Faculté de Droit
Direction des bibliothèques

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

2m 11. 3410. 7

Université de Montréal

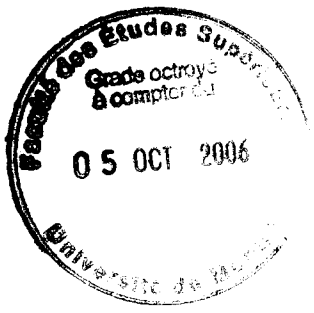
La santé et le droit de l'immigration : une perspective comparative du Canada et de la France.

par
Graciela Barrère

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
maître en droit LL.M.

9 mai 2006



copyright, Graciela Barrère, 2006

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé

La santé et le droit de l'immigration : une perspective comparative du Canada et de la France

présenté par :

Graciela Barrère

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Patrick Molinari
Président-rapporteur

Bartha Maria Knoppers
Directrice de recherche

François Crépeau
Membre du jury

Résumé

Depuis longtemps, les pays s'intéressent aux conditions de santé des immigrants au moment d'autoriser leur entrée au pays pour y demeurer. C'est pourquoi les examens médicaux des demandeurs d'immigration font partie des démarches à suivre pour leur admission. Dans ce mémoire, nous proposons une analyse des implications de la santé dans le champ de l'immigration, en focalisant l'attention sur les situations particulières du Canada et de la France. Nous avons examiné les cadres juridiques des deux pays, ainsi que le contexte européen. Nous avons pris en considération trois approches mettant l'accent sur la santé et la sécurité publiques, des considérations économiques et des considérations d'ordre humanitaire. Nous avons observé que la portée des contrôles médicaux à effectuer varie selon l'orientation adoptée. Dans l'approche économique, l'examen de la condition médicale des requérants est plus exhaustive, et l'information de nature prédictive présente de l'intérêt.

Bien que les objectifs des examens médicaux de l'immigration soient eux-mêmes légitimes, le caractère sensible des renseignements de santé, y compris génétiques, dont l'utilisation peut être vue comme une source possible de discrimination ou d'intervention injustifiée dans la vie privée des individus, requiert la plus grande prudence et le respect des principes largement reconnus relatifs au consentement et à la confidentialité. L'exigence d'un lien raisonnable et proportionné entre l'information demandée et les buts de la politique d'immigration doit également être respectée afin d'arriver à un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts considérés légitimes et les droits des personnes et leur dignité.

Mots-clés: droit – santé – génétique immigration.

Abstract

For a long time countries have been interested in the health conditions of immigrants in order to authorize their entry and to remain there. This is why the medical examination of immigration applicants is done as part of the admission requirements. In this thesis, we propose an analysis of the health implications in the immigration field by focusing on the particular situations of Canada and France. We examine the legal framework of the two countries, as well as the European context. We identify three approaches concentrated in the public health and safety, the economic considerations and the humanitarian reasons. We observe that the range of medical controls to be carried out varies according to the adopted approach. From the economic perspective, the examination of the medical condition of the applicants is more exhaustive, and the predictive information captures some attention.

Although the objectives of the medical examination in the immigration field are themselves legitimate, the sensitive nature of the health information, including genetic information, can be seen as a possible source of discrimination or unjustified intervention in private life. This imposes the greatest prudence and respect of the well-known principles of consent and confidentiality. The requirement of a reasonable and proportioned link between the required information and the goals of the immigration policies must also be respected, in order to achieve the right balance between the legitimate interests of countries and the rights of the people.

Key words: law - health - genetics - immigration.

Table des matières

Introduction.....1

Chapitre préliminaire : Encadrement du sujet dans le contexte du droit de l'immigration.....7

a) Les pouvoirs des États de contrôler l'admission et le séjour des étrangers sur leur territoire.....8

b)Les limites encadrant les pouvoirs des États en la matière.....14

Chapitre I : Les différentes approches normatives guidant les rapports existants entre la santé et l'admission des étrangers.....22

I.a) L'approche « santé et sécurité publique ».....23

I.a.1) Des mesures visant à enrayer la propagation des maladies infectieuses.....29

I.a.2) Des mesures visant à éviter de compromettre la sûreté des personnes.....33

I.a.3) Une visite de prévention et d'orientation.....36

I.b) L'approche « économique ».....44

I.b.1) La visite médicale comme instrument de sélection des futurs immigrants « en santé » 49

I.b.1.1) La notion de « fardeau excessif ».....51

I.b.1.2) La notion d'état de santé aux fins du critère de fardeau excessif.....60

I.b.2) Les procédures médicales visant la détermination de « fardeau excessif » : l'intérêt pour la condition médicale présente et future des requérants d'immigration……..……64

I.c) L'approche « humanitaire »……...70

I.c.1) La raison médicale comme critère justifiant l'admission des étrangers dans la réglementation de l'immigration……73

I.c.2) L'évaluation médicale pouvant justifier la délivrance d'un titre de séjour aux étrangers malades……..……75

Chapitre II : L'utilisation valide de l'information de santé dans le contexte de l'immigration……..……..……84

II.a) Le respect de la vie privée et de la confidentialité……..……..85

II.a.1) Le besoin de consentement libre et éclairé à la réalisation des examens et tests médicaux……..……89

II.a.2) La confidentialité des données médicales : la question de l'accès aux registres médicaux par les autorités d'immigration……..94

II.b) La protection contre la discrimination…..……..104

II.b.1) La validité des critères considérant l'état de santé à des fins d'admission et la protection contre une incursion illégitime……...110

Conclusion……...…..……120

Bibliographie……..128

Abréviations

ANAEM	Agence Nationale de l'Accueil des Étrangers et des Migrations.
J.O.	Journal Officiel de la République Française.
L.I.R	Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, 2001, ch.27.
OMI	Office des migrations internationales.
R.I.R.	Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS 2002-27.

Remerciements

Je tiens tout d'abord à remercier la professeure Bartha Maria Knoppers, qui a accepté de diriger ce mémoire. Son soutien pendant ma maîtrise a été d'une grande valeur pour moi.

Mes remerciements vont également à l'association Stichting Porticus qui m'a octroyé une bourse pour effectuer un stage en France, dans le cadre de mon projet de recherche. Je remercie également Mme Anne-Marie Duguet qui m'a accueillie et accompagnée dans cette expérience.

« Nul immigrant [...] n'est admis à entrer en Canada ou [...]à y rester, s'il appartient à l'une des catégories suivantes, ci-après désignées par l'expression "catégories refusées", à savoir : a) les idiots, imbéciles, faibles d'esprit, épileptiques, déments [...]; b) les personnes affligées d'une maladie [...] infectieuse ou qui peut devenir dangereuse pour la santé publique [...];c) les immigrants qui sont muets, aveugles ou autrement affligés de quelque défaut physique, à moins que [...]ils aient assez d'argent, ou aient [...] un autre moyen légitime de gagner leur vie... » article 3 de la Loi de l'immigration, S.C. 1910, ch. 27 (Canada).

« Ne remplit pas les conditions sanitaires exigées pour obtenir la carte de séjour tout étranger atteint de: 1° Affection [...] susceptible de le mettre dans l'impossibilité de subvenir à ses besoins; 2° Affection [...] créant ainsi un danger pour la santé publique; 3° Tares graves transmissibles à sa descendance » article 8 de l'arrêté du Ministre de la santé publique et de la population du 8 avril 1953 (France).

Introduction

Bien qu'on reconnaisse que les renseignements de santé font l'objet de sollicitations constantes et croissantes, surtout de la part des assureurs et des employeurs qui sont même considérés comme les principaux demandeurs d'un tel type de données, il n'est pas souvent connu que ce genre d'information présente beaucoup d'intérêt dans d'autres domaines, dont l'immigration. Il s'agit peut-être d'une source de demande de données de santé qui est moins visible au niveau du grand public, mais toujours réel et tangible.

En effet, depuis longtemps, les pays s'intéressent aux conditions de santé des immigrants au moment d'autoriser leur entrée au pays pour y demeurer, c'est pourquoi les examens médicaux des demandeurs d'immigration font partie des démarches à suivre pour leur admission. Les normes citées dans l'épigraphe représentent deux exemples des dispositions prenant en compte l'état de santé des immigrants potentiels. Tant la *Loi sur*

l'immigration de 1910 du Canada que l'*Arrêté ministériel de 1953* régissant la question des contrôles sanitaires en France nous montrent comment des motifs de santé publique pouvaient entraîner le refus d'entrée et, d'autre part, comment des personnes atteintes de certaines affections mentales ou physiques - comme les « épileptiques » ou bien les étrangers atteints de « tares graves transmissibles à [leur] descendance » - étaient placés dans des catégories « interdites ». Les systèmes juridiques ont évolué et les critères d'exclusion fondés uniquement sur la classification des certaines maladies ont en général disparu, mais l'intérêt pour la question sanitaire demeure encore dans l'ensemble des législations relatives à l'immigration.

Le phénomène de la mondialisation et les flux migratoires internationaux ont beaucoup d'importance au niveau de la gestion des risques pour la santé, surtout en ce qui concerne des maladies infectieuses telles que la tuberculose, l'hépatite B, etc., d'où on aperçoit un intérêt pour le dépistage de ces types d'affections et même pour une surveillance en rapport direct avec les immigrants. La majorité des pays européens et nord-américains disposent de programmes de dépistage visant certaines maladies infectieuses chez les immigrants et même chez les réfugiés et les demandeurs d'asile. L'objectif premier de ces programmes est la protection de la population du pays d'accueil par la réduction des risques d'importation de maladies transmissibles d'importance pour la santé publique[1].

Dans cet ordre d'idées, on peut citer les normes relatives aux contrôles sanitaires d'entrée des étrangers voulant séjourner en France[2]. Ces normes prévoient une visite médicale essentiellement de contrôle et d'orientation qui s'effectue à l'arrivée au pays[3]

---

[1] Loutan D., Bierens de Haan et L. Subilia, « La santé des demandeurs d'asile : du dépistage des maladies transmissibles à celui des séquelles post-traumatiques », Manuscrit n° 1785/MDV3, communication présentée lors de la 2ème Journée française de médecine des voyages, Institut Pasteur, Paris, 3 mai 1996, [en ligne] http://www.pathexo.fr/pdf/1997n4/Loutan.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

[2] *Arrêté du 11 janvier 2006 relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France*, J.O. n° 20 du 24 janvier 2006 page 1147.

[3] *Note d'information DPM/DM2-3 n° 2000-300 du 2 juin 2000 relative au rapatriement des visites médicales en France*, Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle n° 2000/18 du jeudi 5

pour l'ensemble des étrangers, hors espace économique européen, entrés sur le territoire français pour une durée supérieure à trois mois. Les conditions médicales de séjour en France ne sont par remplies par l'étranger atteint de l'une des maladies mentionnées au titre V du règlement sanitaire international[4], de tuberculose contagieuse évolutive, de troubles mentaux nécessitant de soins et compromettant la sûreté des personnes, ou bien d'un problème de santé en contradiction manifeste avec l'objet du séjour en France. La loi canadienne sur l'immigration[5] impose également des conditions médicales à remplir pour les demandeurs et prévoit l'interdiction de territoire pour raisons de santé et sécurité publiques.

On trouve aussi des cas où les contrôles sanitaires intéressent à d'autres objectifs qui relèvent plutôt de considérations économiques, telles que celles en rapport avec les coûts et la disponibilité des services sociaux et de santé de la société d'accueil. Dans ce cadre, les examens médicaux ayant en vue d'identifier des affections chroniques ou nécessitant des traitements qui coûteront très cher, peuvent servir dans certaines conditions à justifier le refus d'admission. Cette solution a été retenue, par exemple, au Canada, pays où les requérants à la résidence permanente peuvent se voir refuser leur demande en raison de leur état de santé, s'il est susceptible d'entraîner des coûts importants pour les services de santé ou sociaux, ou de nuire à l'accès des citoyens ou des résidents permanents à ces services. Dans ce sens, la loi canadienne prescrit l'interdiction de territoire pour des raisons sanitaires aux étrangers dont l'état de santé risque d'entraîner un « fardeau excessif » pour les services sociaux ou de santé canadiens[6].

Il existe d'autres situations où les contrôles médicaux sont liés à des raisons qu'on pourrait caractériser comme « motifs d'ordre humanitaire ». C'est, par exemple, le cas où

---

octobre 2000. Le document est également en ligne : http://www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/2000/00-33/a0332375.htm (date d'accès : 5 mai 2006).

[4] L'article 5 de l'*arrêté du 11 janvier 2006 relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France*, précité note 2, fait référence aux « maladies mentionnées au titre V du règlement sanitaires international publié par le décret du 24 janvier 1989 », c'est-à-dire la peste, la colère, la fièvre jaune.

[5] *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, 2001, ch.27.

[6] *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, 2001, ch.27, à l'article 38 (1).

l'état de santé est considéré comme raison de l'octroi d'un titre de séjour pour soins à des étrangers atteints d'une pathologie grave et qui n'ont pas la possibilité d'accès à des soins appropriés dans leur pays d'origine. La France a retenu cette approche en autorisant le séjour d'étrangers - déjà présents sur le territoire français - dont l'état de santé nécessite une prise en charge médicale dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, sous réserve qu'ils ne puissent effectivement pas bénéficier d'un traitement approprié dans le pays d'origine[7].

Face à ces constats, l'obtention et l'utilisation de l'information de santé s'avèrent susceptibles d'occuper une place importante dans le domaine du droit de l'immigration, mais aussi de soulever des préoccupations légales et éthiques.

Les États souverains ont le pouvoir d'exclure ceux qui, selon eux, pourraient constituer une menace à la santé publique, ou bien de prendre des mesures pour empêcher que des demandes excessives soient faites aux services de santé et aux services sociaux, ou même d'accueillir des personnes malades qui n'auraient pas d'accès aux soins dans leurs pays d'origine. Vis-à-vis de ces différents pouvoirs, il y a lieu de se demander jusqu'où il est possible d'aller dans l'enquête sur la santé des requérants d'immigration. Quel genre de tests sont tenus de subir les immigrants éventuels ? Les autorités d'immigration font-elles état des maladies présentes chez les demandeurs, ou tiennent-elles aussi compte du profil médical qui ne constitue qu'une possibilité de détérioration de la santé, ou même des caractéristiques génétiques démontrant une certaine susceptibilité à une maladie donnée ? De quelle façon est assuré le respect aux droits des personnes concernées ?

Dans ce contexte, on observe que les alternatives qu'offre l'utilisation des données sur l'état de santé d'un demandeur d'immigration sont variées et que la perspective de l'usage de ces renseignements est complexe et pousse même à examiner l'emploi possible de l'information génétique.

---

[7] L'accès à un titre de séjour pour soins a été prévu par la *Loi 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et séjour des étrangers en France et au droit d'asile*, J.O. du 12 mai 1998, page 7987. Présentement, il est envisagé dans l'article L.313-11 11° du *Code de l'entrée et séjour des étrangers et du droit d'asile.*

Dans ce mémoire, nous nous intéresserons à cette problématique. Dans les lignes qui suivent, nous nous interrogerons sur les implications de la santé dans le champ de l'immigration en focalisant l'attention sur les situations particulières du Canada et de la France. Nous examinerons les cadres juridiques des deux pays, l'emploi qu'ils font de l'information de santé ou qu'ils pourraient en faire à des fins de l'immigration et les questionnements que le recours à ces renseignements pourrait soulever. Étant donné que ce travail traite de l'immigration, la situation des visiteurs, des étudiants, des voyageurs et même des réfugiés, jouissant d'un statut particulier, ne sera pas abordée.

Afin de mieux étudier la problématique proposée, nous encadrerons d'abord dans un chapitre préliminaire le sujet dans le contexte général du droit de l'immigration et du pouvoir des États d'établir des exigences d'entrée au pays pour y demeurer. En raison de l'appartenance de la France à l'Union Européenne, nous tiendrons compte de l'incidence des normes communautaires au niveau du contrôle de l'admission et du séjour des ressortissant des pays tiers. La situation des ressortissants communautaires ne sera pas examinée.

Ensuite, nous nous pencherons sur la question centrale de cette étude, c'est-à-dire les rapports entre la santé et l'admission au séjour des étrangers. Dans un premier volet, nous essaierons de tracer un portrait des possibilités qu'offre l'utilisation de l'état de santé dans le champ de l'immigration à partir de trois approches considérant en premier lieu la santé et sécurité publiques, en second lieu des considérations économiques et enfin des raisons d'ordre humanitaire. Dans ce volet, nous étudierons quels sont les examens médicaux exigés à des fins de l'immigration au Canada et en France, s'il s'agit seulement des contrôles visant la détection de problèmes de santé présents ou ils tiennent compte d'autres aspects liés à la santé future des individus, tels que la présence d'anomalies annonciatrices d'une maladie ou d'un profil génétique indiquant une prédisposition ou une susceptibilité à une pathologie donnée. Quant aux moyens utilisés pour apprécier l'état de santé des immigrants, on s'interrogera sur l'accès aux antécédents médicaux par les

autorités d'immigration, la possibilité de prescrire des tests spécifiques et les limites accompagnant l'utilisation de tels procédés.

La comparaison des approches retenues dans les deux pays permettra de déterminer l'intérêt que l'information médicale et même génétique peut avoir dans chaque contexte, en plus de conduire à une réflexion sur la question de la valabilité de l'utilisation de l'information de santé à des fins d'immigration, sujet qui sera spécifiquement abordé dans le chapitre II.

Le deuxième volet visera à examiner jusqu'où il est possible d'aller dans l'enquête sur la santé des requérants de immigration. En tenant compte du caractère sensible des renseignements de santé dont l'utilisation peut être vue comme une source possible de discrimination ou d'intervention injustifiée dans la vie privée des individus, nous examinerons le besoin de consentement éclairé, le respect de la confidentialité des données médicales et les principes visant à éviter le risque d'exclusion automatique de certaines catégories d'immigrants sans évaluer la situation particulière de chacun. Enfin, nous mettrons en balance le respect des personnes requérantes d'un statut d'immigrant et les pouvoirs des États qui les accueillent.

Chapitre préliminaire : Encadrement du sujet dans le contexte du droit de l'immigration.

Les principes du droit de l'immigration veulent que les États souverains aient le droit d'établir les normes d'entrée au pays et les conditions pour y séjourner. En fonction de leurs intérêts, les États dictent des règles qui facilitent, découragent ou interdisent les flux migratoires de personnes vers leur territoire[8]. Ce droit objectif de l'immigration a été caractérisé par la doctrine comme un « non-droit » ou « infra droit » du point de vue subjectif des personnes qui y sont soumises, en raison qu'il serait l'expression d'une souveraineté nationale dont la formation exclut les étrangers. Ainsi, ne sont pas présents les éléments du contrat ou de l'adhésion caractéristiques des droits applicables aux nationaux[9].

Néanmoins, il faut convenir que même en reconnaissant que chaque État a des prérogatives très larges en ce qui concerne l'admission des étrangers sur leur territoire et la possibilité d'éloigner du pays ceux qu'ils considèrent comme indésirables, ce pouvoir - parfois caractérisé comme discrétionnaire[10]- n'est pas illimité, comme la législation et la jurisprudence l'ont reconnu tant au Canada qu'en France.

Étant donné que c'est dans le cadre dudit contexte qu'il faudra examiner la problématique soulevée au sujet de la santé et l'immigration, on a choisi de faire dans les lignes qui suivent un bref survol sur les principes guidant le droit de l'immigration dans les

---

[8] Jacques Brossard, *L'immigration*, Les presses de l'Université de Montréal, 1967, pages 27 et suiv.

[9] Voir Nguyen Van Yen, Christian, *Droit de l'immigration,* Presses Universitaires de France, 1986, pages 29 et suiv.

[10] Par rapport à la notion de pouvoir discrétionnaire, on souligne qu'en examinant la démarche relative au contrôle des décisions discrétionnaires en matière d'immigration, la Cour suprême du Canada a choisi la définition classique de pouvoir discrétionnaire en indiquant, dans l'arrêt *Baker* c. *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, que : « la notion de pouvoir discrétionnaire s'applique dans le cas où le droit ne dicte pas une décision précise, ou quand le décideur se trouve devant un choix d'options à l'intérieur de limites imposées par la loi. K.C. Davis écrit ceci dans Discretionary Justice (1969), à la p. 4 : (traduction) Un fonctionnaire possède un pouvoir discrétionnaire quand les limites réelles de son pouvoir lui donnent la liberté de choisir entre divers modes d'action ou d'inaction possibles » (paragraphe 52).

deux pays, ainsi que sur la façon dont ils ont été considérés par les tribunaux lors des décisions relatives aux choix législatifs en la matière.

a) Le pouvoir des États de contrôler l'admission et le séjour des étrangers sur leur territoire :

De prime abord, il convient de souligner que lorsqu'on parle d'immigration, on a en vue l'acte par lequel un étranger entre dans un État aux fins de s'y établir[11]. Dans ce contexte, c'est à l'État responsable de l'admission de dicter les conditions d'entrée au pays pour y demeurer. Les mesures de police applicables aux étrangers permettant de contrôler l'admission, le séjour et la possibilité d'éloigner les individus indésirables, ont toujours été justifiées par les principes de droit international indiquant que l'admission des étrangers sur le sol des États souverains relève exclusivement de ces derniers[12]. Ces principes se trouvent à la base des politiques d'immigration tant au Canada qu'en France.

En effet, en plus de rappeler que « le droit international reconnaît aux États souverains le droit de légiférer comme ils l'entendent à l'égard de l'admission des étrangers sur leur territoire »[13], Jacques Brossard identifie deux principes guidant la politique canadienne en matière d'immigration : premièrement, *l'admission au Canada est un privilège et non un droit* et, en second lieu, *l'immigration au Canada doit être sélective*. L'auteur explique que lesdits principes ont été déjà clairement affirmés en 1947 par le premier ministre Mackenzie King qui a dit que « *Canada is perfectly within her rights in selecting the persons whom we regard as desirable future citizens. It is not a 'fundamental*

---

[11] Voir J. Brossard, *op .cit.* note 8, page 27 ; C. Nguyen Van Yen, *op. cit.* note 9, pages 24 et suiv..
[12] J. Brossard, *op. cit.* note 8, pages 27, 28 et 50.
[13] Id. page 117.

human right' of any alien to enter Canada. It is a privilege. It is a matter of domestic policy»[14].

Même si les considérations indiquées ci-dessus ont été faites quelques années auparavant, la jurisprudence a depuis longtemps été dans la même direction et le fait encore aujourd'hui. Notons que c'est en vertu des principes énoncés précédemment que les tribunaux ont reconnu que le Canada, en qualité d'État souverain, peut refuser à tout étranger l'accès à son territoire, dicter les conditions d'admission et déporter tout étranger indésirable.

En effet, la Cour suprême du Canada a statué dans les arrêts *Prata*[15] et *Chiarelli*[16] que la règle la plus fondamentale du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer, mais surtout que l'immigration constitue un privilège et non un droit. Le Parlement a donc le pouvoir d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens, pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer. Dans les deux causes précitées, des ordonnances d'expulsion avaient été rendues contre les appelants en se fondant sur des rapports de sécurité ou de police, dans le premier cas, et pour avoir été reconnu coupable d'un crime grave, dans le second. Dans l'arrêt *Chiarelli*, la Cour a reconnu cette prérogative dans les termes qui suivent :

> « La Cour doit tenir compte des principes et des politiques qui sous-tendent le droit de l'immigration pour déterminer la portée des principes de justice fondamentale en tant qu'ils s'appliquent en l'espèce. Le principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer au pays ou d'y demeurer. La *common law* ne reconnaît aucun droit de ce genre et la distinction entre citoyens et non citoyens est reconnue dans la Charte [...] Le Parlement a donc le droit d'adopter une politique en matière d'immigration et de légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au Canada et d'y demeurer. C'est ce qu'il a fait dans la Loi sur

---

[14] D.C. Corbett, *Canada's Immigration Policy*, Toronto, University of Toronto Press, 1957, p. 3,76, cité par J. Brossard, *op. cit.* note 8, page 90.
[15] *Prata* c. *Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration,* [1976] 1 R.C.S. 376.
[16] *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* c. *Chiarelli*, [1992], 1 R.C.S. 711.

> l'immigration [...] L'une des conditions auxquelles le législateur fédéral a assujetti le droit d'un résident permanent de demeurer au Canada est qu'il ne soit pas déclaré coupable d'une infraction punissable d'au moins cinq ans de prison. Cette condition traduit un choix légitime et non arbitraire fait par le législateur d'un cas où il n'est pas dans l'intérêt public de permettre à un non citoyen de rester au pays [...] L'expulsion d'un résident permanent qui [...] a délibérément violé une condition essentielle pour qu'il lui soit permis de demeurer au Canada, n'est pas incompatible avec la dignité humaine. Au contraire, c'est précisément le fait de permettre que les personnes ayant pu entrer au Canada sous condition violent délibérément et impunément ces conditions qui serait incompatible avec cette dignité. »[17]

Bien que la situation factuelle dans les affaires citées ci-dessus n'ait pas de rapport direct avec la question de l'usage des renseignements de santé à des fins de l'admission des immigrants qu'on étudie dans ce mémoire, nous estimons que la citation est pertinente dans la mesure où ces arrêts permettent d'encadrer le pouvoir des États en ce qui concerne l'admission des personnes.

Il est d'ailleurs intéressant de noter, que ledit contexte a été invoqué par les autorités d'immigration canadiennes au moment de défendre la disposition relative à l'interdiction de territoire des demandeurs d'immigration pour des raisons médicales, mais aussi par les tribunaux qui ont fait valoir les principes énoncés antérieurement lors de la décision que lesdites normes ne sont pas contraires à la *Charte canadienne des droits et liberté*[18]. En outre, dans une affaire relative à l'interprétation de l'article de la loi sur l'immigration concernant la non-admissibilité pour motif médical, la Cour suprême a considéré qu'il était clair que le Canada pouvait élaborer une politique d'immigration propre à réduire le risque que des candidats occasionnent un fardeau excessif aux services de santé et aux services sociaux[19].

---

[17] *Id.*, passages des paragraphes 26, 27 et 31.

[18] Voir *Chesters* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2003] 1 C.F. 361 et *Deol* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*,[2003] 1 C.F. 301 (C.A.). Ces jugements seront analysés au chapitre II.

[19] *Hilewitz* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) De Jong* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] CSC 57, au paragraphe 57.

Du côté de la France, on trouve des orientations similaires. Les mêmes principes de droit international relatifs aux prérogatives des États souverains pour déterminer les personnes qu'ils admettent sur leur sol ont été considérés comme applicables en doctrine[20]. La jurisprudence a également reconnu au législateur un pouvoir très large pour réglementer l'accès et le séjour des étrangers sur le territoire français. À plusieurs reprises, le Conseil constitutionnel a fait valoir que le Parlement disposait d'un pouvoir étendu en matière de mesures de police concernant les étrangers, fondé sur la réserve d'ordre publique, laquelle est inhérente à l'existence même de l'État.

Les décisions du Conseil constitutionnel[21] du 9 janvier 1980, du 28 juillet 1989, du 9 janvier 1990 et du 25 février 1992, illustrent très bien les principes soutenus par ce tribunal en la matière. Ces principes indiquent que l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire et qu'il appartient au législateur d'apprécier les nécessités d'ordre public pouvant justifier l'exécution des mesures d'expulsion. Ils indiquent, en plus, que ces mesures sont des mesures de police auxquelles aucun dispositif de la Constitution ni aucun principe de valeur constitutionnelle ne fait obstacle. Dans ce cadre, les étrangers sont placés dans une situation différente de celle des nationaux français[22].

Dans des décisions postérieures, le Conseil constitutionnel a continué à se prononcer dans le même sens. Lors de l'examen des normes de constitutionnalité applicables au contrôle de la loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, le tribunal a exprimé que :

---

[20] Voir C. Nguyen Van Yen, *op. cit.* note 9, particulièrement pages 35 et suiv., ainsi que pages 92 et suiv. En plus, Justin Kissangoula a fait un développement intéressant sur le pouvoir de police des étrangers, la nature du pouvoir du législateur et les limites encadrant ces prérogatives, dans l'ouvrage : *La constitution française et les étrangers*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 102, L.G.D.J. Paris, 2001, voir spécialement pages 449 et suiv.

[21] Décisions dans lesquelles le Conseil constitutionnel a examiné la conformité à la Constitution de diverses dispositions de la loi relative aux conditions de séjour et d'entrée des étrangers en France liées à l'exécution des mesures d'expulsion et à la reconduite à la frontière.

[22] Les décisions citées : *79-109 DC du 9 janvier 1980, 89-261 DC du 28 juillet 1989; 89-266 DC du 9 janvier 1990; 92-307 DC du 25 février 1992*, [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

> « aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès et de séjour sur le territoire national; que les conditions de leur entrée et de leur séjour peuvent être restreintes par des mesures de police administrative conférant à l'autorité publique des pouvoirs étendus et reposant sur des règles spécifiques; que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il assigne; que dans ce cadre juridique, les étrangers se trouvent placés dans une situation différente de celle des nationaux.... »[23]

Enfin, des considérations semblables ont été énoncées récemment dans une affaire où avaient été contestées les normes modifiant les conditions pour la délivrance de cartes de résident en raison de liens familiaux[24].

Outre les règles concernant les pouvoirs des États de contrôler et de réglementer l'admission et le séjour des étrangers, l'appartenance de la France à l'Union Européenne (UE) impose d'effectuer quelques observations additionnelles par rapport à la compétence communautaire pour établir une politique d'immigration commune vis-à-vis des ressortissants des pays tiers (hors UE).

Après la création d'un espace intérieur sans frontière, les États membres de l'UE ont vu la nécessité d'un rapprochement des législations nationales relatives aux conditions d'admission et de séjour des ressortissants de pays tiers. Autrement dit, ils ont reconnu le besoin d'avoir une véritable politique européenne d'immigration. C'est dans ce cadre que le *traité d'Amsterdam* a consacré à l'article 63, pour la première fois, la compétence communautaire en matière d'immigration et d'asile. Le Conseil européen de Tampere a également demandé, en octobre 1999, l'élaboration d'une politique européenne commune en matière d'asile et d'immigration en énonçant les éléments qu'elle devait comprendre, à savoir : le partenariat avec les pays d'origine, un régime d'asile européen commun qui devrait déboucher à long terme sur une procédure d'asile commune, un statut uniforme

---

[23] *Décision 93-325 DC du 13 août 1993*, deuxième considérant, [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

[24] *Décision 2003-484 DC du 20 novembre 2003*, au trente-huitième considérant [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

pour les personnes qui se voient accorder l'asile, un traitement équitable pour les ressortissants de pays tiers et une gestion plus efficace des flux migratoires[25].

Pour la mise en œuvre de ces objectifs, la Commission des communautés européennes a formulé des propositions de directives afin de préparer les bases qui vont soutenir la politique commune en la matière. On peut citer par exemple la proposition relative au droit de regroupement familial - adoptée par les instances européennes le 22 septembre 2003[26] - ou celle concernant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante. Cette dernière proposition a provoqué d'importantes divergences de vues entre les États membres qui ont finalement obtenu que la directive ne soit pas encore été adoptée par les autorités européennes[27]. On tient à noter que les deux documents contiennent des dispositions reconnaissant les pouvoirs discrétionnaires des États de refuser l'entrée et le séjour des étrangers pour des raisons de santé publique[28].

Au-delà des discussions et des réserves suscitées entre les pays européens, dont la France, on constate qu'en plus du pouvoir des États de dicter les conditions en matière d'immigration, on trouve la compétence des législateurs communautaires dont les règles lient les États membres, en raison de leur devoir de prendre toute mesure nécessaire pour intégrer en droit interne les objectifs poursuivis par les directives du Conseil.

---

[25] *SN 200/99 Conseil européen de Tampere, conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999, [en ligne] http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_fr.htm (date d'accès : 5 mai 2006).

[26] *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, Journal officiel de l'Union européenne du 3-10-2003 L.251/12.

[27] Voir l'examen par la délégation du Sénat français de la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante E1813 - COM (2001) 386 final du 11/07/2001* – Examen par la délégation et Procédure écrite du 11 juin 2004 [en ligne] http://www.senat.fr/ue/pac/E1813.html (date d'accès : 5 mai 2006). La publication fait état des importantes divergences et des réserves des États membres sur ce texte, des grandes difficultés - tant sur la forme que sur le fond - que la proposition soulève, même au niveau des compétences de la Union Européenne en la matière et de l'application du principe de subsidiarité.

[28] Article 6 de la *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, précitée note 26, à l'article 6 ; article 27 de la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM/2001/0386 final - CNS 2001/0154,* Journal officiel de l'Union européenne n° 332 E du 27 novembre 2001 pages 0248 – 0256.

Néanmoins, il ne faut pas négliger le fait que les directives européennes constituent une base minimale, que les pays peuvent octroyer des droits plus importants et qu'en l'absence de directive, ils conservent leur plein pouvoir d'action. De plus, même s'il existe une volonté claire des autorités européennes d'exercer leurs compétences et de marcher vers une harmonisation des conditions d'immigration des ressortissants de pays tiers, les réponses de chaque État sont variées en raison des facteurs politiques et culturels particuliers, ce qui paraît entraver le processus d'harmonisation en cours[29].

Dans ce contexte, nous estimons que l'incidence des normes communautaires soulève un intérêt certain, en particulier dans une vision prospective de la situation des pays européens, dont la France. C'est pourquoi elles seront considérées à des fins d'analyse.

b) Les limites encadrant les pouvoirs des États en la matière :

Bien qu'on reconnaisse l'existence d'un pouvoir étendu des États pour l'élaboration d'une politique d'immigration propre à atteindre les objectifs qui leur plaisent aux plans social, économique ou culturel, on peut avancer que ce pouvoir n'est pas illimité puisqu'il est assujetti aux principes de la primauté du droit et aux règles imposant le respect des droits et libertés reconnus aux personnes[30]. Si les parlements peuvent fixer les règles en la matière et si les gouvernements sont chargés de les mettre en œuvre, tous deux tiennent à respecter les droits fondamentaux dans l'exercice de leurs prérogatives.

---

[29]Voir François Julien-Laferriere, H. Labaye et O. Edstrom (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Bruylant, Bruxelles, 2005; Nathalie Berger, *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Bruylant, Bruxeles 2000.

[30] Voir Margaret A. Sommerville et S. Wilson, « Crossing Boundaries : Travel, Immigration, Human Rights and AIDS » (1998) 43 *R.D. McGill* pages 781-834. Dans cet article, les auteurs prennent comme exemple l'infection du VIH pour examiner l'inadmissibilité médicale dans les lois d'immigration et de voyage aux États-Unis et au Canada. Après avoir exploré le rôle joué par la maladie dans la société et la notion de souveraineté de l'État, ils suggèrent que le droit des États d'exclure les immigrants, notamment pour des raisons médicales, devrait se conformer aux droits de la personne et aux principes de justice. Dans l'article, les auteurs abordent la situation non seulement des immigrants, mais aussi des réfugiés et des visiteurs.

