



HAL
open science

À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une reconduite à la frontière ?

Christel Cournil

► To cite this version:

Christel Cournil. À quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une reconduite à la frontière ?. RDSS. Revue de droit sanitaire et social, 2004, 4, pp.872-884. <halshs-01094247>

HAL Id: halshs-01094247

<https://shs.hal.science/halshs-01094247v1>

Submitted on 11 Dec 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire HAL, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

A quelles conditions un étranger suivant une hormonothérapie féminisante peut-il être protégé contre une mesure de reconduite à la frontière

Note sous Conseil d'Etat, 28 avril 2004

Préfet de Police c./ M. Kamal B, requête n° 252621

Christel COURNIL

ATER à l'Université de Toulouse 1 - sciences sociales

DÉCISION

Le Conseil d'Etat...

Considérant que, par une décision en date du 30 juin 2003, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a ordonné, avant de se prononcer sur l'appel du Préfet de police dirigé contre un jugement du 15 octobre 2002 du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris ayant annulé son arrêté du 27 février 2002 ordonnant, sur le fondement du 3° du I de l'article 22 de l'ordonnance du 2 novembre 1945, la reconduite à la frontière de M. Boubkari au motif tiré des conséquences pour la santé de l'intéressé de l'exécution de cette mesure de reconduite, qu'il soit procédé, par un expert désigné par le président de la Section du contentieux du Conseil d'Etat, à une expertise en vue de déterminer la réalité et l'importance des troubles invoqués par M. Boubkari, 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 ; que l'expert a déposé son rapport le 8 janvier 2004 ;

Sur la légalité de la mesure de reconduite :

Considérant que si M. Boubkari fait valoir qu'entré en France en décembre 1999, il suit depuis janvier 2000 une hormonothérapie féminisante préparatoire à une intervention chirurgicale, il ressort des pièces du dossier, et notamment des conclusions du rapport d'expertise, que 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 que l'interruption de ce traitement, dont les effets sont en grande partie réversibles, est possible sur le plan physiologique ; que les différents documents produits doivent être regardés comme n'établissant pas que cette interruption pourrait entraîner pour M. Boubkari des conséquences, notamment psychologiques, d'une exceptionnelle gravité ; que, dans ces conditions et sans qu'il soit besoin d'ordonner la contre-expertise sollicitée par M. Boubkari, le Préfet de police n'a pas méconnu les dispositions combinées du 11° de l'article 12 bis et du 8) de l'article 25 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 ; que l'invocation de mauvais traitements auxquels la transformation physique de l'intéressé risquerait de l'exposer dans le pays de renvoi est sans incidence sur la légalité de la mesure de reconduite prise à son rencontre ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Préfet de police est fondé à soutenir que c'est à tort que, par le jugement attaqué, le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris, faisant droit aux seuls moyens soulevés devant lui à l'encontre de la mesure de reconduite, a annulé l'arrêté du 27 février 2002 ordonnant la reconduite à la frontière de M. Boubkari ;

Sur la légalité de la décision fixant le pays de renvoi :

Considérant qu'à l'encontre de cette décision rendant possible une reconduite à destination de l'Algérie, pays de résidence habituelle de M. Boubkari avant son entrée en France, l'intéressé, invoquant les stipulations de l'article 3 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait valoir les mauvais traitements auxquels son mode de vie est susceptible de l'exposer personnellement, ainsi que les menaces sérieuses dont il a déjà fait l'objet, notamment de la part de sa propre famille ; que la réalité des risques invoqués en cas de retour en Algérie doit être regardée comme suffisamment établie par les pièces au dossier ; qu'en revanche, M. Boubkari n'apporte aucun élément de nature à établir l'existence de risques personnels en cas de reconduite à destination du Maroc, pays dont il a la nationalité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le Préfet de police n'est pas fondé à se plaindre de ce que le magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris a annulé son arrêté du 27 février 2002 en tant qu'il permet l'exécution de la mesure de reconduite à destination de l'Algérie ; qu'en revanche, il est fondé à soutenir que c'est à tort que le magistrat délégué a annulé son arrêté en tant qu'il fixe d'autres pays, dont le Maroc, comme destinations possibles de la

reconduite à la frontière de M. Boubkari (...);

Décide

Article 1^{er} : Le jugement du 15 octobre 2002 du magistrat délégué par le président du tribunal administratif de Paris annulant l'arrêté u 27 février 2002 du Préfet de police décidant la reconduite à la frontière de M. Boubkari est annulé ;

Article 2 : L'arrêté précité du 27 février 2002 est annulé en tant qu'il fixe l'Algérie comme pays de destination de la reconduite à la frontière

Dans l'arrêt rendu le 28 avril 2004¹, le Conseil d'État était invité à se prononcer sur la légalité d'une reconduite à la frontière d'un étranger suivant une hormonothérapie féminisante préparatoire à une intervention chirurgicale pour un changement de sexe. Cette décision montre l'aptitude du juge administratif à examiner et à évaluer l'état de santé des étrangers et, le cas échéant, à leur accorder une protection contre l'éloignement², voire un titre de séjour³.

