

FICHE 5 – En filigrane, discrets mais essentiels, les droits à la vie et au meilleur état de santé possible

Dans ses fonctions les plus régaliennes d'autorité, le modèle d'Etat hérité de la Révolution française de 1789 se manifeste au moins dans le devoir de maintenir l'ordre public (en ce compris dans sa composante « salubrité publique ») comme le rappela le Conseil d'Etat en 2017, d'une part, et dans ce que, sans désespérer avant et après l'Indépendance, l'échelon communal à titre principal (à titre subsidiaire l'échelon provincial et plus tard l'échelon national / fédéral) a la lourde charge quotidienne de faire jouir les habitants des avantages d'une bonne police (y compris en cas d'épidémie et parfois quand le trouble à l'ordre public trouve sa source dans un espace privé), d'autre part (FICHE 2). Depuis, au vu du catalogue étendu de droits et libertés garantis par la Constitution et plusieurs traités internationaux, l'Etat ne saurait se cantonner à assurer l'ordre pour l'ordre. Non seulement le droit des droits fondamentaux encadre leur réglementation et mise en pratique, de surcroît il impose à la puissance publique de se doter de normes, de politiques et de budgets qui les développent.

Aucun constituant belge n'a jugé jusqu'à présent nécessaire de formuler le droit à la vie en soi dans le texte de la loi fondamentale. Son article 23 évoque bien le droit à la santé et le droit à la sécurité sociale (seulement depuis 1994). L'on peut certes déduire de l'ensemble constitutionnel (éclairé par les lois de réformes institutionnelles qui en énumérant qui fait quoi donnent malgré tout un bon éclairage sur les fonctions de l'Etat moderne et ici leur distribution dans la Belgique fédérale) que celui-ci a pour vocation cette fameuse sauvegarde de la vie. On ne comprendrait pas pourquoi il faudrait sinon une police, une armée, ... sachant que la liberté individuelle est par principe garantie par l'article 7 ou qu'une discrimination dans l'accès aux services collectifs et la jouissance des droits individuels entraînerait violation de l'article 10.

Passant en revue la bonne dizaine de droits et libertés atteints par les premiers dispositifs de confinement, en lecteurs attentifs des premiers arrêtés, les auteurs du Courrier du CRISP sur « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 » relèvent très justement une correction pas si anodine que cela¹⁶⁰ :

On peut remarquer que, dans la version originale du préambule de l'arrêté ministériel du 13 mars 2020 (avant que celui-ci ne soit corrigé par un erratum publié au Moniteur belge du 14 mars 2020), l'article 26 de la Constitution était explicitement visé. La correction s'explique peut-être par le fait qu'il semblait inutile de viser la disposition constitutionnelle qui fonde et encadre un droit fondamental particulier, alors que bien d'autres sont touchés par le dispositif.

Rajoutons que si tout acte administratif devait se justifier en citant toutes les dispositions supérieures auxquelles il a à se conformer, la mission serait tout bonnement impossible. Il n'en demeure pas moins 1/ qu'il doit évidemment y être conforme (sans avoir à les citer), 2/

¹⁶⁰ Frédéric Bouhon, Andy Jousten Xavier Miny et Emmanuel Slautsky, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°2446, avril 2020, p. 35, note 173 : <http://www.crisp.be/2020/04/letat-belge-face-a-la-pandemie-de-covid-19-esquisse-dun-regime-dexception/> .

qu'il aurait été concevable, vu les valeurs en jeu, d'employer les considérants pour faire œuvre pédagogique et 3/ que quelques références bien choisies pourraient aider en vue du contrôle de proportionnalité de ce qui est limitable au nom de la « santé publique ».

Deux textes (seulement) ont procédé de la sorte et encore ont-ils tous deux cessé de sortir leurs effets le 3 avril : les **arrêtés du Gouvernement de la Communauté française du 13 mars 2020** 1/ suspendant les activités de services du secteur de l'enfance pour lutter contre la propagation du coronavirus COVID-19¹⁶¹ et 2/ portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 dans l'Enseignement supérieur, l'Enseignement de Promotion sociale, l'Aide à la jeunesse, les Maisons de justice, la Jeunesse et les Sports¹⁶². Non contents de se reposer sur la vieille loi sanitaire de 1831 convoquée dans leurs visas d'un côté (**FICHE 3, point 2**), ils **invoquent presque sibyllins dans leurs considérants deux dispositions internationales d'une importance prépondérante**, de l'autre :

Considérant la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du 4 novembre 1950, en particulier ses articles 2 [ainsi que dans le second : « et 11.2 »] ;

Considérant le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels fait à New York le 19 décembre 1966, l'article 12, 2°, c) ;

Les arrêtés « confinement » du Ministre de l'Intérieur n'abordent pas le problème en ces termes quoique leur rationalité ultime, comme en attestent leurs considérants, ne prête guère le flanc à la discussion (à moins de démontrer la supériorité indubitable des stratégies d'immunisation collective, lesquelles ont semble-t-il dû être à tout le moins amodiées aux Pays-Bas ou en Suède) : « l'aplatissement de la courbe ». Même en accroissant à toute vitesse les capacités du système hospitalier (public et privé), il fallait éviter sa surcharge pour la prise en charge tant des patients atteints de la Covid-19 que des autres nécessitant des soins intensifs et urgents.

Le droit à la vie et ses coreligionnaires que sont le droit à la santé et à la sécurité sociale sont des droits individuels. Existant à leurs côtés, dans les présentes circonstances, bien d'autres droits individuels (et même eux parfois à la marge) doivent connaître des limitations induites par un objectif cette fois-ci plus collectif, la sauvegarde de la santé publique ou, si l'on veut, l'agrégation la plus maximale possible des droits individuels à la santé, ceci pour endiguer la propagation et soigner en limitant au mieux la casse.

1/ Le droit à la vie implique pour l'Etat des obligations positives de prestation

Commençons par **l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme** (CEDH) :

1. *Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.*

¹⁶¹ <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2020/03/13/2020040631/justel> .

¹⁶² <http://www.ejustice.just.fgov.be/eli/arrete/2020/03/13/2020040632/justel> .

2. *La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :*
- a) *pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;*
 - b) *pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;*
 - c) *pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection.*

On le voit, la vie y est globalement d'abord envisagée dans un rapport de sujet à l'Etat. Elle emporte le droit de ne pas être tué tout court et certainement pas arbitrairement, préoccupation majeure de l'immédiat après Seconde Guerre Mondiale. D'autres protocoles additionnels ultérieurs à la Convention (dont le n°13) ont pour leurs signataires comme la Belgique mené à l'abolition de la peine de mort (y compris en temps de guerre). Cette disposition se situe toutefois depuis longtemps maintenant au cœur de contentieux sur l'avortement ou l'euthanasie. En-dehors des cas tenant à l'usage de la force publique¹⁶³ au nom du maintien de l'ordre, la Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer essentiellement sur des cas individuels (suicides en prison, traitement de personnes souffrant de pathologies mentales, décès suite à une maladie nosocomiale contractée dans un hôpital, ...).

