

Le droit au séjour pour soins en Belgique et en France : Des restrictions certaines, un avenir incertain

Droits des étrangers

Nicolas Klausser



Édition électronique

URL : <https://journals.openedition.org/revdh/1751>

DOI : [10.4000/revdh.1751](https://doi.org/10.4000/revdh.1751)

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas 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 24 janvier 2022. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/1751> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.1751>

Ce document a été généré automatiquement le 24 janvier 2022.

Tous droits réservés

Le droit au séjour pour soins en Belgique et en France : Des restrictions certaines, un avenir incertain

Droits des étrangers

Nicolas Klausser

- 1 Le 1er octobre 2015 a été publié le « Livre blanc sur l'autorisation de séjour pour raisons médicales (article 9 ter) ». Ce recueil, rédigé par la Commission étranger de la Ligue des droits de l'Homme en Belgique, expose les dysfonctionnements observés par des médecins, avocats, juristes et assistants sociaux dans l'application du droit au séjour pour soins par les autorités belges.
- 2 L'article 9 ter de la loi du 15 décembre 1980 sur le séjour des étrangers² est l'équivalent en droit français de l'article L. 313-11 11° du Code de l'entrée et séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après, CESEDA), permettant aux personnes gravement malades qui n'ont pas accès aux soins dans leur pays d'origine de demander un droit au séjour. En plus d'une reconnaissance du corps travaillant et persécuté, ces pays reconnaissent une migration du « corps souffrant » : la santé devient également un refuge du droit pour les étrangers³. Ces deux dispositifs sont exceptionnels, car ils n'ont pas d'équivalent dans les autres pays membres du Conseil de l'Europe. S'il existe des dispositions pour les malades étrangers dans d'autres pays, comme le statut d'étrangers « tolérés » pour raisons sanitaires en Allemagne, ou « le permis B humanitaire »⁴ en Suisse, ces cadres juridiques ne sont pas aussi détaillés et ne concernent pas le même volume de personnes que les dispositifs belges et français.
- 3 Créé en 2006, le droit au séjour pour soins belge ne semble pas s'être inspiré de son aîné français, consacré en 1998 (la protection légale contre l'éloignement des malades étrangers date de 1997). Si les deux dispositifs, aussi bien au niveau du cadre légal que de sa mise en pratique, ont des points communs, particulièrement au cours de la phase administrative, d'autres se distinguent clairement. C'est notamment le cas des critères

retenus pour l'évaluation médicale, plus restrictif dans un pays que dans l'autre. D'autres distinctions peuvent paraître plus anodines, elles n'en sont pas moins dénuées d'effets conséquents sur la procédure, comme par exemple l'autorité de rattachement des personnes chargées d'effectuer l'évaluation médicale des demandes.

- 4 La comparaison de ces deux dispositifs présente deux intérêts principaux. D'une part, comment est-ce que deux Etats font usage de leur marge nationale d'appréciation pour garantir une protection plus importante que celles prévues par le droit européen des droits de l'homme à une catégorie juridique spécifique ? Les évolutions pratiques et juridiques observées seraient-elles le fait d'une modulation de leur marge nationale d'appréciation en fonction des décisions rendues par les instances européennes ?
- 5 D'autre part, cette comparaison présente également un intérêt pratique pour les responsables politiques et les associations belges et françaises impliquées dans la procédure : comment se nourrir des dysfonctionnements de l'un pour prévenir les dérives de l'autre ?
- 6 Pour analyser ces deux dispositifs il s'agira d'abord d'exposer les cadres juridiques et les pratiques administratives des procédures dans ces deux pays, à l'aune des logiques opposées qui les motivent : un droit au séjour exceptionnel en Belgique, et de plein droit « théorique » en France (1°). Il conviendra ensuite d'analyser la phase médicale de la procédure qui, peut-être plus en France qu'en Belgique, se révèle comme étant la phase-clé en termes de garantie de l'effectivité de protection des malades étrangers (2°).

1°/- Un droit au séjour pour soins « exceptionnel » en Belgique, théoriquement « de plein droit » en France

- 7 L'analyse de cette voie commune de régularisation démontre les objectifs poursuivis et les garanties divergentes établies par les législateurs belge et français, particulièrement au regard de l'organisation institutionnelle de la procédure (A). Si ces droits au séjour répondent à des conceptions initiales différentes, leurs mises en pratique convergent davantage (B).