Au Canada, le législateur a exprimé de façon explicite son engagement à l'égard de la protection des droits de l'homme, en incluant dans *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch.27 (ci-après, L.I.R.) des règles pour atteindre les objectifs poursuivis en matière d'immigration tout en respectant les droits fondamentaux. En effet, après avoir énoncé les buts de la loi - parmi lesquels ont trouve ceux de permettre au Canada de retirer de l'immigration le maximum d'avantages sociaux, culturels et économiques, de veiller à la réunification des familles, de protéger la santé des Canadiens et de garantir leur sécurité[31] - le Parlement a établi que l'interprétation et la mise en œuvre de la L.I.R doivent être conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés*[32] [ci-après, la Charte], notamment en ce qui touche aux principes d'égalité et de protection contre la discrimination, ainsi que de se conformer aux instruments internationaux portant sur les droits de l'homme dont le Canada est signataire[33].

Cette affirmation en faveur de la protection des droits enchâssés dans la Charte semble être d'importance, au vu de la discussion suscitée par l'application directe de celle-ci aux personnes qui sollicitent l'admission au Canada et qui sont hors du pays. On note que dans la plupart des cas, les demandes d'immigration au Canada doivent être présentées dans le pays d'origine des requérants à l'extérieur du Canada[34].

Il est intéressant de signaler que dans les affaires *Chesters*[35] et *Deol*[36], la Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale, respectivement, se sont prononcées sur des allégations fondées sur la Charte. Dans le premier cas, la demanderesse avait contesté la constitutionnalité de la disposition relative à la non-admissibilité pour des raisons

---

[31] *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, article 3.(1), a, d et h.
[32] *Charte canadienne des droits et libertés*, parti I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée comme annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.) 1982, ch.11.
[33] *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, article 3(3), d et f.
[34] L'article 11.(1) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés* [DORS/2002-227] prescrit que « l'étranger fait sa demande de visa de résident permanent –autre que celle faite au titre de la parti 8- au bureau d'immigration qui dessert : a) soit le pays dans lequel il réside, s'il a été légalement admis pour une période d'au moins un an ; b) soit le pays dont il a la nationalité ou, s'il est apatride, le pays dans lequel il a sa résidence habituelle –autre que celui où il n'a pas été légalement admis ».
[35] *Chesters c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 18.
[36] *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 18.

médicales, non dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire, mais par voie d'action. Le tribunal s'est penché sur l'argumentation proposée, sans aborder la question de la portée de la protection de la Charte dans les rapports établis avec le gouvernement canadien à l'étranger. Dans le deuxième cas, une demande de contrôle judiciaire avait été déposée par Mme Deol contre le rejet de la demande de résidence permanente des membres de sa famille qu'elle parrainait en tant que résidente permanente au Canada. Dans le cadre de l'appel, l'avocat de l'appelante a accepté la conclusion du juge de première instance relative au fait que les résidents étrangers qui ne sont pas citoyens canadiens n'ont pas la capacité d'invoquer la Charte. C'est pourquoi la Cour d'appel a analysé les arguments constitutionnels concernant Mme Deol et non son père, dont la déficience physique avait motivé le refus de sa demande de résidence permanente[37].

La Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer dans une affaire portant directement sur cette question, mais des arguments en faveur de l'application de la Charte à l'égard des requérants d'immigration ont été avancés par les auteurs[38]. Les termes de quelque jurisprudence du Haut tribunal pourraient servir à soutenir un raisonnement dans ce sens.

Alana Klein[39] analyse plusieurs arrêts de la Cour suprême qui laisseraient entrevoir que la Charte pourrait s'appliquer, dont l'arrêt *Schreiber* c. *Canada (Procureur général)*[40]. Dans cette affaire, la question était de savoir si la norme canadienne applicable à la délivrance d'un mandat de perquisition devait être respectée avant que le ministre de la Justice et procureur général du Canada présente aux autorités suisses la lettre de demande les priant de rechercher et de saisir les documents et les dossiers bancaires du demandeur.

---

[37] Id., aux paragraphes 13 et 50.

[38] Voir Donald Galloway «The Extraterritorial Application of the Charter or Rights to Visa Applicants » (1991), 23 *R.D. Ottawa* p. 335 (Quicklaw); Alana Klein, "Immigration et VIH/SIDA: rapport final", préparé pour le Réseau juridique canadien VIH/SIDA, 2001 [en ligne] http://www.aidslaw.ca/francais/Contenu/themes/ImmigrationF/rapportfinal/Immigration2001F.pdf (date d'accès 5 mai 2006)

[39] Alana Klein, *loc. cit.* note 38, pages 54-55.

[40] *Schreiber c. Canada (Procureur général)* [1998] 1 R.C.S. 841, aux paragraphes 15, 16 et 27.

Avant d'aborder le thème central, le juge en Chef a introduit quelques précisions sur l'application de la Charte. On lit au paragraphe 16 :

> « [...] Ces agents [les agents canadiens] sont clairement assujettis au droit canadien, y compris la Charte, à l'intérieur du Canada et, dans la plupart des cas, à l'extérieur du Canada. Ils sont nettement visés à l'art. 32 de la Charte, en tant que représentants du pouvoir exécutif, ou du "gouvernement du Canada". [...] On peut s'attendre à ce qu'ils connaissent le droit canadien, y compris la Constitution, et il n'est pas déraisonnable d'exiger qu'ils le respectent ».

De toutes les façons, quelle que soit la position adoptée sur la portée de la protection accordée par la Charte à l'égard des candidats à l'immigration, la législation impose de tenir compte, lors de la mise en œuvre de ses dispositions, de l'ensemble des textes constitutionnels et des instruments internationaux portant sur les droits de l'homme. Il semble être clair que l'engagement du Parlement envers les droits fondamentaux énoncés dans la nouvelle L.I.R.[41] constitue une garantie du respect des droits des personnes dans le processus d'immigration et renforce la possibilité de les affirmer en tant que valeurs incorporées par la législation en la matière.

Du côté de la France, on observe que l'existence de limites au pouvoir de l'État pour établir les conditions d'admission et de séjour des étrangers a été également reconnue par la jurisprudence. Dans une étude sur les droits et la condition des étrangers en France, Justin Kissangoula[42] identifie une première période dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel caractérisée par la reconnaissance d'un pouvoir discrétionnaire « autonome » pour légiférer en matière de « police des étrangers » et une attitude de grande retenue envers les choix du Parlement dans ce domaine. Or, dans un deuxième temps, l'auteur estime que le Conseil constitutionnel a changé d'approche à partir de la décision du 25 février 1992, dans laquelle Kissangoula voit la reconnaissance d'un pouvoir

---

[41] L'article 3.f) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, reconnaissait la nécessité de garantir les personnes sollicitant leur admission au Canada contre toute discrimination contraire à la Charte, mais le texte actuel est plus ample que l'antérieur.

[42] J. Kissangoula, *op. cit.* note 20, pages 453 et suiv. L'auteur consacre plusieurs pages à la caractérisation du pouvoir discrétionnaire « autonome » et « lié », travail qu'il fait à partir des définitions fournies par le professeur Alain Bockel. Il étudie aussi les fondements et les conséquences des différentes approches.

« lié » ou « dérivé » à partir du paragraphe disposant que « l'État est en droit de définir les conditions d'admission des étrangers sur son territoire sous réserve du respect des engagements internationaux qu'il a souscrits et des principes de valeur constitutionnelle »[43].

Selon Kissangoula, des décisions postérieures confirment cette modification de façon de considérer les choses qui « lient » l'exercice du pouvoir du législateur au respect des libertés et droits fondamentaux. Dans la décision du 13 août 1993, précitée, le Conseil constitutionnel a énoncé aux deuxième et troisième considérants que :

> « [...] aucun principe non plus qu'aucune règle de valeur constitutionnelle n'assure aux étrangers des droits de caractère général et absolu d'accès sur le territoire national, [...] que le législateur peut ainsi mettre en œuvre les objectifs d'intérêt général qu'il assigne »
>
> «[...] toutefois si le législateur peut prendre à l'égard des étrangers des dispositions spécifiques, il lui appartient de respecter les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle reconnus à tous ceux qui résident sur le territoire de la République... »[44]

Dans cet ordre d'idées, le Conseil constitutionnel a écrit dans la décision du 22 avril 1997 que :

> « [...] si le législateur peut, s'agissant de l'entrée et du séjour des étrangers, prendre des dispositions spécifiques destinées notamment à assurer la sauvegarde de l'ordre public, qui constitue un objectif de valeur constitutionnelle, il lui appartient de concilier cet objectif avec le respect des libertés et droits fondamentaux ...»[45]

Dans le même sens, Annabelle Pena-Gaia note que lorsqu'il est saisi, le Conseil constitutionnel veille à ce que la loi modifiant les conditions d'entrée et de séjour en

---

[43] *Décision n° 92-307 DC du 25 février 1992*, citée par J. Kissangoula, *op. cit.* note 20, page 462.
[44] *Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993*, [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr (date d'accès : 5 mai 2006).
[45] *Décision 97-389 DC du 22 avril 1997*, [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

France des étrangers respecte bien les prescriptions posées par la Constitution[46]. Dans le cadre d'une analyse portant sur la condition juridique des étrangers en situation irrégulière, l'auteur aborde plusieurs questions, dont celle relative aux limitations de la marge de manœuvre des États apportées par certaines exigences conventionnelles.

Un arrêt du Conseil d'État du 18 janvier 1991 avait admis qu'un étranger pouvait se prévaloir des dispositions de l'article 8 de la *Convention européenne des droits de l'homme* pour demander l'annulation de l'arrêté d'expulsion pris à son encontre. A partir de cet arrêt, Pena-Gaia indique que cette jurisprudence a été rapidement étendue au second volet du mécanisme d'éloignement du territoire des étrangers, à savoir la reconduite à la frontière, mais également à l'ensemble du droit des étrangers à travers les questions essentielles de la délivrance des visas et des titres de séjour[47].

D'autre part, en tenant compte de la jurisprudence du Conseil constitutionnel concernant le droit de mener une vie familiale normale, Pena-Gaia avance l'idée que la reconnaissance de certains droits fondamentaux permettrait de consacrer indirectement un droit d'accès et de séjour sur le territoire français à une catégorie spécifique d'étrangers, au-delà des conditions prescrites par le législateur[48]. Les développements de l'auteur présentent de l'intérêt, car ils ont des implications évidentes sur la portée des pouvoirs d'un État souverain en matière d'admission au séjour des non-nationaux. Il est important de noter que les textes internationaux sont en France hiérarchiquement supérieurs aux lois internes et obligent le législateur et les juges à assurer la protection des droits qui y sont reconnus[49].

---

[46] Annabelle Pena-Gaia, « Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière », Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XIV 1998, éd. Economica et Presse Universitaires d'Aix-Marseille, page 203.
[47] Id. pages 212-213.
[48] Id. pages 226-227.
[49] Cons. d'Ét., *Raoul Georges Nicolo*, 20 octobre 1989, décision n° 108.243, [en ligne] www.legifrance.gouv.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

Au niveau européen, on observe l'affirmation du Conseil de l'Union européenne en faveur du respect des droits fondamentaux dans le contexte de l'immigration à la lecture des divers textes préparés en la matière. Au cinquième considérant de la *Directive relative au droit de regroupement familial*[50], le Conseil indique que « les États membres devraient mettre en œuvre les dispositions de la présente directive sans faire discrimination fondé notamment sur le sexe, la race, [...] les caractéristiques génétiques, [...] un handicap... ». Une considération similaire a été inclue à l'article 32 de la *Proposition de Directive relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*[51].

En plus, dans la *Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*, adoptée dans le cadre des mesures concernant l'immigration et la protection des droits des ressortissants des pays tiers, le Conseil montre l'intérêt que l'observation des droits fondamentaux possède dans ce domaine. Le Conseil indique effectivement au troisième considérant que la directive « respecte les droits fondamentaux et observe les principes, qui sont reconnus notamment par la convention européenne pour la protection des droits humains et des libertés fondamentales et par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »[52].

En ce qui concerne spécifiquement la santé et l'immigration, les divers textes européens cités limitent les pouvoirs des États en prescrivant que la survenance de maladies ou d'infirmités après la délivrance du premier titre de séjour ne peut justifier le refus du

---

[50] *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, précitée note 26.

[51] *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*, précitée note 28.

[52] *Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*, Journal officiel de l'Union européenne n° L016 du 23 janvier 2004, pages 0044-0053.

renouvellement du titre ou l'éloignement du territoire par l'autorité compétente de l'État membre concerné[53].

Du bref survol réalisé sur les principes encadrant le pouvoir des États en ce qui concerne l'admission et le séjour des étrangers sur son territoire ressort, principalement, la conclusion suivante: il est clair que les États ont des prérogatives très larges pour établir des conditions en matière d'immigration visant à accomplir leurs objectifs dans les différents plans social, économique, culturel ou politique, mais ce pouvoir doit aussi se conformer aux règles d'ordre constitutionnel et aux engagements internationaux concernant le respect des droits de l'homme.

Ces questions ne sont pas négligeables à des fins de l'analyse qu'on fera dans les lignes qui suivent. On peut affirmer que vu les larges pouvoirs des gouvernements en matière d'immigration, l'instauration dans ce domaine de contrôles médicaux à des fins spécifiques est, en principe, légitime. Toutefois, l'ensemble des textes à valeur constitutionnelle et d'ordre international relatifs aux droits de l'homme permettent d'établir un cadre de principes pour orienter l'action des États face à la possibilité d'avoir recours à l'information de santé à des fins d'immigration. Nous sommes en droit d'avancer l'idée que les pays n'ont pas le droit de traiter les requérants d'immigration comme ils l'entendent. Effectivement, l'équilibre entre les pouvoirs des États et les droits des personnes s'impose.

---

[53] Article 6(3) de la *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, précitée note 26; article 27 de la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*, précitée note 28; article 18(3) de la *Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*, précitée note 52.

Chapitre I : Les différentes approches normatives guidant les rapports existants entre la santé et l'admission des étrangers.

Dans le chapitre précédent on a vu comment les États possèdent des pouvoirs très étendus dans le domaine de l'immigration, permettant ainsi l'implémentation de contrôles sanitaires chez les immigrants éventuels. Or, les examens médicaux exigés aux migrants ne sont pas toujours les mêmes, car ils varient selon les objectifs visés par chaque pays lors de la définition de leurs politiques d'immigration.

Dans ce volet, nous examinerons les différents rapports existants entre la santé et l'admission des étrangers. En prenant comme exemple la situation du Canada et celle de la France, nous identifierons trois approches abordant la protection de la santé et la sécurité publiques, des considérations économiques et des raisons d'ordre humanitaire. Dans ce cadre, nous verrons que l'évaluation de la santé des étrangers faisait déjà partie des anciennes dispositions de l'immigration. Nous analyserons les normes actuelles régissant la question dans les deux pays, ainsi que les buts poursuivis et les moyens utilisés dans chaque contexte.

Nous verrons comment la portée des contrôles à effectuer dépend des objectifs des divers programmes qui visent à réduire les risques de propagation des maladies transmissibles, cherchent à éviter que de lourds fardeaux soient supportés par les services de santé, ou même à aider certaines personnes nécessitant des soins. La comparaison des différentes approches servira à déterminer l'intérêt que l'information médicale peut avoir pour les autorités d'immigration dans les diverses situations, ainsi qu'à envisager les possibles conflits que l'usage des renseignements sur l'état de santé des migrants peut susciter.

I.a) L'approche « santé et sécurité publique » :

Tant au Canada qu'en France, la préoccupation pour la protection de la santé publique était déjà présente dans les anciennes réglementations de l'immigration, parmi lesquelles on trouve des dispositions spécifiques prévoyant des contrôles sanitaires chez les nouveaux arrivants servant à éviter la propagation des maladies contagieuses.

On se rappelle que des stations de quarantaine humaine existaient au Canada au début du 19e siècle, dont celle de la Grosse-Île où tous les immigrants arrivants de l'Europe étaient contraints de séjourner au terme de leur traversée de l'Atlantique. Parmi les lois relatives à l'immigration et traitant des mesures visant la préservation de la santé publique au Canada, l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1866, ch.40, article 22, énonçait :

> « 22. (1) Le gouverneur en conseil pourra, de temps à autre, faire tels règlements qui jugera convenables [...] pour la préservation de la santé publique, que tels règlements s'appliquent, et pour nettoyer et désinfecter complètement tels vaisseaux, effets et passagers, de manière à empêcher, autant que possible, l'introduction ou la dissémination des maladies en cette province... »
>
> « (3). Le gouverneur en conseil pourra, par tels règlements, requérir le maître du tout vaisseau remontant le fleuve St. Laurent, et venant de plus bas que la station de quarantaine à la Grosse-Île [...] de faire mouiller tel vaisseau en telle place de la station de quarantaine [...] permettre que l'officier à ce préposé, visite et inspecte [...] les passagers [...] envoyer à terre à ladite station et à tels points d'icelle indiqués par l'officier à ce autorisé par les règlements, certains de ses passagers, ou tous ses passagers [...] pour empêcher l'introduction des maladies contagieuses ou infectantes; et permettre que tels passagers, équipage, cargaison et autres articles, ainsi que le vaisseau lui-même, restent aussi longtemps à la dite station et sur tels points d'icelle, respectivement, et soient traités, nettoyés et purifiés de telle manier que le dit officier le jugera nécessaire pour la fin sus-dite; »

La *Loi concernant l'Immigration*, SRC 1910, ch. 27 prévoyait le rejet systématique des étrangers appartenant à des « catégories refusées », dans lesquelles on trouvait « les personnes affligées d'une maladie repoussante ou d'une maladie qui est contagieuse ou qui

peut devenir dangereuse pour la santé publique… » (article 3, paragraphe b). Ce critère a été maintenu dans les normes postérieures relatives à l'immigration.

Le système juridique a évolué, en remplaçant l'exclusion des étrangers basée sur des catégories interdites par des critères imposant des évaluations plus particularisées. Or, l'intérêt pour la protection de la santé publique reste encore dans la législation canadienne de l'immigration, laquelle à l'heure actuelle prescrit l'interdiction de territoire pour des raisons de santé publique. L'article 38(1) de la L.I.R. prévoit que :

> « Emporte, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour motifs sanitaires l'état de santé de l'étranger constituant vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques […] ».

Afin de vérifier l'état de santé des candidats à l'immigration, l'article 16 (2) de la L.I.R. prescrit que l'auteur d'une demande au titre de la loi est tenu de se soumettre à une visite médicale. En outre, l'article 30(1) et (4) du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés [DORS /2002-227]*(ci-après R.I.R) prescrit que l'étranger qui demande un visa de résident permanent ou qui demande à séjourner au Canada à titre de résident permanent, ainsi que les membres de sa famille, doivent être titulaires d'un certificat médical attestant qu'ils ne sont pas interdits de territoire pour motifs sanitaires se fondant sur la dernière visite médicale à laquelle il a été requis qu'ils se soumettent.

Pour ce qui a trait à la situation en France, des contrôles médicaux chez les immigrants ont été implémentés depuis longtemps. Face aux besoins dérivés de la reconstruction du pays après la seconde guerre mondiale, la France a entrepris une politique de recrutement et d'introduction des étrangers dont l'ordonnance du 2 novembre 1945 a posé les bases juridiques[54]. L'Office national d'immigration a été crée (ONI), et a

---

[54] Voir P. Delavalle, « L'examen médical des étrangers à leur entrée en France : objectifs, applications, résultats », Manuscrits n° 1785/MDV9, communication présentée lors de la 2è Journée française de médecin des voyages, Institut Pasteur, Paris, 3 mai 1996, [en ligne] http://www.pathexo.fr/pdf/1997n4/Delavalle.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

été chargé de vérifier l'aptitude à l'emploi ainsi que d'assurer le contrôle sanitaire des travailleurs étrangers et de leur famille en délivrant un certificat médical.

L'année 1974 a marqué l'arrêt de l'immigration en France et l'introduction des travailleurs permanents a été fortement limitée. Les politiques ont changé, l'ONI est devenu l'Office des Migrations Internationales (OMI) puis l'Agence Nationale de l'Accueil des Étrangers et des Migrations (ANAEM), mais les considérations relatives à la protection de la santé publique demeurent encore dans les régulations concernant l'immigration en France.

Il faut souligner que le droit au titre de séjour est un sujet extrêmement complexe. On dira seulement que les cartes prévues pour les différents groupes des travailleurs ainsi que les titres portant la mention « vie privée et familiale » sont temporaires, mais renouvelables; la carte de résident valable dix ans exige, entre autres conditions, au moins cinq ans de résidence ininterrompue et régulière en France. Dans ce contexte, les fondements juridiques du contrôle médical des diverses catégories d'immigrants répondent à des normes variées.

Ainsi, l'article 341-2 du *Code du travail* prescrit que :

> « Pour entrer en France en vue d'y exercer une profession salariée, l'étranger doit présenter, outre les documents et visas exigés par les conventions internationales et les règlements en vigueur, un contrat de travail visé par l'autorité administrative ou une autorisation de travail et un *certificat médical* ».
> [l'italique n'est pas dans l'original]

Le *Code d'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile* reproduit cette disposition à l'article 322-1. En plus, le *décret n° 46-1574* du 30 juin 1946[55] fixe les différentes catégories d'étrangers qui doivent présenter le certificat médical, parmi

[55] *Décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 règlementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers*. La norme a été modifiée par plusieurs décrets postérieurs ; on tient compte de la version consolidée au 30 août 2005 publiée dans le site web officiel du gouvernement français : www.legifrance.gouv.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

lesquelles celles des étrangers sollicitant la délivrance d'une carte de séjour temporaire (dont les travailleurs) ou de résident, mentionnés respectivement dans les articles 7 et 11. Enfin, un arrêté du ministre chargé de la santé établit les conditions pour la délivrance du certificat médical[56].

On constate que dès le début, la préoccupation pour le risque d'introduction des maladies contagieuses a été présente dans les réglementations stipulants les conditions sanitaires pour l'obtention de cartes de séjour. Dans l'*Arrêté relatif aux conditions que doivent remplir les étrangers au point de vue sanitaire pour l'obtention de cartes de séjour, du 13 février 1950*, on lit :

> « Art.7- La carte de séjour sera refusée aux immigrants étrangers s'ils sont atteints [...] d'affections de longue durée contagieuses ou susceptibles de le devenir et d'en faire un danger sanitaire pour la population française [...] »[57]

Les arrêtés postérieurs du 8 avril 1953 et 24 avril 1959 ont également prévu la non admission des personnes pouvant mettre en risque la santé publique, en prescrivant :

> « Ne remplit pas les conditions sanitaires exigées pour obtenir la carte de séjour tout étranger atteint : [...] 2°. D'affection de longue durée, contagieuse ou susceptible de le devenir créant ainsi un danger pour la santé publique [...] »[58]

L'*Arrêté du 11 janvier 2006 relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France* (ci-après l'Arrêté du 11 janvier 2006) régit la question à l'heure actuelle, en incluant des dispositions visant à enrayer les risques de maladies infectieuses. Cette réglementation prescrit que ne remplit pas les conditions pour autoriser son séjour en France l'étranger atteint : « a) de l'une des maladies mentionnées au titre V du règlement

---

[56] Conformément à l'article 7(4°) du *Décret n° 46-1574 du 30 juin 1946*, précité note 55.

[57] *Arrêté relatif aux conditions que doivent remplir les étrangers au point de vue sanitaire pour l'obtention de cartes de séjour du 13 février 1950*, J.O. du 19 février 1950, pages 2008-2009.

[58] Article 8 de l'*Arrêté relatifs aux conditions que doivent remplir les étrangers, au point de vue sanitaire, pour l'obtention de cartes de séjour du 8 avril 1953*, J.O. du 12 avril 1953, pages 3453-3454; article 8 de l'*Arrêté relatif aux conditions sanitaires que doivent remplir les étrangers pour l'exercice en France d'une activité professionnelle salariée et pour l'obtention d'une carte de séjour du 24 avril 1959*, J.O. du 29 avril 1959, pages 4681-4682.

sanitaire international publié par le décret du 24 janvier 1989 susvisé» (c.-à-d. fièvre jaune, choléra et peste)[59] et « b) de tuberculose contagieuse évolutive »[60].

En plus de s'intéresser aux motifs de santé publique, les normes sur l'immigration prévoient aussi la non admission des étrangers pouvant constituer une menace à la sécurité ou l'ordre publics. Les anciennes régulations relatives aux migrants n'abordaient pas le sujet de façon spécifique, mais les plus récentes réglementations l'ont prévu. On note qu'au Canada, la *Loi sur l'immigration*, S.C. 1952 ch. 42, article 5 i) et h), incluait dans les « catégories interdites » les alcooliques chroniques et les toxicomanes. On pourrait donc penser que cette disposition tenait compte du risque qu'ils peuvent entraîner pour d'autres personnes, mais la norme ne faisait aucune référence à cette situation. Présentement, on a vu que l'article 38 de la L.I.R prescrit l'interdiction de territoire des étrangers pour des raisons de santé « ou sécurité publique ». De son côté, la norme française indique que ne remplit pas les conditions pour la délivrance du certificat médical l'étranger atteint « de troubles mentaux nécessitant des soins et compromettant la sûreté des personnes ou portant atteinte, de façon grave, à l'ordre public »[61].

Au niveau européen, les directives élaborées par le Conseil de l'Europe dans le but d'implémenter une politique commune en matière d'immigration reconnaissent la faculté des États membres de l'Union européenne de refuser les demandes des personnes représentant une menace pour la santé et la sécurité publiques. La *Directive du Conseil relative au droit au regroupement familial* dispose que les États membres peuvent rejeter une demande d'entrée et de séjour d'un des membres de la famille pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique[62].

---

[59] La norme mentionne le règlement publié par le décret du 24 janvier 1989. On note que le Règlement sanitaire international vient d'être modifié à l'année 2005, mais il entrera en vigueur en 2007. Le texte du nouveau règlement dans le site de l'Organisation Mondiale de la Santé, http://www.who.int/mediacentre/news/releases/2005/pr_wha03/fr/index.html (date d'accès : 5 mai 2006).

[60] Article 5 de l'*arrêté du 11 janvier 2006 relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France*, précité note 2.

[61] Article 5.c) de l'*arrêté du 11 janvier 2006*, précité note 2.

[62] Article 6 de la *Directive relative au droit au regroupement familial*, précitée note 26.

Une norme similaire est prévue dans la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*[63]. Le même principe est inclus dans la *Directive du Conseil relative au statut des ressortissants des pays tiers résidants de longue durée,* laquelle prescrit que les États membres peuvent rejeter une demande de séjour présentée par un résident de longue durée dans un autre État membre, lorsque la personne concernée représente une menace pour la santé ou la sécurité publiques[64].

Cet historique permet de voir comment les politiques envers les immigrants ont été, en général, liées aux préoccupations en rapport avec les risques pour la santé publique et, plus récemment, avec le danger pour la sécurité publique. Cet intérêt à l'égard de la protection de la santé et la sécurité publiques face aux flux migratoires continue à être présent dans les normes sur l'immigration tant au Canada qu'en France. On l'observe aussi dans les directives européennes élaborées dans le but de mener à bien une politique commune en matière d'immigration.

Cela étant vu, il est important d'approfondir la notion de protection de la santé et la sécurité publiques envisagée dans les normes sur l'immigration afin de préciser quel type de maladies peuvent justifier le refus d'entrer ou de séjourner sur le territoire des États, ainsi que les caractéristiques de la visite médicale prévue pour atteindre ces objectifs. Ces questions seront analysées dans les prochaines pages.

---

[63] Article 26 de la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*, précitée note 28.

[64] Articles 17 et 18 de la *Directive du Conseil relative au statu des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*, précitée note 52.

I.a.1) Des mesures visant à enrayer la propagation des maladies infectieuses :

On peut avancer que les normes sur l'immigration assignent un sens précis et limité à la notion de « danger pour la santé publique » dont elles tiennent compte, en renvoyant aux mesures visant à éviter la propagation des maladies transmissibles.

Au Canada, l'article 31 du R.I.R prescrit que pour décider si l'état de santé d'un étranger constitue vraisemblablement un danger pour la santé publique, l'agent[65] tiendra compte de « la transmissibilité de la maladie dont l'étranger est atteint ou porteur » et des « conséquences que la maladie pourrait avoir sur d'autres personnes vivant au Canada ». En France, on a déjà signalé que l'Arrêté ministériel du 11 janvier 2006 renvoie au Règlement sanitaire international, en plus de considérer la tuberculose contagieuse évolutive parmi les maladies empêchant de remplir les conditions pour la délivrance du certificat médical.

Pour ce qui est des directives européennes concernant l'immigration, elles se limitent à énoncer le principe permettant aux États membres d'interdire l'entrée et le séjour des ressortissants de pays tiers pour des raisons de santé publique sans donner de précisions sur l'amplitude de cette notion, à l'exception de la *Directive du Conseil relative au statut des ressortissants de pays tiers résidants de longue durée*, précitée, dont l'article 18 prévoit que :

> «Les seules maladies pouvant justifier un refus d'entrer ou de séjourner sur le territoire du deuxième État membre sont les maladies définies dans les instruments applicables de l'Organisation mondiale de la santé ainsi que d'autres maladies infectieuses ou parasitaires contagieuses pour autant qu'elles fassent, dans le pays d'accueil, l'objet de dispositions de protection à l'égard des nationaux. Les États membres ne sauraient instaurer de nouvelles dispositions et pratiques plus restrictives »

---

[65] L'article 2 du *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précité note 34, définit l'agent comme la personne désignée à ce titre par le ministre en vertu du paragraphe 6(1) de la Loi.

Dans ce contexte, on vérifie que certaines affections sont clairement envisagées par les normes, soit parce qu'elles sont expressément mentionnées (comme c'est le cas de la tuberculose ou bien du choléra, de la peste et de la fièvre jaune, ces dernières étant mentionnées au titre V du Règlement sanitaire international), soit parce qu'il s'agit de maladies facilement transmissibles et hautement dangereuses pour d'autres personnes. Néanmoins, il existe d'autres maladies dont l'intérêt pour le dépistage est fondé sur des raisons de santé publique et reste au centre des débats, comme c'est le cas pour le VIH.

Notons que ni la législation canadienne sur l'immigration ni le règlement nomment quelles maladies constituent un danger pour la santé publique, sinon qu'ils donnent des lignes directrices pour les identifier en faisant référence au danger dérivé de la transmissibilité de la maladie et des conséquences qu'elle pourrait entraîner pour des tiers.

En 2000, des journaux canadiens ont rapporté que Santé Canada avait recommandé à Citoyenneté et Immigration Canada d'implémenter le test obligatoire de détection du VIH pour tous les requérants d'immigration et d'exclure ceux trouvés séropositifs. Suite à cette situation, la ministre de l'Immigration a annoncé que son ministère envisageait d'imposer ledit test et de refuser la demande des requérants séropositifs, en invoquant à la fois des motifs de santé publique et de coûts excessifs[66], proposition qui a été fortement questionnée.

Barry Hoffmaster et T. Schrecker abordent le thème en se positionnant contre le dépistage[67]. En ce qui concerne les motifs de santé publique, ils citent l'opinion de Somerville selon laquelle la simple présence du VIH ne constitue pas un danger pour la santé publique, à moins que les personnes séropositives aient des comportements propres à transmettre la maladie. Ils concluent en faisant valoir que l'élément crucial d'une réflexion sur une infection transmissible comme le VIH est le fait que le danger pour la santé

---

[66] Barry Hoffmaster et T. Schrecker, « Une analyse éthique de l'exclusion automatique des immigrants trouvés séropositifs au VIH », *Revue canadienne VIH/SIDA et droit*, Vol.5, n° 4, 2000 (Quicklaw).
[67] Id.

publique ne découle pas de la simple présence de l'agent infectieux, mais plutôt de certains comportements de l'individu qui en est porteur.

Présentement, le test de détection du VIH fait partie des examens obligatoires pour les demandeurs d'immigration au Canada. Cependant, à la lecture des lignes directrices élaborées en 2003 par Citoyenneté et Immigration Canada, destinées aux médecins désignés chargés de procéder aux examens médicaux de l'immigration[68], on trouve que cette maladie en soi n'est pas considérée une menace pour la santé publique :

> « L'infection au VIH en soi ne constitue pas une menace importante pour la santé publique au Canada. Cependant, le comportement d'une personne atteinte du VIH peut représenter un danger pour la santé et la sécurité publiques si le requérant ne comprend pas son état et les mesures qu'il doit prendre pour éviter la contagion. C'est pourquoi le *counselling post-test* est si important dans la prise en charge des personnes atteintes du VIH. Le *counselling* permet d'assurer que le requérant est conscient de son état et qu'il peut prendre les mesures nécessaires pour éviter ou limiter la contagion »[69]

Dans un autre paragraphe, le texte indique que :

> « Le souci du risque pour la santé ou la sécurité publique demeure très important dans l'évaluation de l'admissibilité des migrants au Canada. Le VIH ne se transmet pas facilement et n'est généralement pas considéré comme un risque significatif de santé publique pour la population générale au Canada. Cependant, les requérants atteints du VIH qui refuseraient d'avoir des contacts sexuels protégés, qui dissimuleraient délibérément leur état à leurs partenaires ou qui tenteraient volontairement d'infecter d'autres personnes, peuvent être considérés comme un risque pour la santé et la sécurité publiques »[70].

En ce qui concerne la France, on a avancé que la réglementation individualise les affections faisant obstacle à l'admission des étrangers. Même si l'*Arrêté du 11 janvier*

---

[68] Le médecin désigné est chargé d'effectuer les examens médicaux et de rendre des rapports sur la condition médicale du demandeur, mais l'évaluation médicale afin de déterminer l'existence des motifs sanitaires d'interdiction de territoire prescrits par la loi est effectuée par un médecin agréé, selon ce que l'on expliquera plus bas.

[69] Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du médecin désigné*, Direction générale des services médicaux, 2003, page 36, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/pub/md-manuel.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

[70] Id. page 50.

2006 ne fait pas allusion aux motifs de santé publique de manière explicite, il est clair qu'ils ont été envisagés dans le renvoi que la norme effectue aux maladies indiquées au titre V du Règlement sanitaire international, lequel vise fondamentalement à prévenir la propagation internationale des maladies par la détection précoce des événements présentant une menace pour la santé publique. La mention de la tuberculose semble être guidée par la même raison, vu les caractéristiques spéciales de cette maladie infectieuse. Or, la réglementation française n'impose pas de restrictions spécifiques au VIH. La circulaire du 8 décembre 1987 concernant l'examen médical des étrangers désirant séjourner en France exprime que l'existence d'une sérologie positive au VIH, en l'absence de signes cliniques, ne constitue pas un motif de refus du permis de résidence en France[71].

L'exclusion des requérants d'immigration séropositifs sur la base de considérations de santé publique a soulevé des préoccupations légales et éthiques que le « Rapport sur l'Immigration et le VIH », préparé par Alana Klein, illustre très bien. L'auteure soutient que des restrictions d'admission liées au VIH pour protéger la santé publique ne seraient pas fondées, en citant les *Directives internationales* sur le VIH/SIDA et les droits de la personne publiés par les Nations Unies qui considèrent que toute restriction apportée aux droits de circuler ou de *choisir la résidence*, uniquement fondée sur une infection à VIH réelle ou soupçonnée, revêt un caractère discriminatoire et ne saurait être justifiée par des raisons de santé publique[72].

