Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité

Droit des étrangers (CEDH)

Nicolas Klausser

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2965>

DOI : 10.4000/revdh.2965

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Nicolas 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 30 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2965> ; DOI : 10.4000/revdh.2965

Ce document a été généré automatiquement le 30 avril 2019.

Tous droits réservés

Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'Humanité

Droit des étrangers (CEDH)

Nicolas Klausser

Le 13 décembre 2016, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a rendu une décision d'une importance considérable concernant la protection contre l'éloignement des malades étrangers au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH). Cette décision, qui était attendue, est le fruit d'une réconciliation, lente, certaine et progressive avec la cohérence de sa propre jurisprudence.

M. Paposhvili, de nationalité géorgienne, est arrivé en Belgique en 1998 avec sa femme et un enfant âgé de six ans. Dès son arrivée, le couple a introduit une demande d'asile, sur laquelle l'Office des étrangers (OE, équivalent belge du ministère de l'Intérieur) statua négativement un an plus tard. Par la suite, le requérant a introduit à trois reprises des demandes de régularisation pour raisons exceptionnelles (sur le fondement des articles 9 bis et 9 ter de la loi du 15 décembre 1980)¹, en avançant notamment son état de santé. Mais l'OE se basa sur les diverses condamnations pénales dont il fut l'objet (vols, violences, « participation à une organisation criminelle pour obtenir des avantages patrimoniaux ») pour refuser ses demandes de régularisation (§55 de l'arrêt commenté). Il exerça un recours à l'encontre du dernier refus de séjour, en invoquant notamment un risque de violation des articles 2 et 3 de la CESDH. Il estimait que compte tenu de la gravité de son état de santé, des circonstances humanitaires exceptionnelles telles que fixées par la Cour dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* (Cour EDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, 30240/96) étaient remplies, dans la mesure où il n'aurait pas accès aux traitements nécessaires à son état de santé en Géorgie, ce qui entraînerait son décès prématuré. Mais ces recours ont été rejetés par le Conseil du contentieux des étrangers (CCE) le 16 mars 2015 du fait de l'absence de M. Paposhvili à l'audience, et de son défaut de représentation.

Au cours de l'une de ses incarcérations, il lui a été diagnostiqué une leucémie lymphoïde chronique, engageant son pronostic vital. Son état de santé se dégrada au fil des années, puis se stabilisa en 2015. Son médecin traitant certifia alors que l'arrêt de son traitement occasionnerait son décès, qu'un suivi en milieu spécialisé était nécessaire, de même qu'une allogreffe dans les deux ans, qui constituait la « seule option à visée curative » (arrêt commenté §44) qu'il « ne pourra avoir dans son pays d'origine » (ibid., §46). Prévue pour avril 2015, celle-ci ne put être réalisée car l'application de la loi belge sur le prélèvement et la transplantation d'organes de juin 1986 requiert un titre de séjour. À cela s'ajoutent d'autres pathologies graves : une tuberculose, une hépatite C et des séquelles résultant d'un accident cardio-vasculaire cérébral.

Dans le cadre de la procédure devant la Cour, sa situation a été réévaluée par la Belgique : le requérant a été convoqué à deux reprises par un médecin de l'OE afin qu'il soit réévalué au regard des critères fixés par la jurisprudence de la Cour. Le rapport établi le 23 juin 2015 est un exemple criant de la position ô combien restrictive jusqu'ici : ce rapport énonce que le dossier médical du requérant « ne permet pas de conclure à l'existence d'un seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention ». Selon ce médecin, « les affections sont graves, potentiellement mortelles, mais elles sont actuellement sous contrôle », et que « le stade de l'affection ne peut pas être considéré comme terminal à l'heure actuelle » ce qui exclut la « menace directe pour la vie du concerné » (arrêt commenté, §67), telle que l'exige le seuil de gravité requis par l'article 3 (Cour EDH, 2 mai 1997, D. c. Royaume-Uni, n° 30240/96 ; Cour EDH [GC], 27 mai 2008, N. c. Royaume-Uni, n° 26565/05).