A – L'organisation institutionnelle de la procédure, révélatrice et déterminante des objectifs poursuivis

- 8 Avant 2006, l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 prévoyait que les personnes pouvant justifier de « *circonstances exceptionnelles* » pouvaient introduire une demande de séjour en Belgique, ce qui recouvrait le cas des malades étrangers. Jusqu'à la création du droit au séjour pour soins, la France permettait également à certains malades étrangers de disposer d'un droit au séjour en raison de leur état de santé « *au cas par cas* »⁵.
- 9 Le droit au séjour pour raisons médicales français n'a jamais été envisagé comme une forme de demandes de protection subsidiaire, bien que ces deux dispositifs (le droit au séjour pour soins et l'asile territorial, à l'époque) aient été créés par la même loi⁶. La protection juridique des malades étrangers a été instaurée par la loi du 24 avril 1997⁷, qui prévoit que ceux qui sont sans garantie de soins dans leur pays d'origine ne peuvent plus être expulsés. Pour autant, qui dit protection contre l'expulsion ne dit pas

régularité du séjour : ils demeuraient sans-papiers (catégorie appelée les « ni – ni », qu'on appelle aux Etats-Unis les « *twilight statuses* »⁸, équivalent de « statuts fantômes »).

- 10 C'est pourquoi, sur proposition de la commission Weil, la loi du 11 mai 1998 a été adoptée en prévoyant qu'un étranger gravement malade obtienne une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale » (CST-VPF). Surtout, ce droit au séjour est dit « de plein droit ». C'est là toute la force, du moins théorique, de cette voie de régularisation : dès lors que l'avis rendu par le médecin de l'agence régionale de santé (MARS) est favorable au séjour de la personne, et que cette dernière remplit les conditions de résidence habituelle et d'absence de menace à l'ordre public, une carte de séjour temporaire d'une année doit lui est délivrée par la préfecture.
- 11 Afin que ce « plein droit » soit mis en œuvre, le législateur a prévu un équilibre dans la répartition des compétences entre les ministères de l'Intérieur et de la Santé : au premier, l'examen des conditions administratives, au second l'évaluation médicale. Cette répartition a été faite afin que la mission de contrôle migratoire des préfectures n'interfère pas avec celle de protection de la santé publique des agences régionales de santé, cette voie de régularisation constituant, en France, un déterminant juridique d'accès aux soins.
- 12 Lors des débats parlementaires belges relatifs à la loi de 2006⁹, l'antenne de Médecins sans Frontières, habituellement peu interventionniste sur la scène politique, proposait que les malades étrangers n'ayant pas accès aux soins que leur état de santé requiert entrent dans le dispositif de la protection subsidiaire. Cela aurait eu des répercussions sur les droits des demandeurs ou titulaires d'une autorisation de séjour pour raisons médicales en termes de droits de recours, droits sociaux etc. Cette proposition n'a cependant pas convaincu le Parlement et le Conseil d'Etat, notamment du fait que « la procédure auprès des instances d'asile n'est pas adaptée pour être appliquée à des cas médicaux urgents »¹⁰. Il était toutefois possible de créer des postes de médecins au sein des instances d'asile chargées d'évaluer si des malades étrangers entraient dans les conditions de la loi¹¹. Si la jurisprudence de la Cour constitutionnelle n'était pas claire à ce sujet, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est venue clarifier les choses : elle a exclu, dans l'affaire Abdida¹², les malades étrangers du dispositif de la protection subsidiaire¹³ telle que définie par la directive 2004/83¹⁴.
- 13 Un dispositif propre aux malades étrangers a donc également été créé, l'article 9^{ter} de la loi du 15 décembre 1980, qui 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 ».
- 14 En pratique, la demande est faite auprès de l'Office des étrangers (ci-après, l'OE), en charge des questions migratoires pour l'ensemble du territoire. Cet institut est placé sous la tutelle du Service Public Fédéral Intérieur, équivalent français du ministère de l'Intérieur. Ce sont les agents et médecins de l'OE qui sont en charge de l'instruction des demandes. Il n'y a donc pas de partage de compétences avec le Service Public Fédéral Santé Publique : l'ensemble de la procédure est placé sous le contrôle de l'OE. Ce particularisme belge s'explique par la volonté du législateur de rendre la régularisation pour soins « exceptionnelle », sans garantie d'octroi « de plein droit », contrairement à

la France. D'où l'intérêt d'un contrôle de la procédure par une seule autorité centralisée à Bruxelles, et non pas d'un système décentralisé à la française, vecteur de disparités territoriales¹⁵.

- 15 La France prend actuellement la même voie, avec le transfert de l'évaluation médicale à l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII, sous la tutelle du Ministère de l'intérieur), prévu par l'actuel projet de loi sur le droit des étrangers¹⁶. Les associations membres de l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE) ont fait savoir leurs inquiétudes à l'idée d'un tel transfert de toute la procédure au ministère de l'Intérieur. Déjà en 2006, lors des débats parlementaires relatifs à l'article 9ter, l'antenne belge de Médecins du Monde évoquait « à quel point il est illusoire qu'un médecin-fonctionnaire, faisant partie intégrante d'une administration qui a pour mission d'assister le ministre dans la gestion de la politique des étrangers, fut-il doté de la meilleure volonté qui soit, apprécie ces aspects médicaux avec toute l'indépendance voulue »¹⁷. Ces dispositifs posent d'évidentes questions relatives à la déontologie médicale¹⁸, l'indépendance des médecins étant remise en question.
- 16 Si la conception théorique et le cadre procédural diffèrent, du moins pour le moment, il n'en est pas de même des pratiques tendant à restreindre l'accès à ce droit au séjour.