Certes, la jurisprudence européenne n'a quasiment pas eu à connaître de dossiers mettant en jeu la responsabilité d'un Etat dans le cadre de la gestion d'une épidémie. Cependant, certaines règles générales sont applicables à tous les cas où l'article 2 se trouve en jeu, comme cela a été notamment décidé, dans le domaine de la santé en milieu hospitalier dans un important arrêt du 19 décembre 2017, Lopes De Sousa Fernandes c. Portugal, 56080/13¹⁶⁴ (une affaire de maladie nosocomiale avec négligence médicale) :

164. *La Cour rappelle que la première phrase de l'article 2, qui se place parmi les articles primordiaux de la Convention en ce qu'il consacre l'une des valeurs fondamentales des sociétés démocratiques qui forment le Conseil de l'Europe, impose à l'État l'obligation non seulement de s'abstenir de donner la mort « intentionnellement », mais aussi de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (Calvelli et Cigliò, § 48, et Vo, § 88, tous deux précités).*

165. *La Cour a souligné à de nombreuses reprises que, **même si le droit à la santé – qui est reconnu dans de nombreux instruments internationaux – ne fait pas partie en tant que tel des droits garantis par la Convention et ses Protocoles (Vasileva c. Bulgarie, no 23796/10, § 63, 17 mars 2016), l'obligation positive susmentionnée doit s'interpréter comme valant dans le contexte de toute activité, publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie (Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu, précité, § 130), y compris dans le domaine de la santé publique.***

166. *Dans le contexte particulier de la santé, la Cour a jugé que l'obligation positive matérielle incombant à l'État astreignait celui-ci à mettre en place un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades (voir, parmi beaucoup d'autres, Oyal c. Turquie, no 4864/05, § 54, 23 mars 2010, et Lambert et autres c. France [GC], no 46043/14, § 140, CEDH 2015 (extraits)).*

167. *Cependant, elle n'a pas exclu que les actes et omissions des autorités dans le cadre des politiques de santé publique puissent, dans certaines circonstances, engager la responsabilité des Parties contractantes sous l'angle du volet matériel de l'article 2 (Powell, décision précitée).*

¹⁶³ Pour un cas très récent, Cour EDH, arrêt rendu le 19 mars 2020, *Fabris et Parziale c. Italie*, 41603/13 :

<http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-201742> .

¹⁶⁴ <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-179805> .

La Cour a publié le 31 août 2019 un *Guide sur l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit à la vie*, qui permet de se faire une idée rapide¹⁶⁵ des **obligations de l'Etat. Elles ne se limitent pas, négativement, à interdire la violation du droit à la vie ; pour être respecté, celui-ci implique également que l'Etat satisfasse à des obligations positives tant matérielles (certaines mesures et politiques qu'il doit mettre en place) et procédurales (vu l'importance de ce droit, doivent exister des recours et enquêtes adéquats)**. Très brièvement, donc :

8. *L'article 2 § 1 astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction (Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie [GC], § 130). Généralement parlant, cette obligation positive a deux volets : a) mettre en place un cadre réglementaire, et b) prendre préventivement des mesures d'ordre pratique.*

9. *La Cour considère que l'obligation positive que l'article 2 fait peser sur l'État de prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction s'appliquent dans le cadre de toute activité, qu'elle soit publique ou non, susceptible de mettre en jeu le droit à la vie (Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie [GC], § 130). 10. Ainsi, la Cour a jugé que l'article 2 imposait des obligations positives dans différents domaines, par exemple : ♣ la santé (Calvelli et Ciglio c. Italie [GC] ; Vo c. France [GC]).*

Néanmoins, la protection de la vie dépend du contexte, ce qui influence l'amplitude des obligations pesant sur l'Etat :

33. *Pour ce qui est du choix de mesures concrètes particulières, la Cour rappelle constamment que, dans les cas où l'État contractant est tenu de prendre des mesures positives, le choix de celles-ci relève en principe de la marge d'appréciation de ce dernier. Étant donné la diversité des moyens propres à garantir les droits protégés par la Convention, le fait pour l'État concerné de ne pas mettre en œuvre une mesure déterminée prévue par le droit interne ne l'empêche pas de remplir son obligation positive d'une autre manière. À cet égard, on ne saurait imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif en ignorant les choix opérationnels qu'elles doivent faire en termes de priorités et de ressources ; cela résulte de la marge d'appréciation étendue dont doit jouir l'État dans des domaines sociaux et techniques difficiles, comme la Cour l'a déjà dit à plusieurs reprises (Boudaïeva et autres c. Russie, §§ 134-135 ; Vilnes et autres c. Norvège, § 220 ; Brincat et autres c. Malte, § 101).*

L'article 2 CEDH n'ignore plus la protection des personnes dans le domaine de la santé :

39. *Dans le domaine de la santé, les obligations positives imposent à l'État de mettre en œuvre un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades (Calvelli et Ciglio c. Italie [GC], § 49 ; Vo c. France [GC], § 89 ; Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], § 166).*

40. *Sur ce point, l'obligation pour les États membres de réglementer doit être comprise au sens large, c'est-à-dire comme englobant le devoir de faire en sorte que le cadre réglementaire fonctionne bien. Les États sont donc également tenus de prendre les mesures nécessaires pour assurer la mise en œuvre des règles qu'ils édictent, notamment des mesures de contrôle et d'application (Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], § 190).*

41. *Toutefois, la question de savoir si l'État a failli à son obligation de réglementer appelle de sa part une appréciation concrète, et non abstraite, des défaillances alléguées. En conséquence, le simple fait que le cadre réglementaire puisse être défaillant par certains côtés ne suffit pas en lui-même à soulever une*

¹⁶⁵ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_FRA.pdf .

question sous l'angle de l'article 2 de la Convention. Il faut encore démontrer que cette défaillance a nui au patient (Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], § 188).

45. Selon la Cour, pour qu'il puisse y avoir refus d'accès à des soins d'urgence vitaux, les conditions suivantes, prises cumulativement, doivent être satisfaites : ♣ premièrement, il faut que les actions et omissions des prestataires de santé soient allées au-delà d'une simple erreur ou négligence médicale, c'est-à-dire que ces prestataires aient, au mépris de leurs obligations professionnelles, refusé à un patient des soins médicaux d'urgence alors qu'ils savaient pertinemment que ce refus mettait la vie du patient en danger ; ♣ deuxièmement, pour être imputable à l'État, le dysfonctionnement en cause doit être objectivement et réellement reconnaissable comme étant systémique ou structurel ; ♣ troisièmement, il doit y avoir un lien entre le dysfonctionnement dénoncé et le préjudice subi par le patient ; et ♣ enfin, ce dysfonctionnement doit avoir pour origine le non-respect par l'État de son obligation de mettre en place un cadre réglementaire, au sens large (Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal [GC], §§ 191-196).

Pas plus tard que ce 31 mars, dans une affaire belge portant sur le suicide d'une personne atteinte de troubles psychiques en détention préventive, la Cour européenne a rappelé de manière générale l'applicabilité de cette disposition même lorsque la personne se disant victime d'une atteinte à son droit à la vie n'est pas décédée¹⁶⁶.

L'article 2 CEDH n'est pas seul en son genre. **L'on a grandement intérêt à autant puiser dans les travaux du Comité des droits de l'homme de l'ONU, Observation générale n°36 - Article 6 : droit à la vie, CCPR/C/GC/36, 2 novembre 2018 (traduction française, 3 septembre 2019)¹⁶⁷.** En effet, cet organe de l'ONU a complémentarément pour lui qu'il **scrute l'état des droits à l'échelle planétaire, y compris dans des contextes nationaux et internationaux où les grands problèmes de santé d'ordre épidémique se vivent plus souvent.**

L'article 6, § 1^{er}, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) affirme également « *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* ».

Le Comité est très clair sur la place forcément primordiale d'un droit auquel, comme dans la CEDH, il ne peut être dérogé même en cas de circonstances exceptionnelles (sauf les cas d'usage licite de la force) (FICHE 6, point 1). Il exprime ce qui peut passer pour des truismes mais justement ces évidences trop oubliées qui rappellent présentement l'Etat à l'amplitude de ses devoirs :

2. L'article 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques reconnaît et protège le droit de toutes les personnes humaines à la vie. Le droit à la vie est le droit suprême auquel aucune dérogation n'est autorisée, même dans les situations de conflit armé et autres situations de danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation¹. Le droit à la vie revêt une importance capitale, tant pour les personnes que pour la société dans son ensemble. Il est extrêmement précieux en lui-même en tant que droit inhérent à toute personne humaine, mais il constitue également un droit fondamental, dont la protection effective est la condition indispensable de la jouissance de tous les autres droits de l'homme et dont le contenu peut être éclairé par d'autres droits de l'homme.

