

La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 43, 19 Octobre 2009, 2244

Le préfet, le médecin, et le droit au séjour des étrangers malades : quelles garanties déontologiques et procédurales ?

Commentaire par Serge Slama

maître de conférences en droit public - Université Evry-Val-d'Essonne (Centre Léon Duguit)

et Benjamin Demagny

juriste au Comede (Comité médical pour les exilés)

Sommaire

Par cet avis sur une question de droit, le Conseil d'Etat met fin à une jurisprudence divergente des cours administratives d'appel sur les conséquences de l'absence d'identification complète des médecins inspecteurs de santé publique dans les avis qu'ils transmettent aux préfets lors de l'instruction des demandes d'admission au séjour pour raison médicale. L'avis contribue non seulement à garantir l'autonomie et l'application indivisible des règles de la déontologie mais aussi à fonder l'obligation d'identification de ces médecins sur les dispositions du code des étrangers.

CE, avis, 19 juin 2009, n° 325913, Monir Hossain : JurisData n° 2009-075621

(...)

o En vertu du 11e alinéa de l'article 12 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, applicable à la date du refus contesté devant la cour administrative d'appel de Paris et désormais codifié à l'article L. 313-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, la décision de délivrer à un étranger malade résidant habituellement en France une carte de séjour temporaire « vie privée et familiale » est prise par l'autorité administrative, après avis du médecin inspecteur de la santé publique compétent au regard du lieu de résidence de l'intéressé ou, à Paris, du médecin, chef du service médical de la préfecture de police. L'article 7-5 du décret du 30 juin 1946 réglementant les conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, alors applicable et aujourd'hui codifié à l'article R. 313-22 du même code, prévoit que cet avis est émis « dans les conditions fixées par arrêté du ministre chargé de l'Immigration et du ministre chargé de la Santé au vu, d'une part, d'un rapport médical établi par un médecin agréé ou un médecin praticien hospitalier et, d'autre part, des informations disponibles sur les possibilités de traitement dans le pays d'origine de l'intéressé ». L'arrêté du 8 juillet 1999 relatif aux conditions d'établissement des avis médicaux concernant les étrangers malades, pris pour l'application de ces dispositions, prévoit notamment que le rapport médical du médecin agréé ou du praticien hospitalier est adressé sous pli confidentiel au médecin inspecteur de la santé publique ou au médecin chef de la préfecture de police, qui conserve ce rapport et transmet son avis à l'autorité préfectorale.

o L'article 76 du décret du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, applicable à la date du refus contesté et désormais codifié à l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique, prévoit que : « *L'exercice de la médecine comporte normalement l'établissement par le médecin, conformément aux constatations médicales qu'il est en mesure de faire, des certificats, attestations et documents dont la production est prescrite par les textes législatifs et réglementaires. / Tout certificat, ordonnance, attestation ou document délivré par un médecin doit être rédigé lisiblement en langue française et daté, permettre l'identification du praticien dont il émane et être signé par lui. Le médecin peut en remettre une traduction au patient dans la langue de celui-ci* ».

o Les exigences prévues par cet article sont au nombre des règles professionnelles que les médecins inspecteurs de santé publique doivent respecter en vertu des dispositions de l'article R. 1421-14 du même code. Aussi incombe-t-il à ces médecins inspecteurs de s'y conformer lorsqu'ils rédigent, à l'intention du préfet, l'avis prévu par l'article L. 313-11 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile.

o Les prescriptions de l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique ne régissent toutefois pas la procédure administrative au terme de laquelle le préfet prend sa décision. La régularité de cette procédure implique seulement, pour respecter les prescriptions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, que les documents soumis à l'appréciation du préfet comportent l'avis du médecin inspecteur de la santé publique et, à Paris, du médecin chef de la préfecture de police et soient établis de manière telle que, lorsqu'il statue sur la demande de titre de séjour, le préfet puisse vérifier que l'avis au regard duquel il se prononce a bien été rendu par le médecin inspecteur de la santé publique compétent. L'avis doit, en conséquence, permettre l'identification du médecin inspecteur dont il émane et être signé par lui. L'identification de l'auteur de cet avis prévu à l'article L. 313-11 de ce code constitue ainsi une formalité substantielle dont la méconnaissance est susceptible d'entacher l'ensemble de la procédure. (...)

Note :

Quels rapports les règles de déontologie médicale et de procédure administrative entretiennent-elles dans le dispositif d'admission au séjour des étrangers pour raison médicale ? C'est à cette intéressante question qu'a dû répondre le Conseil d'État saisi pour avis par la cour administrative d'appel de Paris sur le fondement de l'article L.113-1 du Code de justice administrative.

