement les chances de succès et qui ne peut être assuré dans le pays vers lequel ils devraient être reconduits ; que, dans les circonstances de l'espèce, le préfet de la Seine Saint Denis, en ordonnant la reconduite à la frontière de M. et Mme M à destination de l'Algérie, a commis une erreur manifeste dans l'appréciation des conséquences d'une telle mesure sur la situation des intéressés* ». Il est d'ailleurs intéressant de relever que si la PMA est éligible au titre de séjour pour soins, elle ne figure pas dans le panier de soins de l'Aide médicale d'État (AME).

2154CE, 17 décembre 1999, n° 196289 : « *Considérant que si Mme G* fait valoir qu'elle suit un traitement contre la stérilité dans un établissement hospitalier de la région Champagne-Ardenne, cette situation n'entre pas dans le champ des prévisions des dispositions législatives précitées, qu'elle n'est, dès lors, pas fondée à invoquer en l'espèce* ».

2155Voir CE, 16 juillet 2010, n° 319960. Dans un sens contraire, voir CE, 2 octobre 2002, n° 242315. Il convient de préciser que l'hépatite B recouvre un panel de situations médicales très larges, certaines nécessitant un traitement médicamenteux, d'autres une simple surveillance. Les décisions précitées ne sont pas suffisamment détaillées pour pouvoir les comparer médicalement.

2156Voir par exemple CE, 26 octobre 2011, n° 227664 : « *Considérant que M. X... a bénéficié à compter du 29 juillet 1998, après avis du médecin-chef du service médical de la préfecture de police, d'une autorisation de séjour provisoire en France pour y recevoir les soins que son état de santé nécessitait ; que le PREFET DE POLICE a décidé de ne plus renouveler cette autorisation provisoire après que ce même médecin a rendu le 2 décembre 1998 un avis défavorable à la poursuite du séjour de M. X... ; Considérant toutefois qu'il ressort des pièces du dossier que M. X... souffre d'une affection diabétique grave nécessitant un suivi médical spécialisé, dont il ne pourrait bénéficier dans son pays d'origine ; que sa reconduite à la frontière pourrait ainsi entraîner pour lui des conséquences d'une extrême gravité ; qu'il suit de là que l'arrêté ordonnant la reconduite à la frontière de l'intéressé a été pris en violation des dispositions susmentionnées de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945* ».

2157CE, 14 février 2007, n° 281220.

susceptibles d'entraîner la mort du malade mais aussi celles qui apparaissent comme particulièrement invalidantes »[2158]. À cette fin, le Conseil d'État se livre « *au cas par cas à une appréciation concrète de l'état de santé de l'étranger* »[2159], en procédant à un contrôle normal. Comme l'illustre la jurisprudence du Conseil d'État en la matière, cette appréciation *in concreto* entraîne une interprétation fluctuante de la nature et de la gravité des risques qu'entraînerait un défaut de prise en charge médicale, une caractéristique pouvant néanmoins être considérée comme inhérente à la méthode casuistique.

757. Cette condition est remplie dans plusieurs cas de personnes souffrant d'un diabète[2160], la nature des conséquences d'une exceptionnelle gravité étant pour certaines d'entre elles des complications oculaires[2161]. Un étranger devant subir une opération pour préserver son seul œil valide la remplit également[2162], ainsi que celui souffrant d'un « *retard staturo-pondéral et d'une dysmorphose* », la « *nature* » des conséquences engendrées par un défaut de prise en charge médicale étant « *des risques sérieux sur son équilibre personnel* »[2163].

758. Cette considération sur l'équilibre personnel sera reprise et précisée un an plus tard dans un arrêt remarqué par la doctrine[2164] au sujet d'un ressortissant algérien suivi depuis plusieurs années pour « *une hormonothérapie féminisante préparatoire à une intervention chirurgicale* »[2165]. Selon les conclusions du rapport d'expertise ordonné par le Conseil d'État, « *la prise d'hormones par l'intéressé, initialement sans aucun suivi médical, ne correspondait pas à une indication thérapeutique mais à un choix personnel* », et « *l'interruption de ce traitement, dont les effets sont en grande partie réversibles, est possible sur le plan physiologique* ». Le Conseil d'État a conclu que l'interruption de l'hormonothérapie féminisante n'entraînerait pas de « *conséquences, notamment psychologiques, d'une exceptionnelle gravité* »[2166]. Au regard de la jurisprudence précitée relative « *aux risques*

2158M. Guyomar, Conclusions précitées, p. 4.
2159*Ibid*.
2160CE, 3 novembre 1999, n° 200065.
2161CE, 21 mai 2003, n° 245313, concernant un diabète insulinodépendant et de complications ophtalmologiques qui nécessitent un suivi médical régulier ; CE, 31 janvier 2000, n° 207768 concernant un « *diabète important ayant entraîné des troubles oculaires* ».
2162CE, 11 février 2011, n° 326981.
2163CE 6 juin 2003, n° 251081.
2164C. Cournil, « À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *RDSS*, 2004, pp. 872-884.
2165CE, 28 avril 2004, n° 252621
2166*Ibid.*

sérieux » sur l'équilibre personnel de l'étranger, cette décision peut surprendre, car l'interruption d'un tel traitement risque d'avoir des conséquences, notamment sur le plan psychique. Selon les conclusions du rapporteur publique dans cette affaire, le Conseil d'État opère une distinction des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur le plan psychique en tenant compte du caractère réversible ou non du processus de féminisation : s'il y a eu une intervention chirurgicale, l'interruption de l'hormonothérapie féminisante pouvait affecter « *l'équilibre psychologique de la personne* », et « *la gravité de l'état de santé serait exceptionnelle* ». Mais, toujours selon la rapporteure publique Pascale Fombeur, si l'individu n'avait pas procédé à une intervention chirurgicale, la gravité de l'état de santé n'était « *établie que si le traitement d'hormonothérapie féminisante était de nature à soigner la personne atteinte du syndrome de transsexualisme constaté par un diagnostic médical* »[2167]. Dans le cas d'espèce, comme « *l'appréciation de l'exceptionnelle gravité se révèle difficile puisque M. Kamal B. n'a pas subi d'intervention chirurgicale et n'apporte pas de protocole établissant le syndrome de transsexualisme* »[2168], la rapporteure publique estime que l'interruption du traitement n'emporte pas « *de conséquences psychologiques d'une exceptionnelle gravité* »[2169]. La nature des risques en cas de renvoi peut ainsi être interprétée strictement, notamment lorsque sa constatation est conditionnée à un protocole.

759. Mais le Conseil d'État a aussi développé une interprétation souple et protectrice des conséquences d'une exceptionnelle gravité. C'est notamment le cas de certaines pathologies psychiatriques : la nature de ces conséquences peut résulter du lien entre la pathologie [psychiatrique] et les évènements traumatisants vécus dans le pays d'origine qui en sont la cause, source de réactivation ou d'aggravation de la pathologie. Dans le cas d'espèce, ce diagnostic a été conforté « *par la circonstance qu'un voyage d'un mois effectué par* [la requérante] *en Algérie* [son pays d'origine] *avait entraîné une aggravation de son état, rendant nécessaire son hospitalisation* (...) *après son retour en France* »[2170]. Dans d'autres affaires, la nature et la gravité sont telles que le juge administratif suprême sanctionne une

2167P. Fombeur, « Le traitement médical du transsexualisme peut faire obstacle à une reconduite à la frontière », *AJDA*, 2003, p. 2207.

2168P. Fombeur estime que le juge ne peut se contenter du certificat du médecin traitant qui prescrit lui-même le traitement hormonal pour considérer qu'il y a diagnostic de transsexualisme.

2169*Ibid.*

2170J.-M. Pastor, « Pas de reconduite quand il existe un lien entre une pathologie et le pays de destination », CE, 30 avril 2009, 311428, *AJDA*, 2009, p. 908.

erreur manifeste d'appréciation de l'administration[2171] en application de son avis de 1996[2172]. Il en est ainsi de la personne atteinte d'une insuffisance rénale inscrite sur la liste des receveurs de greffe[2173], ou d'une personne devant subir une opération des yeux[2174]. Une telle erreur est également caractérisée par le renvoi d'un couple « *engagé dans une procédure de procréation médicalement assistée dont les chances de succès seraient gravement compromises par une interruption du traitement à ce stade* »[2175].

760. Les conséquences d'une exceptionnelle gravité ne sont pas circonscrites aux seuls cas où sont en jeu le pronostic vital ou l'intégrité physique de la personne. Pour autant, le Conseil d'État ne caractérise pas une telle erreur manifeste d'appréciation pour d'autres situations médicales dont la gravité – variable selon les cas – peut pourtant être interrogée. Il en est ainsi du défaut de pose d'une prothèse de la hanche pour une personne souffrant d'une arthrose (coxarthrose)[2176], de l'étranger devant subir une intervention chirurgicale complémentaire nécessitée par une cicatrice douloureuse consécutive à un grave accident de la route[2177], ou de celui souffrant d'une sciatique[2178]. Il en est de même de l'étranger atteint d'un « *état dépressif post traumatique* » apparu dans son pays d'origine[2179]. Comme pour la nécessité d'une prise en charge médicale, certaines décisions du Conseil d'État ne permettent pas, à leur seule lecture, d'apprécier la nature et la gravité des potentielles conséquences résultant du défaut de soins. Ainsi, dans un arrêt de 2003, le Conseil d'État a considéré qu'une femme ayant « *perdu l'enfant qu'elle portait lors de l'accouchement pratiqué en 1995* »

2171L'erreur manifeste d'appréciation se présente classiquement comme une « *une erreur grossière, flagrante, repérable par le simple bon sens, et qui entraîne une solution choquante dans l'appréciation des faits par l'autorité administrative* » (A. Van Lang, G. Gondouin, V. Inserguet-Brisset, *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin, 2005, p. 140). C'est à partir de 1975 que le juge administratif utilise la notion d'erreur manifeste d'appréciation en matière de police des étrangers (CE, 3 février 1975, *Ministre de l'Intérieur c/Pardov*), qui peut paraître une « *subtilité terminologique* » supplémentaire (D. Lochak, *Étrangers : de quel droit ?*, *op. cit.*, p. 222).

2172CE, avis, 22 août 1996, n° 99622 : « *Dans la généralité des cas évoqués, l'autorité administrative prend sa décision en opportunité. Mais elle ne peut refuser le séjour et, par voie de conséquence, prendre une mesure autoritaire d'éloignement à l'égard des demandeurs, lorsque sa décision peut avoir des conséquences d'une gravité exceptionnelle sur la situation personnelle de ceux-ci : le juge administratif annule alors de telles mesures comme entachées d'une erreur manifeste dans l'appréciation de ces conséquences. Tel est notamment le cas lorsque est sérieusement en cause l'état de santé des intéressés* ».

2173CE, 30 avril 2004, n° 252135

2174CE, 16 juin 1992, n° 131547.

2175CE, 8 juillet 2005, n° 273002. Voir également CE, 26 mars 1999, n° 186333.

2176CE, 28 avril 2000, n° 211323.

2177CE, 15 mai 1999, n° 188536.

2178CE, 7 décembre 2018, n° 419226.

2179CE, 20 janvier 2016, n° 380837.

en République démocratique du Congo et suivant « *un traitement médical dont l'exécution est particulièrement difficile* » remplissait cette condition[2180], sans plus de détails.

761. Comme le démontre la jurisprudence précitée, la nature des conséquences d'une exceptionnelle gravité n'est pas limitée aux seuls cas dans lesquels le pronostic vital est engagé, ou l'intégrité physique menacée comme en attestent les décisions relatives à la PMA. Il en ressort ainsi une jurisprudence divergente, mais souple sur la nature de ces conséquences. Cette souplesse se retrouve également dans les décisions des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Du fait du grand nombre de jugements rendus par cette dernière, cette condition apparaît assez largement imprévisible, et donc sujette à une *normalisation* : autrement dit, à ce qu'elle soit interprétée de manière restrictive.

§2. Une appréciation imprévisible par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

762. Le contentieux relatif au statut juridique de l'étranger gravement malade est un contentieux de masse : plusieurs milliers de jugements sont rendus chaque année par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel[2181], autrement dit, le juge administratif ordinaire. C'est donc par « *l'aptitude du juge administratif à examiner et à évaluer l'état de santé des étrangers* »[2182] que se fabrique la catégorie juridique de l'étranger gravement malade. Le contentieux portant sur les conditions relatives à l'état de santé (la nécessité d'une prise en charge médicale et les conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant du défaut de cette prise en charge) représente une faible proportion du total des requêtes introduites. La condition relative à l'accès au traitement approprié dans le pays d'origine est en effet nettement plus discutée dans les prétoires administratifs. Une singularité découle de ce constat : bien que relativement peu contestées, les conditions relatives à la nécessité d'une prise en charge médicale et aux risques encourus en cas de

2180CE, 16 mai 2003, n° 248408.

2181Selon le rapport remis au Premier ministre par le groupe de travail présidé par Jacques-Henri Stahl, le nombre d'affaires enregistrées en 2019 relatives au droit des étrangers est de 94 260 pour les tribunaux administratifs (représentant 40 % du total de l'activité contentieuse) et 18 088 pour les cours administratives d'appel (60,7%) (Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *préc.,* Annexes 5 et 6).

2182C. Cournil, « À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *art. préc.*, p. 872.

défaut de cette dernière sont très variablement interprétées par le juge administratif. La fonction prescriptive de ce juge s'en trouverait ainsi affaiblie, dès lors que sa jurisprudence est éclatée. Cet éclatement se manifeste par l'harmonisation difficile de l'interprétation de la notion de « *prise en charge médicale* » (A), à laquelle s'ajoute la grande disparité de « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* » (B).

A. L'harmonisation difficile de l'interprétation de la « *nécessité d'une prise en charge médicale* »

763. Au regard du corpus de jurisprudence constitué relatif à l'application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*[2183], soit 536 jugements de tribunaux administratifs et 179 de cours administratives d'appel (soit 715 au total), la condition relative à la nécessité d'une prise en charge médicale est, dans la très grande majorité des cas, remplie. En effet, seuls 16 arrêtés préfectoraux de refus de titre de séjour sont motivés par un avis médical estimant que l'état de santé du demandeur ne nécessite pas de prise en charge médicale[2184]. Ainsi, sur les 16 recours exercés à l'encontre d'un refus de titre de séjour motivé par un avis médical considérant que l'état de santé de la personne ne nécessite pas de prise en charge médicale, 6 jugements ne mentionnent pas l'état de santé[2185].

2183Sur la méthodologie de recherche contentieuse, voir *infra,* Annexe 2.

2184Sur ces 18 arrêts, 2 ont été annulés, et 15 rejetés dont 9, car les éléments médicaux produits par le requérant au contentieux ont été considérés comme étant insuffisamment circonstanciés ou détaillés, soit car aucun document n'a été produit.

2185Les autres décisions permettent d'avoir un aperçu des situations dans lesquelles cette situation n'est pas remplie selon l'administration et le juge : figurent parmi ces refus une affection ophtalmologique qui a entraîné une perte de vision de 1/10ème aux deux yeux (TA Cergy-Pontoise, 15 novembre 2011, n° 1103528) ; des maladies psychiatriques pour lesquelles les documents médicaux produits sont trop peu circonstanciés sur la prise en charge médicale nécessitée (TA Grenoble, 8 novembre 2011, n° 1102153 : « *pour le premier, qu'il bénéficie d'un suivi pour trouble dépressif chronique dont l'interruption pourrait avoir des conséquences importantes et, pour le second, que son état de santé nécessite la poursuite d'une prise en charge spécialisée avec un traitement régulier* ». Voir également CAA Nancy, 15 novembre 2012, n° 11NC02029) ; des séquelles importantes au niveau des jambes et des pieds, ainsi qu'au niveau du coude gauche résultant de brûlures, impliquant un suivi pour des cicatrices de mauvaise qualité (TA Versailles, 20 septembre 2011, n° 1102095) ; une anxiété généralisée d'apparition récente nécessitant « *une prise en charge [médicale] spécialisée* » (CAA Marseille, 12 novembre 2012, n° 11MA04105) ; des soins de post-consolidation (TA Bordeaux, 25 octobre 2011, n° 1103211) ; une symptomatologie pulmonaire et rhumatologique (CAA Nancy, 14 février 2013, n° 11NC01708) ; des « *troubles de l'adaptation avec symptomatologie psychotique* » ainsi que du diabète nécessitant « *la réalisation de cinq demi-journées d'hospitalisation* » (CAA Nancy, 27 septembre 2012, n° 12NC00452). Le dernier cas concerne une personne porteuse de l'hépatite B, dont la surveillance « *afin de proposer un traitement en cas de réactivation virale* » ne constitue pas une prise en charge médicale (TA Paris, 24 janvier 2012, n° 1112742 ; TA Cergy-Pontoise, 25 octobre 2011, n° 1103375).

764. La comparaison entre la jurisprudence du Conseil d'État des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel met en évidence les difficultés à harmoniser la jurisprudence, au regard des différentes interprétations exercées par les juges de la notion de « prise en charge médicale » (1). Une analyse approfondie de la jurisprudence relative à des caractéristiques fréquemment soulevées devant les juges quant à cette condition confirme la difficulté à unifier l'interprétation du juge administratif, dès lors qu'il semble difficile de dégager des critères qui feraient consensus (2).

1. Aperçu des disparités interprétatives

765. L'analyse de la jurisprudence illustre que, comme le Conseil d'État, le juge administratif est sujet à une appréciation variable. Ainsi, alors que le juge administratif suprême considère que le « *lien thérapeutique basé sur la confiance* » avec le thérapeute « *ne fait pas obstacle* » à ce que la personne « *puisse bénéficier effectivement d'un traitement approprié à sa pathologie dans son pays d'origine* »[2186], le tribunal administratif de Montreuil a considéré que dans certaines conditions, l'encadrement thérapeutique en France pouvait justifier un maintien sur le territoire. C'est le cas de l'étranger qui poursuit « *un traitement médicamenteux ainsi qu'une prise en charge psychiatrique* », dont « *l'encadrement thérapeutique comprend une insertion sociale par le travail dans un établissement spécialisé dont les responsables relèvent ses progrès et sa motivation* »[2187]. Cependant, le lien thérapeutique ne suffit pas à lui seul : il faut démontrer qu'une structure *ad hoc* équivalente n'existe pas dans le pays d'origine[2188]. La prise en charge médicale des mal-voyants met également en exergue des divergences. Comme le Conseil d'État[2189], la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré que la simple surveillance dont dépend la préservation de l'acuité visuelle[2190] constitue une prise en charge médicale. À l'inverse, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a considéré que la réalisation

2186 CE, 16 avril 2010, n° 316575.
2187TA Montreuil, 8 mars 2012, n° 1111404.
2188*Ibid*. Le tribunal a annulé le refus de titre de séjour pour erreur manifeste d'appréciation, « *compte tenu de l'encadrement thérapeutique et professionnel dont il bénéficie et de l'absence de structure apte à la prendre en charge dans son pays* ». Dans un sens similaire : CAA Paris, 1er mars 2013, n° 12PA01571 : « *si le traitement médicamenteux nécessaire à M. X* pourrait être disponible dans son pays d'origine, il n'est pas établi que l'intéressé puisse effectivement bénéficier d'une prise en charge psychologique spécifique dont l'interruption pourrait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur son état de santé ».*
2189CE, 6 juin 2003, n° 249557.
2190CAA Marseille, 25 mai 2012, n° 10MA04200.

de séances de rééducation pour mal-voyant afin d'améliorer l'autonomie de la personne n'en était pas une[2191].

2. Des critères jurisprudentiels difficiles à dégager

766. Des critères homogènes d'interprétation permettant de guider le juge administratif dans son contrôle semblent difficiles, voire impossibles. En effet, l'analyse de la jurisprudence ne permet pas de réellement dégager de tendances, de critères relatifs à la notion de « prise en charge médicale » communément admis par le juge administratif. Cette indétermination se manifeste particulièrement au regard de deux caractéristiques fréquemment appréciées par le juge : la possibilité, ou non, d'une prise en charge médicale passive (a), et l'indexation de la prise en charge à une certaine temporalité (b).

a) La possibilité d'une prise en charge médicale passive ?

767. Contrairement à une prise en charge médicale – telle qu'une rééducation, la prise de médicaments, une opération – certaines pathologies nécessitent une prise en charge médicale « passive », au sens où elles nécessitent simplement une surveillance (par le biais d'une prise de sang, par exemple). La jurisprudence relative au contentieux du droit au séjour pour soins révèle ainsi qu'une part importante de requérants doit faire l'objet d'une simple surveillance médicale. Se pose dès lors la question du champ de la « *prise en charge médicale* » : est-ce que la surveillance en fait partie ? Selon la jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Marseille, cette condition est remplie dès lors que de cette surveillance dépend la préservation de l'acuité visuelle[2192]. Il en est de même, selon le tribunal administratif de Versailles, pour la personne qui, ayant souffert d'un cancer, présente des « *risques particulièrement élevés de rechute* », et qui, n'étant pas guérie, mais en phase de rémission, nécessite une « *surveillance médicale très régulière sur une période d'au moins dix ans et qu'une rechute ou une récidive nécessiterait une rapide prise en charge* ». Le tribunal précise toutefois que « *cette surveillance participe pleinement de la prise en charge de la pathologie de Mme X et ne saurait être assimilée à une simple surveillance de confort ni même à une surveillance préventive* »[2193]. Il ressort donc de ce jugement qu'une surveillance « *qui ne*

2191TA Cergy-Pontoise, 15 novembre 2011, n° 1103528.
2192CAA Marseille, 25 mai 2012, n° 10MA04200.
2193TA Versailles, 7 novembre 2011, n° 1104625.

participe pas pleinement de la prise en charge de la pathologie », qui serait « *de confort* » ou à titre préventif, n'est pas nécessaire.

768. Cette notion de prise en charge médicale « *de confort* » renvoie à l'idée qu'un traitement instauré à l'initiative personnelle de l'étranger ne remplirait pas la première condition, puisqu'elle ne revêt pas une nécessité du point de vue médical. Le Conseil d'État prend également en compte ce paramètre concernant un étranger poursuivant « *une hormonothérapie féminisante préparatoire à une intervention chirurgicale* » par prise d'hormones qui, selon les conclusions d'un expert, « *ne correspondait pas à une indication thérapeutique mais à un choix personnel* »[2194].

769. Mais certains jugements ne sont pas suffisamment motivés pour permettre de connaître les critères sur lesquels se fondent les juges pour exclure telle surveillance de la notion de nécessaire prise en charge médicale, rendant ainsi difficile l'identification de critères. C'est notamment le cas d'un jugement relatif à la surveillance neurodéveloppementale d'un enfant né prématurément souffrant, « *du fait de cette prématurité, d'une fragilité respiratoire* »[2195]. La Cour administrative d'appel de Nancy fournit un autre exemple, en considérant que l'étranger souffrant « *d'un purpura thrombopénique immunologique qui fait l'objet de rechutes périodiques* » ne nécessite pas de prise en charge médicale, « *mais seulement d'une surveillance* »[2196]. Il en est différemment pour la Cour administrative d'appel de Paris, qui a considéré qu'un enfant dont l'état de santé « *présente des risques de thrombose* [et] *nécessite un suivi médical régulier qui ne peut être assuré en*

2194CE, 28 avril 2004, n° 252621

2195TA Paris, 19 décembre 2011, n° 1107301 : « *qu'il ressort des pièces du dossier que l'enfant, né prématurément le 26 avril 2008, souffre, du fait de cette prématurité, d'une fragilité respiratoire et nécessite une surveillance neuro-développementale ; que, cependant, les certificats médicaux produits, le dernier datant du 23 août 2010, ne font mention d'aucun traitement clinique ou médicamenteux, mais seulement de la nécessité d'un suivi régulier* ».

2196CAA Nancy, 13 décembre 2012, n° 11NC01715 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que Mme Y souffre, depuis son jeune âge, d'un purpura thrombopénique immunologique qui fait l'objet de rechutes périodiques ; que, toutefois, le médecin de l'agence régionale de santé d'Alsace, par l'avis susmentionné du 25 janvier 2011, a considéré que son état de santé ne nécessitait pas une prise en charge médicale spécifique mais seulement d'une surveillance, dont le défaut ne pouvait pas entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, ajoutant au surplus que cette surveillance pouvait être assurée dans son pays d'origine ; que, pour contester la pertinence de cet avis, l'appelante produit notamment deux certificats médicaux établis par un praticien du centre hospitalier de Mulhouse en date des 19 octobre 2010 et 18 avril 2011 qui confirment cette appréciation ; que, par suite, Mme Y n'est pas fondée à soutenir que la décision attaquée refusant de lui délivrer le titre de séjour sollicité méconnaît les dispositions du 11° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ».

Égypte », même si « *aucune intervention n'est envisagée avant plusieurs années* »[2197]. La Cour administrative d'appel de Versailles est allée dans ce sens concernant une personne atteinte d'une maladie auto-immune (la maladie de Biermer[2198]) nécessitant « *un suivi clinique et biologique régulier qui comprend une exploration endoscopique annuelle avec biopsie en vue de contrôler une éventuelle évolution cancéreuse de l'estomac* »[2199]. Autrement dit, un simple suivi médical régulier peut constituer une prise en charge médicale, sa nécessité étant caractérisée par la prévention ou l'organisation d'une intervention médicale future.

770. L'hépatite B permet de mieux mesurer cette difficulté à dégager une ligne jurisprudentielle sur la notion de surveillance. Certains juges administratifs ont considéré que la simple surveillance médicale constitue une prise en charge[2200], ou était susceptible de l'être en raison de son caractère préventif pour « *dépister et prévenir les complications de l'activation virale d'une hépatite B et de les traiter avant qu'elles ne soient irréversibles* »[2201], car elle constitue « *un préalable indispensable à l'éventuelle mise en œuvre d'un traitement médicamenteux* »[2202], et ce, même s'il est « *impossible de prévoir individuellement le délai de survenue de ses complications potentielles graves* »[2203]. Dans un sens contraire, la Cour administrative d'appel de Lyon a considéré, en contradiction avec l'avis médical de l'ARS, que l'hépatite B chronique ne nécessite « *pas de traitement mais une simple surveillance biologique semestrielle et par fibroscanner* »[2204]. Les tribunaux administratifs de Paris et Cergy-Pontoise ont également adopté une position dans ce sens, malgré le caractère préventif de la surveillance[2205]. Mais ces appréciations défavorables à l'étranger résultent également du

2197CAA Paris, 21 novembre 2008, n° 07PA04894.

2198Maladie également appelée « anémie pernicieuse », due à une carence en vitamine B12 (vitamine essentielle au fonctionnement normal du cerveau).

2199CAA Versailles, 13 mars 2008, n° 07VE01564.

2200CAA Versailles, 22 novembre 2007, n° 07VE00378 : « *Considérant que M. K est atteint d'une hépatite chronique B* [sous surveillance médicale] *qui nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité dès lors que cette affection expose les malades atteints à deux complications mortelles, la cirrhose du foie et le carcinome hépatocellulaire ; qu'en cas de réactivation virale, le traitement [à administrer] consistant en l'administration de médicaments antirétroviraux ne pourrait être assuré à l'intéressé dans son pays d'origine* ».

2201TA Montreuil, 6 juin 2011, n° 1106333.

2202CAA Lyon, 4 décembre 2014, n° 14LY01498. Voir également TA Paris, 24 janvier 2012, n° 1114755/3-3 ; TA Bordeaux, 20 octobre 2011, n° 1102793.

2203TA Montreuil, 6 juin 2011, n° 1106333.

2204 CAA Lyon, 20 mai 2014, n° 13LY03535.

2205TA Paris, 24 janvier 2012, n° 1112742 : « *afin de proposer un traitement en cas de réactivation virale* ». Voir également TA Cergy-Pontoise, 25 octobre 2011, n° 1103375. Dans le même sens, certains jugements ont considéré que la simple surveillance nécessitée par une hépatite B pour déterminer un traitement en cas d'activation virale ne justifie pas l'octroi d'un titre de séjour pour soins, la condition des conséquences d'une

caractère insuffisamment circonstancié des documents médicaux produits. En tout état de cause, l'analyse de la jurisprudence révèle la difficulté à prévoir si une surveillance médicale remplit, pour le juge administratif, les critères de « *prise en charge médicale* » nécessaire.

b) L'indexation de la prise en charge médicale à une certaine temporalité ?

771. La temporalité de la prise en charge médicale constitue également un facteur déterminant dans l'appréciation de la nécessité d'une prise en charge médicale par certains juges. La jurisprudence relative à l'infertilité est particulièrement restrictive sur ce point, en exigeant que le traitement prescrit ait commencé ou que ses premiers effets soient constatés pour que le titre de séjour soit délivré : la Cour d'appel de Bordeaux considère, de manière paradoxale, qu'« *une prise en charge médicale préparant un projet de grossesse ne permet pas d'obtenir un titre de séjour lorsqu'à la date de l'arrêté, il n'y a pas de grossesse déclarée* »[2206]. Autrement dit, une prise en charge médicale venant compenser une forme d'infertilité n'est pas qualifiée comme telle au sens de l'article L. 313-11 11° du CESEDA si elle ne réussit pas. La Cour administrative d'appel de Bordeaux ajoute ainsi une obligation de résultat à court terme de la prise en charge médicale traitant l'infertilité[2207]. Cette obligation apparaît contradictoire avec la jurisprudence relative à l'hépatite B évoquée préalablement, et notamment le jugement du tribunal administratif de Montreuil considérant que le suivi médical constitue une prise en charge nécessaire, même s'il est « *impossible de prévoir individuellement le délai de survenue de* [...] *complications potentielles graves* »[2208]. La jurisprudence de la Cour administrative d'appel de Paris précitée démontre également cette variabilité, en considérant que cette condition médicale est remplie pour la surveillance d'une thrombose, même si « *aucune intervention n'est envisagée avant plusieurs années* »[2209]. Ainsi, la nécessité de la prise en charge médicale n'est pas systématiquement corrélée à une « obligation de résultat médical » à court ou moyen terme.

exceptionnelle gravité n'étant pas remplie. Voir notamment TA Paris, 24 janvier 2012, n° 1114755/3-3 ; TA Paris, 19 décembre 2011, n° 1108625.

2206CAA Bordeaux, 1er décembre 2016, n° 16BX02912.

2207Dans le même sens, la Cour administrative d'appel de Lyon considère, contrairement au médecin de l'ARS, que le fait de présenter une infertilité mais de ne pas recourir à une PMA ne rend pas éligible au statut (CAA Lyon, 26 août 2014, n° 14LY00260).

2208TA Montreuil, 6 juin 2011, n° 1106333.

2209CAA Paris, 21 novembre 2008, n° 07PA04894.

772. Outre cette inconstance, cette notion est rendue encore plus abstraite par certaines décisions jurisprudentielles isolées. Le tribunal administratif considère qu'un « *rendez-vous médical de suivi prévu dans deux ans ne constitue pas une prise en charge médicale* », car le requérant peut « *solliciter un nouveau titre de séjour pour cette visite* »[2210]. Cette décision apparaît particulièrement déconnectée des réalités juridiques et pratiques, tant les conditions d'obtention d'un visa sanitaire sont strictes[2211]. De manière également isolée, le tribunal administratif de Strasbourg considère que la prise charge médicale doit être certaine, en rejetant le recours exercé par une personne faisant valoir « *qu'elle serait désormais traitée par une nouvelle molécule plus efficace* », mais pour le moment non disponible sur le marché[2212]. L'interprétation de la nécessité d'une prise en charge médicale apparaît ainsi à mains égards imprévisibles par le juge administratif. Un constat qui vaut également pour l'appréciation des « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

B. L'inconstance des « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* »

773. Parmi les 536 jugements de tribunaux administratifs et 179 de cours administratives d'appel relatifs à l'application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*[2213], 232 recours ont été exercés à l'encontre d'arrêtés fondés sur le motif que le défaut de prise en charge médicale n'entraînerait pas de conséquences d'une exceptionnelle gravité[2214], soit 32 % du total des arrêtés contestés. Parmi ceux-ci, 14 ont été annulés (soit 6 %), pour 218 rejets. 157 de ces recours l'ont été, car les éléments produits sont estimés comme étant insuffisamment circonstanciés ou imprécis par la formation de jugement[2215], ou en raison du fait qu'aucun document n'a été produit (soit 66,8 % des cas).

2210TA Rennes, 9 février 2012, n° 1104499 : « *qu'ainsi la circonstance que M. X souffre de douleurs persistantes et qu'un rendez vous de suivi soit programmé dans deux ans ne saurait être regardée comme suffisant à justifier un renouvellement de son admission au séjour pour raisons de santé, l'intéressé pouvant solliciter dans cette perspective un nouveau titre de séjour pour effectuer cette visite ; que les risques de complications mentionnés par le requérant, tels qu'ils sont rapportés par la littérature médicale, n'apparaissent en l'espèce nullement établis* ».

2211Sur ce sujet, voir J. Lecame, *Santé et droit(s) des étrangers en France*, *op. cit.,* p. 58 et s.

2212TA Strasbourg, 9 novembre 2011, n° 1104023.

2213Sur la méthodologie de recherche contentieuse, voir *infra,* Annexe 2.

2214169 recours exercés devant les tribunaux administratifs pour 63 appels interjetés.

2215Selon la jurisprudence du Conseil d'État, les certificats médicaux doivent être suffisamment circonstanciés et précis quant à la nature, à la gravité de la pathologie et à l'impossibilité de suivre un traitement approprié dans le pays d'origine. Ces documents ne sont pas de nature à remettre en cause le contenu de l'avis du médecin inspecteur de santé publique, lorsqu'ils sont insuffisamment précis et circonstanciés eu égard à ces trois critères (CE, 28 novembre 2007, n° 297829).

774. En guise de comparaison, pour les 388 arrêtés motivés par un avis médical du médecin de l'ARS concluant au bénéfice effectif du traitement approprié dans le pays d'origine du requérant, le taux d'annulation est de 17,1 % (67 annulations). En tout état de cause, la condition relative aux conséquences d'une exceptionnelle gravité apparaît consensuelle eu égard au faible taux de contradiction entre l'arrêté préfectoral et le jugement sur ce point : sur les 232 recours précités, 14 sont annulés, dont 8 dans lesquels le juge considère que, contrairement à l'arrêté préfectoral, le défaut de prise en charge entraînerait bien des conséquences d'une exceptionnelle gravité, soit un taux de de remise en cause de l'administration par le juge de seulement 3,4 %. Si l'interprétation du juge administratif conforte celle de l'administration, tel n'est pas le cas de la jurisprudence administrative en elle-même, qui ne semble pas harmonisée. En effet, son analyse révèle des divergences considérables (1) à tel point qu'il semble difficile d'esquisser des standards requis pour que des conséquences du refus de titre de séjour soient qualifiées d'exceptionnellement graves (2).

1. Des divergences d'interprétation considérables

775. Les cas dans lesquels le juge administratif considère que le défaut de prise en charge ne présente pas de risque au regard des conséquences d'une exceptionnelle gravité sont variés. Ainsi, il a pu considérer que le défaut de prise en charge d'un handicap moteur des deux épaules n'emporterait pas de telles conséquences[2216], tout comme le risque de baisse de l'acuité visuelle[2217]. Une opération éventuelle dans les dix années à venir pour traiter une insuffisance cardiaque n'est pas non plus considérée comme telle[2218]. Il en est de même pour le défaut de prise en charge d'une perforation du tympan et d'une otite chronique évolutive[2219]. En revanche, est susceptible d'engendrer de tels risques le renvoi d'une personne haïtienne souffrant d'épilepsie pharmaco-résistante, le défaut de traitement pouvant l'exposer à des « *risques de récidive épileptique et des conséquences mortelles potentielles* »[2220].

2216CAA Lyon, 9 septembre 2011, n° 11LY03054.
2217TA Lyon, 13 septembre 2011, n° 1103722.
2218TA Paris, 15 décembre 2011, n° 1109818.
2219CAA Paris, 27 septembre 2012, n° 11PA04848.
2220TA Montreuil, 12 avril 2012, n° 1100972. Pour un autre exemple sur le risque de récidive, voir TA Melun, 30 décembre 2011, 1106226 : « *qu'il ressort des pièces du dossier qu'en 2003, l'hôpital de Bab-El-Oued n'avait pas pu soigner l'infection bien qu'ayant pris en charge la pseudarthrose au moyen d'une ostéosynthèse ; que les certificats médicaux précités du docteur Lortat-Jacob précisent qu' ''en cas de récidive, un traitement approprié*

776. Au-delà de cette variabilité de la méthode casuistique, il ressort de plusieurs jugements que certaines formations interprètent strictement cette condition, en estimant que les conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant d'une évolution défavorable de la pathologie ne permettent pas de remplir cette condition. Tel est le cas, selon la Cour administrative d'appel de Marseille, d'un étranger porteur d'une hépatite C qui « *n'est susceptible d'être exposé à des conséquences graves que si sa pathologie évoluait défavorablement* »[2221]. La même Cour d'appel considère que les conséquences d'une exceptionnelle gravité « *doivent être regardées comme se limitant au risque vital ou au risque d'être atteint d'un handicap rendant la personne dans l'incapacité d'exercer seule les principaux actes de la vie courante* ». Elle en déduit que « *le risque d'amputation d'une jambe encouru par l'appelant, à la supposer même établie et pour regrettable soit-il, ne peut être juridiquement regardé comme un risque d'une exceptionnelle gravité* »[2222]. Dans une autre affaire, la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré, et ce contrairement à l'avis médical de l'ARS et de la position du tribunal administratif[2223], que le défaut de traitement de pathologies multiples[2224] altérant « *sérieusement l'état de santé psychique et physique du requérant* » pouvait « *entraîner pour l'intéressé des conséquences d'une exceptionnelle gravité* »[2225]. Ces deux derniers exemples illustrent ainsi la variabilité des critères mobilisés par une même juridiction pour apprécier cette condition : dans le premier cas, l'appréciation est limitée au risque vital ou au risque d'être atteint d'un handicap particulièrement invalidant, quand le second se focalise sur les conséquences sérieuses sur le plan physique et psychique.

---

ne peut être dispensé dans le pays dont elle est originaire'' et que ''son état de santé ne lui permet pas de rejoindre le pays dont elle est originaire du fait du risque important de récidive infectieuse'' ; qu'il appartenait au préfet du Val-de-Marne d'apporter en défense des éléments de nature à contredire l'ensemble des pièces produites au dossier qui viennent fortement remettre en cause l'avis du médecin-inspecteur dès lors qu'il n'est pas démontré qu'en cas de récidive, dont le risque est important, le pays d'origine de Mme X pourrait assurer le traitement de l'infection survenue ».

2221CAA Marseille, 1 juillet 2016, n° 15MA04751.

2222CAA Marseille, 17 juillet 2012, n° 10MA04395.

2223TA Marseille, 4 octobre 2010, n° 1005173.

2224En l'occurrence, un état anxio-dépressif, des troubles du comportement accompagnés de manifestations agressives, déjà sévères, ayant « *évolué vers des troubles psychiatriques ''de série paranoïaque avec revendications quérulentes'' avec agressivité* » ayant nécessité un renforcement de son traitement et de son suivi, ainsi que d'une « *lombosciatique bilatérale résultant de lésions dégénératives du rachis lombaires* » ayant nécessité par le passé d'une intervention chirurgicale, et ayant par ailleurs subi « *une greffe de la cornée* » nécessitant « *une surveillance régulière pour éviter le rejet du greffon* » (CAA Marseille, 15 octobre 2012, n° 10MA03959).

2225*Ibid.*

777. Les affaires relatives à la procréation médicalement assistée (PMA) sont révélatrices du manque de cohérence jurisprudentielle. L'une d'entre elle fait ressortir une contradiction entre l'ARS et le juge administratif, et surtout, une position différente de celle retenue par le Conseil d'État en la matière : la Cour administrative d'appel de Lyon a considéré qu'une personne titulaire d'un titre de séjour afin de recourir à une PMA, mais qui n'a pas entamé de démarche en ce sens, ne remplissait plus cette condition[2226]. En l'espèce, la Cour a considéré « *que l'existence de conséquences d'une exceptionnelle gravité en cas de défaut de poursuite d'une éventuelle procédure de procréation médicalement assistée ne ressort* (…) *pas des pièces du dossier* ». Le tribunal administratif de Versailles a lui aussi estimé qu'un requérant présentant un « *problème de stérilité* » et poursuivant une « *procédure d'assistance médicale à la procréation* » n'établissait pas que le défaut de traitement entraînerait des conséquences graves pour sa santé[2227]. Cette jurisprudence contredit celle du Conseil d'État pour qui le renvoi d'un couple « *engagé dans une procédure de procréation médicalement assistée* » constitue une erreur manifeste d'appréciation, car ses « *chances de succès seraient gravement compromises par une interruption du traitement à ce stade* »[2228]. Le tribunal administratif de Montreuil a pour sa part jugé que le défaut de prise en charge médicale de l'insuffisance ovarienne n'est pas susceptible d'entraîner de telles conséquences, faute pour la requérante de produire des documents détaillés sur ce point[2229].

778. Enfin, comme le Conseil d'État, certaines juridictions censurent des arrêtés dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Tel est le cas d'un arrêté pris à l'encontre d'un ressortissant ivoirien atteint d'une affection revêtant une forme très sévère, dont le défaut de traitement l'exposerait à diverses pathologies cardio-vasculaires[2230], ou de l'arrêté notifié à une personne devant subir une intervention chirurgicale au regard des « *avantages que représenterait pour ce dernier, en raison des caractéristiques de l'opération et du taux de mortalité élevé, la réalisation de l'opération en France par le cardiologue qui a*

2226CAA Lyon, 26 août 2014, n° 14LY00260, confirmant TA de Grenoble, 14 novembre 2013, n°s 1303870 & 1303873.

2227TA Versailles, 8 novembre 2011, n° 1103976 : « *que si M. X peut être regardé comme justifiant, par les pièces médicales produites, liées au problème de stérilité qu'il rencontre et à la procédure d'assistance médicale à la procréation, que son état de santé nécessitait effectivement une prise en charge médicale, il n'établit pas que le défaut d'une telle prise en charge aurait pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

2228CE, 8 juillet 2005, n° 273002. Voir également CE, 26 mars 1999, n° 186333.

2229TA Montreuil, 9 décembre 2011, n° 1103096.

2230TA Cergy Pontoise, 23 octobre 2014, n° 1405236.

pratiqué la première intervention chirurgicale de 2004 sur le requérant depuis de nombreuses années »[2231].

779. Comme pour la condition relative à la nécessité d'une prise en charge médicale se pose la question de la surveillance médicale : le défaut de surveillance est-il susceptible d'entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité ? Le tribunal administratif de Paris répond par la négative, les éléments produits par le requérant quant au défaut de surveillance médicale régulière de la rhinite chronique douloureuse, « *pathologie destructrice dont le diagnostic est difficile à établir* »[2232], étant insuffisamment détaillés. Dans le même sens, le tribunal administratif de Montreuil[2233] a considéré que le défaut de surveillance médicale d'une cardiopathie ischémique d'un patient ayant bénéficié en 2006 d'un triple pontage coronarien ne permet pas de remplir cette condition. Comme d'autres jugements évoqués, ces derniers exemples illustrent que dans une part importante de cas, le juge administratif contrôle la compatibilité de l'état de santé de l'étranger avec les conditions de l'article L. 313-11 11° du CESEDA au regard de pièces médicales insuffisamment détaillées ou incomplètes : la réalité de l'état de santé de l'étranger semble, à cet égard, échapper au contrôle juridictionnel[2234]. En dépit de cette variabilité dans l'appréciation des conséquences d'une exceptionnelle gravité, il est possible de tenter d'extraire de cette jurisprudence abondante des critères juridictionnels concordants.

2. Une esquisse difficile des conséquences d'une exceptionnelle gravité

780. Les conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant du défaut de prise en charge médicale de l'état de santé de l'étranger apparaissent également largement indéterminées, tant au regard de la difficulté à esquisser des grilles interprétatives que de pathologies présentant des caractéristiques similaires, et largement représentées dans la procédure, à savoir les pathologies psychiatriques (a) et les hépatites B et C (b).

2231 TA Melun, 18 janvier 2013, n° 1300328-12.
2232TA Paris, 27 février 2012, n° 1115085/2-2.
2233TA Montreuil, 6 juin 2011, n° 1106065.
2234Sur ce sujet, voir *infra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

a) Les conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant du défaut de traitements psychiatriques : la nécessité de certificats médicaux détaillés

781. Sur l'ensemble des 715 recours exercés pendant la période d'application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, 168 jugements concernent une pathologie psychiatrique[2235]. Sur ces 168 recours, 56 sont exercés à l'encontre d'arrêtés s'appuyant sur un avis médical considérant que le défaut de traitement n'entraînerait pas de conséquences d'une exceptionnelle gravité pour l'état de santé de l'étranger en cas de renvoi[2236].

782. L'analyse de ces 168 recours permet d'esquisser les attentes du juge administratif en matière de détails des conséquences physiques et psychiatriques qu'emporterait le défaut de traitement. L'interruption d'un traitement psychiatrique pouvant engendrer des compensations, des dépressions, voire des risques de suicide, il apparaît pertinent d'évaluer si des standards jurisprudentiels se dégagent pour que de tels risques soient reconnus. Mais cette tentative est confrontée à un premier écueil : dans la très grande majorité des cas, le juge administratif ne procède pas à une réelle évaluation, les éléments médicaux produits par l'étranger étant considérés comme « insuffisamment circonstanciés » (i). Certaines tendances peuvent toutefois être dégagées au regard du risque d'autoagression pouvant résulter du défaut de traitement psychiatrique, à condition d'être suffisamment détaillé (ii).

i. Des « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* » non établies par manque d'éléments circonstanciés

783. Parmi ces 56 recours, 8 ont abouti à une annulation, et 39 ont été rejetés, car les formations de jugement ont considéré les éléments médicaux produits par les requérants comme étant insuffisamment circonstanciés (soit 69 %). Pour un étranger souffrant d'un « *état dépressif sévère dont l'origine serait les psycho-traumatismes* » qu'il « *affirme avoir subis dans son pays d'origine, où il aurait assisté à l'assassinat sous ses yeux de son père et sa sœur* », et dont les soins reçus en France consistent en « *un traitement médicamenteux léger et une consultation toutes les trois semaines* », le défaut de tels traitements n'emporterait pas des conséquences d'une exceptionnelle gravité[2237]. Dans le même sens, à propos d'un état de

2235Seule ou associées à d'autres pathologies, psychiatriques ou non.
2236168 sont fondés sur le fait que la personne aura accès aux soins dans son pays d'origine.
2237TA Orléans, 10 novembre 2011, n° 1101788.

stress post-traumatique avec accès dépressifs, les certificats « *délivrés par des médecins hospitaliers spécialisés dans le traitement des pathologies psychiatriques [indiquant] que son état de santé évoluerait défavorablement en cas d'interruption* »[2238] sont considérés comme insuffisamment circonstanciés. Les certificats médicaux indiquant que la personne « *souffre d'un "sentiment d'insécurité constant, d'une asthénie psychique, de troubles de la concentration, de nombreuses manifestations somatiques de l'angoisse (palpitations, céphalées, douleurs gastriques et précordiales) "nécessitant un traitement en France au risque de la voir subir "une décompensation majeure'' en cas de retour dans son pays d'origine* » ne permettent pas non plus d'établir ces conséquences[2239]. Il en est de même pour l'étranger souffrant de troubles bipolaires dont le « *retour dans son pays d'origine semble prématuré, car il pourrait entraîner une décompensation anxieuse sur un mode dissociatif* »[2240], ou des certificatux médicaux se contentant d'indiquer les pathologies dont souffre l'intéressé, et de simplement préciser que « *son retour en Algérie pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur son état de santé* »[2241].

784. Le contrôle juridictionnel de cette condition apparaît parfois difficilement compréhensible au regard des documents produits par l'étranger, n'aidant pas à la détermination d'un seuil de gravité des risques encourus en cas de retour, rappelant toute la subjectivité de cette appréciation. Ainsi, un étranger souffrant « *d'un syndrome dépressif, d'un stress post-traumatique et d'apnée du sommeil nécessitant un appareillage spécifique* » produit plusieurs certificats médicaux établis par un praticien hospitalier, un chef de service hospitalier, et une psychologue clinicienne, selon lesquels ce dernier « *présente un syndrome psycho-traumatique, se traduisant par ''des réviviscences incontrôlées de scènes*

2238TA Orléans, 24 novembre 2011, n° 1102405.
2239CAA Nancy, 14 mai 2012, n° 11NC01745.
2240TA Marseille, 19 janvier 2012, n° 1106361.
2241TA Melun, 22 novembre 2011, n° 1100575/5 . Pour un autre exemple, TA Amiens, 4 octobre 2011, n° 1101826 : « *que la seule production de deux certificats médicaux, établis par le Dr Bouchez médecin généraliste le 6 juin 2011 et le Dr Texier médecin psychiatre le 28 juillet 2011, soit postérieurement à la décision en litige, attestant, sans autres précisions, que l'état de la requérante nécessite qu'elle reste sur le territoire français et qu'elle a été reçue en consultation dans un centre médico-psychologique* ». Voir également TA Nancy, 8 novembre 2011, n° 1101522 : « *que le seul certificat médical, circonstancié, émanant de son médecin traitant, qui a été établi postérieurement à la décision attaquée, qui indique que son état nécessite des soins réguliers dont l'absence pourrait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité pour sa santé, est insuffisant pour remettre en cause l'avis du médecin de l'agence régionale de santé, qui a été confirmé le 10 octobre 2011* » révélant ainsi que la notion même d'insuffisamment circonstanciés peut varier. Ou encore : TA Orléans, 19 janvier 2012, n° 1103578 : « *que, toutefois, le seul certificat médical produit par l'intéressé, émanant d'un médecin psychiatre, ne comporte aucune indication sur les conséquences pour M. X d'une absence de prise en charge de sa dépression* ».

traumatisantes'', ''des cauchemars entraînant un réveil brutal avec l'impression de subir des tortures et accompagnés de phénomènes de dissociation'', des troubles du sommeil entraînant une fatigabilité et un épuisement moral, des ''craintes importantes concernant son sexe'' en lien avec les tortures que l'intéressé dit avoir subies lors de son emprisonnement dans son pays d'origine, ''un sentiment de peur généralisé'' et des ''éléments dépressifs'' ». Selon un autre certificat médical établi par un praticien hospitalier, « *l'état de santé du requérant, bien que stabilisé, ''reste fragile et que tout facteur de stress supplémentaire risque de le faire décompenser gravement''* ». Le tribunal administratif d'Amiens considère toutefois que « *ni ces documents, ni aucune autre pièce du dossier ne permettent d'apprécier le degré de gravité de l'état dépressif dont souffre le requérant et les incidences réelles d'une interruption de son traitement et de son suivi psychologique sur son état de santé ou son intégrité physique* ». Le tribunal s'appuie sur « *le certificat médical le plus récent* » selon lequel son état, « *bien que stabilisé, ''reste fragile et que tout facteur de stress supplémentaire risque de le faire décompenser gravement''* », ainsi que sur la réfutation de ses allégations relatives aux mauvais traitements dans son pays d'origine[2242].

785. On peut s'interroger sur la cohérence de ces jugements, car aucune différence de motivation n'apparaît expressément. Ainsi, les certificats médicaux d'une psychiatre selon lesquels la « *rupture thérapeutique en relation avec l'état dépressif, majeur, sévère, d'évolution chronique aux caractéristiques mélancoliques trouvant son origine dans un état de stress post-traumatique* » permettent de constater qu'un renvoi entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité[2243]. Dans d'autres cas, la motivation ne permet pas de connaître la nature et la gravité des risques encourus, comme l'illustre ce jugement du tribunal administratif de Rennes du 16 février 2012[2244], indiquant que « *les certificats médicaux produits par M. X établissent qu'il présente un syndrome de stress post-traumatique et bénéficie à ce titre d'un suivi psychiatrique et d'un traitement médicamenteux composé notamment d'un neuroleptique (« Risperdal »), d'un anxiolytique et d'un antidépresseur ; que lesdits certificats sont, dans les circonstances de l'espèce, de nature à démontrer que l'interruption d'un tel traitement aurait pour l'état de santé du requérant des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ». Un arrêt de la Cour administrative d'appel de Marseille s'inscrit également en ce

2242TA Amiens, 20 décembre 2011, n°s 1101141, 1102649.
2243CAA Versailles, 6 décembre 2012, n° 11VE02197.
2244TA Rennes, 16 février 2012, n° 110452.

sens, en ce qu'elle a considéré, contrairement au médecin de l'ARS, que cette condition était remplie par une personne produisant des certificats médicaux selon lesquels celle-ci « *est affectée de troubles psychiatriques sévères depuis 2007, pour lesquels elle fait l'objet d'un suivi psychiatrique et médical régulier* »[2245]. Cet écueil des éléments médicaux insuffisamment circonstanciés selon le juge pourrait être dépassé par le prononcé de mesures d'instruction complémentaires, mais elles sont rarissimes[2246].

ii. Le risque d'auto-agression : une possible conséquence d'une exceptionnelle gravité

786. Le risque « *d'auto-agression* » correspond à la possibilité que l'étranger porte atteinte à sa personne en cas d'interruption du traitement médicamenteux du fait de son renvoi vers son pays d'origine. Il est invoqué dans plusieurs jugements analysés, et considéré comme une « *conséquence d'une exceptionnelle gravité* » par certaines formations de jugement. Le tribunal administratif de Marseille a, par exemple, considéré que l'étranger souffrant « *de troubles psychiatriques graves, nécessitant des soins réguliers* » remplissait cette condition, car il ressort d'un certificat médical que « *la rupture de soins pourrait entraîner des conséquences très graves, à savoir un risque de passage à l'acte et d'autolyse*[2247]*, et que, d'autre part, la prise en charge psychiatrique du requérant doit être poursuivie dans les mêmes conditions d'alliance thérapeutique avec son médecin à Marseille et que la présence de la famille est indispensable à une stabilisation de sa pathologie* »[2248]. Plusieurs formations de jugement ont rendu des décisions allant dans le même sens, comme au sein du tribunal administratif de Melun. Il a été considéré que le renvoi d'une personne déboutée de sa demande d'asile comportait de tels risques, car celle-ci souffre de stress post-traumatique et d'un syndrome anxio-dépressif, dont les rapports médicaux indiquent que la « *pathologie semble être consécutive aux événements traumatiques vécus dans son pays* », le requérant ayant été « *victime de sévices et de viols subis en 2007 de la part de militaires congolais* ». Les rapports indiquent « *qu'il bénéficie d'un suivi psychologique et psychiatrique avec prise régulière de psychotropes* », et que « *la pathologie de l'intéressé est d'une grande gravité avec risques d'auto-agressions* ». Ils sont considérés par le juge comme suffisants pour « *établir l'existence de conséquences d'une*

2245CAA Marseille, 29 octobre 2012, n° 11MA04185.
2246Voir *infra* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.
2247Terme médical qualifiant le suicide.
2248TA Marseille, 13 octobre 2011, n° 1105105.

exceptionnelle gravité en cas de défaut de prise en charge médicale »[2249]. Il est intéressant de relever que dans la présente espèce, le tribunal s'est fondé sur des éléments avancés par le requérant dans sa demande d'asile dont il a été débouté[2250]. Le discours médical, insuffisant pour obtenir le statut de réfugié ou de protégé subsidiaire selon l'Office de protection des réfugiés et des apatrides (OFPRA) et la Cour nationale du droit d'asile (CNDA), se trouve ainsi requalifié par le juge administratif.

787. Le tribunal administratif de Versailles a également reconnu le risque de mutilation comme conséquences d'une exceptionnelle gravité, au sujet d'une personne souffrant de « *graves troubles psychiatriques consécutifs à un traumatisme psychique d'intensité sévère* » trouvant *« son origine dans des atrocités vécues en Algérie* », et ayant « *provoqué chez l'intéressé un état dépressif [qui] l'ont conduit à des automutilations et à commettre plusieurs tentatives de suicide* »[2251]. Le risque de suicide est ainsi reconnu par le juge administratif[2252] en tant que conséquence d'une exceptionnelle gravité, à condition qu'il soit suffisamment étayé[2253] : ainsi, un certificat médical indiquant que « *le risque de passage à l'acte auto-agressif est possible* »[2254] ne suffit pas à remettre en cause l'avis médical du médecin de l'ARS, tout comme l'évocation d'un risque de « *décompensation* »[2255], sans plus de précision, ou la seule évocation de la nature des troubles psychiques[2256]. En tout état de cause, il est difficile de dégager des critères médicaux qui permettront de convaincre les juges des conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant du défaut de soins, même le risque létal étant sujet à une interprétation hétérogène.

2249TA Melun, 20 janvier 2012, n° 1106155.

2250Pour un exemple contraire : TA Orléans, 24 novembre 2011, n° 1102405. Le tribunal administratif d'Orléans limite son interprétation aux décisions de l'OFPRA et de la CNDA ayant rejeté la demande d'asile de la personne, en relevant qu'ils ont considéré que « *le récit des persécutions qu'il soutenait avoir subies ne présentait pas de garanties d'authenticité* ».

2251TA Versailles, 30 décembre 2011, n° 1105507.

2252Pour un autre exemple, TA Lyon, 2 novembre 2011, n° 1104743.

2253TA Versailles, 3 novembre 2011, n° 1103077.

2254CAA Versailles, 4 décembre 2012, n° 12VE01072. Voir également TA Orléans, 20 novembre 2011, n° 1101770.

2255CAA Paris, 8 octobre 2012, n° 11PA05414.

2256Voir en ce sens TA Amiens, 19 janvier 2012, n°s 1101650 et 1103009 : « *le premier certificat médical, établi le 1er décembre 2009 par un médecin généraliste, évoque certes, comme il a été exposé précédemment, la prise d'un traitement « pour insomnie avec cauchemars dans un contexte anxio-dépressif » mais ne précise ni les conséquences en cas d'arrêt ou d'interruption du traitement ni l'origine de ces troubles* ».

788. De l'ensemble de la jurisprudence analysée ressort la nécessité des certificats médicaux suffisamment détaillés, qui doivent d'une part mentionner la nature des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et préciser le pronostic en cas d'arrêt ou d'interruption du traitement. À défaut, les éléments produits seront considérés comme insuffisamment circonstanciés. Le juge administratif exige ainsi une approche prescriptive des médecins.

b) Les risques de complications des hépatites résultant du défaut de traitement

789. Les hépatites B et C constituent le troisième groupe de pathologies pour lesquelles un titre de séjour pour soins est demandé. Parmi l'ensemble des recours exercés en application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, 24 concernent des cas où l'hépatite C est opposée, et 30 sont relatifs à l'hépatite B[2257]. Concernant l'hépatite C, 7 recours sont relatifs à un avis médical considérant que le défaut de traitement n'est pas susceptible d'entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et tous ont été rejetés. Pour l'hépatite B, ce sont 6 recours exercés à l'encontre de tels avis, pour autant de rejets. Parmi ces 13 recours, 8 ont été rejetés, les éléments médicaux produits par l'étranger ayant été considérés comme étant insuffisamment circonstanciés par les formations de jugement. Les cas où le juge administratif exerce pleinement son contrôle des conditions médicales étant *de facto* rares, il est difficile de dégager une esquisse de ce que revêtent la nécessité d'une prise en charge médicale et les conséquences d'une exceptionnelle gravité pour un étranger porteur d'une hépatite B ou d'une hépatite C : malgré le peu de décisions permettant d'analyser ce standard, ce dernier apparaît une nouvelle fois très variable. Toutefois, l'analyse de l'appréhension d'une caractéristique de ces pathologies permettrait de pouvoir dessiner les contours du « *seuil juridictionnel* » fixé par la jurisprudence : il s'agit de l'évaluation du risque de complications résultant du défaut de traitement, entendu ici comme étant médicamenteux, ou une simple surveillance.

790. Se pose tout d'abord la question de l'intégration du risque de complications parmi les conséquences d'une exceptionnelle gravité. Si la réponse positive peut apparaître logique, la Cour administrative d'appel de Marseille a considéré en 2016 que les éléments médicaux

2257Pour l'hépatite B comme pour l'hépatite C, certaines personnes sont porteuses de plusieurs pathologies motivant la demande.

présentés par l'étranger « *qui indiquent notamment que le requérant n'est susceptible d'être exposé à des conséquences graves que si sa pathologie évoluait défavorablement, ne remettent pas en cause l'appréciation portée par le médecin de l'ARS* »[2258]. À l'inverse, le tribunal administratif de Montreuil[2259] a considéré que le renvoi d'un ressortissant camerounais atteint d'une hépatite B et « *suivi dans le cadre d'un contrôle semestriel afin de dépister et de prévenir les complications de l'activation virale et de les traiter avant qu'elles ne soient irréversibles* » entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, bien qu'il soit « *impossible de prévoir individuellement le délai de survenue de ses complications potentielles graves* ». Ces deux exemples illustrent que même les conséquences qui peuvent paraître évidemment graves sont variablement interprétées.

791. Comme pour les pathologies psychiatriques se pose la question de la prise en compte du risque létal résultant du défaut de traitement. Si ce risque peut être invoqué, il faut qu'il soit étayé, le tribunal administratif de Montreuil ayant rejeté le recours présenté par un ressortissant égyptien ayant produit un certificat médical du Comede (Comité pour la santé des exilés) qui « *se borne* […] *à relever* [que] *les complications engendrées par la pathologie de l'intéressé exposent les patients à un risque de mortalité* »[2260]. Il apparaît également que le risque encouru par l'étranger doit être étayé individuellement, et non au regard des seules considérations générales sur les personnes porteuses de la même maladie : c'est le propre de la démarche casuistique. Une décision de la Cour administrative d'appel de Versailles confirme une nouvelle fois la variabilité du contrôle juridictionnel, en considérant que les conséquences d'une exceptionnelle gravité sont caractérisées par un risque général à toutes les personnes atteintes d'une hépatite B chronique, car « *cette affection expose les malades atteints à deux complications mortelles, la cirrhose du foie et le carcinome hépatocellulaire* »[2261]. Variable, la jurisprudence relative aux risques de complications confirme qu'elle dépend aussi du degré de précisions des pièces médicales produites par l'étranger.

2258CAA Marseille, 1 juillet 2016, n° 15MA04751.
2259TA Montreuil, 6 juin 2011, n° 1106333.
2260TA Montreuil, 25 novembre 2011, n° 1102092.
2261CAA Versailles, 22 novembre 2007, n° 07VE00378.

