

SECTION 1

LE DROIT A LA PROTECTION DE LA SANTE

TATIANA GRÜNDLER

« Les États parties devraient encourager les magistrats et tous les autres professionnels de la justice à s'intéresser davantage, dans l'exercice de leurs fonctions, aux atteintes au droit à la santé. »³³⁵ Cette adresse faite aux États par le Comité onusien chargé de veiller au respect du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) témoigne de l'indispensable implication du juge, une fois la consécration du droit acquise.

Il est vrai que le droit à la protection de la santé a donné lieu à quelques procès retentissants parmi lesquels celui de Pretoria qui, paradoxalement, ne s'est pas tenu. En 2001, s'est en effet ouvert devant la Haute Cour sud-africaine un procès hautement médiatisé parce que posant la question de la coexistence des règles du commerce mondial et du droit à la protection de la santé. Trente-neuf compagnies pharmaceutiques contestaient devant le juge une loi de 1997³³⁶ conférant de larges prérogatives au Ministre de la santé dont celle d'organiser des importations parallèles afin de se procurer des médicaments vendus moins chers dans un autre pays par le détenteur des brevets. Ce procès n'a finalement pas eu lieu, les firmes ayant, sous la pression de la société civile internationale³³⁷, retiré leurs plaintes. Peut-on en conclure que les plus grands laboratoires pharmaceutiques ont craint une certaine justiciabilité du droit à la protection de la santé ?

Ce droit bénéficie d'une solide assise juridique. Il est consacré de façon quasi unanime par l'ensemble des textes de protection des droits de l'Homme. Sur le plan international, cette reconnaissance apparaît dans les instruments généraux tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou le PIDESC³³⁸. Les textes retenant une approche plus ciblée des droits de l'Homme, du point de vue de leur objet ou des catégories de bénéficiaires, énoncent également ce droit. Ainsi en est-il logiquement, eu égard à son objet, de la

³³⁵ CODESC, Observation générale n° 14, « Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint », 11/08/2000, E/C.12/2000/4, § 61.

³³⁶ Medicines and related Substances and Control Act.

³³⁷ De nombreuses organisations non gouvernementales, au premier rang desquelles TAC (Treatment Action Campaign), se sont mobilisées contre cette plainte et ont attiré l'attention sur le coût humain du non accès, pour les malades, à des médicaments vitaux (antirétroviraux).

³³⁸ Évoqué à l'article 25§1 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948, ce droit est explicitement consacré à l'article 12 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966.

Constitution de l'Organisation mondiale de la santé³³⁹, mais également des conventions relatives à la lutte contre les discriminations - raciales³⁴⁰ ou à l'encontre des femmes³⁴¹ - ou encore de celle sur les droits de l'enfant³⁴². Au niveau régional, le même consensus apparaît dans la consécration du droit à la protection de la santé, le plus souvent dans les textes spécifiques aux droits économiques, sociaux et culturels³⁴³, les systèmes régionaux ayant, pour la plupart³⁴⁴, repris l'approche duale des droits de l'Homme initiée par les pactes internationaux de 1966.

Dans ces différents textes le titulaire du droit consacré est l'individu, toujours, la collectivité, parfois - ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'interdépendances physiques -. Quant au débiteur il n'est autre que l'État, ce qui est une évidence sur le plan international, mais aussi une réalité dans les différents droits internes, bien que le vocable puisse varier, les constitutions visant indifféremment la Nation³⁴⁵, la République³⁴⁶ ou l'État³⁴⁷. Les personnes privées peuvent toutefois être associées à la concrétisation de ce droit. C'est ce qu'illustre la jurisprudence de la Cour de cassation française qui a pu affirmer que « l'employeur est tenu, à l'égard de son personnel, à une obligation de sécurité de résultat qui lui impose de prendre des mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé des travailleurs »³⁴⁸.

Malgré sa consécration au plus haut niveau des normes juridiques et la détermination de ses titulaires et débiteurs, le droit à la protection de la santé bénéficie-t-il de la justiciabilité nécessaire à sa pleine effectivité³⁴⁹ ? Autrement

³³⁹ Selon la constitution du 26 juillet 1946, « la possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain ».

³⁴⁰ Article 5 § e-IV.

³⁴¹ Articles 11 § 1-f et 12.

³⁴² Convention du 20 novembre 1989, article 24 § 1.

³⁴³ Article 10 du Protocole de 1988 additionnel à la Convention américaine relative aux droits de l'Homme traitant des droits économiques sociaux et culturels, texte qui comble le silence de la Convention de 1969 qui n'avait pas repris « le droit à la préservation de la santé et au bien-être » inscrit dans la Déclaration américaine des droits et des devoirs de l'homme de 1948 (article XI) ; article 11 de la Charte sociale européenne, dans sa version révisée de 1996.

³⁴⁴ V., pour des contre-exemples, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples de 1981 dont l'article 16 affirme l'obligation des États à protéger la santé de leurs populations ainsi que l'article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

³⁴⁵ Constitution française du 27 octobre 1946, alinéa 11.

³⁴⁶ Constitution italienne du 27 décembre 1947, article 32.

³⁴⁷ Constitution grecque du 7 juin 1975, article 21-5.