Klein considère que l'exclusion des immigrants séropositifs au VIH, en tant que méthode de protection de la santé publique, constituerait une négation de la responsabilité collective vis-à-vis du VIH, en mettant l'accent sur l'état sérologique des immigrants plutôt que sur les comportements de la population. On stigmatiserait l'ensemble des

---

[71] Lettre DGS/IC n° 784, 8 décembre 1987, citée dans *Dictionnaire Permanent, Droit des étrangers*, mise à jour 29, 2005, Paris, Éditions législatives, page 2248.

[72] Haut commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et Programme commun des Nations Unies sur le VIH/SIDA (ONUSIDA), *Le VIH/SIDA et les droits de l'homme : directives internationales,* New York et Genève, Nations Unies 1998 (HR/PUB/98/1), cité par A. Klein, *loc. cit.*, note 38, à la page 60. Les directives sont également en ligne : http://www.ohchr.org/french/about/publications/papers.htm (date d'accès : 5 mai 2006), dans ce document, voir pages 17 et 25.

personnes vivant avec le virus comme étant des dangers pour la santé publique, ce qui contribuerait à causer des difficultés aux membres de la société d'accueil vivant avec le VIH, en plus de décourager des gens de subir le test, ceci pouvant avoir des conséquences sur la propagation de la maladie. Enfin, l'auteure estime que le fait de cibler les personnes vivant avec le VIH au motif qu'elles constitueraient une menace pour la santé publique serait discriminatoire, car il n'y aurait pas de lien rationnel avec l'objectif de l'enrayement de la propagation de la maladie, et cette mesure serait fondée sur des suppositions quant au comportement individuel des porteurs, ce qui n'a pas de place dans une politique d'immigration devant plutôt traiter les requérants avec respect et dignité, en tant qu'individus[73].

Les développements précédents permettent d'entrevoir combien il est important d'approfondir la notion de santé publique considérée dans les normes sur l'immigration, afin d'envisager quelles sont les conditions pertinentes pour atteindre l'objectif de protéger la santé de la population du pays d'accueil. En prenant comme exemple le cas du VIH, on a montré que le sens précis de cet objectif dans le contexte de l'immigration renvoie aux mesures visant à éviter la propagation de maladies contagieuses, ce qui autorise à conclure que les motifs de santé publique ne pourraient pas servir à justifier l'exclusion des personnes vivant avec le virus. Le danger pour la santé publique découlerait plutôt du comportement des individus qui en sont porteurs que de la simple présence de l'agent infectieux, selon l'avis énoncé dans la doctrine et celui des gouvernements.

I.a.2) Des mesures visant à éviter de compromettre la sûreté des personnes :

[73] A. Klein, *loc. cit.* note 38, pages 59-65.

On observe que l'interdiction de territoire pour des raisons médicales des étrangers pouvant constituer un risque pour la « sécurité publique », prévue dans les normes sur l'immigration, renvoie aux mesures visant à éviter de compromettre la sûreté des personnes de la société d'accueil.

Au Canada, l'article 33 du R.I.R. prescrit que pour décider si l'état de santé de l'étranger constitue vraisemblablement un danger pour la sécurité publique, l'agent devra tenir compte du fait que le « risque qu'une invalidité soudaine ou que le comportement imprévisible ou violent de l'étranger [pourrait] crée[r] un danger pour la santé et la sécurité des personnes vivant au Canada ».

En France, on a vu que l'article 5 de l'*Arrêté ministériel du 11 janvier 2006*, précité, prévoit que ne remplit pas les conditions pour la délivrance du certificat médical l'étranger atteint de « troubles mentaux » nécessitant des soins et compromettant la sûreté des personnes ou portant atteinte à l'ordre public, ce diagnostic étant porté sur la base d'un certificat demandé à un médecin psychiatre par le médecin chef du services de santé publique et d'assistance médicale de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et de migrations. Les normes communautaires n'apportent pas de précisions sur la notion de « danger pour la sécurité publique » permettant aux États membres d'interdire l'entrée et le séjour des étrangers.

En suivant la même technique que pour ce qui est de la notion de santé publique, ni la législation, ni le règlement canadien sur l'immigration nomment quelles maladies constituent un danger pour la sécurité publique. Ils donnent cependant des lignes directrices pour les identifier en faisant référence au danger dérivé de l'imprévisibilité ou la violence du comportement et aux conséquences qu'il pourrait entraîner pour la santé et la sécurité de tiers. Le règlement semble envisager un état de santé pathologique plutôt mentale que physique, mais la notion décrite paraît concerner un ensemble de situations plus ample que les « troubles mentaux » ciblés par la disposition française.

Si on analyse les cas d'abus d'alcool ou d'autres drogues, on voit que ces situations sont visées par les conditions fixées par le réglementation canadienne étant donné que, comme le signale le *Manuel du médecin désigné,* la toxicomanie est un problème grave qui peut avoir des conséquences importantes pour la sécurité publique au Canada[74]. Or, elle ne semble pas être concernée par la norme française, qui fait uniquement mention des « troubles mentaux » pouvant compromettant la sécurité ou l'ordre publics. On pourrait penser que la toxicomanie serait visée de façon implicite, mais cela n'est pas clair si l'on tient compte que dans l'*Arrêté du 6 juillet 1999 relatif au contrôle médical des étrangers autorisés à séjourner en France,* qui régissait la question antérieurement, les deux situations étaient mentionnées de manière expresse et différenciée[75].

Par rapport à l'infection au VIH, le *Manuel du médecin désigné* explique que bien que cette infection ne constitue pas en soi une menace importante pour la santé publique, le comportement d'une personne atteinte du virus peut représenter un danger pour la santé et la sécurité publique si le requérant ne comprend pas son état et les mesures qu'il doit prendre pour éviter la contagion C'est pourquoi le *counselling post-test* s'avère si important. Ainsi, les requérants atteints du VIH qui refuseraient d'avoir des contacts sexuels protégés, qui dissimuleraient délibérément leur état à leurs partenaires ou qui tenteraient volontairement d'infecter d'autres personnes, peuvent être considérés comme un risque pour la santé et la sécurité publiques. Lorsque le professionnel fait état des résultats des personnes séropositives, la guide indique qu'il doit formuler son opinion sur la compréhension des requérants concernant les stratégies de réductions de risques et « signaler ceux dont le comportement pourrait représenter un danger pour autrui »[76].

---

[74] Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du Médecin désigné, ob. cit.* note 69, page 46.
[75] Article 4, b) de l'*Arrêté du 6 juillet 1999 relatif au contrôle médical des étrangers autorisés à séjourner en France*, JO. N° 159 du 11 juillet 1999, page 10317. La norme faisait mention des étrangers atteints de « toxicomanie aux substances ou plantes classées comme stupéfiants ou de troubles mentaux de nature à compromettre l'ordre public ou la sûreté des personnes ».
[76] Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du Médecin désigné, ob. cit.* note 69, pages 36 et 50.

I.a.3) Une visite de prévention et d'orientation :

On peut avancer que la visite médicale des candidats à l'immigration visant la protection de la santé et la sécurité publiques est présentement prévue comme un contrôle essentiellement de prévention et d'orientation.

Les interventions de l'homme en matière de santé publique remontent à 4000 ou 5000 ans, lorsque la société mycénienne construisit des réseaux d'égouts et des toilettes. La plupart des civilisations qui l'ont suivie ont introduit des mesures d'assainissement, d'hygiène et de quarantaine, lesquelles ont été particulièrement nécessaires au cours du dernier millénaire face au besoin de combattre des pandémies de maladies graves telles que le choléra, la lèpre, la variole, le typhus, la syphilis et la peste[77]. Dans ce cadre, au 19e siècle, on trouve l'isolement en quarantaine des étrangers visant à freiner le risque de propagation des maladies, dont on a parlé antérieurement.

Toutefois, les mesures coercitives comme règle générale ont disparu, en laissant la place à l'éducation et le conseil. En effet, les notions de protection de la santé et sécurité publiques analysées plus haut permettent d'affirmer que l'exclusion s'impose seulement face à la présence de certaines affections appartenant à la catégorie des maladies transmissibles et hautement contagieuses, comme c'est le cas, par exemple, de la tuberculose en phase évolutive, ou bien face à des problèmes mettant en danger la sûreté des personnes vivant au pays. Mais dans l'ensemble de ces situations, les restrictions ne sont que temporaires jusqu'à la vérification de l'absence de danger[78].

---

[77] Organisation mondiale de la santé, Bureau régional du Pacifique Occidental, Comité Régional, « Fonctions Essentielles de santé publique : le rôle des ministères de la santé », Cinquante-troisième session Kyoto (Japon), 16-20 septembre 2002, [en ligne] http://www.wpro.who.int/NR/rdonlyres/DB219E67-DEED-4424-8F0C-7C0A14C8014C/0/RC5310fr.pdf (page d'accès : 5 mai 2006).

[78] On tient à remarquer le fait que, dans certaines situations, l'abus de drogues ou d'autres problèmes tels que des comportements dangereux pour d'autres personnes, pourraient entraîner des restrictions fondées sur le critère de fardeau excessif pour les services sanitaires et sociaux, lesquelles devraient être considérées séparément des exclusions fondées sur le danger pour la sécurité publique.

Les procédures prévues tant au Canada qu'en France vont, en général, dans le même sens pour ce qui est des contrôles intéressant la protection de la santé et la sécurité publiques dans le contexte de l'immigration.

Il faut noter que les examens sanitaires d'entrée en France visent principalement cet objectif de défense de la santé et sécurité publiques. Dans ce sens, le Conseil d'État a considéré que le contrôle médical auquel sont assujettis - en vertu de l'article L. 341-2 du code du travail et des articles 7, 11 et 12 du décret du 30 juin 1946 - les étrangers qui présentent une demande initiale de titre de séjour a essentiellement pour objet la protection de la santé publique[79]. Cependant, la visite médicale des candidats à l'immigration au Canada concerne non seulement ladite protection, mais aussi le but d'éviter la surcharge des services de santé et des services sociaux, ce que l'on verra dans les prochaines pages. Il est important de souligner que cela entraîne des différences entre les contrôles à réaliser dans les deux pays si on les considère dans leur ensemble, mais dans cette partie de l'analyse on ne mettra l'accent que sur les procédures reliées à la santé et la sécurité publiques.

L'*Arrêté du 11 janvier 2006*, précité, fixe les modalités du contrôle médical auquel sont soumis les étrangers, hors espace économique européen, entrés sur le territoire français pour une durée supérieure à trois mois. Depuis le 1er mars 2000, la visite est réalisée en France[80] par les délégations régionales de l'ANAEM (ex-OMI). Cela montre une différence avec le contrôle médical d'immigration exigé par la législation canadienne qui a pour règle d'être effectué dans le pays de résidence du demandeur avant la délivrance du visa d'immigrant.

---

[79] Cons. d'Ét. 20 mars 2000, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, décision n° 205266, [en ligne] www.legifrance.gouv.fr (date d'accès 5 mai 2006). En tenant compte du fait que le contrôle sanitaire effectué par l'OMI (maintenant l'ANAEM) avait été institué en l'intérêt de la santé publique, le Conseil d'État a décidé qu'il ne constituait pas un service rendu pouvant donner liée à perception d'une redevance à verser par les étrangers demandant le titre de séjour, c'est pourquoi le tribunal a annulé l'arrêté du 17 mars 1997 fixant le montant à verser à l'OMI.

[80] *Note d'information DPM/DM2-3 n° 2000-300 du 2 juin 2000 relative au rapatriement des visites médicales en France*, précitée note 3. Sont exclus du champ d'application de la nouvelle réglementation les marocains, tunisiens, turcs et polonais.

En France, l'examen médical est effectué par des médecins appartenant au service de santé publique et d'assistance médicale de l'ANAEM ou, par défaut, par des médecins agrées par le directeur de cet organisme.

L'article 1er de la réglementation indique qu'il s'agit d'un « examen médical de contrôle et de prévention » qui comporte obligatoirement un examen clinique général effectué par un médecin pouvant s'entourer d'avis de spécialistes et demander des examens complémentaires. D'autres tests sont également effectués, comme une radiographie des poumons, la vérification du statut vaccinal, une mesure de la glycémie pour les personnes présentant un risque de diabète et, en fonction de la symptomatologie clinique, un examen urinaire et de sang. La même norme précise que « des conseils et des informations sanitaires adaptées ainsi que les adresses des structures de soins et de prévention seront dispensés aux bénéficiaires de ces visites médicales ».

À l'issue du contrôle, il est délivré un certificat indiquant que l'intéressé remplit ou ne remplit pas les conditions médicales autorisant le séjour en France, attestation qui porte obligatoirement le visa du directeur général de l'ANAEM ou de son représentant. Tout certificat indiquant que les conditions médicales de séjour en France ne sont pas remplies doit être validé par le médecin chef du service de santé publique et d'assistance médicale de l'ANAEM[81].

Des formalités spécifiques visant la préservation de la confidentialité des informations médicales sont prévues dans la réglementation. L'article 3 établit que le certificat médical indiqué ci-dessus « ne contient pas d'information sur l'état sanitaire des intéressés ». De plus, lorsque le résultat de l'examen médical fait apparaître que l'étranger souffre d'une affection nécessitant des soins, un certificat médical spécifique contenant les conclusions de cet examen est établit en trois exemplaires, dont l'un est remis à la personne concernée, un autre au médecin chef de l'ANAEM et, à la demande de

[81] Article 3 de l'a*rrêté du 24 janvier 2006 relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France*, précité note 2.

l'intéressé, un troisième peut être communiqué à son médecin traitant. Puisqu'il s'agit d'un certificat contenant des informations à caractère médical, la norme impose de le transmettre « sous pli confidentiel fermé avec la mention 'secret médical' »[82].

Face à la présence des maladies contagieuses, comme c'est le cas de la tuberculose évolutive, le dossier de l'intéressé est mis en instance jusqu'à la production d'un certificat attestant de la guérison, sous la surveillance du service antituberculeux de son lieu de résidence (on rappelle que l'étranger est déjà en France). La même procédure est établie pour les troubles mentaux nécessitant des soins, jusqu'à ce qu'un nouveau certificat médical indique que la personne n'est pas susceptible de compromettre la sûreté des personnes ou de porter atteinte de façon grave à l'ordre public.

Dans le cadre du *Troisième colloque européen de Migrations Santé France*[83], le Dr. Marc Wluczka, médecin chef du Service de santé publique et d'assistance médicale de l'OMI (maintenant l'ANAEM), a expliqué que la tuberculose constituait l'un des problèmes de santé publique majeurs auquel le service est confronté, importance qui ne tient pas tant au volume de dossiers traités qu'à l'attention toute particulière que chacun nécessite. Dans ce contexte, le service a travaillé pour parfaire sa communication avec les patients, pour les informer et les motiver encore davantage au problème rencontré, en préparant une documentation multilingue qui est remise aux primo-migrants avec l'objectif de les sensibiliser au bénéfice de l'examen radiographique. Dans les cas où une suspicion de tuberculose est évoquée, un rendez-vous avec le dispensaire antituberculeux le plus proche du domicile du patient est pris sur place, et une fiche de liaison est adressée au pneumologue.

Pour le Dr. Wluczka, ces aspects de communication interne au service d'une part, et d'autre part avec ses partenaires médicaux, sont des éléments de renforcement de

---

[82] Id., article 6.

[83] Marc Wluczka, « Les cas de la tuberculose dépistés par les services de l'OMI en 2001 », dans *Troisième Colloque Européen de Migrations Santé France, Les migrants : État des lieux et prospectives, 24 et 25 octobre 2002*, éd. FIAP, Paris 2002, pages 59-67.

l'efficacité des procédures dans une perspective de santé publique. Cela est particulièrement clair pour l'approche fortement axée sur la prévention et l'orientation en vigueur à l'heure actuelle.

Le compte rendu de la deuxième table ronde lors du *Colloque national sur Prévention du VIH/SIDA chez les migrants*[84] confirme l'importance assignée par l'ANAEM (ex-OMI) à l'information personnalisée et à la prévention concernant cette maladie, mais aussi à l'action en réseau avec les centres hospitaliers et même les associations qui travaillent dans ce domaine.

Pour les demandeurs d'immigration au Canada, l'examen médical est réalisé dans la plupart des cas[85] dans le pays d'origine par un médecin désigné à cet effet par Citoyenneté et Immigration Canada (ci-après CIC), mais ce professionnel n'est pas autorisé à déterminer si un client doit être interdit de territoire au Canada ou non. Le médecin désigné doit remplir les formulaires de rapport médical de CIC appropriés et envoyer ces documents au Bureau médical régional de CIC, où un médecin agréé par le Ministre de la Citoyenneté et l'Immigration est chargé de faire l'évaluation médicale afin de déterminer si l'état de santé du requérant risque de constituer un danger pour la santé ou la sécurité publiques, ou s'il y a des motifs raisonnables de croire qu'il entraînera un fardeau excessif[86]. Ce dernier aspect sera l'objet d'une analyse dans la prochaine section de ce mémoire. Le médecin agréé - qui peut se trouver dans un bureau gouvernemental à l'étranger ou au Canada - communique son avis à l'agent de visas, lequel est chargé de prendre la décision sur l'admission en considérant tous les éléments de preuve disponibles

---

[84] Colloque national : Prévention du VIH/SIDA chez les migrants (Marseille 26 et 27 Mai 2005), Restitution de la 2ème Table Ronde : *Le dépistage précoce : un enjeu important*, [en ligne] http://www.sida-info-service.org/evenements/colloquemigrants/cr_tableronde2.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

[85] On a signalé plus haut qu'en vertu du règlement sur l'immigration, généralement, les immigrants éventuels doivent demander la résidence permanente alors qu'ils se trouvent à l'extérieur du pays. L'examen médical se fait habituellement dans le pays d'origine, sauf dans certains cas comme, par exemple, les réfugiés, les personnes qui se sont vu accorder une permission spéciale de demander la résidence permanente alors qu'elles se trouvaient au Canada pour des motifs d'ordre humanitaire.

[86] Voir Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du médecin désigné*, *ob. cit.* note 69.

pour évaluer s'il existe un lien entre ces preuves et les raisons d'inadmissibilité pour motifs médicaux prescrites dans la législation[87].

La visite médicale comprend un examen physique et mental général, ainsi que des tests de routine incluant une analyse d'urine, une radiographie thoracique et une analyse sanguine de dépistage de la syphilis et du VIH, mais le dossier médical antérieur des requérants est également étudié[88]. Au besoin, le médecin désigné est chargé de prodiguer un *counselling* approprié.

On tient à noter l'indication incluse dans le *Manuel du médecin désigné* relative au fait qu'il « est impératif que l'examen physique du requérant ait lieu dans le respect de sa vie privée et de sa dignité », en soulignant qu'il « convient de tenir compte de ses attentes et de ne procéder aux examens qu'avec son consentement exprès »[89], considérations qui mettent en évidence l'intérêt de CIC pour le respect des droits des personnes.

Divers formulaires pour les rapports médicaux sont prévus, selon qu'il s'agit de requérants exemptés ou non de la détermination de « fardeau excessif » pour les services de santé ou les services sociaux. Les demandes sont traitées différemment et les professionnels intervenants sont tenus d'examiner les candidats en fonction de la catégorie à laquelle ils appartiennent[90].

Le manuel du médecin désigné, précité, indique que les requérants exemptés de la détermination de fardeau excessif ne doivent pas être examinés « au-delà du stade de la revue des systèmes, de l'examen physique/mental et des analyses de laboratoire et de

---

[87] Voir *Ismaili* c. *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration),*[1995] A.C.F. n° 1127, n° du greffe IMM-3430-94 (Quicklaw), paragraphe 31 ; *Poste* c. *Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [1997] A.C.F. n° 1805 n° du greffe IMM-4601-96 (Quicklaw), aux paragraphes 22 et 23.

[88] Article 29 du *Règlement sur l'immigration et protection des réfugies*, précité note 34 et *Manuel du médecin désigné, ob.cit.* note 34.

[89] Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du médecin désigné, ob. cit.* note 69, page 42.

[90] L'article 38(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée note 5, énonce les étrangers exemptés de la détermination du fardeau excessif (par exemple: personnes faisant partie de la catégorie « regroupement familial » en tant qu'époux, conjoint de fait ou enfant d'un répondant ; réfugiés ou personnes en situation semblable, personnes protégées).

radiologie pour des conditions autres que celles qui peuvent présenter un risque pour la santé ou la sécurité publiques au Canada »[91]. Or, ils peuvent faire l'objet d'une investigation supplémentaire visant à déterminer s'ils représentent un danger pour la santé ou pour la sécurité des Canadiens. Bien entendu, pour la majorité des requérants non exemptés de la détermination de fardeau excessif sur les services de santé, les examens viseront à établir la présence ou non de l'un des trois motifs d'interdiction de territoire pour des raisons médicales, reliés soit au danger pour la santé ou la sécurité publiques ou à la surcharge des structures sanitaires canadiens.

La tuberculose active ou la syphilis non traitée sont citées dans le manuel comme des exemples d'affections représentant un risque pour la santé publique, tandis que parmi les conditions médicales pouvant signifier un danger pour la sécurité publique sont mentionnées certains troubles de comportement à caractère impulsif et sociopathique, certains comportements sexuels aberrants comme la pédophilie, certains états paranoïdes, certains syndromes organiques cérébraux associés à de la violence ou risquant de faire du tort à autrui et la consommation de substances donnant lieu à des comportements antisociaux[92]. Nous avons déjà vu que l'infection au VIH en soi n'est pas considérée comme une menace importante pour la santé et la sécurité publiques au Canada, mais le comportement d'une personne atteinte de la maladie peut parfois le représenter, c'est pourquoi les *counselling* pré-test et post-test sont abordés de façon spécifique dans les lignes d'orientation données par Citoyenneté et Immigration Canada aux professionnels chargés de mener à bien les contrôles médicaux.

En présence de maladies infectieuses, les requérants d'immigration au Canada ne pourront pas obtenir le certificat médical. Néanmoins, il en sera ainsi uniquement pendant le temps où l'affection en est au stade actif. On remarque la transcendance de ne pas considérer l'infection au VIH comme une menace pour la santé publique, car cela entraînerait l'exclusion définitive des personnes soufrant de cette maladie qu'on ne peut

---

[91] Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du médecin désigné*, *ob. cit.* note 69, page 35.
[92] Id. page 36.

pas guérir, ce qui marque une différence importante avec la syphilis. Des documents d'information sur la tuberculose, la syphilis et le VIH sont prévus dans les procédures médicales et la surveillance par les responsables de santé publique est aussi prescrite dans certaines situations[93]. Dans le cas d'une condition médicale pouvant représenter un danger pour la sécurité publique, le stade d'évolution de la maladie ou éventuellement l'état de rémission sont considérés[94].

Il est important de signaler que lors de la visite, le demandeur signe une autorisation pour que tout médecin, laboratoire, clinique ou hôpital puisse communiquer au Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration tout renseignement concernant son état de santé et ses antécédents médicaux[95]. On voit ici un renoncement à la confidentialité des dossiers médicaux à l'égard des services d'immigration canadiens. Dans ce cadre, il semble être clair que les autorités d'immigration sont censées avoir accès aux renseignements relatifs à la santé des demandeurs à des fins de décision quant à leur demande de résidence permanente. Même dans la lettre d'équité procédurale que le fonctionnaire d'immigration doit transmettre au requérant en cas d'avis défavorable, l'agent de visas doit indiquer l'état pathologique ainsi que le diagnostic figurant sur l'avis médical en raison duquel il pourrait faire partie de la catégorie des personnes non admissibles au Canada[96].

Cette situation marque une différence importante avec les procédures en vigueur en France où les autorités d'immigration n'ont pas accès à l'information relative à l'état de

---

[93] Citoyenneté et Immigration Canada, *OP 15 Procédures médicales*, pages 9, 15, 16 et 18, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/francais/op/op15f.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

[94] Ce sont des questions que le médecin désigné doit inclure dans son rapport. Dans le formulaire de rapport médical sont considérés comme des affections nécessitant une investigation plus approfondie ou des soins spécialisés les troubles psychiatriques et la consommation abusive des drogues illicites ou d'alcool *au cour des deux dernières années*. Voir Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du médecin désigné*, précité note 69, pages 35-36, et Formulaire IMM 1017, Rapport Médical : Section A, Identification du client et sommaire [en ligne] http://www.cic.gc.ca/francais/pub/md-manuel/index.html (date d'accès : 5 mai 2006).

[95] Formulaire IMM 5419, Rapport Médical : Section B, Revue des systèmes, antécédents personnels et déclaration du requérant, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/francais/pub/md-manuel/index.html (date d'accès : 5 mai 2006).

[96] Citoyenneté et Immigration Canada, *OP 15 Procédures médicales*, Appendice E, page 19, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/francais/op/op15f.pdf (date d'accès : 5 mai 2006)

santé des intéressés. On a vu précédemment que le certificat médical que l'étranger doit présenter à la préfecture - à l'appui de la demande de carte de séjour - ne contient pas de renseignements médicaux. On estime que la non-communication d'une information médicale prescrite dans l'*Arrêté du 24 janvier 2006*, précité, répond à la logique du dispositif français prévoyant le respect du secret dans le cadre de la médecine de contrôle. À cet égard, l'article 104 du Code de déontologie médicale prescrit que le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services, auquel il ne peut fournir que « ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent »[97].

L'analyse effectuée dans ce volet montre que le but de préserver la santé et la sécurité publiques est à l'origine des politiques visant le contrôle sanitaire des immigrants tant au Canada qu'en France. Une visite essentiellement préventive est prévue par les deux pays avec des modalités propres et adaptées à la politique d'immigration choisie par chacun. Des différences relatives aux garanties entourant la procédure ont été constatées, spécialement en ce qui concerne la confidentialité des données médicales à l'égard des autorités d'immigration, sujet sur lequel on reviendra plus bas.

I.b) L'approche « économique » :

En plus des examens médicaux d'entrée orientés vers la défense de la santé et la sécurité publiques, on trouve des politiques de contrôle sanitaire qui s'intéressent à d'autres objectifs relevant plutôt de considérations économiques, telles que celles en rapport avec l'aptitude à l'emploi qui est à l'origine de la venue de l'étranger ou bien

---

[97] *Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale*, J.O. n° 209 du 8 septembre 1995 page 13305, [en ligne] www.legifrance.gouv.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

celles relatives aux coûts que la personne nécessitant des traitements pourrait entraîner pour les services de santé et les services sociaux en cas d'admission dans le pays.

La première situation semble être envisagée dans l'*Arrêté du 11 janvier 2006*, précité, lequel à l'article 5 prescrit que ne remplit pas les conditions pour la délivrance du certificat médical l'étranger atteint :

> « d'un problème de santé en contradiction manifeste avec l'objet du séjour en France. Dans le cas où cette contradiction concerne la tenu de l'emploi à l'origine de la venue de l'étranger en France, le dossier de l'intéressé est mis en instance jusqu'à production par l'employeur au service de santé publique et d'assistance médicale de l'Agence nationale de l'accueil des étrangers et des migrations, à la demande de celui-ci, de l'avis du médecin du travail sur l'aptitude du candidat à l'emploi susmentionné »

Cependant, on souligne que les seuls contrôles réalisés par l'ANAEM sont ceux ayant été décrits dans la section précédente. L'agence n'effectue pas un examen d'aptitude à l'emploi, mais si, dans le cadre des contrôles référés, le médecin trouve un problème de santé en « contradiction évidente » avec l'exercice de l'emploi concernant l'admission de l'étranger, les conditions médicales pour le séjour en France ne sont pas considérées comme étant remplies. Ce dispositif semble être pertinent dans le contexte de la réglementation française prévoyant un mécanisme de souscription préalable d'un contrat de travail par un employeur installé au pays, afin qu'un étranger puisse venir en France en vue d'y exercer une activité salariée[98].

Quand on parle des contrôles sanitaires relevant de considérations économiques, ce sont des critères visant à éviter le *fardeau* pour les systèmes de santé et les services sociaux que les éventuels immigrants pourraient occasionner, ces critères présentant de l'intérêt au niveau de l'analyse, en raison des questions légales et éthiques que ce genre de politiques peuvent soulever.

---

[98] *Dictionnaire permanent, Droit des étrangers*, mise à jour 29, 2005, Paris, Éditions législatives, page 2246.

Depuis des années, l'incidence financière de la maladie d'un candidat à l'immigration préoccupe les gouvernements. Au début, il a été le « coût pour le public », qui a motivé l'exclusion des personnes ne pouvant pas subvenir à leurs besoins en raison de la maladie. Cette question était déjà abordée dans l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine*, S.R.C. 1866, ch. 40, dans laquelle on lit au paragraphe 10(2) :

> « Si, après examen, il se trouve parmi les passagers, quelque aliéné, idiot, sourd et muet, aveugle ou personne infirme qui ne fait partie d'une famille d'émigrés, et qui, de l'avis du surintendant médical, pourrait *devenir permanemment à charge au public*, le surintendant médical en fera immédiatement un rapport officiel au percepteur des douanes au porte de Québec ou de Montréal [...] et tel percepteur exigera du maître du vaisseau [...] qu'il consente conjointement et solidairement avec deux cautions solvables, une obligation envers Sa Majesté pour la somme de trois cents piastres... »
> [l'italique n'est pas dans l'original]

Une disposition similaire figurait dans l'*Acte relatif à l'immigration et aux immigrants*, S.R.C 1869, ch. 10, au paragraphe 11(2), ainsi que dans les normes qui l'ont suivi. La *Loi de l'immigration*, S.R.C. 1910, ch. 27, a conservé les règles touchant les restrictions à l'admission des personnes atteintes d'une maladie ou d'une invalidité, mais a introduit la notion de « catégories refusées » à des fins d'identification des étrangers ne pouvant pas être admis à entrer au Canada ou à y rester. Outre les immigrants affligés d'une maladie contagieuse dont on a parlé quand il a été question d'interdictions de territoire fondées sur des raisons de santé publique, l'article 3 de cette loi désignait :

> « a) les idiots, imbéciles, faibles d'esprit, épileptiques, déments et personnes qui ont eu des attaques d'insanité dans les cinq ans;
> [...] c) les immigrants qui sont muets, aveugles ou autrement affligés de quelque défaut physique, à moins que de l'avis d'un conseil d'enquête ou d'un fonctionnaire agissant en cette qualité, ils aient assez d'argent, ou aient une profession, une occupation, un commerce, un emploi ou un autre moyen légitime de gagner leur vie qui ne les exposent pas à devenir un *fardeau* pour le public, ou, à moins qu'ils n'appartiennent à une famille qui les accompagne ou qui est déjà en Canada et qui donne garantie suffisante aux yeux du Ministre que ces immigrants ne deviendront pas un *fardeau* pour le public »
> [l'italique n'est pas dans l'original]

L'exclusion des immigrants appartenant à des catégories interdites en raison de la maladie ou le handicap a été maintenue dans la législation postérieure, mais à partir de la *Loi sur l'immigration*, L.C. 1976, ch.52 (plus tard L.R.C. 1985, ch.I-2), la référence à des affections spécifiques a laissé la place au coût qu'elles seraient susceptible d'occasionner. Cette loi a introduit un changement d'approche en mettant l'accent sur le fardeau que l'état de santé des individus pourrait entraîner pour les services de santé ou les services sociaux, plutôt qu'en identifiant des groupes spécifiques de personnes. L'article 19(1)a)(ii) la *Loi sur l'immigration* était rédigé comme suit :

> « 19.(1) Les personnes suivantes appartiennent à une catégorie non admissible :
> a) celles qui souffrent d'une maladie ou d'une invalidité dont la nature, la gravité ou la durée probable sont telles qu'un médecin agrée, dont l'avis est confirmé par au moins un autre médecin agrée, conclut :
> [...] (ii) soit que leur admission entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. »

Un critère similaire, pour l'essentiel, figure dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. L.C. 2001 ch. 27, actuellement en vigueur, dont le paragraphe 38(1) prescrit :

> « Emporte, sauf pour le résident permanent, interdiction de territoire pour motifs sanitaires l'état de santé de l'étranger constituant vraisemblablement un danger pour la santé ou la sécurité publiques ou *risquant d'entraîner un fardeau excessif* pour les services sociaux ou de santé »
> [l'italique n'est pas dans l'original]

En France, les premières réglementations relatives aux exigences sanitaires à remplir par les immigrants montraient aussi une préoccupation pour l'impact financier de la maladie. L'*Arrêté du 13 février 1950 concernant les conditions que doivent remplir les étrangers au point de vue sanitaire pour l'obtention de cartes de séjour*, établissait que :

> « La carte de séjour sera refusée aux immigrants étrangers s'ils sont atteints soit d'affections évolutives, d'infirmités susceptibles de les mettre dans l'impossibilité

de subvenir à leur existence [...] soit porteur d'une tare grave transmissible à leur descendance »[99]

Les mêmes règles touchant la non-admission des personnes atteintes d'une affection physique ou mentale ont été reprises dans les arrêtés ministériels du 8 avril 1953 et du 24 avril 1959[100]. De manière semblable aux anciennes dispositions canadiennes, l'interdiction prévue dans la réglementation française n'était pas absolue pour les personnes souffrant de maladies physiques - seulement les personnes pouvant devenir à la charge au public étaient visées par la norme - mais le rejet était automatique pour les étrangers atteints d'un déficience mentale. La norme française ajoutait un préjugé supplémentaire au sujet de ces déficiences en faisant mention de sa transmissibilité à la descendance.

Néanmoins, les régulations qui gouvernent présentement les contrôles médicaux des immigrants en France ne se penchent pas sur le fardeau que l'admission des personnes malades risquerait d'entraîner au public. La réglementation française en vigueur retient une approche fortement axée sur la protection de la santé et la sécurité publiques à partir de la prévention et du contrôle, selon ce que l'on a vu dans la section précédente.

Au niveau européen, on observe que les directives communautaires en matière d'immigration ne contiennent pas de dispositions relevant des considérations économiques. Elles se limitent à aborder les pouvoirs des États pour rejeter une demande d'entrée et de séjour des étrangers pour des raisons de santé et de sécurité publiques dans les termes qu'on a analysés plus haut.

Ce bref historique montre que les restrictions à l'immigration fondées sur des considérations de santé, mais aussi économiques, ne sont pas nouvelles, elles remontent

---

[99] Article 7 de l'*Arrêté du 13 février 1950 concernant les conditions que doivent remplir les étrangers au point de vue sanitaire pour l'obtention de cartes de séjour*, précité note 57.

[100] Article 8 de l'*Arrêté du 8 avril 1953 relatif aux conditions que doivent remplir les étrangers au point de vue sanitaire*, précité note 58, et article 8 de l'*Arrêté du 24 avril 1959 concernant les conditions sanitaires que doivent remplir les étrangers pour l'exercice en France d'une activité professionnelle salariée et pour l'obtention d'une carte de séjour*, précité note 58.

d'ailleurs aux premières lois régissant l'admission des immigrants. Ces limitations continuent à être présentes dans les dispositions canadiennes, sous la forme d'une politique d'exclusion des requérants dont l'état de santé risque d'entraîner un lourd fardeau sur les services de santé et les services sociaux financés par le trésor public.

I.b.1) La visite médicale comme instrument de sélection des futurs immigrants « en santé » :

Dans le cadre des mesures d'exclusion des immigrants en raison des coûts de soins de santé qu'ils nécessitent, la visite médicale de l'immigration peut être vue comme un instrument aidant la sélection des futurs immigrants « en santé » afin de maîtriser les dépenses du système.