Le 20 avril 2015, et vu l'importance des enjeux en cause, l'affaire est renvoyée devant la Grande chambre, peu après le renvoi d'une autre affaire belge relative à l'éloignement d'un étranger gravement malade (CEDH [GC], 19 mars 2015, *Josef c. Belgique*, n° 70055/10 (radiation/ règlement amiable), qui aboutira finalement à un règlement amiable mettant un terme à la procédure -mais qui laissait déjà présager une évolution jurisprudentielle favorable. L'affaire *Paposhvili* constituait donc l'occasion pour la Cour de revenir sur cette occasion ratée. L'une des particularités des faits de l'espèce est que le requérant est décédé en cours de procédure, le 7 juin 2016. La procédure s'est toutefois poursuivie, la Cour estimant que « d'importantes questions se trouvent en jeu dans la présente affaire, notamment en ce qui concerne l'interprétation de la jurisprudence relative à l'expulsion des étrangers gravement malades » (§132)². **En l'occurrence, il s'agissait pour la Cour de préciser « le seuil de gravité », autrement dit les critères médicaux que doit remplir l'étranger, pour pouvoir être protégé, par ricochet, d'une mesure d'éloignement par l'article 3 de la Convention.** Jusqu'à présent, elle n'avait considéré qu'une seule fois le renvoi d'un malade étranger comme susceptible de constituer un traitement inhumain au sens de l'article 3. Il s'agissait d'un ressortissant originaire de Saint-Kitts atteint du sida, dont l'éloignement l'aurait exposé à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses (D. c. Grande-Bretagne, préc., §53). En 2008, la Cour a confirmé son interprétation restrictive concernant une ressortissante camerounaise atteinte du VIH, en considérant que « le fait qu'en cas d'expulsion de l'Etat contractant le requérant connaîtrait une dégradation importante de sa situation, et notamment une réduction significative de son espérance de vie, n'est pas en soi suffisant pour emporter violation de l'article 3 » (N. c. Royaume-Uni, préc., §42). Si dans cette même affaire, la Cour avait considéré qu'il pouvait « exister d'autres cas très exceptionnels où les considérations humanitaires soient tout aussi impérieuses » (ibid., §43), l'examen de la jurisprudence

postérieure à cet arrêt n'a révélé aucun exemple dans ce sens, ce qui avait provoqué de constantes et virulentes critiques doctrinales³.

La présente affaire était l'opportunité pour la Cour de préciser – et d'élargir – ce qu'elle entendait par ces autres « *cas très exceptionnels* » susceptibles de constituer un traitement inhumain – comme bien des juges européens, et non des moindres, l'avaient appelé de leurs vœux dans des opinions dissidentes depuis 2008⁴. Pour préciser le seuil de gravité requis, la Cour a estimé que pourrait poser un problème sous l'angle de l'article 3 le renvoi d'un malade étranger qui n'aurait pas accès au traitement adéquat dans son pays d'origine, lorsque cela aurait pour conséquence de l'exposer à un « *risque réel d'être exposée à un déclin grave, rapide et irréversible* » de son état de santé entraînant une réduction significative de son espérance de vie ou à des « *souffrances intenses* » (§183) et ce, même si l'Etat de destination est un Etat partie à la Convention (§193). Cette évolution jurisprudentielle constitue une avancée considérable pour la protection contre l'éloignement des malades étrangers à l'échelle européenne, car elle abaisse, en le normalisant, le seuil de gravité requis pour qu'il y ait un risque de violation de l'article 3 (1.), et précise dans le détail le contrôle que doit opérer l'Etat partie avant d'éloigner une personne invoquant des éléments médicaux (2.). Salutaire, cette évolution reste, comme nous le verrons, parcellaires.

1° / - Un abaissement, en le normalisant, du seuil de gravité requis pour protéger un malade étranger contre l'éloignement

Ce seuil de gravité a été « abaissé » à deux risques en cas de renvoi (A.), rendant ainsi plus cohérente l'interprétation et la protection octroyée aux étrangers au regard du standard habituel de l'article 3 par la Cour pour les autres catégories d'étrangers (B.).