³⁴⁸ Soc., 5 mars 2008, SNECMA, Bull. V. n° 46; v. *infra*, Thomas BOMPARD

³⁴⁹ François RANGEON, « L'effectivité du droit », in CURAPP, Les usages sociaux du droit, PUF, 1989, p. 126 ; Eric MILLARD, « L'effectivité des droits de l'Homme », in Dictionnaire des droits de l'Homme, PUF, Quadriga, 2008, p. 277. Sur la question de l'effectivité du droit à la protection de la santé, voir D. ROMAN, « L'effectivité des droits fondamentaux dans le secteur de la santé sous le prisme du droit européen », in Saulo José Casali Bahia, A efetividade dos direitos fundamentais no Mercosul e na Uniao Européia, Pagiane Editoria, Salvador de Bahia, 2010, pp. 165 s. ; Tatiana GRÜNDLER, « L'effectivité du droit à la protection de la santé », Revue générale de droit médical, n° 37, décembre 2010, à paraître.

dit, dans quelle mesure le recours au juge permet-il d'assurer le passage de l'énoncé du droit à sa concrétisation³⁵⁰ ?

L'enjeu d'une telle interrogation est de mettre le discours doctrinal majoritaire³⁵¹ à l'épreuve de la pratique juridictionnelle. L'*opinio juris* a tendance à inclure le droit à la protection de la santé dans la catégorie des droits sociaux, plus spécialement parmi les droits-créances, et à déduire de cette entreprise de classification une certaine incapacité de ce droit à être justiciable.

Si les caractéristiques des droits-créances, considérées par la doctrine comme autant d'entraves à leur justiciabilité, se retrouvent s'agissant du droit à a protection de la santé, l'étude de la jurisprudence révèle qu'ils ne sont pas insurmontables (I). Les spécificités de ce droit offrent par ailleurs aux juges un panel plus large d'actions destinées à garantir ce droit (II) de sorte qu'*in fine* le discours des juges paraît globalement plus favorable à ce droit que ce que le seul discours doctrinal pouvait laisser espérer.

I. Des obstacles traditionnellement opposés à la justiciabilité des droits-créances relativisés

L'expression droits-créances est communément utilisée pour désigner des droits qui répondent à un besoin social et exigent pour se réaliser une intervention positive des pouvoirs publics. Cette dernière particularité expliquerait qu'ils ne reçoivent qu'une effectivité très relative. Dans l'hypothèse d'une inertie des débiteurs publics, le juge qui aurait l'ambition d'y remédier se trouve confronté à deux contraintes, l'une économique, l'autre systémique. Le juge manifeste d'abord une réelle réticence à adopter des solutions qui, s'agissant des droits sociaux, ont souvent des implications financières substantielles. S'il n'est pas discutable que la concrétisation des droits sociaux représente un coût pour la collectivité, il est plus étonnant de relever que le juge intègre cette contrainte exogène dans son raisonnement juridique (A). Le juge est ensuite logiquement assujéti à la définition, au sein du système juridique considéré, de sa compétence et de ses pouvoirs. Apparaît toutefois quelque peu surprenant le fait que s'agissant du droit à la protection de la santé, le juge intériorise la contrainte systémique au point de sembler s'autolimiter dans l'utilisation de certains mécanismes juridiques mis à sa disposition afin d'obliger les débiteurs à agir (B).

³⁵⁰ Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité des droits de l'Homme ; approche théorique », in Véronique CHAMPEIL-DESPLATS, Danièle LOCHAK (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, PU Paris 10, 2008, p. 14. Dans cette contribution, la notion de juge sera retenue dans une acception large couvrant toute autorité mise en place au sein d'un système juridique considéré, afin de veiller au respect des textes et offrant ainsi une protection directe ou indirecte à la santé de l'individu.

³⁵¹ V. Tatiana GRÜNDLER, « La doctrine des libertés fondamentales, à la recherche des droits sociaux », *supra*.

A. Le coût, une contrainte prise en compte par le juge

Les droits-créances sont classiquement présentés comme des droits dont la réalisation exige un effort financier conséquent de la part de la collectivité, caractéristique qui les distinguerait des droits civils³⁵². Sans en faire un critère d'identification, le juge prend fréquemment en compte la contrainte financière pesant sur le débiteur du droit à la protection de la santé (1). Elle ne le conduit néanmoins pas nécessairement à relativiser la portée de l'obligation incombant aux pouvoirs publics (2).

1) Une prise en compte unanime de la contrainte financière...

Certainement par souci de réalisme, de nombreux textes de protection des droits de l'Homme soumettent le droit à la protection de la santé à deux contingences, d'une part les capacités propres, physiques notamment, de l'individu³⁵³ et d'autre part les possibilités financières de l'État. Il s'agit donc d'un droit *a priori* conditionné par les ressources étatiques³⁵⁴. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels (CODESC) admet en conséquence qu'il faille tenir compte de la limitation des ressources disponibles au niveau des États pour apprécier le respect par ces derniers de leurs obligations sanitaires issues du Pacte de 1966³⁵⁵.

Et même en l'absence de référence textuelle aux ressources que la réalisation du droit à la protection de la santé exige, il n'est pas rare que le juge les mentionne dans ses décisions, ou tout du moins les intègre dans son raisonnement. Ainsi la Cour européenne a pu mettre en avant un tel aspect financier pour restreindre la portée de sa jurisprudence sanctionnant, au titre de la violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme (CEDH), l'État ayant adopté une mesure d'éloignement à l'encontre d'un étranger très gravement malade. Le risque d'une jurisprudence compréhensive était, selon elle, de faire « peser une charge trop lourde sur les États »³⁵⁶.

³⁵² Marc BOSSUYT, « La distinction entre droits civils et politiques et droits économiques, sociaux et culturels », *Revue des droits de l'Homme*, 1975, p. 790.

