

Le juge et le droit à la protection de la santé

Tatiana Gründler

► **To cite this version:**

Tatiana Gründler. Le juge et le droit à la protection de la santé. Revue de droit sanitaire et social, Sirey, Dalloz, 2010, pp.835-846. hal-01674384

HAL Id: hal-01674384

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01674384>

Submitted on 4 Jan 2018

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

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

Article publié in Revue de droit sanitaire et sociale, in dossier Le juge et les droits sociaux, n° 5, 2010, sept-oct. 2010, p. 835-846
Le juge et le droit à la protection de la santé

Tatiana Gründler

Maître de conférences

Université Paris Ouest Nanterre La Défense

CREDOF

Le droit à la protection de la santé est le droit social par excellence. En effet, quel que soit le sens donné à cette catégorie construite par la doctrine, le droit à la protection de la santé peut être considéré comme l'un de ses éléments constitutifs tant par son objet – droit répondant à un besoin – que par son régime – droit dont la mise en œuvre suppose une action positive de la part des pouvoirs publics.

Ce droit est reconnu depuis la Seconde guerre mondiale de façon quasi unanime par l'ensemble des instruments de protection des droits de l'homme, aussi bien au niveau international et régional que national¹, voire même sous la forme d'une valeur à défendre dans les traités établissant les organisations économiques que sont notamment l'Organisation mondiale du commerce ou l'Union européenne. L'ensemble de ces normes n'oblige cependant pas dans les mêmes termes les débiteurs du droit consacré. Pour ce qui est de la France, le texte fondant l'essentiel de ses obligations sanitaires est la Constitution du 27 octobre 1946 dont le Préambule consacre la protection de la santé au titre des principes sociaux particulièrement nécessaires à notre temps. Elle est également tenue par ses différents engagements internationaux et régionaux au premier rang desquels figurent les textes européens qui impliquent, sous le contrôle des juges de Strasbourg et de Luxembourg, un certain comportement de l'Etat partie en faveur de la santé humaine.

C'est donc d'abord du texte constitutionnel qu'est déduit le droit à la protection de la santé bien que le terme « droit » n'y soit pas employé. L'alinéa 11 dispose que la Nation « garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé ». Il est vrai que les références expresses du Préambule à un droit sont rares, ce qui a pu contribuer au développement de la thèse selon laquelle ce texte ne contiendrait que des objectifs, des programmes à destination des pouvoirs publics, nécessitant le relais de ces derniers, en particulier du législateur, pour recevoir une normativité source d'effectivité².

¹ A l'exception des textes spécifiques aux droits dits civils et politiques le droit à la protection de la santé est affirmé dans les différents ordres juridiques de protection des droits de l'homme. Sur le plan international, cette reconnaissance apparaît aussi bien dans les instruments généraux de protection des droits de l'homme (article 25§1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, article 12 du Pacte international des droits économiques, sociaux et culturels de 1966) que dans ceux qui adoptent une approche ciblée des droits de l'homme, du point de vue de leur objet ou des catégories de bénéficiaires (Charte de l'Organisation mondiale de la santé de 1946, article 5§e-IV de la Convention relative à la lutte contre les discriminations raciales, article 24§1 de la Convention sur les droits de l'enfant). Au niveau régional, la même unanimité apparaît dans la consécration du droit à la protection de la santé (article 16 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples de 1981, article 10 du Protocole additionnel à la Convention interaméricaine des droits de l'homme traitant des droits économiques sociaux et culturels, article 11 de la Charte sociale européenne, dans sa version révisée de 1996, article 35 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne). Enfin, la plupart des constitutions nationales contenant une référence aux droits sociaux reconnaissent ce droit à la protection de la santé.

² I. Boucobza, « La justiciabilité des droits sociaux dans la doctrine constitutionnaliste : une question de valeur(s) et/ou 'd'exigences constitutionnelles' ? », D. Roman (Dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits, Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux, Axe Doctrines & Acteurs, Rapports de travail*, Octobre 2009, http://droits.sociaux.free.fr/Projet/rapports/rapport_scientifique.pdf.

Le terme droit n'apparaissant pas, il semble difficile d'envisager, à partir de cette seule disposition constitutionnelle, une justiciabilité subjective du droit³. Toutefois, dans le même temps, le constituant se montre soucieux de l'effectivité⁴ de la protection de la santé avec l'utilisation du verbe « garantir », dont la forme indicative ajoute au sentiment d'impérativité. Aussi ressort-il du Préambule une forme de paradoxe s'agissant de la protection de la santé : celle-ci n'est pas formellement hissée au rang de droit, mais doit néanmoins être assurée par la Nation.

Dès lors, comment le juge s'empare-t-il de ce texte fait d'ambiguïté ? Et quelle garantie offre-t-il au droit à la protection de la santé ?

L'étude de la jurisprudence révèle que le juge retient une conception duale du droit à la protection de la santé⁵. A la fois individuel et collectif, il bénéficie d'une réelle justiciabilité au sens où l'ensemble de ses éléments constitutifs - droit individuel, droit collectif, droit-liberté, droit-créance... - est susceptible d'être contrôlé par le juge. Pour autant, son effectivité n'est que relative ou plus exactement différenciée. Autrement dit, la justiciabilité avérée du droit à la protection de la santé n'est pas nécessairement synonyme d'effectivité. Ainsi la jurisprudence française minore la dimension individuelle de ce droit. Tout en reconnaissant sa valeur constitutionnelle, les juges se montrent rétifs à conférer à cet aspect du droit toute sa portée (I). La dimension collective est mieux garantie par le juge qui, au terme de son opération de conciliation de droits, n'hésite pas à faire prévaloir la protection de la santé publique, composante de l'intérêt général, sur des intérêts particuliers (II).