A - Les nouveaux « cas très exceptionnels » : le risque de « réduction significative de l'espérance de vie » ou de « souffrances intenses » à cause du défaut de soins

La principale évolution jurisprudentielle du présent arrêt réside dans l'élargissement du risque de violation de l'article 3 en cas de « *réduction significative de l'espérance de vie* » ou de « *souffrances intenses* » dues au défaut de soins. 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* » (§183). Cette évolution a pour effet d'abaisser les « *barricades juridiques érigées aux portes de nos sociétés riches* »⁵ : si la Cour, comme elle aurait dû le faire, avait adopté cette position dans l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, la requérante ne serait pas décédée quelques mois après son expulsion⁶. La Cour avait en effet considéré « *que la qualité et l'espérance de vie de la requérante auraient à pâtir de son expulsion vers l'Ouganda* » (*N. c. Royaume-Uni*, préc., §50.).

L'abaissement du seuil de gravité requis a également pour conséquence d'ouvrir les risques de violation à d'autres pathologies que le VIH/sida. En effet, jusqu'à présent, la plupart des requêtes introduites à ce sujet concernaient des personnes vivant avec le VIH. C'est notamment pour cela que dans l'arrêt *N. c/ Royaume-Uni*, la Cour avait précisé que ses principes devaient s'appliquer à l'expulsion « *de toute personne atteinte d'une maladie*

physique ou mentale grave » (§45). Mais sa position très « scélérate »⁷ ne permettait qu'aux personnes « très gravement malade » et paraissant « proche de la mort » (N c. RU, §42) d'être peut-être protégées contre l'éloignement. Cette position équivalait d'une part à exclure les étrangers atteints d'une maladie autre que le VIH/sida de l'article 3, et d'autre part, à distinguer les étrangers séropositifs entre eux avant leur éloignement : ceux n'ayant pas atteints le stade sida (c'est-à-dire les personnes vivant avec le VIH et qui sont sous traitement), comme c'est le cas des requérants dans les arrêts *N c. Royaume-Uni*, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* (Cour EDH, 20 décembre 2011, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10), *SSC c. Suède* (Cour EDH, déc., 15 février 2000, *S.C.C. c. Suède*, n° 46553/99) ou *Josef c. Belgique* (préc.), et ceux étant au stade sida comme c'est le cas du requérant dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*⁸. Les premiers étaient exclus de la protection, la détérioration de l'état de santé et l'engagement du pronostic vital à court ou moyen terme étant insuffisant. La Cour a fait elle-même cette distinction dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, en relevant que le taux de CD4 du requérant était inférieur à 10 (préc., §/13-14), ce qui équivaut en langage médical au stade « sida ». L'exemple est encore plus criant dans l'arrêt *Amegnigan c. Pays-Bas* (Cour EDH, 25 novembre 2004, *Amegnigan c. Pays-Bas*, n° 25629/04) où la Cour déclare la requête mal fondée, car le sida n'était pas totalement déclaré chez le requérant et que celui-ci n'était pas atteint d'infections opportunistes liées au VIH.

Cette évolution de la position de la Cour pourrait d'ailleurs influencer sur celle de la Cour de justice de l'Union européenne, cette dernière s'étant particulièrement appuyée sur la jurisprudence strasbourgeoise pour exclure les malades étrangers du statut de protégé subsidiaire⁹, les « atteintes graves » que risquent de subir ces derniers en cas de renvoi n'entrant pas dans le champ d'application de la directive « qualification »¹⁰.

Ces deux nouveaux critères de contrôle fixés par la Cour restent toutefois plus restrictifs que le seuil fixé en droit français, puisque ce dernier se réfère « aux conséquences d'une exceptionnelle gravité » induites par le défaut de soins, notion plus large que celles dégagées par les juges de Strasbourg. Les critères retenus par la Cour restent plus proches de ceux figurant en droit belge : l'article 9ter de la loi du 15 décembre 1980 se réfère à la « 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 ».