³⁵³ Les formules sont explicites. Ainsi, la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé mais également le Pacte international des droits économiques sociaux et culturels ou la Convention sur les droits de l'enfant, tout comme, au niveau régional, la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples reconnaissent à l'individu « le droit au meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre ».

³⁵⁴ Ainsi, l'article 2§1 du PIDESC stipule que « Les États s'engagent au maximum de leurs ressources pour rendre effectifs les droits économiques, sociaux et culturels ».

³⁵⁵ CODESC, Observation générale n° 14, précit., §30.

³⁵⁶ CEDH, Gde ch., 27 mai 2008, N. c. Royaume-Uni, req. n° 26565/05, §44. Pour une critique de la prise en considération de la charge financière, v. François JULIEN-LAFERRIERE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, p. 261. V. également Nathalie RUBIO, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS*, 2010, p. 265. Ajoutons que lors du récent alignement du juge administratif français sur cette solution européenne (CE Sect., 7 avril 2010, *Ministre de l'Intérieur c. Jabnoun*, n° 301640 et CE

Au niveau national, les exemples sont légions de juges qui prennent en compte le paramètre financier pour relativiser la portée des obligations étatiques. Le juge constitutionnel péruvien affirme par exemple que le comportement de l'État doit être apprécié au regard de ses disponibilités budgétaires³⁵⁷ et son homologue italien déclare que le droit à la protection de la santé est un droit conditionné dont la réalisation dépend des ressources financières à la disposition du législateur au moment de son intervention³⁵⁸. Quant à l'Inde, sa Cour suprême a développé la théorie des contraintes budgétaires pesant sur l'État pour justifier la réduction des remboursements de frais médicaux des fonctionnaires³⁵⁹. Citons également la jurisprudence sud-africaine qui se fonde sur les ressources publiques disponibles pour conclure qu'un malade dont le prolongement de la vie nécessitait des dialyses ne peut faire valoir un droit d'accès à de tels soins³⁶⁰. En France, la prise en compte du coût de la santé se traduit plus particulièrement par l'admission par le juge de la nécessaire conciliation entre les intérêts sanitaires et la maîtrise des dépenses de santé³⁶¹. Le Conseil constitutionnel reconnaît que la réalisation du droit à la protection de la santé puisse être tributaire de la volonté du législateur de contenir les dépenses de l'assurance maladie³⁶².

2) qui ne s'apparente toutefois pas à une cause d'exonération des obligations étatiques

Le CODESC a utilement rappelé que le manque de ressources ne permet pas aux États de déroger à leurs obligations fondamentales qui sont, concernant le droit à la protection de la santé, l'accès non discriminatoire aux équipements, produits et services sanitaires, la répartition équitable de ces derniers, l'accès à l'alimentation essentielle ainsi qu'aux moyens élémentaires d'hébergement et

Sect., 7 avril 2010, *Ministre de l'Immigration c. Diallo, épouse Bialy*, n° 316625), l'analyse des implications financières de l'évolution jurisprudentielle engagée n'est certes pas apparue dans l'arrêt, mais figure dans les conclusions du rapporteur public, *Mattias GUYOMAR*, qui prend soin de préciser qu'il n'y a pas lieu de craindre que la solution proposée « fasse peser sur notre pays une charge trop lourde » en particulier s'agissant des « dépenses supportées par le système social français » (<http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/>). V. Benjamin DEMAGNY, Serge SLAMA, « La prise en compte de l'accès effectif aux soins dans le droit au séjour et l'éloignement des étrangers malades : mieux vaut tard que jamais », *JCP coll. terr.*, 2010, n° 29, p. 43.

³⁵⁷ Tribunal constitutionnel du Pérou, n° 2016-2004-AA/TC, *José Correa Condori c. Ministerio de Salud*, §32.

³⁵⁸ Italie, C.S., Sent. 55/1990.

³⁵⁹ Inde, C.S., *State of Punjab v. Ram Lubhaya Bagga* (1998), 4 SCC 117-130.

³⁶⁰ Afrique du Sud, Cour const., 27 novembre 1997, *Soobramoney v. Minister of Health*, CCT 32/97.

³⁶¹ Plus exactement il s'agit de la conciliation entre le droit à la protection de la santé et le principe constitutionnel de l'équilibre financier de la sécurité sociale.

³⁶² Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a jamais déclaré inconstitutionnelle une loi mettant en place des dispositifs destinés à contenir les dépenses de l'assurance maladie au motif qu'elle porterait atteinte au droit individuel à la protection de la santé. Au mieux, le juge formule une réserve d'interprétation sur le niveau de prise en charge des dépenses de santé qui ne doit pas être fixé à un niveau tel que l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît le droit à la protection de la santé soit méconnu (V. par exemple CC, 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale*, n° 2002-463 DC, cons. 21).

aux médicaments essentiels et, enfin, l'existence d'une stratégie de santé publique³⁶³.

Sur le plan régional, la Commission africaine offre une belle illustration de l'effort de conciliation effectué entre prise en compte des ressources financières et garantie d'un droit dont la réalisation peut s'avérer particulièrement coûteuse. Dans une décision de 2003, tout en tenant compte des ressources limitées des États africains, pour la plupart confrontés, selon ses termes, à une pauvreté qui « les rend incapables de fournir les équipements, infrastructures et ressources qui facilitent la pleine jouissance de ce droit »³⁶⁴, la Commission estime que cette situation n'exonère pas l'État mis en cause de ses engagements issus de la Charte de 1981. Aussi les États ont-ils l'obligation « de prendre des mesures concrètes et sélectives tout en tirant pleinement profit des ressources disponibles ». Elle invite donc les États à ne pas se cacher derrière une situation de pauvreté bien réelle pour négliger la protection due au droit à la protection de la santé et à faire un effort de rationalisation dans l'usage de leurs ressources par hypothèse limitées. Partant, elle constate en l'espèce la violation du droit à la protection de la santé par la Gambie³⁶⁵.

