

Le droit à la santé comme droit de la personne humaine

Éric David

Volume 2, 1985

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1101464ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1101464ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

David, É. (1985). Le droit à la santé comme droit de la personne humaine. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 2, 63–115.
<https://doi.org/10.7202/1101464ar>

Le droit à la santé comme droit de la personne humaine

ÉRIC DAVID*

Si l'on se réfère au deuxième principe énoncé au préambule de la Constitution de l'Organisation mondiale de la santé (O.M.S.), selon lequel « la possession du meilleur état de santé [...] constitue l'un des droits fondamentaux de tout être humain »¹, on constate que le droit à la santé en est un parmi les nombreux droits reconnus à l'individu en tant que tel. Cette constatation se renforce de la reconnaissance de certaines manifestations de ce droit dans divers instruments classiques des droits de l'homme : Déclaration universelle de 1948², Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966³, Charte sociale européenne de 1961⁴, par exemple.

Si l'on se réfère ensuite à la définition de la santé donnée par le 1^{er} principe du préambule de la Constitution de l'O.M.S., selon lequel

* Chargé de cours à la Faculté de droit de l'Université de Bruxelles.

1. (1948) 14 *R.T.N.U.* 185.

2. Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, A.G. Rés. 217 A(III), Doc. off. A.G., 3^e session, p. 71, Doc. N.U. A/810 (1948), art. 22 et 25 [ci-après dénommée la Déclaration universelle].

3. (1976) 993 *R.T.N.U.* 13, art. 7 b) et d), 9, 10 §§ 2 et 3, 12 [ci-après dénommé le Pacte sur les droits économiques].

4. (1965) 529 *R.T.N.U.* 89, Partie I, art. 3, 7, 8, 12, 13, 15 ; Partie II, art. 3, 7, 8, 11 à 15.

« 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 »⁵, on observe que le droit à la santé compris comme le droit à « un état de complet bien-être », correspond non plus à un droit de l'homme, mais bien à l'ensemble des droits de l'homme, présents et, sans doute, à venir... Et ce n'est pas tout, car si nous lisons le troisième principe du même préambule, à l'effet que « la santé de tous les peuples est une condition fondamentale de la paix du monde et de la sécurité »⁶, on doit conclure que la réalisation du droit à la santé n'est rien moins qu'une des conditions de la paix internationale !

C'est dire qu'il est difficile d'assigner des limites précises au contenu de ce droit et que l'image qu'on va tenter d'en donner risque fort d'être à la fois superficielle et incomplète. Nous verrons en effet que le droit à la santé apparaît comme un kaléidoscope de droits (I), qu'il figure dans des instruments à juridicité variable (II) et qu'il est soumis à un large éventail de systèmes de protection (III).

I. — LE CONTENU DU DROIT À LA SANTÉ, KALÉIDOSCOPE DE DROITS

Même si l'on ne mesure pas le contenu du droit à la santé à l'aune des principes particulièrement larges énoncés dans le préambule de la Constitution de l'O.M.S.⁷ et si l'on s'en tient à une définition plus étroite de la santé caractérisée par le bon état physiologique et mental de l'être humain — ce qui n'en reste pas moins une conception étendue et imprécise —, on observe que les normes internationales visant à assurer à tout individu le droit d'accéder à un tel état sont fort nombreuses, et ceci, sans doute, pour répondre à la variété et à la multiplicité des agressions physiques et psychiques dont l'homme peut faire l'objet. Sans doute est-il possible de regrouper ces normes par catégories selon certains critères et d'aboutir ainsi à une typologie qui rende plus ou moins compte des fonctions que remplit le droit à la santé et des réponses qu'il apporte aux exigences du bien-être physique et mental des individus. Il n'en demeure pas moins qu'il est difficile dans le cadre

5. *Supra*, note 1.

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

limité de cette étude d'éviter une démarche essentiellement descriptive et énumérative dont le lecteur voudra bien ne pas nous tenir rigueur.

La santé de l'homme peut être mise en péril par l'action de la nature comme par celle des individus. Les normes porteuses du droit à la santé considèrent ces deux types de menaces.

A. — Le droit à la santé, protection contre les agressions de la nature

De la même manière que les droits de l'homme sont généralement subdivisés entre ceux reconnus à l'homme abstrait (droits civils et politiques) et ceux reconnus à l'homme concret ou « situé » (droits économiques, sociaux et culturels)⁸, les droits destinés à protéger la santé de l'individu contre les agressions naturelles peuvent faire l'objet de la même classification. On trouve en effet, d'une part, des droits qui sont reconnus abstraitement et globalement à tout être humain en tant que tel (1) et, d'autre part, des droits qui sont conférés à des catégories spécifiques d'individus sur la base de leur situation physique particulière (la femme, l'enfant, l'handicapé physique, le déficient mental, etc.) (2).

1. — Une protection générale reconnue à tout être humain

Si nous passons en revue les normes du droit à la santé qui visent à protéger tout être humain au nom de sa seule qualité d'être humain quels que soient son âge, son sexe, sa condition physique et mentale, etc., contre les agressions de la nature, on constate que la plupart de ces droits figurent dans des textes à portée soit universelle, comme le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels⁹, la Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁰ et diverses résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, soit régionale, comme la Charte sociale européenne¹¹ ou la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (1981)¹².

8. P. MERTENS, *Quel homme doit être pris en considération quant à la protection de ses droits?* (1972), pp. 36 et ss.

9. *Supra*, note 3.

10. *Supra*, note 2.

11. *Supra*, note 4.

12. (1982) 21 *I.L.M.* 59 [ci-après dénommée la Charte africaine].

Nous rangeons au nombre de ces droits non seulement ceux qui ont trait aux aspects essentiellement médicaux et sociaux de la santé (a), mais aussi des droits qui sans être purement « médicaux », n'en ont pas moins un contenu qui les rattache directement au droit à la santé (b).

a) *Normes du droit à la santé stricto sensu*

Un certain nombre de normes mettent en évidence les aspects *curatifs* et *sociaux* du droit à la santé. Ainsi, l'article 25 § 1 de la Déclaration universelle des droits de l'homme¹³ reconnaît le droit aux *soins médicaux* et à la *sécurité sociale* en cas de maladie, d'invalidité, de vieillesse. D'autres instruments énoncent le même principe¹⁴ en insistant parfois sur la gratuité des soins médicaux¹⁵.

Diverses normes développent les aspects *préventifs* du droit à la santé sous forme d'obligations spécifiques mises à la charge des États. Ceux-ci doivent notamment prendre des mesures tendant à

- éliminer dans la mesure du possible les causes d'une santé déficiente¹⁶ ;
- 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 maladies¹⁷.

b) *Normes du droit à la santé lato sensu*

Le droit à la santé, on l'a dit, ne consiste pas seulement à bénéficier des soins médicaux en cas de maladie ou d'un système de santé publique

13. *Supra*, note 2.

14. Voir Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 12 § 1 ; Charte sociale européenne, *supra*, note 4, Partie I, art. 13 et Partie II, art. 11 § 2 et 13 § 1 ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 16 § 2 ; Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social, A.G. Rés. 2542 (XXIV), Doc. off. A.G., 24^e session, supp. n° 30, p. 51, Doc. N.U. A/7630 (1969), art. 11 [ci-après dénommée Déclaration 2542].

15. Voir Déclaration 2542, *supra*, note 14, art. 10d et 19a.

16. Charte sociale européenne, *supra*, note 4, art. 10.

17. Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 12 § 2 ; voir aussi la Charte sociale européenne, *supra*, note 4, art. 11 § 3.

visant à prévenir et à éradiquer la maladie. C'est également le droit en général de vivre dans des conditions décentes au plan économique. Plus concrètement, le droit à la santé *lato sensu*, c'est d'abord « le droit fondamental qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim »¹⁸ et de la malnutrition¹⁹. Le lien entre droit à la santé et droit à la nourriture est très clairement mis en évidence par la Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 1974²⁰.

C'est ensuite « le droit de toute personne à un niveau de vie suffisant pour elle-même et sa famille, y compris une nourriture, un vêtement et un logement suffisant, ainsi qu'à une amélioration constante de ses conditions d'existence »²¹. C'est encore le droit à l'éducation et l'instruction²² ; c'est enfin « la fourniture aux familles des connaissances et des moyens voulus » qui leur permettent de déterminer librement et en toute responsabilité le nombre de leurs enfants et l'espacement des naissances »²³.

Dans un autre domaine, c'est « l'éducation physique et le sport [qui] contribuent à la préservation et l'amélioration de la santé »²⁴. De même, la coopération culturelle internationale améliore « les conditions de la vie spirituelle de l'homme et de son existence matérielle »²⁵.

On pourrait sans doute multiplier les exemples de textes qui tirent implicitement un lien entre l'énoncé d'un droit de l'homme et la réalisation du droit à la santé²⁶, ce qui montre combien il est difficile d'assigner un contenu spécifique au droit à la santé.

18. Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 11 § 2.

19. Déclaration 2542, *supra*, note 14, art. 10b.

20. A.G. Rés. 3348 (XXIX), Doc. off. A.G., 29^e session, supp. n° 31, p. 80, Doc. N.U. A/9631 (1974), § 1 : « Chaque homme, femme et enfant a le droit inaliénable d'être libéré de la faim et de la malnutrition afin de se développer pleinement et de conserver ses facultés physiques et mentales » (nous soulignons).

21. Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 11 § 1.

22. *Id.*, art. 13 ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 17 § 1.

23. Déclaration 2542, *supra*, note 14, art. 22b.

24. Charte internationale de l'éducation physique et des sports, Doc. UNESCO, 20 C/Res., 1/5, 4/2), (1978), art. 2 § 2.2.

25. Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale, Doc. UNESCO, Actes de la Conférence générale, vol. 3, 14^e session, p. 409, (1966), art. 4 § 5.

26. Il n'est même pas question ici des interprétations jurisprudentielles de certains droits comme celle du droit à la vie en rapport avec le droit à l'avortement, voir B.M. KNOPPERS, « Modern Birth Technology and Human Rights », (1985) *Am. J. Comp. L.* 1.

On ne clôturera pas ce point sans souligner que le droit international proclame qu'aucune discrimination ne doit entacher la jouissance du « droit à la santé, aux soins médicaux, à la sécurité sociale et aux services sociaux »²⁷.

2. — *Une protection spéciale reconnue à certaines catégories d'êtres humains*

Alors que la protection générale de l'individu contre les agressions de la nature est fondée sur l'idée abstraite et fictive de leur égalité, la protection spéciale reconnue à certaines catégories d'êtres humains par le droit international tient précisément compte du fait que les individus ne sont pas tous identiques et qu'en matière de santé, notamment, leurs besoins varient en fonction de leur situation physique particulière. Aussi, à côté des droits généraux conférés à l'homme « abstrait », des droits spécifiques fondés sur le principe de l'inégalité compensatrice sont reconnus à l'enfant et à sa mère, à la personne handicapée, au déficient mental et à la personne âgée.