¹⁶⁶ Cour EDH, arrêt du 31 mars 2020, *Jeanty c. Belgique*, n°82284/17, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202125>.

¹⁶⁷

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR%2fC%2fGC%2f36&Lang=fr.

3. Le droit à la vie est un droit qui ne devrait pas être interprété de manière étroite. Il recouvre le droit des personnes de ne pas subir d'actes ni d'omissions ayant pour but de causer, ou dont on peut attendre qu'ils causent, leur décès non naturel ou prématuré, et de vivre dans la dignité. L'article 6 du Pacte garantit ce droit à toutes les personnes humaines, sans distinction d'aucune sorte, y compris à celles qui sont soupçonnées ou reconnues coupables de crimes, même les plus graves.

4. Le paragraphe 1 de l'article 6 du Pacte dispose que nul ne peut être arbitrairement privé de la vie et que le droit à la vie doit être protégé par la loi. Il pose le fondement de l'obligation qu'ont les États parties de respecter et garantir le droit à la vie, de lui donner effet par des mesures d'ordre législatif ou autre, et d'offrir un recours utile et une réparation à toutes les victimes de violations du droit à la vie.

Dans le système onusien des droits de l'homme, les obligations positives à remplir se développent au fil de la pratique :

7. Les États parties doivent respecter le droit à la vie. Cela implique l'obligation de s'abstenir de tout comportement qui aboutirait à une privation arbitraire de la vie. Les États parties doivent également garantir le droit à la vie et exercer la diligence voulue pour protéger la vie humaine contre toute atteinte de la part de personnes ou d'entités dont le comportement n'est pas imputable à l'État. L'obligation qu'ont les États parties de respecter et de garantir le droit à la vie vaut face aux menaces et situations mettant la vie en danger raisonnablement prévisibles qui peuvent aboutir à la perte de la vie. Il peut y avoir violation de l'article 6 par les États parties même si une telle menace ou situation n'aboutit pas à la perte de la vie.

12. En règle générale, la privation de la vie est arbitraire si elle est incompatible avec le droit international ou avec le droit interne. Toutefois, une privation de la vie peut être autorisée par le droit interne et être néanmoins arbitraire. La notion d'« arbitraire » ne doit pas être considérée comme équivalant exactement à celle de « contraire à la loi », mais doit être interprétée de manière plus large, comme englobant des éléments relatifs au caractère inapproprié, injuste et imprévisible de l'acte visé et au principe de légalité tout comme des considérations de raisonnable, de nécessité et de proportionnalité. (...) [le reste sur l'usage de la force par les forces de l'ordre]

Le passage suivant indique bien leur nature, **y compris dans le domaine de la santé¹⁶⁸ et dans certains contextes épidémiques** (le Comité se préoccupant par ailleurs de la dégradation de l'environnement) :

26. L'obligation de protéger la vie signifie également que les États parties devraient prendre des mesures appropriées destinées à améliorer certains contextes dans la société susceptibles d'engendrer des menaces directes pour la vie ou d'empêcher des personnes de jouir de leur droit à la vie dans la dignité. Il peut s'agir notamment d'un degré élevé de violence liée à la délinquance ou à l'utilisation d'armes à feu, de trafic généralisé, d'accidents industriels, de la dégradation de l'environnement (voir aussi par. 62 ci-dessus), de la privation des peuples autochtones de leurs terres, territoires et ressources, de la prévalence de maladies potentiellement mortelles comme le sida, la tuberculose ou le paludisme, d'une toxicomanie largement répandue, de la faim et de la malnutrition à grande échelle, de l'extrême pauvreté ou du sans-abrisme. Les mesures requises pour créer des conditions adéquates permettant de protéger le droit à la vie peuvent notamment comprendre, si besoin, des mesures propres à garantir l'accès immédiat aux biens et services essentiels tels que l'alimentation, l'eau, un abri, les soins de santé, l'électricité et l'assainissement et d'autres mesures destinées à promouvoir et favoriser des conditions générales adéquates telles que le renforcement de l'efficacité des services de soins d'urgence et d'intervention en cas d'urgence (notamment pompiers, ambulances et forces de police) et des programmes de logement social. Les États parties devraient en outre élaborer des plans stratégiques

¹⁶⁸ Complémentairement, même si son service de presse n'engage pas la Cour, et pour suivre des affaires pendantes sur ce qui pourrait advenir ultérieurement, à savoir une éventuelle vaccination obligatoire, *Fiche thématique – Santé*, janvier 2020 : https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_FRA.pdf .

visant à favoriser la jouissance du droit à la vie – pouvant comprendre des mesures de lutte contre la stigmatisation associée à certains handicaps et à certaines maladies, notamment les maladies sexuellement transmissibles, qui entrave l'accès aux soins médicaux ; des plans détaillés visant à promouvoir l'éducation à la non-violence ; et des campagnes de sensibilisation à la violence fondée sur le genre et aux pratiques préjudiciables et des mesures destinées à améliorer l'accès aux examens et traitements médicaux conçus pour réduire la mortalité maternelle et infantile. Enfin, les États parties devraient aussi mettre au point, si nécessaire, des plans d'urgence et des plans de gestion des catastrophes conçus pour améliorer la préparation aux catastrophes naturelles ou causées par l'homme qui peuvent compromettre la jouissance du droit à la vie comme les ouragans, les tsunamis, les tremblements de terre, les accidents radioactifs et les cyberattaques massives qui entraînent l'interruption des services essentiels.

Dans le cas de la lutte relativement globale engagée contre la pandémie, l'on peut raisonnablement présenter les choses de la sorte (nous ne nous intéressons pas ici à l'obligation positive « procédurale » que l'article 2 CEDH met aussi à charge des Etat, celle d'organiser des enquêtes effectives et des voies de recours adéquates) :

- Le droit à la vie fait partie des droits auxquels il ne saurait être dérogé même en cas de danger exceptionnel, même l'article 15 CEDH (non applicable, FICHE 6, point 2) empêche toute invocation d'un quelconque état de nécessité ;
- L'Etat a l'obligation positive de protéger la vie, « l'obligation juridique de réagir face à un risque pour la vie »¹⁶⁹ ;
- C'est *a priori* une obligation de moyens et non de résultats ; un dysfonctionnement flagrant et répété a plus de chances d'aboutir à un constat de violation ;
- Vu les circonstances hors du commun, il a une marge d'appréciation très étendue pour à ce titre limiter l'exercice d'autres droits et libertés lorsque ceux-ci prévoient la possibilité d'une limitation au nom de la santé publique ;
- L'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, tant ceux agissant dans le cadre du secteur public que ceux travaillant dans des structures privées, et le cas échéant d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes ;
- Sans pour autant que les limitations de ces autres droits aboutissent à leur négation.