Depuis la loi du 11 mai 1998, une carte de séjour temporaire mention « vie privée et familiale » doit être délivrée à l'étranger résidant habituellement en France « *dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner pour lui des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'il ne puisse effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire* » (Ord. 2 nov. 1945, art. 12 bis 11° aujourd'hui codifié C. étrangers, art. L. 313-11-11° et reprise à l'article 6-7° de l'accord franco-algérien).

Selon les textes applicables, la décision du préfet doit être prise après avis du médecin inspecteur de santé publique (ci-après le « MISP ») compétent au regard du lieu de résidence de l'intéressé ou, à Paris, du médecin chef du service médical de la préfecture de police (ci-après « le médecin chef »). Or, ces dernières années, il est apparu que cet avis médical n'est plus systématiquement signé par le MISP ou le médecin chef ou, en tout cas, ne comporte plus toujours de signature ou de mention lisible permettant d'en identifier son auteur et la qualité de celui-ci - comme c'était le cas en l'espèce.

Pourtant, l'article 76 alinéa 2 du décret du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale (C. santé publ., art. R. 4127-76) prévoit que : « *tout certificat, ordonnance, attestation ou document délivré par un médecin doit être rédigé lisiblement en langue française et daté, permettre l'identification du praticien dont il émane et être signé par lui (...)* ».

Dès lors, on pouvait se demander si le manquement à une telle règle déontologique était directement invocable lors d'un contentieux sur le séjour ou l'éloignement des étrangers malades ou si au contraire, relevant d'une législation indépendante, il était sans effet sur la légalité des procédures et décisions administratives. Et dans la première hypothèse, si un tel vice était régularisable par la preuve que l'avis avait bien été rendu par le médecin compétent.

L'enjeu portait également sur la qualification à donner à l'avis médical émis dans le cadre de cette procédure - acte médical individuel soumis au Code de déontologie ou simple acte préparatoire à l'élaboration d'une décision administrative prise par le préfet ou, comme va le considérer le Conseil d'État, les deux en même temps.

La question de droit n'était à vrai dire pas réellement « nouvelle » pour la juridiction administrative, celle-ci étant plutôt confrontée à une profusion de positions discordantes de la part des cours administratives d'appel dans un contexte difficile pour les médecins inspecteurs de santé publique (et médecin chef à Paris) (1). Pour y mettre fin, le Conseil d'État affirme la pleine et indivisible application de la déontologie médicale à ces médecins tout en dégagant une solution originale assurant à la fois l'autonomie des règles déontologiques et l'application de garanties procédurales inhérentes au processus décisionnel résultant du Code des étrangers (2).

1. Un avis mettant fin à des discordances jurisprudentielles dans un contexte difficile pour les médecins inspecteurs

L'avis du Conseil d'État s'inscrit dans le contexte d'une jurisprudence abondante et divergente des cours administratives d'appel (A) et vient constituer un frein à la bureaucratisation grandissante de l'intervention des MISP dans le dispositif d'admission au séjour pour raison médicale et aux pressions exercées sur eux par les services de la police de l'immigration (B).

A. - Une jurisprudence abondante et divergente des cours administratives d'appel

Plusieurs cours administratives d'appel avaient jugé à de multiples reprises que, par leur généralité, les dispositions déontologiques inscrites dans le Code de la santé publique étaient applicables à l'avis médical émis par le MISP dans le cadre de la procédure d'admission au séjour pour raison médicale. Elles considéraient en outre que la méconnaissance de ces règles déontologiques rendait en elle-même la procédure administrative irrégulière. En présence d'un avis médical non signé ou ne comportant pas les nom, prénom et qualité de son auteur, il en résultait l'annulation systématique pour violation des dispositions de l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique des décisions de refus d'admission au séjour pour soins ou des mesures d'éloignement subséquentes (*CAA Lyon, 8 févr. 2007, n° 06LY00910, Halim X.* : à partir de cette décision jusqu'à fin 2007, on dénombre sur *Légifrance* une quinzaine de décisions cette cour concernant des décisions de la préfecture de l'Isère dans le même sens. - *CAA Douai, 30 mai 2007, n° 07DA00045, Préfet Seine-Maritime c/ Habiba X.* : *AJDA 2007, p.1463, comm. P. Le Garzic*) ou encore un arrêté ministériel abrogeant un arrêté d'assignation à résidence comportant la mention « PO » (pour ordre), une signature illisible et ne mentionnant pas les nom et prénom de son auteur (*CAA Paris, 4e ch., 4 déc. 2007, n° 07PA01361, Arslan c/ Min. Intérieur*). Et, lorsque l'avis comportait l'identification du praticien et sa signature, conformément à ces dispositions, ce premier courant jurisprudentiel confirmait la légalité de la décision administrative après avoir examiné le grief « fondé en droit » mais « manquant en fait » (*CAA Versailles, 30 déc. 2008, n° 08VE01414, Préfecture Seine St Denis c/ Camara.* - ; *CAA Nantes, 31 octobre 2008, n° 08NT00815, Saleem c/ Préfet du Loiret.* - *CAA Lyon, 30 octobre 2008, n° 08LY00855, Nadia X.*).