B – Des conceptions théoriques différentes, mais des pratiques administratives restrictives convergentes

- 17 Contrairement à la France, le législateur belge a insisté sur le caractère exceptionnel de la régularisation pour soins, et la réserver aux situations médicales graves en introduisant en 2012 un « filtre médical » au stade de la recevabilité des demandes, introduction faisant suite à une augmentation du nombre de bénéficiaires du dispositif.
- 18 Lors de cette phase de recevabilité, les médecins de l'OE doivent, sur la base des éléments médicaux fournis par le demandeur (documents qui ne doivent, pas contrairement à la France, être élaborés par un médecin agréé ou un praticien hospitalier), donner un avis *prima facie* de la gravité de la maladie¹⁹. A ce stade, les possibilités de soins dans le pays d'origine ne sont pas prises en considération : un étranger souffrant d'une maladie qui n'est pas jugée grave par le médecin pourra donc se faire évincer de la procédure, quand bien même les soins nécessaires à son état ne sont pas disponibles dans son pays d'origine.
- 19 Ce filtre restreint les possibilités de régularisation pour soins, au point qu'il « faut être à l'agonie pour bénéficier du 9ter »²⁰. Beaucoup de demandes sont rejetées au stade de la recevabilité, comme l'illustrent les données de 2012²¹ : après son instauration, « 7 % des demandes auraient été déclarées recevables, 48 % auraient été déclarées irrecevables pour diverses raisons techniques (identité, certificat médical incorrectement complété...) et 45 % auraient été déclarées irrecevables sur base du filtre médical »²². Ce phénomène est d'autant plus problématique que pour beaucoup de demandes refusées, il ressort finalement du dossier médical que la personne est gravement malade. Ce filtre a eu un impact direct sur le flux de cartes de séjour pour soins délivrées : avant son existence, en 2011, 9509 personnes ont eu un titre de séjour sur la base des articles 9bis (régularisation humanitaire) et 9ter, et 30 417 ont vu leurs demandes refusées. Puis ce nombre est passé de 4412 pour 39 684 refus en 2012, à 1548 pour 18 003 en 2014²³.

- 20 Le dispositif français ne comporte pas un tel filtre. Néanmoins, certaines préfectures exigent – en contradiction avec l’instruction interministérielle du 10 mars 2014²⁴ et de la jurisprudence²⁵ – la présentation d’un certificat médical non-descriptif (également appelé « non-circonstancié »), attestant simplement que l’étranger remplit les conditions médicales prévues par l’article L. 313-11 11° du CESEDA. L’objectif poursuivi par cette exigence est que les préfectures s’assurent préalablement à l’instruction que la personne est éligible au dispositif. Mais un tel document, tout comme les ordonnances médicales présentées par les étrangers pour prouver leur résidence habituelle en France, sont aussi de nature à fournir des indications sur l’état de santé à la préfecture (du fait de l’adresse médicale indiquée sur ces documents). Ils permettent ensuite à certaines d’entre elles (16 préfectures depuis 2012 – chiffre non exhaustif) de faire leur propre appréciation médicale, et de refuser la délivrance du titre de séjour, contrairement à l’avis rendu par le MARS²⁶. Le « plein droit » français se trouve donc remis en cause par la pratique. S’il ne revêt pas le même caractère « exceptionnel » que son homologue belge, on peut toutefois le qualifier de « secondaire », au regard du parcours migratoire de ses prétendants : en 2011, entre 50 % (préfecture de Toulon) et 90 % (préfecture de Metz)²⁷ des demandeurs de cartes de séjour pour soins étaient des personnes déboutées de l’asile.
- 21 La preuve de l’identité est également sujette à certaines entraves dans l’accès au droit. En Belgique, l’arrêté royal du 17 mai 2007²⁸ précise, en son article 7 § 1er, que le demandeur doit joindre une copie de son passeport national ou de sa carte d’identité. Il en est exempté s’il est demandeur d’asile ou s’il démontre l’impossibilité de se procurer un document d’identité en Belgique²⁹. L’OE interprète restrictivement la preuve de l’identité : elle considère par exemple que le malade « *ne prouve pas suffisamment son identité dès lors que son passeport est périmé ou apprécie de manière sévère les autres modes de preuve déposés par l’étranger pour démontrer son identité* »³⁰. La Cour constitutionnelle belge a d’ailleurs estimé que l’exigence pour les prétendants à un 9^{ter} de prouver leurs identités et nationalité au seul moyen d’une carte d’identité était trop stricte³¹.
- 22 En France, les malades étrangers font l’objet d’une dispense concernant la preuve de l’identité au seul moyen du passeport, dispense expressément prévue à l’article R. 313-2 du CESEDA. Cependant, plusieurs préfectures exigent la présentation d’un passeport en cours de validité pour l’enregistrement ou l’instruction d’une demande de cartes de séjour pour soins (c’est par exemple actuellement le cas de la préfecture du Val d’Oise). La jurisprudence administrative a rappelé à plusieurs reprises à l’ordre les préfectures concernées³². Une autre forme de restriction dans l’accès au séjour concerne les refus d’enregistrement pour défaut de résidence habituelle en France depuis plus d’un an, contrairement aux prescriptions de la loi et de la jurisprudence³³. Ces exigences préfectorales irrégulières, cumulées aux contre-enquêtes médicales évoquées précédemment, dénaturent grandement le caractère dit de « plein droit » du droit au séjour pour soins français.
- 23 L’analyse des cadres théoriques de ces voies de régularisation expose donc deux conceptions différentes (l’une tendant vers l’exceptionnalité, l’autre vers l’automaticité avec le plein droit), poursuivant des objectifs différents (limiter l’accès à ce type de séjour en Belgique, permettre l’accès à la santé en France). Si la pratique administrative belge correspond à l’esprit du législateur, tel n’est pas vraiment le cas en France au regard des détournements procéduraux évoqués ci-dessus. Reste maintenant à se