792. Au regard de la jurisprudence, le statut de l'étranger gravement malade est juridiquement indéterminé : l'analyse du contrôle exercé par le juge administratif sur l'état de santé de l'étranger ne permet ni de délimiter précisément les contours de l'état de santé ni de prévoir si une situation médicale donnée est éligible à ce statut. Autrement dit, il n'est pas réellement possible de prévoir les situations médicales qui correspondent au processus de *biolégitimation.* La raison première en est la variabilité de l'appréciation par le juge administratif des normes fixant les conditions d'obtention de ce statut[2262]. Cette variabilité est la conséquence de sa démarche casuistique. Si cette hétérogénéité n'est pas propre au droit au séjour pour soins, car inhérente à toute démarche casuistique[2263], elle est particulièrement marquée dans ce contentieux. À cet égard, force est de constater que le juge administratif, tout comme l'administration, contribue à l'inégalité territoriale de traitement des étrangers. Les contours flous de l'état de santé de l'étranger, la difficulté à dépasser les incertitudes[2264] sur la portée des conditions médicales, mettent ainsi en exergue certaines failles dans la « *régulation de l'ordre administratif* »[2265]. Cette variabilité interprétative révèle alors que ces conditions sont ajustables, des formations de jugement pouvant rendre des décisions différentes sur des affaires fortement similaires. L'harmonisation impossible favoriserait alors la *normalisation* de ce statut.

793. Cette régulation du traitement des étrangers gravement malades devrait être plus prégnante concernant le contrôle de l'accès aux soins dans le pays d'origine qui repose, théoriquement, sur ces critères plus objectifs, tels que l'éloignement géographique de l'hôpital, la disponibilité quantitative du médicament, ou la présence d'un personnel médical suffisant. Après avoir constaté l'imprécision juridictionnelle de l'état de santé de l'étranger, il

2262Le constat de la variabilité d'appréciation du fait de la formulation générale des normes a notamment été dressé en droit international : J. Ferrero, *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme*, *op. cit.,* p. 234 : « *la formulation générale des normes, laissant indéterminé le contenu exact de l'obligation, emporte des conséquences importantes sur la mission du juge et,* in fine*, influence la marge de manœuvre dont il dispose* ». Cette indétermination lui confère « *un espace de créatitivé indéniable* », car selon l'auteure, « *la plupart de ces normes sont susceptibles d'une grande diversité d'applications et d'interprétations et manquent du degré de définition qui permettrait d'anticiper leurs conséquences dans un cas concret* ».

2263Cette variabilité semble, en effet, inhérente à la démarche casuistique. Une interprétation fluctuante ressort ainsi également de l'atteinte portée à la vie privée et familiale de l'étranger. Voir N. Ferran, *L'intégration des étrangers* (…), *thèse préc*, p. 498.

2264P. Fombeur parle de l'intervention du Conseil d'État qui vient mettre « *un terme à l'incertitude* » sur la portée de certaines dispositions *in* P. Fombeur, « De quelques considérations de gestion en matière contentieuse », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007 p. 351.

2265P. Delvolvé, « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *in Juger l'administration, administrer la justice, op. cit.*, p. 270.

convient, en empruntant la même démarche que le médecin et le juge[2266], d'analyser le contrôle juridictionnel de l'accès au traitement approprié dans le pays d'origine. Mais là encore, ce contrôle apparaît incertain, et surtout, paradoxal.

SECTION 2. LE CONTRÔLE INCERTAIN DE L'ACCÈS AU TRAITEMENT APPROPRIÉ DANS LE PAYS D'ORIGINE

794. La condition ayant le plus focalisé l'attention du Gouvernement et des parlementaires[2267] est celle de l'accès au traitement approprié dans le pays d'origine, ce qui suppose l'interprétation de deux notions : celle de « traitement approprié », qui n'a jamais été modifiée, et celle relative à l'accès aux soins dans le pays d'origine, qui a fait l'objet de plusieurs réformes. La notion de « traitement approprié » a fait l'objet d'une interprétation extensive par le juge administratif, facilitant nécessairement la preuve de l'existence d'un traitement dans le pays d'origine (§1). Le contrôle de l'accès à ce traitement dans le pays d'origine est quant à lui imprévisible, eu égard aux conséquences de l'application de la jurisprudence du Conseil d'État, et de la disparité de l'évaluation effectuée par le juge ordinaire (§2).

§1. UNE INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE LA NOTION DE TRAITEMENT APPROPRIÉ

795. De jurisprudence constante, le « *traitement approprié* » dans le pays d'origine n'est pas nécessairement le traitement identique à celui suivi en France : le juge administratif admet ainsi une interprétation extensive du traitement approprié, un différentiel pouvant exister entre la France et le pays d'origine (A). Mais un changement de traitement médicamenteux pouvant avoir des effets sur l'état de santé de l'étranger[2268], le juge administratif peut contrôler les conséquences médicales résultant de ce changement (B).

2266En recourant à la démarche « de l'écluse » évoquée précédemment : il faut remplir la première condition pour que la deuxième soit évaluée, puis la troisième. Voir CE, 30 décembre 2013, n° 359144 : « *ce n'est que lorsque le défaut de prise en charge médicale risque d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur la santé de l'intéressé que la légalité du refus de renouvellement d'une autorisation provisoire de séjour demandée sur le fondement des dispositions citées au point 2 est subordonnée à l'existence de possibilités de traitement approprié de l'affection en cause dans son pays d'origine* ».

2267Sur les réformes et tentatives de modifications de la condition relative à l'accès aux soins dans le pays d'origine, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2268Sur la notion de « *perte de chance médicale* » résultant du changement de traitement, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

A. Le bénéfice d'un traitement non identique

796. Le Conseil d'État considère que le traitement disponible dans le pays d'origine peut se composer de molécules différentes[2269], de médicaments équivalents ou de la même classe thérapeutique[2270]. Les tribunaux administratifs et les cours administratives d'appel ne se sont pas départis de cette jurisprudence, en considérant que le traitement approprié pouvait correspondre à un traitement de substitution, entendu comme l'usage de « *molécules disponibles sous différentes formes* »[2271]. À titre d'exemple, Cour administrative d'appel de Lyon considère explicitement « *qu'un traitement approprié n'est pas nécessairement un traitement identique à celui dont elle bénéficie en France* »[2272]. Le tribunal administratif d'Orléans s'est, pour sa part, référé au « *traitement médical adapté* (…) *par des moyens thérapeutiques différents de ceux pratiqués en France* »[2273]. Mais il ne revient pas au juge administratif de « *rechercher si les molécules pharmaceutiques dont les appellations commerciales sont simplement citées par le service administratif consulté par le préfet au titre des médicaments distribués dans le pays d'origine, sont équivalentes à celles qui sont*

2269CE, 19 janvier 2005, n° 264388 : « *Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'état de santé de M. X nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité ; que toutefois, si M. X bénéficie actuellement d'un traitement auprès de l'hôpital Saint-Louis à Paris à base de molécules qui ne sont pas disponibles dans son pays d'origine, il résulte de l'avis du médecin chef de la préfecture de police de Paris du 12 décembre 2003 que, la maladie dont M. X est atteint est connue et facilement traitée avec d'autres molécules, disponibles au Cameroun ; qu'en conséquence, le moyen tiré de la violation des dispositions de l'article 12 bis 11° de l'ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée ne peut qu'être écarté* ».

2270CE, 3 octobre 2012, n° 348758 : « *Considérant que, pour écarter l'argumentation selon laquelle M. B ne pourrait bénéficier d'un traitement approprié à son état de santé en Algérie en raison de l'indisponibilité de certains des médicaments qui lui sont prescrits en France, la cour administrative d'appel a estimé qu'il ressortait notamment de la liste des médicaments remboursés par la sécurité sociale algérienne que des médicaments équivalents ou de la même classe thérapeutique étaient disponibles dans ce pays et a relevé que l'intéressé ne produisait aucune pièce de nature à établir qu'une substitution entre ces médicaments n'était pas possible ; qu'en statuant ainsi, la cour, qui n'a pas dénaturé les pièces du dossier ni commis d'erreur de droit, s'est livrée à une appréciation souveraine des faits de l'espèce et des pièces versées au dossier qui n'est pas susceptible d'être discutée devant le juge de cassation* ».

2271CAA Lyon, 12 janvier 2017, n° 16LY01960.

2272CAA Lyon, 17 décembre 2015, n° 15LY01292 ; CAA Lyon, 12 avril 2016, n°s 15LY03979 & 15LY03980.

2273TA Orléans, 10 novembre 2011, n° 1102035. Pour d'autres exemples, voir notamment TA Clermont-Ferrand, 21 mai 2015, n° 1500315 : « *que le préfet produit un courriel daté du 4 décembre 2014 du conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France du ministère de l'intérieur selon lequel il existe des possibilités de prise en charge psychiatrique en Géorgie et les médicaments prescrits à l'intéressé sont disponibles dans ce pays directement ou en substitution par un équivalent''* » ; TA Dijon, 11 juillet 2016, n° 1600806 : « *qu'en outre, le préfet de la Nièvre soutient, sans être contredit, qu'il ressort de la liste des médicaments inscrits en Arménie, établie au 31 décembre 2015 et émanant du Centre scientifique de drogues et d'expertise de la technologie médicale implanté en Arménie (équivalent de l'Agence nationale de sécurité du médicament en France), que l'ensemble du traitement médicamenteux dont bénéficie actuellement la requérante en France, est également accessible en Arménie sous d'autres appellations* ».

administrées à l'intéressée en France »[2274]. C'est à l'administration qu'il revient de démontrer que ce traitement non identique convient à l'étranger, ou à ce dernier de démontrer en quoi il ne lui est pas approprié. À titre d'exemple, le tribunal administratif de Montreuil a annulé un arrêté de refus de titre de séjour en considérant que « *si les laboratoires Sanofi-Aventis ont commercialisé la dépakine, ce médicament, qui n'est utilisé que pour soigner les épilepsies totales ou partielles, ne saurait cependant être regardé comme équivalent du dépakote utilisé pour les soins des troubles psychiatriques sévères tels que les épisodes maniaques ainsi que bipolaires et dont le principe actif à base de divalproate de sodium ne se retrouve pas dans la dépakine* »[2275].

797. Le degré d'exigence s'agissant du caractère approprié (ou non) de ce traitement de substitution est variable en fonction des juges. La Cour administrative d'appel de Marseille exige par exemple que la préfecture établisse que le traitement différent disponible au Maroc constitue une « *véritable alternative thérapeutique* »[2276]. Cette interprétation apparaît cependant isolée en raison des faits de l'espèce, le traitement mentionné par la préfecture ne correspondant pas explicitement à la pathologie de la requérante. Dans la plupart des décisions, les préfectures produisent des documents, tels que des fiches-pays ou la liste des médicaments essentiels, établissant que le traitement en cause existe sous une forme ou une autre dans le pays d'origine[2277]. Mais l'analyse du contrôle de l'adéquation du traitement de substitution à l'état de santé de l'étranger est difficile, car une part importante de décisions mentionne simplement que la préfecture produit un document attestant que le médicament du requérant « *peut être substitué par un équivalent* »[2278], ou constate simplement que la ou les pathologies du requérant peuvent y être traitées selon les documents produits par l'administration[2279]. L'argument de l'efficacité moindre du traitement médicamenteux « équivalent » semble recevable, mais aucun jugement d'annulation n'a été motivé en ce sens. La Cour administrative d'appel de Lyon s'est référé à un tel argumentaire pour rejeter le recours d'une ressortissante géorgienne, car les documents dont elle se prévaut « *ne permettent pas de tenir pour avérée l'impossibilité pour elle* (…) *d'être soignée en Arménie et*

2274TA Grenoble, 24 février 2015, n° 1407151. Sur la dialectique de la preuve, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.
2275TA Montreuil, 24 octobre 2011, n° 1102734.
2276CAA Marseille, 30 juin 2016, n° 15MA0450.
2277Voir spécifiquement la partie sur la dialectique de la preuve, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.
2278Voir par exemple CAA Lyon, 9 novembre 2015, n° 15LY02962.
2279Voir par exemple CAA Nancy, 2 juillet 2015, n°s 14NC02084, 14NC02085.

d'y bénéficier de médicaments identiques à ceux qui lui sont prescrits en France ou de substances aux effets comparables et d'un suivi médical adapté, quand bien même leur efficacité serait moindre que celle des traitements aujourd'hui utilisés en France »[2280]. Une autre décision de cette même Cour annulant un arrêté de refus de titre de séjour laisse supposer que l'argument du défaut « *d'efficacité équivalente* » pourrait motiver une telle annulation, mais il ne s'agit pas du seul motif allégué en l'espèce[2281].

798. L'appréciation est légèrement différente lorsque le traitement n'est pas strictement médicamenteux, mais implique un suivi hospitalier. Face à une telle situation, le Conseil d'État s'est livré à une interprétation extensive de la notion de traitement, en considérant pour un ressortissant guinéen, que si le traitement médicamenteux est bien disponible (partiellement sous forme de générique[2282]), il n'est pas établi que le requérant puisse bénéficier effectivement d'un traitement approprié « *dès lors que le suivi médical auquel l'intéressé est astreint comporte un bilan hospitalier tous les quatre mois, composé d'un bilan cardiaque, rénal et métabolique mettant en œuvre des examens échographiques, biologiques et d'électrocardiogrammes qui ne peuvent être réalisés que par des services spécialisés dont l'accessibilité n'est pas établie* »[2283]. L'existence et l'accessibilité aux services hospitaliers nécessaires dans le pays d'origine font partie intégrante de la notion de traitement, sans conclure pour autant que ces services doivent être identiques, notamment du point de vue qualitatif, à ceux existant en France. L'interprétation extensive de la notion de traitement approprié peut ainsi jouer aussi bien en faveur de la préfecture – qui peut démontrer qu'un traitement équivalent existe dans le pays d'origine – que pour l'étranger, lorsque le traitement de ce dernier implique une combinaison d'actes médicaux. Mais ce dernier cas de figure reste assez isolé.

2280CAA Lyon, 8 mars 2016, n° 15LY00456 ; Voir également TA Dijon, 26 mars 2015, n° 1602977 : « *que la circonstance que la qualité des soins dispensés au Congo serait d'un niveau inférieur à celui dont elle bénéficie en France n'est pas davantage de nature à établir que le préfet de l'Yonne aurait commis une erreur manifeste d'appréciation* ».

2281CAA Lyon, 21 février 2013, n°s 11LY03015, 11LY02233 : « *que le requérant fournit par ailleurs des précisions sur les médicaments de substitution éventuellement disponibles au Nigéria qui, à supposer qu'ils soient d'une efficacité équivalente pour le traitement de la pathologie qu'il présente (...)* ».

2282Sur les traitements génériques, lire notamment J. Lévy, J. Josy, A. Bamba, et E. M. Mbaye, « 6. Les génériques ne sont pas aussi efficaces que les médicaments de marque », *in* V. Ridde, F. Ouattara (dir.), *30 idées reçues en santé mondiale,* Presses de l'EHESP, 2015, pp. 35-40.

2283CE, 27 octobre 2011, n° 340476.

799. De manière générale, les cas où l'étranger parvient à démontrer que le traitement de substitution envisagé par la préfecture n'est en réalité pas disponible sont très rares. En effet, l'analyse du contentieux des refus de titres de séjour pour soins révèle que dans 41 cas où l'administration allègue que l'étranger peut bénéficier de traitements équivalents, seul un arrêté est annulé, car le tribunal administratif de Grenoble considère que le préfet ne démontre pas la disponibilité d'un traitement approprié dans le pays d'origine[2284]. En tout état de cause, la notion de « *traitement approprié* » apparaît comme étant largement interprétée par le juge administratif, celle-ci correspondant à un traitement non identique aussi bien dans les molécules médicamenteuses qui le constituent, que dans son efficacité et sa qualité.

B. La prise en compte des conséquences médicales du changement de traitement

800. Si le traitement approprié disponible dans le pays d'origine n'a pas à être identique à celui suivi en France, les conséquences médicales induites par ce changement de traitement peuvent être prises en considération par le juge administratif. Cette sous-condition facultative du statut juridique de l'étranger gravement malade (1) apparaît toutefois difficile à démontrer (2).

1. Une sous-condition facultative du statut de l'étranger gravement malade

801. La prise en compte du risque de perte de chance médicale, c'est-à-dire des conséquences médicales résultant du passage du traitement prescrit en France à un traitement « *équivalent* » dans le pays d'origine, constitue une garantie pour l'étranger gravement malade. Celle-ci n'est pas propre à ce dernier : dans le cadre de l'affaire dite du Levothyrox, le juge administratif a reconnu aux patients, dont le passage à une nouvelle formule du médicament a engendré des effets indésirables, « *un droit de recevoir le traitement approprié à leur état santé tels qu'apprécié par leurs médecins* »[2285]. Dans cette ordonnance[2286], le Conseil d'État a notamment considéré qu'une « *carence caractérisée d'une autorité administrative dans l'usage des pouvoirs que lui confère la loi pour mettre en œuvre le*

2284TA Grenoble, 9 avril 2015, n° 1500251.
2285CE, 13 décembre 2017, n°s 415207 & 415208. Lire notamment D. Roman, « Le refus du juge administratif de prescrire le Levothyrox par voie d'ordonnance », *AJDA,* 2018, p. 1046.
2286*Ibid.*

droit de toute personne de recevoir, sous réserve de son consentement libre et éclairé, les traitements et les soins les plus appropriés à son état de santé, tels qu'appréciés par le médecin, peut faire apparaître, pour l'application de l'article L. 521-2 du code de justice administrative (CJA), une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale lorsqu'elle risque d'entraîner une altération grave de l'état de santé de la personne intéressée »[2287]. Ce droit n'est toutefois pas équivalent pour les étrangers, l'administration n'ayant pas à se prononcer sur le risque « *d'altération grave de l'état de santé de la personne* » en cas de changement de traitement dans le pays d'origine.

802. Il ressort effectivement de l'analyse de la jurisprudence que le changement de traitement médical pour l'étranger fait l'objet d'une présomption favorable à son éloignement : ce changement est rarement considéré comme pouvant présenter un risque pour sa santé. Le contentieux des refus de séjour malgré l'avis médical favorable de l'ARS est à cet égard emblématique : les préfectures démontrent, par différents documents, que l'étranger peut accéder à un traitement équivalent, sans démontrer que ce changement de traitement n'altérerait pas l'état de santé de l'étranger. Contrairement aux trois conditions médicales que le juge administratif examine les unes après les autres[2288] pour contrôler la légalité d'un refus de titre de séjour pour soins, l'absence de conséquences graves pour l'état de santé résultant du changement de traitement médical n'est pas examinée d'office par le juge administratif. Il s'agirait davantage d'une sous-condition facultative du statut de l'étranger gravement malade : le juge ne la prend en compte que si l'étranger la soulève. Si l'admission de cette condition par le juge administratif constitue une garantie indéniable pour l'étranger gravement malade, elle est complexe à caractériser, en plus d'être inégalement admise.

2287*Ibid.*

2288La nécessité d'une prise en charge médicale ; dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité ; sous réserve de l'absence du traitement approprié ou de l'accès effectif à ce dernier.

2. Une démonstration difficile

803. L'étude de la jurisprudence révèle que trois facteurs rendent cette « sous-condition » difficile, voire impossible, à caractériser. Le premier facteur est que certaines formations de jugement ne se prononcent pas effectivement sur ce moyen lorsqu'il est soulevé. C'est notamment le cas d'une ressortissante angolaise souffrant de crises d'épilepsie devant la Cour administrative de Lyon[2289] : son traitement se composait de deux médicaments, le Tegretol et l'Urbanyl. Comme l'atteste un certificat médical, son neurologue lui a prescrit du Lamictal en remplacement du Tegretol. La préfecture, qui a décidé de ne pas suivre l'avis médical de l'ARS, démontre la disponibilité des molécules composant le Tegretol et l'Urbanyl en Angola, mais pas du Lamictal. Or, le passage à ce dernier a permis, selon le neurologue de la requérante, « *une nette raréfaction des crises épileptiques qui sont passées de 3-4 par mois à 2 sur les deux derniers mois* ». Mais la Cour administrative d'appel de Lyon rejette le recours, en considérant que « *le seul fait que ce changement de molécule ait permis d'espacer les crises de Mme P ne permet pas de démontrer qu'elle ne pourrait bénéficier d'un traitement approprié à son état de santé en Angola* ». Autrement dit, le risque de voir le nombre de crises d'épilepsie mensuelles réaugmentées en raison du passage à un traitement équivalent n'est pas pris en considération.

804. Le second facteur a trait à la démonstration difficile d'un tel moyen, comme en atteste un jugement du tribunal administratif de Grenoble à propos d'une ressortissante géorgienne atteinte d'une sclérose en plaques. Traitée par Tecfidera, la préfecture estime que l'Interferon, traitement de substitution, est disponible en Géorgie, et cite notamment un avis de la Haute autorité de santé (HAS) qui « *conclut que ce médicament* [le Tecfidera] *ne présentait pas d'avantage clinique démontré dans le traitement de fond de la sclérose en plaques de forme rémittente récurrente par rapport aux traitements existants, notamment aux interférons* ». En défense, la requérante argumente sur l'indisponibilité de son traitement, le Tecfidera, en Géorgie, et produit un certificat médical indiquant que « *le traitement par Interferon a été abandonné en raison de nombreux effets indésirables* ». Un second certificat médical du même médecin, qualifié de « *contradictoire* » avec le précédent par le tribunal, précise que le passage au traitement par Tecfidera a été décidé « *en raison de l'inefficacité du*

2289CAA Lyon, 12 avril 2016, n°s 15LY03979 & 15LY03980.

traitement Avonex (dont le principe actif est l'Interféron) ». Le tribunal administratif considère que la requérante ne démontre que la poursuite du traitement par Interféron « *serait de nature à entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité pour sa santé* »[2290], en se fondant notamment sur l'avis de la Haute autorité de santé. La difficulté à démontrer le risque pour la santé induit par un changement de traitement est ici caractérisée par le fait que le tribunal administratif fasse primer l'appréciation d'une institution scientifique (l'avis général de la Haute autorité de santé concluant aux mêmes avantages cliniques des deux traitements) sur l'appréciation d'un médecin (les certificats médicaux produits par la requérante selon lesquels le seul traitement disponible en Géorgie comporte des effets secondaires et s'est révélé inefficace).

805. Enfin, la troisième difficulté liée à la caractérisation des conséquences médicales résultant du changement de traitement devant le juge administratif réside dans leur complexité du point de vue médical. Le cas d'un ressortissant de la République du Congo souffrant de troubles psychiatriques auquel un titre de séjour a été refusé par la préfecture de l'Isère, malgré l'avis médical favorable au séjour émis par le médecin de l'ARS, l'illustre. Devant le tribunal administratif de Grenoble, la préfecture démontre que des traitements de pathologies psychiatriques sont disponibles en République du Congo. Le tribunal relève qu'il « *ne ressort pas des pièces du dossier et notamment du seul certificat médical qui n'apporte aucune information sur ce point, que le neuroleptique et l'hypnotique que son traitement requiert ne pourraient pas être remplacés, sans conséquences exceptionnellement graves pour sa santé* »[2291]. En appel, le psychiatre du requérant produit un nouveau certificat médical indiquant que « *le changement de traitement de M. D pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité et qu'il avait fallu plusieurs mois pour établir un traitement adapté à sa pathologie* »[2292], « *compte tenu de la sévérité des troubles et des problèmes inhérents aux psychotropes en termes d'efficacité et d'effets secondaires* »[2293]. Le certificat médical explique que ses médicaments « *ne peuvent être remplacés par les médicaments apparentés* (…) [car] *les différentes molécules au sein d'une même famille de psychotropes n'ont pas les mêmes caractéristiques pharmacologiques et, d'autre part, la variabilité individuelle des réactions des*

2290TA Grenoble, 23 mai 2016, n° 1600953.
2291TA Grenoble, 19 mars 2015, n° 1500058.
2292CAA Lyon, 2015 (date exacte inconnue), 15LY01316.
2293Cet extrait du certificat médical ne figure pas dans la décision de la Cour administrative d'appel de Lyon. Sa connaissance a été permise grâce au psychiatre du requérant.

patients est telle qu'on ne peut décider d'un changement de traitement sans connaître le patient ni de garantir son efficacité sans l'avoir essayé »[2294]. La Cour administrative d'appel de Lyon considère que « *si le Dr X précise dans son certificat du 31 mars 2015 que le changement de traitement de M. D pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité et qu'il avait fallu plusieurs mois pour établir un traitement adapté à sa pathologie, il ne précise pas les effets négatifs que pourraient induire la prise d'une médication de substitution à celle prescrite* »[2295]. La Cour conditionne ainsi l'admission du moyen relatif aux conséquences pouvant résulter d'un changement de traitement à l'établissement des effets négatifs pouvant être induits par une médication de substitution. Selon le psychiatre à l'origine des certificats médicaux précités, la tâche qui incombe aux médecins est « *vertigineuse* »[2296], car « *il faudrait énoncer toutes les conséquences secondaires de telle molécule de substitution* »[2297]. Ce dernier exemple illustre ainsi les difficultés à caractériser des conséquences médicales résultant du changement de traitement dans le pays d'origine. Le niveau d'exigence fixé par la Cour administrative d'appel de Lyon apparaît très élevé pour permettre de caractériser un tel risque. Ces exemples illustrent que la démonstration des conséquences médicales résultant du changement de traitement est confrontée à la difficulté commune à l'ensemble des conditions médicales : la production d'éléments suffisamment circonstanciés en ce sens. La Cour administrative d'appel de Douai a par exemple rejeté un recours, car le requérant « *n'apporte aucun élément suffisamment précis et circonstancié de nature à démontrer que les difficultés de détermination des associations de molécules optimales pour chaque patient, inhérentes à la nature de sa pathologie et accrues par sa transsexualité, imposeraient comme il le soutient la poursuite du traitement précis qu'il reçoit en France, sans aucune substitution possible* »[2298].

2294*Ibid*.

2295Pour un autre exemple, voir CAA Bordeaux, 12 décembre 2017, n° 17BX03101 : « *L'erreur alléguée du préfet n'est pas davantage établie par le certificat médical daté du 20 juin 2017, qui indique que " tout psychotrope pourrait entraîner des effets secondaires et qu'une substitution doit s'effectuer sous surveillance médicale rapprochée et [que] préjuger donc de l'efficience égale et/ou de l'innocuité des molécules sans évaluation médicale au cours de cette substitution paraît compliqué''* ».

2296Entretien avec un psychiatre, 3 juillet 2015.

2297*Ibid*.

2298CAA Douai, 28 février 2017, n° 16DA00991. Pour un autre exemple, voir CAA Nantes, 9 mars 2017, n° 16NT04091 **:** « *le requérant n'apporte aucun élément probant relatif à d'éventuelles contre-indications à ces substitutions eu égard à son état, alors que la mention " non substituable " ne figure pour la première fois que sur une ordonnance du 10 janvier 2017 pour le "Tercian'', soit postérieurement à la décision contestée* ».

806. À ces difficultés s'ajoute le caractère exceptionnel des annulations sur ce fondement. En effet, seul un arrêté de refus de titre de séjour pour soins a été annulé pour ce motif, et il s'agissait là encore d'un cas particulier, le ministère de l'Intérieur ayant reconnu que si le suivi de la pathologie du requérant « *existe au Kosovo, il est récent et n'est pas aussi sophistiqué qu'en France* »[2299]. Outre le fait que ce constat conforte la difficulté, voire l'impossibilité, de démontrer les conséquences résultant du changement de traitement, il confirme également l'idée selon laquelle l'évaluation médicale du juge administratif se cantonne à ce qui est strictement nécessaire médicalement. Cette tendance jurisprudentielle met ainsi en lumière le rôle du juge administratif dans la *normalisation* de ce statut. Ces divers exemples attestent en effet l'interprétation particulière du droit à la protection de la santé de l'étranger par le juge administratif : le statut juridique de l'étranger gravement malade doit permettre à ce dernier de recevoir des soins appropriés. Mais il n'a pas pour finalité de lui permettre de posséder le meilleur état de santé possible, sinon les conséquences médicales résultant du changement de traitement fonderaient davantage d'annulations de refus de titre de séjour.

807. La seule constatation de la possibilité de remplacer le traitement prescrit en France par un traitement équivalent ne suffit pas à confirmer le refus de titre de séjour. Le juge administratif doit également vérifier que le traitement existe dans le pays d'origine du requérant. Si le contrôle juridictionnel des conséquences résultant du changement de traitement est facultatif, celui de l'accès à ce traitement dans le pays d'origine est obligatoire. Mais il n'en reste pas moins imprévisible.

§2. Le contrôle imprévisible de l'accès au traitement approprié

808. L'accès au traitement approprié dans le pays d'origine est la condition la plus contestée par les requérants devant la juridiction administrative. Parmi les 715 arrêtés analysés[2300], 546 sont motivés par un avis médical considérant que l'étranger pourra bénéficier effectivement du traitement approprié dans son pays d'origine. Quant au

2299TA Besançon, 26 septembre 2014, n° 1601053.

2300Ces arrêtés sont ceux lesquels les préfectures dans leur instruction, ainsi que les juges administratifs dans leur contrôle, devaient prendre en considération l'accès effectif au traitement approprié dans le pays d'origine, tel que l'a fixé le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* (préc.). Sur la méthodologie de recueil de ces arrêtés, voir *infra,* Annexe 2.

contentieux des refus de titre de séjour pour soins malgré l'avis médical favorable au séjour du médecin de l'ARS[2301], l'accès au traitement approprié est, logiquement, systématiquement au cœur des débats. L'analyse de l'évolution de son contrôle juridictionnel révèle un paradoxe : plus le cadre juridique prévoit un contrôle de l'accès effectif aux soins dans le pays d'origine (donc au regard de la situation *in concreto* de l'étranger, à l'inverse d'un contrôle de l'accès aux soins en général), plus le juge administratif rejette les recours de ces derniers. Autrement dit, alors que le cadre juridique est censé être plus protecteur de l'étranger malade (car il prend en compte l'*effectivité* de l'accès aux soins), le juge administratif sanctionne moins l'administration que lorsque l'évaluation de l'accès aux soins se fait *in abstracto* (*i.e.* au regard de l'accès aux soins de la population en général) (A). Mais cette analyse met aussi en exergue un large panel de moyens invocables pour argumenter sur l'accès (ou le non-accès) aux soins dans le pays d'origine (B).

A. Le paradoxe du contrôle du bénéfice effectif du traitement approprié

809. Ce paradoxe résulte de la comparaison du contrôle juridictionnel de l'accès aux soins réalisé sous l'égide de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy* et sous la loi « Besson » de 2011, venue remplacer la notion de « *bénéfice effectif* » du traitement approprié par celle, plus restrictive (en théorie), de « *l'absence de traitement approprié* ». Les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* ont été perçus négativement par la majorité parlementaire, car ils auraient consacré une protection trop large aux étrangers gravement malades[2302]. Si cette évolution de la jurisprudence du Conseil d'État était, en, effet, prometteuse en termes de garanties pour l'étranger au regard du contrôle de l'accès aux soins dans le pays d'origine (1), l'étude de son application par les tribunaux et cours administratives d'appel révèle son ineffectivité en pratique (2).

1. Une jurisprudence prometteuse en termes de garanties

810. Par les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* de 2010, le Conseil d'État a détaillé le degré de contrôle auquel l'administration doit se livrer pour apprécier si l'étranger peut ou non bénéficier effectivement du traitement approprié dans son pays d'origine. Ainsi, si des possibilités de

2301Sur la méthodologie de recueil de ces arrêtés, voir *infra,* Annexe 2.
2302Sur ce sujet, voir spécifiquement *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 1.

traitement approprié existent dans le pays d'origine de l'étranger, ce dernier peut faire « *valoir qu'il ne peut en bénéficier, soit parce qu'elles ne sont pas accessibles à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés, soit parce qu'en dépit de leur accessibilité, des circonstances exceptionnelles tirées des particularités de sa situation personnelle l'empêcheraient d'y accéder effectivement* »[2303]. Dans ce cas, il appartient à l'autorité administrative d'apprécier, « *au vu de l'ensemble des informations dont elle dispose* (…) *si l'intéressé peut ou non bénéficier effectivement d'un traitement approprié dans son pays d'origine* ». En cas de recours, il revient au juge administratif de contrôler l'accès effectif aux soins au regard de ces mêmes conditions, au vu de l'ensemble des éléments produits par les parties. Avant ces arrêts, « *l'accessibilité de l'intéressé à ces structures ou à ce traitement ne faisait pas, jusqu'à présent, l'objet d'une vérification particulière* »[2304], et le « *moyen tiré de l'impossibilité pour le requérant d'accéder aux soins nécessaires, notamment pour des raisons financières liées aux ressources modiques des intéressés et à l'absence de prise en charge des dépenses médicales* »[2305] était considéré comme inopérant par le juge. Comme l'ont démontré Serge Slama et Benjamin Demagny[2306], le Conseil d'État avait systématiquement considéré comme étant « *sans incidence sur la légalité de la décision attaquée* » les difficultés « *d'ordre financier au regard des ressources modiques des intéressés et de l'absence de dispositif de prise en charge des dépenses médicales*[2307]*, ou d'ordre géographique ou géopolitique*[2308] *ou les deux cumulées*[2309] ». Cette position du Conseil d'État était appliquée par les divers tribunaux et cours administratives d'appel[2310], certaines s'en étant toutefois départies en admettant un moyen relatif aux difficultés financières[2311].

2303CE, 7 avril 2010, n°s 301640 & 316625.

2304S.-J. Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », *op. cit.*, p. 881.

2305*Ibid.* : « *L'appréciation de ce critère financier suppose en réalité de prendre en compte trois éléments : le coût du traitement, les ressources de l'intéressé, et l'existence éventuelle d'un système de prise en charge des soins nécessaire à l'intéressé dans le pays d'origine* ». L'article cite la jurisprudence suivante : voir par exemple CE, 28 sept. 2005, n° 258262 ; CE 28 décembre 2005, n° 275880.

2306B. Demagny, S. Slama, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins (…) », *op. cit.*, p. 44.

2307Jurisprudence mentionnée dans l'article précité : CE, 20 décembre 2000, n° 220458 ; CE, 7 juillet 2004, n° 261709 ; CE, 28 septembre 2005, n° 258262 ; CE, 5 novembre 2005, n° 241505 ; CE, 28 décembre 2005, n° 227581 ; CE, 6 janvier 2006, n° 263779.

2308Mentionné dans l'article précité : CE, 5 novembre 2003, n° 241505 ; CE, 27 juillet 2005, n° 264754.

2309Mentionné dans l'article précité : CE, 13 février 2008, n° 297518.

2310CAA Marseille, 28 juin 2012, n° 10MA00754 ; CAA Versailles, 29 décembre 2009, n° 09VE00370 ; CAA Paris, 31 décembre 2009, n° 09PA01002.

2311CAA Paris, 15 décembre 2006, n° 06PA00482. La CAA considère qu'eu « *égard aux termes mêmes de la loi, ainsi d'ailleurs que l'administration elle-même les a interprétés dans une circulaire du 12 mai 1998 relative à la loi du 24 avril 1997 de laquelle est issu l'article L. 511-4-10° précité* », le requérant pouvait avancer que « *faute*

811. Comme l'illustre les arrêts du Conseil d'État, le juge n'effectue un contrôle *in concreto* de l'accès effectif au traitement approprié que si le requérant apporte des éléments concrets à ce sujet[2312]. En tout état de cause, ces arrêts *Jabnoun* et *Bialy* laissaient présager un contrôle à trois degrés[2313] *in concreto* de l'accès effectif au traitement approprié dans le pays d'origine par l'administration, et par le juge administratif en cas de recours contre le refus opposé par l'administration. Ce contrôle a été appliqué rapidement par le Conseil d'État dans ses décisions ultérieures[2314], à condition que le requérant soulève et motive ce moyen[2315]. Mais l'analyse de son application par les tribunaux et cours administratives d'appel révèle que sa prise en compte a été plus que limitée.

2. Une jurisprudence ineffective dans son application juridictionnelle

812. Les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* permettaient d'envisager un taux d'annulation des arrêtés de refus de titre de séjour plus élevé que sous la loi « Besson » de 2010, l'étranger ayant davantage d'arguments à avancer pour argumenter sur ses difficultés pour accéder à un traitement approprié dans son pays d'origine. Mais l'analyse de leur application par le juge du fond relativise, pour une majorité de décisions, leur portée. En effet, sur les 715 décisions rendues par les tribunaux et cours administratives d'appel relatifs à un arrêté pris postérieurement aux arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, et antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi « Besson »[2316], 373 recours ont été rejetés, car les formations de jugement ont considéré que

de disposer de revenus en Tunisie, il ne pourrait pas bénéficier effectivement des soins, particulièrement coûteux, qui lui sont nécessaires ».

2312CE, 3 octobre 2012, n° 348758 ; CE, 16 juillet 2012, n° 345965.

2313Ces trois degrés renvoient aux différentes « étapes » de protection, l'administration et le juge devant vérifier si 1) le traitement nécessaire à l'état de santé de l'étranger existe-t-il dans son pays d'origine ? Si oui, 2) ce traitement est-il accessible pour l'étranger ? Et si le traitement est accessible, 3) l'étranger fait-il valoir des circonstances particulières qui l'empêcheraient d'y accéder effectivement ?

2314CE, 16 février 2011, n° 329450. Autre exemple : CE, 29 octobre 2012, n° 341283 : « *la cour administrative d'appel de Marseille a retenu que la circonstance que le requérant ne bénéficierait pas d'une couverture sociale en Tunisie et qu'il ne pourrait ainsi accéder aux traitements requis par son état de santé était sans incidence sur l'existence, dans ce pays, de soins appropriés à sa pathologie ; qu'en se bornant, ce faisant, à constater la disponibilité du traitement approprié à l'état de santé de l'intéressé dans son pays d'origine sans examiner, comme l'y invitait le requérant, s'il pourrait bénéficier effectivement d'un tel traitement eu égard à ses ressources, la cour a entaché son arrêt d'une erreur de droit* ». Dans le même sens, voir CE, 7 décembre 2011, n° 343299.

2315CE, 26 décembre 2013, n° 363993.

2316La loi « Besson » du 16 juin 2011 est entrée en vigueur deux jours plus tard, le 18 juin, donc toutes les demandes déposées à partir de cette date n'auraient pas dû être instruites en application de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*. Comme il était chronophage de faire une recherche par date de la demande de titre de séjour ou de protection contre l'éloignement dans Ariane archives, la méthode retenue a consisté à recueillir, à titre principal, les recours exercés à l'encontre d'arrêtés pris avant l'entrée en vigueur de la loi Besson.

les éléments présentés par le requérant étaient insuffisamment circonstanciés pour contredire utilement la décision du préfet, soit un taux de rejet pour éléments médicaux insuffisamment détaillés de 52,1 %. Pour les 325 recours exercés à l'encontre d'arrêtés édictés postérieurement à la loi « Besson »[2317], ce taux d'annulation est de 13,3 % (43 décisions). Il peut donc être constaté que plus le degré d'évaluation médicale est développé, comme dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, moins les étrangers produisent des documents considérés comme suffisamment circonstanciés sur le défaut d'accès aux soins dans leur pays d'origine, et *a fortiori*, plus le contrôle juridictionnel est limité. *A contrario*, moins l'évaluation médicale est détaillée, telle que l'évaluation binaire résultant de la loi « Besson »[2318], plus l'étranger produit des documents considérés comme étant suffisamment circonstanciés quant à la condition relative à l'accès au traitement approprié. Une hypothèse peut expliquer ce différentiel : il est plus aisé d'argumenter sur l'accès (ou le non-accès) aux soins en général, *in abstracto*, que de démontrer l'accès (ou le non-accès) d'une personne en particulier, *in concreto*.

813. Les statistiques relatives à l'application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy* tendent en effet à conforter ce constat. Le taux d'annulation est de 12,8 %, soit 92 arrêtés annulés sur 715 recours exercés. Parmi ces 92 annulations, 43 sont motivées par le constat de l'indisponibilité du traitement approprié dans le pays d'origine : autrement dit, près de la moitié des annulations se fonde sur le premier palier de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*, les formations de jugement ayant constaté que le traitement approprié n'existait pas dans le pays d'origine de l'étranger. Parmi les autres motifs d'annulation, 23 sont fondés sur l'inaccessibilité au traitement approprié[2319] : celui-ci existe dans le pays d'origine, mais il est inaccessible à la population en général, « *eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés* ». Plus précisément, 10 arrêtés sont annulés eu égard à l'inaccessibilité de l'offre de soins en général[2320], et 9 en raison de l'insuffisance des ressources du requérant, eu égard au coût du traitement. Les arrêtés annulés en raison de la

2317Il s'agit des arrêtés déjà évoqués, où les préfectures décident de contredire l'avis médical favorable à l'étranger (voir *infra,* Annexe 2).

2318Sur ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2319Dans une dizaine de cas, les jugements ne sont pas détaillés, laissant ainsi se confondre l'indisponibilité et l'inaccessibilité générale. De manière plus générale, le contrôle effectué ne ressort pas explicitement de la lecture de la décision.

2320Les motifs les plus récurrents d'annulation ont trait à l'insuffisance qualitative et quantitative du traitement approprié, pouvant notamment résulter des ruptures d'approvisionnement.

non-accessibilité due à des « *circonstances exceptionnelles tirées des particularités de la situation personnelle de l'intéressé* » sont rares, et concernent une personne ne pouvant accéder aux soins en raison de son appartenance à la communauté rom[2321], ou résultant de son « *isolement et de la nature même des troubles mentaux* »[2322]. Finalement, 5,9 % des arrêtés ont été annulés en raison de l'indisponibilité au traitement approprié, et 3 % en raison de son inaccessibilité. Le critère de l'accessibilité au traitement approprié, qui a constitué le véritable apport de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*, est ainsi très faiblement contrôlé. Ce constat s'explique par l'insuffisance des éléments produits par les requérants, et le faible taux d'annulations fondées sur ce motif.

814. À titre comparatif, le taux d'annulation des arrêtés de refus de séjour malgré l'avis médical favorable s'élève à 26 %, et le taux de rejet pour éléments médicaux insuffisamment circonstanciés, à 13,3 %, soit respectivement des différences de 13,4 et 38,6 points avec la jurisprudence rendue en application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*. Si cette comparaison est à relativiser en raison du fait que pour le premier contentieux, les étrangers disposent d'un commencement de preuve de la non-disponibilité des soins dans leur pays d'origine avec l'avis du médecin de l'ARS qui leur est favorable[2323], elle tend à conforter l'hypothèse selon laquelle moins le contrôle juridictionnel de l'accès aux soins est développé, plus l'étranger parvient à apporter des éléments pertinents pour caractériser l'indisponibilité de son traitement approprié dans son pays d'origine. Ainsi plus le contrôle juridictionnel est considéré comme étant « protecteur » de l'étranger, à charge pour ce dernier d'apporter les éléments pour que ce contrôle soit effectivement effectué, moins ce contrôle protège effectivement l'étranger.

815. En tout état de cause, ces statistiques démontrent que le contrôle fixé par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* est très peu caractérisé dans les décisions rendues par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, 52 % des recours étant rejetés en raison d'éléments médicaux insuffisamment circonstanciés. Ce constat paradoxal s'explique en partie par les règles du contentieux administratif, selon lesquelles il revient aux

2321TA Nancy, 24 janvier 2012, n° 1102124.
2322TA Cergy-Pontoise, 19 décembre 2011, n° 1104381.
2323Sur la dialectique de la preuve, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

parties de « *prouver les faits* »[2324] avancés. En définitive, si l'appréciation de l'accès aux soins *in concreto* est théoriquement en faveur de l'étranger, son application pratique apparaît largement ineffective, la charge de la preuve reposant sur chacune des parties, et le juge ne recourant pas ou peu au complément d'instruction ou à des mesures d'expertise[2325]. Autrement dit, plus le degré d'appréciation de l'accès aux soins est élevé, et donc plus la protection est dite « effective », moins les étrangers parviennent à rassembler d'éléments médicaux suffisamment précis. Ces statistiques tendent ainsi à illustrer « *le fossé qui peut exister entre quelques "grandes" décisions placées en exergue pour attester la contribution du juge administratif à la protection des libertés et la masse des décisions moins médiatisées, voire obscures, dont l'impact est loin d'être toujours positif sur les droits et libertés et dont on comprend qu'elles puissent émousser la confiance accordée à la justice administrative* »[2326].

B. La disparité du contrôle juridictionnel

816. À cet effet paradoxal de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*, s'ajoute, comme pour les autres conditions, une conséquence plus prévisible : celle de la variabilité du contrôle juridictionnel. Celle-ci se constate au regard du contrôle variable de l'accès aux soins dans le pays d'origine (1), et de la disparité de la recevabilité des moyens soulevés pour tenter de démontrer les problèmes d'accès au traitement approprié dans le pays d'origine (2).

1. Un contrôle juridictionnel variable

817. Ce contrôle variable se caractérise par la disparité du contrôle effectué sur l'accès aux soins dans le pays d'origine (a), ainsi que par une application parfois irrégulière du CESEDA (b).

a) La variabilité du contrôle de l'accès aux soins

818. Si dans un certain nombre de décisions, le contrôle effectué par le juge administratif apparaît explicitement, le constat inverse est également prégnant, laissant ainsi douter du

2324C. Broyelle, *Contentieux administratif*, LGDJ, Lextenso éditions, 2015, p. 167.
2325Sur ce sujet, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.
2326D. Lochak, « Le juge administratif, protecteurs de libertés », *in Les controverses en droit administratif*, Dalloz, AFDA, coll. « Thèmes & commentaires », 2017, p. 74.

degré d'intensité de ce contrôle[2327]. Lorsque toutes les pièces relatives à l'accès aux soins dans le pays d'origine sont visées, mises en balance avec les documents produits par la partie adverse, et appréciées par la formation de jugement, le contrôle ressort lisiblement de la décision[2328]. Mais dans d'autres situations, la motivation du jugement apparaît plus limitée, telle que dans une décision de la Cour administrative d'appel de Marseille, selon laquelle « *si M. B. soutient que le système de santé en Égypte s'est dégradé au cours des dernières années, et qu'il ne pourrait accéder effectivement aux soins qui lui sont nécessaires, il ne l'établit nullement par la production d'articles d'ordre général sur le système de santé en Égypte* »[2329]. Ou celui du tribunal administratif de Bordeaux, qui considère simplement que le préfet « *n'apporte pas la preuve que ce dernier pourrait bénéficier au Togo d'un suivi de son affection virale dans des conditions acceptables* »[2330]. L'absence de mention explicite du contrôle de l'accès aux soins dans le pays d'origine ne signifie pas pour autant que ce dernier n'est pas effectué. Simplement, cette invisibilisation ne permet pas de connaître la motivation ayant amené le juge à considérer que la personne pouvait ou non avoir accès aux soins dans son pays d'origine : en considérant simplement que les pièces produites sont trop « *d'ordre général* », il n'est pas possible de comprendre le degré de précision probatoire exigé par le juge.

2327Ce constat a notamment été effectué dans le cadre de l'analyse du contentieux administratif de l'état d'urgence : le triple test du contrôle de proportionnalité a pu être qualifié « *d'invisible* ». Voir S. Hennette-Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser, C. Roulhac, S. Slama & V. Souty, « L'état d'urgence au prisme du contentieux : analyse transversale du corpus » *in* S. Hennette-Vauchez (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut Universitaire de Varenne, Coll. « Colloques & Essais », 2018, p. 300.

2328Voir par exemple, CAA Marseille, 30 juin 2016, n° 15MA04508 : « *la préfète des Pyrénées-Orientales a estimé dans la décision litigieuse que Mme C...peut disposer, dans son pays d'origine, d'un traitement approprié à l'exigence d'hémodialyses régulières, en faisant état d'une publication datée de 2006, consultable sur internet, de l'Agence nationale de l'assurance maladie du Maroc mentionnant que le traitement par hémodialyse est accessible au Maroc, que l'insuffisance rénale chronique terminale est prise en charge, en qualité d'affection de longue durée d'un coût particulièrement onéreux, par l'assurance maladie obligatoire au Maroc et que cette maladie donne ainsi lieu à une exonération partielle ou totale des frais restés à la charge de l'assuré ; que la préfète ajoute dans ses écritures en défense que plus de 100 centres de dialyse sont recensés sur tout le territoire du Maroc et que le retour de la requérante dans son pays d'origine n'entraînera pas l'interruption des séances d'hémodialyse dès lors que, grâce à un nouveau partenariat mis en place entre des établissements de santé publics et privés, des kits d'hémodialyse remboursés par la sécurité sociale sont accessibles aux patients qui seraient sur liste d'attente et qui peuvent se rendre dans une clinique privée pour procéder immédiatement à la séance d'hémodialyse indispensable à la santé du malade ; que la requérante ne conteste pas utilement la disponibilité effective de ce traitement par hémodialyse en produisant un article de presse d'un professeur de néphrologie daté de juin 2013 affirmant qu'en raison notamment de l'absence de dépistage précoce de cette maladie, seulement moins de 20 % des malades atteints d'une insuffisance rénale chronique terminale parviennent au Maroc à être dialysés, ainsi qu'un rapport du conseil économique, social et environnemental de 2013 faisant état de manière générale de la pénurie des professionnels de santé, de l'insuffisance de leur formation et des difficultés de stockage et de distribution des médicaments au Maroc* ».

2329CAA Marseille, 14 janvier 2016, n° 15MA03824.

2330TA Bordeaux, 20 octobre 2011, n° 1102793.

819. Ces décisions font écho aux critiques formulées par le rapport Mazeaud au sujet du contentieux administratif des étrangers. Pour « *accroître la sécurité des décisions de l'administration* », il proposait « *d'améliorer la qualité des décisions de l'administration* [qui sont] *sans doute suffisamment motivées au regard des exigences légales, mais elles pourraient être davantage étayées du point de vue des considérations de fait caractérisant la situation de l'étranger, tant pour informer celui-ci sur les motifs des refus que pour éclairer le juge lui-même éventuellement saisi et qui n'a pas forcément à sa disposition un mémoire en défense comportant les éléments adéquats* »[2331]. L'un des moyens évoqués par Pascale Fombeur, rapporteure publique au Conseil d'État, pour endiguer le contentieux de masse est le « *cantonnement* » des affaires au niveau de la première instance pour « *rendre inutile, autant que faire se peut, l'exercice de voies de recours, parce que le requérant aura la conviction que son affaire ne serait pas jugée différemment en appel ou en cassation* »[2332]. Il est donc probable que l'invisibilité du contrôle de l'accès aux soins effectué par le juge administratif dans certaines décisions ne contribue pas à ce cantonnement des décisions en première instance. Une meilleure motivation de son contrôle – en expliquant par exemple pourquoi une pièce est insuffisamment circonstanciée ou détaillée au regard de son contenu, ou en prononçant une mesure d'instruction complémentaire pour que les parties complètent leur dossier sur tel point médical – permettrait assurément d'accroître la sécurité des décisions rendues et la garantie d'un contrôle juridictionnel.

b) Une application irrégulière des dispositions relatives à l'accès aux soins

820. Un autre constat issu de l'étude de la jurisprudence administrative est la variabilité terminologique utilisée par le juge administratif pour apprécier l'accès aux soins, qui ne permet pas de savoir clairement s'il se prononce sur la disponibilité ou l'accessibilité. Ainsi, sous la loi « Besson », alors que le contrôle juridictionnel doit s'effectuer au regard de « *l'absence de traitement approprié* » dans le pays d'origine, des jugements se réfèrent à la terminologie de « *l'accès effectif* » aux soins. Tel est le cas de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, selon laquelle « *les certificats médicaux produits par M. D.* (…) *ne sont pas de nature, à eux seuls, à établir* (…) *qu'il ne pourrait pas bénéficier d'un traitement approprié dans son*

2331P. Mazeaud, *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, *rap. préc.*, pp. 184-18. Voir également le rapport Stahl : Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », préc.

2332P. Fombeur, « De quelques considérations de gestion en matière contentieuse », *op. cit.,* Dalloz, 2007, p. 349.

pays d'origine »[2333], ou qui motive un autre rejet par le fait que « *M. C...n'apporte pas d'éléments permettant d'établir qu'il serait dans l'impossibilité de bénéficier effectivement d'un traitement approprié au Maroc du fait de la modicité de ses ressources ou de la situation sanitaire et politique* »[2334]. Cette application irrégulière du CESEDA se retrouve également dans les renvois à la mauvaise version en vigueur de l'article L. 313-11 11°, comme l'illustrent certaines décisions de cours administratives d'appel citant la version antérieure à la loi « Besson » de 2011, alors que c'est cette dernière qui devrait être appliquée, eu égard au moment où a été pris l'arrêté contrôlé[2335]. C'est également le cas de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, qui reformule l'arrêté du 9 novembre 2011[2336] en remplaçant « *l'existence d'un traitement approprié* » par son bénéfice effectif[2337]. En revanche, ces mêmes cours d'appel appliquent la version en vigueur du CESEDA dans d'autres affaires, en considérant que « *l'intéressé ne peut utilement invoquer le fait que l'accès effectif aux soins dont il a besoin lui serait difficile* »[2338], ou en qualifiant d'inopérant le moyen relatif au défaut de ressources financières[2339]. Cette confusion terminologique n'est pas propre à la période ayant précédé le vote de la loi de 2011, une décision de 2009 se référant, par exemple, à la notion d'« *absence d'un traitement approprié* » alors que l'évaluation doit se faire au regard du bénéfice effectif[2340]. Elle pourrait s'interpréter comme une forme de résistance de la part de certains juges, qui souhaitent appliquer une version du texte plus ou moins restrictive des conditions médicales selon les cas. Mais une explication plus probable réside dans le mode de rédaction des jugements, ces derniers étant rédigés sur la base de bibliothèques de paragraphes qui peuvent être mises jour tardivement, ou à l'aide « copier-coller » de jugements plus anciens.

2333CAA Bordeaux, 25 février 2016, n° 15BX01407. Voir également CAA Marseille, 30 juin 2016, n° 15MA04508.

2334CAA Bordeaux, 17 novembre 2015, n° 15BX01871. Pour d'autres exemples, voir CAA Marseille, 23 juillet 2015, n° 14MA01285 ; CAA Marseille, 11 juillet 2016, n° 16MA00471 ; CAA Bordeaux, 24 mars 2015, n° 14BX02867.

2335CAA Douai, 5 mars 2015, n° 14DA00084**.** Une autre Cour s'est même référée à l'ancienne version de l'article L. 511-4 dans une décision, en se référant à la notion de bénéfice effectif : CAA Marseille, 1er juillet 2016, n° 14MA05234. Voir aussi CAA Marseille, 23 juin 2016, n° 15MA01851.

2336Arrêté du 9 novembre 2011 *relatif aux conditions d'établissement et de transmission des avis rendus par les agences régionales de santé en application de l'article R. 313-22 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en vue de la délivrance d'un titre de séjour pour raison de santé*.

2337CAA Bordeaux, 28 mai 2015, n° 15BX00036.

2338CAA Bordeaux, 21 juin 2016, n° 15BX03865.

2339CAA Douai, 7 mars 2016, n° 15DA01730.

2340CAA Paris, 31 décembre 2009, n° 09PA02652.

2. La variabilité de la recevabilité des arguments invoqués

821. Lors des débats parlementaires relatifs à l'adoption des dispositions modifiant l'évaluation médicale, remplaçant le « *bénéfice effectif* » par « *l'absence* » de traitement approprié[2341], les arguments avancés par le Gouvernement et la majorité parlementaire étaient relatifs à l'amélioration de la qualité de la justice administrative. Le ministre de l'Immigration et de l'Identité nationale, Éric Besson, a justifié cette modification par la volonté de « *lever l'ambiguïté, source d'insécurité juridique, de la notion d'accès effectif* »[2342]. Claude Goasguen, député de la majorité, a avancé que cette modification permettrait de « *donner aux magistrats une direction qui leur permette de juger dans les meilleures conditions* »[2343].

822. Mais l'analyse du contrôle juridictionnel de l'accès aux soins avant et après l'entrée en vigueur de la loi de 2011 ne permet pas de constater que cette dernière a permis de lever « *l'ambiguïté* » ou « *l'insécurité juridique* ». Elle révèle au contraire une interprétation très variable des différents arguments invocables pour démontrer le défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine. Cette variabilité est particulièrement prégnante au regard des postures différentes adoptées par le juge administratif, en fonction du contrôle qu'il exerce sur les éléments relatifs à l'accès aux soins présentés par l'administration ou l'étranger pour démontrer l'accès (ou le non-accès) aux soins dans le pays d'origine. D'un côté, le juge administratif apparaît particulièrement strict dans l'interprétation de ces conditions (a). Il adopte également parfois une interprétation plus flexible pour restreindre ou assouplir (selon les cas) l'accès au statut de l'étranger gravement malade, confirmant ainsi son rôle politique[2344] par sa faculté « *à adjoindre à la règle existante des éléments nouveaux* »[2345], ou du moins, originaux, qui sont significatifs de son rôle de fabricant de ce statut (b).

a) Le juge administratif, interprète stricte des conditions démontrant le défaut d'accès aux soins

823. L'interprétation stricte des conditions médicales ressort de l'analyse du contrôle juridictionnel effectué sur des éléments relatifs à l'accès aux soins dans le pays d'origine,

2341Sur ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
2342Assemblée nationale, CRI, 2ème séance du 5 octobre 2010, p. 6568, 1ère colonne, intervention de E. Besson.
2343*Ibid.*, p. 6564, 1ère colonne, intervention de C. Goasguen.
2344Sur ce rôle en particulier, voir *infra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.
2345D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 93.

invoqués par l'étranger pour démontrer que la population en général n'y a pas accès (*in abstracto*) (i), ou au regard de sa situation particulière (*in concreto*)[2346] (ii).

i. L'appréciation stricte des éléments relatifs à l'accès aux soins *in concreto*

824. Le cadre jurisprudentiel fixé par le Conseil d'État laissent une latitude importante au juge administratif dans l'interprétation des arguments propres à chaque situation pour évaluer si l'étranger pourra, au regard de sa situation personnelle, accéder aux soins dans son pays d'origine. Si cette appréciation *in concreto* est particulièrement prégnante dans l'application de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*, elle se retrouve également dans certaines situations postérieures à l'entrée en vigueur de la loi « Besson ».

825. L'appréciation de l'accessibilité géographique du traitement approprié suivant les modalités précisées par le Conseil d'État dans les arrêts précités, a pu être interprétée de manière restrictive par certaines juridictions, qui ne considèrent pas l'éloignement de la région d'origine du requérant des structures de soins comme un motif déterminant. C'est notamment le cas de la Cour administrative d'appel de Paris qui a rejeté le recours d'un ressortissant malien au motif que « *la seule attestation établie le 14 avril 2011 par un médecin du Mali, selon laquelle les médicaments qui lui sont nécessaires ne seraient disponibles qu'à Bamako et non dans sa région d'origine, n'est susceptible d'établir, ni que, contrairement à l'avis du médecin de l'administration, le traitement ne serait pas disponible au Mali, ni que M. X ne pourrait y avoir effectivement accès* »[2347]. Elle est rejointe sur ce point par la Cour administrative d'appel de Versailles, qui considère que la requérante « *n'établit pas que, du fait de la distance qui sépare son village d'origine de Bamako et de la faiblesse alléguée de ses ressources financières, elle ne pourrait effectivement bénéficier du traitement approprié dans son pays d'origine, en particulier à l'institut ophtalmologique de Bamako où elle était d'ailleurs suivie avant son entrée en France* »[2348]. Certaines formations de jugement interprètent ainsi strictement les « *circonstances exceptionnelles tirées des particularités* » de la situation

2346La distinction entre le contrôle *in concreto* et *in abstracto* de l'accès aux soins dans le pays d'origine permet de mieux appréhender la nouvelle rédaction de l'article L. 313-11 11° du CESEDA tel qu'issu de la loi du 7 mars 2016, qui combine un contrôle *in abstracto* et *in concreto*. La nouvelle rédaction de l'article L. 313-11 11° du *CESEDA* prévoit en effet que l'évaluation se fait « *eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé dans le pays dont il est originaire, il [le demandeur] ne pourrait pas y bénéficier effectivement d'un traitement approprié* ». Sur ce sujet, voir *supra* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 1.

2347CAA Paris, 27 septembre 2012, n° 12PA00151.

2348CAA Versailles, 4 octobre 2012, n° 11VE03061.

personnelle de l'étranger, en considérant que l'éloignement géographique des structures de soins ne constitue pas, à lui seul, un critère caractérisant l'inaccessibilité au traitement. C'est ce qu'il ressort assez nettement d'une décision de la Cour administrative d'appel de Marseille, qui a rejeté le recours d'un ressortissant turc qui invoquait notamment l'inexistence des infrastructures adaptées dans sa ville d'origine. La Cour a considéré qu'il ne ressortait pas de son dossier médical « *que sa pathologie nécessiterait des soins dont la périodicité serait incompatible avec la nécessité de se déplacer dans une ville voisine où ils pourront être dispensés* »[2349]. Le critère tiré de l'éloignement géographique peut dès lors être interprété strictement, en fonction du seuil de démonstration exigé par la formation de jugement.

826. La notion de « *disponibilité du traitement* » introduite par la loi de 2011 a également été sujette à une interprétation *stricto sensu* par des tribunaux, qui ont exclu de son champ la prise en compte de facteurs liés à l'accessibilité géographique ou financière. À titre d'exemple, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a estimé que « *pour contester l'existence d'un traitement approprié, l'intéressé ne peut utilement invoquer le fait que l'accès effectif aux soins dont il a besoin lui serait difficile, tant financièrement que géographiquement* »[2350]. Dans l'un de ses jugements, le tribunal administratif de Montpellier s'est prêté à un contrôle de l'argument de l'éloignement géographique, mais a rejeté le recours en considérant que « *rien ne fait obstacle à ce que l'intéressée rapproche son domicile de l'offre de soins existante dans l'ouest de la Turquie* »[2351].

2349CAA Marseille, 25 février 2013, n° 10MA03851.