Néanmoins, plusieurs formations de jugement de la cour administrative d'appel de Paris adoptaient une position inverse. Certaines se contentaient de préciser que ce moyen était « inopérant » (*CAA Paris, 5e ch., 27 mars 2008, n° 07PA04649, Djinadou c/ Préfet Police Paris*) ou, même, que « ni l'arrêté susvisé du 8 juillet 1999 (...) ni aucun autre texte ne prévoit que l'avis (...) doit comporter les noms, prénoms et qualités de ce médecin » (*CAA Paris, 31 déc. 2007, 6e ch., n° 07PA01554, Préfecture Police Paris c/ Sako. - CAA Paris, JRF, 15 mai 2007, n° 06PA04117, Parfait Séa X*). De manière plus explicite, la première chambre avait estimé que la circonstance que l'avis ne ferait pas apparaître le nom et la qualité du médecin signataire était « par elle-même sans conséquence sur la décision prise sur cet avis qui n'a pas pour conséquence de lier la compétence de l'autorité administrative, ni l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique, qui ne trouve à s'appliquer qu'aux seuls praticiens, ce que n'est pas, lorsqu'elle émet l'avis en cause, l'autorité médicale désignée par l'article L. 313-11 du CESEDA, ni aucune autre disposition législative ou réglementaire n'ayant pour effet d'imposer cette obligation » (*CAA Paris, 1re ch., 12 févr. 2009, n° 08PA01975, Préfet Police Paris c/ Mohamed X*). Mais le plus souvent, la motivation retenue pour rejeter ce grief était que « les dispositions du Code de déontologie médicale codifiées à l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique ne trouvent pas à s'appliquer aux avis émis par le médecin, chef du service médical de la préfecture de police, qui ne sont pas au nombre des documents, certificats et attestations que le médecin délivre à un patient après l'avoir examiné et ainsi constaté médicalement les observations consignées dans ces documents, certificats et attestations » (*CAA Paris, 3e ch., 7 nov. 2007, n° 07PA00672, Préfecture Police Paris c/ Singh. - CAA Paris, 6e ch., 31 déc. 2007, n° 06PA03291, Wijesinghe Arachchige c/ Préfecture Police Paris. - CAA Paris, 6e ch., 4 mars 2008, n° 07PA01636, Préfecture Police Paris c/ Merzougui, - CAA Paris, 7e ch., 21 nov. 2008, n° 07PA03340, Préfecture Police Paris c/ Nouri*).

Le Conseil d'État avait eu lui-même l'occasion de se prononcer sur ce moyen. Saisi en cassation d'une ordonnance de référé ayant suspendu un refus de renouvellement d'admission au séjour pour soins, il avait adhéré au premier courant jurisprudentiel en estimant que la méconnaissance de l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique - en présence d'un avis médical non signé ne permettant d'identifier ni le nom ni la qualité de son signataire - était bien, comme l'avait estimé le juge des référés, de nature à créer un doute sérieux sur la régularité de la procédure (*CE, 16 juin 2008, n° 295226, Min. Intérieur c/ Abrogoua*). Mais cette décision de sous-section jugeant seule, non publiée au Lebon, n'avait pas suffi à mettre bon ordre dans la jurisprudence.

Ces discordances jurisprudentielles sur la qualification juridique de l'avis des médecins inspecteurs de santé publique sont en fait indissociables d'un contexte de mise en difficulté de leur intervention dans la procédure d'admission au séjour pour raison médicale (V. *Observatoire du Droit à la Santé des Étrangers, La régularisation pour raison médicale en France - un bilan de santé alarmant, mai 2008*).