Ces obligations imposées par le droit international supérieur dans la hiérarchie des normes vont évidemment de pair avec toute une série d'obligations existant en droit national belge :

- L'Etat belge a de de surcroît l'obligation de pourvoir à l'approvisionnement de la population même en cas d'état de guerre et d'état de siège par l'entremise de l'armée s'il le faut (article 7 de l'arrêté-loi du 11 octobre 1916 relatif à l'état de guerre et à l'état de siège), il devrait ainsi, dans toutes les circonstances du temps de paix, prendre

¹⁶⁹ Frédéric Bouhon, Andy Jousten Xavier Miny et Emmanuel Slautsky, « L'État belge face à la pandémie de Covid-19 : esquisse d'un régime d'exception », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, n°2446, avril 2020, p. 7 : <http://www.crisp.be/2020/04/letat-belge-face-a-la-pandemie-de-covid-19-esquisse-dun-regime-dexception/> .

toutes les mesures requises pour l'assurer en cas de rupture de certaines chaînes de production, d'acheminement et de distribution de denrées alimentaires (et autres biens de première nécessité) ;

- C'est aussi un devoir légal de la protection civile d'assurer la d'eau potable (du moins sous l'empire de l'article 2bis, § 1^{er}, 10^o, de la loi du 31 décembre 1963 qui ne semble plus en vigueur depuis le 5 octobre 2018) ;
- Sans parler des droits minimaux à l'assistance sociale (qui pour les étrangers en séjour illégal se limitent cependant à l'aide médicale urgente, ce qui peut rentrer en conflit justement avec l'article 2 CEDH qui s'applique à toute personne sous la juridiction de la Belgique) ; etc.

Néanmoins, tout ceci repose sur l'idée implicite, au moins dans le droit de l'Union européenne qui a largement contribué à détricoter les services publics, que, hormis les circonstances exceptionnelles et la réclamation de droits à l'aide sociale, c'est en principe au marché que chaque personne physique s'adresse en tant que consommatrice pour pourvoir à ses besoins alimentaires¹⁷⁰. A méditer au regard des difficultés rencontrées par les associations qui tentent vaille que vaille d'assurer des secours alimentaires ...

2/ Les droits à la santé et aux soins de santé

L'Etat est indubitablement le premier débiteur des droits fondamentaux. L'essentiel reste avant tout logé dans ce que la législation nationale prévoit concrètement comme droits et comme moyens budgétaires / de financement. Il n'empêche que **sans proclamer elle-même explicitement un droit à la santé, outre son article 2, si l'on ne prend que la CEDH, plusieurs de ses articles sont susceptibles de concerner la santé¹⁷¹, à commencer par l'article 8¹⁷²**. Celui-ci a autant vocation à s'appliquer comme le montre un contentieux devenu nourri sur les obligations en matière de protection de l'environnement.

Ici aussi, la Cour européenne des droits de l'homme met à disposition un *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme - Droit au respect de la vie privée et familiale*, à jour le 31 août 2019¹⁷³ :

¹⁷⁰ Tel est le mantra de l'Union européenne, notamment dans la Communication de la Commission, *Les services d'intérêt général en Europe*, COM(2000) 580 final, 20 septembre 2000, § 14 :

https://www.senat.fr/europe/textes_europeens/e1560.pdf .

¹⁷¹ Voyez pour un survol utile, du service presse de la Cour EDH, *Fiche thématique – Santé*, janvier 2020 :

https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Health_FRA.pdf . A noter que des affaires de vaccination obligatoire (ce qui pourrait se comparer avec certaines mesures d'endiguement de la pandémie encore à venir comme des dépistages contraints), renseignées p. 23, sont pendantes devant la Grande chambre de la Cour. Également, *Thematic Report. Health-related issues in the case-law of the European Court of Human Rights*, 2015 :

https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_health.pdf .

¹⁷² Cour EDH, *Guide sur l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Droit au respect de la vie privée et familiale*, 31 août 2019 :

https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf .

¹⁷³ https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_FRA.pdf .

33. De même, bien que le droit à la santé ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention ou ses Protocoles, les États membres ont dans ce domaine un certain nombre d'obligations positives découlant des articles 2 et 8. Ils doivent, d'une part, mettre en place une réglementation obligeant les hôpitaux publics et privés à adopter des mesures appropriées pour protéger l'intégrité physique de leurs patients et, d'autre part, mettre à la disposition des victimes de négligences médicales une procédure apte à leur procurer, le cas échéant, une indemnisation de leur préjudice. Pareilles obligations découlent de l'article 8 lorsqu'il s'agit d'atteintes à l'intégrité physique ne mettant pas en cause le droit à la vie tel que garanti par l'article 2 (Vasileva c. Bulgarie, §§ 63-69 ; İbrahim Keskin c. Turquie, § 61 ; et Mehmet Ulusoy et autres c. Turquie, §§ 92-94).

90. La Cour a par ailleurs conclu à la violation de l'article 8 dans une affaire où l'État n'avait pas fourni aux plongeurs des informations suffisantes sur les risques pour la santé liés à l'utilisation de tables de décompression (Vilnes et autres c. Norvège, § 244) et dans une affaire où l'État n'avait mis à la disposition de la requérante aucun moyen légal permettant de rendre effective la réparation des préjudices causés par des erreurs médicales commises dans un hôpital public (Codarcea c. Roumanie). Elle a toutefois déclaré irrecevable une requête dirigée contre la Turquie qui concernait le défaut de réparation des préjudices subis par les victimes d'un effet indésirable d'un vaccin facultatif (Baytüre et autres c. Turquie (déc.)).

97. Même si le droit à la santé n'est pas garanti en tant que tel par la Convention ou ses Protocoles, les Hautes Parties contractantes ont, en plus des obligations positives découlant de l'article 2 de la Convention, l'obligation positive, au titre de l'article 8, d'une part, de mettre en place un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient publics ou privés, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de l'intégrité physique de leurs patients et, d'autre part, de garantir aux victimes de fautes médicales un accès à une procédure leur permettant, le cas échéant, d'obtenir réparation de leur préjudice (Vasileva c. Bulgarie, § 63 ; Jurica c. Croatie, § 84 ; Mehmet Ulusoy et autres c. Turquie, § 82). Les obligations positives sont donc limitées au devoir de mettre en place un cadre réglementaire effectif obligeant les établissements hospitaliers et les professionnels de la santé à adopter les mesures appropriées pour protéger l'intégrité des patients. Il s'ensuit que, même lorsque la négligence médicale a été établie, la Cour ne conclura normalement pas à la violation du volet matériel de l'article 8 – ou de l'article 2. Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, la responsabilité de l'État peut toutefois être engagée à raison des actions et omissions des prestataires de santé. Le premier type de circonstances exceptionnelles survient dans le cas où l'on a sciemment mis en danger la vie d'un patient en lui refusant l'accès à un traitement vital ; le second correspond aux situations où un patient n'a pas eu accès à un tel traitement en raison d'un dysfonctionnement systémique ou structurel dans les services hospitaliers, et où les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance de ce risque et n'ont pas pris les mesures nécessaires pour empêcher qu'il ne se réalise (Mehmet Ulusoy et autres c. Turquie, §§ 83-84, qui cite Lopes de Sousa Fernandes c. Portugal). Ces principes, qui se dégagent de la jurisprudence de la Cour relative à l'article 2, s'appliquent également sous l'angle de l'article 8 lorsqu'il s'agit d'atteintes à l'intégrité physique ne mettant pas en cause le droit à la vie tel que garanti par l'article 2 (İbrahim Keskin c. Turquie, § 61).

La Cour reconnaît que des limites à l'intervention de l'Etat résident dans les moyens qu'il peut raisonnablement y affecter :

100. Pour ce qui est de l'accès aux services de santé, la Cour fait preuve de prudence de manière à éviter que l'application de l'article 8 n'exige l'affectation d'importantes ressources publiques. En effet, elle considère que, conscientes des sollicitations dont est l'objet le régime de santé et des fonds disponibles, les autorités nationales sont mieux placées qu'une juridiction internationale pour procéder à une évaluation en la matière (Pentiacova et autres c. Moldova (déc.)).