I. Une justiciabilité sans effectivité du droit individuel

Les titulaires du droit à la protection de la santé sont sans aucun doute les individus, le pronom « tous » étant synonyme dans le texte constitutionnel de chacun, ce que confirme la désignation de la mère, l'enfant et les vieux travailleurs. Envisagé donc logiquement dans une acception individuelle, ce droit se caractérise alors par sa dualité⁶. En tant que droit-liberté, il interdit aux pouvoirs publics d'agir contre la santé des individus (A). En tant que droit-créance, il est traditionnellement compris comme impliquant un accès aux soins de ses titulaires, ce qui fait peser une obligation corrélative sur les autorités publiques dans l'organisation d'une telle accessibilité (B).

³ La justiciabilité est ici entendue comme la possibilité de soumettre au juge le contrôle du respect d'un droit que ce soit dans le cadre d'un contentieux objectif (contentieux de la norme) ou subjectif (contentieux visant une satisfaction individuelle). Sur cette notion, voir G. Braibant, en particulier, pour la distinction entre justiciabilité normative et justiciabilité subjective (*La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Seuil, 2001 ; « L'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 15, 2003, p. 262).

⁴ L'effectivité est ici comprise comme « la question du passage de l'énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou sa mise en œuvre » (V. Champeil-Desplats, « Effectivité des droits de l'homme ; approche théorique », in V. Champeil-Desplats, D. Lochak, (Dir.), *A la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, PU Paris 10, 2008, p. 14). Sur cette notion, voir aussi F. Rangeon, « Réflexions sur l'effectivité du droit, CURAPP, *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 126, E. Millard, « L'effectivité des droits de l'homme », *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, Quadrige, 2008, p. 277.

⁵ A l'instar du juge constitutionnel italien qui, de façon explicite, considère que le droit à la santé présente du point de vue constitutionnel deux aspects, l'un individuel et subjectif en tant que droit fondamental individuel, l'autre social et objectif, la protection de la santé dans l'intérêt de la collectivité. (Cour constitutionnelle italienne, Sent. 118, 18 avril 1996).

⁶ La doctrine évoque un droit appartenant à une catégorie mixte (L. Casaux-Labrunée, « Le droit à la santé », R. Cabrillac, M.-A Frison-Roche, T. Revet, *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 15^e éd., 2009, p. 771).

L'examen de la jurisprudence nationale montre que si ces deux aspects du droit sont bien reconnus par le juge, ils ne sont protégés que de façon imparfaite, illustrant ainsi la distinction entre justiciabilité et effectivité d'un droit.

A. Un droit-liberté embryonnaire

La première obligation pesant sur les pouvoirs publics au titre de la protection de la santé consiste en l'interdiction de porter atteinte à la santé des individus. Le pendant de cette obligation négative est le droit de l'individu à ne pas voir sa santé altérée par l'action publique. Si cette première acception du droit à la protection de la santé est moins développée en France qu'au niveau européen, elle n'est pas absente de la jurisprudence nationale qui, très tôt, a reconnu sa valeur constitutionnelle (1). La portée de l'obligation négative pesant sur l'Etat est toutefois relative, le juge tenant compte de la charge financière qu'elle induit au titre de la dépense publique (2).

1. La reconnaissance timide d'un droit de défense

Dans le système européen de protection des droits de l'homme, le juge déduit ce droit de défense - qui n'est logiquement pas consacré par le texte conventionnel entièrement dédié aux droits-libertés - du droit à la vie et de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants⁷.

Au niveau interne, le droit à la protection de la santé a d'abord été envisagé par le juge constitutionnel comme un droit-liberté interdisant que des atteintes soient portées à la santé de l'individu par le législateur. Le Conseil constitutionnel a ainsi eu à examiner la constitutionnalité de lois qui, selon les parlementaires auteurs des saisines, méconnaissaient une telle dimension du droit. Dans les affaires Interruption volontaire de grossesse de 1975 et de 2001 ainsi que dans celle concernant les lois de bioéthique de 1994, l'alinéa 11 est invoqué comme fondant, pour l'individu, un droit de défense du respect de sa santé. Le Conseil constitutionnel n'a pas constaté l'inconstitutionnalité des lois qui lui étaient soumises, mais a accepté d'examiner le moyen soulevé. Dans la première affaire⁸, l'alinéa 11 est envisagé comme « un droit de défense, devant empêcher qu'il soit interféré dans le processus vital de l'embryon »⁹. Dans la décision de 2001, est de nouveau en cause l'aspect défensif de cet alinéa, en l'occurrence la défense de la santé de la femme, le juge ayant en l'espèce considéré suffisantes les conditions de sécurité entourant l'intervention¹⁰. Enfin, dans la décision de 1994 pour les auteurs de la saisine la difficulté constitutionnelle provenait du caractère anonyme du don éventuellement nécessaire à la réalisation d'une fécondation *in vitro*. Le fait que les enfants nés d'un tel procédé ne puissent connaître l'identité de leurs parents

⁷ Droits consacrés aux articles 2 et 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Cour européenne admet que le droit à la vie emporte certaines implications dans la sphère sanitaire. Ainsi n'exclut-elle pas que « les actes et omissions des autorités dans le cadre des politiques de santé publique [puissent], dans certaines circonstances, engager leur responsabilité sous l'angle du volet matériel de l'article 2 » (Cour EDH 4 mai 2000, *Powell c. Royaume-Uni*, n° 45305/99. Voir aussi Cour EDH 22 septembre 2005, *Gheorghe c. Roumanie*, n°19215/04). De même, elle a pu considérer que les conditions de la détention d'un prisonnier malade pouvaient être constitutives d'un traitement contraire à l'article 3 de la Convention (Cour EDH 27 juin 2000, *Ilhan c. Turquie*, n° 22277/93). Voir également, concernant l'article 3, la jurisprudence européenne relative à l'éloignement des étrangers malades (*infra*, I A 2).