B. - Des médecins inspecteurs de santé publique sous pression bureaucratique

Ces difficultés trouvent d'abord leur origine dans un manque croissant de moyens matériels et humains des MISP pour exercer leur mission de délivrance des avis médicaux aux préfets. En effet, la durée des titres de séjour délivrés aux étrangers n'excédant jamais un an, les personnes atteintes de maladie chronique doivent en demander chaque année le renouvellement. Dans la mesure où ces renouvellements s'ajoutent aux premières demandes, le nombre annuel d'avis demandés augmente régulièrement depuis 1998 sans que cette montée en charge n'ait été suivie d'une augmentation proportionnelle des moyens des MISP pour y répondre. Une telle situation a notamment conduit à la délégation de cette fonction à des médecins vacataires de la préfecture en méconnaissance d'une stricte application des règles de compétence déterminées par l'article L. 313-11-11° du Code des étrangers prévoyant l'examen des dossiers médicaux indivi-

duels des étrangers malades par un « *médecin inspecteur de santé publique compétent au regard du lieu de résidence de l'intéressé ou à Paris du médecin chef du service médical de la préfecture de police* » .

Mais, cet affaiblissement s'explique aussi par l'emprise des services de l'immigration sur l'action de ces médecins et contre laquelle une partie d'entre eux s'est publiquement mobilisée depuis 2006 en réaffirmant l'obligation déontologique d'indépendance des MISP dans l'exercice « d'un acte médical auquel s'appliquent toutes les règles professionnelles » (Lettre du Syndicat des Médecins Inspecteurs de Santé publique adressée le 28 septembre 2007 à la ministre de la Santé et reprise dans *Le Monde* du 23 novembre 2007).

Car les enjeux attachés à ces avis médicaux ne sont pas négligeables. La défiance à l'égard des MISP a été exprimée lors des débats parlementaires de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 puisque le rapporteur au Sénat est allé jusqu'à faire état de prétendus « dérives manifestes dans certains départements » où certains MISP auraient, « par manque de temps, de compétence ou de moyens » accepté « presque systématiquement de donner un avis favorable sur la simple présentation de certificats médicaux (...) » (*M. Courtois, Rapp. Sénat, n° 1, 1er oct. 2003*). Comme le note le directeur du Comité médical pour les exilés (Comede): « si l'on veut maîtriser l'immigration, il faut pouvoir maîtriser les médecins qui interviennent auprès des étrangers » (*A. Veïsse, Aux bons soins du droit d'asile, Pratiques, n° 46, juill. 2009, p. 36*).

Ce texte a néanmoins garanti par la loi leur intervention dans la procédure alors que jusque-là elle résultait de textes réglementaires (*D. n° 99-352, 5 mai 1999 modifiant D. 30 juin 1946 et A. 8 juill. 1999*).

Et les pressions exercées sur les MISP produiront leurs effets puisque, entre 2004 et 2007, on constatera à droit constant une diminution du nombre des premières cartes de séjour temporaire délivrées pour raison médicale de 7 580 à 5 666 (*Comité interministériel de contrôle de l'immigration, Les orientations de la politique de l'immigration, 5e rapport, Doc. fr., 2008, p.68*) ainsi qu'une tendance générale à ce que « les taux d'accord les plus défavorables concernent les pays dont les ressortissants sont les plus nombreux à déposer une demande de titre de séjour pour raison médicale » (*Comede, Rapport d'observation et d'activité, 2008*), montrant ainsi le mélange des genres entre protection sanitaire et préoccupation de maîtrise des flux migratoires (*C. Cournil, Quand les politiques migratoires « contaminent » l'accueil sanitaire et l'accès aux soins des étrangers... : RTDH 2007, p. 1017 et s.*).

Le Comité interministériel de contrôle de l'immigration (Cici) diffuse aussi en 2007 auprès des MISP des « fiches-pays » qui, selon les praticiens, indiquent la seule existence des traitements dans les pays d'origine et leur recommandent, en contradiction avec la loi, de ne pas tenir compte de l'accessibilité effective aux soins. Pour Christel Cournil, cela revient ainsi à poser « *des présomptions de disponibilité de soins dans certains pays, établissant ainsi une liste de "pays de soins sûrs"* » comme il existe dans le domaine de l'asile des « pays d'origine sûrs » (*C. Cournil sous CE, 14 févr. 2007, n° 281220, M. H. : AJDA 2007 p. 1135*).