Cette considération du coût induit par les mesures sanitaires explique vraisemblablement aussi, du moins en partie, la réserve dont fait preuve le juge dans l'utilisation de ses pouvoirs. Celui-ci se montre réticent à user du moyen à première vue le plus efficace pour pallier l'attentisme des pouvoirs publics, à savoir l'injonction à agir. Les implications financières immédiates de telles décisions interrogent le concept de séparation des pouvoirs auquel le juge paraît donner une signification étendue.

B. L'office du juge, une contrainte intégrée par le juge

On rencontre dans la doctrine une thèse déduisant de la rédaction souvent imprécise des textes consacrant les droits-créances le caractère davantage programmatique que positif de ces derniers. La concrétisation de tels droits exigerait en conséquence impérativement un relais normatif³⁶⁶. Se pose dès lors la question de la réaction possible du juge confronté à une possible passivité des pouvoirs publics dans l'édiction de ladite norme. Il ressort de la jurisprudence que le juge ne prononce que rarement des injonctions au débiteur du droit soit qu'il ne puisse le faire, soit qu'il s'y montre défavorable (1). Pour

³⁶³ CODESC, Observation générale n° 14, précit., § 43.

³⁶⁴ CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, n° 241, 33^{ème} session ordinaire, §84.

³⁶⁵ CADHP, mai 2003, Purohit et Moore c. Gambie, précit.

³⁶⁶ Les juridictions mexicaines, Cour constitutionnelle et Tribunaux fédéraux se réfèrent respectivement aux expressions de « droits programmatiques » ou de « normes programmatiques » et évoquent la nécessaire entremise de la loi. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV, Pleno, enero 2006, p. 6, (Registro número 187926 et *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XVII, Tribunales Colegiados, febrero 2003, p. 1156, Registro número 184751. V. sur ce point A. RIVERA, « Exemples de jurisprudences nationales. Le Mexique », consultable sur le site <http://droits-sociaux.u-paris10.fr/index.php?id=143> .

autant, il ne reste pas sans réponse face à un tel manquement des pouvoirs publics (2).

1) Face à la carence des pouvoirs publics, l'absence d'injonction d'agir...

Deux questions méritent d'être distinguées, celle de l'existence d'un recours et celle de son effectivité.

La première hypothèse envisagée correspond à la situation dans laquelle il n'existe aucun mécanisme permettant de répondre par la voie juridictionnelle à l'inaction des pouvoirs publics. C'est le cas notamment en France où aucune procédure juridique ne permet de contraindre le législateur à intervenir. En effet, le Conseil constitutionnel ne peut être saisi que d'une loi, ce qui exclut le cas où le législateur – l'un des débiteurs privilégiés du droit à la protection de la santé en vertu du texte constitutionnel – s'abstiendrait de prendre des mesures destinées à assurer cette protection. Cette affirmation sans être inexacte peut néanmoins être nuancée par la pratique des réserves d'interprétation par lesquelles le juge constitutionnel adresse au législateur des recommandations, pratique qui pallie quelque peu l'absence de recours en carence³⁶⁷.

Dans la seconde hypothèse considérée, le mécanisme juridictionnel existe mais n'est pas mis en œuvre révélant une certaine frilosité du juge à enjoindre aux pouvoirs publics d'agir comme ils en ont pourtant l'obligation constitutionnelle. C'est cette situation qu'illustre de nouveau la jurisprudence française, cette fois administrative qui, malgré l'existence de procédures d'urgence permettant au juge d'utiliser les injonctions, se refuse d'apporter par cette voie sa pierre à l'édifice de l'effectivité du droit à la protection de la santé. Saisi dans le cadre d'un référé liberté, le Conseil d'État a dénié la qualification de liberté fondamentale au droit individuel à la protection de la santé et a conséquemment refusé d'enjoindre à l'administration de changer un détenu de cellule pour lui éviter l'exposition aux risques du tabagisme passif³⁶⁸. Le terme « frilosité » est employé à dessein, la volonté du juge de ne pas s'immiscer ne serait-ce qu'indirectement dans la question sociale transparaissant nettement dans le raisonnement juridiquement discutable qu'il a pu tenir dans cette affaire. Par son refus de faire du droit à la protection de la santé une liberté fondamentale, le juge se détourne de la lettre du texte qui consacre le droit de chacun à la santé, considérant que seul le principe de santé publique a valeur constitutionnelle. Le fait de s'éloigner aussi ostensiblement du sens de la loi fondamentale ne peut qu'être intentionnel.

Le cas de la Colombie mérite une attention particulière. Sa vision de la séparation des pouvoirs et du rôle du juge présente une réelle originalité très favorable à la garantie des droits sociaux. La Cour constitutionnelle estime en effet que le juge est un véritable contre-pouvoir devant pallier l'éventuelle

³⁶⁷ Laurence GAY, *Les « droits créances » constitutionnels*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 183.

³⁶⁸ CE, ord., 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux c. Bunel*.

défaillance du législateur³⁶⁹. Appliquée au droit à la protection de la santé, cette conception a permis au juge constitutionnel de demander aux autorités publiques de garantir de façon effective le droit à la protection de la santé des personnes exerçant la prostitution³⁷⁰.