⁸ Cons. const. 15 janvier 1975, *I.V.G. I*, n° 74-54 DC, cons. 10.

⁹ L. Gay, *Les « droits-créances » constitutionnels*, Thèse Droit, Université d'Aix-Marseille, 2001, p. 177.

¹⁰ Cons. const. 27 juin 2001, *I.V.G. II*, n° 2001-446 DC, cons. 7.

biologiques, serait de nature à méconnaître le droit à la protection de la santé de l'enfant, ce que réfute une fois encore le Conseil¹¹.

Si le juge retient l'interprétation défensive du droit individuel à la protection de la santé, il n'a jusqu'à aujourd'hui jamais conclu à l'inconstitutionnalité d'une disposition législative sur ce fondement. Une telle conception peut en revanche contraindre l'action publique sous la réserve importante cependant du coût induit pour l'Etat.

2. Une obligation négative des pouvoirs publics tempérée par la charge financière induite

Le juge européen, et plus récemment le juge administratif, ont contrôlé des décisions d'éloignement prises par l'administration à l'encontre d'étrangers malades au regard de l'impact de telles décisions sur leur santé¹². Selon la Cour européenne, les mesures qu'un Etat peut prendre dans le cadre de sa politique d'immigration butent sur l'interdiction qui lui est faite de porter atteinte à la santé de la personne visée, dans des cas toutefois extrêmes pour que cela entre dans le champ de l'article 3 de la Convention¹³. Si de telles solutions jurisprudentielles traduisent une prise compte de la part du juge du droit à la protection de la santé en tant que droit-liberté, la rareté des arrêts de la Cour de Strasbourg constatant la violation de l'article 3 par l'Etat et le retard pris par le juge national dans le développement d'une jurisprudence équivalente¹⁴ montrent là encore une réticence certaine des juges à conférer toute sa portée à cette composante du droit à la protection de la santé.

Une telle attitude trouve sans doute une explication dans la frilosité du juge à adopter des solutions aux conséquences coûteuses pour les Etats¹⁵. Il est en effet significatif que celui-ci se livre dans ces décisions à une analyse de leurs implications financières. Dix ans après avoir admis la protection de l'étranger gravement malade contre une mesure d'éloignement, la Cour européenne a considérablement réduit la portée de cette avancée jurisprudentielle se montrant soucieuse « d'assurer un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu »¹⁶, ajoutant que l'Etat n'a pas l'obligation de compenser les disparités économiques entre pays « en fournissant des soins de santé gratuits et illimités à tous les étrangers dépourvus du droit de demeurer sur son territoire », sous peine de faire « peser une charge trop lourde sur les Etats » parties de la Convention¹⁷. Quant au Conseil d'Etat français, il a certes enfin admis

¹¹ « (...) l'interdiction de donner les moyens aux enfants ainsi conçus de connaître l'identité des donneurs ne saurait être regardée comme portant atteinte à la protection de la santé telle qu'elle est garantie par [le] Préambule » (Cons. const. 27 juillet 1994, *Lois bioéthique*, n° 94-343-344 DC, cons. 11).

¹² Cour EDH, 2 mai 1997, *D. c. Royaume-Uni*, n° 30240/96 ; CE Sect. 7 avril 2010, *Ministre de l'Intérieur et de l'Aménagement du territoire c. Jabnoun*, n° 301640 et CE Sect. 7 avril 2010, *Ministre de l'Immigration, de l'Intégration et de l'Identité nationale et Développement solidaire c/ Diallo épouse Bialy*, n° 316625.

¹³ Voir pour une appréciation restrictive de ces conditions, Cour EDH, Gde ch, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, n° 26565/05. Remarquons, en outre, que depuis l'arrêt de 1997 la Cour n'a jamais jugé qu'une décision d'éloignement d'un étranger malade emportait violation de l'article 3 de la Convention européenne.

¹⁴ B. Demagny, S. 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 Semaine juridique coll. terr.*, 2010, n° 29, p. 43.

¹⁵ Le juge s'autolimité en assimilant un argument souvent utilisé par la doctrine contre la justiciabilité des droits sociaux, selon lequel leur mise en œuvre impliquerait nécessairement une dépense publique que seul le Parlement peut décider (T. Gründler, « La doctrine des libertés fondamentales à la recherche des droits sociaux », D. Roman (Dir.), *Droits des pauvres, pauvres droits, Recherches sur la justiciabilité des droits sociaux, Axe Doctrines & Acteurs, Rapports de travail*, Octobre 2009, *op.cit.*

¹⁶ Cour EDH, 27 mai 2008, *N. c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 44.