Ces « fiches pays » sont critiquées car les « médecins employés par les ministères de l'Immigration et des Affaires étrangères seront mis à contribution pour élaborer et mettre à jour ces fiches et ces recommandations, parfois sans en connaître l'objectif ni les conséquences. Les recommandations émises par le ministère de la Santé, plus sensible aux questions de protection des malades et plus éloigné des logiques de maîtrise de l'immigration, ne seront pas suivies par le Cici » (*A. Veïsse, art. préc. - V. aussi, Le médecin, la santé et le séjour des étrangers : Plein droit (revue du Gisti), 2006, n° 69*).

La multiplication des avis médicaux ne permettant pas d'identifier le nom et la qualité de leur auteur reflète ainsi le contexte de « bureaucratisation » et d'affaiblissement de l'intervention du MISp ou du médecin chef dans le dispositif d'admission au séjour pour raison médicale. Sa mission menace, au regard d'un dossier médical pré-instruit par un médecin vacataire de la préfecture, de se transformer en une application « neutre » des préconisations des « fiches pays » élaborées sans transparence par le ministère de l'Immigration au détriment d'un examen médical individuel du dossier conforme aux principes de la déontologie médicale.

Ce durcissement français s'inscrit dans un contexte européen qui lui-même est difficile (V. *CEDH, gde ch., 27 mai 2008, n° 26565/05, N. c/ Royaume-Uni. - V. F. Julien-Laferrrière, L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? : RTDH 2009, p. 261*).

C'est dans ce contexte préoccupant que le Conseil d'État va réaffirmer l'autonomie des règles déontologiques et leur pleine application aux MISp, tout en considérant impératif leur identification sur l'avis médical sur le fondement de garanties procédurales rattachées directement au Code des étrangers.

2. Une affirmation de l'autonomie des règles déontologiques et de garanties procédurales inhérentes au processus décisionnel

Dans son avis, le Conseil d'État aboutit à une solution favorable à la protection des garanties déontologiques et procédurales accordées aux étrangers tout en suivant un autre cheminement que celui retenu jusqu'ici par les cours administratives d'appel.

Il va en effet estimer que les médecins inspecteurs de santé publique (et le médecin chef à Paris) sont des médecins et, comme tout médecin, soumis de manière autonome à l'ensemble du Code de déontologie médicale (A). Mais il va aussi considérer que, si la sanction du respect de ces règles déontologiques est autonome par rapport au contrôle de la régularité de la procédure administrative, il n'en reste pas moins que les dispositions du Code des étrangers elles-mêmes obligent le préfet non seulement à saisir ces médecins mais aussi à vérifier que l'avis a bien été rendu par l'autorité médicale compétente grâce à l'identification, par signature et mention, du nom et de la qualité de son auteur (B).

A. - L'application indivisible et autonome de la déontologie médicale

Questionné sur le point de savoir si « les exigences formelles du 2e alinéa de l'article 76 du Code de déontologie médicale ne s'appliqueraient pas à l'avis médical du médecin inspecteur de santé publique lequel, n'étant pas délivré au patient après son examen médical, constituerait un document interne à l'administration, aux fins d'assurer le strict respect du secret médical », le Conseil d'État ne se laisse pas entraîner sur le terrain étroit de la qualification juridique de l'avis médical du MISp au regard des seules dispositions de l'article 76 alinéa 2 du Code de déontologie médicale (*C. santé publ., art. R. 4127-76*). Il préfère s'en référer aux principes généraux de l'article R. 1421-14 du Code de la santé publique faisant obligation aux médecins « dans l'exercice de leurs fonctions de veiller au respect du secret médical et des règles professionnelles ». Il en déduit que « les exigences prévues par l'article 76 alinéa 2 du Code de déontologie médicale sont au nombre des règles professionnelles que les médecins inspecteurs de santé publique doivent respecter (...) lorsqu'ils rédigent à l'intention du préfet l'avis prévu par l'article L. 313-11-11° du CESEDA », tout en ajoutant que ces mêmes exigences « ne régissent toutefois pas la procédure administrative au terme de laquelle le préfet prend sa décision ».