Formellement, ces droits se caractérisent par le fait qu'ils figurent principalement dans des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies. En ce qui concerne leur contenu, il consiste fondamentalement à reconnaître à leurs bénéficiaires, au-delà de leurs différences, « le droit à une aide et à une assistance spéciale »²⁸, le « droit à des mesures spécifiques de protection en rapport avec leurs besoins physiques ou moraux »²⁹. Pour le reste, on notera les droits spécifiques suivants :

27. Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, (1969) 660 R.T.N.U. 195.

28. Déclaration universelle, *supra*, note 2, art. 25 § 2.

29. Charte africaine, *supra*, note 12, art. 18 § 4; dans le même sens, Déclaration 2542, *supra*, note 14, art. 19d; Déclaration des droits du déficient mental, A.G. Rés. 2856 (XXVI), Doc. off. A.G., 26^e session, supp. n° 29, p. 99, Doc. N.U. A/8429 (1971), § 1; Déclaration des droits des personnes handicapées, A.G. Rés. 3447 (XXX), Doc. off. A.G., 30^e session, supp. n° 34, p. 88, Doc. N.U. A/10034 (1975), §§ 6 et 8; Déclaration des droits de l'enfant, A.G. Rés. 1386 (XIV), Doc. off. A.G., 14^e session, supp. n° 16, p. 19, Doc. N.U. A/4354 (1959), principe 2; voir aussi pour les personnes âgées, Question du vieillissement, A.G. Rés. 37/51, Doc. off. A.G., 37^e session, supp. n° 51, p. 229, Doc. N.U. A/37/51 (1982).

- droit de l'enfant et de sa mère à « des soins prénatals et postnatals adéquats »³⁰, à ne pas être séparés « sauf circonstances exceptionnelles »³¹, droit de l'enfant à des activités récréatives³² et à « être parmi les premiers à recevoir protection et secours »³³, droit de « tous les enfants nés dans le mariage ou hors mariage » à jouir « de la même protection spéciale »³⁴ ;
- droit du déficient mental, « si son placement en établissement spécialisé est nécessaire », à vivre dans un milieu et des conditions de vie « aussi proches que possible de ceux de la vie normale »³⁵ ;
- droit du handicapé « aux traitements médical, psychologique et fonctionnel y compris aux appareils de prothèse et d'orthèse, à la réadaptation médicale et sociale [...] »³⁶ ;
- droit du déficient mental et du handicapé « à la sécurité économique et sociale et au niveau de vie décent »³⁷, etc.

Ces exemples témoignent de la sensibilisation, au moins formelle, de la communauté internationale aux problèmes de santé des personnes plus faibles ou moins valides. Il y a, bien sûr, des observations à faire quant à la juridicité et aux mécanismes de protection de ces droits. On y reviendra globalement dans les II^e et III^e parties.

B. — Le droit à la santé, une protection contre les agressions de l'homme et de la société

Autant, sinon plus que celles de la nature, nombre d'actions humaines menacent la santé de tout un chacun. Les normes internationales qui régissent, limitent ou interdisent ces actions doivent donc également être considérées comme des manifestations du droit à la santé. Elles se regroupent en trois catégories ; il s'agit des normes protégeant les individus contre les effets de la guerre et des tensions internes (1) ; contre les effets de l'exploitation par l'homme, de la nature

30. Déclaration des droits de l'enfant, *supra*, note 29, principe 4.

31. *Id.*, principe 6.

32. *Id.*, principe 7 ; Déclaration 2542, *supra*, note 14, art. 21c.

33. Déclaration des droits de l'enfant, *supra*, note 29, principe 8.

34. Déclaration universelle, *supra*, note 2, art. 25 § 2.

35. Déclaration des droits du déficient mental, *supra*, note 29, § 4.

36. Déclaration des droits des personnes handicapées, *supra*, note 29, § 6.

37. *Id.*, § 7 ; Déclaration des droits du déficient mental, *supra*, note 29, principe 3.

et du travail de ses semblables (2); contre certaines actions illicites de personnes privées (3).

1. — *Une protection contre les effets de la guerre et des tensions intérieures*

a) *En temps de conflit armé*³⁸

Étant donné les répercussions de la guerre sur la situation physique et mentale des individus, il est permis d'assimiler la plupart des règles du droit des conflits armés à des expressions du droit à la santé. C'est ainsi que des règles cardinales, soit du droit de Genève comme l'obligation de traiter humainement les personnes se trouvant au pouvoir de l'ennemi³⁹, soit du droit de La Haye comme la limitation du choix des moyens de nuire à l'ennemi⁴⁰, l'immunité des non-combattants, des biens civils et des organismes de protection civile⁴¹ et l'obligation de faire quartier⁴²,

38. Sur la définition du temps de guerre, voir *Droit humanitaire et conflits armés*, Colloque des 28–30 janvier 1970, Université de Bruxelles, (1976), pp. 7 et ss.

39. En temps de conflit armé international, voir Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne du 12 août 1949, (1950) 75 *R.T.N.U.* 31, art. 12 [ci-après dénommée Convention I]; Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer du 12 août 1949, (1950) 75 *R.T.N.U.* 85, art. 12 [ci-après dénommée Convention II]; Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre du 12 août 1949, (1950) 75 *R.T.N.U.* 135, art. 17 [ci-après dénommée Convention III]; Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre du 12 août 1949, (1950) 75 *R.T.N.U.* 287, art. 27, [ci-après dénommée Convention IV] et 1^{er} Protocole additionnel de 1977, reproduit dans (1978) 82 *R.G.D.I.P.* 329, art. 75 § 1 [ci-après dénommé le 1^{er} Protocole]; en temps de conflit armé non international, Convention de Genève de 1949, *id.*, art. 3 § 1 commun et 2^e Protocole additionnel de 1977, reproduit dans (1978) 82 *R.G.D.I.P.* 388, art. 4 § 1 [ci-après dénommé le 2^e Protocole].

40. Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre; signée à La Haye, le 18 octobre 1907, (1910) 3 *N.R.G.T.* (3^e série) 461, art. 22 [ci-après dénommée la Convention de La Haye]; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 35 § 1.

41. Convention de La Haye, *supra*, note 40, art. 23c et 25; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 48–52, 62.

42. Convention de La Haye, *supra*, note 40, art. 23d; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 40.

sont autant d'exemples de manifestations du droit à la santé pris au sens large.

Pris dans un sens plus étroit, plus « médical » en quelque sorte, le droit à la santé est spécifiquement illustré par les règles suivantes du droit de La Haye et du droit de Genève. Ainsi, dans le droit de La Haye : interdiction d'utiliser des armes causant « des maux superflus »⁴³, et notamment, le poison⁴⁴, les gaz⁴⁵, les armes incendiaires dans certaines conditions⁴⁶, des explosifs à fragments non détectables aux rayons-X⁴⁷ ; interdiction d'attaquer les établissements, le personnel et les transports sanitaires⁴⁸, les zones et localités sanitaires (établis en temps de paix) ainsi que les zones neutralisées (établies pendant le conflit)⁴⁹, les biens destinés à la survie de la population civile⁵⁰, l'environnement naturel⁵¹ ; interdiction d'utiliser indûment les signes protecteurs reconnus par les instruments internationaux (croix rouge, croissant rouge, etc.)⁵². De même, dans le droit de Genève : obligation fondamentale de recueillir et soigner les blessés sans aucune discrimination (amis et ennemis)⁵³ qu'il s'agisse de victimes militaires⁵⁴ ou civiles⁵⁵. L'obligation s'impose aux

43. Convention de La Haye, *supra*, note 40, art. 23e ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 35 § 2.

44. Convention de La Haye, *supra*, note 40, art. 23a.

45. Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles qui ont pour but unique de répandre des gaz asphyxiants ou délétères, (1901-02) 26 *N.R.G.T.* (2^e série) 998 ; Protocole de Genève du 17 juin 1925.

46. Convention sur l'interdiction ou la limitation de l'emploi de certaines armes classiques qui peuvent être considérées comme produisant des effets traumatiques excessifs ou comme frappant sans discrimination, Doc. N.U. A/CONF/95/15 (1980), Protocole III.

47. *Id.*, Protocole I relatif aux éclats non localisables.

48. Convention de La Haye, *supra*, note 40, art. 27 ; Conventions de Genève de 1949, *supra*, note 39, I, art. 19-20, 24, 36, II, art. 23-25, 36, 39, IV, art. 18, 20, 22 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 12, 21 et ss. ; 2^e Protocole, *supra*, note 39, art. 11.

49. Convention IV, *supra*, note 39, art. 14, 15 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 59, 60.

50. 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 54.

51. *Id.*, art. 55.

52. *Id.*, art. 38 ; Convention I, *supra*, note 39, art. 53, 54 ; Convention II, *supra*, note 39, art. 43-45.

53. Convention I et II, *supra*, note 39, art. 12 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 10.

54. *Ibid.*

55. Convention IV, *supra*, note 39, art. 16 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 10.

combattants comme aux civils⁵⁶ et il est d'ailleurs prévu que « nul ne sera inquiété, poursuivi, condamné ou puni pour avoir recueilli et soigné des blessés »⁵⁷. Ces règles s'appliquent également en cas de conflit armé non international⁵⁸.

À côté de cette obligation générale, le droit de Genève énonce de nombreuses autres règles particulières concernant la préservation de la santé d'une part, des prisonniers de guerre et des internés civils (hygiène, soins médicaux, activités intellectuelles et physiques, protection contre les accidents de travail, contrôle médical, rapatriement pour certaines maladies, etc.)⁵⁹, d'autre part, de la population civile se trouvant en territoire occupé (mesures particulières pour les femmes et les enfants, maintien des services d'hygiène et de santé publique, ravitaillement, fonctionnement des organismes de secours, etc.)⁶⁰.

b) *En dehors de tout conflit armé*

La protection de la santé contre les atteintes humaines, en dehors de tout conflit armé, apparaît de manière générale dans la reconnaissance de certains droits fondamentaux de l'individu tels que le droit à la vie⁶¹ et l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et

56. Convention I, *supra*, note 39, art. 12 et 18 ; voir aussi J. PICTET, *Les Conventions de Genève du 12 août 1949* (1952), p. 149 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 10.

57. 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 17 § 1.