¹⁷ Voir, pour une critique de cet arrêt, F. Julien-Laferrrière, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *RTDH*, n° 2009/77, p. 261. Voir également N. Rubio, « L'influence du droit de l'Union européenne sur le droit au séjour de l'étranger malade », *RDSS*, 2010, p. 265.

que dans l'appréciation de la légalité d'une mesure d'éloignement d'un étranger malade il fallait prendre en compte l'accessibilité effective et non uniquement théorique aux soins dans le pays d'origine ou de renvoi, mais ce n'est qu'après que le rapporteur public a pris soin de souligner le faible impact financier d'un tel revirement de jurisprudence¹⁸.

C'est encore la prise en compte du coût de la protection de la santé qui explique que le droit aux soins, autre aspect du droit constitutionnel, ne soit pas pleinement garanti.

B. Un droit créance *a minima*

Souvent considéré comme l'« élément essentiel de la protection de la santé »¹⁹, l'accès aux soins suppose, à l'inverse de l'acceptation défensive de ce droit, une action positive des pouvoirs publics, comme le rappelle le juge constitutionnel lorsqu'il affirme que la protection de la santé emporte une obligation d'agir du législateur et des ministres concernés²⁰. Cette action publique comporte deux volets principaux que sont, d'une part, l'organisation du système de soins et, d'autre part, la mise en place d'un système d'assurance maladie sans cesse étendu²¹ destiné à assurer l'accessibilité financière²².

Si le droit aux soins est vu comme le noyau dur du droit à la protection de la santé et, à ce titre, invoqué devant le juge, il donne lieu, à de rares exceptions près (2), à une jurisprudence de rejet (1)

1. Une jurisprudence de rejet du Conseil constitutionnel²³

Systématiquement saisi des lois visant la réduction des dépenses de santé, le juge n'a jamais déclaré inconstitutionnelle l'une d'elles au motif qu'en mettant en place des dispositifs limitant la prise en charge des dépenses de santé par l'assurance maladie, elle porterait atteinte au droit individuel à la protection de la santé.

A partir de ce constat, deux attitudes du Conseil méritent d'être distinguées. La première prend la forme d'un refus du juge de se prononcer sur le moyen tiré de la violation de l'alinéa 11 du Préambule²⁴. La seconde consiste, après examen de la disposition législative contestée au regard du droit à la protection de la santé, à rejeter le moyen, éventuellement en formulant des réserves d'interprétation.

¹⁸ « La prise en compte de l'accès non seulement théorique mais aussi effectif aux traitements appropriés élargira certainement le spectre des étrangers bénéficiant de la protection voulue par le législateur (...) mais les effets de cette évolution seront limités. (...) Ajoutons qu'en termes de dépenses supportées par le système social français, les conséquences seraient négligeables (...) ». (M. Guyomar, conclusions publiées avec autorisation sur le site <http://combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr/2010/04/20/>).

¹⁹ B. Feuillet, « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », *RDSS*, 2008, p. 713.

²⁰ Cons. const. 29 juillet 1991, *Loi portant diverses mesures d'ordre social*, n° 91-296 DC.

²¹ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, *J.O.* 28 juillet 1999.

²² « Ce droit se traduit, pour l'essentiel, par un droit à l'assurance sociale. Mais il peut également concerner la mise à disposition des moyens humains et matériels propres à assurer la protection de la santé » (B. 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 », *Les Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 6, 1999, p. 61).

²³ Voir T. Dubut, « Les droits fondamentaux dans la jurisprudence financière du Conseil constitutionnel », 7^e Congrès mondial de l'A.I.D.C. – Atelier n° 13 – Athènes, 11-15 juin 2007, <http://www.enelsyn.gr/papers/w13/Paper%20by%20Thomas%20Dubut.pdf>

²⁴ Le Conseil constitutionnel n'examine pas le moyen tiré de la violation du droit à la protection de la santé invoqué à l'encontre du déremboursement des certificats médicaux nécessaires à l'établissement d'une licence sportive (Cons. const. 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, n° 2003-486DC, cons. 12). Il oppose le même refus face au moyen vraisemblablement sans objet avancé contre la disposition législative permettant au ministre de modifier par arrêté les effets d'une convention de médecins généralistes et spécialistes (Cons. const. 14 décembre 2006, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*, n° 2006-544 DC).

Le Conseil constitutionnel réfute par exemple l'analyse selon laquelle le législateur aurait sous-estimé le montant de l'objectif national de dépenses d'assurance maladie et aurait de ce fait porté atteinte au droit à la protection de la santé²⁵. Il a pu également considérer en 2002 que, par la réduction du remboursement des médicaments sur la base du prix du générique, le législateur concourt légitimement à « l'équilibre financier de la sécurité sociale » qui est un objectif de valeur constitutionnelle²⁶. De la conciliation entre normes opérée dans la décision de 2002, le droit à la protection de la santé ressort affaibli bien que le juge assortisse sa déclaration de conformité à la constitution de deux réserves. Il prend soin de préciser que le pouvoir réglementaire devra à la fois assurer une information suffisante des assurés sociaux de façon à ce qu'ils soient en mesure de se faire prescrire des médicaments génériques, comparativement mieux remboursés, et fixer le tarif forfaitaire de responsabilité à un niveau ne portant pas atteinte aux exigences du 11^e alinéa²⁷. Le Conseil a énoncé quelques années plus tard la même réserve concernant la majoration du ticket modérateur institué lorsque l'assuré n'a pas désigné de médecin traitant ou ne l'a pas consulté avant de se rendre chez un médecin spécialiste²⁸. Par la technique de la conformité sous réserve, le Conseil renvoie donc la garantie du droit à la protection de la santé aux autorités administratives en leur laissant, malgré le contrôle du juge ordinaire, une importante marge de manœuvre puisque le Conseil constitutionnel se garde de fixer le seuil quantitatif en deçà duquel les dispositions constitutionnelles seraient méconnues. Ce n'est donc qu'une protection *a minima* qu'assure le juge constitutionnel²⁹, ce que confirme sa décision de 2003 dans laquelle il estime que le législateur n'a pas privé de garanties légales l'exigence constitutionnelle de protection de la santé dans la mesure où l'étranger en situation irrégulière ne pouvant prouver une résidence de trois mois consécutifs en France se voit, certes, privé du bénéfice de l'aide médicale d'Etat, mais pas des soins urgents dont l'absence engagerait le pronostic vital³⁰.