Il est important de souligner que c'est la protection des ressources publiques consacrées aux soins de santé qui est à la basse des actuelles restrictions fondées sur le motif de « fardeau excessif ». Ainsi l'ont interprété les tribunaux canadiens dans plusieurs affaires, dont *Deol*[101] et *Hilewitz*[102], dans lesquelles la Cour d'appel fédérale a tenu compte du fait que les politiques qui sous-tendent le critère de non-admissibilité des immigrants risquant d'entraîner une surcharge sur les services de santé ou les services sociaux avaient pour but d'éviter que les fonds publics ne fassent pas objet de demandes trop coûteuses ou que l'admission d'une personne n'ait pas pour effet de retarder indûment l'accès des résidents canadiens à ces services. Rappelons que la nécessité d'une plus grande disponibilité des services se traduit toujours en coûts.

Même si les deux jugements mettent en cause les dispositions de la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch.I-2 - laquelle continue à être appliquée à certaines

[101] *Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 18.
[102] *Hilewitz c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 1.C.F. 696 (C.A.).

demandes en vertu de l'article 190 de la L.I.R. - le texte de la nouvelle L.I.R. est suffisamment similaire pour conclure que l'analyse vaut aussi pour elle.

Dans l'affaire *Deol*, le père, la mère, la sœur et les deux frères de l'appelante se sont vus refuser des visas de résidence permanente parce que M. Ranjit Singh, qui était le demandeur de visa principal et le père de l'appelante, avait été jugé non admissible pour des raisons d'ordre médical parce qu'il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens. Dans le cadre du raisonnement effectué pour répondre à la question de savoir si « une conclusion de 'fardeau excessif' peut-elle être fondée exclusivement sur les coûts supplémentaires prévus que l'admission de la personne qui demande la résidence permanente au Canada risquerait d'entraîner? », la Cour a écrit:

> « [...] les coûts constituent un facteur pertinent. Le volet du critère de la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical qui se rapporte au 'fardeau excessif' témoigne de la volonté du législateur de *protéger les ressources publiques consacrées aux soins de la santé* contre toute demande exceptionnellement lourde. Je tiens par ailleurs à signaler que l'expression que l'on trouve dans la Loi est 'fardeau excessif' et non 'demande excessive' [...]. On peut, sans forcer le sens des mots, interpréter l'expression 'fardeau excessif' comme englobant à la fois les coûts et la disponibilité des services de santé dont un demandeur de visa aura probablement besoin s'il est admis au Canada »[103]
> [l'italique n'est pas dans l'originale]

Des observations similaires ont été faites par le même tribunal dans un jugement qui se rapporte au fardeau excessif sur les services sociaux. Dans l'arrêt *Hilewitz*, la demande de résidence permanente avait été refusée car le fils du requérant principal avait été jugé non-admissible pour le motif qu'il souffrait d'un retard de développement. On tient à souligner que cette décision a été annulée par la Cour suprême du Canada, mais pour des raisons qui ne sont pas en opposition avec les arguments énoncés par rapport aux politiques qui sous-tendent le critère de fardeau excessif, c'est pourquoi il nous semble

---

[103] *Deol* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 18, aux paragraphes 22 et 23.

intéressant de lire les considérations du tribunal de deuxième instance sur ce thème. Au paragraphe 29, le juge Evans a écrit :

> « Le raisonnement tenu dans l'arrêt *Deol* comporte cependant un aspect important qui touche les services sociaux. La Cour précise les politiques qui sous-tendent le sous-alinéa 19(1)a)(ii) et qui s'appliquent tant aux services médicaux qu'aux services sociaux : éviter que les fonds publics ne fassent l'objet de demandes trop coûteuses et, lorsqu'il s'agit de services qui répondent à peine à la demande, éviter que l'admission d'une personne ait pour effet de refuser ou de retarder indûment l'accès des résidents canadiens à ces services. Comme l'a déclaré le juge Rothstein dans *Thangarajan* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 4 C.F. 167 (C.A.), au paragraphe 9, le sous-alinéa 19(1)a)(ii) tient compte du fait que 'les services sociaux et de santé ne sont pas illimités et gratuits' »[104].

Si l'on considère les fondements qui sous-tendent la non-admissibilité des immigrants pour le motif de « fardeau excessif », il semble être clair que l'intérêt que l'information médicale peut avoir pour les services d'immigration diffère notamment de celui suscité pour une approche de santé publique. Mais la question est bien loin d'être simple et elle impose d'approfondir le concept de fardeau excessif, ainsi que la portée de la notion d'état de santé, avant d'aborder les procédures médicales prévues à des fins d'exclusion des immigrants sur la base de ce critère.

I.b.1.1) La notion de « fardeau excessif » :

La législation canadienne sur l'immigration, en prévoyant l'interdiction de territoire des étrangers en prenant comme motif les coûts élevés des soins qu'ils pourraient nécessiter, a soulevé plusieurs questions d'interprétation, dont celle de préciser le sens de l'expression « fardeau excessif » et le type d'évaluation requis par la loi afin de déterminer l'existence de ce « fardeau ».

---

[104] *Hilewitz* c. *Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 102.

L'ancienne *Loi sur l'immigration* et le règlement d'application ne donnaient pas de définition claire de l'expression « fardeau excessif », ce qui a motivé des critiques car le régime était considéré comme étant trop vague[105]. Le nouveau R.I.R. définit ladite notion et donne des directives assez précises aux médecins agréés et aux agents d'immigration en disposant que la présence de « fardeau excessif» devra être évaluée sur la base du coût prévisible de ces services sur une période fixe, ou en tenant compte de l'existence de listes d'attente actuelles et de la possibilité de retarder l'accès aux services de façon préjudiciable pour les citoyens ou résidents canadiens.

En effet, l'article 1.(1) de la réglementation indique qu'est considéré comme « fardeau excessif » :

> « a) toute charge pour les services sociaux ou les services de santé dont le coût prévisible dépasse la moyenne, par habitant au Canada, des dépenses pour les services de santé et pour les services sociaux sur une période de cinq années consécutives suivant la plus récente visite médicale exigée par le présent règlement ou, s'il y a lieu de croire que des dépenses importantes devront probablement être faites après cette période, sur une période d'au plus dix années consécutives;
> b) toute charge pour les services sociaux ou les services de santé qui viendrait allonger les listes d'attente actuelles et qui augmenterait le taux de mortalité et de morbidité au Canada vu l'impossibilité d'offrir en temps voulu ces services aux citoyens canadiens ou aux résidents permanents. »

On observe que la première partie de la définition impose une évaluation prospective, liée à la santé future des candidats à l'immigration, tandis que la deuxième partie conduit à faire valoir des maladies déjà diagnostiquées et présentes sur les demandeurs de visa qui auraient une incidence sur la qualité de la prestation des services de santé à l'heure actuelle en raison d'une augmentation de la demande dans le cadre de structures sanitaires limitées.

En ce qui concerne la mesure du fardeau « normal » ou acceptable, on tient à noter que le critère du coût prévisible moyen par habitant au Canada pour les services de santé

---

[105] Voir critiques versées par Hoffmaster, B. et T. Schrecker, *loc. cit.* note 66.

ou les services sociaux pendant une période de cinq ou de dix années peut soulever des préoccupations. Ces préoccupations émergent du risque d'entraîner l'exclusion automatique de certains candidats qui jouissent d'une bonne santé, mais qui dépassent le coût moyen de la population dans son ensemble pour le simple fait d'appartenir à un groupe d'âge plus élevé. En analysant la question sous l'optique de la législation antérieure, la Cour d'appel fédérale a écarté un critère pareil à celui prescrit dans le règlement actuellement en vigueur, en considérant qu'il fallait tenir compte du segment de la population canadienne qui se situe dans la même tranche d'âge.

En effet, dans l'affaire *Deol*[106], précitée, le thème a été abordé de façon spécifique lors de la réponse à la question de savoir si la Commission avait commis « une erreur de droit en concluant que les services de santé dont le père de l'appelante aurait besoin risqueraient d'entraîner un fardeau excessif lorsqu'elle a défini le 'fardeau excessif' comme un fardeau supérieur à la normale et lorsqu'elle a défini la 'demande normale' en fonction du coût *per capita* moyen des services de santé pour la population canadienne dans son ensemble? ». La Cour d'appel a rejeté l'argument du ministre qui prétendait que le fardeau normal devait être mesuré en fonction de l'ensemble de la population sur une période de cinq années consécutives. Le tribunal a été d'accord avec l'avocat de Mme Deol pour dire que :

> « [...] lorsque la question qui se pose est celle des coûts, le fardeau normal devrait être mesuré en fonction du *segment de la population canadienne qui se situe dans le même groupe d'âge* que la personne qui demande l'admission au Canada. Sinon, une personne qui jouit d'une bonne santé pourrait être déclarée non admissible pour des raisons d'ordre médical du simple fait qu'elle appartient à une tranche d'âge pour laquelle les coûts *per capita* moyens des services de santé dépassent de beaucoup ceux de la population dans son ensemble. Un tel résultat irait à l'encontre de l'objectif de réunification des familles -- et notamment des proches parents -- au Canada qui est énoncé à l'alinéa 3c) de la Loi, et sous-estimerait les avantages sociaux et économiques que comporte l'admission des membres d'une même famille qui sont parrainés. D'ailleurs, ce sont vraisemblablement des considérations de cet ordre qui expliquent pourquoi le formulaire d'avis médical oblige le médecin à déterminer si la demande de services médicaux du demandeur est susceptible

[106] *Deol* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration),* précité note 18.

d'être plus forte que celle du résident canadien moyen faisant partie de son groupe d'âge. »[107]
[l'italique n'est pas dans l'original]

On souligne que, dans ce cas, il n'y avait pas d'éléments de preuve portés à la connaissance de la Commission au sujet des coûts de santé moyens *per capita* pour les résidents canadiens de la tranche d'âge de M. Singh (c'est-à-dire entre 65 et 70 ans). Toutefois, la Cour a décidé que cette absence de preuve n'avait pas d'incidence en l'espèce étant donné que l'arthroplastie totale des genoux qui devrait subir M. Sing. était loin d'être une intervention courante chez les gens qui sont dans la soixantaine avancée, de sorte qu'il était possible de prédire que les coûts seraient de beaucoup supérieurs à la moyenne. La Cour a même apprécié que le choix du groupe de comparaison approprié ne joue un rôle que dans l'hypothèse où la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical dépend seulement des coûts, ce qui n'arrivait pas dans la cause objet d'analyse[108] où il était en jeu la question de la disponibilité des services de santé dans la province où le demandeur avait l'intention de s'établir.

Par rapport à l'évaluation requise par la législation afin de déterminer si le motif d'exclusion se configure, la jurisprudence des tribunaux canadiens a statué que le Parlement exigeait que l'évaluation du fardeau excessif soit formulée sous la forme des probabilités. En plus, elle doit être effectuée en fonction de la situation concrète de chaque demandeur d'immigration.

Dans l'arrêt *Badwal*[109], la Cour d'appel fédérale a annulé une décision de la Commission d'appel de l'immigration qui avait rejeté l'appel de Tripta Badwal contre le refus d'un agent d'immigration de délivrer un visa d'admission à son père, Om Parkash Bola, car il entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux ou les services de santé. Dans l'exposé narratif, les médecins intervenants avaient

---

[107] Id. paragraphes 31 et 32.
[108] Id. paragraphes 35 et 36.
[109] *Badwal* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1989] A.C.F n° 1022 (C.A.) (Quiklaw).

fait des déclarations telles que celle qui suit: « il est impossible à l'heure actuelle de faire un pronostic au sujet de la maladie du requérant; il se peut que son état se détériore, nécessitant des hospitalisations répétées [...]. Le requérant est actuellement non admissible ». Le diagnostic consigné fut une myocardiopathie obstructive, une régurgitation mitrale, une cardiopathie ischémique, une angine de poitrine et une cardiomégalie. Dans ce cadre, la Cour d'appel fédérale a interprété que la Loi exigeait que la réponse au fardeau excessif soit formulée sous la forme de probabilités. En effet, la Cour a dit :

> « Même s'il n'est pas obligatoire que le pronostic soit certain [...] la Loi exige une expression de la probabilité que des mots comme pourrait (« could ») et peut (« may ») ne suffisent pas à exprimer. [...] L'exposé narratif fait dépendre le fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé de la détérioration de l'état de santé actuel du requérant, éventualité dont on a dit qu'elle était toute simplement possible. En d'autres mots, on déduit la probabilité d'un traitement de la simple possibilité que l'état de santé se détériore. Il faut conclure qu'en l'absence de détérioration, ce qui d'après l'exposé narratif du profil médical ne constitue qu'une possibilité, il n'y aura pas de fardeau excessif pour les services sociaux ou de santé. Le profil médical est donc contradictoire, amenant à conclure que le médecin n'a pas examiné les points pertinents. »

Il est à noter que l'arrêt *Badwal*, rendu en 1989, a été cité à plusieurs reprises par la Cour fédérale et continue d' invoqué, même aujourd'hui.

Dans l'arrêt *Hilewitz*[110], rendu le 21 octobre 2005, on peut lire l'adhésion de la majorité de la Cour suprême du Canada à l'ancienne jurisprudence de *Badwal* (1989). Dans ce jugement, le Haut Tribunal a considéré que le critère législatif du « fardeau excessif » correspond à une « probabilité raisonnable » et non à une faible possibilité, pour les motifs exposés dans les arrêts *Badwal* et *Hiramen*[111].

---

[110] *Hilewitz* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*; *De Jong* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration),* précité note 19, aux paragraphes 58, 59 et 60.

[111] L'arrêt *Hiramen* est cité par la Cour d'appel dans Badwal : *Hiramen* c. *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (1986) 65 N.R. 67.

M. Hilewitz s'est vu refuser la demande de résidence permanente dans la catégorie d'investisseur en raison que son fils cadet, Gavin, qui est atteint d'une légère encéphalopathie congénitale et souffrait d'un retard de développement, faisait partie d'une catégorie non-admissible au regard du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de l'ancienne *Loi sur l'immigration* en raison qu'il entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. La question en litige dans cette affaire était de déterminer si le refus de l'agent d'immigration de délivrer un visa était contraire au droit pour la raison qu'il était fondé sur un avis médical qui n'avait pas pris en considération la probabilité que M. Hilewitz assumerait le coût des services sociaux dont aurait besoin Gavin.

La Cour suprême a jugé que le critère de l'affaire *Badwal* était applicable, en indiquant que la même analyse valait pour la nouvelle *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* qui, à l'article 38(1), aborde la question de la non-admissibilité pour des raisons médicales de manière similaire à l'article 19 de l'ancienne *Loi sur l'immigration*. La majorité du Tribunal a considéré que tant l'ancienne que la nouvelle législation exigent la présence d'une probabilité raisonnable du fardeau excessif pour les services sociaux canadiens fondée sur la situation réelle des demandeurs. Dans l'affaire *Hilewitz*, cela imposait notamment de tenir compte de la mesure dans laquelle la famille avait la volonté et la capacité de consacrer du temps et des ressources, et non tout simplement l'évolution possible de cette situation.

Pour ce qui est du besoin d'une évaluation individualisé, rappelons que comme résultat du changement opéré à partir de la *Loi sur l'immigration* de 1976 - dont l'historique législatif détaillé plus haut fait état - la référence à des affections particulières et l'identification des groupes spécifiques de personnes a laissé la place au fardeau que les demandeurs seraient susceptible d'entraîner en raison de la maladie. Dans ce cadre, la jurisprudence a considéré que les dispositions concernant l'inadmissibilité pour des raisons d'ordre médical ne mettent pas l'accent sur l'état de santé, mais sur les conséquences de l'état de santé qui doivent être appréciées en tenant compte de la situation particulière de chaque requérant.

En effet, plusieurs jugements ont souligné que le simple fait d'être atteinte d'une maladie ou d'une trouble ne rend pas une personne non-admissible car ce sont les conséquences de sa maladie qui importent, critère dont les circonstances de l'affaire *Heo*[112] illustrent très bien.

Monsieur Pil Gyo Heo s'est vu refuser le visa de résidence permanente au Canada à titre de travailleur indépendant au motif que son fils était non-admissible pour des raisons médicales. Il était atteint de dystrophie musculaire, ce qui aurait entraîné une demande excessive des services de santé aux termes du sous-alinéa 19(1)a)(ii) de la *Loi sur l'immigration*. Cependant, le juge Hennegan a conclu sur la base de l'analyse du dossier médical qu'il n'y avait pas de preuve du fardeau excessif exigé par la Loi. Aux paragraphes 36 et 37, il a écrit :

> « Il n'y rien d'autre dans le dossier qui montre que les médecins agréés ont pris en considération la disponibilité des services en cause lorsqu'ils ont émis leur avis concernant la question du « fardeau excessif ». La déclaration médicale ne parle pas non plus du coût probable de ces services, sans égard à leur disponibilité au Canada. *Le critère relatif à l'exclusion d'une personne pour des raisons d'ordre médical en conformité avec la Loi n'exige pas seulement que cette personne soit atteinte d'une maladie ou d'une invalidité*. Aux termes de la Loi, *il faut que cette condition risque d'entraîner un fardeau excessif* pour les services sociaux ou de santé au Canada. »
> [l'italique n'est pas dans l'original]

Cet aspect a aussi été abordé par la Cour suprême dans l'arrêt *Hilewitz,* précité[113]. Après avoir fait un historique des lois traitant de l'admission au Canada des personnes atteintes d'une déficience et d'indiquer l'intention du législateur de passer d'une politique d'exclusion basée sur des catégories à une politique des évaluations individualisées, la majorité du Tribunal a considéré que l'ancienne loi sur l'immigration - dont le texte est substantiellement analogue à celle de la nouvelle loi - impose de déterminer le fardeau

---

[112] *Heo* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2003] A.C.F. n° 126 (Quicklaw).
[113] *Hilewitz* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 19, aux paragraphes 53-57.

probable pour les services sociaux et non la simple admissibilité à ces services, ce qui exigerait des appréciations individualisées. Au paragraphe 56, la Cour suprême a dit :

> « Il est impossible, par exemple, de déterminer la « nature », la « gravité » ou la « durée probable » d'une maladie sans le faire à l'égard d'une personne donnée. Si le médecin agréé s'interroge sur les services susceptibles d'être requis en se fondant uniquement sur la *classification* de la maladie ou de l'invalidité, et non sur la façon précise dont elle se manifeste, l'appréciation devient générique plutôt qu'en fonction de l'individu. Toutes les personnes atteintes d'une déficience donnée sont alors automatiquement exclues, même celles dont l'admission n'entraînerait pas, ou ne risquerait pas d'entraîner, un fardeau excessif pour les fonds publics. »

Dans cette cause, la Cour suprême a conclu que la loi avait été interprétée d'une manière qui faisait obstacle à l'admission de *toutes* les personnes ayant une déficience intellectuelle, sans égard au soutien ou à l'aide de la famille et à la question de savoir si leur admission créait une probabilité raisonnable de fardeau excessif pour les services sociaux canadiens, ce qui a justifié l'annulation de la décision en raison de l'erreur commise dans l'interprétation.

Même si dans ce jugement il y a des arguments particuliers reliés de façon spécifique au système de services sociaux qui ne pourraient pas s'appliquer à l'égard de services de santé[114], les raisonnements développés par la Cour suprême autour de la notion de fardeau excessif et de l'exigence d'une évaluation individualisée semblent être applicables dans l'ensemble des cas à décider sur la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical. Cette affaire sert à valider le critère des tribunaux canadiens qui ont décidé dans un nombre important de causes que la *Loi sur l'immigration* imposait de

[114] Pour la Cour suprême, la considération de la situation particulière des requérants imposait dans cette affaire d'évaluer qu'ils avaient l'intention de s'installer en Ontario, dont la législation régissant les services sociaux aux personnes ayant une déficience envisage la participation financière des familles qui ont les moyens de le faire, comme c'est le cas des appelants qui devrait vraisemblablement supporter une part substantielle, voir la totalité, des coûts afférents à certains services sociaux fournis par la province. Le caractère universel des services de santé partout au Canada, permettant l'accès sans distinguer entre les bénéficiaires, ferait obstacle à l'utilisation d'une argumentation semblable à l'égard de ces services.

considérer la situation particulière de chaque requérant, car c'est l'effet de la maladie qui importe à des fins d'admission[115].

En ce qui concerne cette exigence d'une évaluation particularisée, la doctrine a signalé qu'il serait *discriminatoire* d'assumer automatiquement, à partir de la condition médicale d'une personne, qu'elle placerait une demande excessive sur les services sociaux et de santé. En examinant l'exclusion des candidats à l'immigration vivant avec le VIH, Alana Klein[116] a affirmé que tout jugement sur un « fardeau excessif » doit être individualisé et que « l'exclusion systématique de toute personne atteinte du VIH, à partir de la supposition que toutes ces personnes entraîneraient une demande excessive pour les services sociaux et de santé, constituerait une généralisation injuste et [serait] discriminatoire à l'endroit de celles qui ne placeraient pas un fardeau excessif sur ces services ». Enfin, elle a indiqué qu'un tel refus systématique du bénéfice de résidence à toutes les personnes vivant avec le VIH ne résisterait probablement pas au test de la Charte établi dans l'arrêt *Oakes*[117].

Il faut noter que tant la Cour d'appel[118] que la Cour fédérale du Canada[119] ont eu l'occasion de se prononcer sur des allégations fondées sur l'article 15 de la *Charte canadienne de droits et libertés* dans deux causes où lesdits tribunaux ont fait valoir que la question analysée ne concernait pas la déficience, mais le fardeau qui devait être l'objet d'une appréciation individuelle. Cette question sera analysée plus bas, dans le chapitre II de cette étude.

---

[115] Voir affaires *Heo* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'immigration)*, précité note 112; *Mo* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2001] A.C.F. n° 216 (Quicklaw) ; *Redding* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2002] 1 C.F. 496, entre autres.
[116] A. Klein, *loc. cit.* note 38, pages 70-71.
[117] *R.* c. *Oakes* [1986] 1 R.C.S. 103.
[118] *Deol* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 18.
[119] *Chesters* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et l'Immigration)*, précité note 18.

I.b.1.2) La notion d'état de santé aux fins du critère de fardeau excessif :

Devant les dispositions de la L.I.R. prescrivant l'interdiction de territoire en raison du fardeau excessif que l'état de santé de l'étranger pourrait provoquer, il y a lieu de se questionner sur la portée de cette notion et quel type de problème elle englobe. S'agit-il seulement de la condition médicale présente de l'individu ou les normes tiennent-elles compte d'autres aspects liés à la santé future des requérants, tels que la présence de maladies latentes ou même d'un profil génétique indiquant une prédisposition ou une susceptibilité à une pathologie donnée?

Le concept d'état de santé semble être suffisamment large pour permettre de conclure qu'il comprend tant les maladies physiques que mentales dont l'étranger souffre au moment de la visite médicale. Or, face à l'exigence d'une évaluation prospective contenue dans la réglementation, la question est de savoir si les anomalies annonciatrices d'une affection ou d'une maladie à venir font partie de l'état de santé visé par les normes.

Le cas des individus dont la séropositivité marque la future survenance du SIDA, mais sans indiquer le moment de développement la maladie, est un exemple qui illustre les problèmes que l'évaluation de la situation médicale des requérants d'immigration peut soulever dans certaines situations. Lorsque l'affection s'est manifestée avec l'évolution de la maladie, il est clair qu'il faudra en tenir compte aux fins du critère de fardeau excessif. Cependant, que peut-on dire d'une personne demeurant asymptomatique? Comment sont considérés ces individus porteurs du virus mais dont la santé n'est pas altérée? Dans ce type de situations, il faudrait déterminer si la personne aura vraisemblablement besoin de soins médicaux dans les années à venir, ainsi que les coûts reliés au traitement des individus infectés par le virus.

On tient à noter que dans la plupart des appels du rejet de la demande d'immigration fondé sur la séropositivité du requérant, les intéressés ont fait valoir des motifs d'ordre humanitaire, plutôt que des arguments contre la conclusion de lourd fardeau

pour les services de santé qui avait motivé le refus. Or, même dans ce contexte, on peut lire dans la jurisprudence des considérations relatives à la question de fardeau excessif, qui n'a pas toujours été abordée dans la même optique.

Dans l'affaire *Marchand*[120], la demande de résidence permanente du mari de l'appelante avait été rejetée en raison qu'il avait été déclaré inadmissible parce qu'il était séropositif avec présence d'anticorps anti-VIH. La juge Marthe Durand de la Section d'appel de l'immigration a refusé l'appel en faisant valoir que :

> « Il est de notoriété publique que les sidéens nécessitent des soins coûteux et que ces soins sont limités. On manque de médecins pour les soigner, on manque de résidences pour les accueillir. Pour le moment, Jean-Gaspard Déroze est en période d'incubation. Il n'est pas encore sidéen. *Tôt ou tard, la maladie se déclarera et c'est à ce moment qu'il deviendra un fardeau excessif pour nos ressources limitées.* Il m'est impossible d'évaluer quand monsieur Déroze développera la maladie. Dans les circonstances, il n'existe pas de motifs humanitaires suffisants pour octroyer une mesure spéciale. Je rejette l'appel. »
> [l'italique n'est pas dans l'original]

Par contre, dans l'affaire *Paslawski*[121], le juge Singh a décidé qu'il y avait des considérations d'ordre humanitaire justifiant l'octroi d'une mesure spéciale afin d'accueillir l'appel du rejet de la demande parrainée de l'épouse séropositive de l'appelant. Bien que l'appel n'ait été fondé que sur des motifs d'ordre humanitaire, le juge a consacré plusieurs paragraphes à la condition de santé de la requérante qui n'indiquait pas la présence de fardeau probable. Dans le jugement on lit :

> «On April 30, 1997, Dr. Carol M. Murphy wrote a letter on behalf of the applicant in which she states, at page 79 of the record:
> The above patient is currently under my care. She has apparently been HIV positive since 1986. Her current CD4 count is 740 and her viral load is undetectable. She has no complications of HIV and is in very good health. She has no other medical problems. This patient is very well from an HIV point of

---

[120] *Marchand* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration),* [1994] D.S.A.I. no 592 (Quicklaw).
[121] *Paslawski* c. *Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [1999] I.A.D.D. No. 151 (Quicklaw) aux paragraphes 8, 9, 10, 12 et 13.

> view. Her prognosis is excellent for long-term survival, firstly because she has done so well for the last ten years and secondly because with current therapies available, she is likely to continue to do well for at least the next ten years and possibly well beyond that.
> The applicant testified that she learned about being HIV positive in 1986. Her medical condition has stabilized. She has never been on any medication [...]
> It is apparent from the evidence at the hearing that the medical condition of the appellant's wife has not deteriorated during the last many years. She has not been hospitalized, nor is there any evidence that she has received any social or health services. She is capable of looking after herself. She feels, according to her testimony, very healthy. She does not need any constant supervision, nor has she been deterred by her medical condition.
> I found the appellant and the applicant to be credible witnesses and their testimony trustworthy [...] ».

Les paragraphes transcrits permettent de voir que la façon dont l'état de santé des personnes est évalué peut varier largement quand la condition médicale des personnes signalant une maladie à venir est en jeu, comme c'est le cas de l'infection par le VIH.

D'une façon similaire, on pourrait se demander si la condition génétique fait partie de l'état de santé au sens de la législation canadienne sur l'immigration et si, partant de l'existence d'une anomalie dans les gènes, la crainte d'une maladie future dont la manifestation est imprévisible suffit pour l'interdiction de territoire en raison du "risque" de fardeau excessif.

Il est à noter que pour Santé Canada, la génétique et la biologie sont des « déterminants de la santé » (comme le sont le revenu, la scolarité, l'environnement et les soins de santé) qui contribuent de façon importante à l'état de santé[122]. De là viendrait la pertinence de considérer l'information génétique aux fins de déterminer l'état de santé. Toutefois, la situation semble être assez complexe en ce qui touche les maladies causées par des désordres d'ordre génétique. Une anomalie génétique peut signaler soit une

---

[122] Hamilton, N. « La génétique et la génomique – Grandes questions stratégiques », *Bulletin de recherche sur les politiques de santé*, volume 1, numéro 2, septembre 2001, Santé Canada, [en ligne] http://www.hc-sc.gc.ca/sr-sr/alt_formats/iacb-dgiac/pdf/pubs/hpr-rps/bull/2001-2-genet/2001-2-genet_f.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

prédisposition à la maladie, soit une susceptibilité, mais encore dans les cas où le risque associé au développement de la maladie est très fort (cas des certaines maladies monogéniques comme la maladie de Hungtington), on ne pourrait jamais prédire avec certitude le moment de son apparition. Il serait toujours possible que l'affection en question ne se manifeste pas durant la période indiquée par la réglementation de l'immigration.

Quant aux maladies polygéniques et multifactorielles (cardiopathies, plusieurs cancers et certaines allergies), le fait qu'un sujet soit porteur d'un défaut n'indique pas nécessairement qu'il développera l'affection ou, en tout cas, il ne signale pas non plus le moment d'apparition de l'affection, ni sa gravité, lesquels peuvent être influencés par des facteurs liés à l'environnement, au style de vie ou à la présence d'une série d'autres gènes[123]. La découverte des gènes responsables de la sensibilité au cancer du sein offre un exemple de la situation décrite. Des études faites sur des mutations des gènes BRCA1 et BRCA2 mettent en lumière qu'elles sont présentes chez environ 70% des familles à haut risque de cancer du sein, et que chez certaines populations étudiées, par exemple les juifs ashkénazes, le taux global de mutations des gènes mentionnés dépasse 2%. Or, bien qu'un résultat positif du dépistage du BRCA1 et BRCA2 annonce un risque majoré de cancer, nous remarquons que ce n'est pas une certitude et qu'il n'indique pas non plus quand le cancer est susceptible de se déclarer[124].

En conséquence, d'emblée on pourrait penser que toute anomalie génétique annonciatrice d'un problème de santé à vernir serait d'intérêt pour la détermination du critère du fardeau excessif. Cependant, si l'on considère les particularités des maladies

[123] Quant à la valeur prédictive de l'information génétique, voir Groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne, Avis n° 18 sur les aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail, 28 juillet 2003, page 6 [en ligne] http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/AVIS18.pdf (date d'accès : 5 mai 2006); Organisation de Coopération et de développement économique, *Tests génétiques – les enjeux du nouveau millénaire*, Conférences de l'OCDE, 2000, page 37 et suiv.; Elwood, M. J., « Santé publique et dépistage génétique du cancer du sein au Canada », *Revue Maladies chroniques au Canada*, Vol. 20, No. 1-2000, publication de l'Agence de santé Publique du Canada [en ligne] *http*://phac-aspc.gc.ca/publicat/cdic-mcc/20-1/b_f.html (date d'accès : 5 mai 2006).

[124] Organisation de Coopération et de développement économique, *Tests génétiques – les enjeux du nouveau millénaire*, Conférences de l'OCDE, 2000, page 37 et suiv.; Elwood, M.J. *loc. cit.* note 123.

causées par des gènes et la réglementation imposant une évaluation du fardeau probable sur une période de cinq ou dix années consécutives suivant la visite médicale, nous estimons que la pertinence de considérer la condition génétique comme un aspect de l'état de santé à évaluer s'avère limitée dans le cadre des décisions relatives à l'immigration.

En considérant les notions analysées ci-dessus, nous observons que la problématique liée aux contrôles médicaux d'admission est complexe et que l'utilisation d'informations sur l'état de santé des demandeurs pour les besoins de l'immigration offre différentes alternatives. On a pu voir que pour certains cas de maladies à déclenchement tardif, il sera difficile à déterminer si la personne aura vraisemblablement la nécessité de soins médicaux dans les années à venir. Dans ces situations, il faudra toujours tenir compte qu'il ne suffit pas de la simple possibilité que l'état de santé se détériore pendant la période prévue dans la réglementation, mais que le Parlement exige un jugement formulé sous la forme de probabilité fondée sur la situation particulière de chaque requérant.

I.b.2.) Les procédures médicales visant la détermination de « fardeau excessif » : l'intérêt pour la condition médicale présente et future des requérants d'immigration :

Comme nous le signalions plus haut, dans le cadre du critère relevant des considérations économiques, l'intérêt que l'information médicale peut avoir pour les services d'immigration diffère notamment de celui suscité pour une approche de santé et sécurité publiques. Pour cette dernière approche, la recherche se penchera sur certaines maladies contagieuses ou des maladies pouvant mettre en danger d'autres personnes, tandis que pour le système orienté vers la question économique, la demande des renseignements et les examens médicaux viseront les affections nécessitant des traitements qui coûteront cher d'ici quelques années. L'analyse des procédures médicales concernant la détermination du critère du fardeau met encore plus en évidence les différences entre ces deux approches.

On a précisé que l'examen médical pratiqué dans le cadre de l'immigration au Canada vise la détection de l'un des trois motifs sanitaires d'inadmissibilité : le danger pour la santé publique, le danger pour la sécurité publique et le fardeau excessif pour les services sociaux ou les services de santé.

Dans la section précédente, on a étudié que pour les requérants exemptés de la détermination de cette dernière condition, l'examen comporte seulement la revue des systèmes, un examen physique/mental et des analyses de laboratoire et de radiologie pour des conditions qui peuvent présenter un risque pour la santé ou la sécurité publiques au Canada. Or, quand il s'agit de demandeurs qui sont assujettis au critère du fardeau excessif, la visite médicale comprend des contrôles additionnels, comme des examens très exhaustifs du cœur, des reins, des poumons, et enfin de tous les organes et systèmes.

Le *Manuel du médecin désigné*[125], précité, contient dans chaque section des remarques concernant l'évaluation des requérants qui ne sont pas exemptés de la détermination du fardeau excessif. Face à l'existence d'anomalies ou même de signes d'affection ou d'un possible problème de santé, Citoyenneté et Immigration Canada fait état de la nécessité de fournir des rapports spécialisés, de procéder à des tests supplémentaires et d'indiquer les besoins des traitement éventuels, par exemple en matière de chirurgie, prothèses, appareils, etc.

Lors de la visite médicale, tous les renseignements médicaux possibles sont collectés afin d'élaborer un pronostic sur l'état de santé comprenant les années à venir. De plus, des informations au sujet de l'histoire familiale des candidats à l'immigration sont demandées sur les formulaires que les requérants doivent remplir. Rappelons que les questionnaires sur des antécédents médicaux peuvent révéler des renseignements génétiques personnels ou familiaux, lesquels sont susceptibles d'avoir une valeur prédictive quant au futur état de santé de l'intéressé.

---

[125] Citoyenneté et Immigration Canada, *Manuel du médecin désigné*, *ob. cit.* note 69.

Il ne faut pas oublier qu'en signant le formulaire IMM 5419[126], les requérants autorisent la communication des renseignements concernant leur état de santé ou leurs antécédents médicaux à Citoyenneté et Immigration Canada. Cela présente beaucoup d'intérêt, car l'incursion dans les dossiers médicaux des demandeurs par les autorités d'immigration permet l'accès aux renseignements médicaux et même génétiques qui y se trouvent.