2350CAA Bordeaux, 21 juin 2016, n° 15BX03865. Pour un exemple encore plus explicite, voir par exemple CAA Paris, 20 juin 2016, n° 15PA03670 : « *Par ailleurs, la circonstance que le traitement approprié à l'hépatite B serait moins accessible que celui du VIH en République démocratique du Congo n'a pas d'influence sur la légalité de l'arrêté dès lors que, dans leur rédaction issue de la loi du 16 juin 2011, alors applicable, les dispositions du 11° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile subordonnent la délivrance du titre de séjour à la condition de l'absence de traitement approprié dans le pays d'origine et non de l'inaccessibilité d'un tel traitement* ». Pour d'autres formulations : TA Poitiers, 22 juillet 2014, n° 1401484 : « *l'insuffisance alléguée de ses ressources, cette circonstance est, en tout état de cause, sans incidence sur la légalité de la décision de refus de titre de séjour qui lui a été opposée* ». Pour une autre formulation allant dans le même sens, voir TA Lyon, 11 octobre 2016, n° 1602882 : « *M. X ne peut utilement se prévaloir du fait qu'étant sans ressource, il ne pourrait pas se procurer le traitement dont il a besoin en dehors des programmes financés par l'Etat, les dispositions précitées du 11° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile se bornant à requérir l'existence et non l'accessibilité d'un traitement approprié à l'état de santé de l'étranger dans son pays d'origine* ».

2351TA Montpellier, 19 octobre 2016, n° 1603663.

ii. L'appréciation stricte des éléments relatifs à l'accès aux soins *in abstracto*

827. Une interprétation restrictive de l'accès aux soins *in abstracto*, c'est-à-dire à la population en général, a également pu être observée. La Cour administrative d'appel de Lyon a jugé que l'indisponibilité des soins psychiatriques n'était pas établie par l'étranger se prévalant, entre autres, d'un document faisant « *état d'une inadéquation entre les besoins de la population kosovare en soins psychiatriques et les ressources du pays en termes de professionnels qualifiés et de structures spécialisées dans la santé mentale* »[2352]. Cette jurisprudence apparaît d'autant plus restrictive qu'elle a été prise en application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, selon lesquels l'étranger peut faire valoir qu'il ne peut bénéficier des possibilités de traitement approprié en raison de leur inaccessibilité « *à la généralité de la population, eu égard notamment aux coûts du traitement ou à l'absence de modes de prise en charge adaptés* »[2353]. Une telle interprétation a été reprise ultérieurement, conformément à l'esprit de la réforme dite « Besson » de 2011, la Cour administrative d'appel de Douai ayant, par exemple, considéré inopérant le moyen relatif « *l'insuffisance de structures appropriées, de moyens et de personnel qualifié* » dans son pays d'origine, cette circonstance étant « *dépourvue d'effet sur la légalité de la décision attaquée* »[2354].

828. L'argument de la rupture en approvisionnement de médicaments illustre également l'interprétation restrictive à laquelle le juge peut se livrer. Il semble pouvoir être invoqué par un requérant en application de la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy,* car il tend à démontrer que si des possibilités de traitement approprié existent dans le pays d'origine de l'étranger, ces traitements « *ne sont pas accessibles à la généralité de la population* ». Mais il n'est quasiment jamais admis pour fonder une annulation. Les seuls cas observés où il a permis de fonder, entièrement ou partiellement, l'annulation de l'arrêté, sont relatifs à une pénurie de

2352CAA Lyon, 29 novembre 2012, n° 12LY00630.
2353CE, 7 avril 2010, préc.
2354CAA Douai, 26 novembre 2015, n° 14DA01989.

médicaments systémique et générale à l'ensemble du pays[2355], ou des cas d'enfants malades[2356], pour lesquels les juges administratifs semblent procéder à un contrôle plus souple. Il est d'ailleurs intéressant de relever qu'au même moment, l'argument relatif à la pénurie de médicaments en Côte d'Ivoire était également mobilisés devant deux tribunaux : dans le premier cas, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a considéré que celle-ci était confirmée par les pièces produites, justifiant ainsi l'annulation de l'arrêté. Dans le second cas, le tribunal administratif de Paris a relevé que si le requérant invoquait les « *difficultés d'approvisionnement en médicaments que connaît la Côte d'Ivoire en raison de l'embargo mis en place par l'Union européenne, (...) il ne fait état d'aucune circonstance exceptionnelle tirée des particularités de sa situation personnelle qui l'empêcherait d'accéder aux soins* »[2357].

829. Ces exemples visent à démontrer la possibilité pour le juge administratif de s'écarter du cadre fixé par le Conseil d'État dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* pour rejeter un tel argument : alors que le Conseil d'État fixe des critères non cumulatifs (l'étranger peut « soit » invoquer des considérations générales sur le système de santé, « soit » des circonstances propres à sa situation), le tribunal administratif de Paris a, dans l'affaire précitée, rendu ces critères cumulatifs : l'étranger peut faire valoir un argument relatif à l'inaccessibilité à la population en général, mais il doit en plus la relier à un argument *in concreto*.

830. Enfin, l'interprétation stricte d'un moyen se matérialise parfois par son inopérance[2358], ayant pour effet de neutraliser un argument, sans réelle motivation. Le tribunal administratif de Toulouse a, par exemple, considéré que la « *circonstance invoquée qu'ils seraient sujets, à l'instar d'autres médicaments, à des situations de pénurie dans ce pays n'est pas de nature à*

2355TA Cergy-Pontoise, 16 décembre 2011, n° 1106026 : « *qu'il produit en outre de nombreux articles de presse faisant état, à la date de l'arrêté attaqué, de pénuries de médicaments en Côte d'Ivoire, notamment pour le traitement du diabète ; que cette pénurie est confirmée par un responsable de médecin sans frontières dans un article du journal Lacroix daté du 24 mars 2011 et par le président de l'ordre des pharmaciens de Côte d'Ivoire dans un entretien accordé en juin 2011 au journal électronique ''news.abidjan.net''* ». *A contrario*, l'argument est rejeté s'il ne concerne qu'un hôpital : CAA Lyon, 2 octobre 2012, n° 11LY02260 : « *ni les attestations postérieures à la décision attaquée d'un psychiatre du centre hospitalier universitaire d'Oran évoquant une quasi rupture d'approvisionnement dans son établissement hospitalier des médicaments nécessaires au traitement de M. L n'établissent l'impossibilité, pour le requérant, de bénéficier d'un traitement effectivement approprié dans ce pays* ».

2356Conformément au respect de l'intérêt supérieur de l'enfant, garantit par l'article 3-1 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant à laquelle les juges se référent : voir TA Lyon, 12 avril 2016, n° 1509203 ; TA Lyon, 17 mai 2016, n° 1510808.

2357TA Paris, 19 décembre 2011, n° 1108625.

2358C. Broyelle, *Contentieux administratif, op. cit.*, p. 236 : « *un moyen inopérant est un moyen inefficace, dépourvu d'utilité au regard des conclusions qu'il est censé soutenir* ».

établir, qu'en estimant que l'intéressé était en mesure d'accéder effectivement à un traitement approprié dans son pays d'origine, le préfet de la Haute-Garonne aurait fait une inexacte application des stipulations précitées de l'accord franco algérien »[2359].

831. Légalement admis dans le cadre de la loi « Besson », un traitement dont l'approvisionnement est rompu pouvant être considéré comme étant « *absent* » dans le pays d'origine, aucune annulation fondée sur ce moyen n'a été observée. En revanche, certaines juridictions le rejettent expressément, telles que le tribunal administratif de Toulouse qui considère que « *la circonstance invoquée, à la supposer même établie, qu'il y aurait une pénurie d'antirétroviraux dans la région dont elle est originaire ne saurait permettre de considérer que le traitement n'est pas disponible en Russie* »[2360]. D'autres décisions présentent une motivation redondante dont la cohérence interroge. Dans plusieurs décisions, le tribunal administratif et la Cour administrative d'appel de Lyon ont rejeté les requêtes en relevant que s'il y a effectivement des difficultés d'approvisionnement régulier de médicaments, « *les traitements peuvent être administrés au moyen de médicaments génériques* »[2361]. Autrement dit, la formation de jugement relève la difficulté d'approvisionnement caractérisant une potentielle absence du traitement approprié. Elle considère cependant que ce risque est compensé par l'existence de médicaments sous forme de génériques. Or, la potentielle pénurie de ces génériques n'est pas prise en considération.

832. Ainsi, ces différents exemples de l'interprétation à laquelle se livre le juge administratif pour contrôler l'accès aux soins dans le pays d'origine illustrent les possibilités que lui laisse le cadre juridique fixé par la loi ou la jurisprudence : en usant de sa marge d'appréciation, le juge administratif peut notamment restreindre l'éventail des arguments tendant à démontrer le non-accès aux soins, et *in fine*, l'accès au statut d'étranger gravement malade. Cette marge d'appréciation peut également être utilisée plus souplement.

2359TA Toulouse, 28 mai 2015, n° 1500903. Pour un exemple où le moyen n'est pas pris en compte par le juge dans son contrôle : TA Toulouse, 16 juin 2015, n° 1500062.

2360TA Toulouse, 26 mars 2015, n° 1405656.

2361TA Lyon, 11 septembre 2014, n°s 1402984 & 1402088. Voir également CAA Lyon, 6 janvier 2015, n°s 14LY02830 & 14LY02832 ; CAA Lyon, 17 mai 2016, n° 16LY00019 ; TA Lyon, 10 avril 2014, n°s 1302856 & 1400295 ; TA Lyon, 11 septembre 2014, n°s 1402984, 1402088.

b) L'interprétation souple de l'accès au traitement approprié : l'illustration du rôle politique du juge administratif

833. Si le juge administratif peut se livrer à une interprétation stricte de l'accès aux soins dans le pays d'origine, l'inverse se produit également : les arguments relatifs à l'accessibilité ou la disponibilité du traitement approprié peuvent être interprétés souplement en faveur de l'accès au statut d'étranger gravement malade (i). Mais contrairement à l'interprétation stricte, qui est systématiquement défavorable à l'étranger, l'interprétation souple de la condition relative à l'accès au traitement approprié par le juge peut également se traduire par la prise en compte de critères permettant de conditionner cet accès. Une telle interprétation favorise nécessairement une approche *normalisatrice* du statut juridique de l'étranger gravement malade, puisqu'elle permet aux préfectures de refuser un titre de séjour pour soins alors même qu'un traitement approprié n'est pas disponible dans le pays d'origine de l'étranger (ii).

i. Une interprétation souple du non-accès aux soins favorable à l'étranger

834. Une évolution des conditions relatives à l'accès aux soins dans le pays d'origine peut être observée au regard des interprétations auxquelles se livre le juge administratif pour annuler des arrêtés de refus de titre de séjour. Ce dernier peut notamment admettre des arguments permettant d'objectiver le non-accès aux soins dans le pays d'origine. Au regard des jugements appliquant la jurisprudence *Jabnoun* et *Bialy*, peut être considérée comme telle la démonstration du non-accès aux soins par la déficience quantitative et qualitative du traitement de la maladie en cause[2362], les défaillances de l'ensemble du système de santé[2363], ou la dégradation des hôpitaux ou de la situation sanitaire en raison de graves troubles dans le pays d'origine[2364]. Dans le même registre se retrouve l'argument de l'absence des « *équipements nécessaires* »[2365] pour assurer la prise en charge médicale, le manque de

2362TA Montreuil, 19 décembre 2011, n° 1103477.

2363TA Paris, 14 décembre 2011, n° 1111545 : « *le système sanitaire de la République démocratique du Congo est presque inexistant, les hôpitaux publics en province comme dans la capitale étant très délabrés et ayant des équipements obsolètes, en général, et souvent en manque de médicaments ; que si l'accès aux services de santé est libre, le malade prend en charge financièrement l'intégralité des soins et prestations sont onéreux et sont payables d'avance* ».

2364Pour la Syrie : CAA Bordeaux, 21 février 2013, n° 12BX01875 ; pour le Mali : TA Melun, 21 février 2013, n° 1205410/4.

2365TA Cergy-Pontoise, 14 décembre 2011, n° 1107119.

médecins[2366], la qualité médiocre des médicaments et de l'offre de soins[2367], ou les ruptures fréquentes des stocks de médicaments accompagnés, entre autres, de l'insuffisance de la maintenance du matériel de suivi virologique[2368]. Quant à l'accès au médicament « *dans le cadre d'un marché parallèle aux circuits normaux de distribution et de commercialisation* »[2369], il ne permet pas de caractériser l'accès aux soins. Enfin, la démonstration de la disponibilité du médicament ne suffit pas lorsqu'il n'est pas établi que l'étranger « *puisse effectivement bénéficier d'une prise en charge psychologique spécifique dont l'interruption pourrait avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur son état de santé* »[2370], ou si ce dernier nécessite une présence familiale qui se trouve en France[2371].

835. Dans le cadre de l'application de la loi de 2011, si le moyen relatif aux ressources ou au coût élevé du traitement n'est pas strictement rejeté par les tribunaux, au sens où ils l'examinent[2372], il ne suffit jamais à caractériser un défaut d'accès aux soins, faute pour le requérant de le démontrer[2373]. Le tribunal administratif de Rouen a néanmoins admis l'argument relatif à l'inaccessibilité financière, alors même que l'esprit du législateur était justement de l'exclure : le seuil de gravité de la pathologie du requérant étant inférieur au seuil fixé par l'État péruvien pour bénéficier d'un traitement financé par ce dernier,

2366TA Marseille, 23 janvier 2012, n° 1106592 : « *il ressort des pièces du dossier, notamment de l'extrait de la base de données du comité d'informations médicales (CIMED) produit par le préfet des Bouches-du-Rhône, que s'agissant de la prise en charge des états dépressifs, pathologie dont il n'est pas contesté que M. P est affecté, l'offre est insuffisante et les psychothérapies inexistantes ; qu'il ressort d'une publication produite par le requérant, non contestée, que le Cameroun ne dispose que de 5 psychiatres pour un pays recensant 10 millions d'habitants ; que les molécules actuellement prescrites à M. P dans le cadre de son traitement ne figurent pas sur la liste des médicaments essentiels publiée par le ministère de la santé camerounais, alors même que seuls les produits pharmaceutiques figurant sur cette liste peuvent être détenus et utilisés dans les formations sanitaires publiques du pays* ».

2367TA Cergy-Pontoise, 13 décembre 2011, n° 1105692.

2368TA Paris, 2 novembre 2011, n° 1110889.

2369CAA Lyon, 19 mars 2015, n° 14LY0l958.

2370CAA Paris, 1er mars 2013, n° 12PA01571.

2371TA Marseille, 13 octobre 2011, n° 1105105.

2372TA Amiens, 29 avril 2014, n°s 1400249, 1400250 ; voir également TA Amiens, 17 février 2015, n° 1404135.

2373TA Lyon, 23 juin 2015, n° 1500038 : « *par ailleurs, si le requérant se prévaut de documents émanant des sites Internet du ministère français des affaires étrangères, de médecins du monde et de l'association des diabétiques d'Angola faisant état des difficultés dans l'accès aux soins et du prix élevés des médicaments et notamment de ceux permettant de traiter le diabète, il n'établit pas non plus qu'il serait dans l'impossibilité, en l'absence de tout élément concernant ses ressources financières, d'avoir accès en Angola au traitement médical approprié que requiert son état de santé* » ; TA Rouen, 1er décembre 2015, 1502761 : « *qu'en admettant même que ce soit le cas pour un ou plusieurs d'entre-eux, il n'établit pas davantage qu'il n'existerait pas un traitement de substitution, ni d'ailleurs, et en tout état de cause, que, cadre de banque à la retraite, il n'aurait pas de ressources suffisantes pour se soigner en Côte d'Ivoire* ».

l'existence de soins appropriés n'est pas démontrée par la préfecture[2374]. D'autres formations de jugement auraient pu considérer que le requérant pouvait avoir accès à d'autres traitements, non financés par l'État, ou plus simplement, considérer l'argument financier comme non invocable, comme cela a été fait par plusieurs juridictions[2375]. Dans un registre plus original, le taux de létalité des personnes porteuses de la même pathologie due aux défaillances du système de santé[2376] a également été admis pour caractériser le défaut d'accès aux soins, tout comme le fait qu'un proche de l'étranger serait décédé de la même pathologie dans le pays d'origine[2377]. Le tribunal administratif de Nantes a, pour sa part, estimé que la répétition d'avis médicaux favorables de l'ARS suivis systématiquement par la préfecture par le passé est de nature à laisser supposer l'inexistence d'un traitement approprié[2378]. Enfin, pour un dernier exemple d'annulation fondée sur une interprétation souple de la notion « *d'absence de traitement approprié* », le tribunal administratif de Besançon a annulé un refus de titre en considérant que si les médicaments prescrits au requérant existent au Kosovo, tout comme le suivi spécialisé nécessaire, ce dernier est « *récent et n'est pas aussi sophistiqué qu'en France* »[2379]. Ces divers exemples démontrent ainsi que le juge administratif s'est départi de l'interprétation stricte voulue par le législateur, en ne cantonnant pas le contrôle de l'accès aux soins à la seule constatation de l'existence du médicament dans le pays d'origine[2380] : il ne va pas systématiquement « *chercher à faire appliquer les dispositions du*

2374TA Rouen, 29 septembre 2015, n° 1501425 : « *cependant, il ressort de ces mêmes éléments que, compte tenu du niveau de lymphocytes CD 4 de M. V, celui-ci ne serait pas éligible au traitement financé par l'Etat péruvien, alors que le niveau de ceux-ci est pourtant inférieur au seuil correspondant à la recommandation de l'Organisation mondiale de la santé* ».

2375Voir *supra*.

2376CAA Paris, 07 novembre 2013, n° 12PA00574 : « *qu'il ressort en effet de ce document que le taux de létalité de l'embolie pulmonaire au Mali, qualifié d'"élevé", s'élève à 11,1 % et que cette situation s'explique tant par les retards de diagnostic de la pathologie que par l'indisponibilité de certains types de traitements et le manque d'infrastructures médicales adaptées* ».

2377TA Rennes, 16 novembre 2016, n° 1402304.

2378TA Nantes, 31 octobre 2016, n° 1605318 : « *dans les circonstances particulières de l'espèce où la préfète avait précédemment suivi à trois reprises l'avis du médecin de l'agence régionale de santé et délivré puis renouvelé un titre de séjour sur le fondement du 11° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, ces seuls documents, alors qu'il n'est pas établi que l'offre de soins ait évolué au Kosovo depuis les précédentes décisions lui délivrant un titre de séjour ou que l'état de santé de X aurait évolué positivement, ne sauraient suffire à établir l'existence d'un traitement approprié à son état de santé au Kosovo* ».

2379TA Besançon, 26 septembre 2014, n° 1601053

2380T. Mariani, *Rapport n° 2814 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 4200) relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, 16 septembre 2010, p. 63 : « *Je propose donc de revenir à une interprétation raisonnable de la notion d'accès aux soins pour la délivrance de la carte de séjour d'étranger malade : celle qui prévalait jusqu'au 7 avril dernier. Auparavant, il fallait pour obtenir la carte que le médicament n'existe pas dans le pays ; aujourd'hui, il suffit que, même s'il existe, le système social du pays ne permette pas de se le payer. Pour pousser le raisonnement à l'extrême, même un citoyen américain peut obtenir une carte d'étranger malade !* ».

CESEDA en les interprétant conformément aux travaux préparatoires de la loi n° 2011-672, c'est-à-dire de manière stricte »[2381]. Nonobstant ces quelques exemples d'interprétation favorables à l'étranger, le juge administratif peut aussi jouer de la souplesse du cadre juridique relatif au contrôle de l'accès aux soins pour restreindre la reconnaissance du statut d'étranger gravement malade.

ii. Une interprétation souple de l'accès aux soins favorable aux préfectures

836. Dans l'exercice de son contrôle de l'accès aux soins, il arrive que le juge administratif interprète souplement les dispositions du CESEDA en insérant certaines conditions ou en tenant compte de certains facteurs qui ne démontrent pas directement que l'étranger peut accéder aux soins dans son pays d'origine. Ainsi, le fait que l'étranger ait vécu dans son pays d'origine en étant malade avant son arrivée en France peut être considéré comme une preuve de l'accès aux soins. C'est notamment ce qu'a pu considérer la Cour administrative d'appel de Bordeaux dans une décision de 2016 au sujet d'un ressortissant arménien, malade depuis 1992, et arrivé en France en 2013[2382]. Le même raisonnement s'applique à l'étranger qui invoquerait l'impossibilité de voyager sans risque vers son pays d'origine, alors qu'il a pu voyager vers la France dans le même état[2383]. Mais ce raisonnement ne sert pas, à lui seul, à rejeter un recours : il s'intègre parmi d'autres éléments constituant un faisceau d'indices permettant au juge d'apprécier la disponibilité du traitement approprié.

837. De manière plus restrictive, certaines formations de jugement se sont prêtées à des interprétations qui semblent éloignées de l'esprit du législateur pour apprécier que les étrangers pouvaient avoir accès aux soins dans leur pays d'origine. En effet, la Cour administrative d'appel de Lyon a pu considérer, concernant un ressortissant algérien à l'égard duquel l'ARS avait émis un avis favorable au séjour, que l'accès aux soins était démontré en se fondant notamment sur l'argument du conseiller santé de la DGEF, pour qui « *le principe qui prévaut en Algérie est le transfert à l'étranger du malade qui ne peut y être pris*

2381J.-C. Rotoullié, « Le juge administratif et les ressortissants étrangers malades », *Petites affiches*, n° 117, 13 juin 2016.

2382CAA Bordeaux, 23 juin 2016, n° 16BX00623.

2383CAA Lyon, 18 septembre 2014, n° 14LY00525 : « *qu'enfin, si M. X soutient, ainsi que l'a estimé le médecin de l'agence régionale de santé, qu'il ne saurait voyager sans risque, il ressort des pièces du dossier que le requérant a, moins d'un an avant l'intervention de la décision attaquée, pu gagner la France alors qu'il souffrait déjà des séquelles de son accident vasculaire cérébral et qu'il ne soutient pas que son état de santé se serait aggravé depuis son arrivée* ».

en charge pour les soins de haut niveau, les dépenses étant supportées par la Caisse nationale des Assurances sociales, et que, dans ces conditions, lorsque le traitement approprié à la pathologie d'un ressortissant algérien n'est pas disponible, un accord est donné pour une prise en charge en France et un visa pour soins médicaux est délivré ». La Cour conclut qu'il « *ressort des pièces du dossier que M. X pourra bénéficier des soins chirurgicaux appropriés à son état de santé en Algérie ou se voir délivrer un visa pour soins médicaux* »[2384]. Le tribunal administratif de Nantes a, dans un sens contraire, annulé un refus de titre de séjour pour soins, malgré l'argument de l'administration indiquant qu'« *un transfert serait possible hors du Kosovo en cas d'aggravation de son état* »[2385]. Ces décisions remettent en question la condition relative à l'accès aux soins dans le pays d'origine, en ce que cette condition peut être contournée par l'administration[2386] : en rendant de telles décisions, le juge administratif valide un refus de titre de séjour en constatant implicitement l'accès aux soins dans le pays d'origine : parce que l'étranger y a vécu malade, sans qu'il ne soit assuré d'y être soigné ; parce qu'il pourrait bénéficier d'un visa en cas de soins nécessités en France ; ou parce qu'il pourrait être transféré depuis son pays vers un autre où il aurait accès à ces soins.

838. La reconnaissance d'un tel argument par certaines formations de jugement mettent surtout en exergue le rôle de normalisateur du statut juridique de l'étranger gravement malade que peut revêtir le juge administratif, en créant « *une norme au sens fort* »[2387], ce qui peut être fait « *en attribuant à un texte une signification arbitraire (c'est-à-dire hors du " cadre " des significations admissibles)* »[2388] ou « *en élaborant une norme "nouvelle", qu'on prétend implicite* »[2389]. En l'occurrence, le CESEDA ne prévoit pas que la pratique de la délivrance de visas pour soins médicaux soit une justification permettant de refuser la délivrance d'un titre de séjour pour soins : la Cour administrative d'appel de Lyon a repris les arguments du ministère de l'Intérieur en ce sens, en consacrant implicitement que la possibilité d'obtenir un visa pour se soigner en France puisse pallier le défaut d'accès aux soins dans le pays d'origine.

2384CAA Lyon, 17 novembre 2015, 15LY01779.
2385TA Nantes, 31 octobre 2016, n° 1605318.
2386 Les exemples précités font écho à un dossier suivi dans le cadre de la CIFRE où une préfecture a considéré, contrairement à l'avis médical de l'ARS, qu'une ressortissante gabonaise pouvait avoir accès aux soins dans son pays d'origine, car cette dernière y faisait des allers-retours régulièrement. En l'occurrence, la personne emmenait avec elle le traitement suivi en France.
2387R. Guastini, « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *op. cit.*, pp. 111-122.
2388*Ibid.*
2389*Ibid.*

839. Le contrôle juridictionnel de l'accès aux soins dans le pays d'origine apparaît flottant, par sa variabilité et son imprévisibilité. Imprévisible au niveau microjuridique, car l'analyse du contrôle du juge révèle la marge de manœuvre considérable dont dispose ce dernier : un moyen tendant à démontrer l'accès ou le non-accès aux soins sera admis par telle formation de jugement, mais rejeté par telle autre. Il s'agit, finalement, d'un contrôle éminemment subjectif[2390], car « *la difficulté d'apprécier l'état de santé, et surtout l'état du système de soins dans le pays d'origine, laisse une place d'autant plus grande aux positions morales individuelles dans l'évaluation des dossiers, mais aussi à leur cadrage collectif autour des débats* »[2391]. Imprévisible au niveau macro-juridique également : plus ce contrôle est encadré et théoriquement protecteur de l'étranger, plus il est strict en pratique ; plus le contrôle est simplifié, donc théoriquement défavorable à l'étranger, plus le taux d'annulation en sa faveur est élevé.

840. Conclusion du Chapitre 1. La massivité du contentieux relatif à la protection contre l'éloignement et au droit au séjour pour raisons médicales fait du juge administratif un acteur important pour la détermination juridique de l'étranger gravement malade. La souplesse des fondations posées par le législateur et le Conseil d'État permet au juge administratif du fond de disposer d'une marge de liberté pour concrétiser ce statut et, « *en donnant à la règle existante un contenu plus concret, en réduisant son degré d'indétermination initiale, le juge, en fait, créé du droit* »[2392] : il fabrique ce statut par l'interprétation casuistique de ses conditions, et « *influe sur la marge d'appréciation qui était laissée à l'administration par l'imprécision initiale des textes* »[2393]. De manière corrélative, l'office du juge du fond a aussi ses limites, qui sont, « *à bien des égards, le prolongement de celles que rencontre l'administration elle-même* » [2394], telles que l'inégalité territoriale de traitement et la variabilité de la recevabilité des moyens. La conséquence de cette marge de manœuvre considérable est

2390F. Mallol, « Dignité de la personne, protection de la santé et reconduite à la frontière », *op. cit.* Voir également M. Le Montagner, « Le juge administratif et l'égalité de traitement », *op. cit.* p. 94, où l'auteure relève notamment que « *l'office du juge s'expose le plus au reproche de la subjectivité [lorsque] en l'absence de définition légale plus précise, il lui revient de mettre en œuvre une technique de faisceau d'indices comportant nécessairement une part d'approximation* ».

2391D. Fassin, « La justice des étrangers. L'action des magistrats dans la procédure d'éloignement », *in* D. Fassin (dir.), *Juger. Réprimer. Accompagner. Essai sur la morale de l'État,* Seuil, 2013, pp. 95-96.

2392D. Lochak, *Le rôle politique* (…), *op. cit.*, pp. 92-93. M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'État,* PUF, 1994, p. 100 : « Interpréter la loi c'est en réalité la refaire ».

2393A.-V. Madeira, *Nationaux et étrangers en droit public français, op. cit.,* p. 369.

2394P. Frydman, « Les mutations du droit des étrangers : disparités et individualisation. Introduction », *in Unité du droit des étrangers et égalité de traitement*, *op. cit.,* p. 89.

l'impossibilité de prévoir quelle situation correspond à ce statut : ce dernier en ressort juridiquement indéterminé.

841. L'analyse quantitative de ce contentieux dévoile également que dans un certain nombre de cas, le juge administratif procède à une interprétation stricte du CESEDA : il restreint sa portée en rejetant tel moyen ou en excluant tel autre de son contrôle. Il va même parfois jusqu'à « *adjoindre à la règle existante des éléments nouveaux* »[2395], mais le plus souvent dans un sens restrictif. Prises isolément, ces décisions juridictionnelles se noient dans le flux quotidien de la justice administrative. Prise globalement, la systématicité de certains raisonnements ou de certaines pratiques juridictionnelles met en exergue une forme de rôle politique du juge administratif, en ce qu'il peut faire et défaire la catégorie juridique de l'étranger gravement malade. *L'indétermination* des conditions médicales est ainsi un vecteur du processus de *normalisation* – donc de *neutralisation* – car elles peuvent faire l'objet de réajustement selon les objectifs poursuivis. Mais la concrétisation juridictionnelle de la *normalisation* du statut de l'étranger malade passe également par la question de l'administration de la preuve de ces conditions par le juge administratif, dont le rôle politique se manifeste ici par sa fonction de légitimation du discours de l'administration.

2395D. Lochak, *Le rôle politique* (…), *op. cit.*, pp. 92-93.

Chapitre 2 : La légitimation des pratiques administratives

842. Si la catégorie juridique de l'étranger gravement malade apparaît indéterminée au regard de la jurisprudence, c'est notamment parce qu'elle est tributaire des règles du contentieux administratif, et plus spécifiquement, du régime de la preuve : preuves de la gravité de l'état de santé, preuves de la nécessité d'un traitement médical, preuves de l'indisponibilité de ce dernier dans le pays d'origine. Les restrictions induites par les réformes successives ont durci les conditions d'accès au statut d'étranger malade[2396] et, par suite, amené à une multiplication des recours contentieux. L'état de santé de l'étranger est de plus en plus évalué au sein de l'arène juridictionnelle administrative. Mais l'interprétation des conditions médicales effectuées par le juge, déterminante pour le processus de *catégorisation*, est variable en raison de l'imprécision de ces conditions. Or, comme le souligne Danièle Lochak, en raison de cette imprécision, « *cette qualification dépend en définitive des objectifs poursuivis, du résultat recherché par le juge* »[2397] : l'imprécision des conditions médicales a une fonction *normalisatrice*, car elle permet au juge d'ajuster son interprétation aux objectifs visés.

843. La recherche de tels objectifs dans le contentieux du droit au séjour pour soins ne saurait se cantonner à la seule jurisprudence du Conseil d'État. Par sa « *fonction quasi-législative* »[2398], sa jurisprudence laisse transparaître l'accentuation de certains objectifs sur d'autres, tels que la maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé. Mais le volume important que représente le contentieux administratif suscité par le droit au séjour pour soins implique également de s'intéresser à la jurisprudence, conséquente, des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel. Certes, les décisions des juridictions administratives du fond n'ont pas la même portée que celle du juge suprême. Mais

2396Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.

2397D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif français*, *op. cit.*, p. 138. Voir également C. de Galembert, « La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004) », *in* J. Commaille (dir.), *La fonction politique de la justice*, La Découverte, 2007, pp. 95-118 ; J. Commaille, « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », *La fonction politique de la justice, ouvr. préc.*, pp. 293-321 : « *Ceci explique qu'une telle position… de pouvoir des professionnels du droit ne peut être tenue que si les juges préservent « les apparences de leur fidélité à la loi s'ils veulent conserver leur influence et leur légitimité* ». Voir également A. Vauchez, « La magistrature dans l'espace public », *Laboratoire italien* [En ligne], 2 | 2001, mis en ligne le 12 avril 2018, consulté le 08 janvier 2020. URL : http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/278 ; DOI : 10.4000/laboratoireitalien.278

2398D. Lochak, *Le rôle politique du juge administratif, op. cit.*, p. 102.

démultipliée, une même ligne jurisprudentielle peut dévoiler des tendances. En effet, une seule décision ne saurait être considérée comme ayant une incidence globale sur le droit au séjour pour soins. Mais en adoptant les mêmes techniques juridiques, en confortant une certaine grille d'interprétation, ces tendances jurisprudentielles ont des conséquences juridiques, mais aussi politiques. S'intéresser au juge administratif permet ainsi de mesurer la contribution de la jurisprudence au processus de *catégorisation* de l'étranger en raison de son état de santé, notamment en matière de garanties pour l'étranger gravement malade.

844. Selon Nicolas Fischer, « *les juges administratifs se conçoivent avant tout comme des techniciens du droit administratif français, garants de sa cohérence et de sa solidité, et mobilisent cette représentation de leur mission professionnelle pour mettre à distance la tension même entre protection et répression des étrangers* »[2399]. Mais l'application de techniques juridiques dans le cadre de mission professionnelle ne dédouane pas les juges administratifs de tout impact politique. En effet, le choix d'une technique juridique par rapport à une autre tendant à valider systématiquement la position de l'administration peut sous-tendre des considérations politiques. Prises individuellement, les décisions mobilisant telle technique plutôt que telle autre sont certes effectivement dénuées de caractère politique. Mais prises globalement, elles apparaissent comme un ensemble de facteurs justifiant ou pérennisant indirectement des objectifs politiques et juridiques, tels que la maîtrise des flux migratoires[2400]. Ainsi, « *à l'instar de tout juge, le juge administratif exerce son office sur la base du droit et s'il est tenu de justifier les décisions qu'il prend par le recours à une argumentation juridique, la faculté d'interprétation dont il dispose par rapport aux textes lui permet en effet de déployer une véritable politique jurisprudentielle* »[2401] : une politique jurisprudentielle qui peut produire des effets politiques.

2399D. Fassin., « La justice des étrangers. L'action des magistrats dans la procédure d'éloignement », *in* D. Fassin (dir), *Juger. Réprimer. Accompagner. Essai sur la morale de l'État, op. cit.*, p. 90 : « (…) *Ils invoquent ainsi rarement la défense des droits des justiciables – ou, à rebours, la nécessité de réprimer l'immigration irrégulière : c'est de droit et de qualité juridique du travail juridictionnel qu'il est avant tout question, les problématiques ''morales'' et ''politiques'' étant volontiers écartées en entretien* ».

2400Selon Danièle Lochak : « *D'une façon générale, la jurisprudence a entériné la précarisation du droit au séjour, la fragilisation de la protection accordée aux demandeurs d'asile et l'interprétation extensive des pouvoirs de l'administration et de la police. La raison de cette attitude réside sans doute moins dans la propension à défendre l'exécutif que dans le fait que le juge, qui ne vit pas dans une tour d'ivoire, s'est lui-même laissé convaincre de la nécessité de ''maîtriser les flux migratoires'', fût-ce au prix de restrictions croissantes aux droits des étrangers* » (D. Lochak, « Les controverses en droit administratif », *art. préc.*, p. 72).

2401J. Chevallier, « Argument », *in Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, p. 33.

845. Si les magistrats influent sur la délimitation des critères permettant à une personne de relever ou non du droit au séjour pour soins, ils influent également sur le cadre juridique dans lequel cet état de santé se délimite[2402]. Or, dans cette perspective de réalisation du droit au séjour pour soins, le régime de la preuve est déterminant : en fonction des preuves rapportées découlera ou non la reconnaissance d'un statut. Le régime de la preuve de l'état de santé de l'étranger dans la phase contentieuse apparaît ainsi déterminant pour évaluer l'influence du juge administratif sur ce statut, car « *la conjonction du caractère inquisitoire de la procédure contentieuse administrative et l'absence presque totale de règles légales en ce domaine font au contraire* » de ce dernier « *le maître du régime de la preuve* »[2403]. Surtout, pour des faits similaires, les issues contentieuses peuvent être différentes, car dépendantes des preuves avancées par les parties, et aussi de l'usage par le juge de son pouvoir inquisitorial en la matière. Il ressort en effet de ce régime qu'indépendamment de la dépendance aux parties, des règles générales doivent s'appliquer pour rationaliser le régime de la preuve. Mais un déséquilibre de la dialectique probatoire s'observe, et vient légitimer certaines pratiques préfectorales au détriment de l'étranger (Section 1).

846. L'évolution de la procédure d'obtention d'un titre de séjour pour soins, et particulièrement la réforme transférant l'évaluation médicale à l'OFII[2404], résulte notamment de la rupture du lien de confiance qui existait entre les médecins des ARS et les préfectures. Cette rupture s'est manifestée par les contre-enquêtes médicales menées par ces dernières, pour contredire l'avis rendu par les médecins ARS ; rupture qui a, par ailleurs, mis en exergue le rôle actif joué par l'administration dans l'orientation et la mise en œuvre de politiques publiques[2405]. Le juge administratif est nécessairement amené, en contrôlant ces décisions, à influer lui-même sur les politiques publiques, en confortant ou limitant certaines techniques juridiques utilisées par les préfectures dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire[2406], telles

2402C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, Thèse de droit public, Université Lyon III, 2017, p. 513 : « *le juge qui interprète les écritures des parties participe à l'office de définition de la matière de l'instance qui leur incombe. En procédant à une appréciation décisive des écritures, il deviendrait donc une partie à l'instance « partielle » : il n'en présente pas les caractères, mais en interprétant leurs écritures, il peut « s'ingérer » de façon « notable » dans le monopole des parties de définir la matière de l'instance* ». Cédric Meurant fait référence ici à la thèse suivante : A. Claeys, *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse de droit public, Université de Poitiers, 2005, p. 433.

2403D. Léger, *La preuve devant le juge administratif français,* Conseil d'État, 1972, p. 28.

2404Loi n° 2016-274 du 7 mars 2016 *relative au droit des étrangers en France.*

2405Voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

que les contre-enquêtes médicales[2407]. À cet égard, l'influence du juge administratif sur le statut juridique de l'étranger malade apparaît ambiguë : si, à l'égard de certaines décisions, il est vecteur de garanties tendant à l'effectivité du droit au séjour pour soins, le contentieux suscité par les contre-enquêtes médicales met une nouvelle fois en évidence sa fonction de légitimation de pratiques administratives favorisant la *policiarisation* du droit au séjour pour raisons médicales, confirmant ainsi son rôle central dans la *normalisation* de ce statut (Section 2).

Section 1 : Par le déséquilibre de la charge de la preuve

Section 2 : Par la validation juridictionnelle de pratiques *normalisatrices*

2406Pour différentes définitions de la notion de pouvoir discrétionnaire, voir J. Mesmin d'Estienne, « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA* 2016, p. 545 : « *Le pouvoir discrétionnaire qui est reconnu à l'administration se définit simplement comme sa capacité de faire librement des choix entre deux ou plusieurs solutions également conformes à la légalité dans le respect des missions qui lui sont imparties par le politique* » ; R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Duckworth, 1977, p. 31 et s. : une « *zone libre ceinturée par un ensemble de contraintes* » ; C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. II, 1983, p. 292 : « *chaque fois que l'on constate et peut affirmer qu'un organe avait le choix entre plusieurs décisions, on pourra dire qu'il avait un pouvoir discrétionnaire* » ; ou encore, R. Bonnard, *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, Dalloz, 2006 (rééd. 1934) p. 57 : « *le pouvoir discrétionnaire consiste [...] dans la libre appréciation laissée à l'administration pour décider ce qu'il est opportun de faire ou de ne pas faire* ».

2407Sur ce sujet, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2. Il aurait été possible de s'intéresser à d'autres aspects du contentieux administratif (contentieux de transition entre ARS et OFII ; substitution de motifs, etc.). Mais comme le choix a été fait de se focaliser sur les *discours* tendant à *policiariser* le statut juridique, le cantonnement à ce niveau d'ordre juridictionnel apparaît pertinent. Parce qu'il s'agit d'analyser la validation d'un discours normalisateur.

SECTION 1. PAR LE DÉSÉQUILIBRE DE LA CHARGE DE LA PREUVE

847. L'analyse du contrôle exercé par le juge administratif à l'égard du régime de la preuve n'est pas nouvelle. Dès 1972, un rapport du Conseil d'État mettait en garde contre « *l'étude* (…) *qui aurait pour ambition de fixer avec précision les critères en fonction desquels le juge se détermine à n'exiger qu'un commencement de preuve ou à ne pas se satisfaire d'une possibilité même forte, à imputer la charge de la preuve au requérant ou à exiger de l'administration qu'elle se justifie* », car elle « *serait sans doute vouée à l'échec avant d'apparaître totalement dépassée* »[2408]. Une alternative à une telle étude serait alors « *d'essayer de faire apparaître les tendances qui se manifestent à travers les arrêts et qui caractérisent l'attitude du juge* »[2409]. Le volume conséquent de décisions et arrêts relatifs au droit au séjour pour soins rendus par les juges du fond incite à ne faire ressortir que les tendances relatives à la charge de la preuve[2410]. Les standards fixés par le Conseil d'État dans l'administration de la preuve devraient permettre au juge administratif de contrôler concrètement si l'état de santé de l'étranger correspond aux conditions médicales exigées par le CESEDA. Mais l'étude de la jurisprudence fait apparaître un contrôle significativement incomplet au regard des pièces médicales sur lesquelles les juges se prononcent. Cette incomplétude résulte de l'office du juge : alors qu'il pourrait remédier à l'inégalité des armes probatoires entre l'administration et l'étranger, l'administration de la preuve effectuée par le juge la conforte (§1). Par ailleurs, celle-ci apparaît tendanciellement favorable à la maîtrise des flux migratoires, en ce que le degré d'exigence probatoire varie selon que les pièces sont produites par l'étranger ou l'administration (§2).

2408D. Léger, *La preuve devant le juge administratif français,* rap. préc., p. 35.

2409*Ibid.*

2410Les « *tendances jurisprudentielles* » décrites dans le présent chapitre sont basées sur l'analyse de la jurisprudence contenue dans les bases de données du Conseil d'État : elles reposent donc sur l'ensemble des jugements, décisions et arrêts rendus par la juridiction administrative relatifs au droit au séjour pour soins (sur la méthodologie, voir *infra,* Annexe 2). Les « quelques cas isolés » cités ici proviennent du recueil de jurisprudence édité tous les deux ans par l'ADDE, la Cimade, et le Comede, reposant sur une collecte de jurisprudence par leur réseau. Autrement dit, les « cas isolés » n'ont pas été relevés dans l'analyse globale de la jurisprudence effectuée dans les bases de données du Conseil d'État en raison de la méthodologie retenue. Cela ne signifie pas que des cas d'interprétations jurisprudentielles favorables à l'étranger n'y figurent pas : ils existent sûrement, mais sont minoritaires, car ne ressortant pas de la tendance jurisprudentielle globale.

§1. Une administration de la preuve de l'état de santé de l'étranger reposant sur l'inégalité des armes

848. Le contentieux administratif du droit au séjour pour soins est marqué par l'insuffisance des éléments médicaux produits par l'étranger pour démontrer qu'il remplit les conditions de l'article L. 313-11 11° du CESEDA. Dans une majorité de décisions, le juge administratif rejette le recours, le détail des pièces médicales produites par l'étranger ne permettant pas de contredire celles de l'administration. Cette tendance met ainsi en évidence une administration de la preuve incomplète de la part du juge administratif (A). Le prononcé de mesures d'expertise[2411] pourrait notamment permettre de pallier ces insuffisances, mais en n'y recourant quasiment pas, le juge administratif autolimite son office : la normalisation de son statut juridique se fait alors de manière passive (B).

A. L'administration incomplète des preuves médicales

849. Le contentieux administratif du droit au séjour pour soins est quasi-exclusivement constitué par des recours pour excès de pouvoir exercés à l'encontre d'arrêtés de refus de titre de séjour assorti d'obligation de quitter le territoire français (OQTF). Saisi d'un tel litige, le juge administratif doit alors apprécier si l'administration a commis ou non une erreur dans l'appréciation des conditions de l'article L. 313-11 11° du CESEDA, au vu des éléments versés au dossier par les parties. Il s'agit d'un régime de preuve objective[2412], ce qui signifie que « *la charge de la preuve ne repose jamais entièrement sur l'une ou l'autre des parties, mais c'est grâce à la dialectique du contradictoire que la preuve s'établit* »[2413]. Il revient « *à celui qui soutient quelque chose d'apporter les éléments à l'appui de ses allégations, en particulier ceux qu'il est seul à pouvoir fournir, et au juge, ensuite et en tout état de cause, à se forger sa conviction au vu des éléments qui lui sont soumis* »[2414]. Ce régime implique que « *les écritures*

2411Voir notamment le dossier « L'action publique, l'expertise et le juge », *Revue française d'administration publique*, 2020/1, n° 173, 290 p.

2412CE 26 nov. 2012, n° 354108, *Cordière* ; CE, 20 juin 2003, n° 232832, *Sté des Établissements Lebreton*. Lire notamment V. Chevalier-Aubert, conclusions sous CAA Lyon, 3 avril 2014, 13LY02541, publié sur le site de l'Alyoda : https://alyoda.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=2482&catid=340&Itemid=380

2413C. Verot, conclusions sous CE, 26 janvier 2007, n° 282703 : « (…) *Il incombe donc seulement au demandeur à l'action de fournir les premiers éléments du débat... de mettre de son côté la vraisemblance, après quoi il appartient à l'autre partie, selon les mêmes exigences relatives, d'établir le contraire* ».

2414D. Hedary, conclusions sous CE, 12 mars 2014, n° 350646.

rédigées par les parties constituent l'horizon du juge administratif : l'essence de sa mission consiste à leur trouver une réponse juridique adéquate pour trancher le litige »[2415].

850. S'agissant du statut juridique de l'étranger gravement malade, la dialectique de la preuve vise à permettre au juge administratif d'apprécier si l'étranger peut ou non bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine[2416]. Par sa décision *Hafed* du 14 février 2007[2417] rendue à propos d'une mesure d'expulsion[2418], le Conseil d'État « *fait peser sur l'administration la charge de démontrer qu'il existe un traitement approprié dans le pays de renvoi dans l'hypothèse où une interruption des soins emporterait des conséquences d'une exceptionnelle gravité* »[2419]. Le juge attend même que les autorités administratives apportent la preuve de la disponibilité du traitement dans le pays de renvoi pour autoriser l'éloignement[2420]. En d'autres termes, il revient à l'autorité préfectorale de démontrer l'accès théorique aux soins, et à l'étranger d'apporter la preuve de son accessibilité concrète[2421].

2415C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 15. Voir également R. Denoix de Saint-Marc, D. Labetoulle, « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *in Études et documents du Conseil d'État,* 1970, p. 69 : « *le procès administratif n'est pas seulement un dialogue entre deux parties, arbitré par le juge mais, dans une certaine mesure, un nouvel examen d'un dossier administratif, limité toutefois par les prétentions des intéressés* ».

2416L'appréciation peut aussi porter sur l'appréciation de la nécessité d'une prise en charge médicale, et des conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant du défaut de cette dernière. Mais la majorité du contentieux porte sur l'appréciation de l'accès aux soins dans le pays d'origine. Voir *supra,* Partie 2, Titre 2, Chapitre 1.

2417CE, 14 février 2007, n° 281220 : « *il appartient à l'autorité administrative, lorsqu'elle envisage l'expulsion d'un étranger du territoire national, de vérifier que cette décision ne peut avoir de conséquences exceptionnelles sur l'état de santé de l'intéressé et, en particulier, d'apprécier, sous le contrôle du juge de l'excès de pouvoir, la nature et la gravité des risques qu'entraînerait une éventuelle interruption des traitements suivis en France ; que lorsque cette interruption risque d'avoir des conséquences exceptionnelles sur la santé de l'intéressé, il appartient alors à cette autorité de démontrer qu'il existe des possibilités de traitement approprié de l'affection en cause dans le pays de renvoi* ».

2418Qui, comme le précise Matthias Guyomar dans ses conclusions sous les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* (voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2), vaut également pour les décisions de refus de séjour.

2419M. Le Montagner, « Le juge administratif et l'égalité de traitement », *art. préc.*, pp. 93-94. En vertu de l''arrêt *Couespel du Mesnil*, du 1er mai 1936 rendu par le Conseil d'État, il appartient au juge de l'excès de pouvoir « *d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant* ».

2420C. Cournil, « Quand un étranger souffrant d'une maladie grave ne peut pas être expulsé », *AJDA*, 2007, p. 1135.

2421M. Guyomar, Conclusions précitées, p. 11 : « *S'agissant de la disponibilité théorique de l'offre de soins, c'est à l'administration qu'il appartient de fournir au juge tous éléments permettant d'établir qu'elle est avérée, l'étranger pouvant ensuite contester ce fait, par tous moyens. En revanche, s'agissant de l'accessibilité concrète aux soins, ce sera à l'étranger de justifier, devant le juge, qu'il n'est pas en mesure de bénéficier effectivement du traitement requis, l'administration pouvant ensuite, dans le jeu normal du débat contradictoire, fournir tous éléments de nature à contester ces allégations* » ; S.-J Liéber, D. Botteghi, « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », *op. cit.,* p. 885 : « *faire fonctionner une forme de dialectique de la preuve : c'est à celui qui conteste l'effectivité de l'accès d'apporter les éléments prouvant ses difficultés réelles d'accès aux soins dont il a besoin. Si, pour ce qui concerne la disponibilité ''théorique'' des soins, l'administration doit fournir au juge les éléments sur lesquels elle s'est fondée, c'est à*

851. La démonstration de l'accès aux soins fait partie de l'avis médical rendu par le médecin inspecteur, et peut être contestée par l'étranger[2422], qui doit alors produire des éléments circonstanciés[2423]. Selon que l'avis médical émis par le médecin l'ARS ou le collège de médecins de l'OFII soit favorable ou non au séjour de l'étranger, ce dernier produit des « *avis d'autres médecins, de laboratoires pharmaceutiques, de pharmaciens, d'organisations internationales, rapports du ministère de la santé du pays d'origine lui-même, etc…* »[2424]. En défense, le préfet produit quant à lui « *parfois la fiche dite ''pays'', sorte de ''catalogue'' établie par l'État français (généralement le ministère des affaires étrangères), de l'ensemble des offres de soins (structures d'accueil et traitements) de chaque pays étranger, plus rarement, des rapports d'organisations internationales* »[2425]. Les techniques probatoires des préfectures ont progressivement évolué, avec l'appui du médecin-conseil de la DGEF[2426] pour constituer et enrichir une base de données destinées à aider les préfectures[2427].

852. Dès lors, « *puisque l'intervention du juge est tributaire de l'expression des écritures, leur mauvaise formulation met en danger l'accomplissement de sa tâche* »[2428]. Comme le rappelle un juge administratif à propos de ce contentieux, « *le juge statue au vu des éléments qui sont dans le dossier et ont été soumis au contradictoire, et la plupart du temps le dossier est bien succinct* »[2429]. Ce dernier pointe notamment les lacunes des mémoires des avocats des requérants, qui ne contiennent pas d'éléments médicaux suffisamment précis. Ce constat

---

l'étranger de justifier l'impossibilité ''pratique'' pour lui d'accéder auxdits soins ».

2422CE, 29 octobre 2012, n° 355648 : « *la cour a retenu, sans entacher son arrêt de dénaturation ou d'insuffisance de motivation, que l'unique certificat médical produit par le requérant n'était pas de nature à remettre en cause l'avis du médecin inspecteur de santé publique et, qu'en particulier, ce certificat médical, ni aucun autre élément produit par l'intéressé, ne fournissait de précision sur les traitements requis, ni, en tout état de cause, sur leur indisponibilité au Maroc ; qu'elle a, ce faisant, statué au vu des pièces du dossier sans commettre d'erreur de droit au regard de la charge de la preuve* » ; D. Hedary, Conclusions sous CE, 12 mars 2014, n° 350646 : le CE énonce « *à propos de la contestation de la pertinence de l'avis du MISP, que la CAA qui statue au vu des pièces du dossier, en portant une appréciation dessus, ne commet pas d'erreur de droit dans la dévolution de la charge de la preuve* »

2423Ces documents ne sont pas de nature à remettre en cause le contenu de l'avis du médecin inspecteur de santé publique, lorsqu'ils sont insuffisamment précis et circonstanciés eu égard aux trois critères (CE, 28 novembre 2007, n° 297829). E. Prada-Bordenave, Conclusions sous CE, 16 novembre 2007, n° 297519, p. 2 : « *En présence de plusieurs certificats médicaux établis sur un mode relativement peu affirmatif et alors que le médecin-chef est, lui, assez formel, on aurait sans doute pu hésiter sur la solution à retenir* ».

2424F. Béroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *Droit administratif*, décembre 2014, étude 19.

2425*Ibid.*

2426Sur ce médecin, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

2427*Ibid.*

2428C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 15.

2429Entretien avec un juge administratif, 28 juin 2015.

ressort notamment de la jurisprudence analysée : sur les 715 décisions rendues par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel portant sur un arrêté pris postérieurement aux arrêts *Jabnoun* et *Bialy*, et antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi « Besson », 373 recours ont été rejetés, car les juridictions ont considéré que les éléments médicaux présentés par les requérants étaient insuffisamment circonstanciés pour contester l'arrêté préfectoral, soit un taux de rejet motivé par l'insuffisance des éléments médicaux de 52,1 %. Il est encore plus frappant de constater que parmi les 635 rejets, les formations de jugement ne visent aucun document de la préfecture autre que l'avis médical défavorable dans 491 décisions (soit 77,3 %). Autrement dit, il ne ressort pas de la lecture des décisions que les préfectures ont produit d'autres documents que l'avis médical du MISP[2430].

853. Cette statistique peut trouver trois explications : elle est, en premier lieu, liée, au constat déjà dressé par Michèle le Montagner[2431], selon laquelle « *le juge est souvent confronté à l'absence de défense au fond du préfet* »[2432]. Ce constat, datant de 2009, pourrait expliquer ces statistiques, qui portent sur la période 2011-2012. Le contentieux des contre-enquêtes médicales révèle cependant que les préfectures et le ministère de l'Intérieur ont développé, à compter des années 2012-2013, leur propre base de données médicales, avec l'aide du médecin-conseil de la DGEF[2433]. En deuxième lieu, il est possible que les préfectures ont bien produit d'autres documents médicaux pris en compte par le juge administratif, mais que cela ne ressort pas explicitement à la lecture de la décision[2434]. Enfin, en troisième lieu, ce fort

2430*A contrario, p*our les 325 recours exercés à l'encontre d'arrêtés édictés postérieurement à la loi dite « Besson » (il s'agit des arrêtés déjà évoqués, où les préfectures décident de contredire l'avis médical favorable à l'étranger), ce taux d'annulation est de 13,3 % (43 décisions).

2431Premier conseiller et commissaire du gouvernement à la cour administrative d'appel de Versailles, en 2009.

2432M. Le Montagner, « Le juge administratif et l'égalité de traitement », *art. préc.*, p. 94. Ce constat est dressé en 2009.

2433À ce sujet, voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

2434Cette « invisibilisation » du raisonnement juridictionnel se retrouve dans d'autres contentieux, tel que le contrôle de proportionnalité exercé dans le cadre de l'état d'urgence. Sur ce sujet, voir S. Hennette-Vauchez, M. Kalogirou, N. Klausser C. Roulhac, S. Slama & V. Souty, « L'état d'urgence au prisme du contentieux : analyse transversale du corpus », art. préc., p. 311. Bertrand Seiller considère que la distinction entre les critères est « *probablement plus élégante qu'aisée à mettre en œuvre* », (B. Seiller, *Droit administratif*, t. 2 : *L'action administrative*, Flammarion, 2014, 5e éd., p. 108). Par ailleurs, certaines décisions n'apparaissent pas suffisamment motivées, et ne relèvent pas de la règle de l'économie des moyens. La lecture du seul jugement ne permet pas, dans beaucoup de cas, de retenir pourquoi ces documents sont considérés comme étant insuffisamment circonstanciés, ou pourquoi telles pièces médicales est écartée. Sur l'importance de la pédagogie dans la rédaction des décisions, lire C. Teitgen-Colly, « La pédagogie dans la rédaction des décisions », *in* C. Teitgen-Coly (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ, 2013, pp. 87-10 : la motivation des décisions vise « *à démontrer aux parties qu'elles ont été entendues et, ainsi, [à] contribuer à une meilleure acceptation de la décision* » (CEDH, 16 novembre 2010, *Taxquet c. Belgique*, § 91). La CEDH pose en effet dans cet arrêt l'exigence d'une motivation substantielle, et non purement formelle, que « *la rédaction actuelle des*

taux de rejet pour éléments insuffisamment circonstanciés résulte de la nature des éléments médicaux produits par les étrangers : ils se contentent de produire des certificats médicaux de leur médecin, ou des comptes-rendus d'hospitalisation, qu'il est difficile pour un juge d'interpréter, faute de compétence médicale. Au surplus, ces certificats sont souvent considérés comme étant formulés en des termes trop généraux, ou ne se prononcent pas sur certaines conditions médicales. Le juge administratif se contente alors de constater le caractère lacunaire des éléments présentés par les parties pour rejeter ces recours. Ce constat est lié à l'inégalité des armes entre les parties pour rassembler des preuves[2435], les préfectures étant dotées des relais de l'État[2436] et de leur propre base de données médicales[2437], tandis que les étrangers dépendent de leur entourage médical, qui n'est pas nécessairement au fait du standard de précision nécessaire pour que leurs certificats médicaux soient considérés comme étant suffisamment circonstanciés, et de la défense préparée par leur avocat. Le contentieux du droit au séjour pour soins illustrerait ainsi le propos de Cédric Meurant, pour qui la « *défaillance des écritures des parties s'explique* (...) *en grande partie par la défaillance de notre système juridique* »[2438], dépendant grandement du « *capital procédural* »[2439] des parties.

---

décisions du juge administratif ne satisfait pas de toute évidence » (*Ibid.*, p. 102).

2435D. Léger, *La preuve devant le juge administratif français,* rapp. préc., p. 36.

2436Tels que le médecin-conseil auprès de la DGEF, ou les médecins d'ambassade.

2437À cet égard, le projet de la DGEF de faire intervenir le service médical de l'OFII au contentieux en tant qu'expert poserait question au regard du principe d'égalité des armes (cf : voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 1). La proposition 14 du groupe de travail Stahl va d'ailleurs dans ce sens : « *Au stade contentieux, l'étranger conteste le refus qui lui a été opposé en se prévalant de son état de santé mais le préfet, en défense, ne dispose pas des éléments d'appréciation du collège de médecins de l'OFII ; et, en l'absence de disposition législative lui permettant expressément de lever le secret médical dans ce cadre, l'OFII n'intervient pas pour justifier de la pertinence de l'avis qui a été émis par le collège de médecins. Il en résulte un débat asymétrique et souvent insuffisamment étayé pour le juge, faute qu'y soient versés les éléments d'appréciation de l'OFII, alors même que le requérant, en se prévalant lui-même de son état de santé, peut être regardé comme ayant levé le secret médical à son égard devant toutes les parties au litige, du moins quant aux maladies ou invalidités qu'il invoque. Afin de lever cet obstacle, il est proposé de prévoir expressément, par une disposition législative, que l'OFII puisse être appelé à présenter des observations par le juge au sujet de l'avis du collège des médecins prévu par le 11° de l'article L. 313-11 du CESEDA, sans être tenu par le secret médical, lorsque, à l'appui d'un recours contre un refus de titre de séjour pris sur cet avis, l'étranger soutient qu'un titre de séjour devait lui être délivré en raison de son état de santé* » (Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *préc.*, p. 52). Le rapport du Conseil d'État considère que cette recommandation permettrait de remédier à l'asymétrie du débat, qui est en défaveur de la préfecture.

2438C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 142.

2439A. Spire, K. Weidenfeld, « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural », *Droit et société*, vol. 79, 2011, p. 689. Voir également J.-G. Contamin, E. Saada, A. Spire, K. Weidenfeld, *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, *op. cit.*

854. Cette troisième tendance, qui semble la plus probable au regard de la jurisprudence, laisserait ainsi transparaître une administration de la preuve incomplète : il est en effet difficile de considérer la réponse du juge administratif comme étant « *adéquate* »[2440]. Une solution pourrait être que les magistrats puissent apprécier par eux-mêmes la disponibilité des traitements médicaux dans le pays d'origine, mais cela supposerait l'accès à une base de données, telles que la BISPO[2441]. Certaines décisions laissent supposer que la formation de jugement est allée chercher des informations par elle-même[2442], ce qui dénoterait une forme d'inégalité de traitement, certains juges se cantonnant aux mémoires des parties, quand d'autres iraient pallier la carence de ces derniers en recherchant par eux-mêmes des informations médicales. Cet écueil pourrait surtout être dépassé par le prononcé de mesures d'expertise ou d'instructions complémentaires pour remédier, notamment, à cette inégalité des armes. Mais le juge administratif, en y recourant avec une « *extrême parcimonie* »[2443], semble autolimiter son office.

B. La *normalisation* passive par le non-recours du juge aux mesures d'instruction

855. La possibilité prévue par le Code de justice administrative (CJA) de prononcer des mesures d'expertise (1) est peu utilisée dans le contentieux du droit au séjour pour soins, comme dans le contentieux des étrangers en général (2).

1. La possibilité jurisprudentielle de prononcer des mesures d'expertise

856. En vertu de ses pouvoirs généraux de la direction de la procédure, le juge administratif dispose de la faculté « *d'ordonner toutes les mesures d'instruction qu'il estime nécessaires à la*

2440C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 15.

2441Comme le souligne M. le Montagner, « *la consultation d'Internet permet d'obtenir des indications sur l'état sanitaire du pays, mais elle présente des limites, du fait de la fiabilité de certains sites* », *in* M. Le Montagner, « Le juge administratif et l'égalité de traitement », *in Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, *op. cit.*

2442TA Montreuil, 25 novembre 2011, n° 1104527 : « *les certificats médicaux rédigés l'un par un praticien du centre de l'hôpital Paul Broussé le 30 mars 2009 indiquant que le traitement paraît difficilement accessible dans son pays d'origine et l'autre par un médecin spécialiste le 6 mai 2011 indiquant que l'intéressée a reçu un traitement avec succès en 2009, mais que son état de santé nécessite une surveillance médicale ainsi que des examens cliniques et biologiques, sont peu circonstanciés quant l'indisponibilité du traitement dans son pays d'origine et ne sont pas de nature à remettre en cause l'appréciation portée par le préfet au vu de l'avis susmentionné du médecin de l'agence régionale de santé,* alors qu'il résulte en outre des informations sanitaires disponibles sur l'Egypte que ce pays dispose d'une offre de soins adaptée [nous soulignons] ».

2443V. Sizaire, « Le juge administratif et la protection des libertés. Éléments pour une garde partagée », *RDLF*, 2019 chron. n° 27.

solution des litiges qui lui sont soumis »[2444], et de « *veiller au respect des droits des parties, d'assurer l'égalité des armes entre elles et de garantir, selon les modalités propres à chacun d'entre eux, les secrets protégés par la loi* »[2445]. Le juge administratif « *ne peut donc assister passivement au déroulement du procès, en attendant que les éléments de preuve lui soient apportés par l'une ou l'autre des parties : il doit diligenter toutes les mesures d'instruction qui lui semblent nécessaires, ce pour quoi on dit parfois que le contentieux administratif ne connaît pas de charge de la preuve* »[2446]. En matière de contentieux du droit au séjour pour soins, le Conseil d'État a considéré que le juge administratif pouvait décider de recourir à une expertise pour déterminer si l'arrêt d'un traitement entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité[2447]. Ce recours à l'expertise est destiné à dépasser « *les difficultés rencontrées par le juge administratif pour se prononcer sur* (…) [un] *cas inaccoutumé* »[2448].