En l'espèce, M. Kamal B., de nationalité marocaine, résidait en Algérie avant son arrivée en France en décembre 1999. Il a sollicité l'asile territorial, qui lui a été refusé. Il s'est alors maintenu irrégulièrement sur le territoire français après le refus du titre de séjour (le 13 juillet 2001) et a fait l'objet d'une reconduite à la frontière à destination de l'Algérie ou du Maroc, notifiée le 27 février 2002. En première instance, le 15 octobre 2002, le Tribunal administratif de Paris a annulé d'une part la reconduite à la frontière, en raison des risques que M. Kamal B. qui s'affirme transsexuel⁴ allait rencontrer en interrompant son traitement d'hormonothérapie féminisante, lequel ne pouvait être suivi dans le pays de renvoi, d'autre part la décision fixant le pays de destination vers l'Algérie et le Maroc, en raison des risques de mauvais traitements que cette transformation physique pouvait entraîner dans ces pays. Le Préfet de police saisit alors en appel le Conseil d'État. Ce dernier devait vérifier que le renvoi d'un étranger sous traitement ne portait pas atteinte aux dispositions combinées des articles 25 alinéa 8 et 12 bis 11 de l'ordonnance de 1945 et que la décision fixant les pays de destination (Maroc et Algérie) n'était pas contraire à l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

Si l'examen de la légalité d'une mesure de reconduite à la frontière, d'une décision fixant les pays de renvoi ou d'un refus de délivrance d'un titre de séjour pour raison médicale est un contrôle fréquemment effectué par le juge administratif, le cas de M. Kamal B. se révèle cependant particulièrement délicat en raison de la difficile appréciation que peut constituer un traitement d'hormonothérapie féminisante suivi par un transsexuel.

En effet, depuis le mois de janvier 2000, M. Kamal B. avait commencé une hormonothérapie féminisante devant entraîner une opération chirurgicale pour un changement de sexe. Ce traitement consiste à administrer des œstrogènes et de la progestérone afin d'entraîner des transformations corporelles, telles que la féminisation du corps et du visage, la modification de la pilosité et de l'apparence de la peau, le développement des seins, ou encore le changement de la voix. L'hormonothérapie féminisante est dans la plupart des cas la phase préparatoire à une opération chirurgicale modifiant le sexe de la personne. Ce n'est qu'après de multiples évaluations⁵

1 Cet arrêt, rendu sur les conclusions de M. Devys, fait suite à une précédente décision du Conseil d'Etat ayant ordonné une expertise « en vue de déterminer la réalité et l'importance des troubles invoqués par M. Boubkari, 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 » : v. CE 30 juin 2003, *M. Kamal X.*, *AJDA*, 2003, p. 2207-2212, concl. P. Fombeur.

2 Art. 25 al. 8, devenu nouvel art. 26 I 5° depuis la réforme de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 apportée par la 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.

3 Ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, art. 12 bis 11 ; v. aussi les larges développements du commissaire P. Fombeur dans ses conclusions, in *AJDA*, 1er décembre 2003, p. 2207-2212.

4 M. Devys rappelle la définition du transsexuel, donnée par l'Académie de médecine : « le sentiment profond et inébranlable d'appartenir au sexe opposé à celui qui est génétiquement, anatomiquement et juridiquement le sien, accompagné d'un besoin intense et constant de changer de sexe et d'état civil ».

5 Si la demande de transformation hormono-médicale est faite en respectant les exigences officielles, le transsexuel doit suivre une série d'évaluations avant de commencer le traitement hormonal et l'opération chirurgicale. Ce délai peut atteindre deux ans avant que le corps

psychiatriques, endocrinologiques, gynécologiques et après un avis médical collégial que le traitement hormonal⁶ préalable à l'acte chirurgical peut commencer. Ce traitement est assez long puisqu'il faut environ trois ans pour qu'il aboutisse à une féminisation complète et il doit se poursuivre une fois l'opération chirurgicale réalisée.

Or, l'article 25 al. 8 de l'ordonnance du 2 novembre 1945 permet 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 de renvoi », de ne pas être reconduit à la frontière. L'article 12 bis 117 de l'ordonnance de 1945 permet de délivrer à l'étranger un titre de séjour pour raison médicale. Cependant, ces deux articles posent des conditions très strictes pour protéger l'étranger dont la situation nécessite une prise en charge médicale. Grâce à un faisceau d'indices, le juge administratif évalue l'état de santé de l'intéressé ainsi que la possibilité de poursuivre les soins dans le pays dont il est originaire. Dans le cas présent, le juge devait chercher si la prise en charge médicale de M. Kamal B. était indispensable et si son interruption pouvait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité. Il fallait ensuite que le juge établisse que le traitement approprié n'était pas dispensé dans le pays d'origine du requérant.

Ceci ne s'est pas fait sans difficulté. En effet, dans une première décision rendue par le Conseil d'État le 30 juin 2003⁸, le juge administratif a estimé que l'étranger avait produit des certificats médicaux affirmant qu'il était effectivement sous traitement hormonal, mais que l'état du dossier ne lui permettait pas « d'apprécier la réalité et l'importance des troubles invoqués par M. X, 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 a, en conséquence, ordonné une expertise sur ces points.

Dans notre arrêt du 28 avril 2004, à la lumière du rapport d'expertise, le juge administratif a estimé que le traitement d'hormonothérapie féminisante suivi par M. Kamal B. ne permettait ni d'annuler la reconduite à la frontière du 27 février 2002, ni de délivrer un titre de séjour : l'exigence d'exceptionnelle gravité n'était pas établie par les documents produits.

Pour apprécier la portée dernière de cet arrêt, il convient tout d'abord de rappeler les fondements de la « protection sanitaire » de l'étranger pour raison médicale (I) avant d'examiner les conditions de mise en œuvre de cette protection par le juge administratif (II).

I/ Les fondements de la « protection sanitaire » de l'étranger

S'ils résident surtout dans la jurisprudence administrative ainsi que, par suite, dans les modifications successives de l'ordonnance de 1945, les fondements de cette protection ne s'en trouvent pas moins sensiblement renforcés par la jurisprudence européenne relative à l'article 3 de la CEDH.