Concernant ce nouveau dispositif, le juge administratif a démontré sa capacité à exercer un contrôle plus efficace du droit à la protection de la santé.

2. Quelques modestes avancées du juge administratif

Le contrôle que le juge administratif effectue sur les mesures de réduction des dépenses de l'assurance maladie est aussi de portée limitée, le juge se contentant, à l'image du Conseil constitutionnel, d'opposer à l'administration un niveau plancher qu'il s'abstient tout autant de déterminer. Ainsi, dans un arrêt de 1997, le Conseil d'Etat précise simplement que « l'instauration d'un objectif prévisionnel d'évolution des dépenses médicales n'est pas, en elle-même, contraire au principe de protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (...) qui implique toutefois que l'objectif soit fixé à un niveau compatible avec la couverture des besoins sanitaires de la population »³¹.

Cette réticence à encadrer la liberté d'action dont disposent les pouvoirs publics dans la réalisation de la protection de la santé n'a cependant pas empêché le juge administratif de reconnaître une forme de droit individuel à être soigné. En 2006, celui-ci a été saisi d'un

²⁵ « il ne ressort pas des éléments fournis au Conseil constitutionnel que (...) les mesures mises en œuvre remettraient en cause, par leur nature et par leur ampleur, les exigences du onzième alinéa » (Cons. const. 16 décembre 2004, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2005*, n° 2004-508DC, cons. 14).

²⁶ Cons. const. 12 décembre 2002, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2003*, n° 2002-463DC, cons. 18.

²⁷ Décision précitée, cons. 21.

²⁸ Réserve également formulée à propos du montant de la somme forfaitaire laissée à la charge du patient pour toute consultation. Cons. const. 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, n° 2004-504DC, cons. 13 et 19.

²⁹ A. Vidal-Naquet, *Les garanties légales des exigences constitutionnelles dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Université Paris II 2004, p. 224.

³⁰ Cons. const. 29 décembre 2003, *Loi de finances rectificative pour 2003*, n° 2003-488DC, cons. 16 à 18.

³¹ CE 30 avril 1997, *Association nationale pour l'éthique de la médecine libérale*, n° 180838-180839-180867.

recours pour excès de pouvoir contre deux décrets d'application de la loi de finances rectificative pour 2003 qui précisait les pièces que l'étranger en situation irrégulière devait désormais fournir pour justifier de sa résidence ininterrompue de trois mois en France. La contestation de leur légalité a conduit le juge à effectuer un contrôle de conventionnalité de la loi qui avait préalablement été soumise au Conseil constitutionnel. Le Conseil d'Etat a pour sa part jugé que la loi, en ne prévoyant pas de disposition spécifique au profit des mineurs étrangers, était contraire à l'article 3-1 de la Convention internationale sur les droits de l'enfant consacré à l'intérêt supérieur de celui-ci, ce qui l'a conduit à annuler les décrets pour manque de base légale.

Cette jurisprudence constitue une avancée de la garantie de l'accès aux soins, avancée qui ne doit toutefois pas être surestimée. D'abord, parce que seuls les enfants sont destinataires de cette protection ; ensuite, parce que celle-ci n'est réalisée qu'à partir d'une norme internationale générale ne concernant pas le droit à la protection de la santé pourtant reconnu par la Convention de 1989³². Cet arrêt traduit donc, au-delà de l'apport qu'il constitue pour la santé des enfants étrangers, un malaise du juge face au noyau dur du droit à la protection de la santé qu'est le droit d'accès aux soins³³.

Ce sentiment de malaise est confirmé par une autre solution rendue par le juge administratif cette fois en référé, dans laquelle il refuse de qualifier de liberté fondamentale le droit individuel à la protection de la santé directement déduit du texte du Préambule de 1946 et admet au contraire la dimension collective du droit, en reprenant le principe de la protection de la santé publique apparu dans la jurisprudence constitutionnelle.

II. Une justiciabilité source d'effectivité relative du droit collectif

Le texte constitutionnel français ne mentionne pas la santé publique, à la différence de nombreux engagements internationaux et régionaux liant la France (instruments de protection des droits de l'homme tels que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et traités instituant les organisations économiques que sont l'Organisation mondiale du commerce et l'Union européenne). Dans ces divers textes, la voie d'entrée des préoccupations sanitaires est justement la santé publique. La santé des populations y est appréhendée comme un motif de restriction des droits consacrés par ces traités à savoir, respectivement, les droits civils et politiques et les libertés économiques³⁴.