101. La Cour a jugé irrecevable une requête concernant le refus des autorités du Royaume-Uni de mettre en place un programme d'échange de seringues pour les toxicomanes en prison (Shelley c. Royaume-Uni (déc.)). Dans cette affaire, elle a en effet estimé que rien dans l'article 8 n'obligeait les États contractants à adopter une politique particulière de prévention en matière de santé. De même, elle a conclu que le refus de la Bulgarie d'autoriser des patients en phase terminale à faire usage de médicaments

expérimentaux non autorisés n'avait pas emporté violation de l'article 8 (Hristozov et autres c. Bulgarie ; Durisotto c. Italie (déc.) et elle a rejeté une requête contestant une législation relative à la prescription de médicaments à base de cannabis (A.M. et A.K. c. Hongrie (déc.)), tout en rappelant les obligations de l'État en la matière (§§ 46-47).

Le contentieux de la protection de la santé dans un environnement dégradé fournit de précieuses indications :

123. Les tentatives des autorités nationales d'aboutir à la décontamination d'une région polluée qui n'avaient pas produit les effets escomptés ont été considérées comme emportant violation de l'article 8 dans l'arrêt Cordella et autres c. Italie, §§ 167-172, qui portait sur un cas de pollution de l'air par une aciérie au détriment de la santé de la population voisine. Dans cette affaire, malgré l'existence d'études scientifiques officielles attestant que la pollution environnementale mettait en danger la santé des requérants, la situation avait perduré pendant des années et la population résidant dans les zones à risque était restée privée d'informations quant au déroulement de l'assainissement du territoire concerné.

422. Les conséquences de la pollution de l'environnement doivent atteindre un « seuil minimum de gravité », sans qu'il soit pour autant nécessaire que l'atteinte constitue un grave danger pour la santé de l'intéressé (López Ostra c. Espagne, § 51). En effet, des atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile de manière à nuire à leur vie privée et familiale, sans pour autant mettre en grave danger leur santé (Guerra et autres c. Italie, § 60). Un grief défendable sur le terrain de l'article 8 peut naître si un risque écologique atteint un niveau de gravité diminuant notablement la capacité du requérant à jouir de son domicile ou de sa vie privée ou familiale. L'appréciation de ce seuil minimum dépend des circonstances de l'affaire, comme de l'intensité et de la durée des nuisances (Udovičić c. Croatie, § 139), ainsi que des conséquences physiques ou psychologiques sur la santé ou la qualité de vie de l'intéressé (Fadeïeva c. Russie, § 69).

423. Par conséquent, l'article 8 ne couvre ni une « dégradation générale de l'environnement » (Martínez Martínez et Pino Manzano c. Espagne, § 42), ni le cas d'une atteinte négligeable par rapport aux risques écologiques liés à la vie dans les villes modernes (Hardy et maile c. Royaume-Uni, § 188).

431. La Cour prend en compte les mesures mises en place par les autorités nationales. Elle a conclu à une violation du droit au respect du domicile dans l'affaire López Ostra c. Espagne, §§ 56-58, lorsque les autorités ont entravé la fermeture d'une station d'épuration nuisible à la santé. La passivité des autorités locales face aux nuisances sonores prolongées provenant d'une boîte de nuit, dépassant les niveaux sonores autorisés, a conduit à un constat de violation dans l'affaire Moreno Gómez c. Espagne, § 61. L'incapacité prolongée des autorités italiennes à assurer le bon fonctionnement du service de collecte, de traitement et d'élimination des déchets a aussi conduit à une violation du droit au respect du domicile dans l'affaire Di Sarno et autres c. Italie, § 112. En revanche, dans l'affaire Tolić et autres c. Croatie (déc.), la Cour a considéré que l'État avait pris toutes les mesures raisonnables pour protéger les droits garantis aux requérants par l'article 8 (§§ 95-101).

Outre les liens que le droit à la santé présente avec les articles 2 et 8 CDEH, plusieurs instruments juridiques supérieurs dans la hiérarchie des normes le proclament. Il convient cependant, sur le plan juridique, de bien comprendre que tous ces droits ne sont pas d' « effet direct », certains ne confèrent que des « droits cliquet ». Néanmoins, comme c'est au droit national « normal » (et à charge de chaque autorité politique dans le cadre de ses compétences matérielles et budgétaires) qu'il revient de mettre en œuvre concrètement ces stipulations, il va sans dire que toutes les personnes qui rentrent dans les conditions d'accès prévues par les législations et les réglementations administratives existantes se voient conférer des droits directs ou peuvent contester un refus d'accès estimé discriminatoire. La question restera celle de savoir là où il faut apporter des restrictions (p.ex. dans les réaffectations de lits hospitaliers) et là où il faut prévoir de nouveaux dispositifs juridiques (ce

qui dépendra, entre autres, de la mise en œuvre des pouvoirs spéciaux par les entités fédérale et fédérées, chacune étant, conformément à l'article 23 de la Constitution qui garantit notamment le droit à la santé, obligée d'agir dans le cadre de ses compétences).

La CEDH ne comporte pas de disposition spécifique sur le droit à la santé parce que, bien que non mentionnée ni par les arrêtés « confinement » du Ministre de l'Intérieur ou dans d'autres textes comme eux de la Communauté française, les Etats européens ont confié ce soin à un autre traité, la Charte sociale européenne révisée (CSER). **Outre ses articles 12 et 13 qui proclament respectivement le droit à la sécurité sociale (dont les soins de santé) et à l'aide sociale, l'article 11 CSER « Droit à la protection de la santé » oblige formellement la Belgique à lutter contre les épidémies :**

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment :

1/ à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente ;

2/ à prévoir des services de consultation et d'éducation pour ce qui concerne l'amélioration de la santé et le développement du sens de la responsabilité individuelle en matière de santé ;

3/ à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques, endémiques et autres, ainsi que les accidents.

Ici, il ne revient pas à une juridiction comme la Cour européenne des droits de l'homme d'en assurer le respect mais à une instance indépendante composée d'experts juridiques (essentiellement compétents en droit social). **Publié en décembre 2018, le Digest de jurisprudence du Comité européen des Droits sociaux¹⁷⁴ cerne les obligations de l'Etat afin de respecter le « droit au meilleur état de santé possible » (largement par référence à la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé).** Tout d'abord, en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment à éliminer, dans la mesure du possible, les causes d'une santé déficiente. Ceci implique notamment :

L'article 11 consacre le droit de jouir du meilleur état de santé possible et celui de bénéficier de soins de santé. Selon l'article 11, la santé est un état de complet bien-être physique, mental et social et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité, conformément à la définition de la santé contenue dans la constitution de l'Organisation mondiale de la santé (OMS), qui a été acceptée par toutes les Parties à la Charte.

L'article 11 impose une série d'obligations positives et négatives. Le titre de l'article « le droit à la protection de la santé » indique clairement que les obligations des États au titre de cette disposition ne se limitent pas à garantir l'exercice du droit de bénéficier de mesures étatiques positives et proactives permettant de jouir du meilleur état de santé possible (comme assurer un accès égal à des soins de santé de qualité). Les obligations des États ne se limitent pas non plus à la prise des seules mesures énoncées dans l'article 11 de la Charte. La notion de protection de la santé inclut l'obligation pour l'État de non-ingérence directe ou indirecte dans l'exercice du droit à la santé. Dans ce contexte, il se réfère à la

¹⁷⁴ <https://www.coe.int/fr/web/european-social-charter/-/new-version-of-the-digest-of-the-case-law-of-the-european-committee-of-social-rights> , pp. 128 et suivantes.

définition de la santé citée ci-dessus. Cette lecture de l'article 11 est conforme à la protection juridique offerte par d'autres dispositions internationales importantes relatives aux droits de la santé.