On tient à noter que l'analyse des documents au niveau international rend compte des inquiétudes en ce qui a trait à l'utilisation des renseignements génétiques dans le champ de l'immigration. La *Synthèse de la consultation internationale sur l'Esquisse révisée de la déclaration internationale sur les données génétiques humaines* du 22 janvier 2003[127] informe que face à la question relative à la confidentialité des données génétiques vis-à-vis de tiers, les auteurs d'un nombre important de réponses ont estimé qu'il fallait préciser le terme « tiers » en mentionnant non seulement les employeurs ou les assureurs, mais aussi, entre autres instances, les *services de l'immigration.*. Même si le texte finalement adopté dans la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines* ne fait pas mention des autorités d'immigration, il semble être clair que le possible accès aux renseignements génétiques par les services d'immigration soulève des préoccupations.

Plus haut, on a signalé qu'au niveau européen, la *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*[128], dont disposent les ressortissants de pays tiers résidant sur le territoire des États européens, prescrit que « les États membres devraient mettre en œuvre les dispositions de la présente directive sans faire de discrimination fondée notamment sur [...] les caractéristiques génétiques[...] ». Cette considération introduite dans une directive relative à l'immigration familiale fait

---

[126] Citoyenneté et Immigration Canada, Formulaire IMM 5419, Rapport Médical : Section B, Revue des systèmes, antécédents personnels et déclaration du requérant, précité note 95.

[127] *Synthèse de la consultation internationale sur l'Esquisse révisée de la déclaration internationale sur les données génétiques humaines* du 22 janvier 2003 (SHS/EST/03/CONF.203/5) [en ligne] http://portal.unesco.org/shs/fr/file_download.php/f335e349c2a756a02d40647d033915ebsummary-revised-outline_fr (date d'accès : 5 mai 2006).

[128] *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, précitée note 26, au considérant (5).

preuve de l'intérêt que l'utilisation des données génétiques peut avoir dans ce contexte. En outre, on remarque qu'une observation semblable figure dans la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*[129].

En ce qui concerne l'évaluation des antécédents médicaux, on remarque que le formulaire IMM5419, section C[130], contient quelques « questions d'intérêt spécial » qui se rapporteraient au profil génétique du demandeur, telles que celles demandant si « le requérant [avait]une affection physique ou mentale qui pourrait nuire à sa capacité de gagner sa vie ou de prendre soin de lui-même à l'heure actuelle ou au cours de sa vie adulte future», ou s'il existait « des antécédents personnels/familiaux d'une affection qui pourrait vraisemblablement nécessiter, dans un avenir proche ou lointain, une transplantation d'organe ou une dialyse? (p.ex. néphropathie diabétique [...] antécédents familiaux ou personnels de maladie polykystique des reins, etc.) ».

Suivant l'examen médical incluant les antécédents et revue des systèmes, les résultats des examens physique et mental et les résultats des tests radiologiques, de laboratoire et diagnostiques, le médecin désigné doit classer par catégorie l'état de santé et le pronostic du demandeur en cochant l'une des quatre cases figurant dans le formulaire IMM1017, section A. On note que le rapport du médecin désigné comprend les renseignements relatifs aux trois possibles motifs d'inadmissibilité et que, une fois l'examen terminé, le professionnel mentionné doit joindre au rapport médical tous les documents pertinents et envoyer ceux-ci au Bureau médical régional approprié à des fins d'évaluation par le médecin agrée, selon la procédure expliquée plus haut.

---

[129] Article 32 de la *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante*, précitée note 28.

[130] Citoyenneté et Immigration Canada, Formulaire IMM 5419, Rapport Médical : Section C, Constatations du médecin examinateur, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/francais/pub/md-manuel/index.html (date d'accès : 5 mai 2006).

Le « profil médical » du requerrant est individualisé à partir de l'un des quatre critères suivants :

> « A. *Examen normal ou affections mineures* qui, normalement, répondent bien à un traitement de courte durée assuré à titre externe [...] Le requérant peut être suivi par un généraliste [...] Aucune tuberculose active ni comportement dangereux [...]
> B. *Affections qui nécessitent un suivi périodique par un spécialiste*, mais qui peuvent normalement être soignées sans hospitalisations répétées ou utilisation des services sociaux [...] Aucune tuberculose active ni comportement dangereux.
> C. *Affections qui nécessitent une investigation plus approfondie* ou des soins spécialisés. Requérants chez qui : 1) une surveillance et des soins à domicile/en établissement sont nécessaires; 2) des hospitalisations majeures ou répétées [...] sont probables; [...] 5) Une détérioration semble probable; 6) L'acquisition normale ou le maintien de l'autonomie semble douteux, 7) Une tuberculose active semble présente [...] Exemples : démence et troubles psychiatriques causant une angoisse significative [...] insuffisance rénale [...] sclérose en plaques ou *troubles génétiques/héréditaires susceptibles de causer un déficit fonctionnel* [...] infections auto-immunes ou dégénératives avec complications nécessitant un traitement à long terme, etc.
> D. *Autres affections / troubles* difficiles à catégoriser, ou lorsqu'il y a une insuffisance d'informations médicales. »[131]
> [l'italique n'est pas dans l'original]

En somme, l'examen des procédures relatives à la visite médicale qui sont tenus de subir les demandeurs d'immigration au Canada montre que l'enquête de santé est très exhaustive quand il s'agit de déterminer le risque de « fardeau excessif » et plus restreinte dans les cas où les contrôles visent la défense de la santé et la sécurité publiques. L'observation de la réglementation française, ayant choisi une approche fortement orientée vers la protection de la santé et la sécurité publiques, décrite dans la section antérieure, sert à corroborer cette affirmation.

Cela étant vu, nous pouvons en conclure que les objectifs des politiques de contrôle sanitaire des immigrants éventuels déterminent l'intérêt que les renseignements médicaux et même génétiques peuvent avoir pour les services d'immigration.

---

[131] Citoyenneté et Immigration Canada, Formulaire IMM 1017, Rapport Médical : Section A, Identification du client et sommaire [en ligne] http://www.cic.gc.ca/francais/pub/md-manuel/index.html (date d'accès : 5 mai 2006).

Si, par exemple, on prend en considération les mesures concernant la protection de la santé publique, on observe que l'information de nature essentiellement prédictive ne présente pas d'intérêt. Toutefois, pour une approche plus axée sur la question économique, le recours à un tel type d'information a de l'importance, car il s'agit d'un élément servant à établir les coûts probables qu'un candidat à l'immigration, « en santé » à l'heure actuelle, serait susceptible d'entraîner aux systèmes de santé et sociaux dans un futur proche ou lointain. Quelques aspects des procédures d'immigration examinées ci-dessus servent à le confirmer, dont la demande de ce genre d'information dans les formulaires à remplir par les demandeurs de résidence permanente au Canada, ainsi que l'exigence d'une investigation plus approfondie dans certains situations, comme c'est le cas des requérants affectés de « troubles génétiques/héréditaires susceptibles de causer un déficit fonctionnel».

Jusqu'ici, on a pu constater que l'utilisation d'information concernant la condition médicale des individus dans le domaine de l'immigration est susceptible de soulever des inquiétudes, qu'il s'agisse de contrôles orientés vers la santé et sécurité publiques ou du critère de fardeau excessif. Partant de cette situation, nous remarquons l'importance des diverses règles prévues par rapport à la confidentialité, dans les textes français, et concernant le consentement des intéressés aux tests et à l'accès à l'information relative à son état de santé, dans les procédures canadiennes, ainsi que la jurisprudence exigeant une évaluation individualisée de la situation personnelle de chaque demandeur.

En tenant compte du caractère sensible des renseignements de santé, nous signalons la nécessité de préciser les limites encadrant l'incursion des autorités d'immigration dans la condition médicale des requérants. Pour le moment, nous dirons seulement que la recherche devrait être restreinte à des affections sérieuses présentant un rapport suffisamment direct avec les objectifs des politiques d'immigration, mais cette question sera approfondie dans le chapitre II.

I.c) L'approche « humanitaire » :

Outre les contrôles sanitaires de l'immigration visant la protection de la santé et la sécurité publiques ou relevant de motifs économiques, il existe des situations dans lesquelles l'état de santé de l'étranger est considéré à des fins de l'octroi d'un titre de séjour pour soins aux personnes atteintes d'une pathologie grave n'ayant pas la possibilité d'accès à des soins appropriés dans leur pays d'origine. À la différence des approches antérieures, la raison médicale n'est pas invoquée pour restreindre le séjour au pays, mais elle peut servir d'argument à l'appui d'une demande de délivrance d'un titre donnant le droit d'y demeurer.

La législation française montre ce recours à la raison humanitaire dans la gestion de l'immigration à partir de la *loi du 11 mai 1998*, dite *« loi Chevènement »*[132], qui a modifié l'*Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers* en inscrivant dans la norme une préoccupation qui avait commencé à se manifester à la fin des années quatre-vingt[133] et dont le Conseil national du SIDA avait fait état, en adoptant un avis sur les étrangers en situation irrégulière atteints par le VIH afin que soit définie une politique claire en matière d'admission de séjour pour soins[134]. Le SIDA a joué un rôle déterminant dans la prise de conscience de la nécessité d'offrir une protection pour les personnes doublement atteintes par la maladie et l'irrégularité de séjour, mais le besoin d'élargir la problématique à l'ensemble des affections sévères de longue durée a été rapidement envisagé par plusieurs équipes au sein d'associations et de services ministériels travaillant sur la question[135].

---

[132] *Loi n° 98-349 du 11 mai 1998*, précitée note 7.

[133] Voir Didier Fassin, « Quand le corps fait loi. La raison humanitaire dans les procédures de régularisation des étrangers », *Sciences sociales et santé*, vol.19 n° 4, décembre 2001, page 5-33.

[134] Conseil national du SIDA, Avis du 18 décembre 1995, *RD sanit. soc. 1996.428 obs. I. Daugareilh*, cité par Alain Devers dans « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière », *RD sanit. Soc. 37(2), avr.-juin 2001*, pages 242-262, voir spécialement page 257.

[135] ODSE, « Rapport d'observation année 2000 », 2ème partie, Observatoire du Droit à la Santé des Étrangers, [en ligne] www.odse.eu.org (date d'accès : 5 mai 2006).

Au début, la pratique des certains préfectures d'accorder des autorisations provisoires de séjour, souvent assorties d'une justification par « raison humanitaire », avait permis la régularisation de quelques étrangers en situation irrégulière souffrant de maladies graves pour lesquelles l'interruption du traitement faisait courir un risque vital, mais il s'agissait de titres qui n'ouvraient pas droit aux prestations sociales ni autorisaient l'exercice d'un emploi.

La première mention de la maladie dans la loi française a été introduite par l'amendement de l'ordonnance du 2 novembre 1945 adopté par l'Assemblée nationale le 27 février 1997, dite « *loi Debré* »[136], stipulant l'impossibilité d'expulser des étrangers atteints d'une pathologie grave, mais sans rien prévoir en matière de séjour. Après cela, suivant la recommandation du rapport Weil visant à « éviter le développement d'une nouvelle catégorie d'inexpulsables-irrégularisables, malades de surcroît »[137], la « loi Chevènement » a fait de l'état de santé grave une condition permettant l'obtention de plein droit d'un titre de séjour portant la mention « vie privée et familiale » autorisant à occuper un emploi et ouvrant droit aux prestations de la sécurité sociale. Dans l'adoption de cette législation on voit comment une logique humanitaire a justifié un critère d'admission des étrangers à travers la maladie.

Il convient de rappeler que le droit de l'immigration englobe l'ensemble des règles régissant l'entrée, le séjour et le travail des étrangers. Cela comprend tant la situation de la personne vivant dans son pays d'origine et demandant d'entrer en France, que le cas des étrangers qui sont déjà sur le territoire français et qui demandent un renouvellement de la carte, l'octroi d'un titre différent en raison du changement de conditions qui ont motivé leur venue en France, ou bien la régularisation de ceux en situation irrégulière. Le droit au séjour pour raison médicale s'inscrit dans l'une des deux dernières situations, car on verra dans les lignes qui suivent que la délivrance de la carte de séjour portant la mention « vie

---

[136] *Loi no 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration*, J.O. n° 97 du 25 avril 1997 page 6268.

[137] Weil P., *Mission d'étude des législations de la nationalité et de l'immigration, Rapport au Premier ministre,* Paris, 1997, La Documentation Française, cité par D. Fassin, *loc. cit.* note 133.

privée et familiale » est prévue pour les étrangers malades qui sont déjà sur le territoire français.

Étant donné le caractère comparatif de cette étude, il est important de souligner qu'au Canada la raison médicale, en soi, ne constitue pas un motif permettant l'accès au séjour d'une personne souffrant une maladie grave dans des conditions similaires à d'autres catégories des immigrants, à la différence de ce qui arrive en France selon ce que l'on a expliqué ci-dessus.

Des considérations d'ordre humanitaire peuvent servir à justifier la prise de mesures spéciales[138], laissant de côté l'obstacle que le critère de « fardeau excessif » pourrait constituer pour l'admission de la demande de résidence au Canada. Cependant, ce n'est pas la raison médicale qui justifie l'admission, ce sont plutôt l'intérêt supérieur de l'enfant directement touché, ainsi que d'autres circonstances telles que, par exemple, le besoin de prendre soin des parents n'ayant pas d'autre forme de soutien dans le cadre d'une demande de regroupement familial, les situations qui ont été considérées afin de lever l'obstacle juridique que constitue l'interdiction de territoire au motif du fardeau excessif[139].

On trouve aussi une préoccupation humanitaire dans les exemptions au critère de fardeau excessif prévues à l'article 38(2) de la L.I.R, mais comme dans le cas antérieur n'est pas la raison médicale qui guide l'approche favorable à l'admission. Il s'agit davantage de ne pas tenir compte des motifs sanitaires à des fins de l'interdiction de territoire étant donné la situation particulière de certaines personnes, dont les réfugiés, les

---

[138] Article 67 (1) c) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée note 5.
[139] Voir affaires *Weissman* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2004] D.S.A.I. n° 961 (Quicklaw) et *Sraa* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* [2005] D.S.A.I. n° 9 (Quicklaw), entre autres.

personnes protégées et quelques personnes faisant partie de la catégorie du regroupement familial[140].

I.c.1) La raison médicale comme critère justifiant l'admission des étrangers dans la réglementation de l'immigration :

On a avancé plus haut que le droit au séjour en France est un sujet très complexe et extrêmement règlementé. Afin d'éclairer le panorama relatif aux étrangers pouvant bénéficier d'un titre de séjour pour raison médicale, deux questions sont à signaler de façon préliminaire.

D'une part, il faut dire que la carte de séjour portant la mention « vie privée et familiale », délivrée aux personnes souffrant d'une maladie grave est un titre de nature temporaire - d'une validité d'un an - identique à toutes les autres cartes temporaires délivrées de plein droit, lesquelles donnent une stabilité de séjour limité. Mais après plusieurs renouvellements de leur carte, les étrangers titulaires d'un titre temporaire peuvent demander la délivrance d'une carte de résident valable 10 ans. En outre, on tient à noter que la notion de délivrance de plein droit signifie que l'administration a la compétence liée pour délivrer le titre lorsque l'intéressé remplit les conditions prévues par les textes[141].

Pourtant, à côté des développements orientés vers la reconnaissance des droits des malades, il est possible d'évoquer des limites dans la pratique de ce dispositif. On souhaite signaler que les dispositions reconnaissant un droit au séjour aux étrangers qui subissent

---

[140] On tient à noter la volonté du législateur canadien d'exclure la raison médicale comme motif d'admission, non seulement dans le cas des étrangers faisant une demande dans la catégorie d'immigrants, mais aussi des personnes protégées en raison que leur renvoi vers leur pays d'origine les exposerait à une menace à leur vie. Dans ce sens, l'article 97(1)b)(iv) de la L.I.R. prescrit que le risque ou la menace à la vie ne peut pas résulter « de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats ».

[141] *Dictionnaire permanent, Droit des étrangers*, mise à jour 26, 2005, Paris, Éditions législatives, page 357.

des affections graves ont été adoptées dans un contexte de mesures restrictives envers les immigrants. De plus, le gouvernement a même remarqué le caractère exceptionnel du titre de séjour pour raison médicale[142] et les associations travaillant dans la défense des droits des étrangers ont pu constater des pratiques administratives limitant l'accès à la procédure prescrite par la législation[143].

Ce bref encadrement permet de mieux comprendre le dispositif régissant le droit au séjour des étrangers pour raison médicale qui a été introduit par la *loi du 11 mai 1998*, précitée, en insérant l'article 12 bis 11° dans l'*Ordonnance du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour en France des étranger.* Cette disposition est aujourd'hui reproduite à l'article L.313-11, 11° du *Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,* norme qui prévoit que sauf si sa présence constitue une menace pour l'ordre public, une carte de séjour temporaire portant la mention « vie privée et familiale » sera délivrée de plein droit 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. La décision de délivrer la carte de séjour est prise par l'autorité administrative, après avis du 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. Le médecin inspecteur ou le médecin chef peut convoquer le demandeur pour une consultation médicale devant une commission médicale régionale dont la composition est fixée par décret en Conseil d'État.»

On observe que cinq conditions sont prévues dans la norme, dont trois d'ordre médical relevant du contrôle du Médecin Inspecteur de Santé Publique et deux de caractère administratif relevant du contrôle du préfet. Parmi ces dernières, on trouve en premier rang

---

[142] Circulaire NOR/INT/D/03/00003/C du 10 janvier 2003 du Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, [en ligne] http://www.gisti.org/doc/publications/2003/sarkozy/note.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

[143] ODSE, « Rapport d'observation de l'année 2003 », section I, Observatoire du Droit à la Santé des Étrangers, [en ligne] http://www.odse.eu.org/IMG/pdf/Rapport-ODSE-interieur.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

l'absence de menace à l'ordre public, réserve concernant la délivrance de tous les titres de séjour y compris de « plein droit ». La résidence habituelle en France est la deuxième condition, mais lorsqu'elle n'est pas remplie, l'administration doit délivrer une autorisation provisoire de séjour (APS) renouvelable sur le fondement de l'article 7-5 du décret du 30 juin 1946[144]. Au terme du premier renouvellement de ce document provisoire, et si l'état de santé de l'étranger malade répond toujours aux prescriptions de la loi, la demande de carte de séjour « vie privée et familiale » est alors instruite[145].

Or, ce sont les conditions médicales qui importent aux fins de ce mémoire, lesquelles doivent être établies à partir de l'avis d'un médecin inspecteur de santé publique ou, à Paris, de l'avis du médecin chef de la préfecture de police (les références postérieures relatives au médecin inspecteur doivent être considérées comme faisant également référence au médecin chef). Lesdits professionnels doivent se prononcer sur la nécessité d'une prise en charge médicale en raison de l'état de santé de l'étranger, déterminer si le défaut de cette prise en charge risque d'entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité pour la personne nécessitant des soins et, finalement, établir si le requérant peut effectivement bénéficier des traitement appropriés dans son pays d'origine. Dans les lignes qui suivent, on analysera l'évaluation médicale effectuée aux fins de cet avis.

I.c.2) L'évaluation médicale pouvant justifier la délivrance d'un titre de séjour aux étrangers malades :

On tient à noter que le médecin inspecteur de santé publique joue un rôle fondamental dans la procédure médicale justifiant la délivrance d'un titre de séjour aux

---

[144] *Décret n° 46-1574 du 30 juin 1946*, précité note 55.

[145] *Circulaire DPM/CT/DM2-3/DGS n° 2000-248 et NOR/INT/D/00/AA103/C du 5 mai 2000 relative à la délivrance d'un titre de séjour, en application de l'article 12 bis, 11° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, BO min. Trav. 2000/21, page 295, disponible en ligne : http://www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/2000/00-21/a0211477.htm (date d'accès : 5 mai 2006).

étrangers malades, non seulement parce que son avis sert à éclairer la décision à prendre pour les services préfectoraux de l'immigration, mais aussi parce qu'il est le garant de la régularité du processus et en particulier du respect des droits de la personne malade[146].

En effet, la procédure requiert qu'un médecin inspecteur de santé publique donne un avis sur le dossier médical du demandeur afin d'établir l'existence des trois conditions médicales exigées par la loi pour l'octroi d'un titre de séjour aux étrangers malades. Donc, une première chose à retenir est que ledit médecin n'examine pas le patient et que la procédure se fait sur dossier.

L'*Arrêté du 8 juillet 1999 relatif aux conditions d'établissement des avis médicaux concernant les étrangers malades prévus à l'article 7-5 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 modifié*, prévoit que l'étranger qui a déposé une demande de carte de séjour en application de l'article 12 bis (11°) de l'ordonnance 45-2658 du 2 novembre 1945 – aujourd'hui codifié à l'article L.313-11, 11° du code précité - est tenu de faire établir un rapport médical relatif à son état de santé par un médecin agréé ou par un praticien hospitalier. Au vu du dossier médical qui lui est communiqué par l'intéressé lui-même et de tout examen complémentaire qu'il juge utile de prescrire, le médecin agréé ou le praticien hospitalier établit un rapport précisant le diagnostic des pathologies en cours, le traitement suivi et sa durée prévisible ainsi que les perspectives d'évolution et, éventuellement, la possibilité de traitement dans le pays d'origine dans la mesure du possible[147].

Ce rapport médical est transmis, sous pli confidentiel, au médecin inspecteur de santé publique de la direction départementale des affaires sanitaires et sociales dont relève la résidence de l'intéressé. Au vu de ce rapport médical et des informations dont il dispose,

---

[146] Id.

[147] Articles 1° et 2° de l'*arrêté du 8 juillet 1999 relatif aux conditions d'établissement des avis médicaux concernant les étrangers malades prévus à l'article 7-5 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 modifié*, J.O. n° 166 du 21 juillet 1999 page 10830 ; *circulaire DPM/CT/DM2-3/DGS n° 2000-248 et NOR/INT/D/00/AA103/C du 5 mai 2000*, précitée note 145.

ledit médecin émet un avis précisant si l'état de santé de l'étranger nécessite ou non une prise en charge médicale; si le défaut de cette prise en charge peut ou non entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité sur son état de santé; si l'intéressé peut effectivement ou non bénéficier d'un traitement approprié dans le pays dont il est originaire et la durée prévisible du traitement. Cet avis est transmis au préfet par le directeur départemental des affaires sanitaires et sociales.

Il est important de souligner que les services préfectoraux d'immigration n'ont pas de compétence en matière médicale. L'arrêté fait une référence spéciale à la préservation du dossier médical en indiquant que les rapports et les certificats médicaux adressés par les médecins agréés dans le cadre de la procédure sont conservés par le médecin inspecteur de santé publique[148]. De plus, la *circulaire du Ministère de l'emploi et de la solidarité et du Ministère de l'intérieur du 5 mai 2000*[149] précisant les modalités d'instruction des demandes de délivrance et de renouvellement de cartes de séjour des étrangers invoquant l'état de santé, assure aux requérants des garanties appropriées et réitère certaines mesures prévues dans l'arrêté précité.

La circulaire mentionnée met l'accent sur la préservation du secret médical, en considérant le médecin inspecteur de santé publique comme le professionnel le plus qualifié pour garantir la qualité et l'efficacité de la procédure dans le respect des droits de la personne malade, au premier rang desquels est cité le secret médical. En outre, elle rappelle que les documents relatifs à l'état de santé de l'intéressé seront conservés par le médecin inspecteur de santé publique, cela afin de préserver ledit secret.

Cette question n'est pas négligeable face aux difficultés liées à la rupture de la confidentialité aux guichets de demandes des préfectures, que les associations travaillant dans le domaine des droits des étrangers informent[150]. Il ne faut pas expliquer les effets

---

[148] Articles 3 et 4 de l'*arrêté du 8 juillet 1999*, précité note 147.
[149] *Circulaire DPM/CT/DM2-3/DGS n° 2000-248 et NOR/INT/D/00/AA103/C du 5 mai 2000*, précitée note 145.
[150] ODSE, *loc. cit.* note 143, pages 12-13.

pervers que l'intervention dans la sphère intime et les révélations sur la vie privée des individus peuvent occasionner.

On signale que le médecin inspecteur de santé publique répond aux questions prescrites dans la loi en remplissant un formulaire élaboré par l'autorité réglementaire. Il ne contient pas de renseignements médicaux et aucune pièce médicale n'est communiquée au service préfectoral. En conséquence, l'avis du médecin inspecteur n'indique pas de diagnostic, mais le professionnel porte à la connaissance du préfet les circonstances dont il a besoin pour la prise de la décision relative à la demande de carte de séjour, en cochant les cases pertinentes dans la fiche n° 6 (ou 6 bis pour le médecin chef de police à Paris) figurant en annexe de la circulaire d'application mentionnée.

Afin d'identifier le profil médical du requérant, la fiche permet d'indiquer si l'état de santé du demandeur nécessite ou non une prise en charge médicale; si le défaut de prise en charge peut entraîner ou non des conséquences d'une exceptionnelle gravité; si l'intéressé peut ou non effectivement bénéficier d'un traitement approprié dans son pays d'origine; et si les soins nécessités par son état de santé présentent ou non un caractère de longue durée et pendant combien des mois ils doivent, en l'état actuel, être poursuivis. Des observations complémentaires peuvent être incluses par le professionnel intervenant[151].

On tient à souligner que la question de la motivation de l'avis médical revêt une certaine importance. Même si le médecin inspecteur ne peut pas communiquer des renseignements d'ordre médical en raison des dispositions imposant le respect du secret dans le cadre de la procédure, l'avis doit donner au fonctionnaire d'immigration les éléments nécessaires pour éclairer sa décision. Le Conseil d'État a eu l'occasion de préciser la question dans deux affaires, dans lesquelles le préfet de police avait demandé l'annulation du jugement du tribunal administratif de Paris, lequel avait annulé son arrêté

---

[151] *Circulaire DPM/CT/DM2-3/DGS n° 2000-248 et NOR/INT/D/00/AA103/C* du 5 mai 2000, précitée note 145, fiche 6 en annexe.

en décidant la reconduite à la frontière de l'étranger dont la demande de titre de séjour avait été rejetée.

En considérant les termes de l'article 12 bis de l'ordonnance du 2 novembre 1945, dans la rédaction issue de la loi du 11 mai 1998, et de l'article 7-5 introduit dans le décret du 30 juin 1946 par le décret du 5 mai 1999, ainsi que l'arrêté du 8 juillet 1999 pris pour application de ces dernières dispositions, le Conseil d'État a jugé que l'avis qui se limitait à la seule mention manuscrite « séjour non justifié » ne remplissait pas les conditions prévues dans la réglementation, en indiquant que :

> « [...] il appartient ainsi au médecin inspecteur, tout en respectant le secret médical, de donner au préfet les éléments relatifs à la gravité de la pathologie présentée par l'étranger intéressé et à la nature des traitements qu'il doit suivre, nécessaires pour éclairer sa décision; qu'en se fondant sur un avis rendu par le médecin chef du service médical de la préfecture de police qui se limitait à la seule mention manuscrite 'séjour non justifié', la décision de refus de séjour et par voie de conséquence, l'arrêté de reconduite à la frontière ont été pris suivant une procédure irrégulière et sont par suite entachés d'illégalité »[152].

Le dispositif analysé permettant la délivrance d'un titre de séjour pour raison médicale a été complété 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*, laquelle a ajouté deux phrases à l'article 12 bis alinéa 11 de l'ordonnance de 1945, prévoyant la possibilité, pour le médecin inspecteur ou le médecin chef, de « convoquer le demandeur pour une consultation médicale devant une commission médicale régionale dont la composition doit être fixée par décret en Conseil d'État »[153].

Il est intéressant de noter que dans la formulation originale de l'amendement le préfet avait le pouvoir de saisir la commission, mais au cours de la discussion parlementaire, des objections tirées des risques de violation du secret médical ont motivé

---

[152] Cons. d'Ét. 29 juillet 2002, *Préfet de police*, décision n° 241.912 et Cons. d'Ét. 30 juillet 2003, *Préfet de police*, décision n° 248.532, [en ligne] www.legifrance.gouv.fr (date d'accès : 5 mai 2006).

[153] Article 17 de 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*, J.O. du 27 novembre 2003, page 20136-20154.

la modification du dispositif. La question posée a été de savoir « comment permettre au préfet de prendre une décision alors que, normalement, il ne doit pas avoir accès au dossier médical »[154]. Ainsi, on regarde à nouveau la préoccupation pour l'accès des autorités d'immigration à l'information de santé des individus dont on a déjà parlé plus haut, laquelle a été à l'origine de la norme finalement adoptée prescrivant que ce sont les médecins inspecteurs de santé publique qui ont la compétence pour convoquer les demandeurs devant la commission.

La commission régionale n'a pas encore été mise en place, mais des réflexions portant sur sa fonction et sa composition ont été faites. À la suite d'une saisine du ministre de la santé, M. Jean-François Mattei, le Conseil national du SIDA a adopté une *Note valant avis sur le processus d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins des étrangers*[155], dans laquelle on remarque les références effectuées par rapport à l'aide à la décision des médecins inspecteurs de santé publique qu'elle pourrait signifier et à son rôle dans l'homogénéisation des critères qui sont parfois discordants selon les départements.

Il y a lieu de souligner que cette dernière question implique l'un des principaux problèmes que les médecins inspecteurs de santé publique rencontrent dans le processus d'évaluation des dossiers médicaux des étrangers malades. Dans ce domaine, on peut signaler la subjectivité de la notion d'« exceptionnelle gravité », ainsi que l'insuffisance d'information pour établir la possibilité effective d'accès au traitement approprié dans le pays d'origine, comme des situations provoquant d'importantes divergences d'appréciation entre les professionnels intervenants.

---

[154] Assemblée Nationale – 3° séance du 8 juillet 2003, *Débats parlementaires, Journal Officiel de la République française, Année 2003 n° 76 [3] A.N. (C.R.)*, 9 juillet 2003, pages 7089-7090.

[155] Conseil National du SIDA, *Note valant avis sur le processus d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins des étrangers*, 26 février 2004, [en ligne] http://www.cns.sante.fr/htm/avis/droit_personnes/26_02_04/fr_1_b.htm (date d'accès : 5 mai 2006).

Dans cet ordre d'idées, le vice-président de l'Association des médecins inspecteurs de santé publique, Francis Charlet[156], a remarqué l'insuffisance d'information pour se prononcer sur l'accessibilité à un traitement, mais il a aussi indiqué que juger de la sévérité d'une pathologie n'a rien d'évident car dès qu'on sort des cas extrêmes, les questions commencent à surgir, d'où l'importance à son avis d'une jurisprudence régionale ou nationale sur les deux critères.

En abordant la question relative à l'évaluation de l'état de santé nécessitant une prise en charge dont le défaut pourrait entraîner des conséquences d'une exceptionnelle gravité, Didier Fassin[157] explique que, selon une étude réalisée par Delettre en 1999, la comparaison entre divers départements de l'Île-de-France révèle des différances importantes.

En prenant comme exemple les Hauts-de-Seine et la Seine-Saint-Denis, dont les proportions d'avis favorables étaient respectivement de 42,7% et 74,5%, il constate que l'écart entre ces deux taux tenait presque exclusivement à une différence d'appréciation de certaines pathologies. L'auteur observe qu'il y avait eu un jugement similaire concernant les affections réputées mortelles, à savoir : 100% et 99% parmi les 129 cas de cancers, ainsi que 91% et 100% parmi les 384 infections dues au virus de l'immunodéficience humaine. Mais l'évaluation avait été discordante dans les maladies chroniques où les taux avaient été de 28% et 84% pour les 121 diabétiques et de 24% et 92% pour les 122 cardiopathies. Enfin, il trouve une position diamétralement opposée à l'égard des troubles psychiatriques avec des taux de 0% et 80% parmi les 119 dossiers présentés.

Par ailleurs, dans la mise à jour de son rapport d'activité et d'observation 2004, le Comité médical pour les exilés (COMEDE)[158] fait aussi état de divergences d'appréciation

---

[156] Propos recueillis par L.D., « 3 questions à Francis Charlet », *Le journal du SIDA,* n° 178, août 2005, publication ARCAT.
[157] D. Fassin, *loc. cit.* note 133, page 22-23.

importantes entre les départements selon l'affection en cause. Ainsi l'asthme est-il considéré moins souvent grave à Paris (37% *vs* 72% dans les autres départements) ou l'hépatite B chronique en Seine-Saint-Denis (36% *vs* 55%).

En ce qui concerne l'accès aux soins dans les pays d'origine, la Direction de la population et des migrations (organisme dans l'orbite du Ministère de l'Emploi, du Travail et de la Cohésion Sociale) donne aux médecins inspecteurs de santé publique des éléments d'information provenant des organismes internationaux tels que l'ONU, l'OMS ou l'OCDE, concernant des indicateurs relatifs à l'accès aux soins de santé dans les divers pays du monde.

Cependant, les différences d'évaluation persistent dans ce domaine, comme le prouve une récente circulaire du Ministère de la santé et des solidarités destinée à trancher la question relative aux étrangers porteurs d'une infection par le VIH, laquelle avait parfois fait l'objet d'avis discordants selon les départements quant à la possibilité d'accès effectif à la prise en charge médicale nécessaire dans les pays dont les demandeurs sont originaires. Partant de cette situation, la *circulaire DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005 relative aux avis médicaux concernant les étrangers atteints par le VIH, émis dans le cadre de l'application de l'article L.313-11 11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile*[159], fournit des précisions par rapport à la situation dans l'ensemble des pays en développement où il n'est pas encore possible de considérer que les personnes peuvent avoir accès aux traitements appropriés, les personnes asymptomatiques étant inclues.

---

[158] COMEDE, « Diminution globale et disparités locales des accords médicaux face aux demandes de carte de séjour pour raison médicale », mise à jour du Rapport d'activité et d'observation 2004, revue *Maux d'exil* n° 12, septembre 2005, Paris, page 8.

[159] *Circulaire DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005 relative aux avis médicaux concernant les étrangers atteints par le VIH, émis dans le cadre de l'application de l'article L.313-11 11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile,* Bulletin officiel Santé n° 2005/10, du 15 novembre 2005.

Nous pouvons conclure qu'à la différence des approches normatives antérieures analysées, dans lesquelles l'intérêt pour l'état de santé des étrangers était déterminé par des impératifs reliés à la défense du public, dans un cas, et à la protection des ressources de l'état dans l'autre, cette approche se penche sur l'intérêt de l'individu lui-même qui nécessite des soins de santé auxquels il a de droit en tant qu'être humain. Néanmoins, on observe les mêmes préoccupations pour garantir le respect des droits des personnes dans la procédure mettant l'accent sur le respect du secret médical et la conservation des registres médicaux par les professionnels de la santé.

D'ailleurs, certaines difficultés ont été identifiées dans le processus d'évaluation médicale, lesquelles semblent être motivées par la subjectivité des critères légaux, ce qui entraîne des divergences dans le traitement des demandes. Une fois instaurée la commission médicale régionale créée par la loi du 26 novembre 2003, et une fois les analyses faites par celle-ci sur les cas qui lui seront soumis, les avis rendus pourront servir de référence aux médecins inspecteurs afin d'obtenir une harmonisation des critères.

Chapitre II : L'utilisation valide de l'information de santé dans le contexte de l'immigration.

On a pu voir comment l'incursion dans la condition médicale des demandeurs d'immigration est un fait concret qui répond à différents objectifs, déterminant ainsi la portée des contrôles à effectuer dans chaque contexte. Au cours de l'analyse, on a aussi constaté que l'utilisation d'une information concernant l'état de santé dans le domaine de l'immigration est susceptible de soulever des préoccupations, qu'il s'agisse des contrôles orientés vers la santé et la sécurité publiques, le critère de fardeau excessif ou même des raisons d'ordre humanitaire.