pencher sur l'examen au fond des demandes de droit au séjour pour soins, touchant à l'épineuse question de l'évaluation médicale et des personnes qui l'exercent .

2°/- La phase-clé de l'évaluation médicale : entre largesse d'interprétation, défiance et immixtion juridictionnelle

- 24 Le « curseur » de l'évaluation médicale, à savoir ce qui est pris en compte pour évaluer l'état de santé et la disponibilité des soins, n'est pas le même en France et en Belgique, et va plus loin que celui de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Cependant, la portée de ces « curseurs » se voit restreintes par le législateur et les différents acteurs en charge de la procédure (A). Il ressort également de la pratique de cette évaluation une défiance institutionnelle envers les pathologies psys, qui se retrouvent aussi bien chez les médecins-fonctionnaires que chez les juges. Ce qui pose la question de l'opportunité d'une telle évaluation par les juges eux-mêmes (B).

A – Les restrictions interprétatives de la disponibilité des soins dans le pays d'origine, du fait de la loi ou des médecins

- 25 Le Conseil d'Etat belge, par plusieurs arrêts rendus en assemblée générale³⁴, a clairement précisé la portée de l'article 9ter : elle est plus large que celle de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH). « *Il y a le cas de l'étranger qui n'encourt actuellement pas de risque réel pour sa vie ou son intégrité physique et peut donc en principe voyager, mais qui risque de subir un traitement inhumain et dégradant, s'il n'existe pas de traitement adéquat pour sa maladie ou son affection dans son pays d'origine ou dans le pays de sa résidence. Bien qu'un certain degré de gravité est également requis dans cette dernière hypothèse, elle est indépendante et elle va plus loin que le risque réel pour la vie ou pour l'intégrité physique déduit de l'article 3 de la CESDH et de la jurisprudence de la CEDH, lequel se limite en définitive aux affections présentant un risque vital vu l'état de santé critique ou le stade avancé de la maladie* »³⁵. Le Conseil d'Etat décide donc d'aller plus loin que la protection toute relative accordée aux malades étrangers au titre de l'article 3 de la CESDH³⁶.
- 26 Cependant, les médecins de l'OE font fi de la jurisprudence belge, et applique l'interprétation restrictive de la Cour strasbourgeoise³⁷, selon laquelle un étranger ne peut être éloigné vers son pays d'origine que si sa maladie est arrivée à « *un stade final, irréversible ou s'il risque un risque vital immédiat* ». Selon un médecin de la cellule 9ter de l'OE, les consignes internes étaient claires : « *un risque immédiat, c'était dans les trois mois (...). Il reste très peu de maladies avec un risque immédiat à trois mois !* »³⁸. La conséquence est édifiante : en 2013, parmi les demandes examinées au fond, seules 1,6 % auraient été acceptées, et 33,6 % auraient été rejetées³⁹. En 2014, 496 personnes auraient été autorisées au séjour sur la base de l'article 9ter, et 9242 se seraient vues opposer un refus⁴⁰. Et de janvier à juillet 2015, 151 personnes ont eu un droit au séjour pour soins, pour 4198 refus⁴¹.
- 27 Un autre élément explicatif à cette baisse, en plus de l'introduction du filtre médical, est le fait que les médecins de l'OE ne font pas référence à la notion d'accessibilité des soins dans le pays d'origine (en termes économiques, géographiques, quantitatifs...). Un