Pour autant, d'aucuns³⁵ considèrent que la dimension collective de la santé est contenue dans l'alinéa 11 du Préambule, plus précisément dans le terme « tous ». Si la

³² L. Gay, « L'affirmation d'un droit aux soins du mineur étranger. Ou l'inconventionnalité partielle d'une loi jugée conforme à la Constitution. A propos de l'arrêt du Conseil d'Etat du 7 juin 2006, Association Aides et autres », *RDSS*, 2006, p. 1047.

³³ Soulignons que le juge administratif a également eu l'occasion de garantir une autre dimension du droit d'être soigné, non plus d'un point de vue financier mais matériel. Saisi en référé, le tribunal administratif de Marseille a affirmé qu'un malade hors d'état de consentir aux soins doit, au nom du principe de dignité humaine, recevoir à l'hôpital les « soins appropriés à son état ». Remarquons que cette garantie jurisprudentielle du droit d'être soigné n'a pas pour fondement le droit à la protection de la santé mais la dignité humaine. Voir TA Marseille, Ord. 22 janvier 2004, *Remidi*, n° 04427/0.

³⁴ Articles 8 (droit au respect de la vie privée), 9 (liberté religieuse), 10 (liberté d'expression) et 11 (liberté de réunion) de la Convention européenne ; articles 36 (marchandises) 45 (personnes) et 62 (services) du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ; l'article XX b du GATT relatif aux exceptions générales.

³⁵ S. Hennette-Vaucher, « *Disposer de soi ? Une analyse du discours juridique sur les droits de la personne sur son corps*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2004, p. 123 : « la portée matérielle conférée par la jurisprudence constitutionnelle à ce concept de protection de la santé en fait un droit davantage collectif qu'individuel » ; S. Juan, « L'objectif de valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *RDP*, 2006, p.439.

présence de ce pronom ne suffit pas à convaincre de la volonté des constituants d'intégrer la santé publique dans le champ de la protection, il convient d'admettre que le juge a trouvé dans le texte constitutionnel la source de la dimension collective du droit à la protection de la santé (A)³⁶.

De cette reconnaissance il ne résulte toutefois pas une protection absolue, celle-ci se heurtant à des limites révélatrices des obstacles généralement opposés aux droits sociaux dans la recherche de leur effectivité (B).

A. La construction prétorienne du principe de la protection de la santé publique

L'ensemble des juges nationaux a suivi le Conseil constitutionnel dans son interprétation collective de l'alinéa 11 (1), ce qui les a conduits à faire primer les préoccupations sanitaires de dimension populationnelle sur d'autres droits individuels (2) et à conférer ainsi une certaine effectivité au droit à la protection de la santé.

1. L'interprétation collective du texte constitutionnel

C'est le Conseil constitutionnel qui, le premier, a procédé à la lecture collective du Préambule. A partir de cette source unique il a découvert deux normes distinctes, le droit individuel à la protection de la santé et le principe constitutionnel de protection de la santé publique. Il s'est affranchi du carcan textuel dans des termes parfois incertains parce qu'instables, qualifiant indifféremment, au gré des décisions rendues, la protection de la santé publique d'exigence, objectif, impératif ou principes constitutionnels. L'hétérogénéité du vocable peut d'ailleurs se retrouver au sein d'une même décision. Est à ce titre symptomatique la décision de 1991 relative à la loi Evin, dans laquelle le Conseil évoque d'abord le principe de protection de la santé publique, avant d'envisager l'impératif que celle-ci constitue et de finir par considérer l'objectif poursuivi par le législateur³⁷.

Les juges ordinaires ont suivi la voie tracée par le juge constitutionnel à tel point que, de façon surprenante, le Conseil d'Etat a dénié, dans le cadre du référé-liberté, le caractère de liberté fondamentale au droit individuel à la protection de la santé invoqué par le requérant, retenant sa seule dimension collective³⁸. Alors que le juge des référés avait estimé en première instance que « le droit à la santé est au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L. 521-2 du code de la justice administrative », le Conseil d'Etat retient que les conditions du référé liberté ne sont pas remplies, en raison notamment de l'absence de mise en cause d'une liberté fondamentale. Se démarquant du juge de première instance mais également de la lettre du texte constitutionnel qui consacre le droit de tous, au sens de chacun, à voir sa santé protégée, il reprend une des formules jurisprudentielles du Conseil constitutionnel, la protection de la santé publique, ne retenant ainsi que l'acception collective du droit à la protection de la santé, au détriment de sa dimension individuelle.

³⁶ Voir, pour une critique de la dualité déduite par le juge du texte constitutionnel, L. Gay, « L'interprétation de l'alinéa 11 du Préambule constitutionnel de 1946, droit individuel aux prestations de sécurité sociale ou protection de la santé publique ? Il faut choisir », *RFDC*, 2005, p. 368.

³⁷ Cons. const. 8 janvier 1991, *Loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, n° 90-283 DC, cons. 11, 35 et 37.

³⁸ CE Ord. 8 septembre 2005, *Garde des Sceaux c. Bunel*. L'espèce concernait un détenu ayant subi un infarctus du myocarde, qui demandait au juge, d'une part, de suspendre la décision de placement dans une cellule partagée avec trois fumeurs et, d'autre part, d'enjoindre au ministre de la Justice de l'affecter dans une cellule individuelle, afin de ne plus être soumis au tabagisme passif (M. Laudijois, « Le droit à la santé n'est pas une liberté fondamentale », *AJDA*, 2006 p 376).