58. Conventions de Genève de 1949, *supra*, note 39, art. 3 § 2 commun ; 2^e Protocole, *supra*, note 39, art. 7 et 18 § 1.

59. Convention III, *supra*, note 39, art. 29-32, 38, 51-55, 109-115 ; Convention IV, *supra*, note 39, art. 91, 92, 94, 132.

60. Convention IV, *supra*, note 39, art. 50, 55, 56, 59-63 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 76, 77, 81 ; sur le droit des organismes de secours en cas de conflit armé non international, voir Conventions de Genève de 1949, *supra*, note 39, art. 3 commun et 2^e Protocole, *supra*, note 39, art. 18.

61. Déclaration universelle, *supra*, note 2, art. 3 ; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, *S.T.E.* n° 5, art. 2 [ci-après dénommée la Convention européenne] ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 *R.T.N.U.* 171, art. 6 [ci-après dénommé le Pacte sur les droits civils] ; Convention américaine des droits de l'homme, *O.A.S.T.S.* n° 36, art. 4, [ci-après dénommée la Convention américaine] ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 4 ; A.G. Rés. 35/172, Doc. off. A.G., 35^e session, supp. n° 48, p. 229, Doc. N.U. A/35/48 (1980) et A.G. Rés. 36/22, Doc. off. A.G., 36^e session, supp. n° 51, p. 209, Doc. N.U. A/36/51 (1981) relatives aux exécutions arbitraires ou sommaires.

dégradants⁶². Elle est généralement assurée par des dispositions relatives au traitement des détenus (en matière d'hygiène, d'alimentation, d'exercices physiques, de services médicaux, de discipline, de punition, de travail,...)⁶³, parmi lesquelles on notera les principes d'éthique médicale interdisant toute participation du personnel sanitaire à des traitements inhumains afin notamment de contrôler l'aptitude du détenu à subir la torture⁶⁴.

2. — *Une protection contre les effets de l'exploitation de l'homme et de la nature par l'homme*

a) *L'exploitation du travail des hommes*

Le droit à la santé, c'est aussi le droit des individus de ne pas voir leur santé mise en péril à la suite de l'exploitation de leur force de travail. De fait, la santé d'un individu est menacée lorsqu'il est contraint de travailler pour un salaire de famine dans n'importe quelle condition. Dès lors, toute norme destinée à protéger les travailleurs contre les excès de cette exploitation relève du droit à la santé même si elle est de caractère plutôt social que « médical ». Ainsi en va-t-il des normes qui interdisent le travail forcé⁶⁵, le travail des enfants au-dessous d'un âge

62. Déclaration universelle, *supra*, note 2, art. 5; Convention européenne, *supra*, note 61, art. 3; Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, art. 7; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 5; A.G. Rés. 3452 (XXX), Doc. off. A.G., 30^e session, supp. n° 34, p. 91, Doc. N.U. A/10034 (1975); Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, A.G. Rés. 34/169, Doc. off. A.G., 34^e session, supp. n° 46, p. 185, Doc. N.U. A/34/46 (1979), art. 5; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 5; Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, A.G. Rés. 39/46, Doc. off. A.G., 39^e session, supp. n° 51, p. 206, Doc. N.U. A/39/51 (1984).

63. Ensemble des règles minima pour le traitement des détenus: C.E.S. Rés. 663 c (XXIV), Doc. off. C.E.S., 24^e session, supp. n° 1, p. 12, Doc. N.U. E/3048 (1957) et C.E.S. Rés. 2076 (CXII), Doc. off. C.E.S., 62^e session, supp. n° 1, p. 36, Doc. N.U. E/5988 (1977) §§ 15, 16, 20-26, 31, 32 74, 75,...; Code de conduite pour les responsables de l'application des lois, *supra*, note 62, art. 6.

64. Principes d'éthique médicale applicables au contrôle du personnel de santé dans la protection des prisonniers contre la torture, A.G. Rés. 37/194, Doc. off. A.G., 37^e session, supp. n° 51, p. 261, Doc. N.U. A/37/51 (1982).

65. Convention (n° 29) de l'O.I.T. concernant le travail forcé ou obligatoire, telle qu'elle a été modifiée par la Convention portant révision des articles finals, 1946, (1949) 59 R.T.N.U. 55 et Convention (n° 105) concernant l'abolition du travail forcé, (1959) 320 R.T.N.U. 291.

fixé par la loi et celui des adolescents à des travaux de nature à compromettre leur santé⁶⁶; ainsi en va-t-il également des normes qui reconnaissent le « droit à une rémunération équitable et satisfaisante »⁶⁷, le droit à la sécurité sociale⁶⁸, « le droit au repos et aux loisirs... et à une limitation raisonnable de la durée de travail et à des congés périodiques »⁶⁹, etc.

Le droit social international contient cependant, à côté de ces normes générales, des règles à vocation plus « médicale »; ainsi, citons à titre purement exemplatif, le « droit de toute femme à un congé de maternité »⁷⁰, la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes⁷¹, l'organisation d'un régime légal de protection des salaires en cas d'accident ou de maladie professionnelle⁷², la surveillance médicale des adolescents dans le travail des mines⁷³, etc.

b) *L'exploitation de la nature*

La destruction de l'environnement à la suite de l'exploitation ou de l'utilisation désordonnée et incontrôlée de la nature par l'homme constitue une menace pour la santé des hommes. Il suffit de penser à l'utilisation des fonds marins pour le déversement de matières toxiques (telles que mercure, cadmium, produits radioactifs, etc.) pour s'en rendre compte. L'intoxication au mercure des pêcheurs japonais de

66. Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 10 § 3; voir aussi Déclaration des droits de l'enfant, *supra*, note 29, principe 9; Charte sociale européenne, *supra*, note 4, Partie I, § 7 et 17 et Partie II, art. 7.

67. Déclaration universelle, *supra*, note 2, art. 3; Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 7a; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 15.

68. Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 9; Charte sociale européenne, *supra*, note 4, Partie I § 12 et Partie II, art. 12; Déclaration 2542, *supra*, note 14, art. 19b.

69. Déclaration universelle, *supra*, note 2, art. 24; Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 7d; Charte sociale européenne, *supra*, note 4, Partie II, art. 2.

70. Convention (n° 103) concernant la protection de la maternité, (1955) 214 *R.T.N.U.* 321, art. 3 § 1.

71. Convention (n° 115) concernant la protection des travailleurs contre les radiations ionisantes, (1962) 431 *R.T.N.U.* 43, art. 7 et ss.

72. Convention (n° 121) concernant les prestations en cas d'accidents de travail et de maladies professionnelles, (1967) 602 *R.T.N.U.* 259, art. 4 et ss.

73. Convention (n° 124) concernant l'examen médical d'aptitude des adolescents à l'emploi aux travaux souterrains dans les mines, (1967) 614 *R.T.N.U.* 239, art. 2 et ss.

Minamata⁷⁴ montre le genre de catastrophe auquel la santé des individus se trouve exposée en cas de non-respect du milieu écologique. Les règles destinées à préserver ce milieu font donc également partie du droit à la santé. Le lien entre la nécessité de sauvegarder l'environnement et le droit à la santé a d'ailleurs été implicitement mis en évidence par la Déclaration des Nations Unies à Stockholm en 1972, où il est dit que le droit à un environnement de qualité permet une vie de dignité et de bien-être⁷⁵. Il existe aujourd'hui un nombre impressionnant d'instruments de droit international interdisant des pratiques susceptibles de porter atteinte au milieu naturel⁷⁶. La plupart de ces règles doivent être considérées comme faisant partie intégrante du droit à la santé.

3. — *Une protection contre les actions illicites des individus*

Le droit à la santé, on vient de le voir, recouvre finalement un nombre important de droits de l'homme. Or, ces derniers ne correspondent pas seulement à des obligations de l'État envers l'individu ; ils engendrent également des obligations des individus les uns par rapport aux autres (effet « horizontal »)⁷⁷. Ainsi, l'article 29 § 1 de la Déclaration universelle contient l'énoncé suivant :

[L]'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible⁷⁸.

Cette obligation fait l'objet de dispositions plus détaillées dans la Charte africaine⁷⁹ ; on la trouve énoncée explicitement⁸⁰ et implicitement dans d'autres instruments⁸¹.

74. C. ROUSSEAU, « Chronique des faits internationaux », (1976) 80 *R.G.D.I.P.* 882, à la p. 951.

75. Déclaration de la Conférence des N.U. sur l'environnement, Doc. N.U. A/CONF. 48/14 (1982) et corr. I, Principe 1.

76. C. KISS, « Dix ans après Stockholm — Une décennie de droit international de l'environnement », (1982) 28 *A.F.D.I.* 784-793.

77. Voir A. DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law* (1983), pp. 199 et ss.

78. *Supra*, note 2.

79. *Supra*, note 12, art. 27 à 29.

80. Convention américaine, *supra*, note 61, art. 32 ; Déclaration des droits de l'enfant, *supra*, note 29, dispositif, 1^{er} al.

81. Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, art. 5 ; Convention européenne, *supra*, note 61, art. 17.

On peut dès lors en déduire que les droits de l'homme qui correspondent à des manifestations du droit à la santé tendent à protéger la santé des individus contre certaines actions de leurs semblables. Apparaissent également comme des expressions du droit à la santé les règles du droit international pénal réprimant des comportements individuels qui, à l'évidence, menacent la santé de l'individu : on citera, purement à titre d'exemples, la répression de l'esclavage⁸², de la traite des êtres humains⁸³, et du trafic des stupéfiants⁸⁴.

Cette liste de normes porteuses du droit à la santé, pour panoramique qu'elle soit, ne prétend certes pas donner une image complète et fidèle de ce droit. Elle permet cependant de saisir à la fois son ampleur et la difficulté de lui assigner des limites précises. Ces limites dépendent évidemment de la définition que l'on se fait de la santé : une définition purement biologique et médicale, ou une définition à la fois médicale, sociale, morale et psychologique.

Indépendamment de l'opinion personnelle que l'on peut avoir à ce sujet, juridiquement, les seuls critères existants restent ceux fournis par le préambule de la Constitution de l'O.M.S.⁸⁵ et selon ces critères, c'est la définition large que le droit sanctionne. Dans ces conditions, il était difficile de contourner l'énumération superficielle et ennuyeuse de ce chapitre si l'on veut un tant soit peu rendre compte du contenu de ce droit.

II. — LE CARACTÈRE OBLIGATOIRE DU DROIT À LA SANTÉ : UNE JURIDICITÉ VARIABLE

La juridicité du droit à la santé est fonction de la juridicité des instruments qui l'énoncent ; on ne s'étonnera donc pas de son caractère variable.