Malgré ces limites imposées au juge ou posées par lui, l'inaction des pouvoirs publics au mépris de leurs obligations sanitaires, ne reste pas sans réponse juridique.

2) ... mais l'existence de sanctions

Si, confrontés à la passivité des décideurs publics, les juges se trouvent relativement démunis, conformément à une certaine acception de la séparation des pouvoirs, ils sont néanmoins en capacité de sanctionner le manquement des autorités étatiques aux obligations sanitaires leur incombant. Partant, la Commission africaine a constaté la violation de l'article 16 de la Charte de 1981 par le Nigeria du fait d'un certain nombre de carences de sa part concernant l'encadrement de l'activité de compagnies pétrolières. Lui étaient en particulier reprochés le défaut de surveillance, l'absence d'exigence d'études d'impact et l'absence d'information des populations exposées aux risques sanitaires résultant du fonctionnement d'une telle industrie³⁷¹.

En France la responsabilité de l'État a pu être engagée pour carence fautive de l'État du fait de l'absence de mesures prises en vue de protéger la santé des travailleurs exposés aux poussières d'amiante³⁷². La faute de l'État était en l'espèce double : elle concernait d'une part l'absence - à partir de 1977, date où le risque pour la santé d'une telle exposition est connu - de mesures de protection efficaces pour les personnes travaillant au contact de l'amiante et d'autre part le défaut d'engagement avant 1995 d'études afin de déterminer plus précisément les dangers.

On peut conclure de cette rapide présentation que, concernant le droit à la protection de la santé, c'est une simple obligation de moyens qui pèse sur les pouvoirs publics. Ceux-ci ne peuvent se voir imposer d'obligation en termes de résultats sanitaires³⁷³. Ils sont en revanche tenus d'agir en faveur de la santé individuelle, ce qui correspond à l'obligation de mise en œuvre, dernière

³⁶⁹ Colombie, Cour const., 5 juin 1992, Sent. T-406/92.

³⁷⁰ Colombie, Cour const., 13 août 2010, Lais c. Pademo, Sent. T-629/10.

³⁷¹ CADHP, n° 155/96, 30^e session, octobre 2001, Social and Economic Rights Action Center, Center for Economic and Social Rights c. Nigeria, 15^e rapport, §53.

³⁷² CE Ass., 3 mars 2004, Ministre de l'Emploi et de la solidarité c. consorts B, consorts B, consorts T et consorts X, n° 241150, n° 241151, n° 241152 et n° 241153.

³⁷³ Cette affirmation doit être nuancée. Le Comité européen des droits sociaux chargé de veiller au respect de la Charte sociale européenne a, dans une décision de 2009, tenu un raisonnement assez original brouillant quelque peu la frontière entre obligation de résultat et obligation de moyens. Il y lie la marge d'appréciation laissée aux États Parties quant au choix des moyens destinés à rendre effectif le droit à la protection de la santé à l'obtention de résultats en matière sanitaire (CEDS, 30 mars 2009, Interights c. Croatie, récl. n° 45/2007, § 59). Cela signifie-t-il a contrario que les experts pourraient déduire un manquement de l'État de l'obtention de résultats décevants sur le plan sanitaire ?

composante du triptyque relatif aux obligations internationales étatiques en matière de droits de l'Homme : respect, protection et mise en œuvre. D'ailleurs le respect de cette obligation est sanctionné. Certes, le juge délaisse la prescription d'action qui apparaîtrait comme le moyen le plus efficace de remédier à la passivité des acteurs publics, mais ne se trouve pas pour autant démunie, n'hésitant pas à condamner l'État défaillant. Si l'on peut douter que l'exigence d'un engagement positif de l'État en leur faveur soit un trait propre aux droits sociaux, entravant leur protection juridictionnelle, il est manifeste qu'un certain nombre de spécificités du droit à la protection de la santé favorise au contraire sa justiciabilité.

II. Une justiciabilité portée par les spécificités du droit à la protection de la santé

Parce qu'il présente des caractéristiques propres, le droit à la protection de la santé bénéficie d'une garantie juridictionnelle relativement conséquente. Le caractère protéiforme de ce droit explique que sa justiciabilité soit fluctuante au-delà des seules différences tenant aux systèmes juridiques en cause. Certaines de ses dimensions sont en effet plus particulièrement protégées par les juges. Ainsi les liens qu'il peut entretenir avec le droit à la vie lui permettent d'être garanti par les mécanismes traditionnellement utilisés au profit des droits dits libertés et destinés en l'occurrence à défendre la santé de l'individu contre une éventuelle immixtion de l'État (A). La dimension collective de ce droit, la santé publique, est une autre source de justiciabilité essentiellement dans des systèmes juridiques *a priori* étrangers à la protection des droits de l'Homme ou du moins à celle des droits sociaux, et participe ainsi de manière indirecte à la promotion de la santé individuelle (B).

A. Le droit à la vie, un droit civil et politique au soutien du droit à la protection de la santé

Le « respect du droit à la vie, peut être considéré (...) comme le stade ultime du droit à la santé »³⁷⁴. C'est en ces termes que Bertrand Mathieu formule le lien indiscutablement très étroit existant entre droit à la vie, archétype des droits civils et politiques et à ce titre inscrit solennellement dans les textes, et le droit à la protection de la santé³⁷⁵. Cette proximité n'échappe pas aux juges qui peuvent trouver dans le droit à la vie le fondement d'un droit à la

³⁷⁴ Bertrand MATHIEU, « La protection du droit à la santé par le juge constitutionnel. A propos et à partir de la décision de la Cour constitutionnelle italienne n° 185 du 20 mai 1998 », Cahiers constitutionnels, 1999, n° 6, p. 89.