Le juge constitutionnel avait déjà opéré un tel détournement dans la décision du 12 août 2004³⁹. Tandis que les parlementaires invoquaient à l'encontre de la loi portant création du dossier médical personnel l'« atteinte au droit à la protection sociale garanti par l'alinéa 11 du Préambule »⁴⁰ que constituait, selon eux, la réduction du remboursement des soins de l'assuré social ayant refusé la consultation de son dossier, les juges ont construit leur raisonnement à l'appui de la constitutionnalité de cette disposition législative en retenant un tout autre aspect de la protection de la santé, non plus celui de l'accès financier aux soins, mais celui de l'amélioration de la santé publique attendue de la meilleure coordination des soins devant découler de la mise en place du dossier médical personnel⁴¹.

Comme le souligne Laurence Gay, le choix opéré par le juge constitutionnel dans le sens à retenir de l'alinéa 11 a, en l'espèce, directement influencé sa solution : « Invoquée comme limite potentielle à l'action législative dans la saisine, la norme de référence devient un des fondements de cette action »⁴².

2. La primauté accordée à la santé publique

Envisagé dans sa dimension populationnelle, l'alinéa 11 permet de justifier l'intervention des pouvoirs publics. A l'instar des textes européens, les juges internes, en érigeant la protection de la santé au rang de motif d'intérêt général, établissent un fondement à la restriction de droits fondamentaux⁴³. Déjà en 1980 le Conseil constitutionnel a fait le lien entre protection de la santé et intérêt général, admettant en conséquence que des limitations soient apportées à l'exercice du droit de grève dans le secteur des matières nucléaires de façon à ce que la protection de la santé soit garantie⁴⁴. Confrontée non plus à un droit dit social mais à des droits classiquement rangés dans la catégorie des droits civils et politiques, la santé publique prime de nouveau. Une loi peut, pour protéger la santé publique, limiter l'exercice de la liberté d'entreprendre ainsi que celui du droit de propriété⁴⁵.

Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence judiciaire que la santé publique justifie que la liberté d'expression soit utilisée au détriment des droits des tiers tels que le droit des marques⁴⁶.

Ces quelques exemples jurisprudentiels montrent que, entendu dans son sens collectif, le droit à la protection de la santé prime sur les droits individuels qu'ils soient civils et politiques ou sociaux. Un tel constat ne permet pourtant pas d'infirmer la thèse doctrinale de la hiérarchie des droits fondamentaux dans la mesure où précisément ce n'est pas le droit social individuel de protection de la santé qui est, dans ces espèces, garanti au détriment de droits dits libertés. Il s'agit en réalité simplement de droits individuels devant être conciliés avec le démembrement sanitaire de l'intérêt général.

Dans son acception collective, le droit à la protection de la santé bénéficie donc d'une réelle protection dont il convient de mesurer la portée.

B. Les limites des garanties juridictionnelles offertes à la protection de la santé publique

³⁹ Cons. const. 12 août 2004, *Loi relative à l'assurance maladie*, n° 2004-504 DC.

⁴⁰ Décision précitée, cons. 3.

⁴¹ Décision précitée, cons. 5.

⁴² L. Gay, « L'interprétation de l'alinéa 11 du Préambule constitutionnel de 1946, droit individuel aux prestations de sécurité sociale ou protection de la santé publique ? Il faut choisir », *op. cit.*

⁴³ V. Saint-James, « Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RDP* 1997, p. 457.

⁴⁴ Cons. const. 22 juillet 1980, *Matières nucléaires*, n° 80-117DC, cons. 4.

⁴⁵ Cons. const. 8 janvier 1991, *Loi Evin*, n° 90-283DC.

⁴⁶ Civ. 2^e 19 octobre 2006. Voir C. Kouchner, « Droit à la protection de la santé et atteinte à une marque », Note sous Cass. 2^e civ. 19 octobre 2006, *Gazette du Palais*, numéro spécial Droit de la Santé, 6 et 7 avril 2007, p. 24.

La protection juridictionnelle dont bénéficie la santé publique est doublement contrainte. Certaines limites sont intrinsèques au système juridictionnel et ont directement trait à la justiciabilité dans la mesure où elles sont liées à la compétence du juge (1). D'autres sont extérieures au système juridictionnel et tiennent à l'importance accordée par le juge aux intérêts économiques que la protection de la santé publique est susceptible de perturber (2).

1. Contraintes systémiques

Le droit à la protection de la santé, considéré dans son aspect collectif, peut fonder juridiquement l'action publique en matière sanitaire, en particulier la constitutionnalité de la loi poursuivant une finalité de santé publique. En revanche, puisqu'il n'existe pas de mécanisme permettant au Conseil constitutionnel de sanctionner la carence du législateur dans la mise en œuvre d'un droit constitutionnel, le juge est dépourvu de moyen pour faire face à une abstention éventuelle du législateur dans le champ de la santé.

Le juge administratif dispose pour sa part du recours en responsabilité exercé contre l'administration. En 2004, il a admis que la carence de l'Etat dans la prévention des risques liés à l'exposition des travailleurs aux poussières d'amiante était constitutive d'une faute engageant la responsabilité administrative⁴⁷. Les référés offrent par ailleurs au juge la possibilité de prononcer des injonctions permettant éventuellement de pallier une inaction de l'administration. Dans l'affaire G et OIP de 2007, c'est seulement le défaut d'urgence qui a empêché le Conseil d'enjoindre à l'administration hospitalière d'accueillir le prisonnier afin qu'il puisse effectivement bénéficier de la suspension de peine prononcée à son profit pour raisons médicales⁴⁸.