En s'abstenant de définir précisément ce qu'elle entend par « réduction significative de l'espérance de vie » et par « souffrances intenses », la Cour laisse une marge d'appréciation aux Etats membres dans l'évaluation de ces risques. Conformément à sa jurisprudence, la Cour rappelle que l'évaluation des risques allégués en cas de renvoi doit faire l'objet d'un contrôle rigoureux (Cour EDH [GC], 28 février 2008, *Saadi c. Italie*, n° 37201/06, § 128 ; 28 juin 2011, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, nos 8319/07 et 11449/07, § 214 ; Cour EDH, [GC], 23 février 2012 *Hirsi Jamaa et autres c. Italie*, no 27765/09, § 116 ; Cour EDH, 4 novembre 2014, *Tarakhel c. Suisse*, n° 29217/12, § 104). À ce titre, « les autorités de l'État de renvoi doivent envisager les conséquences prévisibles du renvoi sur l'intéressé dans l'État de destination, compte tenu de la situation générale dans celui-ci et des circonstances propres au cas de l'intéressé » (arrêt commenté, §187), comme cela résultait déjà de sa jurisprudence relative à l'application de l'article 3 par « ricochet » (Cour EDH, 30 octobre 1991, *Vilvarajah et autres c/ Royaume-Uni*, n° 13448/87, §108 ; Cour EDH, [GC], 13 décembre 2012, *El-Masri c/ L'Ex-République yougoslave de Macédoine*, n° 39630/09, § 213 ; Cour EDH, [GC], 4 novembre 2014, *Tarakhel c/ Suisse*, n° 29217/12, §105). Comme l'a démontré le cas du droit au séjour pour soins français, l'appréciation des « conséquences d'une exceptionnelle gravité » peut varier d'un médecin ou d'un juge à l'autre sur des situations similaires. Mais l'arrêt *Paposhvili*

devait avant tout permettre à la Cour de revoir sa position de principe sur le renvoi de malades étrangers. Elle aura l'occasion d'explicitier ces notions au cas par cas lors des prochaines affaires d'éloignement de malades étrangers, pour les différents types de pathologies rencontrées. En tous les cas, l'intégration de ces situations dans le seuil de gravité pour qualifier un risque de traitement inhumain contribue également à la construction dans le corpus de la CEDH d'un droit à la protection de la santé dans le champ de l'article 3, droit habituellement appréhendé sous l'angle du droit à la vie et à la vie privée (Cour EDH, 9 juin 1998, *L.C.B c/ Royaume-Uni*, et *McGinley et Egan c/ Royaume-Uni*). D'ailleurs, dans le présent arrêt, la Cour impose également une obligation d'évaluer l'impact de l'éloignement sous l'angle de l'article 8 de la CEDH au regard des conséquences pour la vie familiale de la personne, compte tenu de son état de santé (arrêt commenté, §224).

Cette évolution jurisprudentielle, en plus d'ébaucher un droit à la protection de la santé des étrangers, permet également à la Cour de rendre plus cohérente son interprétation de l'article 3 de la Convention, et ce grâce à une stratégie de longue date d'une partie de ses membres.

B - Une évolution nécessaire pour la cohérence de l'article 3, fruit d'une stratégie juridique à petits pats

Il est communément admis que la position de la Cour concernant les malades étrangers et l'article 3 de la Convention – ou de l'article 2 – était des plus incohérentes au regard des principes jurisprudentiels dégagés dans de précédents arrêts. Ainsi, dans l'arrêt *Saadi c/ Italie* (préc.), la Cour a considéré que les Etats parties à la Convention ont « l'obligation de ne pas expulser 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 » (§125). Dans les arrêts *Pretty c. Royaume-Uni* (Cour EDH [GC], 29 avril 2002, *Pretty c/ Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 52) et *Kudla c. Pologne* (Cour EDH [GC], 26 octobre 2000, *Kudla c/ Pologne* n° 30210/96, § 94), elle a considéré que « la souffrance due à une maladie survenant naturellement peut relever de l'article 3 si elle se trouve ou risque de se trouver exacerbée par un traitement – que celui-ci résulte de conditions de détention, d'une expulsion ou d'autres mesures – dont les autorités peuvent être tenues pour responsables [...]. Pour autant, 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 (*D. c. Royaume-Uni*, précité, § 49) ».

La lecture combinée de ces arrêts appliquée aux malades étrangers aurait dû logiquement aboutir à conclure à un risque de traitement inhumain en cas d'éloignement, mais la Cour a préféré opter pour un article 3 à deux vitesses. Comme l'a souligné la juge Power-Forde dans son opinion dissidente lors de l'arrêt *Josef* (Cour EDH, 27 février 2014, *Josef c/ Belgique*, n° 70055/10), « 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 ». L'arrêt *Paposhvili* vient ici rétablir une position homogène de la Cour, et surtout, construire une forme d'équité entre tous les justiciables de la Convention à l'égard d'un droit absolu.