A) La jurisprudence administrative et l'ordonnance de 1945

C'est dans le cadre du contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation que le juge administratif a pris en compte l'état de santé de l'étranger lors du contrôle de la mesure d'éloignement⁹ : ainsi, l'analyse de la situation personnelle de l'étranger a-t-elle permis d'annuler des reconduites à la frontière pour des

médical estime que la transformation puisse débiter (Protocole d'évaluation d'une demande de transformation hormono-chirurgicale - THC) : v. <http://www.transsexualisme.info/protocole.htm>

⁶ Ce n'est que plus tard au moins six mois après le début de la thérapie qu'une hormonothérapie sera engagée. La chirurgie commence, plusieurs mois voire même plusieurs années, après le début des premières démarches thérapeutiques.

⁷ L'étranger résidant habituellement en France « dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait pour lui entraîner 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 » obtient une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale ».

⁸ CE 30 juin 2003, *M. Kamal X.*, précitée.

⁹ CE ass., 29 juin 1990, *Préfet du Doubs C./ Olmos Quintero*, Rec. CE, p. 184 ; CE 28 novembre 2003, *Préfet de Police c./ Wattegedara*, req. n° 252470.

raisons humanitaires¹⁰. Mais très vite, cependant, une évolution se fait jour, les demandes d'annulation pour « raison médicale » n'hésitant plus à se référer expressément à des dispositions de droit européen¹¹.

Prenant peu à peu conscience¹² de l'importance de cette sorte « d'asile sanitaire », indispensable au statut de l'étranger, le législateur « intègre » alors dans l'ordonnance du 2 novembre 1945, en plusieurs étapes, les apports des jurisprudences administrative et européenne.

C'est l'article 10 de la loi du 24 avril 1997 (loi Debré)¹³ qui a institué la première protection *légale* de l'étranger sous l'effet d'une mesure d'expulsion ou d'une reconduite à la frontière lorsqu'il souffre d'une « grave pathologie »¹⁴. Dans l'alinéa 8 de l'article 25 de l'ordonnance de 1945, le législateur a « transcrit » ce « principe de non éloignement pour raison médicale ». En reprenant quasiment à l'identique les termes des jurisprudences administrative et européenne, l'article 25 alinéa 8 exige la preuve de l'exceptionnelle gravité¹⁵ de l'état de santé en cas d'éloignement et de l'absence de traitement approprié¹⁶ dans le pays de renvoi. Le juge administratif exerce dans ce cas un contrôle normal¹⁷.

La dernière réforme du 26 novembre 2003¹⁸ de l'ordonnance de 1945 renforce encore cette protection sanitaire contre l'éloignement en la rendant « quasi-absolue ». En effet, l'article 26 I 5° interdit l'expulsion d'un étranger résidant habituellement en France dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale, sauf « 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 à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de l'origine ou de la religion des personnes »¹⁹. Toutefois, l'article 25 alinéa 8 ne concède qu'une protection minimale à l'étranger. A lui seul, il ne permet pas de délivrer un quelconque droit sur le plan du séjour à l'étranger²⁰ : les étrangers sont simplement « tolérés » sur le territoire, ils n'ont pas droit à une carte de séjour temporaire spécifique et ne disposent que d'autorisations provisoires de séjour, renouvelées selon les besoins de soins.

Dans le même temps, d'autres textes améliorent la situation des étrangers : grâce à la loi du 11 mai 1998²¹, la « protection sanitaire » devient complète, via l'instauration d'un véritable droit au séjour pour les étrangers gravement malades. C'est la création de l'article 12 bis 11 qui finalise le processus de protection, en instaurant une carte de séjour mention « vie privée et familiale ». Cette carte marque la consécration de « l'intégration » des jurisprudences administrative et européenne ; elle va même au-delà, en offrant un droit au séjour, voire parfois un droit au travail, à l'étranger malade. Il s'agit là d'un véritable « accueil sanitaire ».

Pourtant, cet article 12 bis 11 a fait récemment l'objet de critiques virulentes en raison de certains

10 F. Mallol, Sida, droit au respect de la vie familiale et reconduite à la frontière, note sous le tribunal de Besançon Mme Esther N. c./ Préfet du territoire de Belfort, *RD sanit. soc.*, 1995, p. 430-431 ; CE 29 décembre 1993, *Préfet des Yvelines c./ Bali*.

11 Dès 1996, le Tribunal administratif de Versailles annule ainsi une décision de reconduite à la frontière pour violation de l'art. 3 de la CEDH en raison des risques graves que pouvait encourir un étranger atteint du SIDA : v. F. Mallol, *ibid.*, p. 428 ; TA Versailles, 26 septembre 1996, *affaire B. B.*, 963227 et 963328, concl. M. Krulic, *RFDA* 1997, p. 315 ; *AJDA* 1997 p. 110, affaire soumise à la CEDH 7 septembre 1998, *B.B. c./ France*, n° 47/ 1998/ 950/ 1165, radiée du rôle ; TA Marseille 15 octobre 1996, *M. Benchaabane*, req. n° 96-3733 et 96-3735 ; sur ce point, v. aussi *infra*.

12 V. aussi le principe constitutionnel de la dignité de la personne : F. Mallol, Dignité de la personne, protection de la santé et reconduite à la frontière, *RDSS*, 1997, p. 204 ; v. aussi sur les autres influences internationales : M. Bélanger, L'accès aux soins en France des étrangers ressortissants non communautaires, *RDSS*, 1994, p. 422.