Le Conseil d'État réaffirme ainsi l'indivisibilité de la déontologie médicale : l'avis donné par le MISP ou le médecin chef - alors même qu'il n'est le plus souvent pas inscrit au Conseil de l'Ordre - constitue l'exercice professionnel d'un acte de médecine. Doivent donc être respectés non seulement le secret médical mais aussi toutes les règles de la déontologie médicale dont les exigences formelles de signature et d'identification du médecin garantissant les principes fondamentaux d'indépendance et de responsabilité professionnelle (V. *C. santé publ., art. R. 4127-5 et R. 4127-95*). En garantissant ainsi par l'application de la déontologie médicale le respect des droits des malades dans la procédure d'admission au séjour pour raison médicale, le Conseil d'État ne fait d'ailleurs que suivre l'esprit de ce dispositif inchangé depuis 1998 et bien résumé par la circulaire ministérielle n° 2000-248 du 5 mai 2000 rappelant que le MISP « est apparu le professionnel le plus qualifié pour garantir la qualité et l'efficacité de la procédure dans le respect des droits de la personne » et qu'il est « le garant de la régularité de la procédure et en particulier du respect des droits de la personne malade (...) ».

Et en réaffirmant l'autonomie des règles de déontologie médicale et des sanctions de leurs violations, le Conseil d'État ne fait que rappeler l'essence même de la déontologie qui constituée « une manifestation d'autonomie du groupe dans la société » (*E. Caussin, Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit : LGDJ, 1993, V° Déontologie*) ; c'est l'affirmation d'une « loi privée au sein de l'État » (*V. J. Moret-Bailly, Déontologie, in L. Cadiet (dir.), Dictionnaire de la justice : PUF, 2004, p. 329*). De la même façon, la Cour de cassation dissocie la faute civile et le manquement à une règle déontologique (*R. Encinas de Munagorri, Les sources positives de la déontologie (à propos des avocats) : RTD civ. 2007, p. 67*. - V. aussi *P. Sargos, La révolution éthique des codes de déontologie des professions médicales et ses conséquences juridiques et judiciaires : Dalloz 2007, p. 811*).

L'avis du Conseil d'État devrait ainsi rassurer les MISP qui s'interrogent sur leur place dans le dispositif d'admission au séjour pour raison médicale et qui appellent à la restauration « de leur capacité d'émettre des avis en toute indépendance (...) afin de maintenir la séparation des différents temps qui ponctuent l'élaboration de la décision » (V. l'article de *J. Montigny, Syndicat des Médecins Inspecteurs de Santé Publique (SMISP), Maux d'exil : lettre du Comede, mars 2009, n° 26*) et ainsi ne pas sombrer dans une « crise identitaire » (*J. Saison-Demars, Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu : RD sanit. soc. 2007, p. 458*).

Il participe au bon équilibre du double statut de « médecins-fonctionnaires » que sont les MISP soumis certes au régime de la fonction publique - et donc au principe hiérarchique - mais aussi, en tant que médecins, à l'ensemble de la déontologie médicale - dont le principe d'indépendance.

On remarquera d'ailleurs que dans une décision rendue plus récemment le Conseil d'État a, de nouveau, marqué son attachement au principe d'indépendance professionnelle des médecins en estimant qu'il faisait obstacle à ce que les décisions médicales qu'un praticien hospitalier prend soient soumises à un accord préalable du chef de service (*CE, 2 oct. 2009, n° 309247, Joseph : JurisData n° 2009-010055*).

Les implications de la soumission des MISP à la déontologie médicale devraient d'ailleurs aller bien au-delà de la seule application des exigences formelles de signature et d'identification de leur avis médical conformément à l'article R. 4127-76 alinéa 2 du Code de la santé publique ; et notamment :

- la réaffirmation du caractère d'acte médical de la mission de certification (*C. santé publ., art. R. 4127-1, al. 1*) exercée par les praticiens hospitaliers et les médecins agréés dans le cadre de la procédure d'admission au séjour pour raison médicale ;
- la protection absolue du secret médical et de l'indépendance statutaire et technique des médecins inspecteurs de santé publique à l'égard des autorités de police administrative dans l'examen des dossiers médicaux des étrangers malades (*C. santé publ., art. R. 4127-5 et R. 4127-95*) y compris dans le recueil des

données-pays permettant d'apprécier si la prise en charge médicale appropriée est accessible dans le pays d'origine.

Il serait donc bienvenu que le ministère de la Santé rappelle l'ensemble de ces principes et en garantisse l'application dans la perspective prochaine de la disparition des directions départementales des affaires sanitaires et sociales (DDASS) et du transfert de la grande majorité des médecins inspecteurs de santé publique vers les futures agences régionales de santé (ARS) prévu par la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 « Hôpital, patients, santé et territoires ». Et aussi que les juridictions ordinaires veillent davantage, lors des manquements aux règles déontologiques commis dans cette procédure, à en faire assurer le respect (*C. santé publ., art. L. 4121-2*).