82. Convention relative à l'esclavage, (1955) 212 *R.T.N.U.* 17 et Convention supplémentaire relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage, (1957) 266 *R.T.N.U.* 3.

83. Voir entre autres la Convention pour la répression et l'abolition de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui, (1951) 96 *R.T.N.U.* 271.

84. Voir entre autres la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, (1964) 520 *R.T.N.U.* 151 et le Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961, (1975) 976 *R.T.N.U.* 3.

85. *Supra*, note 1.

A. — Le droit à la santé, un droit absolu

C'est surtout dans le domaine du droit à la santé considéré comme une protection contre les agressions de l'homme et de la société (ci-dessus, I,B) que le caractère absolu de ce droit se manifeste avec le plus d'éclat. C'est ainsi que le respect du droit à la vie et l'interdiction de la torture sont des règles qui, dans la mesure de ce qu'elles prescrivent, ne tolèrent aucune dérogation. Plusieurs instruments qui les énoncent stipulent en effet que même « en cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant l'existence de la nation »⁸⁶, ces règles ne peuvent être suspendues alors qu'on peut déroger à la plupart des autres règles figurant dans ces instruments⁸⁷.

Ces règles ne sont absolues que dans la mesure de ce qu'elles prescrivent, venons-nous d'écrire. Cette restriction concerne spécialement le droit à la vie : les instruments qui le reconnaissent n'excluent pas le droit pour les États de prononcer et d'exécuter des peines capitales⁸⁸. Ce droit est cependant assorti de certaines limites concernant par exemple, la légalité interne de la peine, l'âge du condamné, etc.⁸⁹. En outre, certains instruments demandent ou prescrivent l'abolition de la peine de mort⁹⁰.

Doivent également être considérées comme des règles de caractère absolu la plupart des prescriptions de droit humanitaire applicables en temps de conflit armé. Ceci découle non seulement du fait que ces règles constituent déjà un compromis minimal entre les exigences humanitaires et ce qu'on appelle les nécessités militaires⁹¹, mais aussi des termes

86. Convention européenne, *supra*, note 61, art. 15 § 1.

87. *Ibid.* ; Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, art. 4 ; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 27 ; voir aussi Déclaration contre la torture (1975), *supra*, note 62, art. 3 et Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (1984), *supra*, note 62, art. 2 ; voir aussi dans le cas des conflits armés non internationaux, Conventions de Genève de 1949, *supra*, note 39, art. 3 § 1a commun.

88. Convention européenne, *supra*, note 61, art. 2 ; Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, art. 6 ; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 4 ; Conventions de Genève de 1949, *supra*, note 39, art. 3 § 1d commun ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 4, mais seulement implicitement.

89. *Ibid.*

90. Protocole n° 6 de la Convention européenne des droits de l'homme concernant l'abolition de la peine de mort, *S.T.E.*, n° 114 ; A.G. Rés. 32/61, Doc. off. A.G., 32^e session, supp. n° 45, p. 147, Doc. N.U. A/32/45 (1977), § 1.

91. Convention de La Haye, *supra*, note 40, préambule, 5^e al. ; J. PICTET, *Les principes du droit international humanitaire* (1967), pp. 8, 25 et ss.

mêmes des dispositions liminaires de certaines conventions. Ainsi en stipulant que, « les Hautes Parties contractantes s'engagent à respecter et à faire respecter la présente Convention (ou le présent Protocole) *en toutes circonstances* », l'article 1^{er} commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 et l'article 1 § 1 du 1^{er} Protocole additionnel de 1977⁹² ne se bornent pas à énoncer une clause de style, ou un pléonasme puisque par définition, tout traité doit être respecté (*pacta sunt servanda*)⁹³ : en réalité, ils soulignent le caractère absolu des prescriptions qui figurent dans ces instruments⁹⁴, ce qui signifie en particulier que des exceptions à l'obligation de respecter des traités fondées par exemple sur l'état de nécessité⁹⁵ ou l'*exceptio non adimpleti contractus*⁹⁶ n'ont pas cours en droit humanitaire⁹⁷.

On notera qu'aucune disposition générale de ce type ne figure dans le 2^e Protocole additionnel⁹⁸, mais cette absence ne signifie pas que ses prescriptions seraient moins absolues que celles du 1^{er} Protocole et des quatre Conventions de Genève de 1949⁹⁹, dans la mesure où le 2^e Protocole « développe et complète l'article 3 commun » (art. 1 § 1)¹⁰⁰, il relève de la même philosophie que ce dernier. Or, l'article 3 commun, non seulement se trouve sous l'empire de l'article 1^{er} commun (précité) aux quatre Conventions de Genève, mais en outre, l'article 3 se présente lui-même comme un « minimum »¹⁰¹ irréductible puisqu'il commence par les mots :

En cas de conflit armé ne présentant pas un caractère international [...], chacune des parties au conflit sera tenue d'appliquer *au moins* les dispositions suivantes [...] ¹⁰².

92. *Supra*, note 39 (nous soulignons).

93. Convention de Vienne sur le droit des traités, Doc. N.U. A/CONF. 39/27 (1969), art. 26.

94. PICTET, *op. cit. supra*, note 56, pp. 26-28.

95. Projet d'articles sur la responsabilité des États, art. 33, (1980) 2 *A. Com. D. I.*, 2^e partie, pp. 33 et ss., Doc. N.U. A/CN.4/SER.A/1982/Add.1.

96. Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra*, note 93, art. 60 § § 1-3.

97. *Id.*, art. 60 § 5 ; Projet d'articles sur la responsabilité des États, art. 33, *supra*, note 95, pp. 44-45, 49 ; E. DAVID, « L'excuse de l'ordre supérieur et l'état de nécessité », (1978-79) 14 *R.B.D.I.* 79-81.

98. *Supra*, note 39.

99. *Supra*, note 39.

100. *Supra*, note 39.

101. PICTET, *op. cit. supra*, note 56, pp. 55 et ss.

102. *Supra*, note 39, art. 3 commun (nous soulignons).

Si la plupart des règles du droit humanitaire font partie comme on l'a dit (ci-dessus, I,B,1) du droit à la santé et s'il s'agit de normes absolues, c'est tout spécialement vrai des règles de ce droit qui apparaissent comme des expressions spécifiques du droit à la santé considéré *stricto sensu*; c'est ainsi qu'il est expressément stipulé que les blessés ou malades « devront être respectés et protégés *en toutes circonstances* »¹⁰³. Cette règle est reprise à peu près dans les mêmes termes dans le cas des conflits armés non internationaux¹⁰⁴.

Il existe cependant quelques règles de droit humanitaire se rapportant spécifiquement au droit à la santé qui peuvent sembler moins absolues dans la mesure où elles énoncent une obligation de comportement plutôt que de résultat. Ainsi en va-t-il de l'article 19 de la 1^{re} Convention de Genève, qui prévoit que les États doivent veiller « dans la mesure du possible » à ne pas placer d'établissements sanitaires à proximité d'objectifs militaires¹⁰⁵. De même, l'article 109 de la 3^e Convention stipule que les Parties au conflit « s'efforceront » d'organiser l'hospitalisation en pays neutre de certaines catégories de prisonniers blessés¹⁰⁶. Il ne faut toutefois pas s'y tromper : l'obligation de comportement énoncée dans ces dispositions est absolue ; seul le résultat que ce comportement doit permettre d'obtenir ne l'est pas.

En conclusion, dans la mesure où les dispositions liminaires des instruments de droit humanitaire soulignent le caractère impératif de ce droit et dans la mesure où ces instruments sont acceptés « par la communauté des États dans son ensemble » — c'est spécialement vrai des Conventions de Genève de 1949 qui ont reçu 161 ratifications et adhésions¹⁰⁷ —, il apparaît que ce droit répond aux critères de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités qui définit le *jus cogens*¹⁰⁸.

103. Convention I, *supra*, note 39, art. 12; Convention II, *supra*, note 39, art. 12 (nous soulignons).

104. *Id.*, art. 3 § 1 commun; 2^e Protocole, *supra*, note 39, art. 7 § 2.

105. *Supra*, note 39.

106. *Supra*, note 39.

107. Au 31 décembre 1984, *R.I.C.R.*, 1985, p. 61.

108. *Supra*, note 93. Rappelons que pour la Commission de droit international, l'expression « communauté des États dans son ensemble » suppose non pas l'unanimité des États car ce serait « attribuer... à chaque État un inconcevable droit de veto », mais la majorité au sein de toutes les composantes essentielles de la communauté internationale», Projet d'articles sur la responsabilité des États, art. 19, (1976) 2 *A. Com. D. I.*, 2^e partie, p. 110, Doc. N.U. A/CN.4/SER.A/1976/Add.1.

Il en va de même des prescriptions fondamentales des droits de l'homme rappelées plus haut (droit à la vie, interdiction de la torture) car l'interdiction de toute dérogation à ces normes figure dans des instruments qui couvrent à peu près l'ensemble des États : au niveau régional, les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme¹⁰⁹, et au niveau universel, le Pacte relatif aux droits civils et politiques, dont le champ d'application ne cesse de s'étendre¹¹⁰.

Il est donc permis d'affirmer que les normes du droit à la santé constituées par le droit humanitaire et les deux règles précitées des droits de l'homme sont du *jus cogens*.

B. — Le droit à la santé, un droit relatif à géométrie variable

À côté des dispositions précitées des droits de l'homme et des instruments relatifs au droit humanitaire, le droit à la santé apparaît dans d'autres instruments dont la portée est variable et moins absolue.

Indépendamment de l'extension géographique du droit à la santé qui diffère évidemment selon les instruments — la Déclaration universelle et les Conventions de Genève de 1949 (161 ratifications)¹¹¹ ont une extension universelle alors que la Charte sociale européenne ne lie que quelques États d'Europe occidentale¹¹² —, la portée juridique de ce droit varie selon la nature de l'instrument qui le contient et selon la formulation des dispositions qui l'expriment.

1. — La nature de l'instrument

On a vu que le droit à la santé est énoncé au plan international par des conventions et des actes d'organisations internationales. Si le caractère obligatoire des premières est clair, la juridicité des seconds est variable : un règlement technique de l'O.M.S. ou un règlement de la C.É.E. s'imposent aux États¹¹³, mais, en revanche, l'effet juridique des

109. *Supra*, note 61.

110. 79 ratifications au 31 juil. 1985.

111. 161 ratifications au 31 déc. 1984.

112. 14 ratifications au 31 juil. 1985.