13 Loi n° 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration (JO 25 avril 1997, p. 6268) ; v. aussi les arguments du député M. Gerin qui estime que le renvoi des étrangers malades est une « non assistance à personne en danger » et une violation de l'art. 3 de la CEDH (JO AN CR 19 décembre 1996, 2ème séance, p. 8662) ainsi que la circulaire du 30 avril 1997 relative à l'application de la loi n° 97-396 du 24 avril 1997 (non publiée).

14 La loi n° 98-349 du 11 mai 1998 a remplacé cette expression par : « dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale ».

15 CE 17 février 1999, *Préfet de l'Essonne c./ M. Samba Pene*, req. n° 200096.

16 CE 8 juillet 1998, *Préfet des Alpes-Maritimes c./ M. Ben Chora*, req. n° 187441.

17 CE 3 novembre 1999 *N'Satou*, req. n° 200065.

18 Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, art. 38.

19 Ordonnance du 2 novembre 1945 modifiée, art. 26 I.

20 V. les analyses sur l'accès aux soins des étrangers irréguliers : A. Devers, La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière, *RDSS* 2001, p. 241-262 ; La santé, le traitement de la différence, *Hommes et Migrations* (n° spécial), n° 1225 mai-juin 2000.

21 Toutefois, dans le point 1 § 7 de la circulaire du 24 juin 1997 relative au réexamen de la situation de certaines catégories d'étrangers en situation irrégulière (JO 26 juin 1997, rec 17 juillet 1997), il avait été prévu une possibilité de régularisation sur la base de la gravité de l'état de santé de l'étranger. En 1998, le législateur s'est inspiré de l'avis consultatif et du rapport du Conseil national du SIDA sur la situation des personnes atteintes par le VIH de nationalité étrangère et en irrégularité de séjour du 18 décembre 1995 ainsi que de l'avis de la CNCDH du 1er octobre 1997 pour créer ce titre de séjour.

abus²². D'abord, le Ministre de l'Intérieur a préconisé dans une circulaire du 7 mai 2003²³ une application stricte de la loi, c'est-à-dire un contrôle rigoureux du caractère exceptionnellement grave de l'état de santé. Son objectif était de lutter contre les « dérives graves »²⁴ constatées dans l'application de l'article 12 bis 11. Puis, pour s'assurer que l'on délivre exceptionnellement la carte de séjour pour raison médicale, en novembre 2003²⁵, le gouvernement a modifié l'article 12 bis 11 de l'ordonnance de 1945 en prévoyant la possibilité pour le médecin inspecteur de santé publique de la DDASS de convoquer l'étranger pour une consultation médicale supplémentaire devant une commission médicale régionale. Cette réforme a eu pour objectif à la fois d'établir une contre-expertise contestant s'il le faut l'avis²⁶ du médecin inspecteur et, surtout, de mieux « filtrer » les attributions de ces cartes de séjour²⁷.

B) La jurisprudence européenne relative à l'article 3 de la CEDH

L'étranger a aussi pu obtenir une protection contre l'éloignement, en raison de la gravité de son état de santé, grâce à l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme et notamment à sa jurisprudence²⁸ relative à l'article 3 de la CEDH²⁹. Ainsi, pour le juge européen, l'éloignement d'un étranger atteint d'une pathologie particulièrement grave peut constituer un traitement inhumain et dégradant, contraire à cet article 3.

C'est en 1997 avec l'affaire *D. c./ Royaume Uni*³⁰ que la Cour européenne a consacré cette « protection sanitaire » de l'étranger. L'éloignement d'un étranger atteint du SIDA³¹ dans un pays où il n'existe pas de possibilité de lui apporter un traitement approprié est considéré par le juge européen comme un traitement inhumain³². La Cour a examiné le risque réel que peut subir un étranger gravement malade menacé d'expulsion dans un pays qui ne peut lui apporter une thérapie appropriée. Elle a procédé de la façon suivante ; tout d'abord, elle a évalué la gravité de la pathologie dont souffrait l'étranger : M. D. se trouvait à un stade critique de cette terrible maladie³³. Elle a apprécié ensuite la gravité des risques encourus en cas d'expulsion vers un pays ne dispensant pas les thérapies idoines. Elle a enfin mesuré la situation sanitaire du pays vers lequel devait être expulsé M. D. L'absence de traitements adéquats dans le pays de destination et la dépendance du malade par rapport au « système sophistiqué des soins au Royaume-Uni »³⁴, ont permis à la Cour de conclure à un risque sérieux en cas d'arrêt du traitement constitutif d'un traitement inhumain et dégradant.

Par la suite, la Cour a précisé sa jurisprudence en délimitant la portée de la protection sanitaire due à

22 Néanmoins, l'Observatoire du droit à la santé des étrangers (ODSE) montre dans son dernier rapport les difficultés rencontrées lors de la délivrance de la carte de séjour de l'art. 12 bis 11, rapport de juin 2003 (en ligne).

23 Circulaire du 7 mai 2003 qui annule et remplace la circulaire du 19 décembre 2002 et du 10 janvier 2003 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France.

24 *Ibid.* § 2.2.3.

25 Loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003, art. 17 6°.

26 La circulaire du 5 mai 2000 n° 2000-248 relative à la délivrance d'un titre de séjour en application de l'art. 12 bis 11 (BO MES 2000/21, 22-28 mai 2000) précise la démarche à suivre : l'étranger malade doit prendre rendez-vous avec un médecin ou praticien agréé par la DDASS, ce dernier établit un rapport médical, comportant obligatoirement des informations sur la ou les pathologies, le traitement en cours, la durée prévisible du traitement et, s'il dispose de cette information, la possibilité ou non de traitement dans le pays d'origine. Il établit un rapport médical qu'il envoie à un médecin inspecteur de santé publique qui émet un avis, transmis par la DDASS au Préfet.