Mais si la procédure administrative d'admission au séjour pour raison médicale n'est pas régie par l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique compte tenu du principe d'autonomie des règles déontologiques, d'où découle le fait que le Conseil d'État va considérer dans la suite de son avis que l'impossibilité d'identifier l'auteur de l'avis médical ou l'absence de signature de cet avis entache la décision préfectorale d'une irrégularité substantielle ? Dégageant une solution originale, le Conseil d'État va rattacher cette obligation aux règles procédurales découlant de l'article L. 313-11-11° du code des étrangers lui-même - quand bien même elle n'y est pas expressément inscrite.

B. - La reconnaissance de garanties procédurales rattachées au code des étrangers

L'ensemble des cours s'étant prononcé sur ces questions depuis deux ans, tout comme le Conseil d'État lui-même dans sa décision du 16 juin 2008, avaient :

- soit considéré que l'absence d'identification et de signature du MISIP entachait d'illégalité la décision de refus de séjour en raison de la violation de la règle déontologique codifiée à l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique ;
- soit à l'inverse, que ce texte était sans incidence sur la légalité de la décision administrative.

Or, après avoir estimé que les dispositions de l'article R. 4127-76 du Code de la santé publique « ne régissent pas la procédure administrative au terme de laquelle le préfet prend sa décision », le Conseil d'État dégage une règle de procédure administrative obligeant l'auteur de l'avis médical à s'identifier - et ce afin de permettre à l'autorité administrative destinataire de s'assurer qu'il a bien été rendu par l'autorité médicale compétente. Le Conseil d'État estime en effet que la régularité de la procédure en cause implique « seulement [sic], pour respecter les prescriptions du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, que les documents soumis à l'appréciation du préfet comportent l'avis du médecin » compétent et, précise-t-il, qu'ils « soient établis de manière telle que, lorsqu'il statue sur la demande de titre de séjour, le préfet puisse vérifier que l'avis au regard duquel il se prononce a bien été rendu par le médecin inspecteur de la santé publique compétente ».

L'obligation d'identification et de signature est donc pour le Conseil d'État inhérente à la procédure d'admission au séjour pour raison médicale de l'article L. 313-11-11° du Code des étrangers.

On pourrait être persuadé que cette règle a été formulée de longue date par le Conseil d'État. Et pourtant il semble qu'il n'en est rien. Sauf erreur de notre part, la Haute juridiction administrative n'a jamais, sans fondement textuel exprès, estimé que l'absence d'identification de l'auteur d'un avis entachait la décision consécutive d'une illégalité substantielle.

Selon Pierre-Laurent Frier, « il est de principe que l'omission d'une mention, pourtant exigée par un texte légal ou réglementaire, est sans influence sur la légalité de l'acte dès lors que l'opération juridique ou matérielle à laquelle il devait être fait référence a été réellement accomplie » (*CE, 29 mars 1957, F.N.S.U.L. : Rec. CE 1957, p. 222. - CE, 18 déc. 1991, n° 86552, SNIP : Rec. CE 1991, p. 446. - P.-L. Frier, Vice de forme, Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, oct. 2004*).

Certes, à l'aune de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 - qui impose que la signature d'une décision issue d'une demande d'un administré ou le concernant soit accompagnée des nom, prénom et qualités de l'auteur - le Conseil d'État a considéré que si son auteur n'est pas clairement identifiable, cela constitue un vice de forme substantiel (*CE, 5 nov. 2003, n° 238817, Huguency : Rec. CE 2003, tables p. 628. - CE, 8 déc. 2004, n° 249900, Grad. - CE, 27 juill. 2005, n° 271637, GAEC Martineau Frères : AJDA 2005, p. 228*). Cette disposition est bien applicable aux décisions refusant la délivrance ou le renouvellement d'un titre de séjour (*CE, 28 nov. 2003, n° 249389, Rahou, Épse Douidi : Rec. CE 2003, tables p. 628*). Mais, en l'espèce l'absence d'identification, qui concerne l'avis, était en amont de cette décision. Et là on est plus à la peine pour trouver des précédents jurisprudentiels.

Certes, le Conseil d'État a estimé qu'une mise en demeure précédant une décision de radiation des cadres pour abandon de poste doit porter le nom de son auteur en application de l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 (*CE, 15 nov. 2006, n° 280424, Mme Devois : Rec. CE 2006, p. 696 : AJDA 2007, p. 254, concl. M. Guyomar*). Il s'agit bien là d'un acte préparatoire mais indissociable de la décision qu'elle précède : le fonctionnaire ayant cessé d'exercer ses fonctions sans motif valable doit, avant que le lien de fonction publique soit rompu, faire l'objet de cette mise en demeure préalable lui intimant de rejoindre son poste et l'informant de sa radiation consécutive des cadres sans procédure disciplinaire. Autrement dit, une telle mise en demeure préalable constitue l'un des deux maillons d'une même chaîne sans lequel le second ne pourrait pas exister.