113. Constitution de l'O.M.S., *supra*, note 1, art. 21-22; Traité instituant la Communauté économique européenne, reproduit dans P. REUTER et A. GROS, *Traités et Documents diplomatiques* (4^e éd., 1976), pp. 249-368, art. 189, al. 2.

résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies, qui, on l'a vu, contiennent diverses normes du droit à la santé, est plus discuté. Il est en effet courant de dire que ces résolutions n'ont aucune force obligatoire¹¹⁴.

Le problème est cependant plus complexe. La Cour internationale de justice a dit dans l'affaire de la *Namibie* :

Il serait [...] inexact de supposer que, parce qu'elle possède en principe le pouvoir de faire des recommandations, l'Assemblée générale est empêchée d'adopter, dans des cas déterminés, relevant de sa compétence, des résolutions ayant le caractère de décision ou procédant d'une intention d'exécution¹¹⁵.

La Cour et l'arbitrage international ont d'ailleurs appliqué à diverses reprises des résolutions de l'Assemblée générale sans émettre de réserve quant à leur caractère éventuellement facultatif¹¹⁶.

En vérité, nous pensons qu'il faut distinguer deux types de résolutions : les résolutions de droit interne (y compris les résolutions budgétaires) dont l'effet obligatoire résulte de la Charte et de la pratique¹¹⁷ et les autres résolutions, dont l'effet obligatoire découle essentiellement de leur formulation. Pour déterminer l'effet obligatoire de cette seconde catégorie de résolutions où se trouvent précisément certaines normes du droit à la santé, il faut examiner soigneusement leur libellé. Ainsi, une résolution où l'Assemblée générale « recommande », « demande », « prie », « invite », n'est évidemment pas obligatoire alors qu'une résolution qui « exige », « décide », « affirme », « déclare », est, par définition, de caractère normatif ; cela ne signifie cependant pas que

114. Voir C. ROUSSEAU, *Droit international public* (1971), t. 1^{er}, pp. 436 et ss. ; voir aussi les références citées dans *California Asiatic Oil Company et Texaco Overseas Petroleum Company c. Gouvernement de la République arabe libyenne*, (1977) 104 J.D.I. 350, à la p. 376, § 83, [ci-après dénommée l'affaire *Texaco-Calasiatic*].

115. *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de Sécurité*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971, p. 50, par. 105.

116. *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1962, pp. 163-164, 170 et ss. ; *Sahara occidental*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975, pp. 31 et ss. ; *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 42 § 91 ; *Affaire Texaco-Calasiatic*, *supra*, note 114, pp. 376 et ss.

117. NGUYEN QUOC DINH, P. DAILLIER, A. PELLET, *Droit international public* (1980), §§ 277-278.

les destinataires de la résolution sont automatiquement liés; ils ne le sont que dans deux hypothèses :

- lorsqu'ils acceptent la résolution en votant en sa faveur, voire même en s'abstenant ¹¹⁸, ou, dans le cas d'un consensus, en ne s'opposant pas clairement à la résolution dans les déclarations qu'ils peuvent faire au moment de son adoption ;
- lorsque la résolution se borne à énoncer ou rappeler une règle liant déjà ses destinataires : l'opposition de certains d'entre eux ne suffit pas à les libérer de l'obligation qu'ils ont acceptée antérieurement (ceci sans préjudice de toute autre possibilité de dénoncer ladite obligation).

À ces deux hypothèses, il faut en ajouter une troisième : c'est celle où la résolution n'est pas obligatoire *a priori* mais où ses prescriptions finissent par le devenir à la suite de leur transformation en règle coutumière : tel est le cas de la Déclaration universelle ¹¹⁹ qui, on l'a vu, contient des normes du droit à la santé. À l'origine, la Déclaration, en se présentant comme un « idéal commun à atteindre », n'était certainement pas obligatoire. Cependant, dès 1960, l'Assemblée, dans la Déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux « déclare » que « tous les États doivent observer fidèlement et strictement les dispositions de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle », etc. ¹²⁰. Or cette résolution était de caractère normatif et elle sera d'ailleurs appliquée par la C.I.J. dans l'affaire du *Sahara occidental* ¹²¹.

Enfin, très significativement, en 1980, la C.I.J. a déclaré à propos de la détention du personnel diplomatique et consulaire à Téhéran que

le fait de priver abusivement de leur liberté des êtres humains et de les soumettre dans des conditions pénibles à une contrainte physique est manifestement incompatible avec les principes de la Charte des Nations

118. Voir *Certaines dépenses des Nations Unies (article 17, paragraphe 2 de la Charte)*, *supra*, note 116, pp. 170, 172, 174, 176 où la Cour constate à diverses reprises que plusieurs résolutions qui engageaient financièrement l'ONU au Moyen-Orient et au Congo avaient été adoptées « sans vote contraire » ou « à la majorité requise des deux tiers ».

119. *Supra*, note 2.

120. A.G. Rés. 1514 (XV), Doc. off. A.G., 15^e session, supp. n^o 16, p. 70, Doc. N.U. A/4684 (1960).

121. *Supra*, note 116, pp. 31, 34, 6 §§ 54-59 et 162.

Unies et avec les droits fondamentaux énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme¹²².

En n'émettant aucune réserve quant au caractère facultatif de la Déclaration, la Cour a implicitement sanctionné l'évolution de ses dispositions vers le statut de règle coutumière.

Qu'en est-il des autres résolutions de l'Assemblée générale énonçant des normes du droit à la santé? Leur libellé montre qu'elles n'ont généralement pas d'effet normatif :

- Déclaration des droits de l'enfant : « l'Assemblée [...] invite les gouvernements nationaux à reconnaître ces droits... »¹²³.
- Déclaration sur le progrès et le développement dans le domaine social : « l'Assemblée [...] demande qu'une action soit entreprise... afin que cette déclaration serve de base commune pour les politiques de développement social »¹²⁴.

Le même type de formule se retrouve dans les déclarations des droits du déficient mental¹²⁵ et des personnes handicapées¹²⁶.

Les choses ne sont pas toujours aussi claires. Ainsi, dans la Déclaration universelle pour l'élimination définitive de la faim et de la malnutrition, on lit :

- La Conférence mondiale de l'alimentation [...] proclame solennellement :
- 1) Chaque homme, femme et enfant a le droit inaliénable d'être libéré de la faim et de la malnutrition...¹²⁷,

ce qui est un énoncé normatif, mais lorsque l'on ajoute, quelques lignes plus loin,

En conséquence, l'élimination définitive de la faim est un objectif commun de tous les pays [...]¹²⁸,

la Déclaration tend à supprimer l'immédiateté du droit reconnu plus haut pour le réduire à un simple but. Cette interprétation est confirmée

122. *Supra*, note 116, p. 42 § 91.

123. *Supra*, note 29, préambule, dernier al. (nous soulignons).

124. *Supra*, note 14, préambule, dernier al. (nous soulignons).

125. *Supra*, note 29, préambule, dernier al.

126. *Supra*, note 29, préambule, dernier al.

127. *Supra*, note 20, § 1.

128. *Ibid.*

par l'emploi du conditionnel pour définir les obligations des États. Ainsi, en disant :

Les gouvernements *devraient* lancer immédiatement une attaque concertée plus importante contre la malnutrition chronique et les maladies de carence [...] ¹²⁹,

la Déclaration se borne à émettre un souhait sans force obligatoire.

Ces quelques exemples montrent que la portée juridique d'un certain nombre de prescriptions du droit de la santé varie selon la forme de l'instrument qui l'énonce, et aussi selon la manière dont elles sont énoncées.

2. — *La formulation de la règle*

On vient de voir que l'effet normatif des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies était largement conditionné par leur rédaction. Il en va de même des dispositions *conventionnelles*. Or, certaines de ces dernières présentent deux caractéristiques susceptibles d'atténuer la portée du droit à la santé qui y est reconnu.

Les prescriptions du droit à la santé sont parfois assorties de clauses limitatives ou restrictives de l'engagement de l'État en raison de la guerre ou par le moyen de renvois à la propre législation de l'État contractant. Ainsi, la Charte sociale européenne :

En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Charte, dans la stricte mesure où la situation l'exige... ¹³⁰

Et le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, à l'article 4 :

[...] dans la jouissance des droits assurés par l'État conformément au présent pacte, l'État ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique ¹³¹.

129. *Id.*, § 2 (nous soulignons).

130. *Supra*, note 4, art. 30 § 1.

131. *Supra*, note 3.

Une clause de ce genre, même dans les limites où elle est formulée, peut conduire à des restrictions des droits contenus dans le Pacte.

Plusieurs instruments porteurs de normes du droit à la santé énoncent des obligations dites de comportement, plutôt que de résultat. C'est le cas des résolutions de l'Assemblée générale des Nations Unies examinées plus haut et de certaines conventions. Le droit à la santé apparaît dans ces textes comme un programme ou un objectif à atteindre plutôt que comme un droit direct et immédiat. Cette situation est assez typique des droits économiques et sociaux pour que nous l'examinions dans une section particulière.

C. — Le droit à la santé, un droit médiatisé en forme d'objectif

Dans la mesure où elles ne sont de toute façon pas obligatoires, on ne reviendra pas sur les résolutions de l'Assemblée générale, où certaines normes du droit à la santé sont énoncées sous forme d'objectif. Cependant, ce mode de formulation se retrouve aussi dans des dispositions de plusieurs conventions où figurent des énonciations du droit à la santé, comme par exemple dans la Charte sociale européenne :

Les Parties contractantes reconnaissent comme *objectif* d'une politique qu'elles poursuivront *par tous les moyens utiles* sur les plans national et international, la réalisation de conditions propres à assurer l'exercice effectif des droits et des principes suivants [...] ¹³².

Dans le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, on trouve :

Chacun des États parties... s'engage à agir, tant *par son effort* propre que par l'assistance et la coopération internationale, notamment sur les plans économiques et techniques, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer *progressivement* le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte *par tous les moyens appropriés*, y compris en particulier, l'adoption de mesures législatives ¹³³.

Et dans la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, il est dit :

132. *Supra*, note 4, Partie I (nous soulignons).

133. *Supra*, note 3, art. 2 § 1 (nous soulignons).

Les États s'engagent à *prendre les mesures nécessaires* en vue de protéger la santé de leur population et de leur assurer l'assistance médicale en cas de maladie ¹³⁴.

Dans ces trois conventions, l'obligation de l'État contractant consiste à prendre tous les moyens aptes à permettre la réalisation de certains droits économiques et sociaux au nombre desquels figurent diverses expressions du droit à la santé. Celui-ci n'est donc pas conféré directement à l'individu ; il n'apparaît que comme le corollaire ou l'autre face d'une obligation de moyen mise à charge de l'État. Il s'agit d'un droit médiatisé et le problème se pose de savoir quelle est la juridicité de cette obligation.