27 Le gouvernement a aussi le désir d'empêcher que les requérants ou les juges procèdent à des expertises supplémentaires lors des recours car cela ralentit le contentieux.

28 A partir de l'art. 3 de la CEDH, la Cour a développé une jurisprudence relative à la protection d'étrangers menacés de tortures, de peines ou traitements inhumains ou dégradants, en cas d'extradition, de refoulement ou d'éloignement : v. les décisions CEDH *Soering c./ RU*, 7 juillet 1989, série A n° 161 ; *Cruz Varaz c. Suède*, 20 mars 1991, req. n° 46/1990/237/307 ; *Vilvarajah et autres c./ Royaume-Uni* 30 octobre 1991, A-215 ; *Chahal c./ Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, RUDH 1997, p. 365 ; *Ahmed c. Autriche* du 17 décembre 1996, Recueil, 1996-VI, p. 2206 ; *HLR c./ France* 29 avril 1997 ; *Jabary c./ Turquie*, 11 juillet 2000, req. n° 40035/98 ; *Dougoz c./ Grèce*, 6 mars 2001, n° 40907/98 ; *Hilal c./ RU*, 6 mars 2001, req. n° 452751/99.

29 L'art. 3 dispose que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants » : v. Comm. 13 décembre 1971, X c/ RFA, req. 5207/71 (combinaison des art. 2 et 3 de la CEDH sur une femme âgée et malade dont l'expulsion peut mettre sa vie en péril) ; v. aussi sur l'expulsion d'un étranger souffrant d'un glaucome (absence de violation de l'art. 3), Comm. *Tanko c./ Finlande*, 19 mai 1994, DR 77-B, p. 133 ; Comm. 11 janvier 1993, *Belbachir c./ Belgique*, non publiée.

30 CEDH *D. c./ RU*, 2 mai 1997, req. n° 30240/96 ; v. aussi CEDH *Tatete c./ Suisse*, 6 juillet 2000, req. 41874 / 98.

31 En phase terminale.

32 CEDH *D. c./ RU*, 2 mai 1997, req. n° 30240/96, § 53.

33 *Ibid.* § 53.

34 *Ibid.* § 52.

l'étranger dans les cas d'éloignement forcé. Elle s'est montrée ici très subtile dans l'évaluation de la gravité de la pathologie et dans l'analyse des soins prodigués dans le pays de renvoi. L'affaire *Bensaïd c./ Royaume-Uni*³⁵ en est une parfaite illustration : un ressortissant algérien atteint de schizophrénie demandait l'annulation de son expulsion en raison des graves conséquences que cela entraînerait sur sa santé mentale. La Cour a refusé la protection de l'article 3 de la CEDH en démontrant la possibilité d'un traitement équivalent dans le pays d'origine³⁶ et l'existence d'un soutien familial en Algérie.

Mais si cette jurisprudence a certainement contribué à l'émergence d'une « protection sanitaire » pour l'étranger tant en France que dans les autres pays européens³⁷, les garanties qu'elle apporte sont cependant minimales : elles n'obligent pas le pays à délivrer un titre de séjour, mais le contraignent simplement à satisfaire l'obligation de non-refoulement. Les articles 12 bis 11 et 25 alinéa 8 de l'ordonnance de 1945 constituent, au contraire, une véritable protection sanitaire pour l'étranger en lui garantissant un accès au séjour et des garanties contre l'éloignement.

Dans l'affaire présentement commentée, c'est un autre aspect³⁸ de l'importante jurisprudence européenne relative à l'article 3 de la CEDH qui va en définitive « protéger » l'étranger en permettant l'annulation de la décision³⁹ fixant l'Algérie comme pays de renvoi. Le juge administratif estime que le renvoi vers l'Algérie (et non le Maroc) constitue une atteinte à l'article 3 de la CEDH, pays dans lequel le mode de vie de M. Kamal B. est susceptible de l'exposer ainsi que sa famille à des risques. En effet, comme M. Kamal B. est transsexuel, il risque de subir des persécutions jusqu'ici tolérées par les autorités algériennes. En ce sens, le Commissaire du Gouvernement M. Devys évoque une jurisprudence de la Commission des recours des réfugiés⁴⁰, dans laquelle les transsexuels persécutés en Algérie pouvaient constituer un groupe social au sens de la Convention de Genève. C'est donc un autre volet de la jurisprudence de l'article 3 de la CEDH qui permet d'annuler la décision fixant le pays de renvoi, alors que le juge administratif refuse de retenir le fondement médical de l'article 25 alinéa 8 pour censurer la décision de reconduite à la frontière.

II/ La mise en œuvre de la « protection sanitaire » de l'étranger par le juge administratif

La gravité exceptionnelle de l'état de santé de l'étranger et la possibilité d'un traitement approprié dans le pays de renvoi doivent être établies pour annuler la reconduite à la frontière ou délivrer, le cas échéant, un titre de séjour pour raison médicale.

A) La gravité exceptionnelle de l'état de santé

La première exigence à laquelle doit répondre l'intéressé consiste à apporter la preuve que son état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité. L'exceptionnelle gravité⁴¹ de l'état de santé est reconnue en matière médicale lorsque est en jeu « soit le pronostic vital, soit dans les cas les plus sérieux, l'intégrité physique de la personne »⁴². A cet égard, lors de la première décision du 30 juin 2003, le commissaire du Gouvernement remarquait à juste titre que l'interruption de l'hormonothérapie féminisante d'un

35 CEDH 6 février 2001 *Bensaïd c. / RU*, n° 44599/ 98 ; v. aussi la décision de recevabilité de la Commission 8 septembre 1996 *Bambam Bambam c./ France*, req. 30930/ 96.