La notion de santé au sens de l'article 11 couvre le bien-être physique et mental conformément à la définition de la santé figurant dans la Constitution de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS) acceptée par tous les Etats Parties à la Charte.

Les Etats Parties doivent garantir à leur population le meilleur état de santé possible compte tenu des connaissances actuelles. A cette fin, ils doivent assurer un dispositif sanitaire apte à réagir de manière appropriée aux risques sanitaires évitables, c'est-à-dire contrôlables par l'homme. Les principaux indicateurs sont l'espérance de vie et les principales causes de mortalité. Ces indicateurs doivent respectivement refléter une amélioration et ne pas présenter d'écart manifeste par rapport à la moyenne des autres pays européens.

Font partie des risques évitables ceux qui résultent des atteintes à l'environnement.

L'article 11§1 garantit le droit à un environnement sain.

(...)

La dignité humaine représente la valeur fondamentale qui est au cœur du droit européen positif en matière de droits de l'homme – que ce soit la Charte sociale européenne ou la Convention européenne des Droits de l'Homme – et les soins de santé constituent un préalable essentiel à la préservation de la dignité humaine.

Par ailleurs, en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Etats s'engagent à prendre, soit directement, soit en coopération avec les organisations publiques et privées, des mesures appropriées tendant notamment à prévenir, dans la mesure du possible, les maladies épidémiques, endémiques et autres, ainsi que les accidents. Ce passage insiste souvent sur l'impérieuse nécessité d'un environnement sain et se place sous les auspices du principe de précaution (les arrêtés « confinement » mentionnent à cet égard dans leurs considérants l'article 191 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) :

En ce qui concerne les mesures préventives, les Etats Parties doivent appliquer le principe de précaution : lorsqu'une évaluation scientifique préliminaire montre qu'il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de certains effets potentiellement dangereux sur la santé humaine, l'Etat doit prendre des mesures de précaution adaptées au niveau élevé de protection prévu par l'article 11 afin de prévenir ces effets potentiellement dangereux.

La garantie d'un environnement sain implique, entre autres, que la Belgique évalue systématiquement si nécessaire, les risques sanitaires par une surveillance épidémiologique des populations concernées. Cette obligation se rencontre dans plusieurs domaines : la gestion de l'eau, les risques nucléaires pour la population vivant aux alentours des centrales, les risques liés à l'amiante, le tabac, l'alcool et les substances psychotropes ... A propos de la sécurité alimentaire :

Les Etats Parties doivent adopter au niveau national des normes d'hygiène alimentaire qui tiennent compte des données scientifiques en la matière et mettre en place des mécanismes pour surveiller le respect de ces normes tout au long de la chaîne alimentaire, élaborer, appliquer et actualiser des mesures systématiques de prévention, notamment par la voie de l'étiquetage, et des mesures de surveillance de l'apparition des maladies d'origine alimentaire.

Enfin, l'Etat Belgique a de toute façon les devoirs suivants en matière de vaccination (pour le futur lorsqu'un ou plusieurs solutions vaccinales auraient été développées) et de surveillance épidémiologique :

Les Etats Parties doivent disposer d'un programme de vaccination largement accessible. Ils doivent maintenir des taux de couverture vaccinale élevés en vue non seulement de réduire l'incidence des maladies mais aussi de neutraliser le réservoir de virus et ainsi atteindre les objectifs fixés par l'OMS d'éradiquer plusieurs maladies infectieuses.

Les Etats Parties doivent prouver leur capacité de réaction face aux maladies contagieuses (système de déclaration et de relevé des maladies, traitement particulier des cas de sida, mesures d'urgence pour faire face aux épidémies, etc.).

Les obligations positives de protection du droit à la santé résultant de la Charte sociale européenne sont corrélées aux définitions élaborées par l'OMS dans le domaine des épidémies et pandémies de maladies infectieuses et elles s'adossent de surcroît à ce que commande encore une autre disposition de droit international liant la Belgique, l'article 12, § 2, c), du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) :

1. Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre.

2. Les mesures que les Etats parties au présent Pacte prendront en vue d'assurer le plein exercice de ce droit devront comprendre les mesures nécessaires pour assurer :

a) La diminution de la mortalité et de la mortalité infantile, ainsi que le développement sain de l'enfant ;

b) L'amélioration de tous les aspects de l'hygiène du milieu et de l'hygiène industrielle ;

c) La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies ;

d) La création de conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie.

Sans que ceci dispense d'une analyse plus actualisée de sa pratique depuis lors et tout en sachant que des arrêtés de la Communauté française s'en réclamèrent, voici dans les grandes lignes ce que le Comité des droits économiques et sociaux de l'ONU expliquait il y a vingt ans déjà dans son *Observation générale n°14 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint*, E/C.12/2000/4, 11 août 2000¹⁷⁵ :

16. "La prophylaxie et le traitement des maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies" (par. 2 c) de l'article 12) supposent la mise en place de programmes de prévention et d'éducation pour lutter contre les problèmes de santé liés au comportement, notamment les maladies sexuellement transmissibles, en particulier le VIH/sida, et les maladies nuisant à la santé sexuelle et génésique, ainsi que la promotion de déterminants sociaux de la bonne santé, tels que la sûreté de l'environnement, l'éducation, le développement économique et l'équité entre les sexes. Le droit au traitement suppose la mise en place d'un système de soins médicaux d'urgence en cas d'accidents, d'épidémies et de risques sanitaires analogues, ainsi que la fourniture de secours en cas de catastrophe et d'aide humanitaire dans les situations d'urgence. La lutte contre les maladies suppose des efforts individuels et communs de la part des États pour, notamment, assurer l'accès aux techniques nécessaires, appliquer et améliorer les méthodes de surveillance épidémiologique et de collecte de

175

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f2000%2f4&Lang=fr .

données désagrégées et mettre en place des programmes de vaccination et d'autres stratégies de lutte contre les maladies infectieuses ou améliorer les programmes existants.

Une attention méticuleuse est apportée aux limitations apportées dans des cas individuels, notamment si elles entraînent une restriction à la liberté de mouvement (également **FICHE 6**) :

28. *Des considérations liées à la santé publique sont parfois invoquées par les États pour justifier une limitation de l'exercice de certains autres droits fondamentaux. Le Comité tient à souligner que la clause de limitation figurant à l'article 4 du Pacte vise essentiellement à protéger les droits des individus plutôt qu'à permettre aux États de les limiter. Par conséquent, un État partie qui, par exemple, restreint les mouvements de personnes souffrant de maladies transmissibles telles que l'infection par le VIH/sida ou les incarcère, refuse d'autoriser des médecins à traiter des personnes considérées comme des opposants au gouvernement, ou s'abstient de vacciner une communauté contre les principales maladies infectieuses pour des motifs tels que la sécurité nationale ou le maintien de l'ordre public se doit de justifier des mesures aussi graves au regard de chacun des éléments énoncés à l'article 4. De telles restrictions doivent être conformes à la loi, y compris aux normes internationales relatives aux droits de l'homme, compatibles avec la nature des droits protégés par le Pacte et imposées dans l'intérêt de buts légitimes, exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique.*

29. *Conformément au paragraphe 1 de l'article 5, **de telles limitations doivent être proportionnées à l'objet (autrement dit l'option la moins restrictive doit être retenue lorsque plusieurs types de limitation peuvent être imposés). Même lorsque des limitations motivées par la protection de la santé publique sont foncièrement licites, elles doivent être provisoires et sujettes à un examen.***

Selon le Comité des droits économiques et sociaux, le droit au meilleur état de santé emporte des Obligations juridiques générales, dont celle d'une réalisation sans cesse progressive :