³⁷⁵ Il ouvre généralement la salve des droits successivement consacrés. Ainsi en est-il dans le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 dont l'article 6§1 stipule que « le droit à la vie est inhérent à la personne humaine. Ce droit doit être protégé par la loi. Nul ne peut être arbitrairement privé de la vie », mais également de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui s'ouvre sur un article 2 consacré au droit à la vie, de la Charte africaine des droits de l'Homme et des peuples (article 4) ou de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (article 4).

protection de la santé (1) et dans d'autres contextes le motif d'un renforcement de la garantie offerte à ce droit (2).

1) Le lien fréquemment établi par le juge entre droit à la vie et droit à la protection de la santé

Le droit à la vie apparaît comme une source de la protection de la santé dans les systèmes de protection des droits de l'Homme dont les textes n'énoncent pas un tel droit. Ainsi la Cour européenne a-t-elle pu grâce à une jurisprudence constructive protéger la santé par ricochet, notamment sur le fondement de l'article 2 de la Convention relatif au droit à la vie. Les juges de Strasbourg ont su déduire de cette disposition conventionnelle une obligation générale pour l'État de prendre des mesures nécessaires à la protection de la vie dans la sphère sanitaire. La Cour a ainsi eu l'occasion d'affirmer l'obligation générale de l'État de protéger la vie contre les risques de maladies³⁷⁶ ou celle de mettre en place une politique de santé publique assurant un haut niveau de compétence des professionnels de santé afin de garantir la vie des patients³⁷⁷. De même, elle a énoncé l'obligation positive de l'État de mettre en place « un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades »³⁷⁸.

Le détour par le droit à la vie permet avant tout au juge de protéger la santé des individus d'éventuelles atteintes de la part de l'État ou des tiers. Mais ces quelques exemples illustrent que ce ne sont pas les seules obligations de respecter et de protéger qui sont visées. Des obligations positives sont, sur ce fondement de l'article 2 de la Convention, également mises à la charge de l'État. C'est donc un spectre très large du droit à la protection de la santé qui est couvert par le biais du droit à la vie.

Quand ce n'est pas sous l'angle de son existence que le droit à la protection de la santé tire profit de l'appui du droit à la vie c'est du point de vue de ses garanties.

2) Les garanties du droit à la protection de la santé au titre du droit à la vie

Un tel lien renforce l'intérêt que le juge porte au droit à la protection de la santé. Plusieurs cours offrent une protection accrue à ce qu'elles estiment être le noyau dur du droit à la protection de la santé parce que étroitement lié au droit à la vie. Selon le juge constitutionnel péruvien, le droit à la santé devient « fondamental » précisément du fait de la relation qu'il entretient avec le droit à la vie³⁷⁹. Plus généralement, dans le système interaméricain, la Commission a

³⁷⁶ CEDH, 1^{er} mars 2001, Berktaç c. Turquie, req. n° 22493/93, §154.

³⁷⁷ CEDH, 4 mai 2000, Powell c. Royaume-Uni, req. n° 45305/99.

³⁷⁸ CEDH, 17 janvier 2002, Calvelli et Ciglio c. Italie, req. n° 32967/96, §49.

³⁷⁹ Tribunal constitutionnel, José Correa Condori c. Ministerio de Salud, n° 2016-2004-AA/TC. La relation entre santé et vie est ainsi précisée : elle est « indissoluble car la présence d'une maladie

pu différencier les obligations de l'État en faveur de la santé : généralement progressive l'obligation de réalisation de ce droit devient immédiate lorsque des risques graves ou imminents menacent la vie des personnes³⁸⁰. C'est donc le droit à la vie qui explique qu'un noyau dur du droit à la santé soit mieux garanti. De ce point de vue le cas colombien est particulièrement éclairant sur les effets de cette proximité. Alors que le juge constitutionnel n'admet pas de façon générale la justiciabilité des droits dits de deuxième génération, il reconnaît que les droits sociaux peuvent être protégés du fait de leur connexité avec des droits considérés comme fondamentaux. La Cour constitutionnelle colombienne a ainsi jugé que le droit à la santé qui, en principe, n'a pas la qualité de droit fondamental, acquiert ce statut lorsque le défaut de prestation de soins aurait pour effet de mettre en péril la vie de l'individu³⁸¹. Il en va de même en Allemagne où c'est l'importance du droit à la vie qui conduit la Cour de Karlsruhe à conclure à la violation de la loi fondamentale du fait du refus opposé à un assuré social de rembourser ses soins médicaux auto prescrits pour traiter sa maladie mortelle et pour laquelle aucun moyen de traitement conventionnel n'était disponible³⁸².

Le droit à la protection de la santé est donc mieux garanti quand les atteintes qui lui sont portées constituent une menace pour la vie des personnes. Il aurait en conséquence une portée variable selon les composantes en jeu. Mais il est alors intéressant de relever que, dans l'hypothèse où ce qu'il est convenu de nommer le noyau dur du droit à la santé est concerné, la protection de celui-ci est étendue, ne couvrant pas uniquement les obligations négatives de l'État. Comme l'illustre la jurisprudence allemande, il y a là une forme de créance qui naît, un droit pour l'individu d'obtenir des soins.