Cette décision est le fruit d'une stratégie de longue date de la part de certains membres de la Cour, comme l'a démontré Nicolas Hervieu¹¹. 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-économiques¹² 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 juges¹³, 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 »¹⁴, puisque que depuis le renvoi, en vain, de l'arrêt *Josef* devant la Grande chambre (CEDH, [GC], 19 mars 2015, *Josef c. Belgique*, préc.), 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 » à s'éveiller. Environ huit ans après le regrettable arrêt *N. c. Royaume-Uni*, cette opposition progressive et réfléchie, combinée aux vives critiques doctrinales¹⁵, a fini par porter ses fruits sous la présidence de M. Raimondi, qui s'était lui-même rallié à l'opinion partiellement concordante précédemment évoquée. La Cour a toutefois tenu à « rassurer » les Etats parties, en précisant notamment 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 » (§192 de l'arrêt commenté).

Si cette évolution juridique est salutaire, assurer son effectivité est fondamental. C'est pourquoi la Cour est venue fixer des critères pour qu'un Etat apprécie les conséquences concrètes pour un malade étranger d'un renvoi dans son pays d'origine.

2° / L'évaluation de l'accès aux soins en cas de renvoi, condition de l'effectivité de la protection

La Cour oblige l'Etat de renvoi à effectuer un contrôle mixte, c'est-à-dire à la fois général et particulier de l'accès effectif aux soins (A.), mais ce dernier reste perfectible pour aboutir à une véritable protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades (B.).

A - Un contrôle général et particulier de l'accès effectif aux soins par l'Etat de renvoi

L'obligation négative de ne pas exposer quelqu'un à un risque de mauvais traitements prohibés par l'article 3 implique pour l'Etat de renvoi de « comparer l'état de santé avant l'éloignement avec celui qui serait le sien dans l'État de destination après y avoir été envoyé » (§188). Lorsqu'une personne en instance d'éloignement avance des éléments médicaux, il incombe à l'Etat éloignant, comme cela avait déjà été précisé dans sa jurisprudence sur le renvoi d'étrangers, de « dissiper les doutes éventuels à leur sujet » (*Saadi*, préc., § 129 ; *F.G. c. Suède*, préc., §120) en effectuant un « contrôle rigoureux » (*Saadi*, préc., §128, *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, nos 8319/07 et 11449/07, § 214 ; *Hirsi Jamaa et autres*, préc., § 116 ; *Tarakhel*, préc., §104) sur les conséquences du renvoi de l'intéressé, à la fois au regard de la situation générale de l'Etat de destination et des « circonstances propres au cas de l'intéressé » (*Vilvarajah et autres*, préc., § 108 ; *El-Masri*, préc., §213 ; *Tarakhel*, préc., § 105). La Cour se

fonde sur cette jurisprudence pour préciser le contrôle à effectuer par les autorités nationales pour un malade étranger, qui va plus loin que ceux effectués dans les précédents arrêts, en particulier dans *N. c. Royaume-Uni*, dans lequel elle se refusait à effectuer un contrôle de l'accessibilité.

Dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni* de 1997, la Cour n'exposait pas les critères qu'un Etat doit prendre en compte. Elle évalue simplement le risque de violation de l'article 3 « à la lumière des éléments dont elle dispose au moment où elle examine l'affaire, et notamment des informations les plus récentes sur la santé du requérant » (*N. c. Royaume-Uni*, § 50). Et de toute façon, le seuil de gravité exigé était tel que la question de l'accessibilité au traitement dans le pays d'origine était secondaire. Pour preuve, dans *Yoh-Ekale Mwanje*, la Cour a souligné que la distribution des traitements nécessaires à la requérante au Cameroun « demeure marginale et bénéficie à seulement 1,89 % des patients qui en ont besoin », mais les circonstances étaient « insuffisantes pour emporter violation de l'article 3 » (arrêt préc., §§81-82).