857. Nil Carpentier-Daubresse interroge l'obligation du juge administratif de prononcer des mesures d'instruction « *lorsque les éléments versés au dossier par les parties sont insuffisants*

2444CE, 1er octobre 2014, n° 349560. Les pouvoirs d'instruction du juge sont notamment régis par l'article R. 621-1 du Code de justice administrative, selon lequel la « *juridiction peut, soit d'office, soit sur la demande des parties ou de l'une d'elles, ordonner, avant dire droit, qu'il soit procédé à une expertise sur les points déterminés par sa décision. La mission confiée à l'expert peut viser à concilier les parties* ».

2445*Ibid*.

2446D. Chabanol, *La pratique du contentieux administratif,* Lexisnexis, 12è éd., 2018, p. 293.

2447CE, 30 juin 2003, n° 252621 ; J.-P. Martin, « L'utilité comme condition du recours à l'expertise », *in* T. Moussa (dir.), *Droit de l'expertise 2021-2022,* Dalloz, 2016, p. 455 : « *Si le plein contentieux est évidemment le terrain d'élection de l'expertise, le contentieux de la légalité sait accueillir des demandes particulièrement argumentées, sans que l'urgence qu'il y a à rendre la décision ne constitue en soi un obstacle. On citera, pour le contentieux de la reconduite à la frontière, le cas d'un étranger obtenant une expertise en faisant valoir qu'il suivait une hormonothérapie féminisante préparatoire à une intervention chirurgicale dont l'interruption pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et produisant, à l'appui de ses affirmations, des certificats médicaux circonstanciés, faisant état de changements physiques importants et de troubles de l'identité sexuelle ayant été à l'origine d'épisodes dépressifs graves* ». Sur les expertises devant le Conseil d'État de manière générale, voir J.-C. Bonichot, P. Cassia, B. Poujade, *Les grands arrêts du contentieux administratif,* Dalloz, 2020, p. 490 et s.

2448C. Cournil, « À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *art. préc*., p. 872 : « *Intéressé faisant valoir qu'il suit une hormonothérapie féminisante préparatoire à une intervention chirurgicale dont l'interruption pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité et produisant des pièces, notamment des certificats médicaux circonstanciés, faisant état de changements physiques importants et de troubles de l'identité sexuelle ayant été à l'origine d'épisodes dépressifs graves. Toutefois, l'état du dossier ne permettant pas d'apprécier la réalité et l'importance des troubles invoqués, l'état d'avancement du traitement hormonal suivi, ainsi que la nature et la gravité des risques pour la santé de l'intéressé liés à une éventuelle interruption de ce traitement, il y a lieu, avant de statuer sur la requête, d'ordonner une expertise sur ces points* ». C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française, L'Harmattan*, coll. « Logiques juridiques », 2013, p. 368 : « *le recours à l'expertise se justifie par le caractère trop technique ou scientifique de certaines questions. (…) en matière de recours pour excès de pouvoir, les juges peuvent avoir recours à l'expert dans des contentieux liés à des décisions administratives impliquant elles-mêmes des connaissances scientifiques ou techniques spécifiques* ».

pour permettre la manifestation de la vérité et établir l'intime conviction du juge »[2449]. Il lui revient de « *s'interroger sur la partie qui est la plus à même de fournir la preuve attendue. Si la charge de la preuve incombe au requérant mais que celui-ci n'est pas en mesure de l'apporter, il lui revient de faire état a minima d'allégations sérieuses* »[2450]. Toute la question, pour savoir quand l'arrêt *Cordière*[2451] doit être appliqué, est celle du caractère suffisamment sérieux des allégations de l'étranger sur son état de santé et l'accès aux soins dans son pays d'origine. Ce caractère correspond à un « *commencement de justification de nature à conférer aux allégations en cause un caractère sérieux* »[2452], et « *ce n'est qu'une fois ce sérieux apprécié* in concreto *par le juge et en l'absence d'élément probant produit en défense par l'administration que se posera la question du recours* »[2453] à des mesures d'instruction. Ainsi, « *en présence d'allégations sérieuses, le juge administratif a l'obligation de les vérifier en sollicitant la production de tout élément à la partie la plus à même de les fournir, sous peine de méconnaître son office* »[2454]. Mais en pratique, le prononcé d'une mesure d'expertise par le juge administratif est rare. Surtout, lorsqu'elle est prononcée, cette mesure concerne principalement les conditions relatives à la nécessité d'une prise en charge médicale et les conséquences d'une exceptionnelle gravité, et non l'accès aux soins dans le pays d'origine du requérant.

2449N. Carpentier-Daubresse, « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *AJDA*, 2014, p. 1143. Voir également F. Rolin, « Contribution à la théorie des normes jurisprudentielles : la généalogie du caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse », *RFDA,* 2019, p. 481.

2450Ibid.

2451CE, 26 novembre 2012, n° 354108 : « *Il appartient au juge de l'excès de pouvoir de former sa conviction sur les points en litige au vu des éléments versés au dossier par les parties. a) S'il peut écarter des allégations qu'il jugerait insuffisamment étayées, il ne saurait exiger de l'auteur du recours que ce dernier apporte la preuve des faits qu'il avance. b) Le cas échéant, il revient au juge, avant de se prononcer sur une requête assortie d'allégations sérieuses non démenties par les éléments produits par l'administration en défense, de mettre en œuvre ses pouvoirs généraux d'instruction des requêtes et de prendre toutes mesures propres à lui procurer, par les voies de droit, les éléments de nature à lui permettre de former sa conviction, en particulier en exigeant de l'administration compétente la production de tout document susceptible de permettre de vérifier les allégations du demandeur* ». Lire notamment X. Domino, A. Bretonneau, « Miscellanées contentieuses », *AJDA,* 2012, p. 2373. Voir également CE, 29 juin 1998, *Sté des Eaux d'Évian*, n° 157110, selon lequel le juge administratif peut venir au secours de l'une ou l'autre des parties, en lui apportant des preuves voir mêmes moyens non envisagés ou mal défendus ; CE., 30 oct. 2009, n° 298348, *Mme Perreux :* « *Le juge administratif fait usage des pouvoirs qu'il tient dans la conduite de la procédure inquisitoire et met en œuvre un mécanisme adapté de charge de la preuve qui tient compte des difficultés propres à l'administration de la preuve en ce domaine et des exigences qui s'attachent aux principes à valeur constitutionnelle des droits de la défense et de l'égalité de traitement des personnes.* [...] *En cas de doute, il lui appartient de compléter ces échanges en ordonnant toute mesure d'instruction utile* ».

2452B. Bourgeois-Machureau, Conclusions sous CE, 26 novembre 2012, n° 354108.

2453*Ibid*.

2454N. Carpentier-Daubresse, « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *art. préc.*, p. 1143.

2. La rareté du prononcé de mesures d'expertise pour les étrangers

858. Au regard de la jurisprudence, le juge administratif interprète strictement le « caractère sérieux » des allégations de l'étranger relatives à la compatibilité de son état de santé avec les conditions médicales fixées par l'article L. 313-11 11° du CESEDA. Du fait de cette interprétation stricte, des mesures d'expertise ne sont quasiment jamais prononcées (a). Cette pratique jurisprudentielle soulève une question quant au droit à un procès équitable de l'étranger gravement malade (b).

a) Une interprétation stricte du caractère sérieux des allégations de l'étranger

859. La nature des éléments produits par les requérants contestant un refus de titre de séjour est très variable, et dépend également du type de contentieux. Dans le cas de recours exercés à l'encontre d'un arrêté motivé par un avis médical défavorable au séjour émis par le médecin-évaluateur, une large part des éléments produits sont des documents médicaux relevant davantage de l'attestation ou de l'affirmation du défaut d'accès aux soins, sans que ne soient produits d'éléments véritablement probants[2455]. *A contrario*, dans le cas du contentieux des refus de séjour malgré l'avis médical favorable du médecin de l'ARS, les

2455Voir par exemple TA Amiens, 26 avril 2012, n° 1100589 : certificats indiquant que les traitements « *ne peuvent être dispensés dans son pays d'origine* » ; TA Cergy-Pontoise, 1er mars 2012, n° 1108079 **: «** *qu'elle ne produit, à l'appui de ses affirmations, aucun certificat médical mais seulement divers documents de nature médicale tels que comptes rendus d'examen ou ordonnances ; que ces documents qui ne précisent ni la nature exacte de l'affection de la requérante, ni son degré de gravité, ni le traitement suivi ou envisagé ne suffisent pas, à eux seuls, à établir que son état de santé nécessiterait une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ». Certains documents produits ne contiennent aucune information sur l'accès aux soins, et certains jugements mentionnent simplement que les certificats médicaux produits « *ne sont pas suffisamment étayés pour permettre de remettre en cause l'avis du médecin de l'agence régionale de santé* » (TA Cergy-Pontoise, 12 janvier 2012, 1105870). Voir également TA Cergy-Pontoise, 14 décembre 2011, n° 1106467 : « *que le requérant en se bornant à faire valoir deux certificats médicaux, au demeurant postérieurs à l'arrêté attaqué , le premier mentionnant "l'état de santé (de M. X) nécessite des soins spécialisés en France" , le second que "il me parait difficile que le patient puisse avoir la même prise en charge en Algérie où son état risquerait de s'aggraver", ne remet pas valablement en cause l'appréciation du préfet, fondée sur l'avis du médecin inspecteur de la Santé Publique, estimant qu'il peut effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans son pays* » ; TA Marseille, 21 février 2012, 1107899 : « *que le certificat médical établi le 8 décembre 2011 par le docteur C, cardiologue, qui mentionne que le suivi et le traitement de l'affection cardiaque de M. X serait difficile dans son pays d'origine, n'est pas de nature, en raison notamment de son imprécision, à remettre en cause la pertinence de l'avis émis par le médecin de l'agence régionale de santé* » ; TA Melun, 22 décembre 2011, n° 1007259 : « *qu'il soutient que son état de santé lui imposerait de rester en France dans la mesure où cette pathologie serait très mal soignée au Mali ; que toutefois les documents qu'il produit, des avis d'admission à l'aide médicale d'Etat, des prescriptions médicales, une facture d'un centre hospitalier et des certificats médicaux illisibles, imprécis, non circonstanciés sur le degré de gravité de sa pathologie et rédigés en des termes convenus, ne suffisent pas à établir que son état de santé nécessitait à la date de la décision contestée une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité* »

éléments médicaux produits par l'étranger apparaissent plus détaillés, au sens où les certificats de médecins sont plus fréquemment accompagnés d'autres sources relatives au défaut d'accès aux soins, telles que des attestations de laboratoires pharmaceutiques quant à la non-commercialisation de tel traitement, ou des rapports d'ONG. En tout état de cause, quel que soit le sens de l'avis médical, l'analyse du contentieux[2456] révèle que le juge administratif ne prononce aucune mesure d'instruction supplémentaire pour enjoindre à une partie d'étayer son argumentaire ni aucune mesure d'expertise pour l'éclairer médicalement. De telles mesures ont pourtant pu être prononcées dans quelques cas isolés[2457] , qu'il s'agisse du prononcé de mesures d'instruction avant dire droit[2458], ou du prononcé d'une mesure d'expertise médicale contradictoire[2459]. Ce constat amène à interroger les raisons pour lesquelles le juge administratif prononce aussi peu de mesures d'instruction complémentaires dans ce contentieux.

860. Une explication résiderait dans le seuil fixé par la jurisprudence pour apprécier le caractère « *suffisamment sérieux* » des allégations de l'étranger sur son état de santé et l'accès aux soins dans son pays d'origine. Il ressort évidemment des décisions analysées que dans plusieurs requêtes, les éléments médicaux produits se cantonnent à des documents peu explicites, tels que des certificats médicaux non descriptifs ou des ordonnances. Dans ces cas-là, de simples comptes-rendus d'hospitalisation ne sont pas considérés comme des éléments

2456Cette analyse porte sur 1041 décisions rendues par des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.

2457Ces cas sont épertoriés dans le recueil de jurisprudence réalisé par l'ADDE, la Cimade et le Comede : ADDE, Cimade, Comede, *Recueil de jurisprudence. Admission au séjour pour raisons médicales,* 2011.

2458CAA Lyon, 24 septembre 2009, n° 08LY01407 : « *qu'il y a lieu, en conséquence, de prescrire avant dire droit un supplément d'instruction afin que le préfet de l'Isère produise les éléments relatifs, d'une part, à l'existence de molécules de substitution aux médicaments prescrits au requérant par son médecin traitant dans les ordonnances produites au dossier, d'autre part, à l'offre de soins en l'Algérie dans la spécialité médicale concernée par la maladie du requérant* ».

2459TA Lyon, 24 avril 2007, n° 0603106 : « *que, dès lors, il y a lieu, avant de statuer sur la requête, d'ordonner une expertise contradictoire en vue de déterminer précisément la pathologie dont il souffre, le traitement qu'il doit suivre, si ce traitement peut se limiter à une simple surveillance médicale, dans tous les cas si ce traitement ou cette surveillance sont disponibles en Guinée et, enfin, si l'organisme de l'intéressé pourrait se réadapter à l'environnement de ce pays* » ; TA Lyon, 31 août 2007, n° 0705697 : « *que ce certificat ne précise pas les conséquences qu'entraîneraient pour le requérant un défaut de soins ou la non réalisation des examens auxquels il se réfère ; que ce document n'indique pas plus pourquoi ces soins et ces examens doivent être pratiqués en France, et s'ils ne peuvent l'être en Algérie ; que le préfet du Rhône fait valoir que la prise en charge médicale dont a besoin l'intéressé est accessible en Algérie, et que son défaut n'aurait pas pour l'intéressé des conséquences d'une exceptionnelle gravité ; qu'il ne produit toutefois à l'appui de ces allégations qu'un compte-rendu d'une visite de ses propres services auprès des consulats de France en Algérie, faisant état en termes généraux de l'appréciation portée par ces consulats sur le système de santé algérien, sans indication de sources médicales sur lesquelles ces appréciations sont fondées ; qu'ainsi, l'état du dossier ne permettant pas de statuer, il y a lieu de prescrire une expertise médicale contradictoire* ».

suffisamment sérieux, car ces derniers n'explicitent pas en quoi est-ce qu'ils démontreraient que l'état de santé de l'étranger correspond aux critères déterminés par l'article L. 313-11 11° du CESEDA pour que lui soit reconnu un statut. Mais certains éléments médicaux ne peuvent-ils être considérés comme un « *commencement de justification de nature à conférer aux allégations en cause un caractère sérieux* »[2460], lorsque l'administration ne produit rien de plus en défense que l'avis médical défavorable du médecin inspecteur, ce qui justifierait ainsi le recours à une mesure d'instruction ou d'expertise ?[2461]

2460B. Bourgeois-Machureau, Conclusions sous CE, 26 novembre 2012, n° 354108.

2461Pour divers exemples de jugements rejetés motivés par le caractère insuffisamment circonstancié des éléments médicaux produits : CAA Marseille, 28 novembre 2012, n° 11MA04087 : « *que la production par l'intéressé d'un bref certificat médical du docteur Galinier, dont la spécialité médicale n'est pas connue, établi près de trois ans avant la date de la décision en litige ainsi que des prescriptions médicamenteuses de 2011 d'un médecin psychiatre n'est pas de nature à établir que le défaut de prise en charge médicale risquerait d'avoir des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur l'état de santé de M. X* ». Pour un autre exemple, voir TA Amiens, 5 janvier 2012, n°s 1101650 et 1103009 : « *en effet, le certificat médical, établi le 1er décembre 2009 par un médecin généraliste, évoque certes un traitement « pour insomnie avec cauchemars dans un contexte anxio-dépressif » mais ne précise ni les conséquences en cas d'arrêt ou d'interruption du traitement ni l'origine de ces troubles et en particulier, le lien avec les évènements que M. X aurait vécus en République Démocratique du Congo dont la réalité n'a d'ailleurs pas été admise par l'Office français de protection des réfugiés et apatrides et la Cour nationale du droit d'asile* ». Voir également TA Paris, 15 décembre 2011, n° 1113134 : « *que si M.X souffre d'un trouble urinaire obstructif ayant nécessité une intervention, le certificat médical qu'il produit en date du 22 septembre 2011 émanant d'un chirurgien urologue n'apporte aucune précision sur la nature et la spécificité des soins dont il aurait encore besoin, ni sur leur indisponibilité dans son pays d'origine ; que s'il n'est pas contesté que le requérant souffre également de lombosciatique chronique, pour laquelle une prise en charge par un chirurgien orthopédique dans le cadre d'une libération du canal lombaire étroit est envisagée, il ne ressort pas des pièces du dossier que cette opération ait été programmée dans un avenir proche ; que les certificats médicaux du Dr Gaspa, médecin de rééducation, qui indiquent, pour les plus récents d'entre eux, qu'il serait ''dommageable'' d'interrompre le traitement médical et chirurgical initié, dans le cadre d'un retour dans son pays où ''l'accès aux structures de même type est extrêmement difficile à obtenir'' et que l'intervention chirurgicale ''ne peut être pratiquée au Pakistan'' sont insuffisamment circonstanciés sur ce point pour infirmer l'avis du médecin chef* » ; TA Amiens, 29 novembre 2011, n° 1102423 : « *qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment des certificats médicaux du Dr Seban et du Dr Bayle, que l'intéressé souffre d'un trouble dépressif majeur qui nécessite un traitement médical ; que cependant, eu égard aux termes dans lesquels ils sont rédigés et à l'absence de précisions quant aux conséquences de l'interruption du traitement médical, ces documents ne remettent pas sérieusement en cause l'appréciation portée par le médecin de l'agence régionale de santé quant à l'absence de conséquences d'une exceptionnelle gravité pouvant résulter du défaut de prise en charge médicale pas plus qu'ils n'établissent que l'intéressé serait privé de ressources en cas de retour au Nigeria et n'aurait donc pas la possibilité de bénéficier effectivement d'un traitement médical* ».

861. Certains jugements posent effectivement la question du niveau d'un tel seuil[2462] : ainsi, par exemple, le tribunal administratif de Montreuil a considéré que l'avis médical défavorable au séjour émis par le médecin de l'ARS n'est pas utilement contredit par un certificat médical produit par le requérant et mentionnant « *qu'un suivi est toujours nécessaire jusqu'à un an après la fin du traitement en vue de s'assurer de l'absence de rechute et de la réponse définitive ainsi que de l'absence de séquelle ou liée à des effets secondaires* ». En l'espèce, le défaut d'accès aux soins n'est pas non plus établi par le « *rapport médical* » rédigé par un praticien égyptien, « *eu égard à la généralité des termes* »[2463]. Ce commencement de justification aurait peut-être pu être considéré comme suffisamment sérieux pour envisager une mesure d'instruction complémentaire ou d'expertise, dès lors que la défense de la préfecture repose exclusivement sur l'avis médical défavorable au séjour de l'ARS, lui aussi énoncé en des termes généraux.

862. Pour un autre exemple, le tribunal administratif de Cergy-Pontoise a rejeté la requête d'une personne se prévalant « *d'un certificat médical unique et peu circonstancié, aux termes duquel elle est suivie pour ''un diabète assez sévère nécessitant des soins longs et coûteux''* », ce document ne permettant pas « *à lui seul, d'établir que l'état de santé de la requérante nécessiterait une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour elle des conséquences d'une exceptionnelle gravité* », et ce, alors même qu'aucun argumentaire ne semble produit sur ce point par la préfecture. Le tribunal semble considérer le défaut de caractère sérieux de ce document en raison du fait qu'il a été « *établi à la demande de l'intéressée* » et qu'il « *ne précise pas la nature exacte de la pathologie dont souffre la requérante et notamment la nature du diabète dont elle est atteinte, non plus que le traitement*

2462TA Montreuil, 8 mars 2012, n° 1110957 : « *que si elle titulaire d'une carte d'invalidité délivrée en 2008, les différents certificats qu'elle produit, qui se bornent à relever sans autre précision qu'elle ne peut se déplacer pendant des périodes de quelques mois hors de son domicile, qui relèvent son état d'anxiété et qui détaillent les différentes pathologies dont elle souffre en précisant que sa prise en charge serait aléatoire ou impossible en Algérie, ne sont pas, dans les termes où ils sont rédigés, de nature à contredire sérieusement sur ce point l'avis du médecin de l'agence régionale de santé* » ; TA Montreuil, 23 février 2012, n° 1105374 : « *que l'unique certificat médical versé au dossier, établi par un praticien hospitalier de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, en date du 16 décembre 2010, attestant, d'une part, que M. D est atteint d'une hypertension artérielle découverte en novembre 2009 et préconisant, d'autre part, que l'intéressé puisse rester en France pour une durée indéterminée, compte tenu des difficultés à obtenir son traitement en Côte d'Ivoire, ainsi qu'au risque vital s'il ne prenait pas, ne permet pas, dans les termes où il est rédigé, de contredire valablement la décision préfectorale qui précise que le défaut de prise en charge médicale ne devrait pas entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».

2463TA Montreuil, 1er juin 2011, n° 1105666.

médical dont elle aurait besoin »[2464]. Il ne s'agit pas de soutenir que tous les dossiers portés devant les tribunaux relatifs au droit au séjour pour soins devraient aboutir au prononcé de mesures d'instruction complémentaires ou d'expertises, ni de systématiser des cas-types où le juge administratif devrait y recourir, mais de relever que le juge administratif n'exerce quasiment jamais ses prérogatives en la matière, alors que certains dossiers pourraient être considérés comme apportant un commencement de justification de nature à conférer aux allégations en cause un caractère sérieux.

863. Ces divers exemples mettent dès lors en évidence une interprétation doublement restrictive des éléments médicaux : d'une part, de ceux qui peuvent être considérés comme suffisamment circonstanciés pour contredire un avis médical ; et d'autre part, de ceux qui peuvent être considérés comme suffisamment sérieux pour envisager un complément d'instruction. Selon Cédric Meurant, « *parce que le juge a, la plupart du temps, le choix de l'interprétation à opérer, la décision de s'en tenir à une interprétation stricte correspond à une véritable autolimitation par le juge de ses pouvoirs* »[2465]. Le choix de rarement prononcer des mesures d'expertise correspondrait ainsi à une « *action par omission du juge administratif* »[2466] ; la normalisation juridictionnelle du statut juridique de l'étranger

2464TA Cergy-Pontoise, 19 décembre 2011, n° 1104748. Pour d'autres exemples : TA Montreuil, 8 mars 2012, n° 1110957 : « *que si elle titulaire d'une carte d'invalidité délivrée en 2008, les différents certificats qu'elle produit, qui se bornent à relever sans autre précision qu'elle ne peut se déplacer pendant des périodes de quelques mois hors de son domicile, qui relèvent son état d'anxiété et qui détaillent les différentes pathologies dont elle souffre en précisant que sa prise en charge serait aléatoire ou impossible en Algérie, ne sont pas, dans les termes où ils sont rédigés, de nature à contredire sérieusement sur ce point l'avis du médecin de l'agence régionale de santé* » ; TA Montreuil, 23 février 2012, n° 1105374 : « *que l'unique certificat médical versé au dossier, établi par un praticien hospitalier de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, en date du 16 décembre 2010, attestant, d'une part, que M. D est atteint d'une hypertension artérielle découverte en novembre 2009 et préconisant, d'autre part, que l'intéressé puisse rester en France pour une durée indéterminée, compte tenu des difficultés à obtenir son traitement en Côte d'Ivoire, ainsi qu'au risque vital s'il ne prenait pas, ne permet pas, dans les termes où il est rédigé, de contredire valablement la décision préfectorale qui précise que le défaut de prise en charge médicale ne devrait pas entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité* ». TA Paris, 24 décembre 2011, n° 1112204 : « *qu'il ressort des pièces du dossier que, si Mme H fait valoir qu'elle est porteuse du virus de l'immuno-déficience humaine asymptomatique, le certificat médical produit, qui ne fait état que de la nécessité d'une surveillance clinique régulière et de ''difficultés d'accès'' aux soins dans son pays, ne permet pas d'établir que le préfet aurait méconnu dispositions précitées du 10° de l'article L. 511-4 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, alors surtout que cette circonstance n'a été portée à sa connaissance que postérieurement à sa décision et qu'il établit que la Côte d'Ivoire dispose de structures médicales de nature à traiter la pathologie en cause et d'une assurance médicale permettant aux plus démunis de faire face aux frais médicaux subséquents* ».

2465C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 149 : « *lorsque le juge administratif restreint son pouvoir d'interpréter les écritures des parties en se cantonnant à leur interprétation stricte, il s'autolimite* ».

2466A.-C. Vivien, *L'autolimitation du juge administratif*, Thèse, Lyon 3, 2005, pp. 4-5., cité *in* C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 149.

gravement malade se ferait alors également de manière passive. Il en résulte des interrogations quant au respect du principe contradictoire.

b) Un contrôle inéquitable de l'état de santé de l'étranger

864. Selon la Cour européenne des droits de l'Homme, ce principe implique l'obligation d'offrir « *à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire* »[2467]. Si *« la Convention ne réglemente pas le régime des preuves en tant que tel* », elle a jugé qu'elle devait « *rechercher si une procédure considérée dans son ensemble, y compris la manière dont la preuve a été administrée, a revêtu le caractère équitable voulu par l'article 6 § 1er* »[2468]. Selon l'analyse de Nil Carpentier-Daubress, « *la Cour pourrait, dans cette lignée, être amenée à se prononcer sur le rôle du juge dans l'administration de la preuve et sur l'usage qu'il fait ou non de son pouvoir inquisitoire. Ainsi cette question de l'opportunité du recours à une mesure d'instruction qui peut sembler, de prime abord, accessoire se rattache-t-elle plus fondamentalement au droit du justiciable à bénéficier d'un procès équitable* »[2469]. La question de la rupture de l'égalité des armes revêt d'autant plus d'intérêt que le ministère de l'Intérieur envisage de rendre possible une intervention des médecins de l'OFII dans la phase contentieuse, pour contre-expertiser les documents médicaux produits par le requérant[2470]. À cet égard, la question de l'impartialité de l'expertise – le ministère de l'Intérieur souhaitant que le service médical de l'OFII intervienne en qualité de tiers intervenant pour présenter des observations sur les documents médicaux produits par l'étranger – pourrait être soulevée[2471]. En outre, la variabilité du degré d'exigence aboutit à une inégalité territoriale de traitement. À titre d'exemple, pour le cas de trois ressortissants de République démocratique du Congo

2467CEDH, 27 octobre 1993, *Dombo Beheer B. V. c./Pays-Bas,* n° 14448/88.

2468CEDH, 18 mars 1997, *Époux Mantovanelli c./ France*, n° 21497/93.

2469N. Carpentier-Daubresse, « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *art. préc.*, p. 1146. Voir notamment J. Cornu, *Droit au procès équitable et autorité administrative,* thèse de droit public, 2014, 439 p.

2470Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

2471Voir notamment CAA Lyon, 5 octobre 2004, n° 04LY00429 : « *Considérant que lorsqu'un expert en assurances effectue des missions d'expertise pour une société d'assurance, il conserve son indépendance et n'est pas soumis à un lien de subordination vis-à-vis de cette société ; que la seule circonstance que l'expert désigné dans une instance judiciaire aurait eu l'occasion, dans le cadre de sa profession habituelle d'expert en assurances, d'effectuer des missions pour l'assureur d'une des parties à ce litige ne suffit par elle même à le faire regarder comme lié à cette partie ou à son assureur par un lien de subordination au sens des dispositions précitées ; que toutefois, sa récusation en tant qu'expert judiciaire peut être prononcée si la régularité ou l'importance de son activité pour l'assureur d'une des parties permettent de mettre en doute son impartialité et portent ainsi atteinte au caractère équitable du procès, que garantissent les stipulations de l'article 6-1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que les requérants invoquent* ».

atteints d'un diabète, deux recours exercés contre des arrêtés de refus de titre de séjour ont été rejetés pour le manque d'éléments médicaux produits[2472], et un a été annulé, le requérant parvenant à faire état d'attestations « *concordantes de pharmaciens de Kinshasa faisant état de la rareté des traitements nécessaires* »[2473].

865. Enfin, cette inégalité des armes conjuguée au recours infime aux mesures d'instruction ainsi qu'aux difficultés suscitées par le régime de la preuve, aboutissent à un contrôle juridictionnel parcellaire, le juge statuant dans une large majorité de dossiers sur la base d'éléments insuffisamment circonstanciés. Le juge ne devant « *statuer qu'en connaissance de cause* »[2474], il apparaît ainsi difficile de considérer le contrôle juridictionnel comme étant effectif, dès lors qu'il ne porte pas véritablement sur l'état de santé de l'étranger et l'accès aux soins dans le pays d'origine. Daniel Chabanol[2475] a proposé un changement qui permettrait de résoudre, ou du moins restreindre, le nombre de situations où le juge se prononce sur la base d'éléments insuffisamment circonstanciés, tout en économisant les compléments d'instruction : il s'agirait de laisser la possibilité « *au magistrat rapporteur de réunir les parties, avant l'audience, aux fins d'examiner avec elles si l'affaire est bien en état d'être jugée, et s'il ne conviendrait pas que l'une d'entre elles, ou les deux, versent aux débats telle ou telle pièce qui sera utile à la solution de l'affaire* »[2476]. Un tel procédé permettrait au rapporteur d'indiquer au requérant qu'il serait utile de produire des documents médicaux davantage circonstanciés pour que la formation de jugement puisse exercer un contrôle sur le fond, et non de simplement rejeter le recours.

866. Finalement, le renforcement du dialogue des juges et des parties[2477] permettrait de remédier aux carences des mémoires contentieux, sans supporter les contraintes liées au coût

2472TA Cergy Pontoise, 19 décembre 2011, n° 1104748 : « *un diabète assez sévère nécessitant des soins longs et couteux* » ; TA Paris, 22 novembre 2011, n° 1114321.

2473TA Nantes, 3 novembre 2011, n° 1107625. La même remarque peut être faite concernant trois ressortissants marocains souffrant d'un diabète de type 1 ayant entraîné des complications. Pour un rejet : TA Cercy-Pontoise, 15 décembre 2011, n° 1106053 ; pour une annulation : TA Marseille, 21 octobre 2011, n° 1105055 ; TA Cercy-Pontoise, 1er décembre 2011, n° 1103243.

2474R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12e éd., 2006, p. 844.

2475D. Chabanol, « Du dialogue des juges et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », *in Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, pp. 157-158.

2476*Ibid.*, p. 158 : « *certains dossiers sont trop embrouillés pour que l'on puisse se satisfaire de la façon que l'on a, aujourd'hui, de les instruire* ».

2477Sur l'application du principe du contradictoire à l'écriture des parties, voir C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, pp. 577 et s.

induit par le prononcé d'expertises médicales[2478]. Car en cantonnant son office aux mémoires des parties, en retenant une interprétation stricte de ces dernières, et en ne palliant pas leurs carences par le recours à des mesures d'instruction, le juge administratif affaiblit le caractère inquisitorial de la procédure. Mais au regard du volume représenté par le contentieux du droit au séjour pour soins (plusieurs milliers de recours par an), et du droit des étrangers en général[2479], il est peu probable qu'un tel procédé soit mis en place. Comme d'autres pans du droit, l'effectivité du statut de l'étranger gravement malade est tributaire des objectifs fixés par le législateur, de la « *réduction des délais de jugement* »[2480] « *aux impératifs de performance* »[2481], qui l'obligent à statuer de plus en plus rapidement. Mais l'un de ces objectifs est également la qualité des décisions juridictionnelles, dont la poursuite peut être questionnée dès lors qu'une part importante des jugements rendus ne se réfèrent pas à des éléments médicaux insuffisamment circonstanciés. Afin de remédier à ce problème, Anne Dulmet ainsi que le rapport remis au Premier ministre par le groupe de travail présidé par Jacques-Henri Stahl proposent d'accroître les pouvoirs du juge administratif, en lui permettant de saisir le médecin de l'OFII afin que ce dernier rendent un avis sur l'état de santé de l'étranger, et qui sera soumis « *au contradictoire et à l'appréciation de chacune des parties* »[2482].

867. En définitive, l'autolimitation de l'office du juge dans l'interprétation des conditions médicales, et *a fortiori*, de la portée de son contrôle juridictionnel, affaiblit la protection de la santé de l'étranger, celle-ci n'étant que très imparfaitement évaluée. En effet, une certaine dissymétrie s'observe entre d'un côté, les médecins de l'OFII qui convoquent les étrangers pour procéder à des examens médicaux dans un but de luttes contre la fraude – donc pour *disqualifier* l'étranger – et le juge administratif qui, *a contrario*, n'ordonne jamais de mesures d'expertise et, au final, se prononce sur un dossier médical incomplet. Il est dès lors évident

2478La contrainte liée à la durée de l'instruction d'un dossier a également évoqué dans certains entretiens.

2479Conseil d'État, *Rapport d'activité*, 2018, p. 33 : « *En 2018, 79 807 affaires enregistrées en droit des étrangers devant les tribunaux administratifs (37,5 % du total), 16 693 devant les Cours administratives d'appel (49,4 % du total), et 1975 devant le Conseil d'État (20,65 %)* ». Voir également : E. Nicolas, « Justice administrative : le contentieux des étrangers explose », *L'Est républicain*, 16 octobre 2019.

2480D. Labouysse, « Collégialité et qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, vol. 159, 2016, pp. 751-762.

2481C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 366. Sur l'effet d'une réforme du droit des étrangers sur l'évolution managériale d'un tribunal et son rôle politique dans le traitement des étrangers, voir N. El Qadim, « Contentieux des étrangers et vague managériale au tribunal administratif de Paris », *Droit et société*, vol. 84, no. 2, 2013, pp. 313-338.

2482Voir A. Dulmet, « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? », *AJDA,* 2016, p. 894 ; Conseil d'État, « 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous », *préc.*, p. 52.

que dans un cas comme dans l'autre, l'usage ou le non-usage des convocations contribue à la *disqualification* de l'étranger du processus de *catégorisation* pour raisons médicales. Cette autolimitation de l'office du juge administratif[2483] participe, à cet égard, à la *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade. Le seul véritable contrôle juridictionnel de l'état de santé de l'étranger intervient lorsque les pièces produites sont suffisamment détaillées. Mais là encore, se constate un déséquilibre dans la dialectique de la preuve.

§2. Une dialectique probatoire tendanciellement favorable à la maîtrise des flux migratoires

868. Le phénomène de *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade étant le fruit de *discours*, le contentieux administratif est le lieu où les *discours* antagonistes sur l'état de santé de l'étranger s'opposent : *discours* à finalité protectrice visant à démontrer que l'état de santé de l'étranger remplit les conditions, et *discours* à finalité normalisatrice visant à démontrer que l'étranger ne remplit pas ces conditions. Les éléments produits à l'appui de ces *discours* sont centraux : le juge administratif autolimitant son office, il faut que les éléments produits soient solides et détaillés. Par son interprétation des pièces produites par les parties – par la dialectique probatoire – le juge administratif produit lui aussi un *discours* relatif au statut juridique de l'étranger gravement malade. Il convient dès lors de s'intéresser à la réception par le juge administratif des pièces médicales produites par l'étranger et la préfecture. Il ressort de la jurisprudence un régime probatoire « à deux vitesses », caractérisée par une valeur probatoire des documents différemment interprétés selon de la partie dont elles émanent (A). Le contentieux singulier de l'étranger qui limite cette dialectique probatoire en refusant de lever le secret médical devant le juge renforce le constat d'un régime probatoire favorisant l'objectif de poursuite de la maîtrise des flux migratoires (B).

A. Un régime probatoire à deux vitesses

869. L'analyse du potentiel rôle politique joué par le juge administratif implique de s'intéresser aux modes de preuves admis pour démontrer l'accès ou le non-accès aux soins dans le pays d'origine, et le cas échéant, de leur hiérarchisation en fonction de la partie qui

2483Cédric Meurant parle également de « non-utilisation d'un pouvoir juridictionnel » (C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 149).

les produit (1). De l'admission de ces modes de preuve, et du contrôle opéré sur ceux-ci par le juge administratif, dépend la portée juridique de l'avis médical émis par le médecin de l'ARS ou de l'OFII, et la facilité de sa remise en question par l'étranger ou l'administration (2).

1. Une hiérarchisation des modes de preuve en fonction de leur producteur

870. Le juge du fond peut adapter la dialectique probatoire en fonction « *des difficultés d'un des plaideurs* »[2484], notamment pour rassembler des preuves des faits allégués. Si « *la charge est normalement répartie selon le droit commun* », le juge peut être amené « *à opérer une balance des preuves ou à se fonder sur un raisonnement probable, voire une présomption* »[2485]. Le juge du fond utilise alors « *véritablement ses pouvoirs inquisitoriaux, en allégeant ainsi la charge de la preuve, dès lors que le plaideur fait apparaître un commencement de preuve* »[2486]. Le caractère massif du contentieux du droit des étrangers en général, et du droit au séjour pour soins en particulier, amène le juge administratif à analyser une variété de documents, émanant tant de l'administration que de l'étranger, et surtout, une régularité des modes de preuve[2487]. Il apparaît dès lors intéressant de s'interroger sur la hiérarchisation potentielle des preuves rapportées devant lui, du degré de précision requis, et le cas échéant, d'une hiérarchisation de ces preuves en fonction de qui elles émanent, un phénomène qui a déjà été décrit pour les préfectures[2488].

871. Il ressort de l'analyse du contentieux que les modes de preuves admis par le juge administratif sont nombreux, au premier rang desquels figurent les certificats médicaux. À ces modes de preuves concrètes, car propres à la situation médicale de l'étranger, s'ajoutent des documents spécifiques à l'accès aux soins dans le pays d'origine : listes de médicaments

2484C. Foulquier, *La preuve et la justice administrative française*, *ouvr. préc.*, pp. 346-347.
2485*Ibid.*
2486*Ibid.*
2487*Ibid.* : « *selon le contentieux rencontré, on trouve une régularité dans les modes de preuve utilisés. En droit des étrangers, par exemple, les attestations écrites de témoignage n'ont aucune valeur probante* ».
2488F. Toubol-Fischer « *L'application de la loi par les préfectures : le règne d'Ubu* », *art. préc.*, p. 106 : « *Le ministre a par ailleurs créé de toutes pièces une hiérarchisation des preuves ''en fonction de leur degré de crédibilité'' : les preuves ''certaines'' qui sont les documents émanant d'une administration publique (''préfecture, service social, établissement scolaire'') les preuves ''ayant une valeur probatoire réelle'' qui sont les documents remis par une institution privée (''certificat médical, relevé bancaire présentant des mouvements'') les preuves ''ayant une valeur probatoire limitée'' qui sont les documents personnels (''enveloppe avec adresse libellée au nom du demandeur du titre de séjour, attestation d'un proche'')* ».

essentiels[2489], informations provenant de l'ambassade de France dans le pays d'origine de l'étranger, attestations de médecins exerçants dans le pays d'origine, rapports d'organisations non gouvernementales ou d'autorités publiques dudit pays, attestations de laboratoires pharmaceutiques, etc.[2490]. Si l'admissibilité de ces différents modes de preuves semble faire – presque – consensus au regard du contentieux, l'appréciation de leur caractère probatoire est plus variable.

872. La date d'élaboration du document constitue l'un des éléments pris en compte par le juge du fond pour apprécier sa pertinence probatoire. Sont communément écartés du débat les certificats médicaux produits par l'étranger postérieurement à l'arrêté de séjour litigieux[2491]. Cette tardiveté des documents est parfois relevée sans qu'elle constitue explicitement la motivation du rejet[2492]. Au contraire, d'autres formations de jugements acceptent de prendre en compte ces éléments dans leur contrôle[2493]. L'un des enjeux sous-tendus par la prise en compte (ou non) de ces éléments produits postérieurement a trait à l'éventuel changement d'état de santé de l'étranger depuis que l'arrêté a été pris. Les décisions prenant en compte ces éléments semblent donc attacher une importance à ce que ces documents fassent état de la situation médicale de l'étranger antérieure ou concomitante à l'arrêté[2494]. Il convient d'ailleurs de relever une forme d'incohérence dans le raisonnement écartant les certificats médicaux produits postérieurement à l'arrêté attaqué dans le cas d'un

2489Selon le site de l'Organisation mondiale de la Santé, « *la Liste modèle de médicaments essentiels (LME) de l'Organisation mondiale de la Santé a été créée en 1977 en vue d'offrir un modèle auquel les gouvernements puissent se référer pour sélectionner les médicaments et établir des listes nationales* ». Il ne s'agit pas d'une liste sur laquelle figurent les médicaments disponibles, mais nécessaires au besoin de la population du pays concerné : https://www.who.int/medicines/publications/essentialmedicines/fr/

2490Des documents plus originaux peuvent également être admis, telles que des résolutions de la Commission interaméricaine des droits de l'Homme « *permettant de faire présumer que, eu égard à l'offre de soins et aux caractéristiques du système de santé vénézuélien* », la requérante *« ne pourra pas y bénéficier d'un traitement approprié à son état de santé* » (TA Rouen, 29 janvier 2019, n° 1804732).

2491TA Paris, 28 février 2012, n° 1115107 ; CAA Paris, 4 décembre 2012, n° 11PA04573.

2492CAA Paris, 18 octobre 2012, n° 12PA00509 ; CAA Paris, 18 décembre 2012, n° 11PA04873.

2493CAA Paris, 20 décembre 2012, n° 11PA04967 ; CAA Versailles, 6 décembre 2012, n° 11VE02197 ; TA Melun, 15 novembre 2011, n° 1106146.

2494CE, 2 avril 2004, n° 258482 : « *Contrairement à ce que soutient le préfet de police, ce certificat, qui révèle des circonstances de fait existant à la date de l'arrêté du 26 mars 2003 ordonnant la reconduite à la frontière de Mme Z*, pouvait être pris en compte par le premier juge pour apprécier la légalité de cet arrêté ; que, dans les conditions, et nonobstant l'avis contraire du médecin en chef de la préfecture de police, ledit arrêté doit être regardé comme entaché d'une erreur manifeste dans l'appréciation de ses conséquences sur la situation de l'intéressée* » ; CAA Marseille, 28 juin 2012, n° 10MA04691 : « *qu'un autre certificat médical du 3 novembre 2010, postérieur à l'arrêté en cause, mais relatif à la situation de l'intimé antérieure aux décisions querellées* » ; TA Montreuil, 28 avril 2011, n° 1011248 : « que l'aggravation de l'état de santé de Mme B, s'agissant de cette dernière pathologie, a été au demeurant confirmée par le certificat médical établi le 7 octobre 2010, qui, bien que postérieur à la décision attaquée, ne fait que constater l'évolution d'une situation préexistante ».

refus de titre de séjour malgré l'avis médical favorable du médecin de l'ARS[2495] : la préfecture n'ayant théoriquement pas à connaître de l'état de santé de l'étranger au moment de l'édiction de l'arrêté, la production d'un certificat médical postérieur à ce dernier n'a, en toute hypothèse, pas d'influence sur l'instruction menée par celle-ci.

873. Une différence notable a pu être observée concernant la prise en compte de documents relatifs à l'accès aux soins dans le pays d'origine : lorsque l'étranger produit des documents relatifs à l'accès aux soins publiés postérieurement à l'arrêté, ils sont pris en compte par le juge administratif dès lors qu'ils décrivent une situation sanitaire antérieure à l'arrêté litigieux[2496]. La jurisprudence analysée ne semble pas exiger une telle temporalité à l'égard des documents produits par les préfectures, car sont pris en considération des documents édictés postérieurement à l'arrêté et décrivant une situation postérieure à celui-ci[2497], traduisant ainsi la prise en compte des documents relatifs à l'accès aux soins édictés postérieurement selon qu'ils émanent de l'étranger ou de la préfecture. Les documents présentant des éléments médicaux nouveaux postérieurs à l'arrêté ne sont généralement pas admis[2498], sauf ceux établis postérieurement à l'avis médical de l'ARS, mais avant la notification de l'arrêté[2499].

2495Pour un exemple, voir CAA Bordeaux, 13 décembre 2016, n° 16BX02374 : *« L'erreur ainsi alléguée n'est pas non plus établie par le certificat médical que produit M. C, établi le 11 juillet 2016, soit plus de cinq mois après l'intervention du refus de séjour en litige* »

2496CAA Versailles, 12 février 2015, n° 13VE03684 : « *que, si ces deux derniers certificats sont postérieurs à l'arrêté attaqué, ils révèlent cependant, compte tenu de leur contenu, une situation sanitaire au Maroc existant antérieurement à l'arrêté en litige* » ; TA Cergy-Pontoise, 4 décembre 2015, n° 1404409 : « *qu'elle produit un courrier électronique du laboratoire qui commercialise ce médicament, bien que postérieur à l'arrêté attaqué mais ayant un lien avec des faits qui lui sont antérieurs et qui sont à l'origine du litige, selon lequel il n'est pas commercialisé au Cameroun* ».

2497TA Lyon, 24 mars 2016, n° 1502657 : alors que l'arrêté litigieux date du 7 novembre 2014, la préfecture produit « *un message du 29 mai 2015 émanant du conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France du ministère de l'intérieur, certes postérieur à l'arrêté attaqué* », selon lequel « *si le traitement prescrit à la patiente n'existe pas en Arménie, la maladie de Crohn est prise en charge en Arménie, où d'autres médicaments, parmi lesquels des corticoïdes et des immunomodulateurs, recommandés par le guide des affections de longue durée de la haute autorité de santé pour le traitement de cette maladie existent* ».

2498TA Besançon,15 novembre 2011, n° 1400818 : « *le requérant ne peut par ailleurs utilement se prévaloir de documents médicaux faisant état de médicaments prescrits à une date postérieure aux arrêtés en litige* » ; CAA Nancy, 26 mars 2015, n° 14NC01667 : « *que le requérant ne peut par ailleurs utilement se prévaloir de documents médicaux faisant état de médicaments prescrits à une date postérieure aux arrêtés en litige* ».

2499 TA Montreuil, 29 avril 2014, n° 1308965 : « *en se bornant à s'appuyer sur l'avis du médecin de l'ARS, sans prendre en considération l'aggravation de l'état de santé du requérant intervenue postérieurement à cet avis mais antérieurement à la décision attaquée* (...) ». À noter que le Conseil d'État ne tient compte des éléments nouveaux que pour apprécier la possibilité de mettre légalement à exécution la mesure d'éloignement (CE, 21 mars 2001, n° 208541).

874. Outre la prise en compte des éléments postérieurs au refus de séjour, se pose également la question de l'ancienneté des documents produits, et en particulier, des documents relatifs à l'accès aux soins. Là encore, une variabilité s'observe, notamment quant aux fiches-pays : des tribunaux administratifs les prennent en compte[2500], et ce, alors qu'aucune autre pièce n'est produite à l'appui des allégations de la préfecture pour contredire l'avis médical[2501], quand d'autres vont les écarter[2502]. Certains tribunaux administratifs vont d'ailleurs explicitement considérer que des documents produits par la préfecture décrivant l'accès aux soins cinq ans avant l'édiction de l'arrêté ne sont pas trop anciens[2503]. La question des preuves non traduites est également récurrente, avec certaines formations de jugements qui les rejettent, quand d'autres considèrent « *que si certains des documents ainsi produits sont rédigés en langue anglaise, aucun texte ni aucune règle générale de procédure n'interdit au juge d'en tenir compte, les parties pouvant joindre à leurs écrits des pièces annexes rédigées dans une langue étrangère* »[2504]. Le tribunal administratif de Paris élève pour sa part le seuil de force probante en refusant de prendre en considération des copies de certificats médicaux[2505].

875. Enfin, la nature des documents est également déterminante pour apprécier son admissibilité. La liste des médicaments essentiels est un mode de preuve récurrent produit par les préfectures. Si majoritairement, les tribunaux administratifs et cours administratives

2500TA Bordeaux, 20 octobre 2011, n° 1102793 : « *que la fiche sanitaire du Togo, établie en 2006, précise que l'offre de soins concernant l'hépatite B est insuffisante et que le suivi biologique ne peut être assuré ; que le préfet de la Gironde, qui ne conteste pas les indications portées sur la fiche sanitaire produite par M. S sur le fondement d'informations plus récentes* ».

2501CAA Nantes, 19 mars 2015, n° 14NT02003, à propos d'un arrêté datant du 30 septembre 2013, et d'un document relatif à l'accès aux soins datant de 2006 : « *qu'en se bornant à relever que ce document a été établi en 2006, M. A...ne saurait être regardé comme contestant sérieusement l'existence de cette offre de soins en Arménie* ».

2502TA Lyon, 19 octobre 2011, n° 1104972 : « *que le tableau produit en défense, relatif à l'offre de soins dans ce pays et qui mentionne l'existence au 25 octobre 2006 d'une offre de soins pour la recto-colite ulcéro-hémorragique, n'est pas de nature, en raison de son ancienneté, à remettre en cause les éléments médicaux récents précités et donc à établir que le requérant pourrait effectivement bénéficier dans son pays d'origine, d'un traitement approprié pour son affection* » ; TA Lyon, 17 juillet 2014, 1402652 ; TA Grenoble, 6 juillet 2015, 1500251.

2503TA Besançon, 14 avril 2016, n° 1600167 : « *il ressort des autres pièces du dossier, notamment des notes de l'ambassade de France au Kosovo en date des 22 août 2010 et 6 mai 2011, qui ne sont ni trop générales ni trop anciennes, que l'Etat du Kosovo dispose de structures hospitalières spécialisées en matière psychiatrique et que les patients sont à même d'y trouver un traitement et des médicaments adaptés à leur état de santé* (...) ».

2504CAA Lyon, 8 mars 2016, n° 15LY00456.

2505TA Paris, 7 décembre 2011, n° 1110368/3-2 : si la requérante contredit l'avis médical en versant « *au dossier les traductions de deux certificats médicaux non datés qui auraient été émis par des médecins kirghizes, et qui font notamment état du caractère onéreux du traitement de l'hépatite C dans leur pays, ces documents ne peuvent être valablement pris en compte par le tribunal en l'absence des originaux* ».

d'appel les prennent en compte pour effectuer leur contrôle, le tribunal administratif de Lyon a considéré, isolément, qu'elle ne pouvait constituer un mode de preuve, sa vocation étant « *avant tout de définir les besoins prioritaires de la population et d'orienter la politique de santé publique d'un État* », elle « *n'a pas pour objet d'énumérer les médicaments commercialisés dans ce pays* »[2506]. Il en est de même pour les courriels du médecin-conseil de la DGEF, fréquemment fournis par les préfectures[2507]. Si ces derniers sont très majoritairement admis par le juge, de rares formations de jugement les ont exclus, et ce principalement pour trois raisons : d'une part, car ce conseiller n'a pas examiné l'intéressé et ne dispose pas de son dossier médical[2508] ; d'autre part, car il ne fait pas partie des autorités médicales habilitées à formuler un tel avis[2509] ; et enfin, car il n'est pas indépendant de la préfecture[2510]. Malgré leur caractère isolé, ces exemples incarnent une dimension politique, puisqu'en refusant de prendre en compte ces dernières, le juge administratif neutralise, du moins partiellement et indirectement, la stratégie des contre-enquêtes préfectorales[2511], et confirme la valeur juridique de l'avis médical émis par le médecin instructeur. Inversement, en validant le recours systématique à tel mode de preuve, le juge légitime ou facilite la pratique des contre-enquêtes préfectorales. Tel est le cas, par exemple, de l'Arménie, dont les ressortissants ont fait l'objet de nombreux refus de séjour malgré l'avis médical de l'ARS[2512] : pour motiver ces derniers, la préfecture du Rhône s'appuyait systématiquement sur les mêmes documents, en l'occurrence des documents issus de l'ambassade de France en Arménie, un courriel du conseiller santé auprès de la DGEF, un document de l'Institut de

2506TA Lyon, 21 juin 2016, n° 1600615. Le tribunal administratif de Grenoble n'a pas admis une liste de médicaments essentiels comme de preuve en considérant que « *si les médicaments essentiels devraient être disponibles en permanence dans le cadre de systèmes de santé opérationnels, le préfet n'établit pas, par les éléments qu'il produit, la disponibilité d'un traitement approprié dans le pays d'origine du requérant* » (TA Grenoble, 9 avril 2015, 1500251).

2507Sur le rôle de ce médecin, voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

2508TA Rennes, 22 avril 2016, n° 1600365.

2509TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502017 : « *Le préfet ne peut pas régulièrement se référer aux appréciations portées par le conseiller santé du Ministère de l'intérieur sur la possibilité d'adapter le traitement prescrit au requérant, ce conseiller, qui n'a pas examiné l'intéressé et qui ne dispose pas de son dossier médical, ne faisant, en tout état de cause, pas partie des autorités médicales habilitées à formuler un tel avis* » ; TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502053 : « *ce conseiller santé, qui n'a pas examiné la requérante et qui ne dispose pas de son dossier médical, n'est, en tout état de cause, habilité par aucune disposition législative ou réglementaire à formuler une appréciation sur la pertinence de l'avis rendu par le médecin de l'agence régionale de santé* ».

2510TA Strasbourg, 24 janvier 2017, n° 1605763 : « *Le conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France au ministère de l'intérieur, ne présente pas davantage de caractère probant dès lors que son rédacteur, qui ne paraît d'ailleurs pas avoir été informé de l'entier dossier médical de Mme X, n'est pas indépendant de la partie qui le produit* »

2511Voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

2512Les ressortissants arméniens représentent 41 % du total des contre-enquêtes médicales observées dans le cadre de la présente étude contentieuse.

santé des enfants et des adolescents d'Erevan, et une liste de médicaments enregistrés en Arménie[2513].

876. Il est à cet égard intéressant de souligner la question de la partialité des modes de preuve : certains requérants ont en effet avancé que les pièces produites par les préfectures pour renverser un avis médical favorable au séjour émis par le médecin de l'ARS, telle que ceux émanant des services d'ambassade français ou du médecin-conseil de la DGEF, sont « *entachés de partialité* »[2514] et ne sauraient dès lors être pris en compte par le juge. Cet argument [de la partialité des modes de preuve] n'a, au regard de la jurisprudence collectée, abouti indirectement qu'à une seule annulation d'un refus de titre de séjour pour soins[2515].

877. La question de l'admissibilité des modes de preuve de l'état de santé et, surtout, de l'accès aux soins dans le pays d'origine revêt ainsi un caractère déterminant dans le contentieux du droit au séjour pour soins : en admettant tel document émanant de telle autorité ou tel médecin comme mode de preuve, en rejetant tel document en raison de son ancienneté lorsqu'il est présenté par telle partie au procès, le juge administratif donne un « blanc-seing » implicite à certaines pratiques de l'administration ou à l'inverse invalide ces dernières. Afin de mesurer l'importance de l'admissibilité des modes de preuve sur l'action de l'administration, celle-ci doit être mise en perspective avec la hiérarchisation des modes de preuve.

2. Une hiérarchisation de la valeur probatoire des avis médicaux

878. Les principes jurisprudentiels s'appliquant à la contestation d'avis médicaux sont théoriquement les mêmes, que leur sens soit favorable ou non au séjour de l'étranger (a). Mais en pratique, une différence quant à leur valoir probatoire s'observe : le seuil probatoire fixé par le juge administratif pour qu'un avis médical soit « renversé » apparaît plus bas lorsque c'est la préfecture qui le conteste (b).

2513CAA Lyon, 17 décembre 2015, n° 15LY01291. Pour un exemple similaire, voir CAA Lyon, 17 mars 2016, n° 156LY02053.

2514CE, 24 juillet 2019, n° 420323 ; CAA Nantes, 24 novembre 2015, n° 14NT02697.

2515TA de Strasbourg, 24 janvier 2017, n° 1605763 **:** « *Le conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France au ministère de l'intérieur, ne présente pas davantage de caractère probant dès lors que son rédacteur, qui ne paraît d'ailleurs pas avoir été informé de l'entier dossier médical de Mme X, n'est pas indépendant de la partie qui le produit* ».

a) La valeur juridique de l'avis médical

879. D'une façon générale, le juge administratif se montre « *très exigeant lorsque c'est le demandeur qui a pris l'initiative de la modification des situations juridiques en invoquant le fait qu'il remplissait les conditions posées par la loi pour obtenir la reconnaissance d'un titre, l'octroi d'un avantage ou le bénéfice de certaines dispositions. Le juge attend alors naturellement de l'intéressé qu'il apporte la preuve qu'il réunit bien toutes les conditions exigées par la loi pour obtenir ce qu'il demande* »[2516]. Il apparaît dès lors intéressant d'évaluer si le juge administratif adapte ce degré d'exigence lorsque l'étranger produit l'avis médical du médecin de l'ARS que la préfecture a décidé de ne pas suivre, sans avoir une véritable connaissance de sa « situation juridique », car ne connaissant pas l'état de santé de l'étranger[2517]. Le juge administratif François Béroujon considère que « *lorsque le préfet amorce la dialectique de la preuve sur la question de l'existence d'un traitement médical dans un pays par la production d'éléments généralistes, nous considérons que l'étranger y répond suffisamment pour que vous puissiez forger votre conviction, dans le respect de la jurisprudence dite Cordière, en produisant soit les avis médicaux favorables dont il dispose bien que silencieux sur la nature de la pathologie et/ou d'autres documents tout aussi généralistes que ceux du préfet qui indiqueraient que certaines maladies ne sont pas traitées dans le pays* »[2518]. Se pose ainsi la question de la réalité de cette interprétation par les juridictions administratives, et plus spécifiquement, la force probante de l'avis médical que le préfet doit viser dans son arrêté pour refuser la délivrance d'un titre de séjour pour soins : est-ce que le juge administratif se montre aussi exigeant dans la dialectique de la preuve lorsque l'étranger conteste un refus pris au regard de l'avis médical défavorable au séjour, ou lorsque ce dernier lui est favorable, mais que la préfecture a décidé de le contredire ?

880. L'avis médical émis par le médecin sur la demande de titre de séjour pour soins ou de protection contre l'éloignement ne constitue pas une décision administrative, mais n'est pas pour autant dénué d'effet juridique[2519], et surtout, probatoire. Simplement consultatif, ses

2516D. Léger, *La preuve devant le juge administratif français*, rapp. préc., p. 40. Le rapport fait ici référence à l'arrêt *sieur Klein* du Conseil d'État rendu le18 février 1959.

2517Voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

2518F. Béroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *art. préc*.

2519CAA Lyon, 26 août 2014, n° 14LY00260 : « *Considérant que Mme X ne peut pas utilement se prévaloir, pour contester l'avis médical rendu le 7 avril 2011, qui ne constitue pas une décision, des dispositions du dernier alinéa de l'article 4 de la loi n° 2000-321 relatives aux décisions de l'administration* ».

effets varient selon le type de contentieux administratif. En référé-liberté, un avis favorable au séjour constitue un élément nouveau[2520] permettant de caractériser une atteinte à une liberté personnelle laissant présumer une potentielle violation de l'article L. 511-4 10° du CESEDA. Dans le contentieux du recours pour excès de pouvoir, et plus spécifiquement, le contentieux des refus de séjour pour soins, il est considéré comme un « *élément de fait susceptible de faire présumer l'existence ou l'absence d'un état de santé de nature à justifier la délivrance ou le refus d'un titre de séjour* »[2521]. Dans ce cas, la jurisprudence considère qu'il « *appartient à l'autre partie, dans le respect des règles relatives au secret médical, de produire tout élément permettant d'apprécier l'état de santé de l'étranger et, le cas échéant, l'existence ou l'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi* »[2522]. L'appréciation finale revient aux juges administratifs, leur conviction se déterminant au regard des échanges contradictoires, alors qu'ils ne sont pas nécessairement compétents pour évaluer des données médicales[2523]. L'interprétation de la force probante de l'avis médical et de la charge de la preuve peut varier selon le sens de ce dernier, qu'il soit favorable ou non au séjour.

881. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Lyon a considéré que la charge de la preuve en cas d'avis favorable au séjour incombe au préfet qui doit alors justifier des éléments qui l'ont conduit à écarter l'avis médical[2524]. La force probante varie alors selon l'interprétation du caractère suffisamment convaincant des éléments produits par la préfecture. Le même cadre s'applique à l'étranger qui souhaite contredire un avis médical défavorable à son séjour.

b) Une différence de valeur probatoire selon le sens de l'avis

882. La force probante de l'avis médical varie en pratique selon qu'il soit favorable au séjour de l'étranger, notamment lorsque le contentieux est relatif à une contre-enquête médicale de la préfecture (i), et lorsqu'il lui est défavorable (ii).

2520 Lorsqu'il intervient postérieurement au prononcé de l'OQTF et que la préfecture n'a pas réexaminé la situation de la personne en le visant. Lire notre analyse : N. Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *art. préc*.

2521 Voir par exemple CAA Douai, 15 septembre 2016, n° 15DA01731 ; CAA Nancy, 17 mars 2016, n° 15NC02287.

2522 *Ibid*.

2523 Comme le souligne un juge administratif au cours d'un entretien en 2016 : « *Quand on parle de molécules, nous, on est un peu démuni* ».

2524 CAA Lyon, 15 novembre 2012, n° 12LY00869.

i. La force probante de l'avis médical favorable au séjour de l'étranger

883. Dans ses conclusions, Aline Samson-Dye, rapporteure publique, indique que « *dans le cadre d'un régime de preuve objective, cet avis constitue un premier élément, au profit du requérant, qu'il appartient ensuite au préfet de contredire par des éléments suffisamment probants. L'étranger a ainsi l'avantage* »[2525]. Mais cet avantage peut être relatif selon l'interprétation effectuée par le juge des éléments produits par la préfecture.