Le fait qu'il s'agisse d'une obligation de comportement n'implique pas qu'elle soit revêtue d'une juridicité moindre que s'il s'agissait d'une obligation de résultat. Le non-respect de la première engage la responsabilité de l'État au même titre que le non-respect de la seconde ¹³⁵. La différence entre ces deux types d'obligations n'est d'ailleurs pas toujours claire et la Commission du droit international elle-même, ne nous semble pas à l'abri de toute confusion : c'est ainsi qu'elle donne, entre autres, comme exemple d'obligation de *moyen* l'article des Conventions de Genève de 1949 qui prescrit aux États d'assortir de sanctions pénales les infractions graves énoncées par ces Conventions ¹³⁶ et comme exemple d'obligation de *résultat* l'article 2 § 1^{er} du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ¹³⁷ que nous venons de citer à titre d'illustration d'une obligation de moyen ! En vérité, la Commission

134. *Supra*, note 12, art. 16 § 2 (nous soulignons) ; voir aussi la Convention américaine, *supra*, note 61, art. 26.

135. Projet d'articles sur la responsabilité des États, art. 20-21, (1977) 2 *A. Com. D. I.*, 2^e partie, pp. 12 et ss., Doc. N.U. A/CN.4/SER.A/1977/Add.1 ; comp. avec la juridicité des directives communautaires, dans *Commission des Communautés européennes contre République italienne*, (1976) 1 C.J.C.E. Recueil, p. 284.

136. Convention I, *supra*, note 39, art. 49 ; Convention II, *supra*, note 39, art. 50 ; Convention III, *supra*, note 39, art. 129 ; Convention IV, *supra*, note 39, art. 146 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis ou donné l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves à la présente Convention, définies à l'article suivant ». J.J. SALMON critique à juste titre le fait de classer cette disposition dans la catégorie des obligations de moyen, dans « Le fait étatique complexe : une notion contestable », (1982) 28 *A.F.D.I.* 701, à la p. 726.

137. *Supra*, note 3.

du droit international reconnaît que la distinction entre les deux types d'obligations

ne doit pas faire perdre de vue que toute obligation internationale poursuit un but, ou si l'on veut, un résultat, y compris les obligations dites « de comportement » ou « de moyens »¹³⁸.

La doctrine ne s'y est d'ailleurs pas trompée. Ainsi, J. Combacau, dans une comparaison qui trouve bien sa place ici, a raison de dire que l'obligation du médecin de soigner son patient mais non de le guérir, « c'est aussi, en soi, atteindre un résultat » même s'il est « continu et progressif et non instantané et statique comme l'est la guérison »¹³⁹. De même, J. Salmon conclut, au terme d'une analyse serrée de la distinction entre les deux types d'obligations, que

la distinction proposée est extrêmement difficile à appliquer en pratique car il est difficile de distinguer un comportement déterminé d'un résultat déterminé. Il est fréquent qu'une fin soit aussi un moyen et inversement qu'un moyen puisse être considéré comme une fin. Il est aussi très fréquent que les textes internationaux contiennent une pluralité de finalités plus ou moins hiérarchisées ou étagées¹⁴⁰.

Obligation de moyen ou obligation de résultat, on sera finalement d'accord pour dire que ce qui est requis de l'État demeure un *résultat*, qui consistera soit en l'adoption d'un certain comportement, soit en la réalisation d'un fait particulier. Ce qui importe dans ces questions qui nous occupent, c'est que l'État viole son obligation et engage sa responsabilité internationale s'il n'adopte pas le comportement exigé.

Or, une différence marquante entre les deux types d'obligations réside dans l'appréciation de leur exécution : s'il est en effet assez facile de voir qu'une obligation dite de résultat est ou n'est pas respectée, en revanche, la mise en évidence de la violation d'une obligation dite de moyen est beaucoup plus ardue surtout lorsqu'elle est exprimée sous la forme générale et imprécise d'« efforts à consentir » ou « des mesures nécessaires » à mettre en œuvre. Savoir si une telle obligation a été exécutée implique en effet une appréciation subjective du comportement en cause, appréciation faisant appel à des critères de conduite idéale qui varient nécessairement selon le point de vue de ceux qui en jugent. Il est

138. Projet d'articles sur la responsabilité des États, art. 20, *supra*, note 135, p. 15.

139. J. COMBACAU, « Obligations de résultat et obligations de moyens : quelques questions et pas de réponse » dans *Mélanges Reuter* (1981), p. 197.

140. SALMON, *loc. cit. supra*, note 133, p. 727.

en outre aisé pour l'État débiteur de l'obligation de s'exonérer de toute responsabilité en prétendant que sa conduite est conforme aux exigences du traité dans les circonstances de l'espèce.

Pourtant, l'obligation existe, même si elle est énoncée avec souplesse et imprécision, et elle doit, comme toute obligation juridique internationale, être remplie de bonne foi¹⁴¹. Le fait qu'il puisse s'avérer difficile de mesurer l'adéquation du comportement de l'État à la norme n'anéantit pas cette dernière et, dès lors, le refus ou la carence persistante d'un État de faire quoi que ce soit pour mettre en œuvre le droit à la santé est une violation de la règle, violation qui entraîne la responsabilité internationale de l'État défaillant.

Cela étant, à partir du moment où le droit à la santé n'apparaît qu'à travers le prisme d'une obligation de moyen à charge de l'État, il perd en principe, toute « immédiate », et son invocation par les particuliers tend à devenir problématique. C'est dans cette mesure que nous parlons d'un droit médiat en forme d'objectif à propos de ses manifestations dans la Charte sociale européenne, le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et la Charte africaine.

Cela signifie-t-il que ces instruments n'ont aucun impact dans l'ordre juridique interne des États? C'est ce que nous verrons dans la III^e partie de cette étude.

En résumé, la complexité et la multiplicité du contenu du droit à la santé expliquent le caractère variable de sa juridicité. On ne s'étonnera donc pas que, selon les instruments où il se trouve et selon la manière dont il est exprimé, cette juridicité varie du simple souhait au *jus cogens* en passant par la plupart des degrés possibles de force contraignante d'une norme.

III. — LA PROTECTION DU DROIT À LA SANTÉ, UN ÉVENTAIL DE SYSTÈMES

Au kaléidoscope de droits couverts par le droit à la santé correspond un large éventail de systèmes de protection de ce droit qu'on peut regrouper en deux catégories :

141. Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra*, note 93, art. 26; Déclaration sur les relations amicales et la coopération entre les États, A.G. Rés. 2625 (XXV), Doc. off. A.G., 25^e session, supp. n° 28, p. 131, Doc. N.U. A/5217 (1970), 7^e principe.

- les systèmes de protection mis en œuvre par les États ou des organes internationaux ;
- les systèmes de protection mis en œuvre par les individus.

Les premiers comprennent, outre le droit commun de mise en œuvre de la responsabilité internationale des États pour violation de leurs obligations internationales, des systèmes spécifiques tels que :

- envoi régulier par les États de rapports à un organe institutionnel désigné conventionnellement afin d'examiner la manière dont les États appliquent les règles auxquelles ils ont souscrit, et habilité à faire des recommandations ¹⁴² ;
- système de contrôle non contentieux de l'application de certaines conventions, contrôle assuré par des États tiers ¹⁴³ et des organes internationaux désignés par ces conventions ¹⁴⁴ ;
- systèmes contentieux de plaintes et d'enquêtes auprès d'un organe *ad hoc* ou permanent qui rend ensuite un rapport et fait des recommandations ¹⁴⁵ ;
- systèmes de réclamations judiciaires débouchant sur un arrêt d'une cour internationale dotée de compétences spécifiques ¹⁴⁶.

142. Constitution de l'O.I.T., (1948) 15 *R.T.N.U.* 40, art. 22 ; Charte sociale européenne, *supra*, note 4, Partie IV, art. 21 et ss. ; Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 16 et ss. ; Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, art. 40 ; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 42-43.

143. Convention I, *supra*, note 39, art. 8 ; Convention II, *supra*, note 39, art. 8 ; Convention III, *supra*, note 39, art. 8 ; Convention IV, *supra*, note 39, art. 9 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 5 §§ 1-2.

144. Convention I, *supra*, note 39, art. 10 ; Convention II, *supra*, note 39, art. 10 ; Convention III, *supra*, note 39, art. 10 ; Convention IV, *supra*, note 39, art. 11 al. 3 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 5 §§ 3-4 ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 45 ; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 41 ; Charte des Nations Unies, reproduite dans P. REUTER et A. GROS, *Traité et Documents diplomatiques* (4^e éd., 1976), pp. 31-64, art. 62 et 69 ; Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, art. 19-22.

145. Convention I, *supra*, note 39, art. 52 ; Convention II, *supra*, note 39, art. 53 ; Convention III, *supra*, note 39, art. 132 ; Convention IV, *supra*, note 39, art. 149 ; 1^{er} Protocole, *supra*, note 39, art. 90 ; Constitution de l'O.I.T., *supra*, note 142, art. 26 et ss. ; Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, art. 41 ; Convention européenne, *supra*, note 61, art. 24, 28-31 ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 47-53.

146. Convention européenne, *supra*, note 61, art. 44-54 ; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 61-63, 66-69.

Les seconds comprennent :

- au plan international, des systèmes de communications, de pétitions individuelles et de plaintes auprès d'un organe judiciaire¹⁴⁷ ou non judiciaire¹⁴⁸, désigné par l'instrument pertinent ;
- au plan interne, la mise en œuvre de procédures judiciaires devant les cours et tribunaux de l'État où est commise une violation d'un droit particulier.

Chacun de ces systèmes pourrait donner lieu à des développements sans commune mesure avec la dimension de cette étude. C'est pourquoi nous avons décidé de n'analyser qu'un système, le plus courant et le seul susceptible de concerner à la fois la plupart des droits relevant du droit à la santé et l'ensemble de leurs titulaires, à savoir, la protection judiciaire de ces droits *au plan interne*.

La protection du droit à la santé peut être mise en œuvre au plan interne par les individus lorsque ce droit produit des effets directs¹⁴⁹ dans l'ordre juridique des États, c'est-à-dire lorsque les individus sont fondés à s'en prévaloir devant leurs cours et tribunaux.

Dans les pages qui suivent, nous rappellerons certains principes généraux relatifs à l'effet direct (A) avant d'examiner les critères classiques de son application dans l'ordre interne (B) et les extensions possibles de cette application (C).

A. — Remarques générales sur l'effet direct

La possibilité d'appliquer directement une norme internationale dans l'ordre juridique interne des États est admise depuis longtemps tant

147. Convention européenne, *supra*, note 61, art. 25 et ss. et 45 et ss. ; Convention américaine, *supra*, note 61, art. 44, 46 et ss., 61-63, 66-69.