Dans l'arrêt *Paposhvili*, la Cour impute une série d'obligations positives à l'Etat de renvoi, en l'obligeant à effectuer un contrôle combiné :

Par une approche générale, l'Etat devant examiner « si les soins généralement disponibles dans l'Etat de destination sont suffisants et adéquats en pratique pour traiter la pathologie dont souffre l'intéressé » (§189).

Un contrôle mixant une approche générale et individuelle, au regard de la « possibilité effective pour l'intéressé d'avoir accès à ces soins et équipements dans l'Etat 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 » (Cour EDH, 15 novembre 2001, *Karagoz c. France* (déc.), no 47531/99). Ces critères ne sont pas sans rappeler ceux fixés par le Conseil d'Etat dans les arrêts *Jabnoun* et *Bialy*¹⁶.

Ce contrôle combiné constitue en soi une évolution, puisque jusqu'à présent, la Cour ne considérait pas comme un obstacle à l'éloignement le fait que le traitement médical spécialisé ne soit pas facile à se procurer dans le pays d'origine, ou y est disponible mais seulement à un prix élevé. En guise de comparaison, le contrôle médical effectué dans *D. c. Royaume-Uni* se cantonne au constat que « le traitement médical qu'il pourrait espérer dans le pays d'origine ne saurait combattre les infections qu'il risquerait de contracter du fait de l'absence de logement et de nourriture correcte et des problèmes sanitaires dans lesquels se débat la population de Saint-Kitts » (préc., §52) ou, pour un autre exemple, dans *G.S c. France* (Cour EDH, 5^e Sect., 12 novembre 2015, *G. S. contre France*, n° 39747/15), l'évaluation de l'accessibilité des médicaments du requérant est limitée à la considération « qu'ils semblent bien être assurés en Arménie ».

Cette série d'obligations positives à la charge de l'Etat de renvoi constitue une garantie d'effectivité pour la protection contre l'éloignement d'étrangers gravement malades. Mais le caractère restrictif de certains critères retenus dans l'évaluation médicale relativise l'effectivité de cette protection.

B - Une protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades relative et perfectible

La Cour européenne précise également dans son arrêt le paramètre du niveau de soins auquel l'Etat de renvoi doit se référer pour évaluer si la personne aura accès aux soins

adéquats. Selon elle, en effet, *« 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 »* (§189 de l'arrêt commenté). Toutefois, elle ne précise pas davantage ce qu'elle entend par la notion de « soins » ce qui, encore une fois, pourrait amener à des divergences d'interprétation.

Prenons pour exemple les pathologies psychiatriques, qui représentent les premières maladies pour lesquelles est demandée une carte de séjour pour soins en France¹⁷ : 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. D'où l'intérêt que la Cour précise à travers sa jurisprudence future ce qu'elle entend par cette notion de « soins », mission pour laquelle des tierces interventions de spécialistes des pathologies concernées dans les cas d'espèce s'avéreraient forts utiles.

La Cour a par ailleurs relativisé 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 »* (§189). *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 médicaments¹⁸. Cette capitulation en rase campagne explique la précision répétitive de la Cour, visant à rassurer les Etats membres attachés à leur souveraineté et marge nationale d'appréciation : cette évolution jurisprudentielle n'est pas synonyme d'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 »* (§192).

Si, une fois ce contrôle effectué par l'Etat 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 »* (§191). À première vue, cette dernière précaution est sécurisante pour l'étranger. Mais le fait que ces garanties ne sont à obtenir qu'auprès de l'Etat de destination pourrait s'avérer problématique, car l'offre de soins présentée par les autorités nationales pourrait ne pas correspondre à la réalité. Pour un exemple concret, il suffit de lire la tierce intervention du gouvernement géorgien dans le présent cas d'espèce qui, en résumé, présente cet Etat comme un pays sûr médicalement (§159 arrêt commenté), alors qu'en France, des médecins des Agences régionales de santé émettent des avis favorables au séjour pour soins de ressortissants géorgiens¹⁹. Pour un autre exemple, les rapports de l'Onusida (dits *« Global Aids Response Progress »*) pour chaque pays, rédigés par les ministères de la Santé desdits pays, sont parfois en décalage avec les observations émises par les associations de terrain. Il aurait été plus sécurisant de considérer qu'en cas de doute, ce dernier bénéficie à l'étranger. Ou pour une mesure

entre-deux, d'obliger les Etats 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.