884. En effet, dès lors que des formations de jugement acceptent de renverser la force probante d'un avis médical sur la base d'une liste de médicaments essentiels d'un pays sur laquelle figure un traitement équivalent, il est plus aisé pour les préfectures de démontrer l'accès aux soins. C'est ce qu'il ressort de plusieurs décisions, dont une de la Cour administrative d'appel de Bordeaux qui a considéré que l'avis médical favorable au séjour de l'étranger était utilement contredit par la production d'une telle liste, qui indique que les médicaments prescrits appartiennent à des catégories thérapeutiques disponibles dans le pays d'origine. La Cour administrative d'appel renverse alors la charge de la preuve, en faisant peser sur l'étranger le soin de « *démontrer en quoi les traitements dont le préfet a établi l'existence ne seraient pas appropriés à sa pathologie* »[2526]. D'autres documents sont considérés comme suffisamment probants pour contredire un avis médical, tel qu'un courriel du conseiller santé pour la DGEF indiquant à la préfecture que les traitements nécessités étaient effectués au Kosovo, sans plus de détail[2527]. La démonstration du caractère substituable ou non des traitements allégués[2528] par la préfecture est révélatrice du déséquilibre de la dialectique probatoire. Si le tribunal administratif de Grenoble a considéré qu'il ne revient pas au juge administratif de « *rechercher si les molécules pharmaceutiques dont les appellations commerciales sont simplement citées par le service administratif consulté par le préfet au titre des médicaments distribués dans le pays d'origine, sont équivalentes à*

2525A. Samson-Dye, « Refus de titre de séjour à un étranger malade après avis favorable du médecin de l'ARS », *AJDA,* 2014, p. 1546.

2526CAA Bordeaux, 13 décembre 2016, n° 16BX02374. Voir également CAA Lyon, 15LY02962 ; Voir aussi CAA Lyon, 12 avril 2016, n° 15LY02481.

2527CAA Lyon, 22 mai 2014, n° 13LY03000 : « *que, toutefois, le conseiller santé auprès du secrétaire général à l'immigration et à l'intégration, consulté par le préfet de la Haute-Savoie, a indiqué à ce dernier, en octobre et décembre 2012, que la pose de prothèses totales de hanche et de genou et le suivi post-opératoire étaient réalisés au Kosovo* ».

2528Sur les traitements substituables, voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2

celles qui sont administrées à l'intéressée en France »[2529], cette position de principe apparaît minoritaire. En effet, il ressort de la jurisprudence qu'une part importante de décisions mentionne simplement que la préfecture produit un document selon lequel le médicament du requérant « *peut être substitué par un équivalent* »[2530], ou constate que la ou les pathologies du requérant peuvent y être traitées selon les documents produits par l'administration[2531] : l'avis médical du médecin de l'ARS est alors contredit sur la seule base de l'affirmation de l'administration.

885. Il arrive également que l'étranger produise d'autres documents à l'appui de l'avis médical qui lui est favorable, venant ainsi théoriquement conforter son avantage. Mais la jurisprudence tend à démontrer que dès lors que d'autres documents sont produits par les parties, la force probante de l'avis médical diminue corrélativement, le secret médical étant levé. Ainsi, des documents généraux produits par la préfecture, tels que la liste nationale des médicaments, suffisent à renverser des documents circonstanciés produits par l'étranger. En l'occurrence, il s'agit d'un certificat médical précisant que les personnes souffrant de la pathologie en cause sont évacuées vers d'autres pays, et d'une attestation de l'ambassade du pays d'origine, selon laquelle il n'y existe pas de service hospitalier permettant de traiter la pathologie du requérant[2532]. Ou, pour un autre exemple, deux courriels de l'ambassade de France du pays d'origine et du médecin-conseil de la DGEF permettent de contredire un rapport d'ONG dénonçant les carences du système de santé du pays, ainsi que l'avis médical de l'ARS[2533]. La Cour d'appel de Lyon a également fait prévaloir un courriel du médecin-conseil de l'ambassade de France en Arménie mentionnant des informations générales sur l'accès aux soins psychiatriques qui n'établissent pas spécifiquement la disponibilité de traitements équivalents nécessaires au requérant, alors que ce dernier a produit, outre l'avis médical favorable, un certificat médical détaillé et un document émanant du centre d'expertise des médicaments et des technologies médicales situées dans le pays d'origine,

2529TA Grenoble, 24 février 2015, n° 1407151 : « *le préfet de l'Isère se prévaut de courriels du conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France relatifs à la disponibilité de divers traitements et dont pas un, y compris ceux relatifs au suivi psychologique et non psychiatrique, ne concerne la requérante* ».

2530Voir par exemple CAA Lyon, 9 novembre 2015, n° 15LY02962 : « *toutefois, le préfet de la Haute-Loire produit un courriel du conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France du ministère de l'intérieur indiquant que le Déroxat et le Sérestra sont disponibles en Géorgie, en faisant référence à la liste des médicaments sur le site du ministère de la santé de Géorgie, et que le Strésam peut être substitué par un équivalent, notamment par l'hydroxyzine* ».

2531Voir par exemple CAA Nancy, 2 juillet 2015, n°s 14NC02084 &14NC02085.

2532CAA Nantes, 16 juin 2016, n° 15NT02893.

2533CAA Lyon, 19 novembre 2015, n° 15LY03330.

confirmant l'absence des médicaments nécessités[2534]. En d'autres termes, la valeur probante de l'avis médical, ainsi que des attestations d'ambassade ou d'hôpitaux dans le pays d'origine varie selon que ce soit la préfecture ou l'étranger qui les produit. Cela confirmerait ainsi que « *le juge administratif procède à un traitement différencié de la preuve selon que celle-ci émane de l'Administration ou de la personne malade* »[2535].

886. Une décision de la Cour administrative d'appel de Lyon incarne ce déséquilibre de la dialectique probatoire en faveur de la préfecture. Alors que le requérant invoque être atteint d'une hépatite C et d'un diabète de type II, la préfecture contredit l'avis médical favorable du médecin de l'ARS en ne produisant que des documents médicaux relatifs à l'hépatite C. La CAA de Lyon considère que la préfecture renverse la charge de la preuve, car « *l'intéressé n'apporte aucun élément tendant à démontrer l'impossibilité pour lui de suivre son traitement antidiabétique en Arménie* »[2536]. Cette décision révèle ainsi un déséquilibre de la charge de la preuve : malgré l'avis médical favorable au requérant, fondé sur l'entièreté de son dossier médical, la Cour administrative d'appel considère que la préfecture démontre l'accès aux soins alors qu'elle ne le fait que pour une des deux pathologies. Autrement dit, pour les pluripathologies, la démonstration de l'accès aux soins pour une maladie renverse la charge de la preuve pour les autres.

887. D'autres décisions semblent plus exigeants quant aux documents à produire pour qu'un avis médical favorable puisse être renversé par l'administration. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Nancy[2537] a considéré qu'un tel avis n'était pas remis en cause par

2534CAA Lyon, 6 juin 2015, n°s 14LY02830, 14LY02832. Pour un autre exemple, voir CAA Lyon, 26 janvier 2017, n° 16NC01581 : « *un rapport du 22 août 2010 émanant de l'ambassade de France au Kosovo, complété par des éléments du ministère de la santé au Kosovo transmis au préfet le 15 janvier 2016 par l'intermédiaire du conseiller santé près le directeur général des étrangers en France, dont il ressort que les structures médicales et les traitements médicamenteux nécessaires au traitement des pathologies psychiatriques sont disponibles au Kosovo* » permettent de contredire un avis médical favorable, à l'appui duquel le requérant produisait des documents « *selon lesquels plusieurs pharmaciens kosovars auraient certifié ne pas disposer des médicaments qui lui sont prescrits* ». Mais comme ces attestations concernent un autre patient, elles ne sont pas « *pas de nature à contredire les éléments produits par le préfet sur la disponibilité de ces mêmes médicaments au Kosovo* ».

2535A. Banus, *Le renforcement des difficultés probatoires dans la procédure de titre de séjour pour soins depuis la réforme du 7 mars 2016,* mémoire de Master 2, Université Paris-Nanterre, 2019, p. 44.

2536CAA Lyon, 25 mars 2016, n° 15LY04133 : « *qu'au surplus, l'intéressé n'apporte aucun élément tendant à démontrer l'impossibilité pour lui de suivre son traitement antidiabétique en Arménie* ».

2537CAA Nancy, 17 mars 2016, n° 15NC02287. Pour un autre exemple, voir CAA Nancy, 5 juillet 2016, n° 16NC00279 : « *pour remettre en cause la présomption d'indisponibilité des soins résultant de cet avis, le préfet produit un courriel émanant du médecin, conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France, qui indique que les traitements médicamenteux prescrits à Mme P sont disponibles en Albanie et se*

un courriel « *du conseiller santé du directeur général des étrangers en France du ministère de l'intérieur qui remet en cause, par principe, la gravité de la pathologie dont souffre le requérant et les conséquences d'un arrêt du traitement* », celui-ci se référant à « *un site internet et à un document, rédigé exclusivement en langue anglaise et daté de 2011* », soit quatre années avant l'arrêté en cause. Face à un courriel du conseiller santé pour la DGEF, certaines formations de jugement exigent qu'il soit étayé par d'autres documents, quand certaines formations s'en contentent pour renverser la charge de la preuve.

ii. La force probante de l'avis médical défavorable au séjour de l'étranger

888. On constate donc une hiérarchisation des modes de preuve, le juge administratif étant plus ou moins exigeant en fonction de quelle partie (l'administration ou l'étranger) elles émanent. Mais ce constat est à relativiser au regard de la perspective inverse : lorsque l'avis médical est défavorable au séjour de l'étranger et que dans ce cas, la préfecture bénéficie d'un avantage. Il arrive que l'étranger produise des documents qui semblent peu circonstanciés, mais contrairement aux préfectures contredisant un avis médical favorable, ils ne permettent pas de le contredire utilement. C'est ce qu'il ressort notamment de plusieurs jugements du tribunal administratif de Montreuil[2538]. Certaines formations de

réfère à une liste des médicaments disponibles établie par les autorités albanaises ; que toutefois, le préfet, qui mentionne aussi cette liste de médicaments dans son arrêté, n'a pas produit ce document, ainsi que le relève Mme P ; qu'en outre, si le conseiller santé du ministère de l'intérieur souligne que la malformation dont souffre la requérante est ancienne, cette circonstance ne suffit pas à elle seule à établir que l'intéressée pourrait bénéficier d'une prise en charge appropriée à son état en Albanie alors même que, ainsi que le précise un chirurgien de l'hôpital militaire de Tirana où Mme P a été opérée, ses troubles pneumologiques sont postérieurs à la malformation de sa colonne vertébrale et que, selon l'attestation établie par ce médecin le 22 novembre 2014, elle ne peut bénéficier d'aucun traitement en Albanie ; que le préfet ne donne aucune précision sur les éléments qui lui ont été transmis le 9 septembre 2014 par l'ambassade de France en Albanie ; qu'enfin, s'il produit un rapport de l'Organisation internationale pour les migrations du 6 avril 2009 ainsi qu'un rapport émanant du ministère de l'intérieur britannique, ces documents, de portée générale, ne permettent pas de démontrer que les soins nécessaires à Mme P sont disponibles en Albanie ».

2538TA Montreuil, 1er juin 2011, n° 1105666 : l'avis médical défavorable au séjour n'est pas utilement contredit « *par le certificat médical en date du 4 février 2011 produit par le requérant qui mentionne, d'une part, que l'intéressé a fait l'objet d'un traitement, par Interféron et Rivabirine, d'une durée d'un an, jusqu'au 24 septembre 2010 et que ''la réponse virale était négative'', d'autre part, ''qu'un suivi est toujours nécessaire jusqu'à un an après la fin du traitement en vue de s'assurer de l'absence de rechute et de la réponse définitive ainsi que de l'absence de séquelle ou liée à des effets secondaires'' ; que l'intéressé, qui ne fait depuis lors l'objet que d'une simple surveillance par des bilans trimestriels hématologiques et hépatiques, n'établit pas davantage, eu égard à la généralité des termes du ''rapport médical'' rédigé le 2 juillet 2011 par un praticien égyptien, qu'il ne pourrait effectivement bénéficier dans son pays d'origine d'un suivi médical approprié* ». TA Montreuil, 23 février 2012, n° 1105374 : « *que l'unique certificat médical versé au dossier, établi par un praticien hospitalier de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris, en date du 16 décembre 2010, attestant, d'une part, que M. D est atteint d'une hypertension artérielle découverte en novembre 2009 et préconisant, d'autre part, que l'intéressé puisse rester en France pour une durée indéterminée, compte tenu des difficultés à obtenir son traitement en Côte d'Ivoire, ainsi qu'au risque vital s'il ne prenait pas, ne permet pas, dans les termes où il est rédigé, de contredire*

jugement retiennent au contraire une conception souple de la charge de la preuve en faveur de l'étranger : ainsi, un requérant soutenant ne pouvoir accéder aux soins dans son pays d'origine en raison de la pénurie des médicaments nécessaires obtient gain de cause, et ce, malgré l'avis médical qui lui était défavorable et la production par le préfet « *de deux saisies d'écrans de pages d'un site commercial et d'un forum de discussion figurant sur internet, faisant état d'une disponibilité des molécules susmentionnées en Algérie* »[2539]. Ce pragmatisme se retrouve également dans certains jugements admettant que le requérant renverse la charge de la preuve en contredisant l'avis médical défavorable au séjour par la production de certificats médicaux très généraux et imprécis[2540]. Un jugement du tribunal administratif de Montreuil retient toutefois une interprétation radicalement différente[2541].

889. Dans deux autres cas, un requérant produisant deux certificats médicaux détaillés, ainsi qu'une instruction générale émanant du ministère de la Santé relative aux difficultés d'accès aux soins dans son pays d'origine pour la pathologie en cause, renverse l'avis médical défavorable au séjour, en l'absence d'autres éléments produits par la préfecture[2542]. Un avis médical défavorable est également utilement contredit par la production de « *trois attestations concordantes établies par des pharmaciens de Kinshasa faisant état de la rareté des traitements nécessaires* » au requérant, au sujet desquels le préfet se contente de

valablement la décision préfectorale qui précise que le défaut de prise en charge médicale ne devrait pas entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité ; qu'eu égard à ce qui précède, le requérant ne saurait dès lors utilement invoquer la circonstance, à la supposer établie, que le suivi médical qui lui est nécessaire ne pourrait pas être poursuivi en Côte d'Ivoire, notamment en raison de la situation politique qui y règne ».

2539TA Marseille, 24 janvier 2012, n° 1106939.

2540TA Paris, 8 novembre 2011, n° 1107763.

2541TA Montreuil, 25 novembre 2011, n° 1102092 : « *Considérant, d'autre part, que si M. X, de nationalité égyptienne, fait valoir qu'il souffre d'une hépatite C chronique avec des lésions sévères assortie d'une évolution fluctuante dépistée en France en avril 2010 et pour laquelle il fait l'objet d'un suivi médical régulier, il ressort toutefois des pièces du dossier, notamment de l'avis précité émis par le médecin de l'agence régionale de santé, que le défaut de prise en charge médicale de sa pathologie ne devrait pas entrainer pour le requérant des conséquences d'une exceptionnelle gravité et que celui-ci pouvait recevoir des soins appropriés dans son pays d'origine ; que le certificat médical produit par le requérant, établi le 18 janvier 2011 postérieurement à l'arrêté attaqué par un médecin du Comede, se borne d'une part à relever que les complications engendrées par la pathologie de l'intéressé exposent les patients à un risque de mortalité, d'autre part que compte tenu des indicateurs de santé relevés par l'OMS ou le PNUD ainsi que du niveau de vie général de la population égyptienne, les soins appropriés à l'état de santé du requérant ne serait pas effectivement disponibles ; qu'eu égard toutefois tant à l'imprécision qu'à la teneur de ses termes, ce certificat ne permet pas de remettre utilement en cause l'appréciation portée par le médecin de l'agence régionale de santé puis par le préfet sur l'état de santé de l'intéressé et la disponibilité des soins au* (sic) *Egypte ; qu'enfin en se bornant à évoquer son origine paysanne, l'intéressé n'établit pas davantage que cette circonstance s'opposerait à un accès effectif aux soins requis par son état de santé ; que, par suite, M. X n'est pas fondé à soutenir que le préfet de la Seine-Saint-Denis aurait méconnu les stipulations précitées du 11° de l'article L. 313-11 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* ».

2542TA Montreuil, 6 juin 2011, n° 1106333.

contester l'authenticité et la force probante[2543]. Enfin, d'autres formations de jugement considèrent que lorsque l'étranger conteste la teneur de l'avis, il revient à l'autorité administrative de justifier ce dernier. C'est ce qu'il ressort notamment d'un jugement du tribunal administratif de Marseille, dans lequel le requérant ne semble pas motiver son argumentaire pour contredire l'avis médical concluant à l'accès effectif aux soins. Il annule néanmoins l'arrêté, en considérant « *qu'au soutien de cette dernière appréciation, contestée par M. X, le préfet des Bouches-du-Rhône se borne à produire un document qui, s'il recense les centres hospitaliers et sanitaires des Comores, est dépourvu de précisions sur leurs moyens ou leur spécialité* »[2544].

890. L'interprétation des éléments produit par le requérant de nature à remettre en cause l'avis médical, et donc de renverser la charge de la preuve, apparaît variable d'une formation de jugement à une autre. Surtout, le contrôle juridictionnel apparaît asymétrique[2545]. La tendance générale qui ressort de la jurisprudence met en évidence une plus grande facilité pour l'administration de contredire l'avis médical que pour l'étranger. Outre les divers exemples précités, ce constat est corroboré par les taux d'annulation des refus de séjour selon que l'avis médical est favorable ou non à l'étranger : dans le cas du contentieux relatif à l'application des arrêts *Jabnou* et *Bialy*[2546] (contentieux de refus de séjour pour lesquels l'avis médical était défavorable), le taux d'annulation de ces arrêtés est de 12,8 %, soit 92 arrêtés annulés sur 715 recours exercés. Le taux d'annulation des arrêtés de refus de séjour malgré l'avis médical favorable s'élève à 26 %. Cela révèle ainsi que l'étranger part avec plus de chance de voir son arrêté annulé que si l'avis médical lui était défavorable. À l'inverse, cela signifie que dans 74 % des cas, les formations de jugement considèrent que les préfectures apportent suffisamment de preuves pour contredire l'avis médical et les éventuels éléments avancés par l'étranger. La force probante de l'avis médical varie ainsi légèrement en fonction de quelle partie conteste sa teneur, laissant transparaître une double hiérarchisation : en

2543TA Nantes, 3 novembre 2011, n° 1107625.

2544TA Marseille, 24 novembre 2011, n° 1106220. Pour un exemple similaire voir TA Marseille, 30 janvier 2012, 1106633 : « *que le préfet des Bouches-du-Rhône ne justifie pas en l'instance du suivi possible hématologique de M.X en Algérie eu égard à ses pathologies* ».

2545J.-L. Lachaume, « Violation de la règle de droit », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, juin 2013 : au sens où il « *n'est pas nécessairement le même suivant, qu'à propos d'une même matière, l'acte administratif accorde ou refuse ce que demande l'administré* ».

2546Sur la méthodologie, voir *supra,* introduction au Chapitre 1 du Titre 2, Partie 2.

fonction de qui conteste l'avis médical d'une part ; et en fonction de quelle partie produit un début de preuve d'autre part.

891. Surtout, en confirmant les contre-enquêtes sur la base de documents généraux, le juge administratif abaisse le seuil probatoire : il n'est plus question pour l'administration de démontrer précisément l'accès aux soins dans le pays d'origine, mais d'avancer un début de preuve générale pour contester l'avis du médecin l'ARS ou du collège de médecins de l'OFII. En tout état de cause, et ce, quel que soit le sens de l'avis médical rendu, l'étranger a bien moins de probabilité que l'administration de convaincre le juge du défaut d'accès aux soins dans son pays d'origine. En effet, dès lors que le débat juridictionnel porte sur l'état de santé de l'étranger, la force probante de l'avis médical tend à s'affaiblir. Une possibilité pourrait être alors de choisir de ne pas lever le secret médical, notamment dans le cas des contre-enquêtes, bloquant ainsi toute possibilité d'argumentation détaillée par l'administration. Mais le cadre fixé par le juge quant au droit au secret médical de l'étranger tend à rendre ce droit illusoire.

B. La quasi-neutralisation du droit au secret médical dans la phase contentieuse

892. Le droit au secret médical des personnes sollicitant un titre de séjour pour soins ou une protection contre l'éloignement est garanti par diverses dispositions, telles que les articles L. 1110-4 du Code de santé publique[2547] ou l'article 8 de la CESDH[2548]. Mais ces dispositions ne concernent que le droit au secret médical dans la phase d'instruction de sa demande de titre de séjour pour soins ou de protection contre l'éloignement[2549]. Par conséquent, qu'en est-il du droit au secret médical de l'étranger dans la phase contentieuse ? Dans le cadre de la dialectique probatoire, l'opposition du droit au secret médical par l'étranger verrouille toute possibilité de contrôle concret de son état de santé par le juge. S'il ressort de la jurisprudence

2547L'article R. 4127-4 de ce code dispose notamment que « l*e secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ».

2548Sauf à ce que l'état de santé soit soulevé pour la première fois devant le juge. En ce sens, voir CE, 10 février 1999, n° 199212 : « *Considérant que si M. X... soutient qu'il entre dans le champ d'application des dispositions ainsi rappelées, il n'assortit ses allégations d'aucune justification qui serait susceptible d'établir avec précision la gravité de la pathologie qu'il invoque et l'impossibilité dans laquelle il se trouverait de suivre un traitement approprié dans son pays ; qu'il ne peut utilement invoquer le principe du secret médical pour prétendre échapper à l'obligation qui lui incombe d'apporter la preuve de ses allégations* ».

2549Voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

que l'étranger peut effectivement se prévaloir secret médical dans le cadre de la dialectique probatoire, ce droit est néanmoins sujet à des interprétations divergentes, caractéristiques du rôle politique joué par le juge administratif (1). Surtout, le peu de concrétisation qu'il rencontre en pratique le rend illusoire (2).

1. Un problème juridique caractéristique du rôle politique du juge administratif

893. Le contentieux des refus de titre de séjour pour soins malgré l'avis médical favorable au séjour a, comme le souligne Juliette Lecame, constitué un changement de paradigme : « *alors que la renonciation au secret médical était uniquement prévue dans les situations où l'étranger entend contester une décision de refus de séjour fondée sur un avis médical défavorable, elle recouvre désormais des hypothèses dans lesquelles le droit au séjour devrait être acquis, du moins s'agissant des conditions relatives à l'état de santé et à la nécessité d'une prise en charge sur le territoire français* »[2550]. Cette rupture a porté devant le juge administratif un problème très concret, résumé par le rapporteur François Béroujon : « *qui démontre le mieux l'absence ou la présence d'un traitement approprié dans le pays d'origine, entre celui qui apporte des documents généralistes sur les pathologies courantes soignées dans le pays d'origine en ignorant jusqu'à la pathologie dont il est question, et celui qui apporte les avis des médecins qui ont apprécié son état de santé propre et indiquent que le traitement médical requis n'existe pas dans le pays d'origine ?* »[2551].

894. Cette question renvoie à la conciliation par le juge administratif du choix de l'étranger de se prévaloir de son droit au secret médical dans le cadre de la dialectique probatoire. D'autres rapporteurs publics considèrent que « *le droit à la protection de données personnelles même d'ordre médical doit être combiné avec d'autres principes notamment, les droits de la défense et la bonne administration de la justice* »[2552], et retiennent une interprétation différente : « *le préfet effectue un examen suffisamment personnalisé, compte tenu des contraintes spécifiques mises en place pour assurer le respect du secret médical,*

2550J. Lecame, *Santé et droit(s) des étrangers en France, thèse préc.*, p. 249.

2551F. Béroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *art. préc.*

2552V. Chevalier-Aubert, conclusions préc. L'objectif de bonne administration de la justice étant entendu en l'espèce comme « *la nécessité pour accomplir notre mission juridictionnelle d'avoir en notre possession suffisamment d'éléments pour apprécier la question de l'absence de traitement médical approprié dans le pays d'origine des demandeurs* ». Il s'agit d'un objectif à valeur constitutionnelle (Conseil const., déc. n° 2015-715 DC, 5 août 2015, *Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques*).

lorsqu'il se prononce au regard de la nationalité de l'intéressé et de l'état général du système de soins du pays d'origine, qui peut notamment être appréhendé par des documents émanant des postes diplomatiques français à l'étranger »[2553]. Ces deux interprétations différentes traduisent ainsi une forme de parti-pris : en considérant que l'étranger répond suffisamment à la dialectique de la preuve en produisant des avis médicaux préservant le secret médical, cela favorise ces derniers, dans la mesure où l'administration ne peut contester le détail de l'état de santé. À l'inverse, en considérant que le droit à la protection des données personnelles doit être concilié avec l'objectif de bonne administration de la justice et des droits de la défense, donc que l'étranger doit lever le secret médical sinon il empêche le juge d'accomplir sa mission juridictionnelle, cela revient à le priver d'une garantie, en permettant ainsi à l'administration de contester le fond du dossier médical, avec toute l'organisation dont elle dispose[2554].

895. En réalité, l'enjeu inhérent au droit à la protection des données personnelles dépasse la simple question de la dialectique probatoire : en adoptant l'une ou l'autre interprétation, le juge administratif sanctionne ou valide la pratique des contre-enquêtes médicales menées par les préfectures. En effet, en considérant « *que lorsque le préfet amorce la dialectique de la preuve sur la question de l'existence d'un traitement médical dans un pays par la production d'éléments généralistes, l'étranger y répond suffisamment, dans le respect de la jurisprudence dite Cordière, en produisant soit les avis médicaux favorables dont il dispose bien que silencieux sur la nature de la pathologie et/ou d'autres documents tout aussi généralistes que ceux du préfet qui indiqueraient que certaines maladies ne sont pas traitées dans le pays* »[2555], le juge vient limiter les possibilités d'argumentations détaillées sur l'état de santé de l'étranger par la préfecture, et donc freiner la pratique des contre-enquêtes. En revanche, considérer que le maintien du secret médical « *constitue une entrave pour la justice* »[2556] et « *que les demandeurs prennent un risque important à ne pas communiquer au soutien de leur demande toutes les informations qui pourraient éclairer la formation de jugement* »[2557] revient à favoriser ces

2553A. Samson-Dye, « Refus de titre de séjour à un étranger malade après avis favorable du médecin de l'ARS », *art. préc.*, p. 1546.

2554Voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 2.

2555F. Béroujon, « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *art. préc.*

2556V. Chevalier-Aubert, conclusions préc.

2557*Ibid*. Dans ses conclusions, Virginie Chevalier-Aubert conclut à l'erreur d'appréciation du préfet : « *Le préfet ne conteste ni la gravité ni les risques et n'explique pas même sommairement, ni dans sa décision ni au contentieux, les raisons qui l'ont conduit à s'écarter de ces avis sur la question de la disponibilité des soins, à ne*

pratiques. Il en est de même du contrôle juridictionnel considérant que les préfectures renversent la charge de la preuve en ne produisant que des documents généraux sur l'accès aux soins dans le pays d'origine, sans même connaître la pathologie du requérant.

896. À cet égard, si l'on considère les contre-enquêtes médicales menées par les diverses préfectures comme des politiques publiques locales, ayant partiellement mené à la justification du transfert de l'évaluation médicale à l'OFII pour rétablir le lien de confiance entre médecins et préfectures[2558], une interprétation juridictionnelle facilitant ces pratiques revient pour le juge à prendre part à ces politiques publiques, et donc à avoir un rôle politique. À cet égard, ce rôle est la conséquence de la tendance jurisprudentielle en matière de droit au secret médical de l'étranger, et ne saurait s'interpréter comme une volonté politique du juge administratif de modifier les politiques publiques relatives au statut juridique de l'étranger malade.

897. Ce rôle apparaît d'autant plus important que dans les faits, l'interprétation qui a largement primé est celle légitimant ces pratiques et, incidemment, privant l'étranger du droit au secret médical dans la phase contentieuse.

2. Un droit illusoire au secret médical

898. Il résulte d'un jugement du tribunal administratif de Paris qu'il est possible pour le juge d'exercer son contrôle sans qu'aucune mention relative à la pathologie soit émise, et ce, même dans le cas d'un avis médical défavorable au séjour. En l'espèce, le requérant a produit plusieurs certificats médicaux de médecins hospitaliers non circonstanciés, et le tribunal a considéré que ne pouvait les prendre en considération « *au motif qu'ils ne précisent pas la pathologie dont est atteint M. K ni la nature des soins qui lui sont prodigués, dès lors que les médecins qui les ont rédigés sont tenus par le respect du secret médical que seul l'intéressé est habilité à lever* »[2559]. Plusieurs tribunaux ont également annulé des refus de titre de séjour

pas renouveler les titres de séjour. Il produit seulement des pièces sans commentaire alors que nous sommes dans le cadre de renouvellement de titres de séjour pour des requérants âgés et que certaines ne sont pas très récentes ou contemporaines des périodes pendant lesquelles les étrangers avaient des titres de séjour. Il résulte ainsi de l'instruction, selon nous, que le préfet a commis une erreur d'appréciation en refusant la délivrance d'un titre de séjour sur le fondement des dispositions de l'article L.313-11 du CESEDA, au motif de la disponibilité de soins au Kosovo ».

2558À ce sujet, voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 3.

2559TA Paris, 2 novembre 2011, n° 1111576.

contredisant l'avis rendu par le médecin de l'ARS, alors que l'étranger opposait son droit au secret médical[2560]. Il est intéressant de relever les raisonnements juridiques retenus par certaines formations de jugement ayant conclu à de telles annulations, au demeurant peu nombreuses.

899. Le tribunal administratif de Nantes a jugé en ce sens qu'en se bornant à soutenir, « *sans mentionner même de façon succincte, aucun fait ou circonstance de nature à expliquer sa position, que la requérante ne démontre pas que le défaut de prise en charge entrainerait pour elle des conséquences d'une exceptionnelle gravité ou qu'il n'existerait pas de traitement approprié dans son pays d'origine, le préfet de la Loire-Atlantique ne justifie pas des éléments qui l'ont conduit à s'écarter de l'avis favorable du médecin inspecteur de santé publique* »[2561]. Cela signifie qu'il eu été possible que le recours soit rejeté si la préfecture avait produit un début de preuve, même générale, sur l'accès aux soins. Le tribunal administratif de Strasbourg a retenu une interprétation stricte du droit au secret médical de l'étranger : le dossier ne permettant pas de connaître la pathologie dont souffre le requérant, les documents produits par la préfecture, en l'occurrence des attestations de l'ambassade de France au Pakistan relatives à l'accès aux soins, dont une attestation précise relative aux pathologies psychiatriques, « *ne peuvent être regardés que comme étant dépourvus de toute valeur probante* »[2562].

900. À l'opposé avec ce jugement, le tribunal administratif de Lyon a relevé que la requérante « *s'est totalement abstenue, dans le cadre de la présente instance, de préciser la pathologie dont son fils est atteint et n'a versé aux débats aucun document médical permettant de la déterminer* ». Bien qu'elle dispose d'un avis médical favorable de l'ARS, et « *alors même que le préfet n'a pour sa part produit aucune observation avant la clôture de l'instruction ni justifié des éléments sur lesquels il s'est appuyé pour s'écarter dudit avis* », son recours est rejeté, car le maintien du secret médical rend son moyen « *dépourvu du minimum de précision nécessaire pour que le tribunal en apprécie le bien-fondé* »[2563].

901. L'analyse de ces décisions établit que lorsque l'administration apporte un commencement de justification renversant la charge de la preuve en produisant des

2560TA Nantes, 06 novembre 2015, n° 1507480.
2561TA Nantes, 15 octobre 2015, n° 1505532.
2562TA Strasbourg, 22 septembre 2015, n° 1503210.
2563TA Lyon, 3 mars 2016, n° 1507485.

documents généraux sur l'accès aux soins, le maintien du secret médical et l'avis MARS favorable ne permettent pas de les contredire[2564]. Parmi les 325 recours exercés à l'encontre de contre-enquêtes médicales menées par les préfectures pour lesquelles le médecin-conseil de la DGEF est intervenu, 18 requérants ont fait le choix de ne pas lever le secret médical. Tous ces recours ont été rejetés. Ces jugements ont été majoritairement rendus par le tribunal administratif de Lyon (12), et 14 d'entre eux concernent des ressortissants arméniens pour lesquels l'administration apporte les mêmes documents afin de constituer un « *commencement de justification* » pour démontrer l'accès aux soins[2565]. À l'inverse, quelques cas isolés où le juge administratif annule un refus de séjour alors que l'étranger oppose le secret médical ont été relevés. Ainsi, à l'instar du tribunal administratif de Nantes[2566] ou de Limoges[2567], des juges du fond ont considéré « *que le motif invoqué par le préfet pour ne pas suivre cet avis, à savoir l'impossibilité dans laquelle le place le refus du requérant de communiquer des éléments relatifs à sa pathologie, de pouvoir en l'espèce exercer son pouvoir d'appréciation, ne permet pas d'écarter l'avis précité du médecin de l'ARS* »[2568]. Les quelques jugements favorables à l'étranger qui ne lèvent pas le secret médical l'ont été, principalement,

2564TA Besançon, 22 mars 2016, n°s 1502010 & 1502011 : « *qu'il résulte de l'ensemble des éléments communiqués le 10 juin 2015 par le médecin référent de la Direction générale des étrangers en France, que les institutions de santé en Angola sont à même de traiter la majorité des maladies ; que M. S, seul en mesure d'apporter des éléments couverts par le secret médical susceptibles de montrer que le traitement qui lui est nécessaire n'est pas au nombre de ceux disponibles pour les maladies courantes en Angola, refuse d'apporter toute précision sur son état de santé et la nature du traitement qui lui est nécessaire ; que, compte tenu de cette abstention de l'intéressé et des éléments produits sur les soins disponibles en Angola, le préfet doit être regardé comme apportant la preuve que M. S peut bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine* » ; TA Lyon, 16 septembre 2014, n° 1403310 ; TA Lyon, 4 novembre 2014, n° 1405420 et 1405421 ; TA Lyon, 9 octobre 2014, n° 1404820 : « *le requérant, qui a fait le choix de conserver le secret médical, ne met pas le tribunal à même de remettre en cause, le cas échéant, les documents produits par l'administration qui, bien que généraux, apportent du moins un commencement de justification ainsi laissé sans contredit sérieux* ».

2565Par exemple pour l'Arménie, TA Lyon, 13 octobre 2014, n° 1405195 **: «** *que, toutefois, le préfet du Rhône, qui n'était pas lié par cet avis, s'en est écarté en estimant, sur la base notamment d'éléments fournis par l'ambassade de France en Arménie en date du 4 octobre 2013, le conseiller santé auprès du directeur général des étrangers en France du ministère de l'intérieur en date du 7 novembre 2013 et l'institut de santé des enfants et adolescents d'Erevan en date du 12 avril 2013, que l'intéressé peut bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine* » ; pour la Russie : TA Dijon, 14 décembre 2015, 1502645 **:** « *qu'il ressort, toutefois, des pièces produites par le préfet de la Nièvre, et notamment du courriel émanant du médecin conseil auprès du consulat général de France à Moscou en date du 8 mai 2015 et du rapport rendu par 1'Organisation internationale pour les migrations en juin 2014, qu'il existe en Russie un système de couverture sociale ouvert à tout citoyen russe et donnant accès à des soins gratuits, que certains traitements et médicaments sont disponibles gratuitement pour certaines maladies telles que la sclérose en plaques, la maladie de Parkinson, les maladies mentales, le VIH et le SIDA, l'épilepsie, la schizophrénie* ».

2566 TA Nantes, 4 décembre 2013, n° 1306533 ; TA Nantes, 9 juillet 2014, n° 1400565.

2567TA Limoges, 19 juin 2014, n° 1400580.

2568 TA Nantes, 04 décembre 2013, n° 1306533.

car la préfecture n'opposait aucun élément[2569]. Ce n'est donc pas dans le souci de protéger le droit au secret médical de l'étranger que ces arrêtés de refus de séjour sont annulés, mais en raison du défaut d'éléments produits par la préfecture. La tendance jurisprudentielle majoritaire est de considérer qu'en dépit de l'avis favorable du MARS, une valeur probante est conférée à l'appréciation du préfet relative à l'accès aux soins dans le pays d'origine, alors qu'il se borne à invoquer des éléments généraux sur l'accès aux soins[2570].

902. En admettant que par des documents généralistes sur l'accès aux soins, la préfecture contredise utilement un avis du médecin de l'ARS fondé sur un rapport médical détaillé, le juge administratif neutralise le secret médical comme moyen de défense, tout en facilitant l'action de l'administration qui est préservée du droit au secret médical de l'étranger. Surtout, cela revient à priver d'un droit au séjour des personnes qui remplissent les conditions médicales pour y prétendre. Le prononcé d'une mesure d'expertise pourrait être une possibilité pour le juge afin de ne pas s'enfermer dans les difficultés probatoires de ce contentieux. Mais le juge administratif fait très peu usage de son pouvoir d'instruction[2571]. Le défaut de concrétisation du droit au secret médical de l'étranger renforce l'autolimitation des juges de leur office. En ne recourant quasiment jamais aux mesures d'expertise, la privation d'une garantie en engendre une autre. Surtout, l'illusion du droit au secret médical de l'étranger est révélatrice de la fonction *normalisatrice* du juge administratif.

903. En refusant de lever le secret médical, l'étranger refuse qu'un discours autre que médical (autre que celui du médecin chargé de rendre un avis) ne soit produit sur son état de santé par des acteurs non médicaux (le préfet, le juge). En privant l'étranger de la possibilité de produire un discours sur son état de santé, le juge administratif le sanctionne en rejetant

2569TA Versailles, 28 juin 2016, n° 1600569 : « *que le préfet des Yvelines ne produit aucun élément de nature à établir que les mentions de cet avis seraient erronées* » ; TA Nantes, 06 novembre 2015, n° 1507480 : « *que le préfet se borne à soutenir que le pronostic vital de la requérante n'est pas engagé, sans produire d'éléments relatifs à l'offre de soins au Nigeria* » ; TA Nantes, 15 octobre 2015, n° 1505532 : « *que toutefois, en se bornant à soutenir, sans mentionner même de façon succincte, aucun fait ou circonstance de nature à expliquer sa position, que la requérante ne démontre pas que le défaut de prise en charge entrainerait pour elle des conséquences d'une exceptionnelle gravité ou qu'il n'existerait pas de traitement approprié dans son pays d'origine, le préfet de la Loire-Atlantique ne justifie pas des éléments qui l'ont conduit à s'écarter de l'avis favorable du médecin inspecteur de santé publique* ».

2570Pour quelques exemples, voir CAA Lyon, 10 avril 2014, n° 13LY02263 ; TA Lyon, 14 janvier 2014, n° 1307381 ; voir également ADDE, la Cimade et le Comede, *Admission au séjour pour raisons médicales. Décisions préfectorales défavorables (OQTF, refus de séjour, etc.) prises après avis favorables des médecins des ARS*, septembre 2014.

2571Sur ce sujet, voir *supra*.

systématiquement les recours où il refuse de lever le secret médical. Partant, le juge administratif favorise la *démédicalisation* de la procédure.

904. De cette *neutralisation* du droit au secret médical de l'étranger dans la phase contentieuse émerge une vision panoptique[2572] du corps de l'étranger malade. Le rejet quasi-systématique des recours où l'étranger ne lève pas le secret médical amène l'étranger à intégrer cette dimension, et le contraint finalement à le faire. Que ce soit les médecins de l'OFII qui convoquent tous les primo-demandeurs pour refaire des examens médicaux, les préfectures qui exercent des contre-enquêtes médicales, ou les juges qui refusent que l'étranger ne lève pas le secret médical, tous contribuent à passer le corps de l'étranger au crible, le contrôler pour, majoritairement, le disqualifier du processus de *catégorisation* en raison de son état de santé.

905. La dialectique de la preuve relative au processus de *biolégitimation* de l'étranger (i.e. de *catégorisation* de ce dernier en raison de son état de santé) apparaît ainsi plus favorable à l'objectif de maîtrise des flux migratoires qu'à la protection de la santé, et ce, à deux égards : par la tendance de la jurisprudence à élever le seuil d'exigence probatoire des pièces produites par l'étranger, contrairement à celles produites par la préfecture, ainsi que par la *neutralisation* du droit au secret médical de l'étranger. À cet égard, le régime de la preuve de l'état de santé de l'étranger appliqué par le juge administratif contribue à la *normalisation* du processus de *catégorisation* juridique de l'étranger malade. Outre ce régime, la contribution du juge à ce phénomène s'observe également par sa légitimation de pratiques de l'administration ayant une finalité *normalisatrice.*

SECTION 2. PAR LA VALIDATION JURIDICTIONNELLE DE PRATIQUES *NORMALISATRICES*

906. Au-delà de la dialectique probatoire, la fonction *normalisatrice* du juge administratif s'observe également dans la légitimité qu'il confère aux *discours* de l'administration, c'est-à-dire à certaines des interprétations des textes invoquées par les préfectures. Le contentieux

2572A. Leclercq-Vandelannoitte, H. Isaac, « Technologies de l'information, contrôle et panoptique : Pour une approche deleuzienne », *in Systèmes d'information & management*, vol. 18, n° 2, 2013, p. 9 : le *« "panoptisme", issu du ''panopticon'' de Bentham (1780), repose sur les principes de la visibilité continue et du confinement dans l'espace, qui amènent l'individu à penser qu'il peut être surveillé en permanence. Se sachant surveillé, le sujet intègre lui-même les contraintes du pouvoir, et devient ainsi le principe de son propre assujettissement* ».

dit des « contre-enquêtes médicales », relatif au refus de séjour malgré l'avis du médecin de l'ARS[2573], est à cet égard paradigmatique du rôle politique joué par le juge administratif dans la normalisation du statut juridique de l'étranger malade (§1). Cependant, à rebours de cette tendance jurisprudentielle légitimant une approche restrictive du droit au séjour pour soins, le juge administratif a aussi parfois freiné (dans une certaine mesure) la prédominance de l'objectif de maîtrise des flux migratoires, en produisant un discours favorable à la protection de la santé de l'étranger (§2).

§1. Le contentieux des contre-enquêtes médicales : l'incarnation du rôle normalisateur du juge administratif

907. L'incarnation du rôle politique joué par le juge administratif s'observe par sa fonction d'« *authentification* »[2574] de la doctrine de l'administration : en rejetant les recours exercés par les étrangers faisant l'objet d'un refus de titre de séjour pour soins malgré l'avis du médecin de l'ARS, le juge administratif a légitimé ces pratiques préfectorales, et partant, la position développée par le ministère de l'Intérieur (A). Cette légitimation a eu pour conséquence une démédicalisation de l'évaluation médicale de l'état de santé de l'étranger : l'avis du médecin de l'ARS étant « dénigré » par ce contentieux, l'évaluation médicale de l'étranger repose sur les pièces produites par les parties et interprétées par le juge administratif. Cette conséquence de la normalisation du statut de l'étranger gravement malade met en évidence une hiérarchisation des corps par le juge administratif, ce dernier produisant sa propre expertise médicale du corps de l'étranger (en écartant celles des médecins), alors que dans d'autres champs juridiques, il s'en tient aux avis du corps médical. Ce *biopouvoir* exercé par le juge administratif serait, à cet égard, paradigmatique de la structuration du droit des étrangers (B).

A. La légitimation de la doctrine administrative visant à *policiariser* la procédure

908. La faculté pour une préfecture de ne pas délivrer un titre de séjour pour soins alors que, selon l'avis médical rendu par le médecin-évaluateur, l'étranger n'aurait pas accès aux soins dans son pays d'origine, peut apparaître cohérente dès lors que le préfet n'est pas lié

2573Sur ces pratiques, voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.
2574J. Chevallier, « Les interprètes du droit », *art. préc.*, p. 265.

par cet avis[2575]. Des jugements rendus par certains tribunaux indiquent cependant qu'une autre approche juridictionnelle de ces pratiques est possible : des tribunaux administratifs ont en effet annulé ces refus de titres de séjour au regard des carences de l'évaluation médicale à laquelle se sont livrées les préfectures concernées. Ces jugements font tous référence aux appréciations produites par le conseiller-santé pour la DGEF dans ces affaires, que les préfectures sollicitent pour contredire les avis médicaux des ARS[2576].

909. Ainsi, le tribunal administratif de Rouen a considéré que « *le préfet ne peut pas régulièrement se référer aux appréciations portées par le conseiller santé du Ministère de l'intérieur sur la possibilité d'adapter le traitement prescrit au requérant, ce conseiller, qui n'a pas examiné l'intéressé et qui ne dispose pas de son dossier médical, ne faisant, en tout état de cause, pas partie des autorités médicales habilitées à formuler un tel avis* »[2577]. Celui de Rennes a également annulé un tel arrêté en relevant que l'appréciation de ce médecin-conseil ne résultait pas « *d'un examen médical de la requérante permettant de porter une appréciation également médicale sur l'état de santé de Mme X et son traitement* »[2578]. Cet « avis purement formel » ne saurait dès lors « *remettre en cause l'appréciation médicale portée par le médecin de l'agence régionale de santé* »[2579]. Celui de Strasbourg est allé un peu plus loin, en relevant que le conseiller-santé de la DGEF « *n'est pas indépendant de la partie qui le produit* »[2580], en l'occurrence, la préfecture. Deux décisions dans le même sens ont été rendues par la Cour administrative d'appel de Nantes en 2013 : celles-ci ont annulé le refus de séjour en relevant notamment que si « *le conseiller santé auprès du secrétariat général à l'immigration et à l'intégration* » est un agent public, il « *n'a pas la qualité de médecin* »[2581].

910. Ces décisions très isolées – seules ces 4 cas ont été observées sur les 254 rendues par des tribunaux administratifs où le médecin-conseil est intervenu, soit 1,57 % des décisions analysées – démontrent qu'une autre interprétation pouvait être faite des contre-enquêtes médicales menées par les préfectures avec le soutien du médecin-conseil de la DGEF.

2575Sur cette compétence non liée, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.
2576Sur le rôle du médecin-conseil de la DGEF, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.
2577TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502017. Voir également TA Rouen, 13 octobre 2015, n° 1502053.
2578TA Rennes, 22 avril 2016, n° 1600365.
2579*Ibid.*
2580TA de Strasbourg, 24 janvier 2017, n° 1605763.
2581CAA Nantes, 7 novembre 2013, n° 12NT02861. Dans le même sens, CAA Nantes, 26 décembre 2013, n^{os}13NT00092 & 13NT00093. Les jugements des tribunaux précités n'ont pas fait l'objet d'un appel, tout comme ces deux décisions de la CAA de Nantes n'ont pas fait l'objet de pourvoi.

Cependant, dans la quasi-totalité des cas, les juges du fond n'ont pas questionné ce rôle du médecin-conseil de la DGEF[2582], et sont allés directement sur le terrain de l'évaluation de l'état de santé de l'étranger. Or, le contentieux du droit au séjour pour soins nécessitant une expertise médicale, le rôle du juge devrait être de questionner le « *coefficient d'autorité* »[2583] de l'expert pour « *légitimer une décision en connaissance de cause* »[2584], notamment au regard de « *l'extériorité de l'expert par rapport au décideur, sa compétence, sa neutralité, son objectivité* »[2585]. À cet égard, la rareté de ces questionnements rend le contrôle juridictionnel « *déconcertant* »[2586] par la répétition de ses raisonnements.

911. Ces quelques exemples illustrent qu'une autre interprétation des contre-enquêtes est possible, confirmant ainsi l'hypothèse formulée par Cédric Meurant, selon laquelle le juge administratif serait théoriquement libre « *d'appliquer un autre raisonnement juridique à l'occasion de l'examen d'une affaire aux circonstances similaires* »[2587]. Mais s'il se rattache à la tendance jurisprudentielle, ce serait à cause des « contraintes juridiques ». Selon cette théorie, des facteurs internes à la « *configuration du système juridique* »[2588] expliquent et permettent de prévoir les décisions des juges. Il s'agit de « *rechercher si, en dehors de la psychologie des acteurs, de leur appartenance sociale et de leurs croyances idéologiques, morales, religieuses, il est possible d'identifier dans les systèmes juridiques des facteurs qui les contraignent à agir ou interpréter tel ou tel énoncé d'une façon plutôt que d'une autre, c'est-à-dire à choisir un comportement parmi le grand nombre de ceux qui seraient permis par les règles* »[2589]. En l'occurrence, la contrainte du juge administratif pourrait résulter de la crainte d'une sanction juridictionnelle par le Conseil d'État, ou l'influence de l'opinion dominante[2590].

2582Contrairement aux jugements précités, certaines formations de jugement ont même légitimé son rôle par sa qualité de « médecin inspecteur de santé publique » : TA Montpellier, 5 février 2016, n° 1505660 : « *qu'il ressort des pièces du dossier, et notamment du courriel en date du 15 décembre 2015 dudit conseiller santé, lequel, ainsi que l'indique le site internet du ministère de l'intérieur, accessible au juge et aux parties, est médecin inspecteur général de santé publique* ».

2583V. Lassere, *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance,* LexisNexis, 2015, p. 26.

2584*Ibid.*

2585*Ibid.*

2586 O. Lecucq, « Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *AJDA,* 2012, p. 1214.

2587C. Meurant, *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, *thèse préc.*, p. 273.

2588M. Troper, V. Champeil-Desplats, « Introduction », *in* M. Troper, V. Champeil-Deplats, C. Grzegorczyk, *Théorie des contraintes juridiques,* ouvr. préc., p. 2.

2589*Ibid*., p. 3.

2590D. Lochak, « Le juge administratif joue-t-il vraiment un rôle politique ? », *in Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *ouvr. préc*., pp. 28-29 : « *l'immigration* (…) *fournit un autre exemple de l'influence de l'opinion dominante sur la jurisprudence. Le souci, un temps affirmé, de garantir les droits des étrangers a progressivement cédé devant les nécessités de l'action gouvernementale dans un domaine considéré comme*

912. En tout état de cause, cette tendance jurisprudentielle illustre la participation du juge administratif à l'objectif (politique) de maîtrise des flux migratoires à deux égards. Premièrement, en légitimant ces contre-enquêtes, le juge administratif légitime *de facto* l'expertise du médecin-conseil de la DGEF et plus encore, la doctrine médicale développée par la DGEF pour concurrencer celle des médecins ARS. Un agent préfectoral ayant effectué des contre-enquêtes confirme cette légitimité : « *quand le juge me donne raison dans 8 cas sur 10, j'interprète cela comme un blanc-seing de sa part* »[2591]. Deuxièmement, ces recours confortent les préfectures dans la pratique des contre-enquêtes médicales[2592], celles-ci étant validées dans 74 % des cas par le juge administratif[2593]. Pratiquées par un nombre important de préfectures pour marquer leur défiance à l'égard de l'évaluation médicale des médecins ARS, ces contre-enquêtes ont été l'une des raisons motivant le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII[2594]. En définitive, le juge administratif a participé à la *policiarisation* des acteurs médicaux de la procédure[2595].

913. Le contentieux des contre-enquêtes met également en lumière la *démédicalisation* de l'évaluation de l'état de santé de l'étranger, révélant ainsi une forme de hiérarchisation de l'évaluation du corps selon les statuts : l'évaluation du corps de l'étranger peut se passer de médecins, tous les acteurs exerçant un biopouvoir[2596] à son égard.

B. La démédicalisation de l'évaluation médicale, paradigmatique de la structuration du droit des étrangers

914. Au-delà du rôle joué par le juge administratif dans la normalisation du statut de l'étranger gravement malade, la légitimité donnée aux contre-enquêtes médicales a pour

primordial : la lutte contre l'immigration irrégulière ».

2591 Entretien avec agent chargé du contentieux et des affaires juridiques d'une préfecture, 2 novembre 2016.

2592 Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, *Rapport d'information n° 1879 sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile*, 10 avril 2014, présenté par J. Dubié et A. Arichard, préc., p. 139 : « *Le groupe de travail a pu constater au cours de sa mission à Dijon que le médecin de l'ARS donnait des avis favorables à plus de 90 % des cas, parfois sans voir les malades, ce qui a conduit le préfet à ne pas suivre son avis en raison de soupçon de fraude, position validée par le tribunal administratif et la cour administrative d'appel* ».

2593 Parmi les 254 recours devant les tribunaux administratifs exercés à l'encontre des refus de séjour pour lesquels le médecin-conseil de la DGEF est intervenu, 66 ont été annulés. Cela représente un taux de décisions favorables aux malades étrangers-gères de 26 %. Ce taux de validation des contre-enquêtes, qui s'élève à 74 %. En appel, ce taux d'annulation passe à 12 % : 9 arrêtés de refus de séjour ont été annulés sur 74 appels interjetés à l'encontre d'un jugement rejetant le recours exercé par l'étranger.

2594 Voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitre 2.

2595 Sur la policiarisation des acteurs médicaux, voir *supra*, Partie 2, Titre 2, Chapitres 1 et 2.

2596 Sur l'usage du terme « biopouvoir », voir *supra,* Introduction.

conséquence que l'évaluation médicale de l'étranger est démédicalisée. En effet, l'avis du médecin de l'ARS étant contourné par la technique des contre-enquêtes[2597], l'étranger doit produire d'autres pièces médicales, telles que des certificats médicaux. Quant à la préfecture, elle produit également des pièces médicales pour démontrer que l'étranger ne remplit pas les conditions médicales prévues par l'article L. 313-11 11° du CESEDA. Sur la base de ces éléments, le juge administratif contrôle si, au regard des pièces produites, l'étranger remplit ou non les conditions précitées, une appréciation de laquelle découlera l'annulation de l'arrêté préfectoral de refus de séjour, ou le rejet du recours exercé par l'étranger.

915. Cette faculté du juge administratif de procéder à ce contrôle des conditions médicales répond aux « *convictions* (…) *qui ont présidé à l'élaboration du droit administratif : le juge administratif est très libre dans la conduite du procès parce que, tout simplement, les autorités politiques ont toujours considéré qu'il était opportun qu'il bénéficie d'une telle liberté* »[2598]. Comme « *le juge administratif doit être un expert, un juge immergé dans l'administration qui sait mieux que quiconque comment la juger* »[2599], il doit pouvoir, tout comme la préfecture, procéder au contrôle des conditions médicales prévues par le CESEDA. *In fine,* l'état de santé de l'étranger n'est donc plus évalué par le corps médical, mais par des juges. Toute la chaîne médicale est ainsi démédicalisée par la pratique des contre-enquêtes : le médecin est contredit par la préfecture, et le juge administratif tranche le débat médical. Un parallèle avec deux types de contentieux administratif impliquant le corps médical permet de prendre la mesure de la particularité du *biopouvoir* qui s'exerce sur les étrangers : le contentieux relatif à la fin de vie, et celui du diagnostic prénatal (DPN).

916. Selon l'article L. 1110-5-1 du Code de santé publique, la procédure d'arrêt de soins permet au corps médical de suspendre les traitements médicaux d'une personne en fin de vie « *lorsqu'ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu'ils n'ont d'autre effet que le seul maintien artificiel de la vie* (...) *conformément à la volonté du patient* » ou « *si ce dernier est hors d'état d'exprimer sa volonté, à l'issue d'une procédure collégiale définie par voie réglementaire* ». Le contentieux suscité par cette procédure vise à contester la décision

2597Le choix de l'étranger de s'en tenir à cet avis et de ne pas lever le secret médical ayant très peu de chance d'aboutir à une annulation de son refus de séjour. Voir *supra.*

2598C. Broyelle, M. Guyomar, « Le droit européen et le procès administratif », *in Mélanges, François Julien-Lafferière*, Bruylant, 2011, p. 60.

2599*Ibid.*

médicale d'arrêt ou de poursuite des traitements médicamenteux. Dans le cadre de son contrôle, le juge va alors prendre « *en compte les circonstances particulières de l'espèce pour contrôler les décisions médicales* »[2600]. Les décisions médicales relatives à la fin de vie sont donc contrôlées par le juge administratif[2601], contrairement au droit au séjour pour soins où le corps médical ne rend qu'un avis consultatif, que le juge n'est pas obligé de prendre en compte.

917. Le contentieux du diagnostic prénatal, quant à lui, a la particularité d'être intégralement médicalisé, au sens où « *la loi ne prévoit aucun mécanisme permettant de contester le refus d'une interruption médicale de grossesse devant un juge* »[2602] : aucun contrôle substantiel n'est exercé sur la décision prise par le centre pluridisciplinaire de diagnostic prénatal[2603] d'autoriser ou de refuser une interruption médicale de grossesse. Le contrôle du juge administratif se cantonne ici à la régularité procédurale. Comme le relève Laurie Marguet, « *la centralité accordée au corps médical et aux CPDPN est paradigmatique de la manière dont le droit de la bioéthique s'est structuré : comme nombre de décisions relatives à des pratiques biomédicales, de tels diagnostics sont décidés dans un cadre médical jugé légitime et nécessaire pour éviter les dérives* »[2604]. Ce dernier exemple permet de mettre en évidence que la structuration du statut juridique de l'étranger gravement malade vise à permettre de délégitimer les médecins pour justement « éviter les dérives » en matière de délivrance de titres de séjour pour soins : c'est parce que les taux d'avis médicaux favorables au séjour des médecins des ARS étaient considérés comme trop favorables que les préfectures ont procédé à des contre-enquêtes, pratiques légitimées ensuite par le juge administratif. Ces derniers acteurs – les préfectures et le juge – substituent leur propre appréciation de la situation médicale à celle du médecin.

2600L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. (…), thèse préc.*, p. 102. Voir également C. Bourdaire-Mignot, T. Gründler, « Le médecin, les parents et le juge. Trois regards sur l'obstination déraisonnable », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 26 mai 2017, consulté le 17 novembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/3050 ; C. Bourdaire-Mignot, T. Gründler, « Arrêt des traitements médicaux pour un patient âgé », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 14 mars 2020, consulté le 17 novembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/8967

2601Voir par exemple CE, 5 janvier 2018, n° 416689.

2602L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. (…), thèse préc.*, p. 618.

2603Les centres pluridisciplinaires de diagnostics prénataux sont chargés d'attester l'affection de l'enfant à naître justifiant le recours à l'IMG (article L. 2213 du Code de santé publique).

2604L. Marguet, *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. (…), thèse préc.*, p. 619.

918. La même observation peut être formulée dans le cas où le refus de titre de séjour pour soins est motivé par un avis médical défavorable au séjour rendu par le médecin de l'ARS ou de l'OFII : l'étranger peut alors argumenter contre cet avis médical et les arguments de la préfecture afin de tenter de convaincre le juge administratif d'une erreur d'appréciation commise par la préfecture. Dans cette dernière hypothèse, l'évaluation médicale est également « démédicalisée », au sens où l'avis du principal acteur médical de la procédure – le médecin de l'ARS ou de l'OFII – est écarté par le juge, sur la base des pièces produites par l'étranger pour le contredire. Mais une différence notable peut être relevée par rapport à la « démédicalisation » résultant des contre-enquêtes, car l'étranger peut produire des pièces médicales circonstanciées résultant d'un examen personnel de son état de santé, réalisé par son médecin, pour contredire l'avis médical défavorable du médecin de l'ARS ou de l'OFII. Quelle que soit l'issue du recours – son rejet ou l'annulation du refus de titre de séjour – le juge administratif aura en tous les cas pris en considération des pièces médicales de « premières mains » (l'avis médical défavorable au séjour émis par l'ARS/l'OFII ou les certificats médicaux produits par l'étranger). *A contrario,* dans le cas d'un recours exercé à l'encontre d'une « contre-enquête » rejeté par le juge administratif, la démédicalisation de son contrôle est plus marquée, car l'appréciation du juge ne repose alors que sur des pièces médicales « indirectes » produites par la préfecture, qui ne résultent pas d'un examen individuel de l'étranger.

919. Le contentieux des contre-enquêtes médicales est ainsi paradigmatique de la structuration du droit des étrangers : ce dernier permet d'être modulé afin de faciliter la poursuite de la maîtrise des flux migratoires, qui justifie en l'espèce un affaiblissement des garanties offertes à l'étranger malade. Alors qu'un (voire plusieurs) médecin(s) a considéré qu'il remplissait les conditions médicales pour se voir attribuer un statut juridique, cette expertise sera contredite dans 74 % des cas par des acteurs non médicaux. Cet objectif nécessite ainsi que les titulaires du *biopouvoir* ne soient pas uniquement des médecins. Le parallèle avec le contentieux relatif à la fin de vie et au DPN permet de révéler la variation du degré de légitimité accordée au corps médical : dès lors que le discours de ce dernier a trait à la bioéthique, il est pris en considération et, dans des cas limitatifs[2605], contrôlé par le juge administratif. Mais dès lors que ce discours médical s'inscrit dans l'objectif de maîtrise des

2605F. Rolin, « Le Conseil d'État a peur d'exercer un biopouvoir : brèves observations sur la décision du 24 juin 2014 dans l'affaire Vincent Lambert », *Dalloz Actualités,* 26 juin 2014.

flux migratoires, le juge administratif admet qu'il peut être écarté facilement par les préfectures[2606], et y substitue sa propre évaluation médicale. En facilitant ainsi la poursuite de l'objectif de maîtrise des flux migratoires, le juge joue un rôle politique : il permet de réajuster le discours médical relatif au corps de l'étranger malade, réajustement nécessaire à la normalisation du statut juridique de ce dernier. *In fine,* la démédicalisation de l'évaluation médicale facilite l'élévation du seuil de vie biologiquement dégradée de l'étranger éligible à un statut.

920. Parallèlement à ce discours *normalisateur*, le juge administratif a également produit un discours limitant la poursuite de l'objectif de maîtrise des flux migratoires, démontrant ainsi que, de manière isolée, il peut faire office de contre-poids à l'approche restrictive prédominante à ce statut.

§2. Le juge administratif, frein relatif à l'approche policière du statut juridique de l'étranger gravement malade

921. Si l'opinion dominante relative à l'immigration exerce une influence certaine sur la jurisprudence[2607], certaines décisions du juge administratif sont en rupture avec celle-ci. En effet, le juge administratif, en tant qu'interprète légitime du droit administratif, remet parfois en cause la doctrine de l'administration relative au statut juridique de l'étranger gravement malade. Cette doctrine apparaît alors effectivement « *précaire et subordonnée* »[2608]. Cette dernière, visant à normaliser ce statut, produit un *discours* permettant de maîtriser le flux de titres de séjour pour soins délivrés. La réalisation de cet objectif nécessite, à l'image des contre-enquêtes médicales, de produire un *discours* juridique permettant de restreindre l'accès à ce statut.

2606Faisant ainsi écho à l'analyse de Johan Morri : « *loin de se comporter, en matière de droits civils et politiques, comme un ''pur esprit'' indifférent aux conséquences économiques, sociales ou politiques de ses décisions, le juge est attentif à l'impact de ses décisions et à la façon dont elles peuvent se concilier – ou pas – avec les politiques publiques. Si, dans certains domaines du droit des étrangers, le juge a canalisé le législateur, il s'est aussi montré attentif à ne pas priver les gouvernants successifs des moyens de leur politique* » (J. Morri, « Protection comparée du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit au séjour pour raisons médicales : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux », *art. préc* p. 358).