30. *S'il est vrai que le Pacte prévoit la réalisation progressive des droits qui y sont énoncés et prend en considération les contraintes dues à la limitation des ressources disponibles, il n'en impose pas moins aux États parties diverses obligations avec effet immédiat. Les États parties ont des obligations immédiates au regard du droit à la santé : par exemple celle de garantir qu'il sera exercé sans discrimination aucune (art. 2, par. 2) et celle d'agir (art. 2, par. 1) en vue d'assurer l'application pleine et entière de l'article 12. Les mesures à prendre à cet effet doivent avoir un caractère délibéré et concret et viser au plein exercice du droit à la santé.*

31. *Le fait que la réalisation du droit à la santé s'inscrit dans le temps ne devrait pas être interprété comme privant les obligations de l'État partie de tout contenu effectif. Une réalisation progressive signifie plutôt que les États parties ont pour obligation précise et constante d'œuvrer aussi rapidement et aussi efficacement que possible pour appliquer intégralement l'article 12.*

32. *Tout laisse supposer que le Pacte n'autorise aucune mesure rétrograde s'agissant du droit à la santé, ni d'ailleurs des autres droits qui y sont énumérés. S'il prend une mesure délibérément rétrograde, l'État partie doit apporter la preuve qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles et qu'elle est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le Pacte et à l'ensemble des ressources disponibles.*

33. *Le droit à la santé, à l'instar de tous les droits de l'homme, impose trois catégories ou niveaux d'obligations aux États parties : les obligations de le respecter, de le protéger et de le mettre en œuvre. Cette dernière englobe du même coup les obligations d'en faciliter l'exercice, de l'assurer et de le promouvoir. **L'obligation de respecter le droit à la santé exige que l'État s'abstienne d'en entraver directement ou indirectement l'exercice alors que l'obligation de le protéger requiert des États qu'ils prennent des mesures pour empêcher des tiers de faire obstacle aux garanties énoncées à l'article 12. Enfin, l'obligation de mettre en œuvre le droit à la santé suppose que l'État adopte des mesures appropriées d'ordre législatif, administratif, budgétaire, judiciaire, incitatif ou autre pour en assurer la pleine réalisation.***

Tout ceci se rapproche aisément de celles vues dans le cadre des dispositions de la CEDH portant sur les droits à la vie ou à la santé mais le Comité identifie par ailleurs des obligations spécifiques, franchissant l'ultime cap de la définition d'une obligation d'instituer un système d'assurance pour les soins de santé :

*36. L'obligation de mettre en œuvre le droit à la santé requiert des États parties, entre autres, de lui faire une place suffisante dans le système politique et juridique national (de préférence par l'adoption d'un texte législatif) et de se doter d'une politique nationale de la santé comprenant un plan détaillé tendant à lui donner effet. Les États sont tenus d'assurer la fourniture de soins de santé, dont la mise en œuvre de programmes de vaccination contre les grandes maladies infectieuses, et de garantir l'égalité d'accès à tous les éléments déterminants de la santé tels qu'une alimentation sûre sur le plan nutritif et de l'eau potable, un assainissement minimum et des conditions de logement et de vie convenables. Les infrastructures de santé publiques devraient assurer la prestation de services liés à la santé sexuelle et génésique, notamment une maternité sans risques, y compris dans les zones rurales. Les États doivent veiller à ce que les médecins et les autres personnels médicaux suivent une formation appropriée et à ce que le nombre des hôpitaux, des dispensaires et des autres établissements en relation avec la santé soient suffisants, ainsi que promouvoir et soutenir la création d'institutions chargées de fournir des services de conseil et de santé mentale, en veillant à ce qu'elles soient équitablement réparties dans l'ensemble du pays. **Parmi les autres obligations figure celle d'instituer un système d'assurance santé** (public, privé ou mixte) abordable pour tous, de promouvoir la recherche médicale et l'éducation sanitaire ainsi que la mise en œuvre de campagnes d'information, concernant en particulier le VIH/sida, la santé sexuelle et génésique, les pratiques traditionnelles, la violence domestique, l'abus d'alcool et la consommation de cigarettes, de drogues et d'autres substances nocives. Les États sont également tenus d'adopter des mesures contre les dangers pesant sur l'hygiène du milieu et du travail et contre toute autre menace mise en évidence par des données épidémiologiques. À cet effet, ils devraient élaborer et mettre en œuvre des politiques nationales visant à réduire et à éliminer la pollution de l'air, de l'eau et du sol, y compris la pollution par des métaux lourds tels que le plomb provenant de l'essence. Par ailleurs, les États parties se doivent de définir, de mettre en application et de réexaminer périodiquement une politique nationale cohérente en vue de réduire au minimum les risques d'accidents du travail et de maladies professionnelles, et de prévoir une politique nationale cohérente en matière de sécurité et de médecine du travail.*

Figurent parmi les « obligations fondamentales » celles de prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques :

43. Dans l'Observation générale No 3, le Comité confirme que les États parties ont l'obligation fondamentale minimum d'assurer, au moins, la satisfaction de l'essentiel de chacun des droits énoncés dans le Pacte, notamment les soins de santé primaires essentiels. Interprétée à la lumière d'instruments plus contemporains tels que le Programme d'action de la Conférence internationale sur la population et le développement²⁸, la Déclaration d'Alma-Ata définit des orientations décisives au sujet des obligations fondamentales découlant de l'article 12. De l'avis du Comité, il s'agit au minimum :

- a) De garantir le droit d'avoir accès aux équipements, produits et services sanitaires sans discrimination aucune, notamment pour les groupes vulnérables ou marginalisés ;*
- b) D'assurer l'accès à une alimentation essentielle minimale qui soit suffisante et sûre sur le plan nutritionnel, pour libérer chacun de la faim ;*
- c) D'assurer l'accès à des moyens élémentaires d'hébergement, de logement et d'assainissement et à un approvisionnement suffisant en eau salubre et potable ;*
- d) De fournir les médicaments essentiels, tels qu'ils sont définis périodiquement dans le cadre du Programme d'action de l'OMS pour les médicaments essentiels ;*
- e) De veiller à une répartition équitable de tous les équipements, produits et services sanitaires ;*
- f) D'adopter et de mettre en œuvre au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique, reposant sur des données épidémiologiques et répondant aux préoccupations de l'ensemble de la population dans le domaine de la santé; cette stratégie et ce plan d'action seront mis au point et examinés périodiquement dans le cadre d'un processus*

participatif et transparent; ils comprendront des méthodes (telles que le droit à des indicateurs et des critères de santé) permettant de surveiller de près les progrès accomplis; la mise au point de la stratégie et du plan d'action, de même que leur contenu, doivent accorder une attention particulière à tous les groupes vulnérables ou marginalisés

44. Le Comité confirme également que les obligations ci-après sont tout aussi prioritaires :

- a) *Offrir des soins de santé génésique, maternelle (pré et postnatales) et infantile ;*
- b) *Vacciner la communauté contre les principales maladies infectieuses ;*
- c) ***Prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques ;***
- d) *Assurer une éducation et un accès à l'information sur les principaux problèmes de santé de la communauté, y compris des méthodes visant à les prévenir et à les maîtriser ;*
- e) *Assurer une formation appropriée au personnel de santé, notamment sur le droit à la santé et les droits de l'homme.*

Les Etats disposent d'une large marge d'appréciation pour autant qu'ils mettent à disposition une législation-cadre :

53. Les mesures les mieux adaptées qu'il soit possible de prendre pour donner effet au droit à la santé vont nécessairement être très variables d'un pays à l'autre. Chaque État est doté d'une marge d'appréciation discrétionnaire quand il décide quelles mesures sont effectivement les mieux adaptées à sa situation particulière. Mais le Pacte impose clairement à chaque État le devoir de prendre toutes dispositions nécessaires pour faire en sorte que chaque individu ait accès aux équipements, aux biens et aux services de santé et puisse jouir dans les meilleurs délais du meilleur état de santé physique et mentale qu'il puisse atteindre. D'où la nécessité d'adopter à l'échelle nationale une stratégie visant à assurer à tous l'exercice du droit à la santé, les objectifs de ladite stratégie étant définis à partir des principes relatifs aux droits de l'homme, et la nécessité en outre de définir des politiques ainsi que des indicateurs et des critères permettant de mesurer l'exercice du droit à la santé. Cette stratégie nationale impose également de définir les ressources dont l'État est doté pour atteindre les objectifs définis ainsi que le mode d'utilisation desdites ressources qui présente le meilleur rapport coût-efficacité.