Dans ce volet, nous essaierons de répondre la question de savoir jusqu'où il est possible d'aller dans l'enquête sur la santé des immigrants, en tenant compte du caractère sensible de l'information de santé dont l'utilisation peut être vue comme une source possible de discrimination et d'intervention injustifiée dans la vie privée des personnes.

Bien que les États jouissent de pouvoirs très larges pour légiférer en prescrivant les conditions à remplir par les non-citoyens pour qu'il leur soit permis d'entrer au pays et y demeurer et bien que, dans ce contexte, l'instauration d'examens médicaux à des fins spécifiques puisse être considérée comme légitime, il faut noter que la plus grande prudence est de rigueur afin d'éviter agir au-delà des droits des personnes.

Nous avons signalé plus haut que la législation canadienne sur l'immigration elle-même tient compte des principes qui ressortent de la *Charte canadienne des droits et libertés* et des instruments internationaux portants sur les droits de l'homme. On a aussi étudié que du côté de la France, la jurisprudence fait référence au besoin de concilier les objectifs en matière d'immigration et le respect des libertés et droit fondamentaux de valeur constitutionnelle, qui ressortent des documents internationaux auxquels le pays a adhéré.

Considérant ces engagements à l'égard des droits de l'homme, nous analyserons les principes devant guider l'interprétation et l'application des normes relatives aux contrôles médicaux d'immigration, en précisant les limites encadrant l'utilisation valide des renseignements de santé dans ce champ à partir d'une approche de droits fondamentaux.

Le cadre des principes destinés à orienter l'action des États retiendra notre attention dans ce chapitre. Dans le but de mettre en évidence les règles devant guider les pays dans l'application des contrôles médicaux de l'immigration, seront considérés l'ensemble des instruments internationaux dans le domaine des droits des personnes et des dispositions de nature constitutionnelle constituant le contexte dont la législation et la jurisprudence imposent de tenir compte[160], ainsi que les normes juridiques visant à que ces droits soient effectifs. Dans la tâche de définir ce cadre de principes, les textes de nature non conventionnelle présentent aussi de l'intérêt en matière des droits de l'homme et offrent des orientations dans ce domaine.

II.a) Le respect de la vie privée et de la confidentialité :

En plus d'être un droit subjectif reconnu dans les législations nationales[161], le respect de la vie privée est aujourd'hui considéré un droit de l'homme consacré dans de nombreux États au niveau constitutionnel, mais aussi dans des textes internationaux, dont la *Déclaration universelle des droits de l'homme* des Nations Unies[162], la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, ratifiée

---

[160] Voir *supra* pages 15 et suiv.

[161] Voir, par exemple, article 9 du *Code civil français* et article 35 du *Code civil du Québec.*

[162] Article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Res. 217 A(II) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, Doc. A/810, page 7. La norme prescrit que : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteinte à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ».

par la France en 1974[163], et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[164] auquel le Canada et la France ont adhéré en 1976 et 1980, respectivement, entre autres instruments.

Pierre Kayser explique que la reconnaissance du respect de la vie privée est considérée comme un droit de l'homme dans la *Déclaration universelle des droits de l'homme* et, dans les Conventions qu'elle a inspirées, a été la conséquence d'une évolution dans la conception de ces droits. Ils étaient initialement conçus comme les droits nécessaires à la vie de l'homme en société et ils ont finalement été étendus aux droits nécessaires au plein développement de la personne. Cette extension a été accompagnée de la reconnaissance du respect de la vie privée comme un droit de l'homme dans les rapports de l'autorité publique mais aussi des particuliers, ce qui est généralement accepté aujourd'hui[165].

D'ailleurs, la Cour suprême du Canada a considéré que le droit à la liberté, à la sécurité et la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives, prévu aux articles 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés* inclue le droit à la vie privée[166]. En France, le Conseil constitutionnel a analysé l'obligation du législateur de

---

[163] Article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, telle qu'amendée par le Protocole n°11, signée à Rome le 4 novembre 1950. La Convention a été ratifié par la France le 3 mai 1974 par le décret 74-360. Au premier paragraphe la norme reconnaît que : « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

[164] Article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies, Rés. 2200 A (XXI). La norme prévoit que : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes ». Le Canada a adhéré au Pacte le 19 mai 1976 et la France le 4 novembre 1980, voir document ONU [en ligne] http://193.194.138.190/pdf/reportfr.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

[165] Pierre Kayser, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, 3e édition, Presse universitaires d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille; Paris, Économica, 1995, page 18.

[166] Pour l'article 7 voir l'arrêt *R.* c. *Morgentaler* [1988] 1 R.C.S. 30. Dans cette affaire, le juge Wilson conclut que : « ...le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée » (paragraphe 240). Pour l'article 8 voir l'arrêt *R* c. *Dyment* [1988] 2 R.C.S. 417. Le juge La Forest rappelle dans l'affaire *Dyment* que « [...] la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne ; voir Alan F. Westin,

sauvegarder le respect de la vie privée des personnes en tenant compte de l'article 11 de la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* énonçant l'objectif de conservation et de respect des droits naturels et imprescriptibles de l'homme, dont la liberté[167].

Il est intéressant de noter que le droit à la vie privée comporte notamment le droit d'une personne de tenir son état de santé secret. Tant au niveau national qu'international, il est accepté que les données relatives à la santé font partie des informations relevant de l'intimité de la personne et doivent être protégées.

Kayser observe que les informations de santé sont considérées en France comme un élément protégé par le droit au respect de la vie privée[168] et, à la lecture de la jurisprudence de l'affaire *Frenette* c. *Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*[169], on arrive à la même conclusion pour le Canada. Au niveau européen, la *Recommandation n° R(97)5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales* indique que le « respect des droits et libertés fondamentales, notamment du droit à la vie privée, doit être garanti lors de la collecte et du traitement des données médicales »[170], en incluant dans l'expression « données médicales » toutes les données à caractère personnel relatives à la santé d'une personne et celles ayant un lien manifeste et étroit avec la santé, ainsi que les données génétiques. Cette expression est à son tour référée à toutes les

---

Privacy and Freedom (1970), aux pp. 349 et 350. Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être », page 427.

[167] Dans la décision du n° 99-416 DC 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Journal officiel du 28 juillet 1999, page 11250, le Conseil constitutionnel a analysé l'obligation du législateur d'instituer une procédure propre à sauvegarder le respect de la vie privée des personnes lorsque est demandée la communication de données de santé susceptibles de permettre l'identification de ces personnes, en tenant compte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. On note que la Constitution du 4 octobre 1958 proclame son attachement aux droits consacrés dans ladite déclaration. Voir la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789*, [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm (date d'accès 5 mai 2006) et la *Constitution du 4 octobre 1958* [en ligne] http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm (date d'accès : 5 mai 2006).

[168] P. Kayser, *ob. cit.* note 164, pages 250-256.

[169] *Frenette* c. *Métropolitaine (La), cie d'assurence-vie* [1992] 1R.C.S. 647. Dans cette cause, la Cour suprême du Canada a analysé le droit d'accès aux dossiers médicaux par la compagnie d'assurance, à partir de l'autorisation signée par l'intéressé signifiant un renoncement au respect de sa vie privée.

[170] *Recommandation n° R(97)5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales*, adoptée par le Comité des Ministres le 13 février 1997, lors de la 584 réunion des Déléguées des Ministres, article 3, [en ligne] http://cm.coe.int/ta/rec/1997/f97r5.html (date d'accès 5 mai 2006).

données, quel qu'en soit le type, qui concernent les caractères héréditaires d'un individu ou qui sont en rapport avec de tels caractères formant le patrimoine d'un groupe d'individus apparentés.

En plus, au niveau des principes on peut citer que la *Convention sur les Droit de l'Homme et la biomédecine*[171] prescrit à l'article 10 que « toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé ». La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes montre aussi que le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire, lequel comporte « notamment, le droit d'une personne de ternir son état de santé secret »[172].

Or, il a d'ailleurs été reconnu que le droit à la vie privée n'est pas absolu. Il est balisé par une série de limites. Donc, une intervention dans la sphère intime sera valide si la personne donne son consentement, ou s'il existe une justification raisonnable et une finalité légitime, et encore si cette levée du secret de la vie privée est soumise à des garanties effectives assurant que l'incursion ne sera pas démesurée[173].

---

[171] *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droit de l'Homme et la biomédecine,* Oviedo 4.iv.1997, [en ligne] http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/164.htm (date d'accès : 5 mai 2006). Signature par la France le 4 avril 1997, pas encore ratifié, voir http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=164&CM=8&DF=5/5/2006&CL=FRE (date d'accès : 5 mai 2005).

[172] CJCE, 5 octobre 1994, *X... c/Commission des Communautés européennes*, Dalloz Sirey, 1995, page 421.

[173] *Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurence-vie*, précité note 169; *X...c/Commission des Communautés européennes*, précité note 172; CEDH, 25 février 1997, n° 9/1996/627/811, *Z... c/France*, ADJA, 20 janvier 1998, page 42, cité dans *Dictionnaire permanent Bioéthique et biotechnologies*, mise à jour 36, 2004, Paris, Éditions législatives, page 2316. Parmi les textes internationaux prévoyant la possibilité des limitations à l'exercice des droits fondamentaux qu'ils énoncent, on peut mentionner la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentale* (article 8.2), précitée note 163, ainsi que la nouvelle *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* (article 27), adoptée par acclamation le 19 octobre 2005 par la 33e session de la Conférence générale de l'UNESCO [en ligne] http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (date d'accès : 5 mai 2006).

Dans ce cadre, il y a lieu de se demander comment concilier le droit du requérant à sa vie privée et la demande de la part des autorités d'immigration des renseignements sur leur état de santé. Les principes directeurs applicables à la protection des informations médicales, seront abordés à partir de l'analyse des deux véhicules de défense de la vie privée à savoir : premièrement, on se penchera sur le besoin de consentement éclairé à la réalisation des examens médicaux et, par la suite, sera analysée la confidentialité des renseignements de santé.

II.a.1) Le besoin de consentement libre et éclairé à la réalisation des examens et tests médicaux :

Le consentement de l'individu est à la base de l'utilisation des renseignements sur l'état de santé, que l'usage de cette information s'inscrive dans un contexte médical ou de recherche, servant à des objectifs thérapeutiques ou à d'autres fins considérées comme légitimes. Isabelle Vacarie rappelle que le droit au respect de la vie privée conduit à subordonner au consentement de la personne la communication des informations relevant de son intimité, dont les données médicales font partie, principe qui fait l'objet d'un large consensus, en France comme à l'étranger[174].

On observe l'importance de cet élément inhérent au droit à la vie privée, dont plusieurs textes internationaux s'occupent lorsqu'ils abordent les droits des personnes vis-à-vis des incursions dans le domaine de la santé.

---

[174] Isabelle Vacarie, *Traitement informatique des données de santé. Questions juridiques et éthiques*, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, Centre d'études et de recherches en santé et sécurité social (CEDRESSS), Convention de recherche avec le Commissariat général du plan, 1988, Paris, pages 119 et suiv.

Ainsi, le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[175] prévoit à l'article 7 qu' « il est interdit de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique ». La *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*[176] établit à l'article 3 que dans le cadre de la médecine et de la biologie doit notamment être respecté « le consentement libre et éclairé de la personne, selon les modalités définies par la loi ».

D'ailleurs, il a été inscrit à l'article 5 de la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*[177] qu' « une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé ». Dans le champ de la génétique, la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*[178] indique à l'article 5(b) que dans tous les cas (recherche, traitement ou diagnostic), « le consentement préalable, libre et éclairé de l'intéressé sera recueilli ». Enfin, la nouvelle *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*[179] contient aussi une disposition relative au consentement, l'article 6 dont le premier paragraphe prévoit que « toute intervention médicale à caractère préventif, diagnostique ou thérapeutique ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes [...] ».

Dans l'affaire « X... c/Commission des Communautés européennes »[180], le juge européen a eu l'occasion d'appliquer cette règle de base par rapport au consentement à la réalisation des tests médicaux, à l'occasion de sa décision concernant le recours d'une

---

[175] *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, précité note 164.
[176] *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (2000/C 364/01), Journal officiel des Communautés européennes du 18 décembre 2000.
[177] *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droit de l'Homme et la biomédecine*, précitée note 171.
[178] *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997.
[179] *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, précitée note 173.
[180] CJCE, 5 octobre 1994, *X... c/Commission des Communautés européennes*, précité note 172.

personne qui n'avait pas été engagée dans un poste temporaire auprès de la Commission européenne en raison de sa séropositivité. Lors de la visite médicale d'embauche pour vérifier la conformité aux exigences de l'emploi, monsieur X avait refusé de se soumettre à un test de dépistage du SIDA, c'est pourquoi le médecin-conseil avait procédé à son insu à un examen de biologie (T4/T8) qui lui avait révélé une déficience immunitaire suffisamment importante pour le faire déclarer inapte à occuper l'emploi de dactylographe pour lequel il s'était porté candidat.

En invoquant l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, la Cour de justice des Communautés européennes a établi que le droit au respect de la vie privée exigeait que « le refus de l'intéressé soit respecté dans sa totalité », en précisant que « si l'examen d'embauche sert un intérêt légitime des institutions communautaires, qui doivent être en mesure d'accomplir leur mission, cet intérêt ne justifie pas que l'on procède à un test contre la volonté de l'intéressé ». Dès lors que le requérant avait refusé de se soumettre à un test de dépistage du SIDA, la Cour a considéré que l'administration était interdite de procéder à tout test susceptible d'aboutir au soupçon ou à la constatation de l'existence de cette maladie dont il avait refusé la révélation.

Il convient de souligner que, dans cette cause, l'annulation a eu lieu en raison du test pratiqué à l'insu de l'intéressé. Mais au paragraphe 21, le tribunal a laissé voir que le refus d'embauche pourrait être justifié dans certains situations, en indiquant que :

> « si l'intéressé, après avoir été éclairé, refuse de donner son consentement à un test que le médecin conseil estime nécessaire pour évaluer son aptitude à remplir les fonctions pour lesquelles il s'est porté candidat, ces institutions ne sauraient être obligées de supporter le risque de l'engager »

La condition serait donc que l'examen médical d'embauche soit entouré des garanties propres à empêcher une atteinte à l'intimité de l'individu, dont le recueil du consentement qui suppose d'éclairer le patient. Autrement dit, le consentement aurait une

fonction de garantie dans la procédure médicale obligeant le professionnel intervenant de respecter le droit à la vie privée de la personne.

Or, on a déjà avancé que le droit au respect de la vie privée n'est pas absolu, car il est accepté qu'il puisse comporter un certain nombre de restrictions à condition qu'elles répondent à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée et intolérable portant atteinte à la substance même du droit protégé. Ainsi l'a compris la Cour de justice des communautés européennes dans l'affaire précitée. En outre, plusieurs des textes reconnaissant le droit au respect de la vie privée prévoient la possibilité d'ingérences dans l'exercice de ce droit dans certaines situations limitativement énumérées, dont les motifs de santé et de sécurité publiques ou la protection des droits et libertés d'autrui.

La *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* prescrit en effet la possibilité d'incursions dans la vie privée des personnes dans les seuls cas prévus par la loi et quand ces incursions sont nécessaires « [...] à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »[181]. Dans un sens similaire, l'article 27 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*[182] prévoit que si l'application de ses principes doit être limitée, « ce devrait être par la loi, y compris les textes législatifs qui concernent la sécurité publique, l'enquête, la détection et les poursuites en cas de délit pénal, la protection de la santé publique ou la protection des droits et libertés d'autrui ». Le même article indique que « toute loi de ce type doit être compatible avec le droit international des droits de l'homme ».

Considérant les principes étudiés ci-dessus, nous pouvons affirmer que l'exigence de consentement à la réalisation de tests médicaux constitue une garantie du respect des

[181] Article 8.2 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, précitée note 163.
[182] *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*, précitée note 173.

droits des personnes qui doit être présente dans la procédure médicale de l'immigration, quelle que soit l'approche normative adoptée[183]. Bien entendu, les modalités du consentement pourront varier selon le degré d'intervention que l'examen entraîne[184] et les exigences particulières des autorités du lieu où les tests sont effectués.

On pourrait penser que des raisons de santé publique justifieraient dans certaines situations des exceptions à cette règle de base, par exemple, quand il s'agit d'éviter la propagation d'une maladie infectieuse, mais il faudrait encore qu'une telle restriction soit prescrite par la loi et que l'intervention dans la vie privée de l'individu ne soit pas disproportionnée au regard du but poursuivi.

Nous estimons que s'agissant d'examens médicaux relevant de considérations économiques, comme celle visant à établir l'existence de « fardeau excessif » dont on a parlé plus haut, le critère devrait être plus élevé que si la santé de la collectivité est en jeu en raison d'un risque de maladie contagieuse. Bien qu'il soit légitime d'éviter qu'un lourd fardeau soit posé sur les structures sanitaires, le refus des requérants de subir des tests pour déterminer la présence ou non dudit motif d'inadmissibilité prévu dans la loi, devrait à notre avis être respecté en sa totalité.

Or, l'intéressé devra savoir qu'une des éventuelles conséquences de son refus pourra être l'absence des éléments d'ordre médical nécessaires pour évaluer s'il remplit ou non les conditions prescrites par la législation, ce qui serait susceptible d'entraîner le refus valide de la demande d'immigration. Il serait possible de considérer que l'État dont il sollicite l'admission ne serait pas, en principe, obligé de supporter le risque de l'accepter. Il va de soi que la demande devrait être raisonnablement justifiée par rapport aux fins poursuivies par la législation de l'immigration.

---

[183] Dans le chapitre I, on a signalé comment le *Manuel du médecin désigné*, élaboré par le ministère d'immigration au Canada, met l'accent sur le respect de la vie privée de la personne et le besoin de ne procéder à l'examen médical qu'avec son consentement exprès.

[184] Il est évident qu'un examen de sang de routine n'est pas similaire à un test de dépistage du VIH, car ce dernier signifiera une plus grande intervention dans la vie privée.

II.a.2) La confidentialité des donnés médicales : la question de l'accès aux registres médicaux par les autorités d'immigration :

La confidentialité constitue une règle essentielle reliée au droit au respect de la vie privée des individus. Néanmoins, on a signalé à plusieurs reprises que ce droit n'est pas absolu. Lorsqu'une personne présente une demande d'immigration et qu'elle accepte de se soumettre à des contrôles médicaux, elle admet aussi une certaine restriction à son droit qui sera en corrélation avec les objectifs poursuivis par les politiques en la matière. La question se pose de savoir quelles sont les limites pour que les renseignements personnels sur sa santé puissent être utilisés ou divulgués dans ce contexte.

Plusieurs documents de droit international prévoient la protection de la confidentialité des données à caractère personnel, dont celles relatives à la santé. On se rappelle que la règle générale prévue par l'article 5 de la *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe* exige le consentement de la personne comme condition préalable à toute intervention dans le domaine de la santé. De plus, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* consacre, à l'article 8, le droit de toute personne à la protection des données à caractère personnel, en indiquant que ces « données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi ».

Dans la *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, on lit aussi la préoccupation pour que le traitement de données relatives à la santé soit entouré des garanties appropriées[185]. Il en est de même pour la *Directive européenne (95/46/EC) relative à la protection des personnes*

[185] La *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* prévoit à l'article 6 que « [...] les données à caractère personnel relatives à la santé [...] ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne prévoie des garanties appropriées », Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 108, Strasbourg, 28 janvier 1981. La convention a été ratifiée par la France le 24 mars 1983, voir http://www.admin.ch/ch/f/rs/i2/0.235.1.fr.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, qui interdit de traiter des données relatives à la santé lorsque la personne n'a pas donné son consentement explicite[186], en plus de prévoir les conditions générales dans lesquelles les traitements des données à caractère personnel sont licites[187].

De plus, la *recommandation du Conseil de l'Europe n° R(97)5 relative à la protection des données médicales* tient compte du fait que le traitement automatisé des données médicales est de plus en plus répandu non seulement pour les soins médicaux, mais également en dehors du secteur des soins de santé. Partant de ce contexte, le document fait état du besoin de garantir le caractère confidentiel et la sécurité des données à caractère personnel relatives à la santé et de veiller à ce qu'il en soit fait un usage respectant les droits et les libertés fondamentales de l'individu, notamment le droit à la vie privée, en prescrivant l'application des règles de confidentialité lors de la communication de tels renseignements[188].

Dans le domaine de la bioéthique, la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* insiste sur les mêmes principes relatifs au droit au respect de la vie privée et de la confidentialité des informations les touchant personnellement en indiquant que « dans tout la mesure du possible, ces informations ne devraient pas être utilisées ou diffusées à des fins autres que celles pour lesquelles elles ont été collectées ou pour lesquelles un consentement a été donné, en conformité avec le droit international, et notamment avec le droit international des droits de l'homme »[189].

Dans le cas spécifique des données génétiques, la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme* prescrit que « la confidentialité des données

---

[186] Articles 7 (a) et 8(2) de la *Directive européenne (95/46/EC) relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données,* Journal officiel de l'Union européenne n° L281 du 23/11/1995, pages 0031-0050.

[187] Id., articles 5, 6, 7 et 8.

[188] *Recommandation n° R(97)5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales*, précitée note 170, article 7.

[189] Article 9 de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et le droit de l'homme*, précitée note 173.

génétiques associées à une personne identifiable, conservées ou traitées à des fins de recherche ou *dans tout autre but*, doit être protégée dans les conditions prévues par la loi » [l'italique n'est pas dans l'original][190].

Dans le même ordre d'idées, l'article 14 de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*[191] établit que « les États devraient s'efforcer de protéger, dans les conditions prévues par le droit interne en conformité avec le droit international des droits de l'homme, la vie privée des individus et la confidentialité des données génétiques humaines [...] ». La deuxième partie de cette disposition aborde la question de l'accès aux données génétiques par des tiers, en indiquant qu'elles « ne devraient pas être communiquées ni rendues accessibles à des tiers, en particulier des employeurs, des compagnies d'assurance, des établissements d'enseignement ou la famille, si ce n'est pour un motif d'intérêt public important dans des cas restrictivement prévus par le droit interne en conformité avec le droit international des droits de l'homme [...] ».

On a signalé plus haut que les résultats d'une consultation internationale, lancée par l'UNESCO avant l'adoption de la *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, rendent compte des inquiétudes en ce qui a trait à l'utilisation des renseignements génétiques dans le champ de l'immigration et le besoin de garantir leur confidentialité[192]. Même si le texte finalement adopté dans la déclaration ne fait pas mention des autorités d'immigration, il semble être clair que le possible accès aux renseignements génétiques par ces services soulève des préoccupations.

Étant dit que la confidentialité et la protection de la vie privée en ce qui concerne les données médicales personnelles, et même génétiques, sont des droits fondamentaux

---

[190] Article 7 de la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, précitée note 178.
[191] *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, adoptée à l'unanimité et par acclamation par la 32ème Conférence générale de l'UNESCO, le 16 octobre 2003, [en ligne] http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (date d'accès : 5 mai 2006).
[192] *Supra* pages 66-67.

devant être respectés, les États sont censés les observer dans les procédures médicales d'immigration. Dans le chapitre I, des mesures visant la protection de ces droits ont été repérées dans ce domaine, lesquelles se concentrent autour du respect du secret médical et du consentement concernant l'accès aux dossiers médicaux et la communication de l'information de santé relative aux intéressées.

On a vu que la procédure en France prévoit de manière expresse la non communication d'information médicale aux autorités d'immigration[193], règle qui répond à la logique du dispositif général en droit français imposant le respect du secret dans le cadre de la médecine de contrôle, mais surtout au fort attachement du pays au secret médical comme moyen de protection de la vie privée et la confidentialité. On tient à noter que le secret médical est protégé en France par le Code de déontologie médicale[194], le Code de la santé publique[195], ainsi que le Code pénal qui sanctionne les révélations d'une information à caractère secret[196].

On observe cet engagement à l'égard du secret tant pour les contrôles médicaux visant la préservation de la santé et la sécurité publiques, que dans les procédures médicales concernant l'admission au séjour des personnes souffrant une maladie grave qui ont été décrites plus haut. On peut se rappeler des prescriptions qui font référence au besoin de respecter dans la procédure les droits des personnes, au premier rang desquels

---

[193] *Supra* pages 39, 77, 78, 80.

[194] L'article 4 du *Code de déontologie médicale*, précité note 97, prévoit que : « Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris ». L'article 104 du même code prévoit que : « Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à un autre organisme ».

[195] L'article L.110-4 du *Code de la santé publique* prescrit que : « Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant ».

[196] L'article 226-13 du *Code pénal* établit que : « La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15000 euros d'amende ».

figure le secret médical[197]. On a vu également les débats soulevés à l'Assemblée Nationale par la formulation originale de l'amendement à la réglementation sur l'immigration concernant la possibilité de recours à une commission régionale, lequel amendement fut finalement approuvé avec des modifications afin de respecter le secret médical[198]. De plus, on peut voir dans la conservation des dossiers de santé par les services médicaux intervenant dans les procédure d'immigration – l'ANAEM pour les contrôles d'entrée et les médecins inspecteurs de santé publique de la DDASS au domicile dans le cas des étrangers sollicitant un titre de séjour pour soins - une garantie contre l'accès inapproprié à ces données par des tiers.

Il est intéressant de souligner qu'aux règles destinées à protéger par le secret médical cette information recueillie à des fins d'immigration en France, s'intègrent les principes de la directive européenne de 1995 offrant un cadre approprié pour la protection des données personnelles, y compris les données médicales, norme qui a été transposée en droit français par la *loi n° 2004-801 du 6 août relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*[199].

On tient à noter que la loi du 6 janvier 1978 modifiée s'applique aux traitements automatisés ainsi qu'aux traitements non automatisés des données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans des fichiers[200], en considérant comme un traitement toute opération portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, la conservation, la consultation, l'utilisation, etc.[201]. En plus de l'exigence du consentement de la personne concernée, cette législation impose que le traitement des

---

[197] *Supra* pages 77-78.
[198] *Supra* page 80.
[199] *Loi n° 2004-801 du 6 août relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés*, J.O. du 7 août 2004.
[200] Article 2 de la *Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, modifiée, [en ligne] http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/textes/CNIL-78-17_definitive-annotee.pdf (date d'accès : 5 mai 2006)
[201] Id. articles 2.

données soit fait de manière loyale et licite, pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, interdisant tout usage ultérieur incompatible avec ces finalités. En outre, la loi prévoit que les données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées, en plus de disposer qu'elles ne peuvent être conservées que pendant une durée qui excède la durée nécessaire aux finalités prévues[202].

Il est important de dire que le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de considérer que les étrangers bénéficient, comme les Français, de dispositions de protection de la liberté individuelle prévues par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, en particulier, des dispositions qui protègent les informations nominatives contre leur divulgation[203]. Même si dans la décision qu'on mentionne, le tribunal constitutionnel a fait état d'une référence spécifique à cette législation dans un contexte déterminé[204], il faut remarquer que l'actuel article 5 de la loi du 6 janvier 1978 indique, de façon générale, que sont soumis à ces dispositions les traitements de données à caractère personnel dont le responsable est établi sur le territoire français. Une communication des données à un tiers effectué en France serait donc atteinte par l'ensemble des dispositions protectrices de la loi.

Au Canada, la déclaration et l'autorisation d'accès aux registres de santé sont des parties essentielles de la procédure, ceci étant inclu dans les formulaires[205] que les requérants d'immigration doivent remplir et retourner au médecin désigné. Elles permettent de communiquer les renseignements médicaux relatifs aux demandeurs au

---

[202] Id. voir articles 6, 7 et 8.

[203] *Décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, concernant la Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France* [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr (date d'accès : 5 mai 2006), voir spécialement dernier paragraphe consacré à l'article 36.

[204] Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a analysé les dispositions édictant des conditions de régularité de séjour et du travail des étrangers pour avoir accès aux prestations de la sécurité social, ainsi que les normes prévoyant la possibilité des organismes chargés de la gestion du régime d'accéder aux fichiers de l'État pour vérifier que les assurés étrangers satisfont lesdites conditions. Le tribunal a considéré que ces dispositions étaient valides en rappelant que le législateur avait « expressément entendu assurer l'application des dispositions protectrices de la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ». Voir aussi P. Kayser, *ob. cit.* note 165, page 532-533.

[205] Voir Formulaire IMM5419 – section B, précité note 95.

Ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration et autorisent également le ministère à communiquer ces informations à des services de santé publique et à des médecins du Canada. Cette exigence de consentement explicite et écrit garantit que la personne concernée ne se verra intervenir dans sa sphère intime que dans la mesure où elle l'autorise.

Dans l'arrêt *Frenette* c. *Métropolitaine (La), cie. d'assurance-vie*[206], la Cour suprême du Canada a reconnu que « le droit du patient à la confidentialité de ses dossiers médicaux est un droit relatif auquel il peut renoncer sans réserve quant à la portée et au moment de cette renonciation ». Dans cette affaire, l'assuré avait signé une autorisation contenue dans la police d'assurance renonçant ainsi à son droit au secret professionnel et à la confidentialité de ses dossiers médicaux et hospitaliers, tant pour le présent que pour l'avenir. Étant donné le renoncement de l'intéressé au respect de sa vie privée aux conditions qu'il avait lui-même fixées, la Cour a conclu qu'il n'était pas justifié que l'hôpital refuse à l'assureur l'accès aux registres médicaux de l'assuré qui n'avait imposé aucune restriction quant à l'étendue des renseignements figurant dans son dossier. L'assureur avait donc un droit d'accès aux dossiers complets de l'assuré pourvu qu'ils soient nécessaires aux fins mentionnées dans l'autorisation.

Il semble être clair que, selon cette jurisprudence, le consentement explicite de la personne donné par la signature du formulaire serait suffisant pour que les autorités d'immigration canadiennes puissent avoir accès aux registres médicaux du requérant et même les divulguer aux services sanitaires canadiens. Cependant, les particularités propres aux relations juridiques établies dans le cadre d'une demande d'immigration au Canada imposent des considérations supplémentaires.

En effet, on a expliqué qu'en général, les immigrants éventuels au Canada demandent la résidence permanente alors qu'ils se trouvent à l'extérieur du pays et que l'examen médical qu'ils sont tenus de subir avant la délivrance de visa se fait

---

[206] *Frenette* c. *Métropolitaine (La), cie d'assurance-vie,* précité note 169.

habituellement dans le pays d'origine. Le gouvernement canadien conserve un fichier des dossiers des immigrants des missions à l'étranger, lequel contient des renseignements personnels des requérants d'immigration pouvant inclure des rapports médicaux, dont la communication est prévue aux fins de l'exécution de la législation sur l'immigration, incluant les processus ayant lieu au Canada[207].

Considérant ce contexte, il convient de s'interroger, d'une part, sur l'existence des règles visant à garantir le caractère confidentiel et la sécurité des données relatives à la santé dans des situations dans lesquelles une communication de données peut signifier un flux transfrontières de l'information et, en second lieu, sur les mesures de préservation de la vie privée offertes par la législation canadienne au regard de l'information médicale recueillie aux fins de l'immigration pouvant être utilisée au Canada.

Plusieurs documents internationaux mettent en évidence l'intérêt que les flux des renseignements personnels peut soulever, en remarquant le besoin d'assurer un niveau de protection suffisant de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes lorsque des données à caractère personnel font l'objet d'un transfert d'un pays vers d'autres États. La *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du 28 janvier 1981[208], aborde le thème au Chapitre III en acceptant le transfert de données sans restrictions lorsque la réglementation de l'État tiers apporte une protection équivalente à celle du pays de départ. La *Recommandation n° R(97) 5 relative à la protection des données médicales*[209] énonce des règles applicables aux flux transfrontières de données médicales, en faisant aussi mention du principe de la protection équivalente énoncé dans la convention précitée. Néanmoins, le

---

[207] Voir Gouvernement du Canada, *Fichiers des renseignements personnels, Citoyenneté et Immigration Canada*, Service international – dossiers des immigrants des missions à l'étranger, [en ligne] http://infosource.gc.ca/inst/imc/fed07_f.asp (date d'accès : 5 mai 2006). Le document informe sur les usages compatibles des fichiers, les catégories de personnes concernées, les buts des renseignements contenus dans les fichiers, les normes de conservation et de destruction.

[208] *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, précitée note 185.

[209] Article 11 de la *Recommandation n° R(97) 5 relative à la protection des données médicales,* précitée note 170.

consentement de la personne concernée est nommé comme un élément permettant le transfert, même vers un État qui ne répond pas à cette condition.

La *Directive européenne 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*[210] prévoit aussi des principes devant régir un transfert de données personnelles vers des pays tiers, lesquels cherchent à garantir un niveau de protection adéquat en tenant compte de la nature des données, de la finalité et de la durée du ou des traitement(s) envisagé(s), des règles de droit, générales ou sectorielles, en vigueur dans le pays tiers en cause, ainsi que des règles professionnelles et des mesures de sécurité qui y sont respectées. Or, des dérogations sont prévues dans certaines situations, parmi lesquelles on trouve le cas où « la personne concernée [a] indubitablement donné son consentement au transfert envisagé » ou « le transfert [est]nécessaire ou rendu juridiquement obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important »[211].

L'ensemble des principes énoncés précédemment par rapport aux flux transfrontières des informations personnelles laisse entendre que, même si des règles protectrices sont prévues, l'autorisation expresse de la personne concernée ou le besoin de sauvegarder un intérêt public important permettraient que d'autres exigences soient levées.

En ce qui concerne les renseignements médicaux recueillis aux fins de l'immigration pouvant être utilisée au Canada, on remarque que la *Loi sur la protection des renseignements personnels*[212] prévoit des mesures de préservation de la vie privée dont le Ministère de la Citoyenneté et l'Immigration devrait tenir compte en raison de son inclusion dans les institutions atteintes par ces dispositions. Cette loi impose des normes de protection des données au gouvernement fédéral exigeant qu'il recueille seulement les renseignements personnels dont il a besoin pour l'exécution de ses programmes et qui ont

---

[210] *Directive européenne 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, précitée note 186, articles 25 et 26.

[211] Id. article 26.1.a) et 26.1.d).

[212] *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R. 1985, ch. P-21, annexe (article 3).

un lien direct avec ses programmes ou ses activités. Cette législation réglemente l'utilisation de l'information médicale par le gouvernement du Canada en incluant dans la notion des renseignements personnels ceux relatifs aux dossiers médicaux, quels que soient leur forme et leur support[213], d'où l'importance de tenir compte des critères qu'elle énonce pour le traitement de ce type des renseignements dans le contexte de l'immigration.

L'analyse effectuée dans cette première partie du chapitre II, permet d'affirmer que les États ayant le droit d'exercer des contrôles médicaux sur les immigrants, ont aussi des devoirs et des responsabilités sous l'angle du respect des droits de personnes, dont la vie privée.

Bien que de différentes façons, tant la France que le Canada se sont intéressés à inclure des procédures protectrices des droits des individus dans les pratiques en cours, l'un protégeant par le secret les données médicales obtenues dans le cadre des examens d'immigration, l'autre assurant que l'information ne sera utilisée qu'avec le consentement de la personne concernée. Dans les deux cas, des législations de portée générale imposant le respect des principes universellement reconnus en matière de consentement et de confidentialité dans le traitement des renseignements personnels, servent de guide aux institutions chargées de traiter cette information sensible.