2607. Lochak, « Le juge administratif joue-t-il vraiment un rôle politique ? », *art. préc*., pp. 28-29.

2608J. Chevallier, « Les interprètes du droit », *art. préc*., p. 265.

922. L'une des principales techniques juridiques consiste alors à empêcher l'étranger de pouvoir déposer une demande de titre de séjour ou de protection contre l'éloignement en raison de son état de santé, en ne tenant pas compte, par exemple, d'un avis médical favorable au maintien en France de l'étranger lorsqu'il est émis postérieurement à l'édiction d'une mesure d'éloignement. Ce cas de figure a suscité une jurisprudence importante, et révélé que le juge administratif pouvait jouer un véritable rôle de frein à l'action administrative, en faisant prédominer une approche protectrice de la santé de l'étranger. C'est notamment ce qu'a fait le Conseil d'État en conférant une nouvelle légitimité aux avis médicaux émis par le médecin de l'ARS ou de l'OFII favorables au maintien en France de l'étranger (A). Mais ce rôle du juge administratif doit toutefois être relativisé au regard de sa portée concrète : symboliquement forte, cette « résistance » juridictionnelle ne sera que faiblement concrétisée en réalité (B).

A. Une relégitimation des nouveaux avis médicaux favorables à l'étranger

923. La remise en cause de la fiabilité, et donc de la légitimité, des avis médicaux des médecins ARS a constitué un argument de poids pour justifier les réformes ayant policiarisé la procédure de délivrance de titres de séjour pour soins[2609]. L'idéologie « *utilisant la forme juridique comme vecteur de diffusion et de dispositif d'inculcation* »[2610], l'administration diffuse logiquement son discours auprès des acteurs juridiques susceptibles de se l'approprier. Outre sa diffusion par l'intermédiaire des travaux parlementaires[2611] – afin de convaincre députés et sénateurs – le discours du ministère de l'Intérieur trouve également à s'exprimer lors des audiences devant le juge administratif[2612]. L'audience relative à l'ordonnance du 11 juin 2015 rendue par le juge des référés du Conseil d'État[2613] illustre cet espace comme lieu de tentative de diffusion de la doctrine administrative, et permet de comprendre la portée de cette ordonnance, par laquelle le juge administratif a modéré l'objectif de maîtrise des flux migratoires.

2609Sur cette remise en cause, voir Partie 2, Titre 2, Chapitre 3. Sur les réformes de la procédure d'évaluation médicale, voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
2610J. Chevallier, *Science administrative, ouvr. préc.*, p. 581.
2611Voir Partie 1, Titre 2, Chapitre 2.
2612La particularité de ce type de diffusion est son peu de visibilité, seules les personnes assistant à l'audience pouvant en avoir connaissance.
2613CE, réf., 11 juin 2015, n° 390704 ; Voir notre analyse : N. Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *op. cit.*

924. L'audience en question concernait un étranger en situation irrégulière interpellé et placé en rétention en vue de son éloignement. Au cours de celle-ci, le médecin de l'ARS est saisi et rend un avis défavorable à l'éloignement du territoire. Afin de tenter d'empêcher son éloignement, un référé-liberté est exercé. Cette procédure soulève une question juridique nouvelle d'importance pour le statut juridique de l'étranger gravement : en l'occurrence, est-ce que l'avis favorable au séjour rendu par le médecin de l'ARS postérieurement à l'édiction de l'OQTF constitue une circonstance nouvelle, ou est-ce simplement un élément postérieur à la décision préfectorale ?[2614] À travers cette question juridique transparaît une opposition entre deux discours : celui favorable à la protection de la santé de l'étranger (dans le cas d'une réponse affirmative à la question) ; et celui favorable à la maîtrise des flux migratoires (dans le cas d'une réponse négative). C'est dans le sens de cette dernière que, lors de l'audience au Conseil d'État, la directrice juridique de la DLPAJ – chargée de représenter le ministère de l'Intérieur[2615] – soulevait le risque que représenterait le fait de considérer un avis médical postérieur à l'OQTF comme une « *circonstance nouvelle* ». Selon celle-ci, conférer cette qualité aux avis médicaux de l'ARS (ou maintenant, de l'OFII) favoriserait des manœuvres dilatoires de la part des étrangers pour faire échec à l'exécution de leur mesure d'éloignement. La stratégie de la DLPAJ consistait ainsi principalement à alerter le juge administratif sur les risques que présentaient une telle jurisprudence en matière de maîtrise des flux migratoires. L'argument juridique mobilisé par la DLPAJ avait trait à la faible portée juridique de l'avis de l'ARS : « *cet avis du MARS ne peut suffire à contredire l'appréciation*

2614Au-delà de cette question propre au statut de l'étranger gravement malade, cette question soulevait également une question technique pour le contentieux de l'éloignement des étrangers en général. Voir N. Klausser, « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *art. préc.* : « *l'intervention d'un avis médical, postérieurement à la confirmation de la légalité de la mesure d'éloignement par le juge administratif, est-elle susceptible de constituer un élément nouveau permettant de rendre recevable la requête en référé-liberté contre l'exécution de cette mesure ? Cette question s'inscrivait dans le prolongement de jurisprudences classiques du contentieux des étrangers. Dans l'arrêt Bashardost (CE, 30 décembre 2013, n° 367533), le Conseil d'Etat a posé comme principe que l'exercice des voies de recours spécifiques prévues par le CESEDA à l'encontre de la mesure d'éloignement et du placement en rétention empêchait l'exercice ultérieur d'un référé. Toutefois, avec l'arrêt Zarribondi (CE, 6 octobre 2014, n° 381573), il a tempéré ce principe en considérant qu'un référé est recevable dans le cas où des changements de circonstances de droit ou de fait seraient intervenues depuis le prononcé de la mesure d'éloignement. Ces changements doivent excéder le cadre qu'implique normalement la mise à exécution dudit arrêté* ».

2615La directrice était également accompagnée du médecin-conseil de la DGEF. Sur ce dernier, voir *supra*, Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

portée par ce juge[2616] *dans la mesure où il n'est que consultatif et que le préfet qui s'estimerait lié par un tel avis commettrait une erreur de droit* »[2617].

925. Le juge des référés du Conseil d'État[2618], a relégitimé la portée des avis médicaux rendus par les ARS, dans un contexte de forte défiance des préfectures à leur égard[2619]. Il a en effet confirmé l'ordonnance du tribunal administratif de Versailles, en considérant que lorsqu'un avis du médecin de l'ARS[2620] défavorable à l'éloignement de l'étranger est rendu postérieurement au prononcé d'une obligation de quitter le territoire français, il incombe à l'autorité préfectorale de réexaminer sa situation au regard de cet avis. En d'autres termes, un avis médical rendu par le médecin de l'ARS ou de l'OFII est suffisamment sérieux pour justifier que la préfecture réexamine la situation de l'étranger. Lorsqu'elle a été rendue en 2016, cette ordonnance incarnait une forme de « résistance » du juge administratif, qui a censuré l'interprétation du droit des étrangers malades par le ministère de l'Intérieur : si les préfectures continuaient à ne pas être liées par l'avis médical du médecin de l'ARS, elles devaient cependant en tenir compte dans certains cas de figure. Cette jurisprudence du Conseil d'État a d'ailleurs été appliquée peu de temps après son prononcé par le tribunal administratif de Limoges qui, en s'appuyant dessus, a ordonné à la préfecture de la Haute-Vienne d'organiser le retour en France d'un étranger éloigné[2621] alors qu'un avis médical de l'ARS défavorable à cette mesure a été rendu après l'édiction de l'OQTF[2622].

926. Cette ordonnance confirme ainsi que par certaines décisions « *se profile toujours, explicitement ou implicitement, un enjeu politique, qui place le juge en position d'arbitre.*

2616Antérieurement à l'avis médical émis par l'ARS, un tribunal administratif avait considéré que l'étranger en question pouvait avoir accès aux soins dans son pays d'origine.

2617Mémoire en défense de la DLPAJ, CE, réf., 11 juin 2015, n° 390704. Ce mémoire a pu être obtenu par l'intermédiaire de La Cimade, tierce intervenante dans la procédure.

2618Le juge des référés chargé de cette affaire était Mattias Guyomar qui, lorsqu'il était rapporteur public, a rédigé les conclusions remarquées sur les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* (voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2).

2619Un nombre important de préfectures ne suivant plus à cette période le sens des avis rendus par les médecins ARS lorsque ceux-ci sont favorables au séjour. Sur ces pratiques, voir Partie 2, Titre 1, Chapitre 3.

2620Ou à présent, un avis rendu par le médecin de l'OFII.

2621Le prononcé de telle mesure par le juge des référés est fréquent à Mayotte, mais très rare en métropole : outre cette ordonnance du tribunal administratif de Limoges, seul un autre cas a été répertorié (TA Clermont-Ferrand, 7 mars 2014, ° 1400425). Sur ces injonctions à organiser le retour en France prononcée à Mayotte, voir M. Allassan, *L'accès au séjour des personnes étrangères à Mayotte, de l'inadaptation du régime d'exception,* Mémoire de Master 2, Université Paris Nanterre, 2020, p. 66.

2622TA Limoges, réf., 25 juillet 2016, n°s 1601062 & 1601063. Voir notre analyse : N. Klausser, « Expulsion illégale d'un étranger gravement malade : le juge des référés enjoint à l'État d'organiser son retour en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 octobre 2016.

Assumant pleinement ce rôle, celui-ci est conduit à adopter une démarche créative, passant par le recours à diverses constructions juridiques et lui permettant de faire prévaloir une certaine conception de l'ordre politique »[2623]. En effet, en relégitimant la valeur juridique des avis médicaux rendus par les ARS, le Conseil d'État a entendu faire primer une approche protectrice de la santé des étrangers sur les préoccupations relatives à la maîtrise des flux. Mais en pratique, sa conception a été peu concrétisée.

B. Un frein relatif au processus de *normalisation*

927. Il convient toutefois de relativiser la portée de cette jurisprudence à trois égards. Premièrement, les préfectures, qui ne sont pas liées par l'avis médical rendu par le médecin de l'ARS ou désormais par l'OFII, peuvent toujours décider de ne pas suivre le sens de cet avis. S'il est favorable, elles devront certes réexaminer la situation de l'étranger, mais ce réexamen peut être purement formel dans le cas où la préfecture souhaite malgré tout éloigner l'étranger : elle peut en effet recourir à la technique de la contre-enquête médicale. Deuxièmement, la réforme de l'évaluation médicale par la loi de 2016 a réduit la portée de cet arrêt, au sens où l'évaluation médicale effectuée par les médecins de l'OFII est plus restrictive que celle des médecins ARS (alors chargés de l'évaluation médicale lorsque l'ordonnance du Conseil d'État a été rendue). Selon les statistiques de l'OFII, le taux d'avis médicaux favorables au maintien sur le territoire d'un étranger faisant l'objet d'une mesure d'éloignement était, en 2017, de « *19,4 % pour les retenus, 13,3 % pour les assignés à résidence, 26,6 % pour les étrangers sous mesure d'éloignement ni retenus ni assignés à résidence, et 19 % pour les détenus* »[2624]. Un étranger faisant valoir son état de santé postérieurement à l'édiction d'une mesure d'éloignement a ainsi peu de chances de voir sa situation réexaminée, et ce, d'autant moins s'il est placé en rétention. Troisièmement, la réforme dite « Collomb » de 2018 a prévu une prolongation de la durée de rétention administrative pour les étrangers sollicitant une demande de protection contre l'éloignement, la faisant passer de 45 à 90 jours[2625]. Cette prolongation de la durée de rétention en cas de saisine du médecin de l'OFII pour avis peut avoir un effet dissuasif pour les étrangers, neutralisant ainsi partiellement les effets de la jurisprudence du Conseil d'État.

2623J. Chevallier, « Argument », *in Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *ouvr. préc.*, p. 31.
2624OFII, *Premier rapport établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*, préc., p. 21.
2625Voir *supra,* Partie 1, Titre 2, Chapitre 2, Section 2.

928. Questionné au sujet de ces ordonnances, un juge administratif relève la difficulté à laquelle sa profession est confrontée lorsqu'elle a à traiter d'affaires soulevant des enjeux importants : *« il faut faire attention sur une affaire sensible, si on va trop loin, on ne sait pas trop comment ça peut être interprété. Si on met, une couche, une deuxième couche, une troisième couche, cela pourrait alimenter l'impartialité, les juges pro ou contre étrangers »*[2626]. Ces propos mettent ainsi en lumière un paradoxe quant à la caractérisation du rôle politique du juge administratif : ce rôle apparaît « évident » au regard de décisions prises isolément, comme celles évoquées, car elles tendent à favoriser la protection des étrangers. Dans ce cas, le juge administratif doit être minutieux dans les mesures qu'il prononce à l'encontre des préfectures[2627], au risque d'être qualifié de « pro-étranger », risque qui peut être intériorisé par les magistrats. À l'inverse, ce rôle politique est moins évident, plus subtil, lorsque le juge administratif rend une décision s'inscrivant dans une tendance jurisprudentielle globale, telle que les jugements validant les contre-enquêtes médicales effectuées par les préfectures sur la base de l'avis du conseiller-santé pour la DGEF[2628]. Plus rarement, la posture du juge administratif peut également être explicitement favorable à une approche restrictive du droit au séjour pour soins[2629].

929. Conclusion du chapitre 2. Le juge administratif, « *parce qu'il est le juge de l'exécutif, donc du pouvoir, est amené par la force des choses, à jouer un rôle politique* »[2630]. Cette assertion est d'autant plus vraie lorsque ce rôle s'inscrit dans un contentieux de masse, résultant du « *durcissement de la politique d'immigration depuis le début des années 80 et la multiplication des réformes législatives* »[2631] relatives au droit des étrangers. En plus de son

2626Entretien avec un juge administratif exerçant dans un tribunal, 5 septembre 2016.

2627Le juge administratif doit notamment être minutieux dans la fixation du montant de l'astreinte prononcée à l'encontre de la préfecture, afin que les mesures décidées par le tribunal soient effectivement exécutées.

2628Voir *supra.*

2629Entretien avec un assistant de justice au TA de Paris, 2016 : « *Il y a une dimension politique à ne pas négliger chez certains juges administratifs. Par exemple, au sein d'une même section, il peut y avoir de grosses divergences. Il y a notamment le cas d'un magistrat qui suivait systématiquement l'avis rendu par le MCPPP* [le médecin-chef de la préfecture de police de Paris] ».

2630D. Lochak, « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, p. 19. Voir également J. Chevallier, « Argument », *in Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, *ouvr. préc.*, p. 37 : « *les enjeux politiques inhérents aux affaires dont il est saisi le conduisent à endosser un rôle politique, rôle qu'il exerce à travers des constructions jurisprudentielles indissociables d'une certaine conception de l'ordre politique* ».

2631O. Lecucq, « Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *art. préc.*, p 1210 : « *le développement de la politique dite ''de maîtrise de l'immigration'' explique ainsi l'''explosion'' du contentieux des étrangers qui se traduit par un nombre absolument considérable de décisions individuelles dont le degré de ''contestabilité'' est à la hauteur, est-ce utile de le préciser, des conséquences particulièrement graves qu'elles emportent le plus souvent sur la situation (personnelle, familiale, sociale, professionnelle, etc.) de leur destinataire* ».

interprétation des conditions médicales, l'influence politique du juge administratif sur le statut juridique de l'étranger gravement malade se mesure également à l'aune de son instruction des pièces médicales produites par les parties, donc de l'administration de la preuve de l'état de santé de l'étranger (et de l'accès aux soins dans son pays d'origine). Autrement dit, son influence découle également du cadre probatoire dans lequel il va contrôler la conformité de l'état de santé de l'étranger au standard de vie biologiquement dégradée fixée par le CESEDA.

930. L'étude de ce cadre révèle un déséquilibre de la dialectique probatoire, le juge faisant tendanciellement primer les preuves médicales produites par l'administration sur celles produites par l'étranger. Il dévoile surtout que le juge administratif contribue de manière passive à la *normalisation* de ce statut. En se contentant des pièces médicales parfois trop succinctes produites en l'état par l'étranger, en prononçant très peu de mesures d'instruction complémentaires et d'expertise, il ne pallie pas l'inégalité des armes probatoires dans laquelle est placé l'étranger face à l'administration. Il en découle une jurisprudence qui favorise tendanciellement les preuves produites par les préfectures, donc favorables à une approche restrictive de ce statut. Cette politique jurisprudentielle aboutit, *in fine,* à légitimer indirectement les pratiques préfectorales telles que les contre-enquêtes médicales, donc la doctrine du ministère de l'Intérieur. En rejetant très majoritairement les recours exercés par les étrangers mobilisant leur état de santé, le juge administratif contribue encore passivement à la *normalisation* de ce statut, et légitime la production d'un discours le policiarisant.

931. Conclusion du titre 2. Le juge administratif fabrique le statut juridique de l'étranger gravement malade à deux égards. Par sa fonction d'interprète authentique des conditions médicales d'une part, il façonne ce statut en déterminant les situations médicales qualifiées ou non pour son attribution. Par sa fonction d'interprète légitime de la doctrine administrative d'autre part, il balise l'administration en validant les pratiques conformes ou non à l'esprit de sa procédure d'attribution. Il élabore ainsi des tendances déterminant à la fois seuil de dégradation de l'état de santé (de vie biologiquement dégradée) que l'étranger doit atteindre pour prétendre à un statut (à une citoyenneté biopolitique), et le seuil des pratiques administratives acceptables pour *policiariser* le processus de *catégorisation*.

L'exercice de ces deux fonctions contribue à la neutralisation de la portée protectrice de ce statut grâce à la production d'un discours normalisateur par le juge, et ce, à deux égards.

932. D'une part, en interprétant les conditions médicales d'octroi d'un statut à l'étranger malade, le juge administratif favorise tendanciellement la maîtrise des flux migratoires. Il résulte en effet de l'incertitude des contours de l'état de santé de l'étranger, et du flottement de l'appréciation des éléments permettant de démontrer ou non l'accès aux soins dans le pays d'origine, un statut juridiquement indéterminé. Il est en effet difficile de prévoir les situations qui y sont éligibles. Si cette indétermination permet au juge du fond d'interpréter plus ou moins souplement ces conditions, la tendance qui ressort de la jurisprudence est majoritairement défavorable à l'étranger. La contribution du juge administratif au discours normalisateur réside ici dans la systématicité de certains de ses raisonnements juridiques qui élèvent le seuil de gravité de l'état de santé, ou de difficulté d'accès aux soins dans le pays d'origine, pour qu'un statut soit reconnu. À cette indétermination s'ajoute également le déséquilibre de la charge probatoire. L'exigence des preuves médicales produites par l'étranger, la possibilité pour l'administration de produire des pièces méconnaissant le secret médical, ou le non-recours aux mesures d'expertise contribuent au phénomène de *normalisation* du statut de l'étranger malade, en ce qu'ils accroissent la difficulté pour l'étranger malade de démontrer que sa situation remplit les critères fixés par le CESEDA.

933. D'autre part, la contribution du juge administratif à la production d'un discours normalisateur se constate également par sa tendance à légitimer l'administration dans ses pratiques. Le contrôle juridictionnel relatif aux contre-enquêtes médicales menées par les préfectures illustre la marge de manœuvre considérable laissée à l'administration dans la *catégorisation* de l'étranger gravement malade. Face à ces contre-enquêtes, le juge du fond a conforté les préfectures – et le ministère de l'Intérieur – dans leur quête de compétences médicales : il a contribué à faire prédominer l'objectif de maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé. La *normalisation juridictionnelle* fait ainsi écho à la *normalisation procédurale* de ce statut.

934. Finalement, l'étude de l'impact du juge administratif sur l'évolution du statut juridique de l'étranger gravement malade met en exergue son rôle paradoxal : alors qu'il a été un

moteur de la protection des étrangers malades au début des années quatre-vingt-dix, en imposant à l'administration de tenir compte des conséquences d'une exceptionnelle gravité pour l'étranger résultant de son éloignement, il a par la suite aligné sa politique jurisprudentielle sur la politique gouvernementale, au point que « *la régulation des flux contentieux fait ainsi symboliquement écho à l'objectif de régulation des flux migratoires* »[2632].

935. Conclusion de la Partie 2. Le statut type de l'étranger gravement malade apparaît ainsi fixé par les acteurs chargés de *réaliser* – du moins en théorie – le droit au séjour et la protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades. Mais les discours produits, et les mécanismes juridiques mis en place, tendent vers une approche *policiarisée* de ce statut. Finalement, l'analyse du rôle des acteurs du droit au séjour pour soins met en évidence la dissociation entre *réalisation* et *normalisation* : le statut juridique de l'étranger malade – le dispositif juridique – rencontre certes une concrétisation dans la réalité, puisque près de 30 000 titres de séjour pour soins sont délivrés chaque année à des étrangers. Mais cette réalisation est affaiblie par les discours produits par les acteurs qui en sont chargés, et par leur évolution, notamment structurelle. L'évolution de l'office des médecins vers la prise en compte de paramètres touchant à la maîtrise des flux migratoires, et l'évolution des compétences des structures rattachées au ministère de l'Intérieur vers davantage de prérogatives touchant à la santé de l'étranger en attestent. Ces évolutions résultent de discours – issue de la doctrine administrative, mais aussi des responsables politiques – favorisant une approche restrictive de l'état de santé de l'étranger, approche rendue possible par le juge administratif qui, dans son rôle d'interprète des conditions médicales et de contrôleur de l'action de l'administration, conforte cette approche.

936. L'objectif de la *normalisation* juridique et de sa concrétisation pratique est de neutraliser la portée protectrice de ce statut, en limitant le nombre d'étrangers titulaires d'un titre de séjour ou d'une protection contre l'éloignement en raison de leur état de santé. L'expertise médicale, encadrée par le droit, sert à définir un statut type de l'étranger malade, à la fois au regard de données médicales et paramédicales. Son évolution a abouti à une réduction du nombre de titres de séjour pour soins délivrés, signifiant ainsi que des étrangers qui présentaient les caractéristiques pour se voir délivrer un statut à un instant

2632D. Lochak, « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *Revue française d'administration publique* 2016/3 (n° 159), p. 702.

donné, ne les présentent plus à l'instant d'après, en raison non pas d'une évolution de leur état de santé, mais de réformes ou de pratiques administratives. L'ensemble des discours juridiques et médicaux produits au cours des trente dernières années aboutit à une transformation des fonctions : le médecin ne fait plus que soigner ou expertiser, il participe à la maîtrise des flux, et le préfet et le juge, au-delà de leur fonction de maintien de l'ordre public et de juge de l'administration, produisent, développent une expertise médicale. L'ensemble de ces acteurs s'est ainsi constitué en un pouvoir *normalisateur*, « *une instance de contrôle* »[2633] chargée de délimiter les contours de l'étranger malade éligible à un statut. Cette fonction d'éligibilité, ce pouvoir *normalisateur* détermine un standard-type de pathologies et de souffrances permettant pour un étranger d'obtenir un titre de séjour, mais aussi, et surtout, permettant à l'État de maîtriser restrictivement le processus de *catégorisation* de l'étranger pour raisons médicales.

2633M. Foucault, *Les anormaux, op. cit.*, p. 39. Michel Foucault décrit le pouvoir de *normalisation* à propos de l'expertise médico-légale, et qui implique une transformation des pouvoirs judiciaires et médicaux. Elle révèle le « *fonctionnement d'un pouvoir qui n'est ni le pouvoir judiciaire ni le pouvoir médical, un pouvoir d'un autre type, que j'appellerai provisoirement et pour l'instant, le pouvoir de normalisation. Avec l'expertise, on a une pratique qui concerne des anormaux, qui fait intervenir un certain pouvoir de normalisation et qui tend, petit à petit, par sa force propre, par les effets de jonction qu'elle assure entre le médical et le judiciaire, à transformer aussi bien le pouvoir judiciaire que le pouvoir psychiatrique, à se constituer comme instance de contrôle de l'anormal* ».

CONCLUSION GÉNÉRALE

937. La présente recherche a été motivée par le constat d'un malaise suscité par le (nécessaire) traitement juridique de la maladie de l'étranger. Qu'il s'agisse de la prise en charge des frais de santé ou de la reconnaissance d'un titre de séjour en raison de la maladie, l'État craint d'être « floué », voire même de perdre le contrôle. La reconnaissance juridique de la maladie de l'étranger incarne, pour l'État, une peur de voir sa souveraineté déclinée[2634]. L'intérêt s'est alors porté sur une analyse de la réalité de cet affaiblissement.

938. L'étude s'est alors principalement axée sur la *réalisation* – c'est-à-dire sur la concrétisation factuelle – du droit au séjour pour soins afin, précisément, d'en mesurer l'*effectivité*. En effet, s'il ressortait de l'étude qu'il était *de jure* et *de facto* facile pour un étranger malade d'obtenir un titre de séjour en raison de son état de santé, et que le nombre de titres de séjour pour soins délivrés depuis 20 ans ne cessait d'augmenter en France – dans un pays qui cherche pourtant à maîtriser autant que faire se peut ses flux migratoires – il aurait alors été possible de confirmer une forme d'affaiblissement de l'État, celui-ci ne parvenant manifestement pas à réguler l'immigration pour raisons médicales. Mais trois constats amènent à réfuter cette hypothèse.

939. Premièrement, la procédure de délivrance de titres de séjour pour soins est sujette à de nombreux « dysfonctionnements » de la part de l'administration, qui ne rendent pas son obtention aisée. Deuxièmement, le nombre de titres de séjour pour soins délivrés du milieu des années deux-mille au milieu des années deux-mille-dix est stable. Surtout, un troisième constat est venu, plus tardivement, réfuter complètement cette hypothèse : le transfert de l'évaluation médicale des demandes titres de séjour pour soins à l'OFII – agence rattachée au ministère de l'Intérieur – a entraîné une baisse de titres de séjour pour soins, aussi bien demandés que délivrés. Plus encore, à rebours des discours étatiques antérieurs, des responsables politiques et administratifs se félicitent aujourd'hui d'un cadre juridique

2634L'expression « *déclin de la souveraineté* » a été utilisée par Jean-Éric Schoettl, ancien secrétaire général du Conseil constitutionnel, à propos de l'effet de la jurisprudence des cours européennes et du Conseil constitutionnel, qui viendrait limiter les prérogatives régaliennes en matière de « *lutte contre l'immigration et le terrorisme* » (J.-É. Schoettl, G. Perrault, « Terrorisme, islamisme, immigration: un droit hermétique à la volonté populaire ? », *Le Figaro,* 22 octobre 2020).

permettant de maîtriser la catégorisation juridique de l'étranger malade, et surtout, de la baisse du nombre de titres de séjour pour soins délivrés[2635].

940. Ces constats ont alors amené à poursuivre la présente recherche non plus uniquement sur le terrain de la *réalisation* du droit au séjour pour soins, mais sur celui des *instruments juridiques* permettant à l'État de *contrôler* la délivrance de titres de séjour pour soins. Sur ce point, il est ressorti de l'analyse que ce contrôle est renforcé par la création de *mécanismes* permettant ou favorisant la diffusion d'un discours visant à maîtriser de manière restrictive le flux d'étrangers malades obtenant un statut. L'analyse a alors cherché à démontrer que ces processus visent à *normaliser* l'approche de la maladie de l'étranger, autrement dit, à la *policiariser.* Deux processus principaux ont pu être identifiés : le premier se matérialise par le cadre normatif relatif à la reconnaissance d'un statut à l'étranger en raison de son état de santé, qui doit *permettre* cette *normalisation*. Le second est relatif à l'évolution des acteurs chargés d'appliquer ce cadre normatif, qui doivent la *concrétiser*.

941. La catégorisation *normative* de l'étranger malade s'est développée à différents niveaux. Le droit européen a progressivement protégé l'étranger malade contre une mesure de renvoi, mais sans pour autant entraver *réellement* les prérogatives des États parties pour maîtriser l'immigration. Le Conseil constitutionnel consacre quant à lui un principe constitutionnel de protection de la santé, mais laisse le législateur libre de le concilier avec d'autres objectifs, tels que la maîtrise des flux migratoires et la lutte contre l'immigration irrégulière. Ces premières catégories de normes rendent donc possible la *normalisation.* Dès lors, la construction de la

2635Ce constat ressort notamment des propos de Didier Leschi, directeur général de l'OFII, dans une interview publiée par le Figaro : « *L'examen d'une demande d'asile ne purge pas tous les motifs qui peuvent donner droit à un titre de séjour. Très souvent, les déboutés déposent une demande auprès de l'Ofii en invoquant un état de santé qui ne permettrait pas de les expulser. Jusqu'en 2016, les dossiers étaient traités par les agences régionales de santé (ARS), avec un taux de réponses positives de près de 80 %. Depuis que nous les gérons, il a chuté à 50%. Nous avons mis en place un système extrêmement rigoureux. Chaque cas est examiné par au moins trois médecins, tirés au sort de manière aléatoire pour chaque demandeur. Nous avons instauré l'identito-vigilance - le dossier d'une personne doit obligatoirement comporter sa photo - et, surtout, nous avons passé des accords avec des laboratoires d'analyses pour que les examens soient immédiats, ce qui évite les trafics de résultats. Ce changement de procédure a, à lui seul, contribué à faire baisser le nombre de demandes d'environ un tiers. L'information a circulé !* » (J. Waintraub, « Pourquoi la France est mal armée contre les migrants radicalisés », *Le Figaro,* 23 octobre 2020). En outre, une note interne de la DGEF indique également que « *l'admission au séjour pour raison de santé est une voie légale d'admission au séjour maîtrisée : le nombre de titres délivrés pour ce motif est stable depuis plusieurs années, et diminue même de manière significative en 2017 (6 555 nouveaux titres délivrés pour ce motif en 2015, 6 850 en 2016 et 4 227 en 2017). Avec la nouvelle procédure, les demandes infondées sont mieux détectées (l'avis de l'OFII peut conduire à la délivrance du titre dans 50 % des cas seulement). Les demandes ont baissé en 2018 (plus de 44 000 demandes en 2017, moins de 30 000 en 2018)* ».

catégorie juridique de l'étranger malade en droit interne s'est principalement faite par l'intermédiaire du législateur, à la suite de l'impulsion donnée par le juge administratif. Son étude a démontré les vives réticences du Parlement et du Gouvernement à reconnaître officiellement la maladie comme motif d'octroi d'un statut. Ce n'est que contraint par le contexte politique que les parlementaires ont dû voter une protection contre l'éloignement et un droit au séjour pour raisons médicales en 1997 et 1998. Mais cette protection est loin d'être absolue, et le Parlement continue à concilier l'objectif de protection de la santé avec celui de maîtrise des flux migratoires. Or, avec le recul, force est d'admettre que cette conciliation ne mène qu'à un équilibre fictif : les marges laissées au pouvoir réglementaire ont permis à ce dernier de produire un *discours* et de développer un *cadre* favorisant une logique de police des étrangers. L'année 2011 semble à cet égard constituer un tournant dans le processus de *normalisation*, puisque c'est à partir de la loi « Besson » de la même année que le Parlement affiche sa volonté de restreindre l'accès aux titres de séjour pour soins. Il manifeste explicitement sa volonté de *normaliser* le statut juridique de l'étranger malade. En modifiant les conditions médicales, puis en prévoyant en 2016 que l'évaluation des demandes soit effectuée par des médecins rattachés au ministère de l'Intérieur, le législateur *favorise*, *impulse,* le processus de *normalisation.*

942. Fort de ce cadre normatif, un *discours* tendant à *policiariser* l'approche de l'étranger malade s'est développé. Ce discours, produit principalement par le ministère de l'Intérieur et les parlementaires favorables à un encadrement *restrictif* de la délivrance de titres de séjour pour soins, est destiné aux acteurs chargés d'instruire le processus de *catégorisation*. Les premiers concernés sont les médecins, dont l'office a progressivement évolué pour inclure les prescriptions de ces discours, comme le démontre leur participation de plus en plus active à la lutte contre la fraude. Les préfectures ont, de leur côté, pu développer leurs propres compétences médicales pour concurrencer celle des médecins des ARS. L'évolution du rôle de ces acteurs, menant à une approche globale *policiarisée* de l'état de santé de l'étranger, révèle la *normalisation* croissante dont fait l'objet le statut juridique de l'étranger gravement malade.

943. Le juge administratif, quant à lui, joue un rôle contrasté dans ce processus de *normalisation*. Si le Conseil d'État a impulsé des évolutions majeures pour la protection de l'étranger malade – que ce soit pour encadrer le pouvoir discrétionnaire des préfectures dans

les années quatre-vingt-dix, ou consacrer la condition relative à l'effectivité du traitement approprié en 2010 – celles-ci ont été relativisées, voir neutralisées, par l'intervention du législateur. L'analyse de la jurisprudence des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel démontre quant à elle la tendance du juge administratif à légitimer des pratiques de l'administration visant à *normaliser* la catégorisation de l'étranger malade. Ce dernier vient, à cet égard, parachever la *concrétisation* du processus de *policiarisation*.

944. En définitive, il ressort de cette étude que l'État n'a jamais réellement perdu le contrôle de l'état de santé de l'étranger : il a toujours déterminé les contours de la catégorie juridique « étranger malade », qui plus est de manière limitative. Ainsi, il a su développer et ajuster des mécanismes lui permettant de le maîtriser dans un sens restrictif. Pour reprendre la métaphore du scanneur *s*ervant à *légitimer* ou non l'étranger en raison de son état de santé (à le *biolégitimer*), la *catégorisation* de l'étranger malade a été construite pour permettre de régler ce scanneur de façon à réduire l'éventail des situations médicales *biolégitimables.* Plus encore, les résultats de ce scanneur sont désormais lus par des acteurs ayant, pour la plupart, *intériorisé* une logique de police. Ces réglages successifs permettent ainsi à l'État de conforter sa souveraineté en matière de maîtrise des flux migratoires. Car finalement, le scanneur est construit par l'État lui-même, et c'est donc ce dernier qui procède en amont aux différents réglages. Cela lui permet de refuser un statut à l'étranger dont l'état de santé est c*liniquement* grave, car il ne l'est *politiquement* pas assez.

ANNEXES

Annexe 1 : Méthodologie des entretiens.

Plusieurs entretiens ont été menés afin de corroborer des hypothèses ou d'éclairer certaines thématiques du sujet de recherche. La méthode retenue a consisté à identifier des personnes pouvant apporter des informations et un éclairage particulier sur le sujet, au regard de la fonction qu'ils occupent ou ont occupée en lien avec le droit au séjour pour soins.

Une sollicitation par courriel leur était adressée, visant à exposer la démarche ainsi que certaines précisions quant aux questions qui seraient abordées. L'entretien se déroulait de manière semi-directive, en présentiel ou par téléphone. Si le cadre et les circonstances le permettaient, l'entretien était enregistré. Il était, dans tous les cas, retranscrit de manière dactylographiée ou manuelle. Un *verbatim* de l'entretien était ensuite adressé à la personne interrogée, à la demande de cette dernière ou dans le cas où un doute subsistait sur le sens de certains propos.

Des extraits de ces entretiens sont cités dans la présente recherche afin d'appuyer la démonstration. La fonction de la personne citée est alors précisée, ainsi que la date de l'entretien. L'anonymat était systématiquement proposé aux personnes interrogées. Il était initialement envisagé de citer nommément celles qui donnaient leur accord, et d'anonymiser celles qui le souhaitaient. La solution de l'anonymisation généralisée des entretiens a finalement été retenue. Celle-ci présente cependant certaines limites, en ce que certaines personnes peuvent être identifiées de par la fonction qu'elles ont occupée. Dans ce cas, le choix d'indiquer leur fonction résulte de deux facteurs cumulatifs : la pertinence de cette référence pour la teneur du propos, et leur accord initial pour être nommément citées.

Certains entretiens n'ont pu être formellement exploités, en raison du risque d'identification des personnes concernées, de par la fonction occupée. Ces dernières ont accepté de nous rencontrer, ou nous ont sollicités à cette fin, dans le but d'apporter un éclairage sur certains aspects du sujet. Le choix a été fait de ne pas les citer, même de manière anonymisée.

À ces entretiens s'ajoutent des rencontres entre AIDES et des responsables de cabinets ministériels ou de certaines administrations, qui se sont déroulées dans le cadre de la CIFRE (voir *Introduction, §3*). Des extraits issus de prises de notes effectuées lors de ces rencontres sont parfois cités, et se caractérisent par la mention « rencontre entre AIDES et (...) » ou « rencontre entre l'ODSE et (...) ».

Annexe 2 : Méthodologie de la recherche dans la base de données Ariane archives.

L'étude du contentieux administratif suscité par le droit au séjour pour soins a été permise grâce à une convention passée en 2017 avec le Conseil d'État, afin que soit mise à disposition les bases de données des juridictions administratives (voir *supra,* Introduction).

La base de données Ariane archives contient l'ensemble des décisions rendues par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, ainsi que certains documents internes à ces juridictions, tels que les conclusions des rapporteurs. Par l'accès à cette base, l'étude de deux contentieux particuliers relatifs au statut juridique de l'étranger gravement malade a pu être effectuée :

1) Une étude de l'application des arrêts *Jabnoun* et *Bialy*[2636] par le juge administratif. Pour se faire, la recherche a été effectuée avec les mots-clefs « "effectivement bénéficier d'un traitement approprié" ET "313-11" ». Ariane archives ne permettant pas de faire de recherche sur une période donnée, il a fallu en plus intégrer « 2010 », puis « 2011 » dans la recherche, afin de télécharger toutes les décisions potentiellement pertinentes où figurent explicitement une référence au contrôle prévu par les arrêts *Jabnoun et Bialy* (i.e. : où le juge évalue si la préfecture a commis une erreur d'appréciation dans l'évaluation des conditions médicales de l'article L. 313-11 11° du CESEDA). Le choix a été fait de commencer la collecte de ces jugements de manière antichronologique, c'est-à-dire en commençant par les plus éloignés temporellement des arrêts *Jabnoun* et *Bialy* rendus le 7 avril 2010, car nous supposions que les formations de jugements avaient eu le temps de maîtriser les critères du contrôle, et de fixer leur jurisprudence. 536 jugements de tribunaux administratifs et 179 de cours administratives d'appel ont ainsi pu être collectés et analysés (soit un total de 715 décisions).

2) Une étude du contentieux des refus de séjour malgré l'avis médical favorable rendu par le médecin de l'ARS. Les tests de recherche par mots-clefs n'ont pas permis d'identifier une formulation-type qui reviendrait dans chaque jugement et décision. Le choix a donc été fait de cibler les cas où le médecin-conseil de la DGEF était explicitement mentionné, ce dernier intervenant majoritairement au soutien des préfectures dans le cadre de ce contentieux. Les

2636CE, *Jabnoun* (n° 301640) et *Bialy* (n° 316625), 7 avril 2010.

mots-clefs utilisés sont donc : « ''absence de traitement approprié'' ''*conseiller-santé*'' OU ''médecin référent à la Direction'' ». 254 jugements de tribunaux administratifs et 71 décisions de cours administratives d'appel ont ainsi pu être collectés (soit un total de 325 décisions). La présente recherche est donc exhaustive, au sens où ont pu être analysés l'ensemble des jugements et décisions dans lesquels ce médecin est intervenu explicitement jusqu'en janvier 2017. Cependant, il est également intervenu de manière implicite, les préfectures ayant eu pour recommandations de la DGEF de ne pas le mentionner explicitement dans les pièces produites devant le juge administratif (voir *supra,* Partie 2, Titre 1, Chapitre 3).

Annexe 3 : DGS, *Procédure étrangers malades. Questions les plus fréquentes posées par les médecins des ARS*, document interne, 2013 (extraits).

V - QUE FAIRE EN CAS D'ÉVENTUALITÉ DE FRAUDE ?

Q V.1 De quoi parle-t-on quand on parle de fraude[2637] ?

Les situations concrètes auxquelles sont confrontés les médecins des ARS et qui sont parfois décrites par le terme « fraude » sont diverses.

Il peut s'agir de « suspicion de faux[2638] » (rapports stéréotypés, rapports rédigés de façon maladroite, documents raturés, entête obsolète ou inadéquat par rapport à la pathologie, suspicion de vol d'ordonnance). Ces rapports ont pour objectif de faire obtenir un titre de séjour à des bénéficiaires qui ne sont pas malades.

Dans certains cas sont évoquées des « filières », ce qui suppose une organisation avec renseignements pour obtenir un rapport avec une pathologie donnée auprès d'un praticien donné.

Dans certains cas, il peut s'agir d'escroquerie[2639], d'usurpation d'identité ou d'utilisation de résultats d'un autre patient.

2637 Fraude : acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'exécution des lois.
Il n'y a pas de dispositions spécifiques dans le CESEDA sanctionnant la fraude exercée pour obtenir un titre de séjour. Toutefois, en cas de fraude, les sanctions sont de nature administrative et conduisent au retrait du titre de séjour dans la mesure où un acte obtenu en fraude n'a pu créer de droit.

2638 Faux : d'après le Code pénal, constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques ».
Le faux est réprimé, d'une manière générale, par les articles 441-1 et suivants du code pénal. Les documents qui ne créent pas en eux-mêmes des droits ne donnent pas lieu à poursuite pour faux. En revanche, lorsqu'ils constituent un élément d'un titre, la qualification de faux s'applique (par exemple, facture constituant un élément d'un contrat). Les faux commis dans des écrits qui ne constituent que des déclarations unilatérales pouvant faire l'objet de vérification ne sont pas pénalement punissables.
De tels documents constituent un faux lorsqu'ils font l'objet d'une falsification matérielle : fausse signature, faux acte, photocopie altérée, acte élaboré à partir de déclarations mensongères. S'agissant plus spécifiquement du faux dans un document administratif, le faux commis dans un document délivré par une administration publique aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation est réprimé, dans les conditions ci-dessus, par l'article 441-2 du code pénal.

2639 L'escroquerie est un délit réprimé à l'article 313-1 du code pénal : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge ».L'escroquerie est constituée au moyen d'un usage d'un faux nom ou d'une fausse identité ou par l'emploi de manœuvres frauduleuses (mensonge conforté par un support écrit) dans le but de tromper autrui pour obtenir un droit. Toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la fortune d'autrui, le fait de se faire remettre par l'administration un titre de séjour en employant des manœuvres frauduleuses ne caractérise par le délit d'escroquerie » (crim. 26 octobre 1994).

Il peut s'agir de pratiques professionnelles émanant d'un médecin agréé ou d'un praticien hospitalier : médecins complices avec ou sans compensation financière ou médecins complaisants.

Enfin, des services préfectoraux saisissent directement les ARS pour demander de vérifier des documents.

Faux certificat médical : le fait d'établir une attestation ou un certificat faisant état de faits matériellement inexacts, de falsifier une attestation ou un certificat originairement sincère ou de faire usage d'une attestation ou d'un certificat inexact ou falsifié est réprimé par l'article 441-7 du code pénal.

Médecins complices : Le complice est celui qui aide ou facilite l'auteur à commettre une infraction (article 121-7[2640] du code pénal). Les médecins qui fournissent de faux certificats ne sont pas complices mais directement auteur du délit de faux certificats[2641]. La complicité de faux ou d'usage de faux est difficile à déterminer mais elle n'est pas exclue.

Médecins complaisants : Le code de la santé publique précise, à l'article R.4127-28, que « *la délivrance d'un rapport tendancieux ou d'un certificat de complaisance est interdite* ». Cette faute déontologique, susceptible d'une sanction ordinale, constitue également une infraction pénale prévue par les articles 441-7 et 441-8 du code pénal.

Le Conseil national de l'ordre des médecins rappelle que :
- le médecin ne doit certifier que ce qu'il a lui-même constaté. Ont été sanctionnés des médecins dont les certificats avaient été rédigés sans examen du patient ;
- si le certificat rapporte les dires de l'intéressé ou d'un tiers, le médecin doit s'exprimer sur le mode conditionnel et avec la plus grande circonspection ; le rôle du médecin est en effet d'établir des constatations médicales, non de recueillir des attestations ou des témoignages et moins encore de les reprendre à son compte ;
- un certificat médical ne doit pas comporter d'omission volontaire dénaturant les faits. Cela suppose un examen et un interrogatoire préalables soigneux ;
- le médecin, s'il est tenu de délivrer à son patient un certificat des constatations médicales qu'il est en mesure de faire, il reste libre du contenu de celui-ci et de son libellé qui engagent sa responsabilité.

Q V.2 Qui est compétent ?

2640Article 121-7 du code pénal : « *Est complice d'un crime ou d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

2641 Ils encourent une peine de 1 an d'emprisonnement et 15 000€ d'amende. Si le certificat est établi moyennant un avantage ou rétribution, la peine s'élève à 5 ans d'emprisonnement et 75 000€ d'amende (article 441-8 du code pénal).

Quelle est la conduite à tenir pour le médecin d'ARS en cas de suspicion de fraude ?

En pratique, le médecin de l'ARS peut être destinataire de documents à la lecture desquels il peut légitimement penser qu'ils contiennent des informations fausses ou mensongères ou supposées telles, alors que ces documents lui servent de base pour donner un avis au préfet. Les documents contenant des informations fausses présentés au médecin de l'ARS peuvent constituer un élément constitutif de l'infraction de faux ou d'usage d'un faux certificat médical.

Le médecin de l'ARS intervient donc au stade de la suspicion de faux.

Il convient en cas de suspicion de :

- vérifier la "qualité" du document (faux en écriture, copie, document scanné…) ;
- interroger systématiquement le service hospitalier ou le médecin agréé par écrit pour solliciter des compléments, lever les doutes (les résultats de dépistage anonyme ne peuvent pas être acceptés en l'état en l'absence de confirmation écrite) ;
- ne pas hésiter à joindre les praticiens, en cas de besoin, pour leur demander de préciser leur document ;
- les avertir d'une possible utilisation frauduleuse de leur nom, à charge pour eux de porter plainte, le cas échéant.

Lorsque le médecin de l'ARS est confronté à un **« faux certificat »,** la procédure de saisine du parquet décrite ci-dessous peut être envisagée.

Il peut également envisager une procédure devant le Conseil départemental de l'ordre des médecins pour manquement aux devoirs déontologiques (cf. infra).

Quelle est la responsabilité du directeur général de l'ARS ?

<u>Saisine du procureur</u> de la République

L'article 40, alinéa 2 du code de procédure pénale dispose que « *toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* ».

La chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé que « les dispositions de l'article 40 n'imposent pas que la dénonciation soit faite par le fonctionnaire…… qui a eu connaissance des faits délictueux, elle peut être faite par son supérieur hiérarchique » (crim, 14 décembre 2000).

En pratique, et suivant les recommandations de l'IGAS[2642], c'est à l'autorité hiérarchique, donc au directeur général de l'Agence régionale de santé, d'assurer la transmission de l'information sur l'existence d'une fraude présumée ou avérée. La transmission directe ne peut intervenir qu'en cas de négligence ou d'opposition du directeur. Vis-à-vis du procureur de la République, le signalement d'un fait délictueux aura plus de poids s'il est porté par toute l'administration sanitaire plutôt que par un seul agent.

S'agissant de la procédure d'avis au préfet, cette saisine suspend la procédure.

Saisine du Conseil départemental de l'Ordre

Cette saisine peut être réalisée par le directeur général de l'ARS compétente (lieu d'inscription au tableau du praticien) qui détient cette compétence en application de l'article R.4126-1, 2° du code de la santé publique.

Il est également conseillé de mettre en place des procédures dans une logique « préventive » :

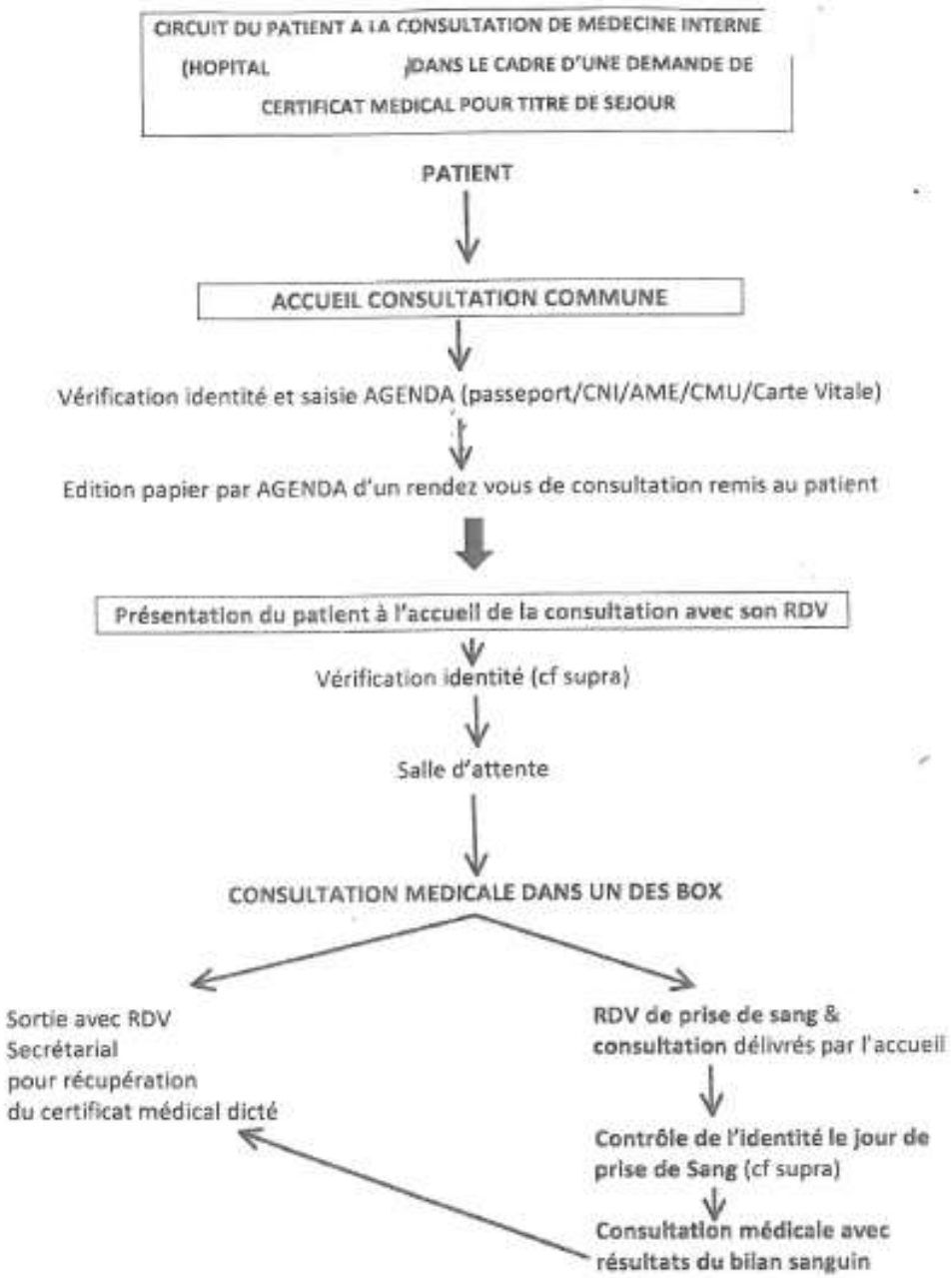
* pour améliorer la qualité des rapports médicaux :
- des cadres standardisés, diffusés aux médecins agréés ;
- des formations pour les médecins agréés ;
- des contacts réguliers avec les praticiens hospitaliers et médecins agréés qui établissent souvent des rapports médicaux, en leur précisant les attentes d'un médecin d'ARS... ;

* pour sécuriser la transmission des documents.

Direction générale de la santé. Document en date du 31 janvier 2013
Sous-direction Santé des populations et prévention des maladies chroniques
Bureau MC1 santé des populations
Sous-direction Prévention des risques infectieux
Bureau RI 2 infections par le VIH, IST et hépatites
Secrétariat général
Division des droits des usagers et des affaires juridiques et éthiques

2642 Guide de bonnes pratiques de l'inspection et échanges avec M. Linsolas, IGAS et rédacteur du guide

Annexe 4 : Exemple de procédure d'identito-vigilance mise en place dans un service hospitalier de l'APHP pour la délivrance de certificat médical en vue d'une demande de titre de séjour pour soins.



Annexe 5 : Courrier d'un chef de service de l'APHP à la préfecture de police de Paris (PPP) signalant des erreurs d'authentification de cas de fraudes par le médecin-chef de la PPP.

ASSISTANCE PUBLIQUE HÔPITAUX DE PARIS

[redacted]

Paris, le 24 Mars 2011

M.Pierre POUGET
Attaché Principal d'Administration
Adjoint au Chef du 9ème Bureau
PREFECTURE DE POLICE
7, Bd du Palais

75004 PARIS

Monsieur,

J'ai bien reçu ce jour votre courrier du 18 Mars concernant l'authentification du certificat de Mme [redacted]

Par ce courrier, vous m'indiquez que nous avions émis le 17 Janvier 2011, l'avis suivant « production de pièces médicales falsifiées ».

Je vous informe qu'à aucun moment nous n'avons pu émettre cet avis dans la mesure où cette patiente est suivie dans notre Service et que le certificat joint à votre courrier a bien été établi par notre Service et signé par mes soins.

Je constate une nouvelle fois que M. Claude DUFOUR a authentifié lui-même ce certificat sans nous demander notre avis.

Nous rencontrons des problèmes avec les certificats des patients suivis dans notre Service et déclarés « faux certificats ». Nous avons déjà adressé deux courriers à M. DUFOUR (3 Février 2011 et 16 Mars 2011) restés sans réponse de sa part.

Je reste à votre disposition pour tout renseignement complémentaire.

Je vous prie de croire, Monsieur, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.

Copie à :
M. Michel GAUDIN, Préfet de Police de Paris PREFECTURE DE POLICE 7 Bd du Palais 75004 PARIS
M. Daniel CANEPA, Préfet de Paris, 5, rue Leblanc 75911 PARIS CEDEX 15
Dr Claude DUFOUR, Médecin Chef PREFECTURE DE POLICE 7 Bd du Palais 75004 PARIS
DDPAF 78 Brigadier ROUQUET 79, Avenue P. Curie BP 18 – 78210 ST CYR L'ECOLE

Annexe 6 : Télégramme diplomatique du secrétaire général au ministère de l'Immigration, de l'Intégration, de l'Identité national et du développement solidaire adressé à plusieurs ambassades en vue de constituer des « fiches-pays » sur l'accès aux soins.

DE LA PART DE MONSIEUR STEFANINI, SECRETAIRE GENERAL AU MINISTERE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE.

LA PROCEDURE DITE '' ETRANGERS MALADES '', PREVUE PAR L'ARTICLE L 313-11 11 DU CODE DE L'ENTREE ET DU SEJOUR DES ETRANGERS ET DU DROIT D'ASILE (CESEDA) EST UNE PROCEDURE HUMANITAIRE INSTAUREE POUR PERMETTRE '' A L'ETRANGER RESIDANT HABITUELLEMENT EN FRANCE DONT L'ETAT DE SANTE NECESSITE UNE PRISE EN CHARGE MEDICALE DONT LE DEFAUT POURRAIT ENTRAINER POUR LUI DES CONSEQUENCES D'UNE EXCEPTIONNELLE GRAVITE, D'OBTENIR UN TITRE DE SEJOUR TEMPORAIRE EN VUE DE RECEVOIR LES SOINS NECESSAIRES '' SOUS RESERVE QU'IL NE PUISSE EFFECTIVEMENT BENEFICIER D'UN TRAITEMENT APPROPRIE DANS LE PAYS DONT IL EST ORIGINAIRE ''. DANS CE CADRE, '' LA DECISION DE DELIVRER LA CARTE DE SEJOUR EST PRISE PAR L'AUTORITE ADMINISTRATIVE APRES AVIS DU MEDECIN INSPECTEUR DE LA SANTE PUBLIQUE COMPETENT AU REGARD DU LIEU DE RESIDENCE DE L'INTERESSE OU, A PARIS, DU MEDECIN CHEF DU SERVICE MEDICAL DE LA PREFECTURE DE POLICE ''.

CETTE PROCEDURE, INSTAUREE EN 1998 POUR LES ETRANGERS EN SITUATION IRREGULIERE SUR LE TERRITOIRE FRANCAIS, A CONNU UN SUCCES CROISSANT, LE NOMBRE DE BENEFICIAIRES, DEPASSANT DESORMAIS LE NOMBRE DE 15000.

LE GOUVERNEMENT A DECIDE QUE CETTE PROCEDURE NE FERAIT L'OBJET D'AUCUNE MODIFICATION DANS LA LOI RELATIVE A L'IMMIGRATION. IL A TOUTEFOIS SOUHAITE UNE APPLICATION PLUS SCRUPULEUSE DES DISPOSITIONS EN VIGUEUR.

DANS CES CONDITIONS, IL EST PLUS ESSENTIEL QUE JAMAIS DE CONNAITRE PRECISEMENT L'OFFRE DE SOINS DANS LES PAYS D'ORIGINE DES ETRANGERS DEMANDANT LE BENEFICE DE L'ARTICLE L 313-11 11 DU CESEDA.

EN CONSEQUENCE, SOUS L'EGIDE DU SECRETAIRE GENERAL DU MINISTERE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE, LES PRINCIPALES ADMINISTRATIONS CONCERNEES (MINISTERE DE L'IMMIGRATION, DE L'INTEGRATION, DE L'IDENTITE NATIONALE ET DU DEVELOPPEMENT SOLIDAIRE : DIRECTION DE L'IMMIGRATION, MINISTERE DE LA SANTE, DE LA JEUNESSE ET DES SPORTS ET DE LA VIE ASSOCIATIVE : DIRECTION GENERALE DE LA SANTE ., MINISTERE DES AFFAIRES ETRANGERES ET EUROPEENNES : DGCID), ONT ELABORE UN QUESTIONNAIRE AFIN DE DRESSER UN INVENTAIRE, SELON LES PATHOLOGIES, DE L'OFFRE DE SOINS DISPENSEE PAR LES SYSTEMES DE SANTE LOCAUX, DANS TRENTE DEUX PRINCIPAUX PAYS D'ORIGINE, DONT VOTRE PAYS DE RESIDENCE.

CE QUESTIONNAIRE A FAIT L'OBJET D'UN ACCORD INTERMINISTERIEL. SON EXPLOITATION PERMETTRA AUX MEDECINS INSPECTEURS DE LA SANTE PUBLIQUE ET AU MEDECIN CHEF DE LA PREFECTURE DE POLICE DE PARIS DE DISPOSER D'UN OUTIL D'AIDE A LA DECISION QUI FACILITERA L'ACCOMPLISSEMENT DE LA MISSION CONSISTANT A EMETTRE UN AVIS AUX PREFETS DE DEPARTEMENT ET AU PREFET DE POLICE DE PARIS SUR LA DEMANDE DE TITRE DE SEJOUR CONFORMEMENT A L'ARTICLE L. 313-11 11 DU CESEDA. PARALLELEMENT L'EXPLOITATION DE CES QUESTIONNAIRES PERMETTRA AUX PREFETS ET AU PREFET DE POLICE DE PARIS DE DISPOSER D'INFORMATIONS PRECISES, UTILES EN CAS DE CONTENTIEUX. CE QUESTIONNAIRE SERA MIS EN LIGNE SOUS LA RUBRIQUE ''COOPERATION '' DE L'INTRANET DU MAEE A L'ADRESSE SUIVANTE :
HTTP://WWW4.MAE.DIPLOMATIE.GOUV.FR/DIPLONET/COOP/DPDEV/DPDEVP/ACCESSO
INS-ACCESRESERVE.HTM . L'ACCES A CETTE RUBRIQUE ETANT RESERVE AUX SEULS DESTINATAIRES DE CE TD, VOUS DEVREZ SAISIR LES IDENTIFIANTS SUIVANTS : NOM D'UTILISATEUR : ACCES32 (TOUT ATTACHE, EN MAJUSCULES) MOT DE PASSE : ACCESSOINS(TOUT ATTACHE, EN MAJUSCULES) DOMAINE : MAE07EX1W05 (EN MAJUSCULES) - CE TROISIEME IDENTIFIANT PEUT NE PAS ETRE DEMANDE SELON LE NAVIGATEUR INTERNET UTILISE. IL VOUS SERA EGALEMENT ADRESSE PAR COURRIEL.

VOUS VOUDREZ BIEN LE RENSEIGNER, PAR LE BIAIS DE VOS COLLABORATEURS COMPETENTS EN LA MATIERE (ATTACHES DE COOPERATION OU CONSEILLERS REGIONAUX POUR LA SANTE) ET EN VOUS APPUYANT NOTAMMENT SUR LES MEDECINS ATTITRES DE VOTRE POSTE OU AGREES PAR VOUS, AINSI QUE, EN

TABLE DES PRINCIPALES JURISPRUDENCES

ACCOMPAGNÉES DE LEURS NOTES

- Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05.

- BAULOZ, C., « Foreigners: Wanted Dead or Alive: Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement », *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18, Issue 4, 2016, pp. 409-441.
- CUQ, E., « S.J. v. Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants », *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol. 3, Issue 1, 2014, pp. 82-89.
- HERVIEU, N., « Conventionnalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la "dissidence perpétuelle" », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 décembre 2011. https://listes.cru.fr/sympa/arc/droits-libertes/2011-12/msg00010/ Lettre_ADL_du_CREDOF_-_27_decembre_2011.pdf
- JULIEN-LAFERRIÈRE, F., « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, pp. 261-277.
- MARGUÉNAUD, J.-P., « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur ''les sentiers de la gloire'' », *RTDH*, 2014/100, pp. 977-989.
- MARGUÉNAUD, J.-P., « La trahison des étrangers sidéens », *Rev tr. Dr. Civ.*, 2008, pp. 643-646.
- RUBIO, N., « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS,* 2010, pp. 265-280.
- MITCHELL, K., « Protecting Non-US Citizens from Removal Terminating HIV/AIDS Treatment », *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Issue 1, 2010, pp. 1620-1665.
- SLAMA, S., PARROT K., « Étrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'homme », *Plein droit*, 2014/2 n° 101, pp. I-VIII
- ZEVOUNOU, L., « 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, n° 3, pp. 367-388.

CEDH, GC, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique,* n° 41738/10.