ancien médecin de l'OE témoignait récemment de cette pratique : « un cas révélateur pour moi est que parfois, si des rapports d'organisations non-gouvernementales mentionnaient qu'il n'y avait que 20 % de patients traités dans un tel pays, cela devenait pour nous une preuve qu'il y avait donc bien un traitement disponible dans le pays ! On ne prenait pas en compte les 80 % des personnes qui n'avaient pas accès aux soins... »⁴².

- 28 L'évaluation médicale française, quant à elle, ne fait pas référence à la notion de « traitement inhumain ou dégradant ». Les termes retenus sont que « l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve de l'absence d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire ». Cette dernière condition, « l'absence d'un traitement approprié », a été introduite par la loi Besson du 16 juin 2011⁴³, venue remplacer celle beaucoup plus protectrice mise en place par le législateur de 1998, « sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire ». Cette modification textuelle n'est pas anodine, car cela signifie que la seule existence d'un traitement approprié dans le pays d'origine, même théorique, même en quantité insuffisante par rapport à la prévalence, même à un coût excessif par rapport au niveau de vie ou au système d'assurance-maladie, même sans structure sanitaire adaptée, suffirait à considérer que l'intéressé ne peut prétendre à une carte de séjour pour raisons médicales et devrait retourner dans son pays pour recevoir des soins⁴⁴.
- 29 Des associations membres de l'ODSE ont pu constater quelques conséquences de cette réforme, notamment l'augmentation du nombre des refus de séjour suite à des avis défavorables rendus par les MARS. La Case de santé, association intervenant en région Midi-Pyrénées, a observé une nette augmentation de ces avis défavorables : de 5 pour les troubles psys en 2013, ils sont passés à 40 en 2014⁴⁵. Le même phénomène a été observé par l'ODSE concernant le VIH : de 10 avis défavorables des MARS enregistrés entre 2011 et 2013, ils sont passés à 23 entre 2014 et aujourd'hui⁴⁶.
- 30 Toujours est-il que l'évaluation médicale « à la française » est plus protectrice que celle du plat pays, et ne se cantonne pas à l'interprétation restrictive de la CEDH⁴⁷. Cette dernière a d'ailleurs récemment rejeté une requête⁴⁸ introduite par un arménien souffrant de troubles psys, pour lequel un MARS avait émis un avis défavorable à l'éloignement, car il ne pourrait avoir accès aux traitements nécessaires en Arménie. Mais le préfet de la Côte d'Or a estimé le contraire, en effectuant une contre-expertise médicale. Par cette décision, la CEDH a estimé, sur la base des preuves présentées par le gouvernement français, que « rien n'indique qu'il [le requérant] serait privé de ces traitements en cas de retour dans son pays d'origine », malgré l'avis contraire du MARS, et légitime par la même occasion les contre-enquêtes médicales effectuées par le ministère de l'Intérieur. Au-delà de ce dernier aspect, cette décision pose une question fondamentale, déjà partiellement évoquée⁴⁹, du contrôle juridictionnel exercé par le juge au regard de l'évaluation médicale, particulièrement dans le cas des maladies psys, largement représentées au sein des dispositifs belges et français.

B – Les pathologies psys et la parole médicale face à une défiance institutionnelle

- 31 L'OE et le ministère de l'Intérieur ont tous deux la même défiance à l'égard des maladies psys, première pathologie concernée par la délivrance de cartes de séjour pour soins (21 % du total des avis médicaux rendus en France en 2011⁵⁰). En atteste la

prise en compte, par les médecins de l'OE des problèmes psychologiques graves, tels que les traumatismes de guerre ou syndrome de stress post-traumatique (PTSD/PTSS).