36 CE 23 janvier 1997 *Mohamed Achbab c./ France*, req. n° 31362.

37 S. Sarolea, Étude comparée sur la protection subsidiaire - Belgique, in D. Bouteillet-Paquet (Dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'Union européenne : un complément à la Convention de Genève ?*, p. 326-329.

38 V. jurisprudences européennes précitées, note 28 ; cette jurisprudence a été étendue par le juge administratif aux risques d'excision de deux jeunes filles en cas de renvoi de leur mère dans le pays d'origine : TA 12 juin 1996 *Condé*, n° 95-00127 ; v. H. Fourteau, L'annulation d'un arrêté de reconduite à la frontière fondée sur la menace d'excision constitutive d'un traitement contraire à l'art. 3 de la Conv. EDH, *LPA* 16 octobre 1996, n° 126, p. 18-24 ; M. Levinet, L'art. 3 de la Conv. EDH et l'excision, *RTDH* 1996, p. 695-720 ; F. Vasseur, Une étrangère ne peut être renvoyée dans son pays d'origine où ses filles risqueraient d'être excisées, *Dalloz* 1998, Som. com., p. 304 ; F. Julien-Laferrère, *Dalloz* 1998, Som. com., p. 16.

39 Il y a une différence entre la mesure de reconduite à la frontière et la décision fixant le pays de renvoi.

40 CRR 15 mai 1998 *O. Rec. CRR*, p. 37.

41 CE 11 mai 2003 *Djamai*, req. n° 2425313 ; CE 6 juin 2003 *Gourari*, req. n° 251081 ; CE 16 mai 2003 *Préfet de Police c./ Tsoko*, req. n° 248408.

42 S. Boissard, concl. sous CE 28 avril 2000, *Mboume* ; sur le pronostic vital, v. TA 8 décembre 2003, *Ratefinanahar*, req. n° 03-4208.

transsexuel ayant subi une intervention chirurgicale pouvait affecter « l'équilibre psychologique de la personne »⁴³. Dans ce cas, la gravité de l'état de santé serait exceptionnelle. En revanche, elle estimait, si l'individu n'avait pas procédé à une intervention chirurgicale, que 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. En l'espèce, 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 transsexualisme⁴⁴.

Dans la première décision du 30 juin 2003, le juge administratif avait considéré que si M. Kamal B. avait bien produit des certificats médicaux⁴⁵, ces derniers ne lui permettaient pas d'apprécier la gravité des risques pour sa santé due à une éventuelle interruption de l'hormonothérapie féminisante. Pourtant, l'intéressé avait présenté des pièces faisant « état de changements physiques importants et de troubles de l'identité sexuelle ayant été à l'origine d'épisodes dépressifs graves » : mais malgré cela, le juge administratif avait demandé l'avis d'un expert médical, devant établir la nature et la gravité des risques d'une suspension de traitement, afin de se prononcer ensuite sur le fond, grâce à de nouvelles données médicales.

Ce recours à l'expertise médicale traduit les difficultés rencontrées par le juge administratif pour se prononcer sur ce cas inaccoutumé⁴⁶. Il est certain qu'avec l'hormonothérapie féminisante, le juge se trouve face à une hypothèse rarement rencontrée dans sa jurisprudence. Il est en effet plus « facile » pour lui d'établir la gravité de l'état de santé qui résulte d'affections de longue durée⁴⁷ telles que le SIDA, l'hépatite B⁴⁸ et C, la tuberculose, le diabète, l'insuffisance rénale, les cancers⁴⁹... A titre d'illustration, les juges administratif et européen ont admis que la suspension de la trithérapie (AZT) pour un étranger malade du SIDA pouvait entraîner des conséquences extrêmement graves sur le patient, et que cela constituait donc un traitement inhumain contraire à l'article 3 de la CEDH⁵⁰.

Le rapport d'expertise rendu le 8 janvier 2004 montre que le traitement d'hormonothérapie féminisante a été pris « sur une décision personnelle, hors de toute analyse psycho-comportementaliste et sans aucun bilan préalable »⁵¹. Selon les conclusions du commissaire du Gouvernement Devys rendues lors de la décision du 28 avril 2004, le rapport « n'apporte pas la preuve qu'il ait présenté dès son arrivée en France des troubles entrant dans le cadre d'un syndrome de transsexualisme que ce soit dans sa forme primaire comme secondaire à une pathologie mentale définie ». Ainsi, dans sa décision du 28 avril 2004, le juge administratif formule deux observations. Il relève tout d'abord l'absence initiale de suivi médical pour la prise d'hormones féminisantes avant de souligner, lui aussi, que le traitement n'était pas « une indication thérapeutique » mais « un choix personnel ». En effet, l'énoncé des articles 12 bis 11 ou 25 alinéa 8 évoque une « prise en charge médicale », ce qui suppose qu'il y ait donc un suivi médical ; dans le cas d'espèce, ceci suppose que l'étranger justifie d'un diagnostic médical prouvant le syndrome de transsexualisme ou qu'il ait souscrit un protocole d'évaluation d'une demande de transformation hormono-chirurgicale (THC) et suppose, surtout, qu'il suive le traitement thérapeutique correspondant.