Sans pouvoir développer plus avant ce qui a trait de surcroît au droit à la sécurité sociale, tout spécialement en ce qui concerne l'accès aux soins de santé (dans l'article 23 de la Constitution, la Charte sociale européenne et tout ce que le droit belge peut prévoir), mentionnons, ce qui a toute son importance pour la dispensation des soins durant la crise puis en vue de la réorganisation immanquable de tout le système après elle (**FICHE 7**), que le Comité des droits économiques et sociaux de l'ONU, dans son *Observation générale n°19, Le droit à la sécurité sociale (art. 9 du Pacte)*, E/C.12/GC/19, 4 février 2008¹⁷⁶, a encore émis ces quelques remarques :

*11. La mise en œuvre du droit à la sécurité sociale suppose l'existence et le fonctionnement d'un système, qu'il se compose d'un ou plusieurs régimes, permettant de servir des prestations pour parer aux risques et aléas sociaux couverts. Le système devrait être établi en vertu du droit interne et les autorités publiques être tenues d'assumer la responsabilité de la bonne administration ou supervision du système. Les dispositifs devraient aussi être durables, notamment en matière de versement de pensions, afin que les **générations actuelles aussi bien que futures** puissent exercer ce droit.*

Les maladies endémiques ne sont pas oubliées de ces obligations en matière de système de soins et s'appliquent évidemment aux cas d'épidémie ou de pandémie :

¹⁷⁶

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f19&Lang=fr .

13. Les États parties ont l'obligation de garantir que sont mis en place des régimes facilitant l'accès de chacun aux services de santé. Lorsque le système de santé prévoit des régimes d'assurance privés ou mixtes, ces régimes doivent être abordables, conformément aux éléments essentiels énoncés dans la présente Observation générale. Le Comité note l'importance particulière que revêt le droit à la sécurité sociale dans le contexte de maladies endémiques telles que le VIH/sida, la tuberculose et le paludisme, et la nécessité d'assurer l'accès à des mesures préventives et curatives.

Sans que l'on connaisse déjà la facture cosmique qui s'annonce (divers mouvements de protestation ont mis un terme aux velléités d'économies sur le dos des hôpitaux d'une quarantaine de millions d'euros en plein milieu de la crise), les Etats ne violent en tout cas pas leurs obligations internationales lorsqu'ils y mettent le paquet budgétaire :

41. Le Comité est conscient que la réalisation du droit à la sécurité sociale a des incidences financières considérables pour les États parties, mais il note que l'importance fondamentale que revêt la sécurité sociale pour la dignité humaine et la reconnaissance juridique de ce droit par les États parties signifient qu'il devrait faire l'objet d'une attention prioritaire dans la législation et les politiques. Les États parties devraient élaborer une stratégie nationale pour la mise en œuvre intégrale du droit à la sécurité sociale et allouer des ressources budgétaires et autres suffisantes au niveau national. Ils devraient faire appel, si nécessaire, à la coopération et à l'assistance technique internationales, conformément au paragraphe 1 de l'article 2 du Pacte.

42. Tout laisse supposer que le Pacte interdit toute mesure rétrograde en matière de droit à la sécurité sociale. Si un État partie prend une mesure délibérément rétrograde, il lui appartient de prouver qu'il l'a fait après avoir mûrement pesé toutes les autres solutions possibles et que cette mesure est pleinement justifiée eu égard à l'ensemble des droits visés dans le Pacte dans le contexte de l'utilisation au maximum des ressources disponibles. (...)

43. Le droit à la sécurité sociale, comme tout droit fondamental, impose aux États parties trois types d'obligations : l'obligation de respecter, celle de protéger et celle de mettre en œuvre.

47. L'obligation de mettre en œuvre requiert des États parties qu'ils adoptent les mesures nécessaires au plein exercice du droit à la sécurité sociale, notamment en instituant un régime de sécurité sociale. L'obligation de mettre en œuvre peut se diviser en obligations de faciliter, de promouvoir et d'assurer.

Ce catalogue de droits, opposables (qu'ils aient un effet direct ou un effet cliquet) et auxquels correspondent de plus en plus d'obligations à charge de l'Etat, prend d'autant plus toute sa dimension qu'il donne sa substance aux principes qui ont présidé à la rédaction de Constitution de l'OMS en 1946¹⁷⁷ :

La santé est un état de complet bien-être physique, mental et social, et ne consiste pas seulement en une absence de maladie ou d'infirmité.

La possession du meilleur état de santé qu'il est capable d'atteindre constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain, quelles que soient sa race, sa religion, ses opinions politiques, sa condition économique ou sociale.

La santé de tous les peuples est une condition fondamentale de la paix du monde et de la sécurité ; elle dépend de la coopération la plus étroite des individus et des Etats.

Les résultats atteints par chaque Etat dans l'amélioration et la protection de la santé sont précieux pour tous.

¹⁷⁷ https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_fr.pdf.

L'inégalité des divers pays en ce qui concerne l'amélioration de la santé et la lutte contre les maladies, en particulier les maladies transmissibles, est un péril pour tous.

(...)

L'admission de tous les peuples au bénéfice des connaissances acquises par les sciences médicales, psychologiques et apparentées est essentielle pour atteindre le plus haut degré de santé.

Une opinion publique éclairée et une coopération active de la part du public sont d'une importance capitale pour l'amélioration de la santé des populations.

Les gouvernements ont la responsabilité de la santé de leurs peuples ; ils ne peuvent y faire face qu'en prenant les mesures sanitaires et sociales appropriées.

L'on mesure encore mieux combien les capacités budgétaires et la justice des systèmes nationaux de financement sont cruciales. Ces droits à la vie et à la santé sont multidirectionnels. Envisagés dans le chef de tout individu sous la juridiction belge, ils peuvent à la fois justifier un accès à toutes les possibilités offertes par la médecine ou les soins psychosociaux, d'une part, comme ils peuvent, constituant tous ensemble le but de l'objectif collectif de la santé publique, servir de soutien à la limitation d'autres droits fondamentaux, d'autre part. La présente crise remet ainsi sur l'avant-scène ce que bien des mouvements du droit contemporain laissaient de plus en plus de côté, le rôle premier de l'autorité politique dans les indispensables arbitrages de valeurs à exercer à l'échelle macro-sociétale. Même si nul n'en doutait (surtout avec une sécurité sociale qui frôle le quart du PIB), dans le cas de la Belgique, c'est l'adhésion à plusieurs instruments juridiques internationaux (constitution de l'OMS, PIDCP, PIDSEC, CEDH, CSER) qui a permis d'exprimer plus explicitement que « *le gouvernement a la responsabilité de la santé de son peuple* ». Cette responsabilité, vertigineuse quel que soit le jugement de valeur que chacun porte sur sa concrétisation effective, ne se déploie à son tour pas en-dehors de tout principe juridique, même dans des circonstances exceptionnelles.