À l'inverse, s'agissant d'une lettre préalable au licenciement d'un agent contractuel, il a été jugé que la circonstance que la totalité des indications mentionnées dans les dispositions de l'article 4 n'y figurent pas ne constitue pas une irrégularité substantielle de nature à l'entacher d'illégalité (*CAA Paris, 4 août 2008, n° 07PA00478, Gandossi*). La Cour de cassation a également jugé qu'une mise en demeure adressée par les URSSAF n'a pas à respecter les formalités de l'article 4 (*Cass., avis, 22 mars 2004, n° 00-40.002 : JurisData n° 2004-022951*).

Alors, au-delà de l'application de la règle d'évidence en vertu de laquelle le préfet ne peut prendre valablement une décision qu'en s'assurant que l'avis a bien été remis par l'autorité médicale compétente, la clé de lecture de la position adoptée par le Conseil d'État est à rechercher du côté de l'importance de l'avis médical dans l'issue de la procédure. Certes le préfet n'est pas en situation de compétence liée mais, en cas d'avis négatif du MISP ou du médecin chef, il est fortement improbable que l'admission au séjour soit accordée. Comme le note un auteur à propos de l'intervention de ces médecins dans ce dispositif, on ne peut que constater un « glissement de sa fonction consultative vers une fonction décisive » (*J. Saison-Demars, Le médecin inspecteur de santé publique..., op. cit., p. 458*).

La même conclusion s'impose d'ailleurs dans toutes les matières pour lesquelles la décision de l'administrateur est fortement liée aux informations techniques obtenues - et ce d'autant plus qu'il s'agit en l'occurrence pour le MISP de valider - ou d'invalider - un avis médical donné par un autre médecin (praticien hospitalier ou médecin agréé) sur les risques de conséquences d'une exceptionnelle gravité en cas de défaut de prise en charge médicale et sur l'impossibilité effective d'une prise en charge médicale appropriée dans le pays d'origine.

On peut aussi établir un parallèle entre la règle dégagée par le Conseil d'État en l'espèce et le principe, applicable aux décisions juridictionnelles, en vertu duquel tout jugement doit « faire par lui-même la preuve de sa régularité » (*CE, ass., 1er juin 1956, Ville Nîmes c/ Pabion : Rec. CE 1956, p. 217 ; Dr. adm. 1956, p. 121 concl. P. Laurent. - V. R. Chapus, Droit du contentieux administratif : Domat Montchrestien, n° 1174*).

L'avenir dira si le Conseil d'État entend faire de la règle qu'il a dégagée pour la procédure d'admission au séjour des étrangers pour raison médicale un principe général en vertu duquel tout avis remis à une administration doit faire par lui-même la preuve de sa propre régularité, notamment par l'identification de son auteur.

On remarquera aussi que le Conseil d'État avait d'ailleurs déjà jugé qu'un défaut de motivation de l'avis médical au regard des exigences de l'arrêt du 8 juillet 1999 entraînait l'irrégularité de la procédure et l'illégalité du refus d'admission au séjour pour raison médicale (*CE, 29 juill. 2002, n° 241912, Préfet police c/ M. Omekoko : Rec. CE, tables p. 771 ; AJDA 2002, p. 1294*). De même un tribunal administratif n'a pas attendu l'avis du Conseil d'État pour annuler une décision préfectorale refusant l'admission au séjour pour raison médicale fondée sur l'avis d'un MISP estimant que le requérant « pouvait effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire » alors qu'il s'était trompé sur sa nationalité et son âge (*TA Lyon, 18 juin 2009, n° 0902628, M. Hamaiak Nritaryan*).

D'autres questions non moins épineuses sont d'ores et déjà portées devant la juridiction administrative, notamment sur les mécanismes de délégation de signature des MISP ou du médecin chef à des médecins vacataires de la préfecture. L'occasion d'une prochaine demande d'avis sur une question de droit posée au Conseil d'État pour compléter une série d'une dizaine d'avis en contentieux des étrangers ces deux dernières années ?

Étrangers. - Droit au séjour. - Identification du médecin inspecteur de santé publique