Au regard du rapport d'expertise, le Commissaire Devys constate que le traitement d'hormonothérapie féminisante suivi par M. Kamal B. a entraîné « des résultats indéniables avec une transformation féminisante des caractères sexuels ». Le rapport d'expertise souligne néanmoins que l'arrêt du traitement

43 P. Fombeur, conclusions précitées.

44 Mme Fombeur estimait 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.

45 Il avait produit un certificat médical d'un médecin généraliste affirmant qu'il était transsexuel depuis six ans et sous traitement hormonal depuis deux ans, un certificat d'un médecin psychologue attestant qu'il présentait un transsexualisme typique primaire, enfin un troisième certificat montrant qu'il subissait des séances de laser destinées à obtenir une épilation définitive du visage (v. les concl. précitées de P. Fombeur).

46 V. cependant CE, 27 juin 2003, *M. Alessandro X*, req. n° 249512, CE, 11 décembre 2002, *M. Jorge X*, req. n° 243168. et CE 30 juin 2003, *Préfet du Val d'Oise c./ M. Martillo Jarrin*, req. n° 248215.

47 V. la liste des trente affections de longue durée.

48 TA 8 décembre 2003, *Ratefinanahar*, n° 03-4208 (hépatite B) ; CE 8 mars 2004, *Ahmed Abdel Hadi Ahmed* (hépatite C).

49 CE 6 juin 2003 *Préfet du val d'Oise c./ N Diaye*, req. n° 246557 (traitement consécutif à une opération d'une tumeur à l'œil).

50 TA Versailles, 26 septembre 1996, *affaire B. B.*, 963227 et 963328 et CEDH *D. c./ RU*, 2 mai 1997, req. n° 30240/96 ; sur le diabète, v. la décision du CE 21 mai 2003, *M. Fodil X.*, req. n° 245313.

51 G. Devys, conclusions précitées.

n'entraînerait pas chez M. Kamal B. des conséquences sur le plan physiologique mais certainement sur le plan psychologique. A partir de ces données, le juge administratif établit que l'interruption⁵² de ce traitement est « possible sur le plan physiologique » et qu'elle n'entraîne pas des effets irréversibles (« dont les effets sont en grande partie réversibles »). De plus, il estime que les conséquences psychologiques ne sauraient être suffisamment graves pour annuler la reconduite à la frontière ou entraîner la délivrance d'un titre de séjour. L'interruption de l'hormonothérapie féminisante suivie par M. Kamal B. n'emporte donc pas de conséquences psychologiques d'une exceptionnelle gravité.

En définitive, les arguments selon lesquels l'hormonothérapie féminisante est un traitement contraignant, irréversible et qui exige durée et régularité des soins n'ont pas été retenus : le juge infirme donc la décision du 15 octobre 2002 rendue par le Tribunal administratif de Paris.

Cette décision confirme en revanche la jurisprudence antérieure relative à ce type de traitement⁵³ ; en effet, le juge administratif n'a jamais eu l'occasion d'établir l'exceptionnelle gravité due à l'interruption d'une hormonothérapie féminisante. Néanmoins, cette affaire permet de connaître davantage les éléments qui conditionnent l'exceptionnelle gravité de l'interruption d'un traitement médical.

B) L'absence d'un traitement approprié dans le pays de renvoi

La deuxième difficulté à laquelle doivent faire face les étrangers consiste à apporter la preuve de l'absence de traitements appropriés dans le pays de renvoi. Dans l'affaire *Karagoz c./ France*, la Cour européenne donnait quelques précisions sur ce qu'elle entendait par « traitement approprié » : c'est « la vérification de la possibilité, pour la personne concernée, de se procurer les médicaments adéquats à son état de santé et par l'examen partant sur le point de savoir si son état de santé nécessite des soins d'une nature si particulière qu'elle la placerait dans une situation différente de celle vécue par d'autres ressortissants du pays de destination souffrant de semblables maux »⁵⁴. Le juge administratif retient aussi ce raisonnement.

Toutefois, la situation sanitaire variant d'un pays à un autre⁵⁵ le juge administratif n'a pas de jurisprudence précise en la matière : il procède au cas par cas. Selon les pathologies, il cherche si le traitement approprié existe dans le pays de renvoi ; il examine les possibilités pour l'étranger d'y poursuivre « effectivement »⁵⁶ et concrètement⁵⁷ les soins dont il a besoin : l'état des structures de soins et des équipements, la compétence du personnel soignant, le coût des traitements par rapport au niveau de vie⁵⁸, la distance entre le domicile et l'hôpital, la capacité d'accès aux soins. Le juge tient compte de tous ces paramètres pour rendre ses décisions. Il a estimé par exemple que le traitement n'était pas approprié dans le pays de renvoi parce que les antibiotiques que devait prendre un étranger n'étaient pas tous disponibles sur le marché international⁵⁹. De même, il a accepté de délivrer la carte de séjour pour raison médicale à une ressortissante étrangère qui présentait une affection psychiatrique grave nécessitant une prise en charge de longue durée (elle devait être suivie au Centre Primo Levi ou dans un centre ethnopsychiatrique) qu'elle ne pouvait trouver dans le pays dont elle était originaire⁶⁰.

L'hormonothérapie féminisante entreprise dans une optique de traitement médical n'est pas un

⁵² Non interruption d'un traitement continu et régulier que doit recevoir un étranger schizophrène : v. CE 25 février 2004, *Ballakehal*, req. n° 257610.

⁵³ CE 11 décembre 2002, *M. Jorge Xuaman Velasquez* (précité) ; CE 27 juin 2003 *M. Alessandro X.* (précité) et CE 30 juin 2003, *Préfet du Val d'Oise c./ M. Martillo Jarrin* (précité).