- 32 Le livre blanc expose⁵¹ « que les médecins de l'OE ont pris pour habitude de se réfugier derrière la critiquable et critiquée « *thérapie de l'exposition* » sans procéder à un examen *in concreto et global de la demande* ». Cette thérapie consiste, vulgairement, à replonger la personne dans le contexte traumatique (c'est-à-dire à le renvoyer dans son pays d'origine) afin de provoquer un effet curatif. Cette théorie, sanctionnée par le Conseil du contentieux des étrangers⁵², ne prend pas en compte l'importance du lien thérapeutique liant le soignant au soigné. D'autres pratiques illustrent cette défiance, telles que cet autre arrêt du CCE⁵³, par lequel a été considéré que le certificat d'un psychologue ne suffit pas à lui seul pour introduire une demande de régularisation pour raisons médicales⁵⁴.
- 33 Cette défiance institutionnelle envers les domaines du psychiatrie et de la psychanalyse se retrouve également en France, au regard des contre-enquêtes médicales effectuées par les préfetures. Celles-ci concernent d'ailleurs principalement les pathologies psys (34 contre-enquêtes sur 76, entre 2012 et 2015 – chiffres non-exhaustifs). Elle « s'explique » par le fait que certaines préfetures verraient les pathologies psys comme une « niche » pour les malades étrangers pour obtenir un droit au séjour pour soins, pathologies qui plus est jugée par les profanes assez subjective dans son appréciation. Et comme en Belgique, certaines juridictions participent à ce mouvement, en interprétant restrictivement les dispositions de l'article L. 313-11 11°, et en confirmant les décisions préfectorales. En atteste cet arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon⁵⁵, relative à une contre-enquête suite à un avis favorable au séjour du MARS. Il a été considéré que le psychiatre du demandeur, en attestant que « *le changement de traitement de M. X pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité et qu'il avait fallu plusieurs mois pour établir un traitement adapté à sa pathologie* », ne précisait pas « *les effets négatifs que pourrait induire la prise d'une médication de substitution* », qui est disponible dans le pays d'origine. Il aurait fallu alors envisager tous les effets négatifs possibles dû à cette médication de substitution, molécules par molécules, tout en sachant que ces effets peuvent varier d'une personne à l'autre. Cette décision, qui n'est pas un cas isolé, pose ici la question des limites du contrôle juridique exercé par le juge sur l'évaluation médicale.
- 34 En cas de contestation d'un refus de séjour, le CCE ne peut faire intervenir un expert médical indépendant au cours de la procédure⁵⁶, ce qui l'amène à effectuer lui-même cette appréciation, tout comme le juge français. Ce dernier a la possibilité de nommer un expert, mais il est peu probable que cela se produise réellement notamment pour des raisons de coûts. Alors le juge est amené à exercer de lui-même cette évaluation, en mettant en balance les preuves avancées par la préfeture ou l'OE d'un côté, et par l'étranger de l'autre. On peut s'interroger sur l'effectivité du contrôle exercé par les juges, dès lors qu'ils ne disposent a priori pas de formation médicale : le recours à un expert indépendant (voir à une collégialité d'experts) permettrait de mettre fin à ce doute.
- 35 La France comporte toutefois une subtilité contentieuse que ne connaît pas la Belgique : celui de la remise en cause de la parole médicale, en cas d'avis favorable du MARS et de contre-enquête du préfet. Cette contre-enquête est trop souvent stéréotypée et imprécise, car le préfet n'a pas accès à l'intégralité du dossier médical (il fait la plupart du temps usage de documents généraux, tels que les « *fiches-pays* »)⁵⁷. Elle met le requérant face à deux possibilités : se contenter de l'avis du MARS, qui lui est favorable,

ou lever le secret médical et apporter les preuves de l'indisponibilité des soins dans le pays d'origine. Les deux comportent un risque : dans le premier cas, certaines juridictions voient d'un mauvais œil le fait pour un étranger de ne pas dévoiler sa pathologie. Par exemple, certaines estiment que « le droit du requérant à la protection de données médicales ne doit pas se transformer en une entrave pour la justice »⁵⁸, ou qu'un étranger malade « 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 »⁵⁹. Dans le second cas, il prend le risque que le juge conclue dans un sens contraire au MARS, et confirme le refus de séjour. Comme cela a été le cas dans l'arrêt précité, où la CEDH elle-même a effectué cette appréciation et conclue dans le sens du préfet, alors que le MARS a émis un avis allant dans le sens contraire. Ce particularisme français résulte du fait que le préfet n'est pas lié par l'avis rendu par le MARS, bien qu'aucun texte ne prévoie explicitement qu'il puisse opposer un refus pour raisons médicales en contradiction avec l'avis du MARS.

- 36 La Belgique n'a pas ce particularisme bien français, mais connaît également le phénomène des contre-évaluations médicales par le ministère de l'Intérieur : il arrive régulièrement que les médecins de l'OE, pour la plupart généralistes, remettent en cause voire contredisent les avis médicaux rendus par des médecins spécialistes en charge du traitement des demandeurs de 9ter, plutôt que de solliciter l'avis d'un autre spécialiste comme la procédure le lui permet. Selon le livre blanc⁶⁰, « le diagnostic et les données médicales objectives transmises par le médecin traitant ne devraient pas pouvoir être mis en doute « aussi facilement » par le médecin de l'OE sans donner des arguments médicaux suffisamment étayés et basés sur une contre-expertise indépendante ». A l'instar de certaines préfectures, des médecins de l'OE contredisent donc l'évaluation médicale effectuée allant dans un sens favorable à l'étranger.