Nous pouvons observer un cadre moins strict dans la procédure au Canada permettant l'accès aux registres médicaux par les autorités d'immigration. Étant donné que l'incursion dans la condition médicale des individus est aussi plus ample en raison des objectifs poursuivis par les politiques d'immigration, la plus grande prudence est de rigueur et le respect strict des principes énoncés précédemment par rapport à l'utilisation loyale et licite, pour des finalités déterminées, explicites et légitimes de l'information médicale s'impose quant aux renseignements recueillis à des fins d'immigration. Il faut noter que ces questions concernant l'usage légitime de l'information de santé conforme au respect de la vie privée et la confidentialité, s'entrelacent avec d'autres préoccupations

[213] Id. article 3.

entourant les droits des personnes, dont la protection contre la discrimination qui sera examinée dans les lignes qui suivent.

II.b) La protection contre la discrimination :

La protection contre la discrimination a été incluse dans un grand nombre d'instruments internationaux portant sur les droits de l'homme. Parmi plusieurs documents contenant des dispositions visant l'exclusion de toute forme de différenciation illégitime, on peut citer la *Convention européenne de sauvegarde des droits des l'homme et des libertés fondamentaux*[214] interdisant la discrimination « fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

Dans la *Convention relative aux droits de l'enfant*[215], les États-parties s'engagent à respecter les droits qui y sont énoncés et à les « garantir à tout enfant sans distinction aucune, indépendamment de toute considération de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou autre de l'enfant ou de ses parents ou représentants légaux, de leur origine nationale, ethnique ou sociale, de leur situation de fortune, de leur incapacité, de leur naissance ou de *toute autre situation* ». D'une façon similaire, dans le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*[216], les pays signataires s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans

---

[214] Article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentaux*, précitée note 163.

[215] Article 2 de la *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Adhésion du Canada le 13 décembre 1991 et de la France le 8 août 1990, voir document ONU [en ligne] http://193.194.138.190/pdf/reportfr.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

[216] Article 2 du *Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966. Adhésion du Canada le 19 mai 1976 et de la France le 4 novembre 1980, voir document ONU [en ligne] http://193.194.138.190/pdf/reportfr.pdf (date d'accès : 5 mai 2006).

discrimination. En outre, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* prévoit à l'article 21 le principe de non-discrimination « fondée sur le sexe, la race [...] les caractéristiques génétiques [...] un handicap [...] ».

Quant au champ de la biologie et la médicine, la *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine*[217] indique à l'article 1 que les Parties à cette convention « protègent l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine », mais aussi prescrit à l'article 11 que « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite ».

Par ailleurs, l'article 6 de la *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*[218] inclut aussi le principe de non-discrimination. La *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme*[219] énonce à l'article 11 qu' « aucun individu ou groupe ne devrait être soumis, en violation de la dignité humaine, des droits de l'homme et des libertés fondamentales, à une discrimination ou à une stigmatisation pour quelque motif que ce soit ».

En droit français, le principe d'égalité - dont la mise en œuvre est reliée au combat contre les discriminations - est consacré par l'article 1 de la *Constitution du 4 octobre 1958*[220] et par des textes de valeur constitutionnelle comme la *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*[221]. Au Canada, la règle ressort de l'article 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*[222] prescrivant l'égalité de tous devant la loi, « [...] indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la

---

[217] *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droit de l'Homme et la biomédecine*, précitée note 171.
[218] *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme*, précitée note 178.
[219] *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme,* précitée note 173.
[220] *Constitution du 4 octobre 1958*, précitée note 167.
[221] *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, précitée note 167.
[222] *Charte canadienne des droits et libertés*, précitée note 32.

race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques ». Plusieurs dispositions de droit interne dans les deux pays font application de ces principes[223].

En ce qui concerne la protection contre la discrimination de manière spécifique dans le domaine de l'immigration, on a étudié plus haut que cette préoccupation figure dans des instruments de droit communautaire relatifs à l'immigration[224], mais on a aussi signalé à plusieurs reprises l'engagement du Canada exprimé dans la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à l'égard des principes d'égalité et non-discrimination dans la mise en œuvre et l'interprétation de cette législation.

Cela dit, il convient de rappeler qu'il est bien établi en droit que ce ne sont pas toutes les différences de traitement qui donnent lieu à la discrimination. Une distinction sera discriminatoire quand l'objectif de la mesure est lui-même illégitime ou bien quand la distinction effectuée pour atteindre un but légitime (par exemple, la protection de la santé publique) n'est pas raisonnablement justifiée et proportionnée par rapport à l'objectif poursuivi.

Nathalie Ferré[225] explique que la discrimination a été décrite par la doctrine en France comme une différence arbitraire, contraire du droit, illégitime, ou qu'elle serait une différentiation contraire au principe de l'égalité civile consistant à rompre celle-ci en détriment de certaines personnes physiques en raison de leur appartenance raciale ou confessionnelle, plus largement par application de critères sur lesquels la loi interdit de

---

[223] En France, on peut citer le *Code pénal* (arts. 225-1 et 225-2) contenant des normes qui sanctionnent la discrimination et la *Loi 2001-1066 relative à la lutte contre les discriminations* du 16 novembre 2001, J.O. n° 267 du 17 novembre 2001, page 18311. Un exemple en droit canadien est la *Loi sur l'équité à l'emploi* (1995, ch. 44), ainsi que la législation provinciale et territoriale relative aux droits des personnes.

[224] *Supra* page 20.

[225] Nathalie Ferré, « Développements juridiques, Égalité et discrimination », dans Didier Fassin, Estelle Carde, Nathalie Ferré et Sandrine Musso-Dimitrijevic, *Un traitement inégal : Les discriminations dans l'accès aux soins*, rapport, 2001/09, Centre de Recherche sur les Enjeux contemporains en Santé Publique (C.R.E.S.P.) Bobigny, France.

fonder des distinctions juridiques. L'auteur remarque que c'est le critère mis en œuvre pour fonder la différence de traitement qui constitue le cœur de la définition.

La Cour européenne des droits de l'homme s'est occupée de la notion de discrimination dans plusieurs affaires, dont l'affaire *Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* du 23 juillet 1968[226]. Dans cette cause, la Cour a considéré que l'article 14 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et libertés fondamentales* interdisant la discrimination « n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective des circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention ».

Dans un arrêt récent, la Haute juridiction européenne a décrit les distinctions discriminatoires dans les termes qui suivent[227] :

> « Selon la jurisprudence de la Cour, une distinction est discriminatoire au sens de l'article 14 si elle manque de justification objective et raisonnable. L'existence d'une pareille justification doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit seulement poursuivre un but légitime ; l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (par exemple, *Petrovic* c. *Autriche*, arrêt du 27 mars 1998, *Recueil* 1998-II, § 30 et *Lithgow et autres* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 102, § 177).

---

[226] Arrêt *"Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique* (au principal) (Requête n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) du 23 juillet 1968, [en ligne] http://cmiskp.echr.coe.int/ (date d'accès 5 mai 2006). Dans cette affaire, la Cour a considéré que les dispositions légales incriminées avaient été inspirées d'un intérêt public, celui d'assurer que tous les établissements scolaires dépendant de l'État et existant dans une région unilingue dispensent leur enseignement dans la langue qui est, au premier chef, celle de la région. Selon la Cour, les moyens adoptés par le législateur belge n'étaient pas disproportionnés aux buts poursuivis.

[227] Arrêt *Ünal Tekeli c. Turquie* (Requête n° 29865/96) du 16 novembre 2004, aux paragraphes 50 et 51, [en ligne] http://cmiskp.echr.coe.int/ (date d'accès 5 mai 2006). Dans cette affaire, la Cour européenne a estimé que l'obligation faite à la femme mariée, au nom de l'unité de la famille, de porter le patronyme de son mari, même si elle peut le faire précéder par son nom de jeune fille, manque de justification objective et raisonnable.

> En d'autres termes, la notion de discrimination englobe d'ordinaire les cas dans lesquels un individu ou un groupe se voit, sans justification adéquate, moins bien traité qu'un autre, même si la Convention ne requiert pas le traitement plus favorable (*Abdulaziz, Cabales et Balkandali* c. *Royaume-Uni*, arrêt du 28 mai 1985, série A n° 94, § 82). En effet, l'article 14 n'empêche pas une distinction de traitement si elle repose sur une appréciation objective de circonstances de fait essentiellement différentes et si, s'inspirant de l'intérêt public, elle ménage un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts de la communauté et le respect des droits et libertés garantis par la Convention (voir parmi d'autres, *G.M.B. et K.M.* c. *Suisse* (déc.), n° 36797/97, 27 septembre 2001) ».

Les mêmes critères pour déterminer les conditions dans lesquelles une discrimination se configure ont été appliqués par la Cour de cassation française lorsqu'il a été question de décider de l'existence d'une différence de traitement dans l'exercice d'un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme[228].

La Cour suprême du Canada a décrit la discrimination dans l'arrêt *Andrews*[229], comme suit:

> « une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société. Les distinctions fondées sur des caractéristiques personnelles attribuées à un seul individu en raison de son association avec un groupe sont presque toujours

---

[228] Cour de Cassation, Chambre sociale, 17 juin 2003, N° de pourvoi : 01-41522, *Alitalia Spa et des syndicats* italiens, [en ligne] www.legifrance.gouv.fr (date d'accès : 5 mai 2006). La Cour a considéré qu'aucune discrimination contraire aux articles 39 du traité instituant la Communauté européenne et 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, n'était caractérisée lorsqu'une différence de traitement entre des salariés dont les contrats de travail relèvait de lois différentes reposait sur une justification objective et raisonnable, indépendante de la nationalité des travailleurs concernés et proportionnée à l'objectif légitimement poursuivi par l'accord conclu à l'occasion d'une restructuration de l'entreprise.

[229] *Andrews* c. *Law Society of Britsh Columbia*,[1989] 1 R.C.S. 143, au paragraphe 37. Dans l'affaire *Andrews*, la majorité de la Cour suprême a considéré que l'obligation d'être citoyen imposée pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique portait atteinte aux droits à l'égalité garantis par le par. 15(1) de la Charte; il s'agissait d'une mesure disproportionnée à l'objectif à atteindre et n'était pas justifié au sens de l'article 1.

taxées de discriminatoires, alors que celles fondées sur les mérites et capacités d'un individu le sont rarement ».

Or, puisque ce ne sont pas toutes les distinctions et différenciations créées par la loi qui sont discriminatoires, la Cour a estimé qu'un plaignant en vertu du par. 15(1) doit démontrer non seulement qu'il ne bénéficie pas d'un traitement égal devant la loi et dans la loi, ou que la loi a un effet particulier sur lui en ce qui concerne la protection ou le bénéfice qu'elle offre, mais encore que la loi est discriminatoire. En plus, le Tribunal a considéré que des restrictions aux droits des personnes peuvent être apportées en indiquant que « bien que le par. 15(1), sous réserve du par. (2), interdise la discrimination de manière absolue, l'article premier permet que des limites raisonnables soient apportées à l'application du par. 15(1) »[230]. Par conséquence, une différence de traitement imposée par la loi ne sera illégitime que si elle ne peut être raisonnablement justifiée « dans le cadre d'une société libre et démocratique »[231].

Il intéresse de souligner que dans l'arrêt *Law*[232], le Tribunal a fait état de la difficulté que soulève la définition des concepts d'« égalité » et de « discrimination » en raison notamment de la nature abstraite de ces termes et de la nature également abstraite des termes utilisés pour les expliquer. Toutefois, la Cour a noté que dans la formulation de l'objet du paragraphe 15(1) de la Charte, « l'accent est mis, à juste titre, sur le but de préserver la dignité humaine au moyen de l'élimination du traitement discriminatoire », d'où on observe l'importance de cette notion lorsqu'il est question d'aborder la question de la discrimination. Pour le Tribunal, « la dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque

---

[230] Id. paragraphe 39.

[231] Article 1 de la *Charte canadienne des droits et libertés,* précitée note 32.

[232] *Law* c. *Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* [1999] 1 R.C.S. 497, au paragraphe 52. Dans cette affaire la Cour suprême a décidé que l'al. 44(1)d) et l'art. 58 du Régime de pensions du Canada ne violent pas le par. 15(1) de la Charte pour le motif qu'ils établissent une distinction fondée sur l'âge relativement aux veuves et aux veufs âgés de moins de 45 ans, car il n'a pas été démontré que l'objet ou l'effet des dispositions législatives contestées violent la dignité humaine de l'appelante au point de constituer de la discrimination. La Cour tient compte que l'objet et la fonction des dispositions contestées du RPC ne sont pas de pourvoir aux besoins financiers immédiats des veuves et des veufs, mais plutôt de permettre aux veuves et aux veufs plus âgés de subvenir à leurs besoins essentiels à long terme.

les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne »[233]. Quelques lignes plus bas, la Cour indique que, comme elle l'a reconnu de façon constante, « le facteur qui sera probablement le plus concluant pour démontrer qu'une différence de traitement imposée par une disposition législative est vraiment discriminatoire sera, le cas échéant, la préexistence d'un désavantage, de vulnérabilité, de stéréotypes ou de préjugés subis par la personne ou par le groupe »[234].

Partant de ce contexte, nous analyserons comment se concilient les pratiques de par leur nature sélective en matière d'immigration et les droits des personnes au respect de leur dignité. Au cours du chapitre I, nous avons individualisé certaines questions pouvant impliquer la notion de discrimination sur lesquelles on reviendra dans la prochaine partie de ce chapitre, où nous examinerons la validité des critères d'admissibilité médicale des immigrants et la protection des personnes contre une incursion illégitime de la part des autorités d'immigration.

II.b.1) La validité des critères considérant l'état de santé à des fins d'admission et la protection contre une incursion illégitime :

On a étudié plus haut que les principes du droit de l'immigration veulent que les États souverains aient le droit d'établir des normes d'entrée au pays pour y demeurer. Ils ont des pouvoirs très amples pour fixer les conditions visant à accomplir leurs objectifs en matière d'immigration[235].

Dans ce cadre, l'instauration des contrôles médicaux des étrangers à des fins spécifiques est en principe légitime, comme l'ont compris les tribunaux canadiens lorsqu'il s'est agi de prendre une décision sur des allégations fondées sur l'article 15 de la *Charte*

[233] Id. 53.
[234] Id. paragraphe 63.
[235] *Supra* pages 8 et suiv.

canadienne des droits et libertés. Dans les affaires *Chesters*[236] et *Deol*[237], la Cour fédérale et la Cour d'appel ont statué que le fait qu'une personne se soit vue refuser un visa en raison d'une affection qui coûtera cher à soigner ne portait pas atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine, car le législateur n'a pas éliminé toutes les personnes atteintes d'une déficience en leur attribuant en bloc des caractéristiques stéréotypées, mais il a essayé d'établir des distinctions en fonction de la « situation concrète » de chaque demandeur de visa ne mettant pas l'accent sur la déficience, mais sur le fardeau.

Les faits de l'affaire *Chesters* illustrent très bien la problématique soulevée par rapport à l'inadmissibilité pour des motifs médicaux. Angela Chesters était une citoyenne allemande qui avait marié un citoyen canadien qui vivait alors en Angleterre. En 1991, elle avait appris qu'elle était atteinte de sclérose en plaques. Lors du transfert du conjoint au Canada en 1994, ils ont décidé de s'y établir en permanence, c'est pourquoi elle a présenté une demande de résidence permanente en tant que membre de la catégorie des parents. À cette époque, elle se déplaçait à l'aide d'un fauteuil roulant. Elle a été considérée non-admissible au Canada en raison de la conclusion des médecins agréés à qui le dossier avait été confié selon laquelle ils s'attendaient à ce que son état évolue et entraîne des hospitalisations et des soins spécialisés répétés, plaçant ainsi un fardeau excessif sur les services de santé et les services sociaux. Un permis ministériel lui a néanmoins été délivré, mais cette mesure discrétionnaire du ministre lui permettant d'entrer et de demeurer au Canada, ne donnait pas à Mme Chesters le droit d'être couverte par le régime d'assurance maladie provincial de l'Ontario.

La Cour fédérale a rejeté l'allégation de la demanderesse fondée sur l'article 15 de la *Charte canadienne de droits et libertés*, en considérant le contexte du droit de l'immigration dans lequel l'entrée au pays constitue un privilège pour les non-citoyens, dont l'octroi est du ressort du gouvernement du Canada. Le gouvernement a le droit

---

[236] *Chesters c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et l'Immigration)*, précité note 18.
[237] *Deol* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* , précité note 18.

d'établir des normes d'entrée au pays, y compris une évaluation relative au risque de fardeau excessif pour les services de santé.

Partant de cette situation, le Tribunal a conclu que la procédure d'évaluation de la santé en vue de déterminer l'existence ou non dudit fardeau, constitue un aspect du processus d'examen dont les immigrants éventuels font l'objet. Ces éléments ne sont pas visés par les motifs énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte ou par un motif analogue, car l'affaire ne concerne pas la déficience, mais l'évaluation médicale relativement à des immigrants éventuels au Canada dans le cadre de la législation sur l'immigration qui doit être sélective. Aux paragraphes 124 et 125, le juge Heneghan a écrit :

> « La question abordée par le sous-alinéa 19(1)a)(ii) n'est pas la déficience, contrairement à ce que soutient la demanderesse, mais la question du fardeau excessif. En se basant sur la preuve, il semble que l'évaluation soit effectuée en tenant compte des caractéristiques personnelles d'un immigrant éventuel, y compris un état de santé qui risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé et les services sociaux existants.
> À mon avis, l'argument de discrimination fondée sur un motif analogue doit être rejeté. Le sous-alinéa en question met l'accent sur le fardeau excessif, non sur une maladie ou une invalidité. Contrairement à la position adoptée par la demanderesse, cette affaire ne concerne pas la déficience, mais l'évaluation médicale relativement à des immigrants éventuels au Canada dans le contexte du droit de l'immigration canadien. De par sa nature, la législation régissant l'immigration doit être sélective. »

Dans l'affaire *Deol*, précitée, il s'agissait du refus de délivrer des visas de résidence permanente aux membres de la famille de l'appelante pour le motif que son père était non-admissible pour des raisons d'ordre médical (il souffrait d'une arthropathie chronique dégénérative des genoux à un stade avancé qui entraînerait ou risquerait d'entraîner un fardeau excessif pour les services de santé canadiens). La Cour d'appel a statué que le sous-alinéa 19(1)a)(ii) de l'ancienne Loi sur l'immigration n'avait pas un objet ou un effet discriminatoires au sens de la garantie d'égalité, étant donné que le législateur n'a pas éliminé toutes les personnes atteintes d'une déficience en leur attribuant en bloc des

caractéristiques stéréotypées, mais il a essayé d'établir des distinctions en fonction de la situation concrète de chaque demandeur de visa. Le Tribunal a conclu que l'appelante n'a pas été victime de discrimination parce que son père a été déclaré non-admissible pour des raisons d'ordre médical sur la foi d'évaluations médicales individualisées et de pronostics au sujet de son état de santé et du fardeau qu'il risquait en conséquence d'entraîner pour les services de santé au Canada.

On tient à noter que les allégations sur la discrimination dans cette cause concernaient Mme Deol. Elle était la personne dont on avait affirmé que les droits à l'égalité avaient été violés. Les principaux arguments de la Cour d'appel par rapport à ce sujet ont été exprimés aux paragraphes 56, 58, 60 et 62, dans lesquels le juge Evans a écrit :

> « [...] le fait que Mme Deol soit l'enfant d'un parent qui s'est vu refuser un visa en raison d'une affection qui coûte cher à soigner ne porte atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine. Sa filiation n'a pas pour effet de lui attribuer une déficience ou une autre caractéristique personnelle. Par conséquent, Mme Deol n'a pas établi l'existence du lien nécessaire entre le motif pour lequel son père s'est vu refuser un visa et la discrimination dont elle aurait été victime au sens de la Constitution.
> [...] La conclusion que Mme Deol n'est pas victime de discrimination en l'espèce est également appuyée par le fait que, à l'instar de tout autre demandeur de visa, M. Singh a été déclaré non admissible pour des raisons d'ordre médical sur la foi d'évaluations médicales individualisées et de pronostics au sujet de son état de santé et du fardeau qu'il risquait en conséquence d'entraîner pour les services de la santé au Canada. Le Législateur n'a donc pas éliminé toutes les personnes atteintes d'une déficience en leur attribuant en bloc des caractéristiques stéréotypées, mais il a essayé d'établir des distinctions en fonction de la situation concrète de chaque demandeur de visa, y compris M. Singh.
> [...] il y a lieu de noter que personne – qu'il soit citoyen canadien ou résident permanent - n'a le droit à ce que les autres membres de sa famille viennent le rejoindre au Canada. Les résidents permanents ont plutôt le droit de parrainer les membres de leur famille, lesquels seront admis au Canada s'ils satisfont aux critères d'admission. Mme Deol a exercé ce droit et la demande de visa de son père a été refusée sur la foi d'évaluation individuelle du fardeau qu'il risquait d'imposer aux services de santé canadiens en raison de la déficience dont il est atteint. Le sous-alinéa 19(1)a)(ii) n'enfreint pas les droits que l'article 15 garantit à Mme Deol. »

Même si les deux causes visaient les normes de l'ancien régime, on a vu qu'il s'agissait de dispositions substantiellement semblables à celles de la nouvelle loi sur l'immigration au Canada, laquelle pourrait soulever des considérations analogues dans cet aspect de l'analyse[238].

Donc, en ce qui touche la validité des normes prescrivant des examens médicaux afin de déterminer si les candidats à l'immigration remplissent les conditions prescrites pour leur admission, on observe l'existence d'un ligne jurisprudentielle uniforme qui considère que la disposition relative à la non-admissibilité au motif du fardeau excessif pour les services de santé ou sociaux n'est pas discriminatoire. Il s'agit d'une exigence valide dont l'établissement est du ressort du gouvernement.

En tenant compte des intérêts légitimes qui sont en jeu, on pourrait dire que l'instauration des contrôles médicaux visant la protection de la santé de la population du pays d'accueil ou la santé des personnes n'ayant pas accès aux soins dans leur pays d'origine, n'est pas non plus contraire aux principes interdisant la discrimination qu'on a étudiés dans la section précédente. On ne saurait considérer de telles mesures de contrôle médical comme arbitraires, car elles reposent sur des intérêts publics et des raisons d'ordre humanitaires, ces dernières intéressant les étrangers eux-mêmes.

Or, bien que l'objectif de l'ensemble de ces mesures soit lui-même légitime, il faut rappeler que les moyens utilisés pour atteindre ces buts doivent être raisonnablement justifiés et proportionnés par rapport aux objectifs poursuivis, afin de respecter un juste équilibre entre la sauvegarde de ces intérêts et les droits et libertés des personnes. Autrement dit, il est bien établi que les pays peuvent mettre des conditions exigeant

---

[238] Cependant, il faut noter que les exceptions au critère de fardeau excessif contemplées dans la nouvelle L.I.R permettraient de régler de manière différente certaines situations comme celle de l'affaire *Chesters*, car l'étranger faisant partie de la catégorie de regroupement familial en tant qu'époux, conjoint de fait ou enfant d'un répondant est exempté du critère du fardeau excessif, selon l'article 38(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, précitée note 5.

d'examiner l'état de santé des étrangers, mais ils n'ont pas le droit de traiter les immigrants comme ils l'entendent. L'exigence d'un lien raisonnable entre l'utilisation des renseignements relatifs à la condition médicale des requérants et les objectifs des normes de l'immigration considérées légitimes, doit être respectée.

Il convient d'évoquer les réflexions en doctrine dont on a parlé au chapitre I, par rapport aux conséquences injustes qui pourrait entraîner l'invocation du VIH comme un motif d'inadmissibilité des immigrants lié à la santé publique, sans tenir compte des modes spécifiques de transmission du virus, conséquences pouvant atteindre non seulement les étrangers ciblés comme une menace pour la santé des autres, mais aussi les membres de la société d'accueil souffrant du même problème[239]. L'absence de rapport raisonnable entre le fait d'être porteur du virus et le danger pour la santé publique, qui ne découle pas de la simple présence de l'agent infectieux, autoriserait à conclure que les raisons de santé publique ne pourraient pas servir à justifier l'exclusion des personnes vivant avec le virus, comme cela a bien été indiqué par la doctrine.

Devant la présence d'une déficience mentale ou physique, l'inexistence de lien rationnel avec l'objectif d'éviter la contagion des maladies infectieuses est encore plus évident. Des considérations similaires pourraient être applicables à l'utilisation d'une information prédictive dans une approche de santé publique, en tenant compte du sens précis de cette expression dans le domaine de l'immigration renvoyant aux mesures visant à éviter la propagation des maladies hautement contagieuses.

Quand on se penche sur la légitimité des incursions dans la condition de santé des immigrants potentiels, l'évolution législative vers la considération de la situation particulière des requérants est une question importante. On a étudié que les critères fondés sur des catégories ont laissé la place à des évaluations particularisées, tant au Canada qu'en France, ce qui est un pas essentiel permettant de respecter davantage les droits des personnes, en mettant de côté les présomptions et les stéréotypes que ce genre de critères

[239] *Supra* pages 32-33.

représentent. Pour ne citer qu'un exemple, on peut se rappeler des anciennes réglementations françaises qui indiquaient le refus de séjour aux immigrants porteurs « d'une tare grave transmissible à leur descendance »[240]. Soit qu'on veuille considérer que ce critère visaient des raisons de santé publique ou qu'il cherchait à éviter un fardeau futur sur le public, il nous semble évident que l'exclusion était motivée par des suppositions dépourvues de fondements scientifiques ou d'autres motifs raisonnables, lesquelles ne devraient pas avoir leur place dans un système fondé sur des valeurs liées à la dignité des individus.

Le besoin d'évaluer la situation particulière de chaque demandeur a été expressément abordé par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Hilewitz*[241] lors de l'analyse de la façon dont la loi sur l'immigration devait être interprétée. En faisant état du changement d'approche dans la législation indiquée ci-dessus, le Tribunal a rejeté une interprétation qui faisait obstacle à l'admission de *toutes* les personnes ayant une déficience intellectuelle, sans égard au soutien ou à l'aide de la famille et à la question de savoir si leur admission crée une probabilité raisonnable de fardeau excessif pour les services sociaux canadiens. On a indiqué précédemment que dans ce jugement, il y avait des arguments particuliers reliés de façon spécifique au système de services sociaux - lesquels ne peuvent pas s'appliquer à l'égard de services de santé - mais nous estimons que le raisonnement développé par la Cour suprême autour de l'exigence d'une évaluation individualisée constitue une façon d'interpréter la loi applicable à l'ensemble des cas à décider sur la non-admissibilité pour des raisons d'ordre médical.

Dans cette affaire, la Cour suprême n'a pas traité le sujet de la discrimination. Cependant, nous voyons dans le jugement une application des principes et des objectifs de la législation sur l'immigration qui incluent le respect des droits des personnes et qui prescrivent que l'interprétation et mise en œuvre de la loi doivent être conformes à la

---

[240] Arrêtés du 8 avril 1953 et 24 avril 1959, précités note 58.
[241] *Hilewitz* c. *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, précité note 19.

Charte canadienne des droits et liberté, notamment en ce qui touche l'égalité et la protection contre la discrimination.

Partant de ce contexte imposant de considérer la situation particulière de chaque requérant, car c'est l'effet de la maladie qui importe à des fins de l'admission, on observe que le fait de subir une déficience physique ne devrait pas entraîner automatiquement l'exclusion du demandeur et il en serait de même pour les personnes porteuses d'autres défauts. On remarque l'importance de la question, surtout en tenant compte de la possibilité des autorités d'immigration canadiennes d'avoir accès aux registres médicaux des requérants qui pourront informer, entre autres aspects, de leur statut de porteur de gènes causant des maladies à déclenchement tardif.

Il faut noter que des idées fondées sur une certaine forme de déterminisme génétique[242] pourraient motiver l'exclusion automatique de groupes de personnes porteuses de gènes défectueux pouvant être à l'origine des plusieurs troubles, surtout s'il s'agit d'établir le fardeau que ces personnes pourraient entraîner pour le système de santé. La considération de la condition particulière de chaque requérant servirait à prévenir l'apparition d'un tel type de pratiques.

Lors de l'examen de la portée de la notion d'état de santé à des fins de la législation de l'immigration on a pu voir que la pertinence de considérer la condition génétique comme un aspect à évaluer s'avère limitée dans le cadre du critère de fardeau excessif, puisque dans les cas des maladies causées par des gènes il sera difficile à déterminer si la personne aura vraisemblablement besoin de soins médicaux dans les années à venir[243].

---

[242] Pour les tenants du déterminisme génétique, la nature humaine est fixée par nos gènes. Tout comportement humain, toute maladie, est l'expression de facteurs héréditaires intrinsèques; ils sont déterminés biologiquement et inévitables. Voir B. Knoppers, *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Document d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada, 1991, pages 47 et suiv.

[243] *Supra* pages 62-64.

Dans des situations dans lesquelles l'évaluation médicale individualisée ne permet pas d'établir un pronostic au sujet du fardeau « probable » que la condition de santé du demandeur risquerait d'entraîner pour les services de sanitaires et sociaux pendant la période requis dans la réglementation (on rappelle que la simple possibilité ne suffit pas), l'exigence d'un rapport suffisamment direct entre la santé et les objectifs des normes de l'immigration considérées légitimes ne serait pas remplie. Un usage au-delà de ces buts et qui mettrait l'accent sur le « défaut » plutôt que sur les conséquences de la maladie pourrait donner lieu à des pratiques susceptibles de porter atteinte aux droits de la personne.

L'incertitude sur la santé future des requérants se présente aussi à l'égard d'autres affections comme c'est le cas de la personne vivant avec le virus VIH, qui a soulevé des considérations diverses de la part des tribunaux, selon ce que l'on a étudié plus haut[244]. Toutefois, dans ces cas, il faudrait déterminer si la personne aura vraisemblablement besoin de soins de santé dans la période prévue dans la réglementation, mais aussi tenir compte des coûts reliés au traitement des individus infectés par le virus.

Il est important de souligner que plusieurs voix soutiennent que l'appréciation du fardeau excessif ne devrait pas se concentrer uniquement sur les coûts, mais qu'il faudrait aussi tenir compte des contributions potentielles de l'individu à la société d'accueil pour arriver à une évaluation équitable et personnalisée qui prenne en compte la personne à part entière, de manière à se conformer aux valeurs véhiculées par la Charte et aux principes internationaux en matière de droits de la personne[245].

En somme, les règles énoncées ci-dessus autorisent à conclure que dans la logique des pouvoirs discrétionnaires des États en matière d'immigration, des incursions dans la

---

[244] *Supra* pages 61-62.

[245] Voir Factum au nom de l'Association canadienne pour l'intégration communautaire (« ACIC ») et la Ethno-racial people with disabilities coallition (« ERDCO »), présenté devant la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Hilewitz* –précité- en qualité d'intervenants [en ligne] *http://www.cacl.ca/french/govlegalaffairs/docs/CACLHelewitzDeJongFactumFR.pdf* (date d'accès : 5 mai 2006) ; A. Klein, *loc. cit.* note 38, pages 67 et suiv. ; B. Hoffmaster et T. Schrecker, *loc . cit.* note 66.

condition médicale des immigrants éventuels peuvent être légitimes, mais elle doivent être restreintes à la recherche de problèmes ayant un rapport direct avec les buts des politiques d'immigration. L'évaluation de la situation particulière de chaque requérant à la lumière des principes étudiés antérieurement est un facteur essentiel pour atteindre l'équilibre entre le besoin d'information à des fins d'accomplir les objectifs des États dans le domaine de l'immigration et le respect des principes inhérents à la dignité de l'être humain.

Conclusion

L'intérêt pour la condition de santé des candidats à l'immigration de la part des États qui vont éventuellement les accueillir est un fait concret qu'on observe depuis longtemps dans les normes régissant l'admission des migrants. La visite médicale et l'évaluation de santé des étrangers faisaient déjà partie des premières dispositions sur l'immigration tant au Canada qu'en France et, de façon constante, les normes postérieures ont conservé l'intérêt pour la question quoique se manifestant de manières diverses.

Au 19^{e} siècle, l'isolement en quarantaine et les restrictions d'entrée aux personnes atteintes de maladies contagieuses considérées comme dangereuses, constituaient des pratiques courantes expressément envisagées dans la législation canadienne dans le but de préserver la santé publique. On rappelle comment l'*Acte concernant les émigrés et la quarantaine* de 1866 prévoyait le séjour des immigrants dans des stations de quarantaine humaine pour empêcher l'introduction des maladies contagieuses ou infectantes. Vers la fin des années 30, lesdites stations ont fermé leurs portes, mais l'exclusion des étrangers atteints de maladies dangereuses pour le public a été maintenue dans la loi. Les premières normes régissant les contrôles sanitaires des immigrants en France, dictées dans les années 50, disposaient aussi du refus de séjour faisant état de la même préoccupation. Plus récemment, des motifs de sécurité publique ont été ajoutés aux considérations de santé publique dans les normes stipulant les contrôles sanitaires des immigrants dans les deux pays.

Outre la santé et sécurité publiques, la deuxième grande question qui a inquiété les gouvernements est l'incidence financière des problèmes de santé des nouveaux arrivants. Depuis des années, les contrôles sanitaires relevaient aussi de considérations économiques visant, dans un premier temps, à éviter l'entrée des personnes pouvant devenir « permanemment à charge au public », constituer un « fardeau pour le public » ou être dans « l'impossibilité de subvenir à [leurs]besoins » en raison de la maladie. Ces expressions qui, pour l'essentiel, vont dans le même sens, se trouvaient déjà dans les actes

concernant les immigrants de 1866 et 1869, au Canada, et dans les premiers arrêtés des années 50, en France. Même si les régulations qui gouvernent présentement les contrôles médicaux des immigrants en France ne se penchent pas sur cette question, des restrictions à l'immigration fondées sur des considérations de santé, mais aussi économiques, demeurent dans les dispositions canadiennes, bien qu'étant sous la forme d'une politique d'exclusion des requérants dont l'état de santé risque d'entraîner un lourd fardeau sur les services de santé et les services sociaux financés par des fonds publics.

Ces dernières années, une troisième situation est venue s'ajouter dans le cadre de l'évaluation de la santé aux fins de la gestion de l'immigration : c'est le cas, envisagé par la loi française, dans lequel la condition médicale de l'étranger est considérée à des fins de l'octroi d'un titre de séjour pour soins aux personnes atteintes d'une pathologie grave, si la personne étrangère n'a pas la possibilité d'accès à des soins appropriés dans son pays d'origine. La raison médicale peut alors être invoquée non seulement pour restreindre l'admission au pays, mais aussi à l'appui d'une demande de délivrance d'un titre donnant le droit de demeurer en France. Il ne s'agit pas ici d'un contrôle sanitaire d'entrée, mais d'un examen médical permettant l'accès au séjour régulier dans des conditions similaires à d'autres immigrants, aux personnes atteintes d'une maladie grave dont les raisons qui ont justifié leur venue en France ont changé ou qui sont dans le pays en situation irrégulière.