- AFROUKH, M., « L'amélioration du sort des étrangers malades : ou quand le dialogue des juges prend une forme inversée », *RDSS*, 2018, p. 463.
- HUSSON-ROCHCONGAR, C., AFROUKH, M., « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Second semestre 2016 », *RDLF* 2017, chron. N° 13. URL : www.revuedlf.com
- ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Le renforcement de la protection des étrangers gravement malades contre les mesures d'éloignement », *La Gazette du Palais*, n°10, 2015, pp. 33-34.
- LABAYLE, H., SUDRE, F., « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *Revue française de droit administratif*, 2017, pp. 753-761.

- MARTENS, P., « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2017, pp. 669-680.
- KLAUSSER, N., « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité », *Lettre Actualités Droits-Libertés - La Revue des droits de l'homme*, 2 février 2017. URL : https://journals.openedition.org/revdh/2965

- Cour de justice de l'Union européenne :

CJUE, GC, 18 décembre 2014, *Mohamed M'Bodj c. État belge*, C-542/13 & CJUE, 18 décembre 2014, *Centre public d'action social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida*, Aff. C-562/13.

- PEERS S., « Could EU law save Paddington Bear ? The CJEU develops a new type of protection », *in EU Law Analysis*, 21 December 2014. http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/could-eu-law-save-paddington-bear-cjeu.html
- BENOÎT-ROHMER, F., « Chronique Union européenne et droits fondamentaux – Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4 de la Charte) », *RTD eur.* 2016, pp. 351-353.
- LABAYLE, H., « La protection des étrangers gravement malades par les juges européens : une cause perdue ? », *GDR-ELSJ*, 31 mars 2015.
- PÉTIN, J., « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », *Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice* (ELSJ), 5 janvier 2015.
http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/
- KLAUSSER, N., « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 09 janvier 2015, http://revdh.revues.org/1044

CJUE, 21 décembre 2011, *N. S. c/ Secretary of State for the Home Department*, n° C-411/10.

- PEERS, S., « Torture victims and EU law », *in EU Law Analysis,* 24 Avril 2018, https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/torture-victims-and-eu-law.html

- Conseil constitutionnel :

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

- PREUSS-LAUSSINOTTE, S., « Une seule annulation et deux petites réserves sur la loi "Besson" », *in Dictionnaire permanent droit des étrangers,* juillet 2011, n° 202.
- SLAMA, S., « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers, Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 371-386.

- TCHEN, V., « De la pratique des QPC en droit des étrangers à la réforme du 16 juin 2011 : la fin des illusions constitutionnelles ? (bilan du premier semestre 2011) », *AJDA* 2011, pp. 581-588.
- TCHEN, V., « Étrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *Dr. Adm.,* août 2011, chron. n° 17.

- Conseil d'État

CE, 29 juin 1990, *Olmos-Quintero*, n° 115687.
- TURPIN, D., « Reconduite à la frontière : vie familiale et sursis à exécution », *Revue critique de droit international privé*, 1990, pp. 682-699.
- MALLOL, F., « Sida, droit au respect de la vie familiale et reconduite à la frontière », *RDSS,* 1995, p. 428.
- FOURNALÈS, R., « La protection des situations personnelles et la vie privée en droit des étrangers. Prolégomènes à l'arrêt *GISTI* du Conseil d'État du 30 juin 2000 », *J.D.I.*, 2, 2001, pp. 447-486.

CE, 19 avril 1991, *Babas* et *Belgacem,* n° 107470 & 117680.
- ABRAHAM, R., « La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement d'étrangers. Conclusions », *RFDA*, 1991, pp. 497-510 ;
- JULIEN-LAFERRIÈRE, F., « Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA,* 1991, pp. 551-556.
- PRÉTOT, X., « Application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA*, n° 10, 1991, p. 741 et s. ;
- TURPIN, D., « Expulsion des étrangers et vie familiale », *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 677-693.

CE, 30 juin 2003, n° 248215.
- FOMBEUR, P., « Le traitement médical du transsexualisme peut faire obstacle à une reconduite à la frontière », *AJDA*, 2003, pp. 2207-2212.

CE, 28 avril 2004, n° 252621.
- COURNIL C., « À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *RDSS*, 2004, pp. 872-884.

CE, 7 avril 2010, Ministre de l'immigration, de l'intégration, de l'identité nationale et du développement solidaire c/ Bialy, req. N°316625.
- AFROUKH, M., « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'État français », in *RTDH*, n° 86, 2011, pp. 325-341..
- DEMAGNY, B., SLAMA, S., « 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 A* n° 29, 2010, pp. 43-48.
- LIÉBER, S.-J., BOTTEGHI, D., « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », *AJDA,* 2010, pp. 881-888.

CE, réf., 7 mai 2015, *Ministre. de l'Intérieur c. Ould Braham,* n°389959.

- CARAYON, L., « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », *RDSS*, 2015, pp. 843-852.
- VAUTHIER, J.-P., « Expulsion d'un étranger pour cause de trouble mental : quand le sécuritaire prime sur le sanitaire », *Revue Droit et Santé*, n°67, 2015, pp. 743-745.
- MARTI, G., « Expulsion en urgence absolue de l'étranger atteint de troubles psychiatriques graves », *La Semaine juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, n°12, 29 mars 2016, p. 50.

CE, réf., 11 juin 2015, n° 390704.

- FERMAUD, L., « Le référé-liberté ouvert en cas de rétention administrative ou d'assignation à résidence », *AJDA*, 2015, pp. 2042-2047.
- KLAUSSER N. « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 7 septembre 2015.
URL : http://journals.openedition.org/revdh/1399 ; DOI : 10.4000/revdh.1399

BIBLIOGRAPHIE

THÈSE, MÉMOIRE

AFROUKH, M., *La hiérarchie des droits et libertés dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Thèse de droit public, Université de Montpellier 1, 2009, 569 p.

AKOKA, K., *La fabrique du réfugié à l'ofpra (1952-1992) : du consulat des réfugiés à l'administration des demandeurs d'asile*, Thèse de sociologie, Université de Poitiers, 2012.

ALLASSAN, M., *L'accès au séjour des personnes étrangères à Mayotte, de l'inadaptation du régime d'exception,* Mémoire de master 2, Université Paris-Nanterre, 2020, 120 p.

AZARETE, A., L*a politique d'intégration des étrangers*, Thèse de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2017, 605 p.,

BANUS, A., *Le renforcement des difficultés probatoires dans la procédure de titre de séjour pour soins depuis la réforme du 7 mars 2016,* Mémoire de master 2, Université Paris-Nanterre, 2019, 79 p.

BÉTAILLE, J., *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, Thèse de droit public, Université de Limoges, 2012, 755 p.

BLONDEL, M., *La personne vulnérable en droit international*, Thèse de droit public, Université de Bordeaux, 2015, 602 p.

CHEVRON, S., *La réforme des structures en charge de l'immigration : de l'Anaem à l'Ofii*, l'Harmattan, coll. « Logiques juridiques », 2008, 272 p.

CLAEYS, A., *L'évolution de la protection juridictionnelle de l'administré au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Thèse de droit public, Université de Poitiers, 2005, 1187 p.

LE COURANT, S., *Vivre sous la menace : ethnographie de la vie quotidienne des étrangers en situation irrégulière en France*, Thèse en ethnologie, Université Paris Nanterre, 2015, 540 p.

DAADOUCH, C., *La circulaire et l'exercice de l'autorité dans l'administration*, Thèse de droit public, Université Paris Nanterre, 2000, 1126 p.

DELAS, O., *Le principe de non-refoulement dans la jurisprudence internationale des droits de l'homme. De la consécration à la contestation*, Bruylant, Coll. « Mondialisation et droit international », 2011, 444 p.

DELETTRE, D., L*e maintien des étrangers pour raison médicale sur le territoire français le rôle du médecin inspecteur de santé publique dans la procédure*, Mémoire de médecin inspecteur de santé publique, Promotion 1998/2000, 68 p.

DRAHI, J., *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la Cimade*, L'Harmattan, Coll. « Logiques juridiques », 2004, 370 p.

DUVIGNAU, J., *Le droit fondamental au séjour des étrangers*, Thèse de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 549 p.

FERRAN, N., *L'intégration des étrangers saisie par le droit. Contribution à l'analyse du droit des étrangers 1981 – 2006,* Thèse de droit public, Université de Montpellier I, 2008, 589 p.

FERRERO, J., *L'interprétation évolutive des conventions internationales de protection des droits de l'homme. Contribution à l'étude de la fonction interprétative du juge international,* Éditions A. Pedone, 2019, 619 p.

FOULQUIER, C., *La preuve et la justice administrative française*, l'harmattan, coll. « Logiques juridiques »*,* 2013, 684 p.

GABARRO, C., *L'attribution de l'aide médicale d'État (AME) par les agents de l'Assurance maladie. Entre soupçon de fraude, figures de l'Étranger et injonctions gestionnaires,* Thèse de sociologie, Université Paris-Diderot, 2017, 474 p.

GOGOS-GINTRAND, A., *Les statuts des personnes. Étude de la différenciation des personnes en droit*. IRJS Editions, coll. « Bibliothèque de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne – André Tunc »,2011, 490 p.

GRÜNDLER, T., *La santé publique face aux droits fondamentaux*, Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2007, 531 p.

HAJJAT, A., *Les frontières de l'identité nationale. L'injonction à l'assimilation en France métropolitaine et coloniale*, La Découverte, 2012, 338 p.

HENNEBEL, L., *La jurisprudence du Comité des droits de l'homme des Nations unies*, Bruylant, 2007, 582 p.

ISIDRO, L., *L'étranger et la protection sociale*, thèse de droit privé, Université Paris-Nanterre, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2017, 578 p.

IZAMBERT, C., *Soigner les étrangers ? L'État et les associations pour la couverture maladie des pauvres et des étrangers en France des années 1980 à nos jours*, Thèse en Histoire et civilisations, EHESS, 2018.

LAURENS, S., *Une politisation feutrée. Les hauts fonctionnaires et l'immigration en France (1962-1981)*, Belin, coll. « Sociohistoires », 2009, 347 p.

LECAME, J., *Santé et droit(s) des étrangers en France,* Thèse de droit public, Université Caen-Normandie, 2018, 359 p. 347 p.

LECUCQ, O., *Le statut constitutionnel des étrangers en situation irrégulière*, Thèse de droit public, Université d'Aix-en-Provence, 1999.

MAYEUX, A., P*rotection contre l'éloignement pour raison médicale : quelles sont les difficultés spécifiques aux unités médicales des centres de rétention administrative ?*, Thèse de médecine, Université de Nice Sophia Antipolis, 22 octobre 2015, 194 p. https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01302851/document

KISSANGOULA, J., *La Constitution française et les étrangers*, LGDJ, coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », 2001, 573 p.

KORSAKOFF, A., *Vers une définition genrée du réfugié : étude de droit français*, Thèse de droit public, Université de Caen-Normandie, 2018, 705 p.

M'BAYE, E., *De la contradiction en politiques publiques : l'action publique en direction des migrants atteints par le vih/sida en france*, Thèse de science politique, Institut d'études politiques de Grenoble, 2009, 702 p.

LAGANE, M., *Les obstacles à l'accès au séjour pour soins des personnes étrangères malades souffrant de troubles psychiques,* Mémoire de master 2, Université Paris-Nanterre, 2020, 100 p.

LANTERO, C., *Le droit des réfugiés, entre droits de l'homme et gestion de l'immigration*, Bruylant, 2011, 613 p.

LEPOUTRE, J., *Nationalité et souveraineté*, Dalloz, 2020, 809 p.

LOCHAK, D., *Le rôle politique du juge administratif français*, LGDJ, coll. « Anthologie du Droit », 2015, 353 p.

MADEIRA, A.-V., *Nationaux et étrangers en droit public français*, LGDJ, 2018, 427 p.

MARGUET, L., *Le droit de la procréation en France et en Allemagne. Étude sur la normalisation de la vie,* Thèse de droit public, Université Paris-Nanterre, 2018, 848 p.

MEURANT, C., *L'interprétation des écritures des parties par le juge administratif français*, Thèse de droit public, Université de Lyon III, 2017, 843 p.

MICHELET, K., *Les droits sociaux des étrangers*, l'Harmattan, coll. « Logiques Juridiques », 2002, 498 p.

NADER, M., *La médicalisation : concept, phénomène et processus. Émergence, diffusion et reconfigurations des usages du terme médicalisation dans la littérature sociologique*, Thèse de sociologie, Université du Québec à Montréal, octobre 2012, 316 p.

OTERO, C., *Les rébellions du juge administratif. Recherches sur les décisions juridictionnelles subversives,* Institut Universitaire Varenne, 2014, 450 p.

PÉTIN, J., *La vulnérabilité en droit européen de l'asile,* Thèse de droit public, Université de Pau et des Pays de l'Adour, 2016, 531 p.

PICHARD, M., *Le droit à. Étude de législation française,* Economica, 2006, 566 p.

PROBST, J., *Instruire la demande d'asile, étude comparative du processus décisionnel au sein de l'administration allemande et française*, Thèse de droit public, Université de Strasbourg, 2012, 577 p.

RIALS, S., *Le juge administratif français et la technique du standard,* LDGJ, 1980, 564 p.

ROULHAC, C., *L'opposabilité des droits et libertés*, Institut universitaire Varenne, coll. « Thèses », 2016, 712 p.

SIMÉANT, J., *La cause des sans-papiers,* Presses de Sciences Po, 1998, 512 p.

SPIRE, A., *Étrangers à la carte. L'Administration de l'immigration en France (1945-1975),* Grasset, 2005, 399 p.

TIREL, M., *L'effet de plein droit*, Dalloz, Nouvelles Bibliothèques de Thèses, vol. 178, 2018, 382 p.

VENEZIA, J.-C., *Le pouvoir discrétionnaire*, LGDJ, 1958, 175 p.

VIDAL-NAQUET, A., *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, éditions Panthéon-Assas, 2007, 671 p.

VIVIEN, A.-C., *L'autolimitation du juge administratif*, Thèse de droit public, Université de Lyon III, 2005, 526 p.

WEIL, P., *La France et ses étrangers. L'aventure d'une politique de l'immigration 1938-1991*, Calmann-Lévy, 1991, 403 p.

OUVRAGES SPÉCIFIQUES AU SUJET

AUBIN, E., *Droit des étrangers*, Lextenso, 3ème éd., 608 p.

CARLIER, J.-Y., *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits,* Martinus Nijhof Publishers, coll. « Recueil des cours Académie de droit international t. 332 », 2008, 354 p.

CONTAMIN, J.-G., SAADA, E., SPIRE, A., WEIDENFELD, K., *Le recours à la justice administrative. Pratiques des usagers et usages des institutions*, La Documentation Française, 2008, 187 p.

FLEURY-GRAFF, T., ALEXIS, M., *Droit de l'asile*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2019, 346 p.

FOSTER, M., *International refugee law and socio-economic rights : refuge from deprivation,* Cambridge University Press, 2007, 387 p.

GUÉLAMINE, F., *Action sociale et immigration en france. Repères pour l'intervention*, Dunod, 2009, 210 p.

HATHAWAY, J. C., *The rights of refugees under international law*, Cambridge University Press, 2005, 1184 p.

JAULT-SESEKE, F., CORNELOUP, S., BARBOU DES PLACES, S., *Droit de la nationalité et des étrangers,* PUF, coll. « Thémis droit », 2015, 702 p.

LOCHAK, D., *Étrangers, de quel droit ?*, PUF, 1985, p. 256 p.

MORARU, M., CORNELISSE, G., DE BRUYCKER, P., *Law and judicial dialogue on the return of irregular migrants from the European union,* Modern Studies in European Law, 1st éd., 6 août 2020, 528 p.

OPESKIN, B. et ali., *Foundations of International Migration Law,* Cambridge University Press, 2012, 467 p.

PARROT, K., *Carte blanche. L'État contre les étrangers,* La fabrique éditions, 2019, p. 304 p.

SPIRE, A., *Accueillir ou reconduire. Enquête sur les guichets de l'immigration*, Raisons d'agir, 2008, 124 p.

TCHEN, V., *Droit des étrangers*, LexisNexis, 2019, 1590 p.

VIET, V., *La France immigrée*, Fayard, 1998, 550 p.

OUVRAGES JURIDIQUES

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GAUDIN, H., MARGUÉNAUD, J.-P., RIALS, S., SUDRE, F. (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, Coll. « Quadrige », 2008, 1074 p.

BEAUD, O., *Le sang contaminé : essai critique sur la criminalisation de la responsabilité des gouvernants*, PUF, 1999, 171 p.

BIOY, X., *Biodroit. De la biopolitique au droit la bioéthique,* LGDJ, 2016, 184 p.

BONICHOT, J.-C., CASSIA, P., POUJADE, B., *Les grands arrêts du contentieux administratif,* Dalloz, 2020, 1564 p.

BONNARD, R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration. Étude de droit administratif comparé*, Dalloz, 2006 (rééd. 1934) 266 p.

BURGORGUE-LARSEN, L., UBEDA DE TORRES, A., *Les grandes décisions de la Cour interaméricaine des droits de l'homme,* Bruylant, 2008, 995 p.

BURGORGUE-LARSEN, L., *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Journée d'étude organisée par l'IREDIES, Pedone, Cahiers Européens n° 7, 2014, 246 p.

CARENS, J. H., *The Ethics of Immigration*, Oxford University Press, 2013, 364 p.

BROYELLE, C., *Contentieux administratif*, LGDJ, Lextenso éditions, 2011, 475 p.

CHABANOL, D., *La pratique du contentieux administratif,* Lexisnexis, 12è éd., 578 p.

CHAPUS, R., *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 12e éd., 2006, 1489 p.

CHETAIL, V., LALY-CHEVALIER, C. (dir.), *Asile et extradition : théorie et pratique de l'exclusion du statut de réfugié*, Bruylant, Coll. « Organisation internationale et relations internationales, 2014, 332 p.

CHEVALLIER, J., *Science administrative*, PUF,6è éd., 2019, 636 p.

CHEVALLIER, J., LOCHAK, D., *Science administrative*, PUF, 1ère éd., 1980, 142 p.

CHRÉTIEN, P., CHIFFLOT, N., TOURBE, M., *Droit administratif*, USirey, 15e éd., 2016, 816 p.

COHEN-JONATHAN, G., FLAUSS, J.-F., *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, 2005, 276 p.

CORNU, J., *Droit au procès équitable et autorité administrative, T*hèse de droit public, 2014, 439 p.

DECAUX, E. (dir.), *Le Pacte international des droits civils et politiques : commentaire article par article,* Economica, 2010, 996 p.

DECAUX, E. (dir.), *Les Nations Unies et les droits de l'Homme : enjeux et défis d'une réforme*, Éditions Pedone, Publications de la Fondation Marangopoulos pour les droits de l'Homme, 2006, 348 p.

DECAUX, E., DE FROUVILLE, O.(dir.), *La dynamique du système des traités de l'ONU en matière de droits de l'homme : actes du colloque du 10 novembre 2014*, Éditions A. Pedone, Publications du centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, 2015, 210 p.

DRAGO, G., *Contentieux constitutionnel français,* PUF, coll. « Thémis droit », 2020, 846 p.

DRAHI, J., *Le droit contre l'État ? Droit et défense associative des étrangers : l'exemple de la CIMADE*, *Logiques juridiques*, L'Harmattan, 2004, 370 p.

DUPRÉ DE BOULOIS, X., KALUSZYNSKI, M. (dir.), *Le droit en révolution(s). Regards sur la critique du droit des années 1970 à nos jours*, LGDJ, coll. « Droit et Société. Recherches et Travaux », 2011, 217 p.

DWORKIN, R., *Taking rights seriously*, Duckworth, 1977, 371 p.

EISENMANN, C., *Cours de droit administratif*, LGDJ, t. II, 1983, 908 p.

FAURE, M. (dir.), *En finir avec la double peine*, L'esprit Frappeur, 2002, 175 p.

GAÏA, P., GHEVONTIAN, R., MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., ROUX, A., OLIVA, E., *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, Coll. Grands arrêts, 18ème éd., 2016, 1035 p.

GREAR, A., *Redirecting Human Rights: Facing the Challenge of corporate Legal Humanity*, Basingstoke: Palgrave MacMillan, 2010, 271 p.

HABERMAS, J., *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, 1997, 544 p.

JAMIN, C., JESTAZ, P., *La doctrine*, Dalloz, 2004, 314 p.

LACHAUME, J.-L., « Violation de la règle de droit », *Répertoire de contentieux administratif,* Dalloz, 2013, 455 p.

LASSERE, V., *Le nouvel ordre juridique. Le droit de la gouvernance,* LexisNexis, 2015, 369 p.

LATOUR, B., *La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'État,* La Découverte, 2004, 319 p.

LOCHAK, D., *Les usages sociaux du droit*, PUF, Coll. « Cahiers du Curapp », 1989, 335p.

LOCHAK, D., *Les droits de l'Homme*, La Découverte, « Repères », 2018, 127 p.

LONG, M., WEIL, P., BRAIBANT, G., DELVOLVÉ, P., GENEVOIS, B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 2009, 980 p.

ODENT, B., TRUCHET, D., *La justice administrative,* PUF, 2008, 127 p.

DE MONTALIVET, P., *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, Dalloz, coll. « Bibliothèque parlementaire et constitutionnelle », 2006, 647 p.

PERRINEAU, P., YSMAL, C. , *Le vote surprise. Les élections législatives du 25 mai et 1er juin 1997*, Presses de Sciences Po, 1998, 352 p.

POIRMEUR, Y., BERNARD, A. (dir.), *La doctrine,* PUF, coll. « Cahiers du CURAPP », 1993, 287 p.

ROUSSEAU, D., BONNET, J., GAHDOUN, P.-Y., *Droit du contentieux constitutionnel*, LGDJ, coll. « Précis Domat », 2020, 880 p.

ROMAN, D., HENNETTE-VAUCHEZ, S., *Droits de l'Homme et libertés fondamentales,* Dalloz, 4è éd., 2020, 800 p.

SEILLER, B., *Droit administratif*, t. 2 : *L'action administrative*, Flammarion, 2014, 5e éd., 364 p.

STIRN, B., AGUILA, Y., *Droit public français et européen*, Sciences Po Les Presses, Dalloz, 2014, 810 p.

SUDRE, F., *La Convention européenne des droits de l'homme*, PUF, Coll. « *Que sais-je ?* », 10ème éd., 2015, 122 p.

SUDRE, F., MILANO, L., SURREL, H., *Droit européen et international des droits de l'homme,* PUF, Coll. « Droit fondamental », 14èmeéd., 2019, 1013 p.

TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État,* 1994, 358 p.

TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V., GRZEGORCZYK, C., *Théorie des contraintes juridiques,* 2005, 216 p.

VAN LANG, A., GONDOUIN, G., INSERGUET-BRISSET, V., *Dictionnaire de droit administratif*, Armand Colin, 2005, 353 p.

APOLLIS, B., TRUCHET, D., *Droit de la santé publique*, Dalloz, 2020, 328 p.

VILLEY, M., *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, coll. « Quadrige. Grands textes », 2008, 176 p.

WALINE, M., *Précis de droit administratif*, 14e éd., Dalloz, 1970, 368 p.

OUVRAGES EXTRA-JURIDIQUES

AGAMBEN, G., *Homo sacer, le pouvoir souverain et la vie nue*, Seuil, 1998, 224 p.

BELORGEY, N., *L'hôpital sous pression : enquête sur le ''nouveau management public''*, La Découverte, 2009, 329 p.

BOURDIEU, P., *Les structures sociales de l'économie*, Éditions du Seuil, 2000, 289 p.

BROQUA, C., *Agir pour ne pas mourir ! Act Up, les homosexuels et le sida*, Presses de Sciences Po, 2005, 406 p.

CANGUILHEM, G., *Le normal et le pathologique*, PUF, 2013, 300 p.

CARROT, G., *Histoire de la police française : tableaux, chronologie, iconographie*, Tallandier, 1992, 252 p.

A. CUTRO,, *Technique et vie. Biopolitique et philosophie du bios dans la pensée de Michel Foucault,* L'Harmattan, 2010, 210 p.

J.-L. DEBRÉ,, *En mon for intérieur*, J.C. Latès, 1997, 162 p.

FASSIN, D., *La Vie, Mode d'emploi critique*, La couleur des idées, Seuil, 2018, 192 p.

FOUCAULT, M., *Naissance de la clinique*, PUF, Coll. « Quadrige », 1988, 300 p.

FOUCAULT, M., *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma sœur et mon frère...Un cas de parricide au XIXème siècle présenté par Michel Foucault*, Folio histoire, 1973, 424 p.

FOUCAULT, M., *Il faut défendre la société. Cours au Collège de France 1975-1976*, Gallimard Seuil, 1997, 304 p.

FOUCAULT, M., *Les anormaux. Cours au Collège de France du 15 janvier 1975*, Gallimard-Seuil, 1999, 356 p.

FOUCAULT, M., *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Gallimard Seuil, 2004, 355 p.

GAUSSEIN, M., *Étude descriptive aux Urgences du Centre hospitalier de Mayotte d'une population migrant pour raisons de santé,* Thèse de médecine, Université de Bordeaux 2, 2014.

GEMENNE, F., *Géopolitique du changement climatique*, Armand Colin, 2009, 255 p.

LIPSKY, M., *Street-Level Bureaucracy : Dilemmas of the Individual in Public Services*, Russel Sage Foundation, 1983, 272 p.

MATHIEU, L. *La double peine. Histoire d'une lutte inachevée*, La Dispute, coll. « Pratiques politiques », 2006, 305 p.

MONATE, G., GRIMAUD, M., *La police malade du pouvoir*, Seuil, 1980, 122 p.

MOULIER-BOUTANG, Y., *De l'esclavage au précariat*, PUF, 1998, 798 p.

MULLER, P., *Les Politiques publiques,* PUF, coll. « Que sais-je ? », 12ème éd., 2018, 125 p.

PESTRE, E., *La vie psychique des réfugiés*, Payot, 2014, 320 p.

RENAUDIE, O., *La police et les alternances politiques depuis 1981*, Éditions Panthéon-Assas, 1999, 202 p.

SAYAD, A., *La Double Absence. Des illusions de l'émigré aux souffrances de l'immigré*, Le Seuil, 1999, 448 p.

VANDENBERGHE, M., *Les médecins inspecteurs de santé publique, à la frontière des soins et des politiques*, L'Harmattan, 2002, 358 p.

VOISARD, J., DUCASTELLE, C., *La question immigrée dans la France d'aujourd'hui*, Calmann-Lévy, 1988, 154 p.

ARTICLES

ABRAHAM, R., « La Convention européenne des droits de l'homme et les mesures d'éloignement d'étrangers. Conclusions », *RFDA*, 1991, pp. 497-510.

AFDS, « Les différentes conceptions que l'on peut avoir du droit de la santé », *RGDM*, n°15, 2005.

AFROUKH, M., « L'amélioration du sort des étrangers malades : ou quand le dialogue des juges prend une forme inversée », *RDSS*, 2018, p. 463.

AFROUKH, M., « La condition d'accès aux soins dans le pays d'origine revisitée par le Conseil d'État français », in *RTDH*, n° 86, 2011, pp. 325-341.

ALLAND, D., « La théorie réaliste de l'interprétation et des contraintes juridiques à l'épreuve du droit international public », *Droits*, vol. 55, n° 1, 2012, pp. 85-102.

ANDERSON, G., « Les Américains et leurs migrants », *Revue Projet*, vol. 304, n° 3, 2008, pp. 12-17.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « L'enrichissement mutuel de la protection des droits fondamentaux au niveau européen et au niveau national », *RFDA*, n° 14, 2002, pp. 124-139.

ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., « Le renforcement de la protection des étrangers gravement malades contre les mesures d'éloignement », *La Gazette du Palais*, n°10, 2015, pp. 33-34

ANRS-PARCOURS, « Migrants subsahariens suivis pour le VIH en France : combien ont été infectés après la migration ? Estimation dans l'Étude ANRS-Parcours », *Bulletin épidémiologique hebdomadaire*, n° 40-41, 1er décembre 2015.

ASSOUN, P., « Corps séparé, corps échoué : le sujet de l'exil », *Cliniques méditerranéennes*, 2016, n° 94, pp. 37-50.
BAJOS, N. et ali., « Les inégalités sociales au temps du COVID-19 », *in* IRESP, *Questions de santé publique,* n° 40, octobre 2020.

BARBOU DES PLACES, S., « La catégorie en droit des étrangers : une technique au service d'une politique de contrôle des étrangers », *Revue Asylon(s),* n° 4, mai 2008, Institutionnalisation de la xénophobie en France, http://www.reseau-terra.eu/article762.html

BARRAUD, B., « Recherche macro-juridique et recherche micro-juridique », *Revue de la Recherche Juridique – Droit prospectif*, Presses universitaires d'Aix-Marseille*,* 2017, pp. 1-15.

BARRÉ-SINOUSSI, F., DELFRAISSY, J.-F., SICARD, D., « Des chercheurs pour le droit au séjour pour soins des étrangers malades », *Rue 89*, 8 mars 2011.

BASILIEN-GAINCHE, M.-L., « Obligations d'octroi des conditions minimales d'accueil aux demandeurs d'asile "dublinés" », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 2 octobre 2012.

BASILIEN-GAINCHE, M.-L., SLAMA S., « Implications concrètes du droit des demandeurs d'asile aux conditions matérielles d'accueil dignes », *Lettre Actualités Droits-Libertés, La Revue des droits de l'homme*, 5 mars 2014. URL : https://doi.org/10.4000/revdh.607

BAULOZ, C., « Foreigners: Wanted Dead or Alive: Medical Cases before European Courts and the Need for an Integrated Approach to Non-Refoulement », *European Journal of Migration and Law*, Vol. 18, Issue 4, 2016, pp. 409-441.

BAUM, K., « 'To confort always' : physician participation in executions in the United States », *Legislation and public policy*, Vol. 5, N.Y.U. J. *Legis. & Pub*., 2001, pp. 47-82.

BEAUVIEUX, F., « Épidémie, pouvoir municipal et transformation de l'espace urbain : la peste de 1720-1722 à Marseille », *Rives méditerranéennes*, vol. 42, no. 2, 2012, pp. 29-50.

BELORGEY, J.-M., « Le défi de l'intégration », *Migrations Société*, vol. 117-118, n° 3, 2008, pp. 129-142.

BERLIVET, L., « Médicalisation », *Genèses*, vol. 82, n°. 1, 2011, pp. 2-6.

BERNARDOT, M.-J., « Les associations et l'administration nationale chargée de l'intégration des immigrés : une analyse depuis ''l'intérieur'' », *Migrations Société*, 2017, n° 4, pp. 91-108.

BENOÎT-ROHMER, F., « Chronique Union européenne et droits fondamentaux – Interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 4 de la Charte) », *RTD eur.* 2016, pp. 351-353.

BÉROUJON, F., « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et du secret médical », *Droit Administratif,* Décembre 2014, n° 12, étude 19.

BÉROUJON, F., « Secret médical et technique probatoire devant le juge administratif », *Maux d'Exil*, n° 46, avril 2015, pp. 5-6.

BÉROUJON, F., « Le droit au séjour des étrangers malades, la délicate conciliation de la preuve et de la protection du secret médical », *Droit administratif*, décembre 2014, étude 19.

BÉTAILLE, J., « Des "réfugiés écologiques" à la protection des "déplacés environnementaux" éléments du débat juridique en France », *Hommes & migrations*, 2010, pp. 144-155.

BETTINSON, V., JONES, A., « The Future of Claims to Resist Removal By Non-Nationals Suffering from HIV/AIDS », *Liverpool Law Review,* 2007, pp. 183-213.

BEZES, P., LE LIDEC, P., « Politiques de l'organisation. Les nouvelles divisions du travail étatique », *Revue française de science politique*, 2016, n°3, pp. 407-433.

BOULESTREAU, M., CARO, V., DANTAN, E., FERNANDEZ, Y., GASSE, S., GOURZONES, C., LANGE, F., LOUIS, V., PAWLLOTSKY, A., PEZRON, L., « Les mesures locales d'aggravation de l'état d'urgence sanitaire », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 29 avril 2020. URL : https://doi.org/10.4000/revdh.9189

BOURDAIRE-MIGNOT, C., GRÜNDLER, T., « Le médecin, les parents et le juge. Trois regards sur l'obstination déraisonnable », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 26 mai 2017. URL : https://doi.org/10.4000/revdh.3050

BOURDAIRE-MIGNOT, C., GRÜNDLER, T., « Arrêt des traitements médicaux pour un patient âgé », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, 14 mars 2020. URL : https://doi.org/10.4000/revdh.8967

BOURDIEU, P., « Droit et passe-droit. Le champ des pouvoirs territoriaux et la mise en œuvre des actes de règlements », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n° 81-82, 1990, pp. 86-96.

BOURGUEIL, Y., « Billet », *Maux d'exil n°12*, Septembre 2005, p. 1.

BUTON, F., PIERRU, F.. « Instituer la police des risques sanitaires. Mise en circulation de l'épidémiologie appliquée et agencification de l'État sanitaire », *Gouvernement et action publique*, vol. 1, n° 4, 2012, pp. 67-90.

BURBAN, C., « Ministère de l'immigration : rupture ou continuité ? », *Plein droit*, vol. 83, n° 4, 2009, pp. 30-35.

CALVÈS, G., « Mieux connaître les contentieux de masse », *RFDA,* 2011, pp. 477-481.

CARAYON, L., « Menace à l'ordre public et expulsion d'un ressortissant étranger souffrant de troubles psychiatriques : quand le soupçon prévaut sur la protection », *RDSS*, 2015, pp. 843-852.

CARAYON, L., « Demandeurs d'asile malades : double demande, double exclusion », *RDSS,* 2020, pp. 728.-736

CARPENTIER-DAUBRESSE, N., « Pouvoir ou devoir d'instruction du juge administratif ? », *AJDA*, 2014, pp. 1143-1146.

CHAMBON, M., « Une réaction – Le droit administratif au prisme foucaldien : force du discours, drame du droit », *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 79, n° 2, 2017, pp. 93-96.

CHAMPEIL-DESPLATS, V., « La notion de droit ''fondamental'' et le droit constitutionnel français », *Recueil Dalloz*, 1995, pp. 323-328.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « La protection de l'environnement, objectif de valeur constitutionnelle : vers une invocabilité asymétrique de certaines normes constitutionnelles ? », *Lettre Actualités Droits-Libertés, La Revue des droits de l'homme* 24 février 2020. URL : https://journals.openedition.org/revdh/8629

CHAPMAN, A. R., CARBONETTI, B., « Human Rights Protections for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contributions of the UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights », *Human Rights Quaterly*, Vol. 33, Issue 3, August 2011, pp. 682-732.

CHEVALLIER, J., « La place de l'administration dans la production des normes », *Droit et société*, vol. 79, no. 3, 2011, pp. 623-636.

COURNIL, C., « À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière ? », *RDSS*, 2004, pp. 872-884.

COURNIL, C., « Quand un étranger souffrant d'une maladie grave ne peut pas être expulsé », *AJDA*, 2007, pp. 1135-1139.

COURNIL, C., « Les réfugiés écologiques (1) : Quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s) ? », *RDP,* 2006, pp. 1035-1066.

COURNIL, C., « Quand les politiques migratoires ''contaminent'' l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers... », *RTDH*, 2007, pp. 1017-1049.

CUQ, E., « S.J. v. Belgium and the inexplicably high threshold of article 3 engaged in deportations of terminally-ill applicants », *Cyprus Human Rights Law Review*, Vol. 3, Issue 1, 2014, pp. 82-89.

DAUGAREILH, I., « La situation de l'emploi salarié des étrangers en France », *RDSS,* 1997, p. 918 et s.

DEBIONNE, F.-P., « Le médecin inspecteur de santé publique, un médecin-essentiel à contre-emploi », *Maux d'exil*, 2005, n° 12, p. 5-6.

DELAUNAY, B., MONTEILS, J.-F, EDEL, F., FOUILLERON, A., PISSALOUX, J.-L., SUPPLISSON, D., « Chronique de l'administration », *Revue française d'administration publique*, 2016, n° 2, 2016, pp. 599-663.

DELMAS-MARTY, M., « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC,* 2007, pp. 461-472.

DELMAS-MARTY, M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », *Recueil Dalloz*, 2006, pp. 951-958.

DEMAGNY, B., VEÏSSE, A., « Des médecins sous contrôle politique », *Plein droit*, 2012, vol. 92, n° 1, pp. 20-23.

DEMAGNY, B., SLAMA, S., « 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 A* n° 29, 2010, pp. 43-48.

DEVERS, A., « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière », *RDSS,* 2001, pp. 241-263.

DEWAILLY, S., « À propos de la double peine », Conclusions sous TA Melun, 23 janvier 2003, *L.P.A.*, 23 octobre 2003, n° 212, p. 11.

DEWITTE, P., « Malade étranger, étranger malade ? », in *Hommes et migrations*, n° 1225, Mai-juin 2000, p. 1.

DOMINO, X., BRETONNEAU, A., « Miscellanées contentieuses », *AJDA,* 2012, pp. 2373-2383.

DOMINO, X., « Droit au recours et équité du procès devant la justice administrative aujourd'hui », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 44, n° 3, 2014, pp. 35-47.

DOUCHEZ, M.-H., « Profil juridique d'un médecin public mal connu : le médecin territorial », *RDSS*, 2002, pp. 491-501.

DUSCHESNE, V., « L'agence, le contrat, l'incitation. Les Agences régionales de santé fer-de-lance administratif de la politique de santé », *Journal de Gestion et d'Économie Médicales*, Éditions ESKA, 2018, pp.159-180.

DULMET, A., « L'office du juge en contentieux des étrangers : évolution, révolution ? », *AJDA,* 2016, pp. 894-899.

EGÉA, P., « Les formes constitutionnelles de la santé », *RDSS,* 2013, pp. 31-44.

FARGES, E., « La sanitarisation du social : les professionnels et l'éducation pour la santé en milieu pénitentiaire », *Lien social et politiques*, 2006, n° 55, pp. 99-112.

FARGES, E., « Penser la réforme pénitentiaire avec Michel Foucault. Apports et limites à une sociologie politique de la loi du 18 janvier 1994 », *Raisons politiques*, 2007, n° 1, pp. 101-125.

FASSIN, D., « Quand le corps fait loi », *Sciences sociales et santé,* Volume 19, n° 4, 2001, pp.5-34.

FASSIN, D., « Another politics of life is possible », *Theory, Culture and Society*, 2009, n° 26, p. 44-60.

FASSIN, D., « Santé et immigration. Les vérités politiques du corps », *Cahiers de l'Urmis* [En ligne], n° 5, 1999, mis en ligne le 19 juin 2003, consulté le 23 janvier 2013, p. 74. URL : http://urmis.revues.org/351

FASSIN, D., D'HALLUIN, E., « The truth from the body : medical certificates as ultimate evidence for asylum seekers », in *American Anthropologist*, Vol. 107, N° 4, Décembre 2005, pp. 597-608.

FERMAUD, L., « Le référé-liberté ouvert en cas de rétention administrative ou d'assignation à résidence », *AJDA*, 2015, pp. 2042-2047.

FERRÉ, N., « Soupçon systématique de fraude », *Plein droit*, vol. 85, n° 2, 2010, pp. 3-6.

FISCHER, N., « Le tribunal administratif à l'épreuve du contentieux de masse », *RFDA,* 2011, pp. 481-486.

FOEGLE, J.-P., « Les étrangers ont-ils des données personnelles ? », *Plein droit*, vol. 110, n° 3, 2016, pp. 24-27.

FOMBEUR, P., « Le traitement médical du transsexualisme peut faire obstacle à une reconduite à la frontière », *AJDA*, 2003, pp. 2207-2212.

FORTIER, C., « Les bonnes résolutions des lignes directrices de gestion », *AJFP*, 2020, p. 1.

FOSTER, M., « Non-Refoulement on the Basis of Socio-Economic Deprivation: The Scope of Complementary Protection in International Human Rights Law », *New Zealand Law Review*, Vol. 2009, Issue 2, 2009, pp. 257-310.

FORD, L., « HIV Afflicted Haitians: New Hope When Seeking Asylum », *University of Miami Inter-American Law Review*, Vol. 36, Issue 2 & 3, Winter/Spring 2005, pp. 293-316.

FRAYSSE, A., LANEELLE, E., HAMMADI, Y., LAGORSSE, C., MBEN, R., « Le parcours des étrangers malades en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 18 janvier 2019, consulté le 13 octobre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/5977

GAÏTI, B., ISRAËL, L., « Sur l'engagement du droit dans la construction des causes », *Politix*, n° 62, 2003, pp. 17-30.

DE GAUDEMONT, C., « État de santé et condition de validité d'un arrêté de reconduite à la frontière »*, Dalloz actualité,* 26 juin 2007.

GAUTHIER, C., « Renvoi en Algérie d'une personne condamnée pour terrorisme : le feu vert contesté de la CEDH », *AJDA,* 2019, pp. 1764-1770.

GELBLAT, A., MARGUET, L., « État d'urgence sanitaire : la doctrine dans tous ses états ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 20 avril 2020, consulté le 24 juillet 2020. URL : URL : http://journals.openedition.org/revdh/9066

GENEVOIS, B. « Un statut constitutionnel pour les étrangers », *RFDA,* 1993, pp. 871-901.

DE GENOVA, N., « The legal production of Mexican/migrant ''illegality'' », *Latinos studies,* 2004, n° 2, pp. 160-185.

GIRARD, G., « Les controverses sur le risque du sida chez les gays et la question de la normalisation de l'homosexualité », *Hermès, La Revue*, 2014/2 (n° 69), pp. 160-162.

GISTI, « Statut constitutionnel des étrangers et loi ''Besson''», *Plein droit*, vol. 88, no. 1, 2011, pp. I-VIII.

GKEKA, M., « Nouveaux éclairages sur les contours du régime de la protection subsidiaire : autonomie de la protection européenne et sens de l'expression ''*conflit armé interne''* », *Lettre Actualités-Droits-Libertés*, 6 février 2014. URL : http://journals.openedition.org/revdh/598

DA LOMBA, S., « Vulnerability, irregular migrants' health-related rights and the European court of human rights », *European journal of Health Law*, Vol. 21, Issue 4, 2014, pp. 339-364.

DE GLINIASTY, J., « La force du discours en droit administratif », *in Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, volume 79, n° 2, 2017, pp. 77-92 .

FOURNALÈS, R., « La protection des situations personnelles et la vie privée en droit des étrangers. Prolégomènes à l'arrêt *GISTI* du Conseil d'État du 30 juin 2000 », *J.D.I.*, 2, 2001, pp. 447-486.

GOSSELIN, A., DESGRÉES DU LOÛ, A., LELIÈVRE, E. et al., « Migrants subsahariens : combien de temps leur faut-il pour s'installer en France ? », *in Populations et Sociétés*, n° 533, mai 2016..

GREENMAN, K., « A Castle Built on Sand: Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations », *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, Issue 2, 2015, pp. 264-296.

GRÜNDLER, T., « Une Europe protectrice ? », *Plein droit*, vol. 94, no. 3, 2012, pp. 22-25.

GRÜNDLER, T., « Le juge et le droit à la protection de la santé », *RDSS*, n° 5, 2010, pp. 835-846.

GUASTINI, R., « Michel Troper sur la fonction juridictionnelle », *Droits*, vol. 37, n° 1, 2003, pp. 111-122.

GUERRIVE, J.-L., « Double peine et police des étrangers », *D.* 2002, p. 831.

GUILLAUME, M. , « La question prioritaire de constitutionnalité », *Justice et cassation,* 2010, pp. 279-309.

GUILYARDI, C., TORTELLI, A., « La majorité des troubles psychiatriques sont liés aux conditions de vie dans le pays d'accueil », *De facto,* mis en ligne le 15 juin 2019, http://icmigrations.fr/2019/06/13/defacto-8-002

GUYOMAR, M., COLLIN, P., « Le référé-liberté : les libertés concernées et le rôle du Conseil d'État juge d'appel », *AJDA*, 2001, pp. 153-156.

HARDY, J.-P., « La ''question migratoire'' : nouvelle frontière de l'action sociale de l'État et nouveau défi pour le travail social », *RDSS,* 2018, pp. 149-154.

HARLOW, C., « Le droit et l'administration publique : rivalité et symbiose », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, 2005, n°2, pp. 293-310.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., « Actes administratifs », *AJDA*, n° 2, 2001, pp. 188-192.

HÉNOCQ, M., VEÏSSE, A., « Hommes et Médiations. À propos du droit au séjour des étrangers malades », *Hommes & migrations* [En ligne], 1282 | 2009, mis en ligne le 29 mai 2013, consulté le 07 septembre 2018. URL : http://journals.openedition.org/hommesmigrations/440

HERRAN, T., « L'emprise de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'entraide répressive internationale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 4, 2013, pp. 735-758.

HERVIEU, N., « L'esquisse européenne d'un principe de précaution face aux expulsions de personnes affectées de troubles mentaux », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 18 avril 2013

HERVIEU, N., « Encadrements conventionnels des expulsions d'étrangers terroristes menacés dans le pays de destinations », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 24 janv. 2012.

HERVIEU, N., « Conventionnalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la "dissidence perpétuelle" », *Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF*, 27 décembre 2011.

HERZOG-EVANS, M., « Tabagisme passif : protéger la santé d'un détenu n'est pas une ''liberté fondamentale'' », *AJ pénal,* 2005, pp. 377.

HURPHY, H., AFROUKH, M., « *Éloignement des étrangers terroristes et article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme », RDLF,* 2015, chron. N° 11. URL : www.revuedlf.com

HUSSON-ROCHCONGAR, C., AFROUKH, M., « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – Second semestre 2016 », *RDLF* 2017, chron. N° 13. URL : www.revuedlf.com

IMBERT, L., « Validation de la loi asile-immigration par le Conseil constitutionnel : de l'importance de l'objectif de lutte contre l'immigration irrégulière », *Constitutions*, 2018, p. 421.

ISRAËL, L., « Usages militants du droit dans l'arène judiciaire : le *cause lawyering* », *Droit et société*, 2001/3, n° 49, pp. 793-823.

ISRAËL, L., « Faire émerger le droit des étrangers en le contestant, ou l'histoire paradoxale des premières années du GISTI », *Politix*, vol. 62, n° 2, 2003, pp. 115-143.

JULIEN-LAFERRIÈRE, F., « Applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA,* 1991, n° 07-08, pp. 551-556.

JULIEN-LAFERRIÈRE, F., « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, pp. 261-277.

KLAUSSER, N., « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], *Actualités Droits-Libertés*, mis en ligne le 09 janvier 2015, http://revdh.revues.org/1044

KLAUSSER, N., « L'intervention d'un avis du médecin de l'ARS, circonstance nouvelle rendant recevable le référé-liberté », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 07 septembre 2015, consulté le 08 octobre 2018. URL : https://journals.openedition.org/revdh/1399

KLAUSSER, N., « Le droit au séjour pour soins en Belgique et en France : Des restrictions certaines, un avenir incertain », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 11 décembre 2015, consulté le 13 septembre 2018. URL : https://journals.openedition.org/revdh/1751

KLAUSSER, N., « Rejet expéditif par la CEDH de la requête d'un étranger malade en voie d'expulsion : Une Convention à deux vitesses ? », *Lettre Actualités Droits-Libertés - La Revue des droits de l'homme*, 9 février 2016. URL : https://journals.openedition.org/revdh/1788

KLAUSSER, N., « Expulsion illégale d'un étranger gravement malade : le juge des référés enjoint à l'État d'organiser son retour en France », *Lettre Actualités Droits-Libertés - La Revue des droits de l'homme*, 20 octobre 2016. URL : https://journals.openedition.org/revdh/2542

KLAUSSER, N., « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité », *Lettre Actualités Droits-Libertés - La Revue des droits de l'homme*, 2 février 2017. URL : https://journals.openedition.org/revdh/2965

KLAUSSER, N., « Les ''étrangers de l'intérieur'' », *Plein droit*, vol. 117, no. 2, 2018, pp. 3-6.

KLAUSSER, N., « Les étrangers malades de l'intérieur ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 25 mai 2020, consulté le 11 novembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/9359

KOLB, R., « La jurisprudence internationale en matière de torture et de traitements inhumains ou dégradants », *Revue universelle des droits de l'homme*, 2003, vol. 15, n° 7-10, pp. 254-287.

KOUBI, G., « L'ouverture de la consultation de certains fichiers aux agents de la mission "délivrance sécurisée des titres". Un projet de décret, un avis de la CNIL, au moins deux décrets… », *Droit cri-TIC*, 19 août 2013. URL : http://koubi.fr/spip.php?article801

LABAYLE, H., SUDRE, F., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », Chron. *RFDA*, 2007, pp. 1039-1049.

LABAYLE, H., « Le droit européen de l'asile devant ses juges : précisions ou remise en question ? », *RFDA*, n° 2, 2011, pp. 273-291.

LABAYLE, H., « La loi relative à l'immigration, l'intégration et la nationalité du 16 juin 2011 réformant le droit des étrangers », *RFDA*, 2011, p. 934.

LABAYLE, H., « La protection des étrangers gravement malades par les juges européens : une cause perdue ? », *GDR-ELSJ*, 31 mars 2015.

LABAYLE, H., SUDRE, F., « Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », *Revue française de droit administratif*, 2017, pp. 753-761.

LABOUYSSE, D., « Collégialité et qualité de la justice administrative », *Revue française d'administration publique*, vol. 159, 2016, pp. 751-762.

LAFARGE, F., « Le lancement de la révision générale des politiques publiques », *Revue française d'administration publique*, n° 124, 2007, pp. 683-696.

LAKHANI, S. M., TIMMERMANS, S., « Biopolitical Citizenship in the Immigration Adjudication Process », *in Social Problems*, Vol. 61, Issue 3, August 2014, pp. 360-379.

LAMBERT, H., « Protection against Refoulement from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue », *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, Issue 3, July 1999, pp. 515-544.

LA RUCHE, G., BRUNET, B., « Autorisation de séjour pour soins des malades étrangers en France : enquête sur les avis des médecins inspecteurs de santé publique », *Revue d'épidémiologie et de Santé publique*, Volume 53, issue 6, Décembre 2005, pp. 635-644.

LASCOUMES, P., « Changer le droit, changer la société : le moment d'un retournement », *Genèses*, vol. 77, n° 4, 2009, pp. 110-123.

LECLERCQ-VANDELANOITTE, A., ISAAC, H., « Technologies de l'information, contrôle et panoptique : Pour une approche deleuzienne », *Systèmes d'information & management*, vol. 18, n° 2, 2013, pp. 9-36.

LECUCQ, O., « Le contentieux des étrangers : un contentieux de masse auquel il faut faire face », *AJDA,* 2012, pp. 1210-1216.

LEFEVRE, O., PETRUZZI, M., SALLÉ, J., « JH DID 24 ans Guinée, c'est bon pour un dasem ? », *Maux d'exil*, n° 46, avril 2015, pp. 7-8.

LEROY, Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, no. 3, 2011, pp. 715-732.

LÉVY, J., JOSY, J., BAMBA, A., MBAYE, E., « 6. Les génériques ne sont pas aussi efficaces que les médicaments de marque », Valéry Ridde éd., *30 idées reçues en santé mondiale.* Presses de l'EHESP, 2015, pp. 35-40.

LIÉBER, S.-J., BOTTEGHI, D., « Droit des étrangers malades : de la condition d'accès effectif aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi », *AJDA,* 2010, pp. 881-888.

LOCHAK, D., « Observations sur un infradroit », *Droit social,* 1976, n°2, pp. 56-62.

LOCHAK, D., « Réflexions sur la notion de discrimination », *Droit social*, novembre 1987, pp. 778-790.

LOCHAK, D., « Les mystifications du 22 bis », *Plein droit* n° 28, septembre 1995.

LOCHAK, D., « Quand le droit court après le politique », *Plein Droit*, 1995, n° 29-30, 1995, pp. 52-56.

LOCHAK, D., « L'humanitaire, perversion de l'État de droit », *Sciences Sociales et Santé*, 2001, n°4, pp. 35-42.

LOCHAK, D., « Bons "étrangers" et mauvais "clandestins" », *Manière de voir*, 2002/3 (n° 62), pp. 54-57.

LOCHAK, D., « L'intégration comme injonction. Enjeux idéologiques et politiques liés à l'immigration », *Cultures & Conflits* [En ligne], 64 | hiver 2006, mis en ligne le 06 mars 2007, consulté le 09 juin 2020. URL : http://journals.openedition.org/conflits/2136

LOCHAK, D., « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007, pp. 19-32.

LOCHAK, D., « Rupture... ou engrenage ? », *Plein droit*, vol. 88, n° 1, 2011, pp. 3-7.

LOCHAK, D., « Réactions en chaîne », *Plein droit*, 2011, n° 88, pp. 8-9.

LOCHAK, D., « Les usages militants du droit », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 22 juin 2016, consulté le 13 juillet 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/2178

LOCHAK, D., « Qualité de la justice administrative et contentieux des étrangers », *Revue française d'administration publique,* 2016/3 (n° 159), pp. 701-714.

LOCHAK, D., « Les circulaires Marcellin-Fontanet », *Plein droit,* 2020, n° 126, pp. 10-11.
MACMILLAN, A., « La biopolitique et le dressage des populations », *Cultures & Conflits* [En ligne], n° 78, été 2010, mis en ligne le 06 mars 2012, consulté le 13 juin 2020. URL : http://journals.openedition.org/conflits/17959

MAHI, L., « Une sanitarisation du pénal ? La mobilisation de la maladie dans des procès pénaux », *Revue française de sociologie*, vol. 56, n° 4, 2015, pp. 697-733.

MALLOL, F., « Sida, droit au respect de la vie familiale et reconduite à la frontière », *RDSS,* 1995, p. 428 et s.

MALLOL, F., « Dignité de la personne, protection de la santé et reconduite à la frontière », *RDSS*, 1997, p. 200 et s.

MARGUÉNAUD, J.-P., « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur ''les sentiers de la gloire'' », *RTDH*, 2014/100, pp. 977-989.

MARGUÉNAUD, J.-P., « La trahison des étrangers sidéens », *Rev tr. Dr. Civ.*, 2008, pp. 643-646

MARTI, G., « Expulsion en urgence absolue de l'étranger atteint de troubles psychiatriques graves », *La Semaine juridique. Administrations et Collectivités territoriales*, n°12, 29 mars 2016, p. 50.

RUBIO, N., « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS,* 2010, pp. 265-280.

MARGUÉNAUD, J.-P., MOULY, J., NIVARD, C., « Que faut-il attendre de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de droits sociaux ? », *Rev. Trav*., 2017, pp. 12-19.

MARTENS, P., « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2017, pp. 699-680.

MARTINENT É., « La santé des migrants : pour un droit universel », *RDSS*, 2012, Hors-série, pp. 133-158.

MARZOUKI, M., « Biométrie : corps étrangers sous contrôle », *Plein droit*, vol. 76, n° 1, 2008, pp. 24-26.

MARTIN, D., « Twilight Statuses: A Closer Examination of the Unauthorized Population », *Policy Brief, Migration Policy Institute*, June 2005, n° 2.

MATHIEU, B., « La norme, le juge et la sécurité juridique », *Justice et cassation,* avril 2012, pp. 67-80.

MATHIEU, B., « Bioéthique : un juge constitutionnel réservé face aux défis de la science », *RFDA,.* 1994, p. 1019.

MAZZELLA, S., « Vie et mort du droit d'asile territorial », *Sociétés contemporaines*, 2005, nº 57, pp. 105-120.

MEMMI, D., TAÏEB, E., « Les recompositions du ''faire mourir'' : vers une biopolitique d'institution », *Sociétés contemporaines*, vol. 75, n° 3, 2009, pp. 5-15.

MESMIN D'ESTIENNE, J., « Le refus du contrôle d'opportunité : un mythe à déconstruire ? », *RFDA,* 2016, pp. 545-556.

DE MESNARD, A., « Enjeux et complexité de la catégorisation juridique des migrations », *Carnets du LAHRA* [en ligne], n° 2019, Dire les migrations, se dire migrant·es, 17 septembre 2019, URL : http://publications-prairial.fr/larhra/index.php?id=458.

MICHEL, D., « Le secret médical en prison et ailleurs. Un concept dépassé et ringard ou un désordre des esprits ? », *L'information psychiatrique*, vol. volume 91, n° 8, 2015, pp. 662-670.

MICHELET, K., « L'apport de la loi de cohésion sociale à l'accueil et à l'intégration des personnes immigrées », *Revue de droit sanitaire et social*, 2006, pp. 660-672.

MICHELET, K., « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière : un droit en perte d'effectivité », *RDSS,* 2011, pp. 1108-1121.

MILLARD, E., « La Constitution ignore les étrangers », *Plein droit*, n° 94, octobre 2012, pp. 14-17.

MITCHELL, K., « Protecting Non-US Citizens from Removal Terminating HIV/AIDS Treatment », *Fordham International Law Journal*, Vol. 34, Issue 1, 2010, pp. 1620-1665.

MOLÉNA, X., « Entretien avec Dominique Memmi. Du gouvernement des corps par la parole », in *La Santé. Un enjeu de société*, Éditions Sciences Humaines, 2010, pp. 158-162.

MONGIN, C., « La continuité des soins est-elle une réalité ? », *Maux d'exil*, n° 46, avril 2015, pp. 3-4.

DE MONTECLER, M.-C., PASTOR, J.-M., « Questions à… Bernard Even, président du Syndicat de la juridiction administrative : ''La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration est un échec en matière de contentieux !'' », *Dalloz actualités*, 7 novembre 2007.

MORICE, A., « Du SSAE à l'Anaem, une liquidation annoncée », *Plein droit*, vol. 72, n° 1, 2007, pp. 8-16.

MORET-BAILLY, J., « Les rapports entre loi et déontologies des professions de santé après le 4 mars 2002 », *RDSS*, 2003, pp. 581-589.

MORET-BAILLY, J., « La déontologie médicale, de la résistance à la contre-offensive (à propos du décret du 7 mai 2012 portant modification du code de déontologie médicale) », *RDSS*, 2012, pp. 1074-1083.

MUSSO, S.**, «** Faire preuve par l'épidémiologie : lectures ''indigènes'' des chiffres du sida en France », *Quaderni*, 2009, n° 68, pp. 71-82.

MUSSO, S., « Être régularisé au titre de la maladie en France », *Corps*, vol. 10, n° 1, 2012, pp. 153-161.

MUSSO, S., « L'étranger malade : une cause devenue digne d'être défendue », *Plein droit*, 2016, n° 4, vol. 111, pp. 44-48.

NAMONT, J.-P., « Les étrangers en France à travers les archives du ministère de l'Intérieur », *Bulletin de l'Institut Pierre Renouvin*, 2008, n°2, pp. 141-146.

NARGUESSE, K.. « Former pour dépolitiser. L'administration des immigrés comme cible de l'action publique », *Gouvernement et action publique*, vol. 4, no. 4, 2012, pp. 91-114.

PANNETIER, J., « Liens transnationaux et santé mentale : de la nécessité du lien entre ici et là-bas ? Le cas des migrations africaines en Île-de-France », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 34, n° 2, 2018, pp. 79-99.

PAUL, E., « Étrangers, immigrés et réfugiés : définitions », *Regards croisés sur l'économie*, vol. 8, n° 2, 2010, pp. 39-40.

PASTOR, J.-M., « Pas de reconduite quand il existe un lien entre une pathologie et le pays de destination », CE, 30 avril 2009, 311428**,** *AJDA*, 2009, p. 908.

PEERS, S., « Torture victims and EU law », in *EU Law Analysis,* 24 Avril 2018, https://eulawanalysis.blogspot.com/2018/04/torture-victims-and-eu-law.html

¨PEERS, S., « Could EU law save Paddington Bear ? The CJEU develops a new type of protection », in *EU Law Analysis*, 21 december 2014.
http://eulawanalysis.blogspot.co.uk/2014/12/could-eu-law-save-paddington-bear-cjeu.html

PÉTIN, J., « Extradition et troubles mentaux : la prise en compte croissante de la vulnérabilité par la Cour européenne des droits de l'Homme », *Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice (ELSJ),* 23 avril 2013.
https://www.gdr-elsj.eu/2013/04/23/immigration/extradition-et-troubles-mentaux-la-prise-en-compte-croissante-de-la-vulnerabilite-par-la-cour-europeenne-des-droits-de-lhomme/

PÉTIN, J., « Précisions jurisprudentielles sur la protection des étrangers dans le droit de l'Union : un acte manqué ? », *Réseau universitaire européen dédié à l'étude du droit de l'Espace de liberté, sécurité et justice* (ELSJ), 5 janvier 2015.
http://www.gdr-elsj.eu/2015/01/05/immigration/precisions-jurisprudentielles-sur-la-protection-des-etrangers-dans-le-droit-de-lunion-un-acte-manque/

PETIT, J., « Déontologie et organisation des professions de santé », *RDSS*, n°4, 2002, pp. 707-723.

PICQ, A., VEÏSSE, A., « Trente ans de Comede, à la santé de l'exil », *L'Autre*, vol. 10, no. 3, 2009, pp. 371-372.

POULY, C., « Système Dublin : pas de transfert en cas d'affection physique ou mentale grave », *in Dictionnaire Permanent du Droit des étrangers*, Éditions législatives, 1er mars 2017.

POULY, C., « Du droit au recours effectif dans les procédures d'éloignement », *Constitutions*, octobre-décembre 2016, n° 2016-4, p. 671-676.

PREUSS-LAUSSINOTTE, S., « Une seule annulation et deux petites réserves sur la loi "Besson" », *in Dictionnaire permanent droit des étrangers,* juillet 2011, n° 202.

PROBST, J., « Entre faits et fiction : l'instruction de la demande d'asile en Allemagne et en France », *Cultures & Conflits,* 2011, pp. 63-80. URL : https://journals.openedition.org/conflits/18243

EL QADIM, N., « Contentieux des étrangers et vague managériale au tribunal administratif de Paris », *Droit et société*, vol. 84, n° 2, 2013, pp. 313-338.

PRÉTOT, X., « Application de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme en matière de police des étrangers », *AJDA*, n° 10, 1991, p. 741 et s.

RASMUSSEN, A., « Dans l'urgence et le secret. Conflits et consensus autour de la grippe espagnole, 1918-1919 », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, vol. 25, n° 1, 2007, pp. 171-190.

ROLIN, F., « Contribution à la théorie des normes jurisprudentielles : la généalogie du caractère inquisitoire de la procédure administrative contentieuse », *RFDA,* 2019, pp. 481-489.