Si le droit individuel à la protection de la santé paraît jouir d'un statut juridictionnel relativement privilégié, c'est aussi parce qu'il bénéficie des garanties accordées à la santé publique.

B. La santé publique, un intérêt collectif au soutien de la santé individuelle

La santé de la collectivité a été historiquement la première recherchée, avant même que l'individu ne soit envisagé comme le titulaire de droits. La dépendance de l'État à l'égard de sa population tant pour des raisons économiques que militaires imposait que celui-là se préoccupe de la santé de ses sujets. Avant donc d'être envisagée comme un droit, la santé fut perçue comme un impératif social. Devenue une composante de l'ordre public, la santé publique a donc justifié des restrictions aux droits fondamentaux, entre-temps reconnus,

ou d'une pathologie peut conduire à la mort ou en tout cas peut contribuer à l'empirement de la qualité de la vie », §27.

³⁸⁰ CADHP, 7 mars 2005, Luis Rolando Cuscul Piraval y otras persona afectadas por le VIH/SISA c. Guatemala, rapport d'admissibilité.

³⁸¹ Colombie, Cour const., SU-819/99.

³⁸² All., Cour const., BVerfG, 6 déc. 2005, 1 BvR 347/98.

et aux activités privées. Elle occupe encore une telle fonction dans un certain nombre de systèmes juridiques contemporains (2). Mais la pérennité de la santé publique dans le droit positif offre, par delà les risques qu'elle fait peser sur les droits et libertés individuels, une autre voie que le juge peut emprunter pour protéger la santé individuelle et garantir indirectement le droit à la protection de la santé (1).

1) La dimension collective de la santé reconnue

Une telle dimension figure dans certains textes à l'image de la Constitution italienne qui dispose que « La République protège la santé en tant que droit fondamental de l'individu et intérêt de la collectivité. Elle assure les soins gratuits aux indigents »³⁸³. Si la reprise par le juge constitutionnel italien de cette double acception de la protection de la santé³⁸⁴ relève de l'évidence, elle se fait au moyen d'un effort interprétatif plus conséquent chez son homologue hexagonal. Le juge constitutionnel français a déduit de l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution de 1946 qui reconnaît sous la forme d'une obligation de l'État le droit de chacun à voir sa santé protégée, le principe constitutionnel de protection de la santé publique³⁸⁵. A partir d'une source unique, le Conseil constitutionnel a découvert deux normes distinctes, le droit individuel à la protection de la santé et le principe constitutionnel de protection de la santé publique. Dans cette démarche constructive il a été suivi et même dépassé par le juge administratif qui, comme nous avons eu l'occasion de le souligner, a retenu cette seule dimension collective au détriment du droit individuel. Cette tendance du juge français à insérer la santé dans une perspective collective, si elle n'est pas sans intérêt pour le droit individuel - l'individu bénéficiant des mesures sanitaires dont la collectivité est le premier destinataire - emporte néanmoins une réorientation de la fonction du droit. La santé publique est alors envisagée dans la jurisprudence comme un possible motif de restriction de l'exercice des droits individuels. Pour s'en tenir aux exemples internes, la santé publique a ainsi pu justifier des limites apportées au droit de grève³⁸⁶, au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre³⁸⁷ ou encore au droit des marques³⁸⁸.

L'intérêt du détour par la santé publique est de permettre une protection de la santé individuelle et donc de contribuer à l'effectivité du droit à la santé au sein de systèmes juridiques peu ouverts à la problématique de la protection des droits de l'Homme ou du moins à celle des droits dits sociaux.

³⁸³ Article 32 de la Constitution italienne.

³⁸⁴ Italie, Cour const., Sent. 118, 18 avril 1996.

³⁸⁵ CC, 8 janvier 1991, Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, n° 90-283DC.

³⁸⁶ CC, 22 juillet 1980, Matières nucléaires, n° 80-117DC.

³⁸⁷ CC, 8 janvier 1991, précit.

³⁸⁸ C. Cass., Civ. 2^e 19 octobre 2006.

2) La santé publique protégée

Dans les instruments de protection des droits de l'Homme dédiés aux droits civils et politiques, la santé publique figure au titre des motifs de dérogations aux droits consacrés. Il en est ainsi de plusieurs articles de la CEDH : l'article 8 sur le droit au respect de la vie privée et familiale, l'article 9 sur la liberté religieuse³⁸⁹, l'article 10 relatif à la liberté d'expression ou encore l'article 11 portant sur la liberté de réunion. Des arrêts ont été rendus démontrant que le juge n'hésite pas, au terme d'un contrôle étroit, à faire primer les intérêts sanitaires, certes collectifs, sur ces droits civils individuels. Ainsi, dans deux arrêts la Cour européenne a rejeté les requêtes des propriétaires et directeurs de publication de magazines condamnés en France pour le délit de publicité indirecte en faveur du tabac³⁹⁰. La mise « en balance des exigences de la protection de la santé publique avec la liberté d'expression » est réalisée au profit de la première, le juge affirmant que « des considérations primordiales de santé publique, sur lesquelles l'État et l'Union européenne ont d'ailleurs légiféré, peuvent primer sur des impératifs économiques, et même sur certains droits fondamentaux comme la liberté d'expression ». Par le biais de la santé publique les intérêts sanitaires sont susceptibles de prévaloir sur des droits dits libertés, tels que la liberté d'expression devant la Cour européenne ou le droit de propriété devant le Conseil constitutionnel, les fameux droits de la première génération, à propos desquels la tendance de la doctrine est de déduire de leur primauté historique une supériorité juridique.