⁵⁴ CEDH 15 novembre 2001 *Karagoz c./ France*, n° 47531/99.

⁵⁵ CE 30 novembre 1999 *N' Satou*, req. n° 200065 (sur le diabète insulino-dépendant et le Congo) ; sur un traitement contre la stérilité, CE 21 février 2000, *Mme Jelassi*, req. n° 202205 ; CE 30 juillet 2003 *Préfet d'Ille-et-Vilaine*, req. n° 245441 : pas d'élément dans le dossier montrant qu'il ne pouvait pas bénéficier d'un traitement de substitution aux produits de stupéfiants en Pologne.

⁵⁶ CE 20 décembre 2000, *M. Rahimi*, req. n° 220458 ou CE 28 juillet 2000, *Préfet des Hauts de Seine c./ M. Ben Hachen*, req. n° 205999 ; CAA Douai 28 février 2002 *Mme Fanta c./ Préfet de la Seine Maritime*, n° 01DA00015.

⁵⁷ V. Circulaire du 12 mai 1998 : « un examen concret et non théorique ».

⁵⁸ En revanche, le seul caractère onéreux du traitement ne suffit pas à établir que les soins ne pouvaient pas être effectivement dispensés : CE 30 juillet 2003 *Tarcus*, req. n° 251769.

⁵⁹ CE 5 mai 2003 *M. Mohammed X.*, req. n° 251135 ; *a contrario*, la présence de médicaments génériques pour soigner le SIDA, dans le pays de renvoi (Brésil), suffit à considérer comme adéquat le traitement, et ce, alors que l'étranger malade n'a plus de domicile ni de soutien familial dans le pays d'origine. (<http://www.actupp.org/article348.html>).

⁶⁰ CAA Douai, 28 février 2002, *Mme Fanta Tall*, n° 01DA00012 ; en revanche, pour un exemple de traitement dans le pays d'origine : CE 27 juin 2003, *Mme Fadma X.*, req. n° 251022.

traitement existant dans tous les pays. Il se peut qu'en Algérie ou au Maroc⁶¹, M. Kamal B. n'avait pas la possibilité de poursuivre ce traitement dans les mêmes conditions qu'en France. Mais en l'espèce l'analyse de cette seconde exigence n'était pas utile : dans la mesure où l'exceptionnelle gravité de l'interruption de l'hormonothérapie féminisante n'avait pu être établie, le juge n'a pas eu à rechercher l'existence de ce traitement dans le pays d'origine : ce, d'autant plus que, selon l'expert, la poursuite du traitement ne nécessite aucune contrainte médicale particulière.

En définitive, ainsi que cela a été mentionné précédemment, si M. Kamal B. ne peut prétendre à une protection pour raison médicale, le juge administratif retient toutefois le fondement de l'atteinte à l'article 3 de la CEDH pour annuler la décision fixant le pays de renvoi vers l'Algérie en raison des risques qu'il court en tant que transsexuel⁶². C'est dire que s'il ne peut ni se voir délivrer un titre de séjour pour raison médicale ni invoquer une protection contre la mesure de reconduite à la frontière, il bénéficie cependant, paradoxalement, d'une garantie de non-éloignement vers l'Algérie, pays dans lequel il risque de subir des traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la CEDH ; en revanche, la reconduite à la frontière vers le Maroc reste possible.

En toute hypothèse, cette affaire a le mérite de soulever un problème important auquel doit faire face le juge administratif. En effet, il doit évaluer le plus justement possible la situation médicale du requérant à la lumière des exigences de l'article 25 alinéa 8 en cas d'éloignement ou de l'article 12 bis 11 lorsqu'il s'agit d'une demande de carte de séjour. Ce contrôle devient désormais très technique et implique un raisonnement médical lors de l'évaluation de l'exceptionnelle gravité de l'état de santé ou du traitement adéquat : en l'espèce, l'expertise médicale lui a permis de prendre position sur ce type de traitement et de trancher le litige.

Cette affaire apporte également des indications importantes sur la garantie de non-éloignement en cas de risques de persécution sur des transsexuels lors du renvoi dans leur pays d'origine. Le juge administratif confirme ici la jurisprudence de la Commission de recours des réfugiés développée à propos du statut du réfugié, mais il permet surtout d'élargir la protection de l'article 3 de la CEDH à des étrangers n'ayant pas demandé le statut conventionnel.

Cette décision a donc le mérite d'apporter une pierre supplémentaire à l'édification d'un « asile sanitaire » ainsi que, au delà, à l'élaboration d'un « droit prétorien » du transsexualisme⁶³.

61 Des opérations chirurgicales sur des transsexuels sont pratiquées au Maroc, mais le traitement hormono-chirurgical français ne s'effectue certainement pas dans les mêmes conditions. En tout cas, en Algérie, le traitement hormonal médical dans l'optique d'un changement de sexe risque d'être difficile.

62 Comme le relève très justement M. Devys dans ses conclusions, peu importe que M. Kamal B. ne soit pas transsexuel au sens clinique du terme : l'image qu'il renvoie suffit pour qu'il risque de subir des persécutions en Algérie.

63 CE 23 juin 1997 *O.*, req. 171858 ; CRR 15 mai 1998 *O. rec. CRR*, p. 37 ; CEDH 25 mars 1992, *B. c/ France*, série A n°232-C ; Cass. plén. 11 décembre 1992, *René X., Marc X.* ; CEDH 11 juillet 2002 *Christine Goodwin, c./ RU*, req. 28957/95.