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 Etats parties en la matière. Si cela ne pose pas de difficultés pour des pays tels que la Belgique ou la France²⁰ qui sont dotés d'une procédure à cet effet, cela pourrait s'avérer plus problématique pour des pays dans lesquels de telle procédure *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. Mais gageons que ces éléments seront amenés à être abordés dans de prochaines requêtes devant la Cour.

*

* *

Bien que la Cour ait nuancé sa position, et ait quelque peu limité la portée de la protection contre l'éloignement octroyée aux malades étrangers, cet arrêt constitue une avancée indéniable à l'échelle européenne, car une part importante d'Etats parties à la Convention ne dispose pas de cadre légal spécifique à la protection contre l'éloignement des étrangers gravement malades. Certains Etats européens autres que la Belgique et la France protègent et régularisent des étrangers en raison de leur état de santé, mais sans avoir de procédure spécifique. C'est notamment le cas de l'Allemagne²¹, l'Italie ou la Suisse²². Cette évolution jurisprudentielle fait donc figure de garantie importante pour les personnes étrangères gravement malades présentes en Europe. Pour reprendre les termes de la juge Power-Force, la Cour ne protège plus seulement les étrangers mourants, mais désormais, avec l'arrêt *Paposhvili*, également les vivants²³.

*

Cour EDH, Grande chambre, 13 décembre 2016, *Paposhvili c. Belgique*, n° 41738/10 – Communiqué de presse.

*

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

NOTES

1. Le §1 de l'article 9 ter dispose : paragraphe 1 dispose : « *L'étranger qui séjourne en Belgique qui démontre son identité conformément au § 2 et qui souffre d'une maladie telle qu'elle entraîne un risque réel pour sa vie ou son intégrité physique ou un risque réel de traitement inhumain ou dégradant lorsqu'il n'existe aucun traitement adéquat dans son pays d'origine ou dans le pays où il séjourne, peut demander l'autorisation de séjourner dans le Royaume auprès du ministre ou son délégué.* »
2. Elle avait pourtant refusé la poursuite de l'affaire malgré l'importance du dossier dans l'affaire Josef ou plus récemment, s'agissant de la prise en charge d'une famille de demandeurs d'asile dans une situation particulièrement vulnérable, dans l'affaire V.M (CEDH, [GC], 17 novembre 2016, *V.M. et autres c/ Belgique*, n° 60125/11).
3. François Julien-Lafferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 77, 2009, pp. 261 et s ; Jean-Pierre Marguénaud, « La trahison des étrangers sidéens », *RTD civ.* 15 décembre 2008, p. 643 ; Olivier Lecucq, « La trahison des étrangers sidéens », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 643 ; Nicolas Hervieu, « Conventionalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la "dissidence perpétuelle" », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 27 décembre 2011 ; S. Slama, K. Parrot, « 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 ; Nicolas 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*, 09 février 2016. URL : <http://revdh.revues.org/1788> ; Émilie 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), No. 1 (« hardly comprehensible », « artificial », « incomprehensible double standards »).
4. S. Slama, K. Parrot, « 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.
5. S. Slama, K. Parrot, « Etrangers malades... », préc.
6. XVIIIème Conférence internationale sur le sida. Télécharger le résumé de C. Izambert.
7. Olivier Lecucq, « La trahison des étrangers sidéens », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2008, p. 643.
8. Pour plus de détails sur la distinction entre le VIH et le Sida : http://cliniquelactuel.com/vivre_avec_VIH_difference_vih_sida_clinique-medicale-l-Actuel.html
9. CJUE, GC, 18 décembre 2014, Mohamed M'Bodj c. Etat belge, C-542/13 (§41). Pour une critique de la position des juges européens, v. Henri Labayle, « La protection des étrangers gravement malades par les juges européens : une cause perdue ? », *GDR-ELSJ*, 31 mars 2015.
10. 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.
11. Nicolas Hervieu, « Conventionalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la "dissidence perpétuelle" », in Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 27 décembre 2011.
12. A ce sujet cf. F. Julien-Lafferrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev. trim. dr. h.*, n° 77, 2009, pp. 261 et s.

13. Opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Jociene, Popovic, Karakas, Raimondi et Pinto de Albuquerque dans l'arrêt Cour EDH, *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, n° 10486/10, 20 décembre 2011.

14. N. Hervieu, *prés.*

15. A ce sujet, il est frappant de constater l'impact de la tierce intervention du Centre des droits de l'Homme de l'Université de Gand dans sa tierce intervention (§ 165), dont la Cour reprend assez largement les propositions.

16. CE, Sect., 7 avril 2010, ministre de l'Intérieur c. M. Jabnoun, n° 301640, Ministre de l'Immigration c. Mme Diallo épouse Bialy, n° 31662 – Actualités droits-libertés du 8 avril 2010 par S. Slama ; JCPA, n° 29, 19 juillet 2010, comm. S. Slama, B. Demagny.

17. 22,6 % du total des demandes en 2014, soit 9 887 personnes.

18. Pour plus d'informations sur la « perte de chance médicale », lire le Guide du Comede 2015, page 312.

19. Entre 2011 et 2013, le nombre de ressortissants géorgiens demandeurs d'une carte de séjour pour raisons médicales (L. 313-11 11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile) a presque doublé, passant d'environ 600 en 2011, à un peu plus de 1 000 en 2013 (nombre stable en 2014).

20. Si tant est que l'on puisse considérer que ces procédures ne posent pas de problème. Pour exemple, en France, la nouvelle procédure instaurée par la loi du 7 mars 2016 prévoit que c'est le même médecin qui doit émettre des avis lorsqu'une personne assignée à résidence ou placée en rétention oppose des éléments médicaux à son éloignement. Or, il n'y a qu'un seul médecin de l'Office français de l'immigration et de l'intégration pour couvrir la « zone sud-ouest » de la France, la Réunion et Mayotte, ou pour la zone « ouest », les Antilles et la Guyane. Ce qui risque de poser quelques difficultés, que ce soit en termes de volume à traiter par une seule personne, ou tout simplement de décalage horaire.

21. L'Allemagne inclut les malades étrangers dans la protection subsidiaire : (§ 60 Abs. 2, 3, 5, 7 Satz 1, 7 Satz 2 AufenthG) ; voir notamment Johanna PROBST, Instruire la demande d'asile, étude comparative du processus décisionnel au sein de l'administration allemande et française, Thèse soutenue le 8 septembre 2012, Université de Strasbourg, page 107.

22. « 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.

23. Opinion sous Cour EDH, 27 février 2014, Josef c/ Belgique, *prés.*

RÉSUMÉS

Le 13 décembre 2016, la Cour européenne des droits de l'Homme a – enfin – revu sa position sur l'éloignement des malades étrangers. Depuis l'arrêt du 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni* (n° 30240/96), elle ne considérait le renvoi d'un étranger gravement malade dans son pays comme constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme que lorsqu'il y a « un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses », et que s'y ajoutent « des circonstances très exceptionnelles » : une maladie incurable, en stade terminal, avec un défaut d'accès effectif au traitement dans le pays d'origine. Le risque de décéder à brève échéance une fois arrivé dans son

pays d'origine ou de réduction significative de l'espérance de vie n'était pas considéré comme constitutif d'une violation par ricochet de l'article 3 de la CESDH, comme l'avait tragiquement illustré l'arrêt N. c. Royaume-Uni en 2008. Après des années d'atermoiement et de virulentes critiques doctrinales, la Cour assouplit, avec l'arrêt de Grande chambre Paposhvili, sa position en considérant qu'il y aurait un risque de violation de l'article 3 en cas de « réduction significative de l'espérance de vie » ou de « souffrances intenses » dues au défaut de soins. Elle vient également préciser les obligations qui incombent aux Etats parties en la matière. Bien que ce nouveau seuil de protection soit perfectible et en deçà du standard législatif français actuel, la juridiction strasbourgeoise renforce le standard de protection contre l'éloignement des malades étrangers, jusque-là quasi-inexistant dans de nombreux pays européens.

AUTEUR

NICOLAS KLAUSSER

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