148. Protocole facultatif se rapportant au Pacte sur les droits civils, (1976) 999 *R.T.N.U.* 302, art. 1-5 ; C.E.S. Rés. 1503 (XLVIII), Doc. off. C.E.S., 48^e session, supp. n° 1A, p. 9, Doc. N.U. E/4832/Add.I (1970) ; Constitution de l'O.I.T., *supra*, note 142, art. 24-25 ; Charte africaine, *supra*, note 12, art. 55 et ss.

149. Nous utilisons indifféremment les expressions « effet direct », « applicabilité directe », « self-executing » pour caractériser une norme internationale qui confère des droits et des obligations à l'individu dans l'ordre interne, droits et obligations qui peuvent être sanctionnés par les cours et tribunaux de cet ordre.

par la jurisprudence internationale¹⁵⁰ que par certaines lois¹⁵¹ et la pratique interne des États¹⁵². À cet égard, on notera qu'il ne faut pas nécessairement distinguer entre les États où l'introduction de la norme internationale dans l'ordre interne est soumise à une procédure formelle de réception (Royaume-Uni, États membres du Commonwealth, Italie, Belgique pour certains traités¹⁵³), et ceux où cette procédure n'existe pas et qui connaissent un système d'incorporation automatique de la norme internationale (États-Unis, France, Pays-Bas, Suisse, États latino-américains, etc.). Pourquoi ces deux situations peuvent-elles être considérées comme similaires ?

Dans les États où les normes sont soumises à réception, trois hypothèses peuvent se présenter. Premièrement, l'acte de réception reste muet quant à l'effet direct de la norme internationale et le juge appelé à l'appliquer se trouve donc dans la même situation que le juge du pays où l'incorporation de la norme est automatique.

Deuxièmement, l'acte de réception stipule que la norme est directement applicable : la question de son effet direct ne se pose donc plus. *Quid* cependant d'un acte de réception qui, en déclarant la norme internationale directement applicable irait manifestement au-delà de ce que la Convention prévoit ? Nous pensons que si cet acte ne modifie pas la portée des obligations *internationales* que les États parties ont contractées les uns par rapport aux autres, cette extension purement *interne* des obligations conventionnelles ne devrait heurter aucune règle du droit des traités et pourrait sans doute se justifier au regard du principe « qui peut le plus, peut le moins »¹⁵⁴.

Troisièmement, l'acte de réception stipule que la norme internationale n'est pas directement applicable : à la différence de l'hypothèse

150. *Compétence des tribunaux de Dantzig*, avis consultatif, 1928, C.P.J.I., Série B, n° 15, pp. 17-18.

151. Constitution de la R.F.A. dans *Constitutions of the Countries of the World* (1974), art. 25 ; Constitution des Pays-Bas dans *Constitutions of the Countries of the World* (1974), art. 65-66.

152. M. WAELBROECK, *Traités internationaux et juridictions internationales dans les pays du Marché commun* (1969), pp. 157 et ss.

153. Constitution belge dans *Constitutions of the Countries of the World*, *supra*, note 151, art. 68 al. 2 : « Les traités de commerce et ceux qui pourraient grever l'État ou lier individuellement les Belges n'ont d'effet qu'après avoir reçu l'assentiment des Chambres. »

154. Comp. cependant J. VERHOEVEN, « La notion "d'applicabilité directe" du droit international », (1980) 15 *R.B.D.I.* 243, à la p. 259.

précédente, cette stipulation risque d'amoindrir la portée des obligations conventionnelles. Or, le problème n'est pas théorique et il s'est posé dans un État où l'incorporation des normes internationales est pourtant automatique : les États-Unis où le Président Carter annonça le 28 février 1978 au Sénat américain son intention de déclarer au moment de la ratification de quatre traités relatifs aux droits de l'homme¹⁵⁵ — lesquels contiennent des dispositions touchant à des degrés divers le droit à la santé — que ces traités n'étaient pas *self-executing*¹⁵⁶. En pareille hypothèse, deux situations doivent être envisagées :

- Si une déclaration de ce genre s'apparente à une réserve¹⁵⁷, elle en suivra le destin prévu aux articles 19 et 20 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Ainsi, en cas de silence du traité sur la réserve en question, il faudra voir si elle est compatible avec l'objet et le but du traité ; elle sera présumée l'être si aucune Haute Partie contractante n'émet d'objection ; dans le cas contraire, elle ne le sera pas ; en toute hypothèse, la déclaration a le mérite de résoudre le problème de l'applicabilité

155. Il s'agissait du Pacte sur les droits économiques, *supra*, note 3, du Pacte sur les droits civils, *supra*, note 61, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, *supra*, note 27, et de la Convention américaine, *supra*, note 61.

156. M.J. BOSSUYT, « The direct Applicability of International Instruments of Human Rights », (1980) 15 *R.B.D.I.* 317, à la p. 333 et ss.

157. Ce que conteste M. BOSSUYT : « Once established that the Covenant does not prescribe that its provisions should be self-executing in the internal law of the States Parties to the Covenant, it is clear that such a declaration is not a reservation in international law... », *loc. cit. supra*, note 156, p. 338. À vrai dire, nous ne comprenons pas très bien le fondement de cette distinction formelle dans un droit qui ne s'embarrasse guère de formalisme (*Temple de Préah*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961, p. 31 ; *Cameroun septentrional*, arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 28 ; *Essais nucléaires (Australie c. France)*, arrêt, C.I.J. Recueil 1984, p. 267 § 45). Ajoutons que dans la mesure où, en l'espèce, cette « déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation... vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État » (Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra*, note 92, art. 2d : définition de la réserve) — ce qui était manifestement le cas pour les États-Unis —, on se trouve en présence d'une réserve, même si on l'appelle déclaration interprétative. Voir *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République Française*, 18 R.S.A., pp. 169-170, §§ 54-55, (1977).

directe du traité dans un sens ou dans l'autre (ou dans un sens *et* dans l'autre, si certaines parties contractantes acceptent la déclaration tandis que d'autres la refusent !)

- Si la déclaration en question se limite à l'acte de réception et reste donc purement interne, sa validité devient beaucoup plus contestable : elle s'apparente en effet à une interprétation unilatérale autoritaire qui peut aboutir à une modification de la portée des obligations conventionnelles sans que les autres Hautes Parties contractantes puissent réagir¹⁵⁸. En Belgique, par exemple, la Cour de Cassation a déclaré, dans un arrêt du 12 mars 1968,

qu'... une convention internationale n'est pas susceptible d'interprétation unilatérale par voie d'autorité ; que pareille convention étant par nature issue de la volonté des Hautes Parties contractantes, l'une de celles-ci ne saurait lier l'autre en interprétant unilatéralement la convention par voie législative¹⁵⁹.

Tout au plus peut-on admettre qu'à l'occasion d'un litige pendant devant un tribunal, l'Exécutif, au titre d'*amicus curiae* — voire l'organe législatif dans les États où existe une procédure de référé législatif — donne son avis sur l'effet direct d'un traité, mais à condition que cela ne lie pas le juge. En l'espèce, le problème de l'applicabilité directe du traité n'est pas résolu pour autant et le juge chargé de le résoudre se trouve dans *la même situation* que le juge de l'État où l'incorporation de la norme internationale est automatique¹⁶⁰.

On voit donc que dans les pays où existe un système de réception des normes internationales, la norme interne d'accueil ne règle pas toujours le problème de l'applicabilité directe des premières. Si des doutes s'élèvent à ce sujet, il faudra recourir aux mêmes critères que ceux applicables dans les pays d'incorporation automatique pour déterminer l'effet direct de la norme internationale.

Quels sont ces critères ? Dans la mesure où il s'agit d'une norme écrite (de droit conventionnel ou de droit dérivé) — ce qui est sans doute le cas de toutes les normes internationales qui sous-tendent le droit à la

158. Voir Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra*, note 92, art. 39-41.

159. J.T. 1968, p. 290 ; VERHOEVEN, *loc. cit. supra*, note 154, p. 261.

160. Comp. VERHOEVEN, *loc. cit. supra*, note 154, p. 252.

santé —, les critères de son applicabilité directe résident dans l'intention de ses auteurs. Comme l'écrit J. Verhoeven, « pour qu'une règle soit directement applicable, il faut et il suffit que ses auteurs l'aient voulue telle »¹⁶¹. Il reste cependant à découvrir cette intention. Conformément à ce que stipule l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, celle-ci se dégagera du « sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte à la lumière de son objet et de son but ». Ce n'est qu'à défaut de pouvoir déterminer ainsi le sens des termes du traité que l'on recourra aux travaux préparatoires¹⁶².

Si le texte constitue donc le critère *a priori* de l'intention des Parties contractantes¹⁶³, il reste que l'article 31 de la Convention de Vienne, en faisant également appel à l'objet et au but du traité, confère au juge une large gamme d'éléments d'appréciation de l'applicabilité directe de la norme internationale. Les justifications avancées par la Cour de justice des Communautés européennes pour reconnaître l'effet direct d'une norme communautaire témoignent de l'étendue de ce pouvoir. En invoquant « l'esprit, l'économie et le texte du traité »¹⁶⁴, « les termes et l'esprit du traité »¹⁶⁵, « la nature même » d'une disposition¹⁶⁶, son « essence »¹⁶⁷, la Cour se livre à des qualifications dont la généralité et le caractère finalement peu démonstratif sont significatifs de ses prérogatives.

161. *Id.*, p. 259.

162. Convention de Vienne sur le droit des traités, *supra*, note 93, art. 32.

163. J. VELU, « Les effets directs des instruments internationaux en matière de droits de l'homme », (1980) 15 *R.B.D.I.* 293, à la p. 302; sur la priorité des « méthodes intrinsèques », voir *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950, p. 8; C. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public* (1963), p. 50; C. CHAUMONT, « Cours général de droit international public », (1970) 129 *R.C.A.D.I.* 339, à la p. 471.

164. *N.V. Algemene Transport — En expeditie onderneming Van Gend & Loos* contre *Administration fiscale néerlandaise*, (1963) 9 C.J.C.E. Recueil, p. 25.

165. *M. Flaminio Costa* contre *E.N.E.L.*, (1964) 10 C.J.C.E. Recueil, p. 1159.

166. *Firma Molkerei-Zentrale Westfalen/Lippe GmbH* contre *Hauptzollamt Paderborn*, (1968) 14 C.J.C.E. Recueil, p. 226; *Société par actions Salgoil* contre *Ministère du Commerce extérieur de la République italienne*, (1968) 14 C.J.C.E. Recueil, p. 673.