Dans une vision prospective des pays européens, dont la France, il est important de signaler que cet intérêt pour la santé des migrants est aussi présent dans les normes européennes qui sont en cours d'élaboration afin de préparer les bases qui vont soutenir la politique commune en matière d'immigration. Ces normes reconnaissent la faculté des États membres de l'Union européenne de refuser l'admission des ressortissants des pays tiers pouvant représenter une menace pour la santé et la sécurité publiques.

Au cours de l'analyse faite dans ce mémoire, on a pu constater que les implications de la santé dans le domaine de l'immigration varient en fonction de l'approche normative adoptée par chaque pays, car ce sont les buts des politiques de contrôle sanitaire qui

déterminent l'intérêt que l'information médicale peut avoir dans les différents contextes. La portée des examens médicaux à effectuer est définie en fonction de l'objectif du programme gouvernemental qui peut viser à réduire les risques de propagation des maladies infectieuses, chercher à éviter que de lourds fardeaux soient posés sur les services sanitaires ou offrir une aide humanitaire à certains personnes nécessitant des soins. L'intervention dans la condition médicale des individus est plus grande dans les systèmes orientés vers la question économique par rapport à l'approche santé et sécurité publiques, tandis que dans la perspective de la raison humanitaire, l'invocation de la maladie faite par l'intéressé lui-même semble déterminer la portée de l'intrusion dans son état de santé.

Les dispositions françaises règlementant les examens médicaux d'entrée que sont tenus de subir les primo-arrivants montrent depuis des années une approche fortement axée sur la protection de la santé et la sécurité publiques. Présentement, il s'agit davantage d'une visite d'orientation et de prévention, ayant pour but d'établir le premier contact ou le lien de l'étranger avec le système de santé français afin qu'il puisse accéder aux traitements appropriés en cas de besoin. Donc, l'incursion dans la condition médicale des individus est restreinte au dépistage de certaines maladies infectieuses et hautement contagieuses, ainsi qu'à la vérification du statut vaccinal et aux contrôles généraux de santé. Étant donné les objectifs de la visite, face à la présence des problèmes explicitement énumérés dans la réglementation, le dossier de l'intéressé est mis en instance jusqu'à la disparition du danger. Les cas de refus de délivrance du certificat médical sont rares.

Mais on a vu que la loi française fait aussi recours à la raison humanitaire dans le cadre de l'immigration, permettant ainsi d'arguer de l'état de santé à l'appui d'une demande de délivrance de titre de séjour « vie privée et familiale ». Dans ce dispositif, le requérant lui-même est celui qui invoque sa condition de malade souffrant une affection grave et qui communique son dossier médical au médecin agréé ou praticien hospitalier chargé d'établir un rapport sur son état de santé, lequel sert au médecin inspecteur de la santé publique dans l'émission de l'avis concernant les termes de la loi.

De son côté, la législation canadienne présente à l'heure actuelle une orientation qu'on pourrait caractériser comme duale en ce qui concerne les contrôles médicaux d'admission, puisqu'elle retient la solution dirigée vers la préservation de la santé et la sécurité publiques, mais envisage en plus l'objectif d'éviter que les immigrants pourraient entraîner un fardeau excessif sur les systèmes sanitaire et sociaux en raison de leur état de santé. L'analyse de la procédure médicale de l'immigration au Canada met en évidence le fait que l'intérêt que l'information médicale peut avoir dans le contexte de l'immigration diffère notamment selon l'approche adoptée.

Pour les requérants exemptés de la détermination de fardeau excessif, l'examen comporte seulement la revue des systèmes, un examen physique/mental général et des analyses de routine. À la différence de la France, un test de détection du VIH est inclus pour les candidats au Canada, mais la présence du virus en soi n'entraîne pas le refus pour des raisons de santé publique, car seulement la personne montrant des comportements délibérément dangereux du point de vue de la transmission de la maladie peut éventuellement être considérée comme un risque pour les autres. Quand il s'agit de demandeurs qui sont assujettis au critère économique, la visite comprend des contrôles additionnels : tous leurs organes et systèmes sont examinés de façon exhaustive et plus encore si un signe d'affection ou d'un possible problème de santé est présent. Les examens médicaux visent des maladies nécessitant des traitements qui coûteront cher d'ici quelques années. Tous les renseignements médicaux possibles sont collectés afin d'élaborer un pronostic pour les années à venir, y compris les antécédents médicaux personnels et familiaux et d'autres informations susceptibles d'avoir une valeur prédictive quant au futur état de santé de l'intéressé.

Dans ce contexte, nous observons que l'utilisation des renseignements de santé occupe effectivement une place importante dans la gestion des flux migratoires, ce qui soulève des inquiétudes si l'on considère le caractère sensible de ces données, dont l'usage peut être une source de discrimination et d'intervention injustifiée dans la vie privée des personnes. Le risque de demande d'information médicale non pertinente, la crainte de

l'emploi des tests médicaux au-delà des fins pour lesquelles ils sont effectués, le danger d'exclusion automatique de certaines catégories de migrants du fait de leur appartenance à un groupe de personnes porteuses d'un défaut ou atteintes d'un problème de santé dont le rapport direct avec les fins poursuivies par la législation de l'immigration n'existe pas, sont quelques questions pouvant se présenter.

Or, il est clair que la discrétion des États dans le domaine du droit de l'immigration n'entraîne pas la possibilité d'implémenter ces pratiques de par leur nature illégitimes. Les principes de droit international indiquant que l'admission des étrangers sur le territoire des États souverains relève exclusivement de ces derniers, sont à la base de la reconnaissance des pouvoirs très larges aux pays pour fixer des conditions pour y entrer ou y demeurer. Étant donné les amples facultés des gouvernements en ce qui touche l'immigration, l'instauration dans ce domaine de contrôles médicaux à des fins spécifiques est, en principe, légitime. Les tribunaux canadiens l'ont effectivement décidé ainsi . Pourtant, bien que les États jouissent d'une latitude assez grande pour établir les conditions en matière d'immigration dans le but d'accomplir leurs objectifs dans les différents plans, social, économique ou culturel, on peut affirmer que les pays ont également des devoirs et des responsabilités sous l'angle du respect des droits des personnes.

La préoccupation des gouvernements à cet égard semble être évidente à la lecture des textes en la matière. Le législateur canadien a exprimé de façon explicite son engagement envers les droits de l'homme dans le contexte de l'immigration, en indiquant dans la L.I.R elle-même que son interprétation et mise en œuvre doivent avoir pour effet d'assurer que les décisions prises en vertu de cette législation soient conformes à la *Charte canadienne des droits et libertés* et aux textes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Des décisions du Conseil constitutionnel en France veillent à ce que les dispositions sur l'immigration respectent bien les libertés et droits fondamentaux de valeur constitutionnelle et ceux reconnus par le droit international. D'ailleurs, les règlementations françaises concernant les contrôles médicaux des étrangers, tant dans le volet des examens d'entrée que dans les cas d'admission au séjour pour raison médicale, ainsi que la

procédure canadienne, démontrent un intérêt pour garantir la qualité et l'efficacité de la procédure dans le respect des droits des individus et de leur dignité.

Dans ce contexte, nous estimons que la préservation des droits de la personne constitue un objectif qui doit être mis en balance avec les buts poursuivis par les programmes d'immigration lors de l'interprétation et de l'application des normes en la matière. Les limites encadrant la possibilité d'avoir recours à l'information de santé à des fins d'immigration pourraient donc être définies à partir des principes qui ressortent des textes d'ordre constitutionnel et du droit international des droits de l'homme, ainsi que de l'ensemble de l'ordre juridique visant à que ces droits soient effectifs.

De prime d'abord, il est nécessaire de considérer le consentement libre et éclairé, qui est à la base de l'utilisation valide des renseignements sur l'état de santé. Nous avons signalé qu'il est accepté que le droit à la vie privée puisse comporter un certain nombre de restrictions à condition qu'elles répondent à des objectifs d'intérêt général et qu'elles ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée. Étant donné les buts légitimes des normes d'immigration, les États peuvent assujettir les immigrants potentiels à des examens médicaux en rapport avec lesdits objectifs, mais le recueil préalable du consentement de l'intéressé - dont les modalités pourront varier selon les exigences particulières des autorités du lieu où les tests sont effectués - constitue une garantie qui doit être présente dans la procédure médicale.

Quant au traitement des données de santé, la confidentialité est une règle essentielle que les États sont tenus d'observer dans les procédures médicales d'immigration, lesquelles contiennent des dispositions spécifiques à cet égard. En France, les mesures visant la protection du secret médical et la conservation des registres par les services médicaux intervenant dans le processus d'évaluation de santé des migrants vont dans cette direction. Au Canada, il est possible d'entrevoir un certain laxisme dans la procédure car les autorités d'immigration sont censées avoir accès aux renseignements médicaux des requérants. Ils est à noter que non seulement les médecins agréés du ministère, mais aussi

les agents d'immigration, prennent connaissance du dossier de l'intéressé afin de prendre une décision relative à la demande de résidence permanente. Cependant, l'autorisation d'accès inclue dans les formulaires médicaux et devant être remplie par le demandeur, assure que l'information ne sera utilisée qu'avec le consentement de la personne concernée.

Dans les deux pays, des normes de portée générale protégeant le traitement des renseignements personnels sensibles, y compris les données médicales, imposent aux autorités concernées par leur application le respect des principes universellement reconnus et qui ressortent du droit international relatif à une utilisation loyale, licite, pour des finalités déterminées, explicites et légitimes de l'information. Étant donné les particularités de la procédure canadienne signalées ci-dessus et vu que l'incursion dans la condition médicale des requérants est très exhaustive quand il s'agit de déterminer l'existence de risque de « fardeau excessif » pour les services de santé et les services sociaux, la plus grande prudence est de rigueur et le respect strict des règles protectrices indiquées précédemment est obligatoire.

Quand à la discrimination, les tribunaux canadiens ont eu l'occasion de se prononcer à faveur de la validité des critères considérant l'état de santé à des fins de l'admission des immigrants. En abordant la question du critère de « fardeau excessif », ils ont considéré que le fait qu'une personne se soit vue refuser un visa en raison d'une affection qui coûtera cher à soigner ne portait atteinte ni à sa valeur individuelle ni à sa dignité humaine. La loi n'a effectivement pas éliminé toutes les personnes souffrant une déficience, mais elle a tenté d'établir des distinctions en fonction de la « situation concrète » de chaque demandeur, ne mettant pas l'accent sur la déficience mais sur le fardeau qu'elle risquait d'entraîner pour les services de santé ou les services sociaux.

La question de la discrimination s'est surtout posée jusqu'à maintenant par rapport aux requérants d'immigration au Canada souffrant de maladies ou de déficiences diagnostiquées et présentes chez des individus, lesquelles les rendent non admissibles en

raison du critère relevant des considérations économiques. Dans un bon nombre de cas dans lesquels ne se posait pas de question de discrimination, mais une question d'interprétation de la loi, les tribunaux ont rejeté la possibilité de déterminer l'admissibilité médicale dans le contexte de l'immigration à partir des stéréotypes, en faisant état de la nécessité de faire des appréciations individualisées plutôt que génériques et en fonction de l'individu plutôt que de la maladie, ce qui convient aux objectifs concernant la non discrimination.

D'autre part, la littérature s'est penchée de façon spécifique sur le rejet des requérants séropositifs pour des raisons de santé publique en le considérant comme discriminatoire, car il n'y aurait pas de lien direct avec l'objet de la loi. De plus, il a été invoqué le besoin de considérer non seulement les problèmes de santé à des fins du critère du fardeau excessif, mais aussi les contributions potentielles de chaque requérant comme un élément faisant partie de l'évaluation individualisée que le respect de la personne exige.

D'ailleurs, on a pu voir que l'éventuelle exclusion de demandeurs dans certains cas de maladies à déclenchement tardif pourrait soulever des questionnements, en raison de l'absence de rapport suffisamment direct avec le risque de fardeau excessif pouvant motiver l'inadmissibilité.

Enfin, bien que les buts des contrôles sanitaires de l'immigration soient eux-mêmes légitimes, il est important de rappeler que les mesures implantées pour atteindre les objectifs poursuivis par les différents programmes doivent être raisonnablement justifiées et proportionnées par rapport à ceux-ci, afin d'arriver à un juste équilibre entre la sauvegarde des intérêts considérés comme légitimes et les droits des personnes concernées. Dans ce cadre, l'évaluation particulière de la situation concrète de chaque requérant serait la clef de voûte permettant de répondre à la problématique liée à la discrimination.

Bibliographie

Textes normatifs :

Textes internationaux :

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, telle qu'amendée par le Protocole n°11, signée à Rome le 4 novembre 1950, [en ligne] http://lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm (date d'accès 5 mai 2006).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droit de l'Homme et la biomédecine,* Oviedo 4.iv.1997, [en ligne] http://conventions.coe.int/treaty/fr/Treaties/Html/164.htm (date d'accès 5 mai 2006).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, Conseil de l'Europe, Série des traités européens, n° 108, Strasbourg, 28 janvier 1981, [en ligne] http://www.admin.ch/ch/f/rs/i2/0.235.1.fr.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante, COM/2001/0386 final - CNS 2001/0154,* Journal officiel de l'Union européenne n° 332 E du 27 novembre 2001 pages 0248 – 0256.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation n° R(97)5 du Comité des ministres aux États membres relative à la protection des données médicales*, adoptée par le Comité des Ministres

le 13 février 1997, lors de la 584 réunion des Déléguées des Ministres, article 3, [en ligne] http://cm.coe.int/ta/rec/1997/f97r5.html (date d'accès 5 mai 2006).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Directive 95/46/EC relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données,* Journal officiel de l'Union européenne n° L281 du 23/11/1995, pages 0031-0050.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Directive 2003/86/CE du Conseil du 22 septembre 2003 relative au droit au regroupement familial*, Journal officiel de l'Union européenne du 3-10-2003 L.251/12.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée*, Journal officiel de l'Union européenne n° L016 du 23 janvier 2004, pages 0044-0053.

CONSEIL EUROPÉEN DE TAMPERE, *conclusions de la présidence*, 15-16 octobre 1999, *SN 200/99* [en ligne] http://europa.eu.int/council/off/conclu/oct99/oct99_fr.htm (date d'accès 5 mai 2006).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Res. 217 A(II) adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, Doc. A/810, page 7 [en ligne] http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm (date d'accès 5 mai 2006).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Convention relative aux droits de l'enfant*, adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, [en ligne] http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/k2crc_fr.htm (date d'accès 5 mai 2006).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies, Rés. 2200 A (XXI), [en ligne] http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_ccpr_fr.htm (date d'accès 5 mai 2006).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Pacte International relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966 [en ligne] http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/a_cescr_fr.htm (date d'accès 5 mai 2006).

PARLAMENT EUROPÉEN, CONSEIL DE L'EUROPE, COMMISSION EUROPÉENNE, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* (2000/C 364/01), Journal officiel des Communautés européennes du 18 décembre 2000.

UNESCO, *Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme,* adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO le 11 novembre 1997, [en ligne] http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=13177&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (date d'accès 5 mai 2006).

UNESCO, *Déclaration internationale sur les données génétiques humaines*, adoptée à l'unanimité et par acclamation par la 32ème Conférence générale de l'UNESCO, le 16 octobre 2003, [en ligne] http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=17720&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (date d'accès 5 mai 2006).

UNESCO, *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme* (article 27), adoptée par acclamation le 19 octobre 2005 par la 33e session de la Conférence générale de l'UNESCO, [en ligne] http://portal.unesco.org/fr/ev.php-URL_ID=31058&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (date d'accès 5 mai 2006).

Textes canadiens :

Charte canadienne des droits et libertés, parti I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, adoptée comme annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.) 1982, ch.11.

Acte concernant les émigrés et la quarantaine, S.R.C. 1866, ch. 40.

Acte relatif à l'immigration et aux immigrants, S.R.C., 1869, ch. 10.

Loi concernant l'immigration, S.R.C. 1910, ch. 27.

Loi sur l'immigration, S.C. 1952, ch. 42.

Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2.

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, 2001, ch.27.

Loi sur la protection des renseignements personnels, L.R. 1985, ch. P-21.

Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés [DORS/2002-227].

Texte québécois :

Code civil du Québec.

Textes français :

Constitution du 4 octobre 1958 [en ligne] http://www.legifrance.gouv.fr/html/constitution/constitution2.htm (date d'accès 5 mai 2006).

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, [en ligne] http://www.conseil-constitutionnel.fr/textes/d1789.htm (date d'accès 5 mai 2006).

Code civil.

Code du travail.

Code pénal.

Code de la santé publique.

Code de l'entrée et séjour des étrangers et du droit d'asile.

Loi 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifié par la loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, version consolidée au 21 février 2006, [en ligne] http://www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/textes/CNIL-78-17_definitive-annotee.pdf (date d'accès 5 mai 2006)

Loi no 97-396 du 24 avril 1997 portant diverses dispositions relatives à l'immigration, J.O. n° 97 du 25 avril 1997 page 6268.

Loi 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et séjour des étrangers en France et au droit d'asile, J.O. du 12 mai 1998, page 7987.

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, J.O. du 27 novembre 2003, page 20136-20154.

Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J.O. du 7 août 2004.

Décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 règlementant les conditions d'entrée et de séjour en France des étrangers, version consolidée au 30 août 2005, en ligne : www.legifrance.gouv.fr (date d'accès 5 mai 2006).

Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant Code de déontologie médicale, J.O. n° 209 du 8 septembre 1995 page 13305.

Arrêté relatif aux conditions que doivent remplir les étrangers au point de vue sanitaire pour l'obtention de cartes de séjour, du 13 février 1950, J.O. du 19 février 1950, pages 2008-2009.

Arrêté relatifs aux conditions que doivent remplir les étrangers, au point de vue sanitaire, pour l'obtention de cartes de séjour, du 8 avril 1953, J.O. du 12 avril 1953, pages 3453-3454.

Arrêté relatif aux conditions sanitaires que doivent remplir les étrangers pour l'exercice en France d'une activité professionnelle salariée et pour l'obtention d'une carte de séjour, du 24 avril 1959, J.O. du 29 avril 1959, pages 4681-4682.

Arrêté du 6 juillet 1999 relatif au contrôle médical des étrangers autorisés à séjourner en France, JO. N° 159 du 11 juillet 1999, page 10317.

Arrêté du 8 juillet 1999 relatif aux conditions d'établissement des avis médicaux concernant les étrangers malades prévus à l'article 7-5 du décret n° 46-1574 du 30 juin 1946 modifié, J.O. n° 166 du 21 juillet 1999 page 10830.

Arrêté du 11 janvier 2006 relatif à la visite médicale des étrangers autorisés à séjourner en France, J.O. n° 20 du 24 janvier 2006, page 1147.

Circulaire DPM/CT/DM2-3/DGS n° 2000-248 et NOR/INT/D/00/AA103/C du 5 mai 2000 relative à la délivrance d'un titre de séjour, en application de l'article 12 bis, 11° de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 modifiée relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France, BO min. Trav. 2000/21, page 295, disponible en ligne : http://www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/2000/00-21/a0211477.htm (date d'accès 5 mai 2006).

Circulaire NOR/INT/D/03/00003/C du 10 janvier 2003 du Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales, [en ligne] http://www.gisti.org/doc/publications/2003/sarkozy/note.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

Circulaire DGS/SD6A/2005/443 du 30 septembre 2005 relative aux avis médicaux concernant les étrangers atteints par le VIH, émis dans le cadre de l'application de l'article L.313-11 11° du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, Bulletin officiel Santé n° 2005/10, du 15 novembre 2005.

Note d'information DPM/DM2-3 n° 2000-300 du 2 juin 2000 relative au rapatriement des visites médicales en France, Bulletin Officiel du Travail, de l'Emploi et de la Formation Professionnelle n° 2000/18 du jeudi 5 octobre 2000. Le document est également en ligne : http://www.sante.gouv.fr/adm/dagpb/bo/2000/00-33/a0332375.htm (date d'accès 5 mai 2006).

Jurisprudence :

Jurisprudence canadienne :

Andrews c. Law Society of Britsh Columbia,[1989] 1 R.C.S. 143.

Badwal c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) [1989] A.C.F n° 1022 (C.A.) (Quiklaw).

Baker c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1999] 2 R.C.S. 817

Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration) c. Chiarelli, [1992], 1 R.C.S. 711.

Chesters c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2003] 1 C.F. 361.

Deol c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration),[2003] 1 C.F. 301 (C.A.).

Frenette c. Métropolitaine (La), cie d'assurence-vie [1992] 1R.C.S. 647.

Heo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2003] A.C.F. n° 126 (Quicklaw).

Hilewitz c. Canada (Ministre de la citoyenneté et de l'Immigration), [2004] 1.C.F. 696 (C.A.).

Hilewitz c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration); De Jong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [2005] CSC 57.

Ismaili c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration),[1995] A.C.F. n° 1127, n° du greffe IMM-3430-94 (Quicklaw).

Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.

Marchand c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1994] D.S.A.I. no 592 (Quicklaw).

Mo c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) [2001] A.C.F. n° 216 (Quicklaw).

Paslawski c. Canada (Minister of Citizenship and Immigration) [1999] I.A.D.D. No. 151 (Quicklaw) aux paragraphes 8, 9, 10, 12 et 13.

Poste c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), [1997] A.C.F. n° 1805 n° du greffe IMM-4601-96 (Quicklaw).

Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration, [1976] 1 R.C.S. 376.

R c. Dyment, [1988] 2 R.C.S. 417.

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.

Redding c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) [2002] 1 C.F. 496.

Schreiber c. Canada (Procureur général), [1998] 1 R.C.S. 841.

Sraa c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) [2005] D.S.A.I. n° 9 (Quicklaw).

Weissman c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) [2004] D.S.A.I. n° 961 (Quicklaw).

Jurisprudence française (*):

Cons. d'Ét., *Raoul Georges Nicolo*, 20 octobre 1989, décision n° 108.243.

Cons. d'Ét. 20 mars 2000, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (GISTI)*, décision n° 205266.

Cons. d'Ét. 29 juillet 2002, *Préfet de police*, décision n° 241.912.

Cons. d'Ét. 30 juillet 2003, *Préfet de police*, décision n° 248.532.

Soc. 17 juin 2003, N° de pourvoi : 01-41522, *Alitalia Spa et des syndicats* italiens.

Cons. constit., *9 janvier 1980 DC 79-109.*

Cons. constit. *28 juillet 1989 DC 89-261.*

Cons. constit. *9 janvier 1990 DC 89-266.*

Cons. constit. *25 février 1992 DC 92-307.*

Cons. constit. *13 août 1993 DC 93-325.*

Cons. constit. *22 avril 1997 DC 97-389.*

Cons. constit. 23 juillet 1999 DC 99-416.

Cons. constit. *20 novembre 2003 DC 2003-484.*

(*) Les décisions du Conseil d'État et de la Cour de cassation sont en ligne : http://www.legifrance.gouv.fr .
Les décisions du Conseil constitutionnel sont disponibles à l'adresse : http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm.

Jurisprudence européenne :

CJCE, 5 octobre 1994, *X... c/Commission des Communautés européennes*, Dalloz Sirey, 1995, page 421.

Affaire *"Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique" c. Belgique* (au principal) (Requête n° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64) du 23 juillet 1968, [en ligne] http://cmiskp.echr.coe.int/ (date d'accès 5 mai 2006).

Ünal Tekeli c. Turquie (Requête n° 29865/96) du 16 novembre 2004, [en ligne] http://cmiskp.echr.coe.int/ (date d'accès 5 mai 2006).

Rapports, Avis, Lignes directrices, Documents de travail et autres documents officiels :

ASSEMBLÉE NATIONALE – 3° séance du 8 juillet 2003, *Débats parlementaires, Journal Officiel de la République française, Année 2003 n° 76 [3] A.N. (C.R.)*, 9 juillet 2003, pages 7089-7090.

CITOYENNETÉ et IMMIGRATION CANADA, *Manuel du médecin désigné*, Direction générale des services médicaux, 2003, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/francais/pdf/pub/md-manuel.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

CITOYENNETÉ et IMMIGRATION CANADA, *OP 15 Procédures médicales*, [en ligne] http://www.cic.gc.ca/manuals-guides/francais/op/op15f.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

COMEDE, *Rapport d'activité et observation 2004*, Paris.

COMEDE, *mise à jour du Rapport d'activité et d'observation 2004*, revue *Maux d'exil* n° 12, septembre 2005, Paris, 2005.

CONSEIL NATIONAL DU SIDA, *Note valant avis sur le processus d'évaluation médicale des demandes de titres de séjour pour soins des étrangers*, 26 février 2004, [en ligne] http://www.cns.sante.fr/htm/avis/droit_personnes/26_02_04/fr_1_b.htm (date d'accès 5 mai 2006).

FERRÉ, N., « Développements juridiques, Égalité et discrimination », dans Didier Fassin, Estelle Carde, Nathalie Ferré et Sandrine Musso-Dimitrijevic, *Un traitement inégal : Les discriminations dans l'accès aux soins*, rapport, 2001/09, Centre de Recherche sur les Enjeux contemporains en Santé Publique (C.R.E.S.P.), Bobigny, France.

GROUPE EUROPÉEN D'ÉTHIQUE DES SCIENCES ET DES NOUVELLES TECHNOLOGIES AUPRÈS DE LA COMMISION EUROPÉENNE, *Avis n° 18 sur les aspects éthiques des tests génétiques dans le cadre du travail*, 28 juillet 2003, page 6 [en ligne] http://europa.eu.int/comm/european_group_ethics/docs/AVIS18.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

GROUPE D'EXPERTS CE présidé par Eryl McNally, membre du Parlement européen, *25 recommandations sur les implications éthiques, juridiques et sociales des tests génétiques*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburg, 2004, [en ligne] http://www.europa.eu.int/comm/research/conferences/2004/genetic/pdf/recommendations_fr.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

GOUVERNEMENT DU CANADA, *Fichiers des renseignements personnels, Citoyenneté et Immigration Canada*, Service international – dossiers des immigrants des missions à l'étranger, [en ligne] http://infosource.gc.ca/inst/imc/fed07_f.asp (date d'accès 5 mai 2006).

HAUT COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES AUX DROITS DE L'HOMME ET PROGRAMME DES NATIONS UNIES SUR LE VIH/sida (ONUSIDA), *Le VIH/sida et les droits de l'homme : directives internationales*, New York et Genève, Nations Unies 1998 (HR/PUB/98/1), [en ligne] http://www.ohchr.org/french/about/publications/papers.htm (date d'accès 5 mai 2006).

INSTITUT NATIONAL DE PREVENTION ET D'EDUCATION POUR LA SANTÉ, Colloque national : Prévention du VIH/SIDA chez les migrants (Marseille 26 et 27 Mai 2005), Restitution de la 2ème Table Ronde : *Le dépistage précoce : un enjeu important*, [en ligne] http://www.sida-info-service.org/evenements/colloquemigrants/cr_tableronde2.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

JONES, D. , *Questions juridiques soulevées par le dépistage génétique : incidence des droits de la personne*, un document préparé pour Santé Canada, La série de documents de travail sur les politiques de santé, Documents de travail 01-04, octobre 2001.

KLEIN, A. *Immigration et VIH/sida: rapport final*, préparé pour le Réseau juridique canadien VIH/sida, 2001 [en ligne] http://www.aidslaw.ca/francais/Contenu/themes/ImmigrationF/rapportfinal/Immigration2001F.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

KNOPPERS, B., *Dignité humaine et patrimoine génétique*, Document d'étude préparé à l'intention de la Commission de réforme du droit du Canada, 1991.

LUNA, B., *L'article 19 (1) A de la loi canadienne de l'immigration –étude de son incidence sur les personnes ayant une déficience*, Association multi-éthnique pour l'intégration des personnes handicapées du Québec, 1990.

OBSERVATOIRE DU DROIT À LA SANTÉ DES ÉTRANGERS, *Rapport d'observation année 2000*, [en ligne] http://www.odse.eu.org/rubrique.php3?id_rubrique=10 (date d'accès 5 mai 2006).

OBSERVATOIRE DU DROIT À LA SANTÉ DES ÉTRANGERS, *Rapport d'observation de l'année 2003*, [en ligne] http://www.odse.eu.org/IMG/pdf/Rapport-ODSE-interieur.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

ORGANISATION MONDIALE DE LA SANTÉ, Bureau régional du Pacifique Occidental, Comité Régional, *Fonctions Essentielles de santé publique : le rôle des ministères de la santé*, Cinquante-troisième session Kyoto (Japon), 16-20 septembre 2002, [en ligne] http://www.wpro.who.int/NR/rdonlyres/DB219E67-DEED-4424-8F0C-7C0A14C8014C/0/RC5310fr.pdf (page d'accès 5 mai 2006).

ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ÉDUCATION, LA SCIENCE ET LA CULTURE (UNESCO), *Synthèse de la consultation internationale sur l'Esquisse révisée de la déclaration internationale sur les données génétiques humaines* du 22 janvier 2003 (SHS/EST/03/CONF.203/5) [en ligne] http://portal.unesco.org/shs/fr/file_download.php/f335e349c2a756a02d40647d033915ebsummary-revised-outline_fr (date d'accès 5 mai 2006).

SÉNAT DE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE, *Examen de la Proposition de directive du Conseil relative aux conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi salarié ou de l'exercice d'une activité économique indépendante* E1813 - COM (2001) 386 final du 11/07/2001 – Examen par la délégation et Procédure écrite du 11 juin 2004 [en ligne] http://www.senat.fr/ue/pac/E1813.html (date d'accès 5 mai 2006).

Monographies, recueils et ouvrages de référence :

ALFANDARI, E. (dir.), *Immigration et protection sociale*, 2e édition, Sirey, Paris, 1990.

BERNARD, D., *Les agents publics et le secret professionnel*, Éd. La Lettre du Cadre Territoirial, Voiron, 1999.

BERGER, N. *La politique européenne d'asile et d'immigration, enjeux et perspectives*, Éd. Bruylant, Bruxeles, 2000.

BROSSARD, Jacques, *L'immigration*, Les presses de l'Université de Montréal, 1967.

COMITÉ MÉDICAL POUR LES ÉXILÉS, *Guide pratique 2005*, Le Comede, Paris, 2005.

DICTIONNAIRE PERMANENT, *Droit des étrangères*, Paris, Éditions législatives.

DICTIONNAIRE PERMANENT, *Bioéthique et biotechnologies*, Paris, Éditions législatives.

FILLON, F., J.-F. MATTEI, W. SCHWIMMER et D. BYRNE (dir.), *Troisième Colloque Européen de Migrations Santé France, Les migrants : État des lieux et prospectives, 24 et 25 octobre 2002*, éd. FIAP, Paris, 2002.

FULCHIRON, H., *Réforme du droit des étrangers*, Éd. Litec, Paris, 1999.

JULIEN-LAFERRIERE, F., H. LABAYE et O. EDSTROM (dir.), *La politique européenne d'immigration et d'asile : Bilan critique cinq ans après le traité d'Amsterdam*, Éd. Bruylant, Bruxelles, 2005.

KISSANGOULA, J., *La constitution française et les étrangers*, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 102, L.G.D.J. Paris, 2001

KAYSER, P., *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, 3e édition, Presse universitaires d'Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille; Paris, Économica, 1995.

MAROCCO, N., ET H. GOSLETT, *Législation canadienne en immigration : texte annoté*, Montréal, Carswel, 1994.

NGUYEN VAN YEN, C., *Droit de l'immigration,* Presses Universitaires de France, 1986.

NYER-MALBET, A., *Migration et condition sanitaire*, Éditions L'Harmattan, Paris, 1995.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE, *Tests génétiques – les enjeux du nouveau millénaire*, Conférences de l'OCDE, 2000.

VACARIE, I., *Traitement informatique des données de santé. Questions juridiques et éthiques*, Université de Paris I, Panthéon Sorbonne, Centre d'études et de recherches en santé et sécurité social (CEDRESSS), Convention de recherche avec le Commissariat général du plan, Paris, 1988.

Articles de revues :

DELAVALLE, P. « L'examen médical des étrangers à leur entrée en France : objectifs, applications, résultats », Manuscrits n° 1785/MDV9, communication présentée lors de la 2è Journée française de médecin des voyages, Institut Pasteur, Paris, 3 mai 1996, [en ligne] http://www.pathexo.fr/pdf/1997n4/Delavalle.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

DEVERS, A., « La protection de la santé de l'étranger en situation irrégulière », *RD sanit. Soc. 37(2), avr.-juin 2001*, pages 242-262.

ELWOOD, M. J., « Santé publique et dépistage génétique du cancer du sein au Canada », *Revue Maladies chroniques au Canada*, Vol. 20, No. 1-2000, publication de l'Agence de santé Publique du Canada

FASSIN, D., « L'indicible et l'impensé : la « question immigrée » dans les politiques du sida », *Sciences sociales et santé*, vol. 17, n° 4, décembre 1999, pages 5-30.

FASSIN, D., « Quand le corps fait loi. La raison humanitaire dans les procédures de régularisation des étrangers », *Sciences sociales et santé*, vol.19 n° 4, décembre 2001, pages 5-33.

FASSIN D., « L'altérité de l'épidémie. Les politiques du sida à l'épreuve de l'immigration », *Revue européenne des migrations internationales*, Vol. 17(2), 2002, pages 139-151.

GALLOWAY, D., «The Extraterritorial Application of the Charter or Rights to Visa Applicants » (1991), 23 *R.D. Ottawa* p. 335 (Quicklaw).

GROUPE D'INFORMATION ET DE SOUTIEN DES IMMIGRÉS (GISTI), « La protection sociale des étrangers par les textes internationaux », *Les cahiers juridiques GISTI*, février 2004.

HAMILTON, N. « La génétique et la génomique – Grandes questions stratégiques", *Bulletin de recherche sur les politiques de santé*, volume 1, numéro 2, septembre 2001, Santé Canada.

HOFFMASTER, B. et T. SCHRECKER, « Une analyse éthique de l'exclusion automatique des immigrants trouvés séropositifs au VIH », *Revue canadienne VIH/sida et droit*, Vol. 5, n° 4, 2000 (Quicklaw).

LOUTAN D., BIERENS de HAAN et L. SUBILIA, « La santé des demandeurs d'asile : du dépistage des maladies transmissibles à celui des séquelles post-traumatiques », Manuscrit n° 1785/MDV3, communication présentée lors de la 2é Journée française de médecine des voyages, Institut Pasteur, Paris, 3 mai 1996, [en ligne] http://www.pathexo.fr/pdf/1997n4/Loutan.pdf (date d'accès 5 mai 2006).

PENA-GAIA, A. , « Les droits et libertés des étrangers en situation irrégulière », Annuaire International de Justice Constitutionnelle, XIV 1998, éd. Economica et Presse Universitaires d'Aix-Marseille, page 203.

L.D., Propos Recueillis par, « 3 questions à Francis Charlet », *Le journal du sida,* n° 178, août 2005, publication ARCAT.

SÉGUR, P., « Confidentialité des données médicales : à propos des enquêtes de santé », *Actualité Juridique Droit Administratif*, 26 avril 2004, page 858.

SOMMERVILLE, M. et S. WILSON, « Crossing Boundaries : Travel, Immigration, Human Rights and AIDS » (1998) 43 *R.D. McGill* pages 781-834.