*

**

- 37 Différents dans leurs cadres juridiques originels, leurs évolutions à la fois pratiques et législatives se caractérisent par une mainmise grandissante du Ministère de l'intérieur sur la procédure. Le déclin du nombre de bénéficiaires de ce dispositif en Belgique interroge la raison d'existence et l'avenir de l'article 9ter : avec 496 admis en 2014, on se retrouve dans un système d'exception, similaire au système de régularisation au cas par cas par le ministère de l'Intérieur mis en place en France avant la création effective de ce droit au séjour, système qui concernait environ 460 personnes en 1995⁶¹. Aujourd'hui, le droit au séjour pour soins français concerne près de 33 000 personnes en 2011⁶². Les responsables politiques, associatifs et médicaux devront s'atteler à ce que le transfert de l'évaluation médicale à l'OFII, qui semble acté au regard des débats parlementaires, ne transforme pas le plein droit de cette voie de régularisation en un système d'exception.

*

- 38 **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.**

*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

NOTES

2. Loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
3. Didier Fassin, « Santé et immigration, Les vérités politiques du corps », Cahiers de l'URMIS n° 5, 1999.
4. Voir « 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 ». Groupe Sida Genève, 2^{ème} édition actualisée, 2015.
5. « Etranger malade, la fin d'un consensus », *Plein droit*, 2014/1 (n° 100).
6. Loi no 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.
7. Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, **dite loi Debré**.
8. David Martin, *Twilight Statuses: A Closer Examination of the Unauthorized Population*, *Policy Brief, Migration Policy Institute*, June 2005, No. 2.
9. *Doc Parl. Ch.Repr. Sess.2005-2006*, n° 51 -2478/008, p. 74.
10. *Doc Parl. Ch.Repr. Sess.2005-2006*, n° 51 -2478/008, p. 75.
11. Pour les similitudes entre droit d'asile et droit au séjour pour soins, voir Nicolas 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.
12. **CJUE, Grande Chambre, 18 décembre 2014**, Centre public d'action social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve c. Moussa Abdida, **Aff. C-562/13**.
13. Lire Steve Peers, « Could EU law save Paddington Bear? The CJEU develops a new type of protection », in *EU Law Analysis*, Sunday, 21 December 2014 ; Johanna 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)**, 5 janvier 2015 ; Nicolas Klausser, « Étrangers malades et droit de l'Union européenne : Entre accroissement et restriction des garanties juridiques », *préc.*
14. Directive 2004/83, 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.
15. Ces disparités sont notamment caractérisées par la variation du taux d'avis favorable au séjour rendu par les MARS d'une région à une autre. Ainsi, selon un rapport de la Direction générale des étrangers et de la Direction générale de la Santé paru en 2013, ce taux était, pour l'année 2011, de près de 90 % en Pays-de-la-Loire, et d'environ 40 % en Lorraine.