Au sein des organisations internationales et régionales économiques quelque peu étrangères à la problématique des droits de l'Homme, la santé publique est une voie d'entrée de considérations humanistes. Aussi bien dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce que dans celui de l'Union européenne, il est admis que la santé publique puisse constituer un motif de restriction de la liberté des échanges que ces organisations ont pourtant précisément pour objet de promouvoir. Les textes établissent ainsi des réserves de santé publique³⁹¹ autorisant les États, sous le contrôle du juge, à faire obstacle aux échanges commerciaux à des fins sanitaires. Les visées protectionnistes pouvant s'ajouter aux objectifs sanitaires, le juge³⁹² contrôle étroitement ces exceptions au principe du libre-échange. Étant des dérogations, de telles mesures étatiques sont soumises à des conditions précises strictement appréciées par les organes juridictionnels. C'est pourquoi peu d'entre elles

³⁸⁹ ComEDH 15 janvier 1998, *Boffa c. Saint-Marin*, req. n° 26536/95.

³⁹⁰ CEDH, 5 mars 2009, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c. France*, req. n° 13353/05 et CEDH, 5 mars 2009, *Société de Conception de Presse et d'Édition et Ponson c. France*, req. n° 26935/05.

³⁹¹ Article XXb du GATT et articles 36, 45-3 et 62 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

³⁹² Sur la question de savoir si l'Organe de règlement des différends de l'OMC est un juge, voir Carlos SANTULLI, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58 ; Hélène RUIZ-FABRI, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, n° 1, 2006, p. 39.

passent l'étape du contrôle juridictionnel. Le but de santé publique poursuivi doit être démontré³⁹³, avant que la mesure adoptée soit soumise au contrôle de proportionnalité au cours duquel une mise en balance des intérêts sanitaires et commerciaux est effectuée³⁹⁴. Plus précisément, ce contrôle consiste pour le juge tout à la fois à vérifier l'efficacité sur le plan sanitaire de l'action nationale entreprise et à apprécier son caractère strictement nécessaire au but poursuivi. Dans ce dernier aspect du contrôle le juge vérifie qu'il n'existait pas de mesures alternatives qui, pour une efficacité similaire, auraient été moins attentatoires à la liberté des échanges commerciaux. Au-delà de la réalité de la mise en balance relativement peu favorable aux enjeux sanitaires, l'existence même de telles réserves au sein d'instruments de protection des libertés économiques témoigne de la place très privilégiée qu'occupe la santé dans la société juridique contemporaine. Certainement par les liens qu'elle entretient avec la vie, la santé est perçue comme une valeur ne devant pas être totalement soumise aux aléas du marché mondial. De ce fait le droit à la protection de la santé n'est peut-être pas un droit social comme les autres.

Conclusion

Au terme de cette étude du droit à la protection de la santé, menée dans une perspective comparatiste, on pourrait être tenté, par une sorte de raisonnement inductif, de généraliser à l'ensemble de la catégorie d'appartenance dudit droit - celle des droits sociaux - les conclusions obtenues à son propos. Toutefois, les enseignements qui peuvent en être tirés concernant la justiciabilité ou non justiciabilité des autres droits sociaux doivent être mesurés. En effet, si le caractère de créance n'apparaît pas, contrairement à la présentation qu'en fait traditionnellement la doctrine, comme un obstacle à sa justiciabilité, il n'en reste pas moins vrai que le droit à la protection de la santé présente un certain nombre de caractéristiques propres imposant la prudence dans la généralisation indifférenciée des conclusions obtenues sur sa justiciabilité. Gardons-nous donc de faire de ce droit un modèle ; contentons-nous d'y voir une manifestation de l'éventail des opportunités qui s'offrent au juge dans sa contribution à la promotion de l'effectivité d'un droit.

³⁹³ La finalité sanitaire de l'initiative française a été admise à propos de l'interdiction des importations d'amiante, dans la mesure où elle visait à éviter les risques de cancer du poumon, et de mésothéliome, « but non contestable au vu de la masse des données allant dans ce sens », Communautés européennes – Mesure affectant l'amiante et les produits en contenant, WT/DS135/R18, septembre 2000. Le juge de l'Union européenne fait preuve d'une certaine souplesse en n'exigeant pas de certitude scientifique : « dans la mesure où des incertitudes subsistent en l'état actuel de la recherche scientifique, il appartient aux États (...) de décider du niveau auquel ils entendent assurer la protection de la santé et la vie des personnes (...). Etant donné les incertitudes inhérentes à l'appréciation scientifique, une réglementation nationale interdisant, sauf autorisation préalable, la commercialisation des denrées (...) est dans son principe justifiée, au sens de l'article 36 du traité, pour des raisons de protection de la santé humaine », CJCE, 14 juillet 1983, Sandoz, aff. 174/82, Rec., p. 2445, points 16, 17.

³⁹⁴ Pour une illustration de cette proportionnalité, voir CJCE, 25 juillet 1991, Aragonesa, aff. jointes C-1 et 176/90, Rec. I, p. 4151, point 18.

Le droit à la protection de la santé vient en effet utilement rappeler que la justiciabilité dépend, plus que d'une prétendue nature des droits, de l'exploitation par cet acteur qu'est le juge des potentialités offertes par le système juridique auquel il appartient.

Pour citer cet article

Tatiana Gründler, « Le droit à la protection de la santé », *La Revue des Droits de l'Homme*, juin 2012

<http://revdh.files.wordpress.com/2012/06/le-droit-c3a0-la-protection-de-la-santc3a9.pdf>