ROLIN, F., « Le Conseil d'État a peur d'exercer un biopouvoir : brèves observations sur la décision du 24 juin 2014 dans l'affaire Vincent Lambert », Dalloz, *Dalloz Actualités,* 26 juin 2014.

ROMAN, D., « Le refus du juge administratif de prescrire le Levothyrox par voie d'ordonnance », *AJDA,* 2018, pp. 1046-1051.

ROTOULLIÉ, J.-C., « Le juge administratif et les ressortissants étrangers malades », *Petites affiches*, n° 117, 13 juin 2016, pp. 6-12.

SAISON-DEMARS, J., « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », *RDSS,* 2007, p. 458.

SAMSON-DYE, A., « Refus de titre de séjour à un étranger malade après avis favorable du médecin de l'ARS », *AJDA,* 2014, pp. 1544-1547.

SAULNIER-CASSIA, E., « La directive 2013/33/UE : la réforme de l'''accueil'' des ''personnes demandant la protection internationale'' dans un État membre de l'Union européenne », *RTD eur.,* 2016, pp. 43-55.

SHOOP, L. G., « Health Based Exclusion Grounds in United States Immigration Policy: Homosexuals, HIV Infection and the Medical Examination of Aliens », *Journal of Contemporary Health Law & Policy*, Vol. 9, Issue 1, 1993, pp. 521-544.

SIZAIRE, V., « Le juge administratif et la protection des libertés. Éléments pour une garde partagée », *RDLF*, 2019 chron. N° 27. URL : www.revuedlf.com

SJORS, O., VAN THIEL, S., LAFARGE, F., « Résister au contrôle gouvernemental. L'utilisation par les agences semi-autonomes de ressources stratégiques afin de remettre en cause la coordination de l'État », *Revue Internationale des Sciences Administratives*, vol. vol. 80, n° 1, 2014, pp. 175-195.

SLAMA, S., DEMAGNY, B., « Le préfet, le médecin, et le droit au séjour des étrangers malades : quelles garanties déontologiques et procédurales ? » *JCP A*, 2009, n° 43, pp. 48-52.

SLAMA, S., « Le séjour payant », *Plein droit*, vol. 67, n° 4, 2005, pp. 11-14.

SLAMA, S., « Les lambeaux de la protection constitutionnelle des étrangers, Décision n° 2011-631 DC du 9 juin 2011, Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 371-386.

SLAMA, S., PARROT K., « Étrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'homme », *Plein droit*, 2014/2 n° 101, pp. I-VIII

SLAMA, S., « Le Conseil constitutionnel temporise sur l'absence de recours effectif contre les expulsions en urgence absolue : commentaire Cons. const., n° 2016-580 QPC du 5 octobre 2016 », *Lexbase Hebdo, Édition publique,* 2016 ».

SLAMA, S., « De la défaillance systémique à la « policiarisation » des conditions d'accueil des demandeurs d'asile en France », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 14 | 2018, mis en ligne le 21 juin 2018, consulté le 16 juillet 2020. URL : http://journals.openedition.org/revdh/4238

SOPENA, A., « Nouvelle stratégie contre les malades étrangers », *Plein droit*, 2006, vol. 71, n° 4, pp. 26-29.

SPIRE, A.. « Faire payer les étrangers. L'avenir d'une vieille idée », *Plein droit*, 2005, n° 4, pp. 3-5.

SPIRE, A., WEIDENFELD, K., « Le tribunal administratif : une affaire d'initiés ? Les inégalités d'accès à la justice et la distribution du capital procédural », *Droit et société*, vol. 79, 2011, pp. 689-713.

SPIRE, A., « Administration : la lutte continue », *Plein droit*, vol. 91, n° 4, 2011, pp. 3-7.

SUDRE, F., « Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme », *La Semaine Juridique Édition Générale n° 5*, 28 janvier 1998, doctr. 107.

SUDRE, F., « La notion de peines et traitements inhumains et dégradants dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des Droits de l'Homme », *RGDIP*, 1984, pp. 825-889.

TAÏEB, E., « Avant-propos : du biopouvoir au thanatopouvoir », *Quaderni*, n° 62, Hiver 2006-2007, pp. 5-15.

TCHEN, V., « Consécration de la protection subsidiaire », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales* n° 1, 5 janvier 2004, act. 1020.

TCHEN, V., « De la pratique des QPC en droit des étrangers à la réforme du 16 juin 2011 : la fin des illusions constitutionnelles ? (bilan du premier semestre 2011) », *AJDA* 2011, pp. 581-588.

TCHEN, V., « Étrangers : regards critiques sur la réforme du 16 juin 2011 », *Dr. Adm.,* août 2011, chron. n° 17.

TCHEN, V., « Expulsion – Interdiction judiciaire du territoire », *JurisClasseur Administratif*, Fasc. 233-66, 9 février 2017.

TICKTIN, M., « Where ethics and Politics Meet : The Violence of Humanitarism in France », *American Ethnologist,* vol. 33, n° 1, 2006, pp. 33-49.

TOUBOL-FISCHER, F., « L'application de la loi par les préfectures : le règne d'Ubu », *AJ Pénal,* 2004, pp.106-107.

TRIBALAT, M., « Immigration et multiculturalisme européen », *Pardès*, vol. 55, n° 1, 2014, pp. 177-194.

TURPIN, D., « Reconduite à la frontière : vie familiale et sursis à exécution », *Revue critique de droit international privé*, 1990, pp. 682-699.

TURPIN, D., « Le statut constitutionnel de l'étranger », *L.P.A.*, 15 mars 1991, p. 13 et s.

TURPIN, D., « Expulsion des étrangers et vie familiale », *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 677-693.

VAUCHEZ, A., « La magistrature dans l'espace public », *Laboratoire italien* [En ligne], 2 | 2001, mis en ligne le 12 avril 2018, consulté le 08 janvier 2020.
URL : http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/278

VAUTHIER, J.-P., « Expulsion d'un étranger pour cause de trouble mental : quand le sécuritaire prime sur le sanitaire », *Revue Droit et Santé*, n°67, 2015, pp. 743-745.

VEÏSSE, A., MAILLE, D., « Le statut paradoxal des malades étrangers », *Plein droit*, 2001, n° 1, pp. 26-28.

VEÏSSE, A., MAILLE, D., « La chaîne médicale : un intermédiaire de trop », *Plein droit,* 2001, n° 47-48, p. 29.

VEÏSSE, A., « Le médecin, la santé et le séjour des étrangers », *Plein droit*, 2006, n°2, pp. 32-35.

VEÏSSE, A., « Contrôler les médecins pour maîtriser l'immigration », *Humanitaire* [En ligne], 30 | 2011, mis en ligne le 12 décembre 2011, consulté le 26 avril 2016. URL : http://humanitaire.revues.org/1112

VIALLA, F., « La déontologie des professions de santé », *RDSS*, n° HS, 2018, pp. 37-60.

WITHOL DE WENDEN, C., « Ouverture et fermeture de la France aux étrangers. Un siècle d'évolution », *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2002, n°1, pp. 27 à 38.

WITHOL DE WENDEN, C., « Le glissement des catégories de migrants », *Migrations Société*, vol.2, n° 128, 2010, pp. 193-195.

WLUCZKA, M., « Du contrôle sanitaire à la prévention, les enjeux de la santé des migrants », *Les Tribunes de la santé*, 2007, n° 4, 2007, pp. 39-45.

WRIGHT, O., « Norme, normalité et normalisation chez Michel Foucault », disponible sur le site d'Olivier Wright, 2014, p. 4.
URL :https://www.o-wright.com/uploads/2/6/4/3/26432010/dissertation_-_olivier_wright_-_norme_normalite_et_normalisation_chez_michel_foucault.pdf.

YUTAKA, A.-T., « Uneven, but in the Direction of Enhanced Effectiveness - A Critical Analysis of Anticipatory Ill-Treatment under Article 3 ECHR », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, Vol. 20, Issue 1, March 2002, pp. 5-28.

ZEVOUNOU, L., « 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, n° 3, pp. 367-388.

ZORN, C., « État d'urgence pour les données de santé (II) : sidep et contact covid », *Dalloz actualités,* 26 mai 2020. URL : https://www.dalloz-actualite.fr/flash/etat-d-urgence-pour-donnees-de-sante-i-l-application-stopcovid#.X7jY1lDjK00

CONTRIBUTIONS À DES OUVRAGES COLLECTIFS

ABEL, R., « Speaking Law to Power : Occasions for Cause Lawyering », *in Cause Lawyeriing. Political Committments and Professional Responsabilities,* pp. 69-117.

ANCEL, B., « L'épreuve de vérité. Propos de surface sur la transcription des actes de naissance des enfants issus d'une gestation pour autrui délocalisée », in *Le droit entre tradition et modernité, mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, pp. 1-8.

AUBIN, E., « La réception de la vulnérabilité des étrangers dans les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme », *in* MBONGO, P. (dir.), *Migrants vulnérables et droits fondamentaux,* Berger Levrault*,* 2015, pp. 35-53.

AZOUGACH, K., « Populations migrantes et droit de séjour : le médecin écartelé », *in* BELLIVIER, F., NOIVILLE, C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin,* Dalloz, 2006, 175-182.

BERTEAU, F., « Le médecin, conseiller des pôles santé de la justice », *in in* BELLIVIER, F., NOIVILLE, C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin,* Dalloz, 2006, pp. 35-39.

BLIN, T., « L'irruption des sans-papiers au sommet : Saint-Bernard », in BLIN, T., *L'invention des sans-papiers. Essai sur la démocratie à l'épreuve du faible*, PUF, 2010, pp. 77-115.

BODIGUEL, J.-L., « La socialisation des hauts fonctionnaires. Les directeurs d'administration centrale », in *La haute administration et la politique*, PUF, coll. « Cahiers du Curapp », 1986, 252 p.

BROYELLE, C., GUYOMAR, M., « Le droit européen et le procès administratif », *in Mélanges, François Julien-Lafferière*, Bruylant, 2011, p. 59-69.

CARVALHO, J., GEDDES, A. « Chapitre 12. La politique d'immigration sous Sarkozy. Le retour à l'identité nationale » in *Politiques publiques 3. Les politiques publiques sous Sarkozy*, Presses de Sciences Po, 2012, pp. 279-298.

CELSE, M., « Étrangers : la valise et le cercueil », *in* Act Up-Paris, *Le sida, combien de divisions ?* Éditions Dagorno, 1994, pp. 271-282..

CHABANOL, D., « Du dialogue des juges et des parties. Réflexions sur la procédure administrative contentieuse », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, pp. 149 et s.

CHEVALLIER, J., « Les interprètes du droit » *in La doctrine*, PUF, coll. « Cahiers du Curapp », 1993, pp.259-282.

CHEVALLIER, J., « Juriste engagé(e) ? », *in* CHAMPEIL-DESPLATS, V., FERRÉ, N., *Frontières du droit, critique des droits*, *Billets d'humeur en l'honneur de D. Lochak*, LGDJ, 2007, pp.305-309.

CHEVALLIER, J., *Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, pp. 30-38.

CLOCHARD, O., « Les différents visages du confinement des migrants en France » in POINSOT, M., WEBER, S. (dir.), *Migrations et mutations de la société française. L'état des savoirs,* La Découverte, 2014, pp. 177-184.

COMMAILLE, J., « La justice entre détraditionnalisation, néolibéralisation et démocratisation : vers une théorie de sociologie politique de la justice », *in* COMMAILLE, J. (dir.), *La fonction politique de la justice,* La Découverte, 2007, pp. 293-321.

COURNIL, C., *«* Les réfugiés écologiques : quelle(s) protection(s), quel(s) statut(s) ? » *in* Gisti, *Actes de la journée du 14 décembre 2007*, pp. 18-23. URL : http://www.gisti.org/IMG/pdf/je_08refugies-environnementaux.pdf

COURNIL, C., MAYER, B. « Chapitre 4. Les pistes d'une protection juridique renforcée », *in* COURNIL, C., MAYER, B. (dir.), *Les migrations environnementales. Enjeux et gouvernance*, Presses de Sciences Po, 2014, pp. 113-138.

DE GALEMBERT, C., « La fabrique du droit entre le juge administratif et le législateur. La carrière juridique du foulard islamique (1989-2004) », *in* COMMAILLE, J. (dir.), *La fonction politique de la justice,* La Découverte, 2007, pp. 95-118.

DELARUE, J.-M., « Les limbes textuels ou la fabrication des textes normatifs par l'administration centrale », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, pp. 219-257.

DELARUE, J.-M., « Les droits fondamentaux des étrangers », *in* RENOUX, T.-S. (Dir.), *Protection*

des libertés et droits fondamentaux, Les notices de la Documentation française, 2007, notice n° 22.

DENOIX DE SAINT-MARC, R., LABETOULLE, D., « Les pouvoirs d'instruction du juge administratif », *in Études et documents du Conseil d'État,* 1970, p. 69-91.
DELVOLÉ, P., « Le Conseil d'État, régulateur de l'ordre juridictionnel administratif », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, p. 260-271.

EYMERI, J.-M., « Frontière ou marches ? De la contribution de la haute administration à la production du politique », *in* LAGROYE, J. (dir.), *La politisation*, Belin, 2003, pp.47-77.

FISCHER, N., « La justice des étrangers. L'action des magistrats dans la procédure d'éloignement », *in* FASSIN, D. (dir.), *Juger. Réprimer. Accompagner. Essai sur la morale de l'État,* Seuil, 2013, pp. 63-100.

FOMBEUR, P., « De quelques considérations de gestion en matière contentieuse », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle,* Dalloz, 2007, pp. 349-360.

FOURÇANS, C., « Conventions internationales spécifiques relatives aux droits de l'Homme », *in* ANDRIANTSIMBAZOVINA, J., GAUDIN, H., MARGUÉNAUD, J.-P., RIALS, S., SUDRE, F. (Dir.), *Dictionnaire des droits de l'Homme*, PUF, 2008, pp. 169-173.

GATÉ, J., ROMAN, D., « Droits des femmes et vulnérabilité, une relation ambivalente », in PAILLET, E., RICHARD, P. (dir.), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruylant, 2014, pp. 219-243 .

GUILLAUME, G., « L'article 2 », *in* PETTITI, L.-E., DECAUX, E., IMBERT, P. H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, Economica, 2ème éd., 1999, pp. 143-153.

HENNETTE-VAUCHEZ, S., KALOGIROU, M., KLAUSSER, N., ROULHAC, C., SLAMA, S., SOUTY, V, « L'état d'urgence au prisme du contentieux : analyse transversale du corpus » *in* HENNETTE-VAUCHEZ, S. (dir.), *Ce qui reste(ra) toujours de l'urgence*, Institut Universitaire de Varenne, Coll. « Colloques & Essais », 2018, pp. 233-339.

HERRERA, C. M., « Doctrine juridique et politique : à la recherche du regard interne » *in* DOAT, M., LE GOFF, J., PEDROT, P., *Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant,* Presses Universitaires de Rennes, 2007, pp.83-92.

LAMY, F., « Le préfet et le droit », *in Juger l'administration, administrer la justice, Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, 2007, pp. 537-543.

LECUCQ, O., « Le Conseil constitutionnel et les étrangers : processus de constitutionnalisation et de ''déconstitutionnalisation'' », *in* REYDELLET, M. (dir.), *L'étranger entre la loi et les juges,* L'Harmattan 2008, p. 253 et s.

DE MAILLARD, J., « Les politiques de sécurité » in *Politiques publiques 2, Changer la* société, BORRAZ, O., GUIRAUDON, V. (dir.), Les Presses de Sciences Po, 2010, pp. 57-77.

LE MONTAGNER, M., « Le juge administratif et l'égalité de traitement », *in* SAULNIER-CASSIA, E., TCHEN, V., (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, Dalloz, 2009, p. 91 et s.

LOCHAK, D., « Norme, normalité et normalisation », *in Le droit en procès*, PUF, coll. Cahiers du Curapp, 1983, pp. 51-77.

LOCHAK, D., « La neutralité de la dogmatique juridique : mythe ou réalité ? », *in* AMSELEK, P., *Théorie du droit et science*, PUF, 1994, pp.293-309.

LOCHAK, D., « L'immigration, une question sensible », *in Questions sensibles*, PUF, Coll. « Cahiers du Curapp », 1998, pp.246-261.

LOCHAK, D., « Invention et usage des catégories juridiques dans les processus de radicalisation. L'exemple de l'immigration. », *in* COLLAVALD, A., GAÏTI, B. (dir.), *La démocratie aux extrêmes. Sur la radicalisation politique*, La Dispute*,* 2006, pp.133-152.

LOCHAK, D., « Étrangers, réfugiés, migrants : Hannah Arendt aujourd'hui », *in* KUPIEC, A., LEIBOVICI, M., MUHLMANN, G., TASSIN, E., *Hannah Arendt. Crises de l'État-nation*, Sens &Tonka, 2007, pp. 165-180.

LOCHAK, D., « L'image de l'étranger au prisme des lois sur l'immigration », in *Figures de l'étranger, quelles représentations pour quelles politiques ?*, GISTI, 2013, pp. 36-49.

LOCHAK, D., « Le juge administratif, protecteurs de libertés », *in Les controverses en droit administratif*, 2017, p. 61-74.

LOCHAK, D., « Le juge administratif joue-t-il vraiment un rôle politique ? », *in Les grands arrêts politiques de la jurisprudence administrative*, LGDJ, 2019, pp. 25-29.

MAGLIONI, Z., *« La demande d'autorisation de séjour pour raisons humanitaires : l'article 9ter à*

l'agonie ? », in WAUTELET, P., COLLIENNE, F. *(*dir.*), Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, CUP 151, Larcier, 2014, pp. 215-268.

MANDELKERN, D., GUYOMAR, M., « Étrangers sans papiers. Commentaire sous CE, avis n° 359.622, 22 août 1996 », *in* GAUDEMET, Y., STIRN, B., DAL FARRA, T., ROLIN, F. (dir.), *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz, 2008, pp. 345-351.

MARGUÉNAUD, J.-P, « La rétention en droit européen » *in* LECUCQ, O. (dir.), *La rétention administrative des étrangers. Entre efficacité et protection,* L'Harmattan, coll. « bibliothèqueS de droit », 2011, pp. 32-43.

MORRI, J., « Protection comparée du droit de mener une vie privée et familiale normale et du droit au séjour pour raisons médicales : une approche spécifique du juge dans la protection des droits économiques et sociaux », *in* ROMAN, D. (dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits ? Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux*, CREDOF, 14-15 juin 2010 (http://droits-sociaux.u-paris10.fr/), pp. 341-358.

PIERRU, F.**,** « La Santé en fusions. L'accouchement des agences régionales de santé au forceps institutionnel », *in* CASTAING, C. (dir.), *La Territorialisation des politiques de santé*, Les Études hospitalières, 2012, pp. 77-108.

RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit » *in Les usages sociaux du droit*, PUF, coll. « Cahiers du Curapp », 1989, pp.126-149.

SIWEK-POUYDESSEAU, J., « Genèse d'une discipline, retour sur nos années 70 », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Chevallier. Penser la science administrative dans la post-modernité,* L.G.D.J., 2013, pp. 25-34.

SLAMA, S., « Le droit des étrangers sous perfusion des circulaires », *in* G. Koubi (dir.), *La littérature grise de l'administration*, Berger Levrault, 2015, pp.213–242.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN, F., « Existe-t-il un droit à l'égalité de traitement des étrangers ? »,*in*

SPIRE, A., « Disparités de traitement, une sociologie du pouvoir discrétionnaire », *in* SAULNIER-CASSIA, E., TCHEN, V. (dir.), *Unité du droit des étrangers et égalité de traitement, Variations autour des mutations d'une police administrative*, Dalloz, 2009, pp. 115-128.

.

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

TEITGEN-COLLY, C., « La pédagogie dans la rédaction des décisions », *in* TEITGEN-COLLY, C. (dir.), *Les figures du juge administratif*, LGDJ, 2013, pp. 87-105.

TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V., « Introduction », *in* TROPER, M., CHAMPEIL-DESPLATS, V., GRZEGORCZYK, C., , *Théorie des contraintes juridiques,* LGDJ, 2005, pp. 1-7.

VEÏSSE, A., « ''Le médecin malgré lui'' aux avant-postes des politiques d'immigration », in BELLIVIER, F., NOIVILLE, C., *Nouvelles frontières de la santé, nouveaux rôles et responsabilités du médecin,* Dalloz, 2006, pp. 183-187.

RAPPORTS

ACADÉMIE DE MÉDECINE, *L'immigration en France : situation sanitaire et sociale*, février 2020, 40 p.

ADDE, CIMADE, COMEDE, *Admission au séjour pour raisons médicales. Décisions préfectorales défavorables (OQTF, refus de séjour, etc.) prises après avis favorables des médecins des ARS*, septembre 2014, 12 p.

AIDES, *Rapport de l'observatoire étrangers malades*, juin 2015, 76 p.

AIDES, *VIH, hépatites, la face cachée des discriminations*, Décembre 2018., 52 p.

BALARELLO, J., « *De la non régularisation au non éloignement, un risque majeur pour l'intégration et la cohésion nationale : les ''clandestins officiels''* », Rapport de la Commission d'enquête chargée de recueillir des informations sur les régularisations d'étrangers en situation irrégulière depuis le 1er juillet 1997, Sénat, 1998.

BENEVISE, J.-F., LOPEZ, A. (Inspection générale des affaires sociales [IGAS]), *Avis rendus par les médecins inspecteurs de la santé publique (MISP) sur le maintien des étrangers malades sur le territoire*, 2006, 20 p.

LA CIMADE, *Soigner ou suspecter,* 21 juin 2018, 36 p.

COLLECTIF, *Livre blanc sur l'autorisation au séjour pour raisons médicales (9ter). Pour une application de la loi respectueuse des droits humains des étrangers gravement malades*, 2015, 96 p. https://doktersvandewereld-wieni.netdna-ssl.com/sites/www.doktersvandewereld.be/files/news/attachments/
livre_blanc_sur_lautorisation_de_sejour_pour_raisons_medicales_9ter_0.pdf

COMITÉ D'ÉVALUATION ET DE CONTRÔLE DES POLITIQUES PUBLIQUES DE L'ASSEMBLÉE NATIONALE, *Rapport d'information n° 1879 sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile*, 10 avril 2014, 164 p.

COMEDE, *Soins et accompagnement Migrants/étrangers en situation précaire*, 2015, 537 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Sécurité juridique et complexité du droit*, La documentation française, coll. « Études et documents », 2006, n° 57, 412 p.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport d'activité*, 2018, 451 p.

CONTRÔLEUR GÉNÉRAL DES LIEUX DE PRIVATION DE LIBERTÉ, *La prise en charge sanitaire des personnes placées en centre de rétention administrative (CRA)*, Rapport issu de vérifications sur place aux CRA de Bordeaux, Paris-Plais de Justice et Marseille, novembre 2017, mars 2018, 48 p.

COUR DES COMPTES, *L'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), Exercices 2011-2018, Observations définitives,* 21 juin 2019, 134 p.

DÉFENSEUR DES DROITS, *Personnes malades étrangères, des droits fragilisés, des protections à renforcer*, 2019, 78 p.

DIÉDERICHS, O., VERNHES, M., FOURNALÈS, R.(IGA), CHIÈZE, F. (IGAS), *Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades*, mars 2013, 126 p.

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, *Rapport sur la situation des personnes de nationalité étrangère atteintes du sida et passibles d'un arrêté d'expulsion* (version n° 8 du 8 avril 1994) (côte d'archives 19960368/63, extrait de type 2 : situation des étrangers malades faisant l'objet d'une expulsion).

DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ, *Procédure étrangers malades. Questions les plus fréquentes posées par les médecins des ARS*, document interne, 2013.

DUBIÉ, J., RICHARD, A., *Rapport d'information n° 1879 sur l'évaluation de la politique d'accueil des demandeurs d'asile*, Comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques de l'Assemblée nationale, 10 avril 2014,

DUMONT, P.-H., *Avis présenté au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi de finances pour 2019 (n° 1255),* Tome VII, n° 1303, 12 octobre 2018, 108 p.

GROUPE SIDA GENÈVE, *Renvoi et accès aux soins. Enjeux juridiques et conséquences sur le plan*

humain de la pratique suisse en matière de renvois d'étrangers à la santé précaire, 2ème édition actualisée, 2015, 26 p.
http://www.groupesida.ch/media/documents/renvois_accesauxsoins.pdf.

HAMMADI, Y., LEGEAY, C., LAMAILLOUX, A., *La « double-demande » asile et séjour. Ce que change la loi du 10 septembre 2018*, M. ROCCATI, (dir.), Euclid (Université Paris-Nanterre), La Cimade, 2018-2019, 53 p.
HAUT COMITÉ DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Santé en milieu carcéral, rapport sur l'amélioration de la prise en charge sanitaire des détenus*, janvier 1993.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Returned to Risk – Deportation of HIV-Positive Migrants*, 2009, 27 p.

INSPECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION, *Rapport Mahaud : rapport de l'inspecteur sur la délivrance irrégulière de titres de séjours à des étrangers pour soins médicaux en Seine-Saint-Denis*, 1991, côte d'archives 19960304/1.

LÉGER, D., *La preuve devant le juge administratif français,* Rapport au Conseil d'État, 1972, 45 p.

MARIANI, T., *Rapport n° 2814 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 4200) relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité*, 16 septembre 2010, 637 p.

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, Réseau Européen des Migrations, *Rapport annuel 2015 sur les politiques d'asile et d'immigration*, 88 p.

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, Réseau Européen des Migrations, *Les étrangers en France, Rapport au Parlement sur les données de l'année 2014*, 105p.

MAZEAUD, P., *Pour une politique des migrations transparente, simple et solidaire*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », 2008, 245 p.

OFII, *Premier rapport au Parlement établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et de séjour des étrangers en France et du droit d'asile – année 2017,* 2019, 200 p.

OFII, *Deuxième rapport au Parlement établi en application de l'article L. 313-11 (11°) du code de l'entrée et de séjour des étrangers en France et du droit d'asile – année 2018,* 2020, 145 p.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Report on the health of refugees and migrants in the WHO European Region. No public health without refugee and migrant health*, 2017, 114 p.

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, *Rapport sur le système de santé mentale en République démocratique du Congo*, 2006.

SYNDICAT DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE, *Livre blanc sur le contentieux des étrangers*, 21 novembre 2019, 27 p.

UK HOME OFFICE, *Human rights claims on medical grounds*, Valid from 20 May 2014, 37 p. https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/488179/Human_rights_on_med_grounds_v6.0_EXT_clean.pdf

WEIL, P., *Pour une politique de l'immigration juste et efficace*, La Documentation française, 1997, 127 p.

CÔTES D'ARCHIVES

MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, côte 20030517/14 , article 14 : « Question de l'éloignement des étrangers gravement malades - l'expulsion des étrangers atteints du Sida, 1988, 1992, 1993 ».

MINISTÈRE DE LA SANTÉ, côté 19960368/63, « Situation des étrangers malades faisant l'objet d'une expulsion : notes, correspondance avec les associations. Septembre 1993-avril 1995, Dossier jaune : Louis Dessaint, conseiller technique ».

INSPECTION GÉNÉRALE DE L'ADMINISTRATION, côte d'archives 19960304/1 : « Rapport Mahaud : rapport de l'inspecteur sur la délivrance irrégulière de titres de séjours à des étranger pour soins médicaux en Seine-Saint-Denis », 1991.

ARTICLES DE PRESSE (articles, communiqués)

COQ-CHODORGE, C., « Les étrangers malades entre les mains du ministère de l'intérieur », *Mediapart*, 27 novembre 20167 : https://www.mediapart.fr/journal/france/271116/les-etrangers-malades-entre-les-mains-du-ministere-de-l-interieur

FALLAH, M., « How Africa's porous borders make it difficult to contain Ebola », The Conversation, 15 juin 2019 : https://theconversation.com/how-africas-porous-borders-make-it-difficult-to-contain-ebola-118719

DAUNE, G., « Des patients alsaciens accueillis dans le Bade-Wurtemberg », *L'Alsace*, 21 mars 2020. Url : https://www.lalsace.fr/politique/2020/03/21/des-patients-alsaciens-accueillis-dans-le-bade-wurtemberg

BENKIMOUN, P., « Un médecin de l'AP-HP suspendu pour avoir réclamé de l'argent liquide à des migrants », *Le Monde*, 10 mai 2016.

LIBÉRATION, « Expulsion d'un malade du sida », *Libération,* 8 février 1997.

BANTMAN, B., « Cent mesures pour sortir des lois Pasqua. Le rapport Weil doit inspirer la législation sur l'immigration », *Libération,* 31 juillet 1997.

GROSJEAN,B., « Aller simple vers la mort », *Libération*, 4 mars 1997.

ITPC, « Traitement refusé aux personnes vivant avec le VIH au Congo-Brazzaville », *Communiqué de presse*, 12 février 2016.

ODSE, « Expulsions des malades étrangers, l'Intérieur méprise l'avis des médecins de l'administration », *Communiqué de presse*, 14 février 2007.

ODSE, « Expulsions d'étrangers malades : Le ministère de la Santé aux abonnés absents », *Communiqué de presse,* 29 mars 2013.

LE POINT, « Cinq médecins poursuivis pour avoir rédigé de faux certificats médicaux à des étrangers, 19 décembre 2017 : http://www.lepoint.fr/societe/cinq-medecins-poursuivis-pour-avoir-redige-de-faux-certificats-a-des-etrangers-19-12-2017-2181311_23.php

LE PARISIEN, « Paris : le vrai malade du sida fabriquait de faux malades », 12 décembre 2014, http://www.leparisien.fr/faits-divers/paris-le-vrai-malade-du-sida-fabriquait-de-faux-malades-12-12-2014-4369069.php

SYNDICAT DE LA MÉDECINE GÉNÉRALE, « Soigner n'est pas ficher – L'éthique des médecins n'est pas à vendre », *Communiqué de presse*, 5 mai 2020.

INDEX

Les numéros indiqués correspondent aux pages.

A

Accès effectif aux soins 138, 238, 250, 528
  Jabnoun et Bialy 239, 252
Agences régionales de santé 270, 460

B

Biolégitimité 11
Biopouvoir 11, 15

C

Carte de séjour pluriannuelle 171, 291
Catégorisation juridique 14
Conseil d'État
  Accès au traitement approprié 513
  Avis du 22 août 1996 147
  Conséquence du changement de traitement 507
  Conséquences d'une exceptionnelle gravité 479
  Décisions
    Jabnoun et Bialy 138, 239, 513
    Olmos-Quintero 137
  Nécessité d'une prise en charge médicale 476
  Protection prétorienne 136
  Traitement approprié 504
Contentieux administratif 847
  Charge de la preuve 539
    Déséquilibre 556
    Hiérarchisation des modes de preuve 557
  Contre-enquête préfectorale 579
  Droit à un procès équitable 553
  Mesures d'expertise 545
  Référé-liberté 589
  Secret médical 571
Contrôle sanitaire 184

D

Direction de la population et des migrations 407
Direction générale de la santé 206, 245
Direction générale des étrangers en France 406, 411
  Médecin-conseil **413**
Droit à la vie 70, 112
Droit à la vie privée et familiale 116
Droit au séjour pour soins
  Arbitrage gouvernemental 202
  Cas par cas 188
  Création 185, 190, 192
  Demande d'asile et 300
  Encadrement législatif 199, **215**
  Précarisation 300, 392
  Procédure 258
  Réforme 233, 238, 245, 250, 258
    Changement de paradigme 277

E

Évaluation médicale 320

J

Juge administratif (TA/CAA)
  Accès au traitement approprié 515
  Conséquence du changement de traitement 507
  Conséquences d'une exceptionnelle gravité 490
  Coût du traitement médical 529
  Éléments médicaux insuffisamment circonstanciés 495
  Mesures d'expertise 548
  Nécessité d'une prise en charge médicale 484
  Traitement approprié 504

L

Liberté personnelle **142**
Lois
  Chevènement **216**
  Loi n° 2011-672 (Besson) 141, 161, **238,** 434, 515
  Loi n° 2016-274 (Cazeneuve)
    Condition d'accès aux soins 250
    Procédure d'évaluation médicale 259
  Loi n° 2018-778 (Collomb)

Allongement de la durée de rétention 296
Double demande "asile-séjour" 300
Encadrement du pouvoir discrétionnaire 287
Loi n° 97-396 (Debré) 146, 160, **216,** 217, 253
Loi n° 98-349 (Chevènement) 147, 180
Lutte contre la fraude 356
Déontologie médicale 379, 384
Hôpital 369
Médecin évaluateur 374
Par les médecins 369
Politisation 357
Statistiques 364

M

Maîtrise des flux migratoires 12, **14,** 94, 107, 192, 404
Objectif constitutionnel 157
Maladie
Hépatites 255, 341, 365, 422, 479, 488 sv, 500
Risques de complications 500
Troubles psychiques/psychiatriques 55, 103, 105, 347, 377, 445
Conséquences du défaut de traitement 495
Lien de confiance avec le soignant 478
Orientations générales du ministère de la Santé 255
Risque d'auto-agression 498
Risque de simulation 107
Traumatisme 481
VIH 77, 79, 81, 84, 191 sv, 194, 197, 206, 236, 255, 272, 326, 341, 375, 445
VIH/sida 70
Médecin inspecteur de santé publique 265, 320
Médecins ARS 426
Menace à l'ordre public 173

N

Normalisation 20

O

Office français de l'immigration et de l'intégration 261, 273, 340, 409

P

Perte de chance médicale 89, 103, 323, 507
Policiarisation 21, 228, 319, 332, 356
Démédicalisation du droit au séjour pour soins 452
Médicalisation 404
Pouvoir discrétionnaire **285, 428**
Contre-enquête médicale 428
Protection constitutionnelle 151
Protection contre l'éloignement 215, 293
Évaluation médicale 349
Protection européenne
CJUE
M. P. c. Secretary of State for the Home Department 126
Mohamed M'Bodj c. État belge 123
Cour EDH
D. c. Royaume-Uni 70, **73,** 88
N. c. Royaume-Uni **76**
Paposhvili c. Belgique 97, 100
Revirement 96
Savran 105
Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique 81
Opinion dissidente 80, 106
Protection subsidiaire 121
Traitement inhumain et dégradant 76, 97
Union européenne 121
Règlement Dublin 128
Traitement inhumain et dégradant 124
Vulnérabilité 118
Protection internationale
Comité contre la torture56
Njamba et Balikosa c. Suisse 58, 61
Comité des droits de l'homme **50**
Statut de réfugié 64
Traitement inhumain et dégradant 50, 56
Protection légale 146

R

Référé-liberté 142, 589
Rétention administrative 294
Risques de récidive (maladie) 491
Rupture en approvisionnement de médicaments 525

S
Santé individuelle
Droit à 143
Objectif constitutionnel 152
Santé publique
Lien entre condition d'étranger et 4
Objectif constitutionnel 155
Secret médical 397, 458
Contentieux 571
T
Traitement médical
Rupture d'approvisionnement (médicament) 103, 323
Rupture d'approvsionnement (médicament) 525
Rupture du 55, 497 sv

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements....7
Liste des principales abréviations....9

Introduction....1
§1. Des liens évidents entre maladies et condition d'étranger....4
§2. La catégorisation juridique de l'étranger en raison de son état de santé : la maîtrise médicale des flux migratoires....6
A. La *biolégitimité* de l'étranger....7
B. *Biolégitimité* et maîtrise des flux migratoires....14
C. La *normalisation* des acteurs de la *biolégitimation* de l'étranger....20
§3. La démarche de la recherche....26
A. Le choix du financement de la thèse....29
B. La méthode....33
C. Présentation de la problématique....39

Partie 1 : La construction difficile d'un statut juridique protecteur....43

Titre 1. Les faiblesses de l'encadrement supra-légal....45

Chapitre 1 : Une protection internationale et européenne initialement insuffisante...47

Section 1. L'insuffisance de la protection accordée par les instruments internationaux....48
§1. L'absence de consécration d'une protection onusienne directe en faveur des étrangers malades....48
A. L'émergence d'un standard minimum de protection par le Comité des droits de l'homme....49
1. L'émergence progressive de conditions protectrices....50
a) Des conditions difficiles à réunir....51
b) Des conditions interprétées strictement....52
2. Le risque pour la santé : un risque subsidiaire et non autonome....53
B. L'exclusion ambiguë du risque pour l'état de santé par le Comité contre la torture....56
1. Une inapplicabilité résultant *a priori* d'une interprétation textuelle....56
a) L'exigence d'un seuil de gravité élevé accompagné d'autres facteurs 57
b) L'agent public persécuteur, condition restreignant la possibilité de protection....59
2. L'ouverture à des circonstances exceptionnelles....61
§2. Une mise à l'écart partielle du statut de réfugié....63
A. Une inclusion textuelle et jurisprudentielle limitée : l'appréhension de l'étranger malade en tant que « groupe social »....64
B. Une mise à l'écart malgré des logiques anticipatives similaires....67

Section 2. Un standard de protection européen durablement en retrait de l'article 3 68

§1. Une protection assujettie à un seuil de gravité exceptionnelle....69
A. La genèse : une interprétation « proportionnaliste » du risque de traitements inhumains et dégradants....70
1. L'inapplicabilité de l'article 2 : conséquence de l'indissociabilité des griefs et de « l'irresponsabilité » de l'État....70
2. L'applicabilité ultra-restrictive de l'article 3 : conséquence de l'exigence d'un seuil de gravité très élevé....72
B. L'insuffisance de la protection octroyée aux étrangers gravement malades....76
1. Un constat de violation initialement conditionné à un état agonique à très court terme....76
2. Critiques doctrinales et opinions dissidentes virulentes....80
3. De confirmations en élévation du seuil de gravité....81
§2. Les effets secondaires d'un seuil de gravité élevé....84
A. Un seuil de gravité exceptionnelle au détriment de la cohérence jurisprudentielle....84
1. La variabilité de la recevabilité de l'état de santé de l'étranger comme moyen de droit opposable....84
2. Une rupture dans l'égalité de protection : un article 3 à deux vitesses...86
B. Une motivation révélatrice du malaise à reconnaître une protection conventionnelle contre le renvoi fondée sur la santé....88
1. Une motivation politico-budgétaire extrajuridique....88
2. Un refus d'application de sa propre jurisprudence au cas de l'éloignement des étrangers gravement malades....91

Chapitre 2 : L'esquisse d'une protection européenne par double ricochet....96

Section 1. L'abaissement du seuil de gravité : un rétablissement du caractère absolu de l'article 3....97
§1. L'élargissement de la protection de l'étranger gravement malade au-delà de l'agonisant....97
§2. Une protection relative au regard de la grille d'évaluation médicale de la disponibilité des soins....100
A. Une clarification nécessaire de la grille d'évaluation médicale....100
B. *Paposhvili* : une grille d'évaluation médicale détaillée et perfectible à l'avenir incertain....102
1. Une grille médicale détaillée et perfectible....103
2. Une évolution incertaine révélatrice d'une protection conventionnelle fragile....105

Section 2. La réception variable de ce nouveau standard de protection....108
§1. La réception en droit interne : entre progrès et régression potentielle....109
§2. La réception de *Paposhvili* en droit européen : entre contamination et remèdes potentiels....112
A. CESDH : une protection conventionnelle homogène....112
1. Une mise à l'écart paradoxale du risque d'atteinte au droit à la vie....112

2. La perspective d'une protection complémentaire au titre de l'article 8 116
3. Un potentiel renforcement de protection par le prisme du groupe vulnérable....118
B. La rétroaction sur le droit de l'Union européenne des étrangers....121
1. Un droit à la protection subsidiaire strictement délimité....121
2. Une prise en compte de l'état de santé des demandeurs d'asile en droit de l'Union européenne....128

Chapitre 3 : Une protection fragile en droit interne....134

Section 1. Le statut légal et jurisprudentiel de l'étranger gravement malade....136
§1. Une protection prétorienne précurseuse et autonome du statut légal....136
A. Le juge administratif, premier garant du statut juridique de l'étranger malade....136
1. 1990 : une protection prétorienne préfigurant la protection légale....137
2. 2010 : Une consolidation prétorienne par la prise en compte de l'accessibilité des soins dans le pays de renvoi....138
B. Le juge administratif, garant d'une protection par médiation autonome par le biais de la liberté personnelle....142
1. Le rattachement prétorien de la protection contre l'éloignement à la « *liberté personnelle* »....142
2. L'effectivité de la protection prétorienne par le biais de la liberté personnelle....145
§2. La reconnaissance légale de l'étranger gravement malade : de la protection quasi absolue contre l'éloignement au séjour de plein droit....146

Section 2. L'absence de statut constitutionnel de l'étranger gravement malade....151
§1. L'absence de protection constitutionnelle spécifique de l'étranger gravement malade....151
A. La neutralisation de l'OVC de protection de la santé par sa mise en balance avec la protection de l'ordre public....152
1. La déconstitutionnalisation du droit à la santé de l'étranger....152
a) La conciliation de la maîtrise des flux migratoires avec l'objectif de protection de la santé individuelle....152
b) Un objectif constitutionnel jugé inopérant devant le juge administratif....154
2. La restriction du droit au séjour de l'étranger par la mobilisation de l'OVC de protection de la santé publique....155
B. La déconstitutionnalisation du statut de l'étranger gravement malade par la survalorisation de l'objectif constitutionnel de maîtrise des flux migratoires 157
§2. Les conséquences de l'absence de protection constitutionnelle de l'étranger gravement malade....160
A. Un statut juridique relevant essentiellement de la compétence du législateur....160

1. La compétence du législateur pour créer ou modifier le statut juridique de l'étranger gravement malade....160
2. Les sources constitutionnelles pouvant faire obstacle à la régression du statut légal de l'étranger malade....164
B. Les conséquences du pouvoir général d'appréciation substantiel du législateur pour le statut de l'étranger gravement malade....170
1. Une potentielle atteinte au principe d'égalité dans l'accès à la carte de séjour pluriannuelle....170
2. Une différence de statut en fonction de la menace à l'ordre public....172

Titre 2. Les réajustements successifs de la catégorisation légale....180

Chapitre 1 : La genèse d'une catégorisation législative....182

Section 1. Le bouleversement des prérogatives régaliennes par l'émergence de la maladie de l'étranger....183
§1. L'appréhension initiale de la maladie de l'étranger : entre contrôle sanitaire limité et possibilité d'expulsion....184
A. D'un contrôle sanitaire prophylactique à une prise en considération individuelle de l'état de santé....184
1. L'état de santé de l'étranger appréhendé comme contrôle sanitaire préalable au séjour....184
a) L'état de santé de l'étranger appréhendé comme motif de refus de séjour pour raison de santé publique....185
b) L'état de santé de l'étranger appréhendé comme motif limité de séjour....186
2. Du contrôle sanitaire collectif pour la protection de la santé publique au contrôle sanitaire individuel favorable à l'étranger....187
B. La première instruction spécifique : la possibilité d'expulser les étrangers atteints du sida....190
§2. L'appréhension divergente de l'état de santé de l'étranger : entre tensions gouvernementales et approche libérale....192
A. L'émergence de la protection contre l'éloignement : une motivation « humanitaire » de façade....193
1. Un embryon de protection motivée par le risque pénal et politique....193
2. Une protection « *catastrophique* » pour la maîtrise de l'immigration irrégulière : les craintes de la subordination de la police des étrangers au pouvoir médical....196
B. Échecs d'un encadrement législatif....199
1. Une majorité parlementaire socialiste réticente à l'encadrement du discrétionnaire....200
2. Des arbitrages gouvernementaux favorisant la marge d'appréciation préfectorale au détriment de la sécurisation du séjour des étrangers malades....202
a) 1993-1994 : échec d'un projet de protection exceptionnelle....202
b) Nouvelle tentative de circulaire sous le Gouvernement Juppé....210

Section 2. 1997-1998 : l'adoption d'un statut légal....215
§1. 1997-1998 : l'inscription « *dans le marbre* » du statut légal de l'étranger gravement malade....215
A. Un contexte politique chargé....216
1. Une consécration textuelle en deux actes....216
2. L'édiction d'une circulaire pour remédier à l'existence de « ni-ni »....220
B. Une adoption regrettée....221
§2. Un statut légal synonyme de changement de paradigme....222
A. L'objectivation de l'état de santé de l'étranger....222
B. Du pouvoir discrétionnaire des préfectures à « *la prestation de service* » 224

Chapitre 2 : Une catégorie réajustée au gré de la politique migratoire....228

Section 1. Un réajustement pour policiariser les acteurs médicaux....230
§1. Une lutte d'influence dans l'appréciation des conditions médicales pour biolégitimer l'étranger....230
A. Une reprise en main par voie de circulaires....231
1. 1998-2002 : une première période interprétation favorable....231
2. Premières tentatives du ministère de l'Intérieur de reprise en main....233
3. Tentatives de résistance du ministère de la Santé par des instructions spécifiques au VIH/sida....235
B. 2011 : La principale modification légale substantielle : de l'accessibilité à la disponibilité du traitement approprié....238
1. 2011-2016 : de l'accessibilité à la simple disponibilité du traitement approprié....238
a) Une réaction aux jurisprudences *Jabnoun* et *Bialy* perçues comme trop favorables....239
i. Les arrêts *Jabnoun* et *Bialy* ou le retour à l'esprit du législateur...239
ii. L'accès au traitement approprié, une condition clivante....242
b) Une réforme à l'impact limité....245
i. Des effets partiellement neutralisés par le ministère de la Santé. 245
ii. Une application et un impact limités....247
2. Loi du 7 mars 2016 : de la simple existence du traitement approprié à l'appréciation de sa disponibilité....250
a) Un retour difficile et illusoire à l'état du droit antérieur....250
b) Des interrogations pratiques quant à la portée des nouvelles conditions médicales....252
i. Une volonté d'empêcher tout retour à *Jabnoun* et *Bialy*....252
ii. L'adoption d'une nouvelle grille d'évaluation....255
§2. L'impact déterminant de l'évolution de la procédure d'évaluation médicale 258
A. L'évolution des acteurs médicaux impliqués dans le dépôt de la demande 259
1. Le frein du médecin agréé....259
2. La reprise en main progressive de la chaîne médicale par le ministère de l'Intérieur : vers le « tout-OFII »....261

B. L'évolution des acteurs chargés de l'évaluation des conditions médicales : de la gestion dans l'urgence à la maîtrise des flux migratoires....265
1. L'évaluation médicale jusqu'à 2016 : une prédominance fragile de la protection de la santé (individuelle et publique)....265
a) 2003-2009 : prémices d'une fragilisation par des tentatives de contournement et de contrôle des MISP....266
b) 2009-2016 : l'affaiblissement du ministère de la Santé par la création des ARS....270
2. Le transfert de l'évaluation médicale aux médecins de l'OFII : une maîtrise restrictive de la reconnaissance du statut d'étranger gravement malade....273
a) Le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII : entre rationalisation de l'action administrative et reprise en main du ministère de l'Intérieur 274
b) L'évaluation médicale par l'OFII et son impact déterminant sur la reconnaissance du statut d'étranger gravement malade....277
i. Un changement de paradigme : une marginalisation du ministère de la Santé dans la procédure....277
ii. Des statistiques tendant à confirmer la *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade....280

Section 2. Une catégorie réajustée pour être faiblement protégée....284
§1. Des garanties illusoires....284
A. Un encadrement relatif du pouvoir discrétionnaire des préfets....285
B. Une stabilité du séjour aléatoire....288
1. La précarité des autorisations provisoires de séjour....288
2. La délivrance différenciée de la carte de séjour pluriannuelle....290
§2. Des limitations à l'effectivité du statut juridique....292
A. La relativisation de la protection quasi absolue contre l'éloignement....293
1. Une évaluation médicale différenciée selon le pays de renvoi....293
2. L'appréhension du malade en rétention par le prisme de la manœuvre dilatoire....294
a) Une consultation du médecin dénuée d'effet suspensif....294
b) Une différence de traitement des malades par l'allongement de la durée de rétention....296
B. La précarisation du caractère de « plein droit » du séjour....300
1. Un affaiblissement du fait des restrictions au dépôt de la demande de titre de séjour....300
2. Un affaiblissement en raison de freins pour la remise du titre de séjour 303
a) La remise tardive d'un récépissé à l'étranger demandeur....303
b) Le frein financier lors de la remise du titre : le paiement des taxes 305

Partie 2 : La mise en œuvre neutralisante du statut juridique protecteur....313

Titre 1. Un accès entravé au statut d'étranger gravement malade....316

Chapitre 1 : L'enrôlement du corps médical au service de la police des étrangers....319

Section 1. Une *policiarisation* affirmée....320
§1. Un office médical tiraillé entre des logiques opposées....320
A. Une mission éminemment subjective et imprécise....320
1. Les difficultés liées à la vérification des conditions médicales....320
2. L'impossible neutralité....324
B. Un rôle exposé à l'instrumentalisation....328
1. Un rôle de garant procédural....328
2. Un garant contournable....331
§2. Le corps médical, cible des réformes tendant vers une *policiarisation* « accrue »....332
A. Des critiques orientées....333
1. Les principales critiques et réformes suggérées par les services d'inspection à l'égard du corps médical....333
2. La création d'un contexte propice au transfert de l'évaluation médicale à l'OFII....336
B. La *policiarisation* accrue du corps médical par son rattachement au ministère de l'Intérieur....340

Section 2. Une *policiarisation* diffuse....344
§1. La policiarisation par l'implication de médecins d'ambassade....344
§2. La policiarisation par la procédure d'évaluation médicale des demandes de protection contre l'éloignement....348

Chapitre 2 : La lutte médicalisée contre la fraude....355

Section 1. Une participation croissante du corps médical....356
§1. Le développement d'une politique de lutte contre la fraude....356
A. La politisation de la fraude....356
1. Un phénomène protéiforme....356
2. Le développement d'une « doctrine-maison » antifraude....360
B. L'exploitation politique d'un phénomène statistiquement mineur....363
§2. La mise en place progressive de mécanismes médicaux de lutte contre la fraude....365
A. Une mission incombant théoriquement à la police et au Parquet....366
B. L'implication des médecins dans la lutte contre la fraude....368
1. La contribution des médecins hospitaliers à la lutte contre la fraude au droit au séjour pour soins....368
2. La lutte contre la fraude par les médecins chargés de l'évaluation médicale : de la passivité à la proactivité....373
a) Une lutte contre la fraude supposément « passive » par les médecins ARS....373
b) Une attitude proactive de la part des médecins de l'OFII....375

Section 2. Les conséquences juridiques et politiques de la lutte contre la fraude. 378
§1. Les répercussions pour le corps médical....378
A. Des pratiques éthiquement et juridiquement discutables....379

1. La déontologie malmenée par la multiplicité des modes de détection des fraudes....379
2. La déontologie médicale comme frein à la *policiarisation* : l'exemple du signalement des fraudes....383
B. Le marqueur d'un changement de paradigme....385
1. La démonstration de la non-indépendance des médecins de l'OFII....385
2. La fin de la résistance du corps médical ?....389
§2. Une fragilisation symptomatique de la condition de l'étranger....391
A. Les répercussions sur l'accès au statut d'étranger gravement malade....392
1. Un effet dissuasif et un risque d'assimilation....392
a) L'effet dissuasif des convocations médicales sur le dépôt des demandes....392
b) Un risque d'assimilation de toute demande à une tentative de fraude....393
2. La remise en cause de garanties procédurales....394
a) L'allongement des délais d'instruction des demandes....395
b) Un abaissement progressif du droit au secret médical de l'étranger....396
B. Une évolution s'inscrivant dans la logique générale de suspicion des étrangers....398

Chapitre 3 : La *médicalisation* de la police des étrangers....403

Section 1. Une *médicalisation* de la police des étrangers venant concurrencer le ministère de la Santé....405
§1. La *médicalisation* de la police des étrangers par les réformes structurelles du ministère de l'Intérieur....405
A. L'émergence d'une structure unique de contrôle des étrangers....405
1. L'absorption par le ministère de l'Intérieur des prérogatives d'autres ministères....406
2. La DGEF : une « super-structure » de contrôle de l'immigration....410
B. Le développement d'une doctrine médicale....412
1. Le poste de conseiller-santé de la DGEF....412
a) Un poste de conseiller-santé s'inscrivant dans une évolution institutionnelle et personnelle....412
i. Une évolution institutionnelle symptomatique de la perte d'influence du ministère de la Santé....412
ii. Le recrutement d'un médecin au « profil-maison »....414
b) Le développement d'une expertise médicale « maison »....417
i. Le conseil médical aux préfectures....417
ii. Une expertise médicale au service de la DGEF....422
2. Des pressions préfectorales pour influer l'évaluation médicale des médecins ARS....425
§2. La *médicalisation* de la police des étrangers par les préfectures : la contradiction des avis médicaux rendus par les médecins des ARS....427
A. La *médicalisation* de la police des étrangers par les règles d'instruction des demandes de titre de séjour pour soins....427

1. Par la communication de pièces médicales aux préfectures.....427
2. Les contre-enquêtes médicales des préfectures : la *médicalisation* par le « *jeu avec les règles* » 430
a) L'absence de compétence liée : la revendication de compétences médicales par les préfets.....430
b) Une compétence médicale des préfets favorisée par la loi du 16 juin 2011.....432
B. La contradiction des avis médicaux favorables au séjour des médecins ARS par les préfectures : une pratique généralisée.....434
1. Le développement progressif d'une science médicale par les préfectures 435
a) La technique juridique du refus de séjour malgré l'avis favorable du médecin ARS.....435
i. La motivation variable des arrêtés préfectoraux.....435
ii. La preuve de l'accès aux soins, révélatrice de la doctrine médicale du ministère de l'Intérieur.....437
b) Une pratique en expansion à l'échelle nationale.....439
2. La physionomie des étrangers concernés par la médicalisation des préfectures.....442
a) Un certain profil type à l'échelle nationale.....442
b) Des pratiques plus ciblées à l'échelle locale.....444
i. L'importance du contexte migratoire local.....445
ii. La relation préfecture-ARS.....447

Section 2. Les effets de la *médicalisation* de la police des étrangers.....451
§1. La production d'un discours tendant vers une *normalisation* du statut juridique de l'étranger gravement malade.....451
A. La normalisation par la « démédicalisation » du droit au séjour pour soins 451
1. Une évaluation démédicalisée standardisant le profil de l'étranger gravement malade.....452
2. Une remise en cause par le volume de titres de séjour refusés.....454
B. La *normalisation* par la relativisation du droit au secret médical.....457
§2. Les contre-enquêtes : une politique publique par le bas pour réduire le flux de titres de séjour pour soins.....459
A. La disqualification des ARS au profit du ministère de l'Intérieur.....459
B. La mise en exergue du rôle des « *fonctionnaires-gouvernants* » dans ce changement de paradigme.....461
Titre 2. L'insuffisance des contrepoids juridictionnels.....467

Chapitre 1 : Les incertitudes d'une jurisprudence fluctuante.....472

Section 1. L'incertitude des contours de l'état de santé de l'étranger gravement malade.....475
§1. La cohérence relative de la jurisprudence du Conseil d'État.....475
A. Une harmonisation en demi-teinte de la « nécessité d'une prise en charge médicale ».....475

B. Un contrôle souple des conséquences d'une exceptionnelle gravité.....478
§2. Une appréciation imprévisible par les tribunaux administratifs et cours administratives d'appel.....482
A. L'harmonisation difficile de l'interprétation de la « nécessité d'une prise en charge médicale ».....483
1. Aperçu des disparités interprétatives.....484
2. Des critères jurisprudentiels difficiles à dégager.....485
a) La possibilité d'une prise en charge médicale passive ?.....485
b) L'indexation de la prise en charge médicale à une certaine temporalité ?.....488
B. L'inconstance des « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* ».....489
1. Des divergences d'interprétation considérables.....490
2. Une esquisse difficile des conséquences d'une exceptionnelle gravité.493
a) Les conséquences d'une exceptionnelle gravité résultant du défaut de traitements psychiatriques : la nécessité de certificats médicaux détaillés.....494
i. Des « *conséquences d'une exceptionnelle gravité* » non établies par manque d'éléments circonstanciés.....494
ii. Le risque d'auto-agression : une possible conséquence d'une exceptionnelle gravité.....497
b) Les risques de complications des hépatites résultant du défaut de traitement.....499

Section 2. Le contrôle incertain de l'accès au traitement approprié dans le pays d'origine.....502
§1. Une interprétation extensive de la notion de traitement approprié.....502
A. Le bénéfice d'un traitement non identique.....503
B. La prise en compte des conséquences médicales du changement de traitement.....506
1. Une sous-condition facultative du statut de l'étranger gravement malade 506
2. Une démonstration difficile.....508
§2. Le contrôle imprévisible de l'accès au traitement approprié.....511
A. Le paradoxe du contrôle du bénéfice effectif du traitement approprié.....512
1. Une jurisprudence prometteuse en termes de garanties.....512
2. Une jurisprudence ineffective dans son application juridictionnelle....514
B. La disparité du contrôle juridictionnel.....517
1. Un contrôle juridictionnel variable.....517
a) La variabilité du contrôle de l'accès aux soins.....517
b) Une application irrégulière des dispositions relatives à l'accès aux soins.....519
2. La variabilité de la recevabilité des arguments invoqués.....521
a) Le juge administratif, interprète stricte des conditions démontrant le défaut d'accès aux soins.....521
i. L'appréciation stricte des éléments relatifs à l'accès aux soins *in concreto*.....522

ii. L'appréciation stricte des éléments relatifs à l'accès aux soins *in abstracto*....524
b) L'interprétation souple de l'accès au traitement approprié : l'illustration du rôle politique du juge administratif....527
i. Une interprétation souple du non-accès aux soins favorable à l'étranger....527
ii. Une interprétation souple de l'accès aux soins favorable aux préfectures....530

Chapitre 2 : La légitimation des pratiques administratives....534

Section 1. Par le déséquilibre de la charge de la preuve....538
§1. Une administration de la preuve de l'état de santé de l'étranger reposant sur l'inégalité des armes....539
A. L'administration incomplète des preuves médicales....539
B. La *normalisation* passive par le non-recours du juge aux mesures d'instruction....544
1. La possibilité jurisprudentielle de prononcer des mesures d'expertise 544
2. La rareté du prononcé de mesures d'expertise pour les étrangers....547
a) Une interprétation stricte du caractère sérieux des allégations de l'étranger....547
b) Un contrôle inéquitable de l'état de santé de l'étranger....552
§2. Une dialectique probatoire tendanciellement favorable à la maîtrise des flux migratoires....555
A. Un régime probatoire à deux vitesses....555
1. Une hiérarchisation des modes de preuve en fonction de leur producteur 556
2. Une hiérarchisation de la valeur probatoire des avis médicaux....561
a) La valeur juridique de l'avis médical....562
b) Une différence de valeur probatoire selon le sens de l'avis....563
i. La force probante de l'avis médical favorable au séjour de l'étranger 564
ii. La force probante de l'avis médical défavorable au séjour de l'étranger....567
B. La quasi-neutralisation du droit au secret médical dans la phase contentieuse....570
1. Un problème juridique caractéristique du rôle politique du juge administratif....571
2. Un droit illusoire au secret médical....573

Section 2. Par la validation juridictionnelle de pratiques *normalisatrices*....577
§1. Le contentieux des contre-enquêtes médicales : l'incarnation du rôle normalisateur du juge administratif....578
A. La légitimation de la doctrine administrative visant à *policiariser* la procédure....578

B. La démédicalisation de l'évaluation médicale, paradigmatique de la structuration du droit des étrangers....581
§2. Le juge administratif, frein relatif à l'approche policière du statut juridique de l'étranger gravement malade....585
A. Une relégitimation des nouveaux avis médicaux favorables à l'étranger. 586
B. Un frein relatif au processus de normalisation....589

Conclusion générale....595

Annexes....599
Table des principales jurisprudences....610
Bibliographie....614
Index....654
Table des matières....657

L'accès au statut juridique d'étranger gravement malade

Résumé
Avec la crise sanitaire suscitée par le VIH/sida, la maladie de l'étranger est devenue un motif d'octroi d'un statut. Depuis 1998, la loi prévoit que l'étranger nécessitant une prise en charge médicale, dont le défaut entraînerait des conséquences d'une exceptionnelle gravité, et qui ne peut avoir accès aux soins dans son pays d'origine, peut se voir délivrer un titre de séjour pour soins. La maladie constitue désormais un motif de légitimation de ce dernier : l'étranger peut être biolégitimé. Cette reconnaissance a suscité de vives réticences au sein des autorités normatives, en ce qu'elle implique de concilier (limiter) l'objectif de maîtrise des flux migratoires avec celui de protection de la santé individuelle. L'étude des normes juridiques relatives à la biolégitimation de l'étranger vise ainsi à analyser l'équilibre mis en place entre ces objectifs, pour *in fine,* questionner l'effectivité de ce statut.
Le cadre juridique relatif à l'étranger gravement malade, tel que résultant du droit international, européen, et national laisse une marge de manœuvre importante au législateur pour déterminer le processus de catégorisation de l'étranger en raison de son état de santé. En vingt ans d'existence, ce dernier a été normalisé pour permettre aux pouvoirs publics de faire prédominer la maîtrise des flux migratoires sur la protection de la santé. L'étude de l'application de ce cadre juridique par les acteurs de la procédure (médecins, préfectures, juges administratifs) met en exergue la concrétisation de cette normalisation, permettant à l'État de réajuster pour maîtriser le processus de biolégitimation de l'étranger.

Mots-clés : étranger malade ; biolégitimité ; maîtrise des flux migratoires ; policiarisation ; protection de la santé ; contrôle juridictionnel.

The seriously ill migrant access to a status

Abstract
Since 1997-1998, in the context of AIDS/HIV crisis, a protection against deportation and a right to stay are granted to migrants suffering from serious diseases that cannot be treated in their home country. The migrant's disease is now constitutive of legitimacy: migrant can be biolegitimate. This new recognition led to fears from public authority to not been able of controling immigration anymore. Indeed, migrant's biolegitimacy implies to conciliate control of immigration with health protection. Thus, the study of legal standards related to serioulsy ill migrant statuses aim to examine the balance between those objectives, in order to analyze wether if this status is effective.
International, european and national law provide sufficient flexibility to legislator for adopting legal framework which foster immigration control more than health protection. Since twenty years, successive immigration reforms significantly normalized the categorization process of seriously ill migrant, in order to control restrictively the flow of resident permit for medical reasons. The study of the legal framework's application by procedural actors (doctors, administration, administrative judges) emphasize this normalization's concretization, enabling State to reajust biolegitimacy process in order to control it.

Key-words : seriously ill migrant ; biolegitimity ; control of immigration ; policiarization ; health protection ; jurisdictional control.