16. Projet de loi relatif au droit des étrangers en France, n° 2183, déposé le 23 juillet 2014.
17. *Doc Parl. Ch.Repr. Sess.2005-2006*, n° 51 -2478/008, p. 75.
18. Voir les articles R.4127-5 et R. 4127-100 du code de la santé publique français, et les articles 122, 124, 126 et 128 du Code de déontologie médicale belge.
19. CIRE, *La régularisation pour raisons médicales, vidée de sa substance ?*, Octobre 2014, page 5.
20. Zaverio Maglioni, « *La demande d'autorisation de séjour pour raisons humanitaires : l'article 9ter à l'agonie ?* », *Droit de l'immigration et de la nationalité : fondamentaux et actualités*, chapitre 4, pp. 215-268. Indiquer le nom de l'ouvrage
21. Réponse à une question parlementaire à la Secrétaire d'Etat Maggie De Block du 19 février 2013, CRIV 53 COM 669, p. 29.
22. CIRE, *La régularisation pour raisons médicales, vidée de sa substance ?*, préc., page 4.
23. Rapports statistiques de l'OE, 2011, 2012, 2013 et 2014.
24. Instruction interministérielle du ministère de l'intérieur et de la santé N° DGS/MC1/DGEF/2014/64 du 10 mars 2014 sur les conditions d'examen des demandes de titre de séjour pour raisons de santé
25. Recueil de jurisprudence ADDE-Cimade-Comede, *Admission au séjour pour raisons médicales*, vol. I, 2011.
26. Le Ministère de l'intérieur a détaillé ce mécanisme des contre-enquêtes dans une note interne que s'est procurée La Cimade. A ce sujet, voir Maryline Baumard, « De plus en plus d'étrangers malades renvoyés dans leur pays », *Le Monde*, 20 mai 2015.
27. Rapport sur l'admission au séjour des étrangers malades, établi par l'IGA-IGAS, mars 2013, p. 46.
28. Arrêté royal du 17 mai 2007 fixant des modalités d'exécution de la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers.
29. Ciré, *Les maladies du séjour*, Guide pratique, 2011, page 38.
30. Livre blanc sur l'autorisation au séjour pour raisons médicales (9ter), page 50.
31. Cour constitutionnelle belge, 26 novembre 2009, n° 193/2009.
32. Voir notamment CE, réf., 30 novembre 2011, n° 351584.
33. Voir le rapport de l'Observatoire des malades étrangers 2015 de AIDES, page 25.
34. CCE, 12 décembre 2014, n° 135 035, 135 037, 135 038, 135 039 et 135 041.
35. Ibid.
36. Nicolas Hervieu, « Conventionalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la "dissidence perpétuelle" » (PDF), in *Lettre « Actualités Droits-Libertés »* du CREDOF, 27 décembre 2011 ; Slama Serge et Parrot Karine, « Etrangers malades : l'attitude de Ponce Pilate de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Plein droit*, 2014/2 n° 101, p. I-VIII.
37. Cour EDH, G.C. 27 mai 2008, N. c. Royaume-Uni, Req. N° 26565/05 ; Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique, Req. 10486/10 – ADL du 27 décembre 2011 ; Cour EDH, 5e Sect. 27 octobre 2011, Ahorugeze c. Suède, Req. N° 37075/09 – ADL du 30 octobre 2011 ; Cour EDH, 1e Sect. 10 mars 2011, Kiyutin c. Russie, Req. N° 2700/10 – ADL du 13 mars 2011 ; Cour EDH, 4e Sect. 16 avril 2013, Aswat c. Royaume-Uni, Req. n° 17299/12 – ADL du 18 avril 2013.
38. *Le Soir*, 30 mai 2014 ; 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, page 53.
39. Chiffres transmis par la secrétaire d'Etat Maggie De Block lors d'une intervention le 28/02/2014.
40. Office des étrangers, Rapport statistiques 2014, p. 29.
41. Statistiques de l'Office des étrangers, mai 2015.

42. Le Soir, 30 mai 2014 l ; 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, page 59.
43. Loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.
44. Voir le rapport de l'Observatoire des malades étrangers 2015 de AIDES, page 9.
45. Rapport d'observation : le droit au séjour des personnes étrangères malades à la Case de Santé 2014, page 18.
46. Voir le rapport de l'Observatoire des malades étrangers 2015 de AIDES, page 40.
47. A noter que l'actuel projet de loi sur l'immigration devrait réintroduire la notion « d'accès effectif » aux soins dans le pays d'origine.
48. CEDH, 5^{ème} section, Requête no 39747/15, G.S. contre la France, 12 novembre 2015.
49. François 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.
50. 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 2011, DGEF et DGS, page 14.
51. Livre blanc sur l'autorisation au séjour pour raisons médicales (9ter). Pages 64-65.
52. CCE, 13 décembre 2012, n° 93413.
53. CCE, 21 décembre 2009, n° 36370.
54. CIRE, Les maladies du séjour, Guide pratique, page 43, mars 2011.
55. 15LY01316
56. Livre blanc sur l'autorisation au séjour pour raisons médicales (9ter), page 21.
57. Recueil de jurisprudence ADDE-Cimade-Comede, *Admission au séjour pour raisons médicales*, vol. III, avril 2015.
58. Conclusions du rapporteur public dans l'affaire n° 13LY02541, CAA Lyon, 3 avril 2014.
59. CAA Lyon, 10 mai 2010, N° 09LY00451.
60. Livre blanc sur l'autorisation au séjour pour raisons médicales (9ter), page 70
61. Conseil national du sida – Avis et rapport du 18 décembre 1995, page 5.
62. 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 2011, DGEF et DGS, page 24.
1. 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.

RÉSUMÉS

Début octobre a été publié le « Livre blanc sur l'autorisation de séjour pour raisons médicales (article 9 ter) »¹. Ce recueil, rédigé par la Commission étranger de la Ligue des droits de l'Homme en Belgique, expose les dysfonctionnements observés par des médecins, avocats, juristes et assistants sociaux dans l'application du droit au séjour pour soins par les autorités belges. En France, les mêmes acteurs dénoncent également les dérives du droit au séjour pour soins français. La publication de ce livre blanc en Belgique et l'actuel projet de loi sur les droits des étrangers en France sont l'occasion d'analyser et de comparer ces deux dispositifs quasi-exceptionnels à l'échelle mondiale.

AUTEUR

NICOLAS KLAUSSER

Doctorant en droit public (Université de Paris Ouest Nanterre – CREDOF – CTAD)