A ces limites propres au système juridique, des considérations d'ordre économique s'opposent à une pleine effectivité du droit à la protection de la santé. Les enjeux sanitaires sont en effet fréquemment confrontés aux intérêts économiques. Une illustration en a déjà été donnée à propos de l'accès individuel à la protection de la santé pour lequel le juge peut prendre en compte le coût engendré par cet accès (V. *supra*).

2. Contraintes économiques

Dans les organisations de libre-échange, telles que l'Union européenne (UE) ou l'Organisation mondiale du commerce (OMC), cette confrontation apparaît dans le contrôle de proportionnalité que le juge⁴⁹ est amené à effectuer. La logique commerciale qui prévaut alors conduit celui-ci à réaliser un contrôle étroit de la marge de manœuvre laissée aux Etats pour la protection de la santé de leur population. Après avoir vérifié l'existence d'un but de santé publique⁵⁰, c'est au regard du caractère proportionné de la mesure par rapport à un tel objectif que le comportement étatique est analysé. La proportionnalité de la mesure nationale est alors appréciée à la fois au regard de son efficacité et de son caractère le moins attentatoire

⁴⁷ CE Ass 3 mars 2004, *Ministre de l'emploi et de la solidarité*, n° 241150, 241151, 241152, 241153.

⁴⁸ CE 9 mars 2007, *M. Jean-Pierre G. et section française de l'OIP*, n° 302182. Voir T. Gründler, « La condition d'urgence, obstacle à l'exécution d'une suspension de peine », Note sous CE 9 mars 2007, G et OIP", *AJDA*, 2007, p. 1367.

⁴⁹ Si tant est que l'on puisse parler de juge dans le cadre de l'OMC à propos de l'Organe de règlement des différends. Sur cette question, la doctrine est partagée. Voir C. Santulli, « Qu'est-ce qu'une juridiction internationale ? Des organes répressifs internationaux à l'ORD », *AFDI*, 2000, p. 58 ; H. Ruiz-Fabri, « Le juge de l'OMC : ombres et lumières d'une figure judiciaire singulière », *RGDIP*, 2006-1, p. 39.

⁵⁰ ORD, Communautés européennes – Mesure affectant l'amiante et les produits en contenant », WT/DS135/R18, septembre 2000.

possible à la liberté des échanges⁵¹. Or, force est de constater que rares sont les initiatives étatiques passant avec succès ce contrôle⁵².

Si la logique économique qui sous-tend le fonctionnement de l'UE et de l'OMC explique que la santé publique soit vue comme une exception au principe de libre-échange et, à ce titre, strictement contrôlée, il apparaît que les considérations économiques dans le champ sanitaire dépassent ce seul cadre. En 2010, à l'occasion d'un référé suspension, le juge administratif français a par exemple pris en compte l'impact économique de la mesure administrative sanitaire soumise à son contrôle. Il a en effet considéré qu'en plus du doute sérieux quant à la légalité de la suspension d'autorisation de mise sur le marché décidée par le directeur général de l'AFSSAPS - en raison du faible nombre de cas dans lesquels les effets indésirables du médicament s'étaient réalisés -, l'urgence résultait de l'atteinte grave et immédiate à la situation économique du laboratoire commercialisant le produit⁵³. Les conditions du référé-suspension étant réunies, le Conseil d'Etat a suspendu la décision administrative de suspension de l'autorisation de mise sur le marché. Cette affaire illustre le fait que des intérêts économiques pourtant privés peuvent prévaloir sur des intérêts collectifs de nature sanitaire⁵⁴.

La jurisprudence nationale révèle que la santé publique est mieux garantie que la santé individuelle, mais aussi que la protection juridictionnelle reste très relative.

Derrière l'apparente dichotomie entre le traitement juridictionnel de la dimension individuelle du droit à la protection de la santé et celui de son pan collectif se dessinent des relations différentes entre le juge et les pouvoirs publics. Dans le premier cas la reconnaissance d'une justiciabilité source d'effectivité de ce droit impliquerait que le juge prononce des injonctions à agir, du moins, qu'il sanctionne l'inaction ou l'insuffisante intervention des pouvoirs publics. Il faudrait pour cela qu'il dispose de mécanismes juridiques nouveaux. Au contraire, dans la seconde hypothèse, en conférant une réelle portée à la dimension collective du droit à la protection de la santé, le juge, loin de s'opposer aux acteurs publics, vient soutenir l'action menée en faveur de la santé publique.

Compte tenu de la conception française de l'office du juge, la justiciabilité reconnue du droit à la protection de la santé n'est pas toujours synonyme d'effectivité de ce droit social.

⁵¹ CJCE, 25 juillet 1991, *Aragonesa*, aff. jointes C-1 et 176/90, *Rec. I*, p. 4151, point 18.

⁵² Voir T. Gründler, « La santé publique, entre logique du libre-échange et préservation des prérogatives étatiques », D. Lochak (Dir.), *Mutations du rôle de l'Etat et protection des droits de l'homme*, PU Paris 10, 2006, p. 207.

⁵³ CE 26 janvier 2010, *SA Menarini France et Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé*, n° 335102.

⁵⁴ M. Baumevieuille souligne d'ailleurs que « la haute assemblée développe davantage le préjudice économique encouru par le laboratoire que la problématique de la gravité des effets indésirables » (« Le juge administratif entre urgence, intérêts économiques et principe de précaution », Note sous CE 26 janvier 2010, *SA Menarini France et Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé*, n° 335102, *Petites affiches*, 4 mai 2010, n° 88, p. 14).