167. *Jean Reyners* contre *État Belge*, (1974) 20 C.J.C.E. Recueil, p. 651, att. 25.

Voir sur les arrêts cités aux notes 161 à 164 les observations pertinentes de VERHOEVEN, *loc. cit. supra*, note 154, p. 262.

Il n'en demeure pas moins nécessaire de voir si au-delà de la philosophie générale du texte d'une disposition, il n'est pas possible de déterminer plus précisément les critères des normes directement applicables. La tâche est difficile car l'applicabilité directe des normes internationales n'est pas codifiée et tout est cas d'espèce. En l'occurrence, nous nous attacherons à rechercher des critères textuels dès lors que c'est d'abord du texte que doit se déduire l'intention des auteurs. Ceci n'exclut évidemment pas des critères propres au contexte, à l'objet et au but de la norme, mais dans le cadre forcément limité de cette étude, on se bornera à dégager certaines constantes dans la rédaction de la norme plutôt que dans son esprit.

B. — Critères d'application de l'effet direct

En simplifiant une réalité complexe et multiforme, on peut envisager deux situations :

- la norme internationale s'adresse aux individus ;
- la norme internationale s'adresse aux États.

1. — *La norme internationale s'adresse aux individus*

Dans le cas du droit à la santé, on dira que la norme internationale s'adresse à l'individu chaque fois qu'elle stipule que l'individu est titulaire de droits ou d'obligations ou qu'elle confère à l'État des obligations qui ont pour corollaire direct des droits dans le chef des individus. Il y a d'autres hypothèses où la norme internationale est directement applicable — par exemple, les traités qui modifient la situation territoriale d'un État et donc des individus qui s'y trouvent¹⁶⁸ — mais ceci ne concerne guère le cas du droit à la santé.

Parmi les instruments contenant des normes qui s'adressent aux individus, certains présentent des dispositions liminaires qui, avec plus ou moins de précision, explicitent le caractère directement applicable de ces normes (a), tandis que d'autres instruments sont dépourvus de pareilles dispositions (b).

168. Voir VERHOEVEN, *loc. cit. supra*, note 154, p. 264.

a) *Instruments pourvus de dispositions liminaires*

Plusieurs traités contiennent des dispositions liminaires qui, dans une certaine mesure, donnent des indications sur le caractère directement applicable des règles qui s'y trouvent. La précision de ces dispositions est toutefois variable : certaines établissent très clairement l'effet direct (ou l'absence d'effet direct) des règles énoncées par le traité (1^o), d'autres le font de manière plus ambiguë (2^o), d'autres enfin n'apportent aucune indication à ce sujet (3^o).

1^o Les dispositions liminaires sont parfois suffisamment précises. La plus belle illustration de cette hypothèse est fournie par la Convention européenne des droits de l'homme dont l'article 1^{er} prévoit que :

Les Hautes Parties contractantes *reconnaissent à toute personne* relevant de leur juridiction les droits et libertés définies au Titre I de la présente Convention ¹⁶⁹.

Que cette disposition confère un effet direct aux droits énoncés au titre 1^{er} de la Convention ne soulève aucun doute : telle était la volonté des auteurs de la Convention ¹⁷⁰ et telle semble être appliquée la Convention par les tribunaux des États parties, à l'exception des États « réceptionnistes » ; la plupart de ces derniers, en effet, n'ont pas incorporé la Convention dans leur système interne ¹⁷¹.

Un autre exemple de disposition liminaire établissant l'effet direct des normes qui la suivent est celui où les États parties « s'engagent » à respecter les droits des individus. Ainsi, l'article 2 § 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques : « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire [...] les droits reconnus dans le présent Pacte [...] » ¹⁷². Et l'article 1 § 1 de la Convention américaine des droits de l'homme : « Les États s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention et à en garantir le libre et plein exercice à toute personne relevant de leur compétence, sans aucune distinction [...] » ¹⁷³. Ne peut-on toutefois penser que l'expression « les États parties s'engagent » atténue le caractère direct des droits conférés aux individus ? En

169. *Supra*, note 61.

170. DRZEMCZEWSKI, *op. cit. supra*, note 77, pp. 51-52.

171. Danemark, Irlande, Norvège, Suède, Islande, Malte et Royaume-Uni ; *id.*, pp. 125 et ss., 170 et ss. et 190.

172. *Supra*, note 61.

173. *Supra*, note 61.

l'occurrence, nous ne le croyons pas. Le fait que dans la Convention européenne des droits de l'homme, on ait substitué « les États reconnaissent » à « les États s'engagent à reconnaître »¹⁷⁴ n'est pas significatif pour les autres conventions ; s'engager à *reconnaître*, en effet, impliquait plutôt une obligation positive de comportement difficilement compatible avec l'effet direct que l'on voulait attribuer aux normes de la Convention : l'expression semblait indiquer que les droits en question n'existaient pas sans que l'État adoptât les mesures propres à les reconnaître. Pour assurer l'applicabilité directe du titre 1^{er} de la Convention, il importait donc de supprimer cette ambiguïté ; d'où la substitution que l'on sait.

Au contraire, « s'engager à *respecter* » suppose que les droits prévus dans le traité existent du seul fait de leur énoncé et que l'État doit seulement s'abstenir d'y porter atteinte ; il n'est donc pas nécessaire pour assurer l'effet direct de remplacer « les États s'engagent à respecter » par « les États respectent » ou « respecteront » : ces expressions sont purement synonymes. J. Velu pour qui l'expression « s'engagent à respecter » reste, malgré tout, ambiguë, conclut cependant que cela ne nuit nullement à l'applicabilité directe du Pacte¹⁷⁵. Les travaux préparatoires du Pacte confirment la volonté des auteurs de ne pas exclure son applicabilité directe¹⁷⁶ et c'est ainsi que le législateur belge a interprété sa portée¹⁷⁷.

D'ailleurs, le fait que le Pacte oblige les États parties à adopter « telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui *ne seraient pas déjà en vigueur* »¹⁷⁸, — obligation que l'on retrouve à l'article 2 de la Convention américaine des droits de l'homme¹⁷⁹ — renforce le caractère *self-executing* des droits énoncés par le Pacte et la Convention, dès lors qu'ils correspondent à des droits déjà reconnus au plan interne. *A contrario*, en prévoyant que « [l]es États membres de l'O.U.A. parties à la présente Charte, *reconnaissent* les droits, devoirs et libertés énoncés dans cette Charte et s'engagent à *adopter des mesures* législatives ou autres pour les appliquer », la Charte africaine se présente d'emblée comme n'étant pas directement applicable¹⁸⁰.

174. *Supra*, note 61, art. 1 ; voir DRZEMCZEWSKI, *op. cit. supra*, note 77, p. 51.

175. *Loc. cit. supra*, note 163, p. 304.

176. BOSSUYT, *loc. cit. supra*, note 156, pp. 327-329.

177. *Id.*, pp. 329-332.

178. *Supra*, note 61, art. 2 § 2 (nous soulignons).

179. *Supra*, note 61.

180. *Supra*, note 12, art. 1^{er} (nous soulignons).

Le seul fait de « s'engager » ne semble donc pas de nature à exclure *a priori* l'effet direct d'une norme internationale. Tout dépend de ce à quoi l'on s'engage. Si l'État s'engage à respecter les droits énoncés par une norme, il est clair qu'il reconnaît ces droits aux individus et qu'ils sont directement applicables. Si en revanche, l'État s'engage à adopter des lois aptes à mettre ces droits en œuvre, il paraît tout aussi certain que l'État ne reconnaît aucun droit aux individus (sous réserve de ce qui sera dit plus loin) et qu'il ne s'adresse qu'à lui-même. En principe, les obligations qu'il assume n'ont pas d'effet direct. Entre ces deux extrêmes, l'État peut s'engager à remplir des obligations dont il est malaisé de dire si elles produisent ou non un effet direct ainsi qu'on va le voir à présent.

2° Les dispositions liminaires peuvent être ambiguës. En voici deux exemples significatifs : alors qu'en 1940, la Cour suprême d'Argentine tirait de la lecture de l'article 1^{er} de la Convention n° 12 de l'O.I.T.¹⁸¹ la conviction que cet instrument ne modifiait pas par lui-même la législation existante et qu'il n'était donc pas directement applicable¹⁸² au contraire, la Cour de Cassation française considérait en 1934 que l'article 1^{er} de la Convention n° 19 de l'O.I.T.¹⁸³, qui est à peu près identique au précédent, était directement applicable¹⁸⁴. Dans les deux cas pourtant,

181. Convention concernant la réparation des accidents du travail dans l'agriculture, adoptée par la Conférence générale de l'O.I.T. à sa 3^e session, Genève, 12 novembre 1921, telle qu'elle a été modifiée par la Convention portant révision des articles finals, 1946, (1949) 38 *R.T.N.U.* 165, art. 1^{er} : « Tout membre de l'O.I.T. ratifiant la présente Convention *s'engage à étendre* à tous les salariés agricoles le bénéfice des lois et règlements ayant pour objet d'indemniser les victimes d'accidents survenus par le fait du travail ou à l'occasion du travail » (nous soulignons).

182. V. LEARY, *International Labour Conventions and National Law* (1982), pp. 82 et ss. et les excellents commentaires, pp. 105 et ss.

183. Convention concernant l'égalité de traitement des travailleurs étrangers et nationaux en matière des accidents du travail, adoptée par la Conférence générale de l'O.I.T. à sa 7^e session, Genève, 5 juin 1925, telle qu'elle a été modifiée par la Convention portant révision des articles finals, 1946, (1949) 38 *R.T.N.U.* 257, art. 1^{er} : « Tout membre de l'O.I.T. qui ratifie la présente Convention *s'engage à accorder* aux ressortissants de tout autre membre ayant ratifié ladite Convention qui seront victimes d'accidents du travail survenus sur son territoire, ou à leurs ayants droit, le même traitement qu'il assure à ses propres ressortissants en matière de réparation des accidents du travail. Cette égalité de traitement *sera assurée* aux travailleurs étrangers et à leurs ayants droit sans aucune condition de résidence [...] » (nous soulignons).

184. LEARY, *op. cit. supra*, note 182, pp. 90 et ss., 106 et ss.

les États parties *s'engageaient* à faire quelque chose et assumaient une obligation dont les effets étaient sensiblement identiques.

Il existe d'autres exemples d'incohérence. V. Leary¹⁸⁵ montre que l'Italie, la Suisse et les Pays-Bas ont considéré comme directement applicables des dispositions de la Convention n° 87 de l'O.I.T. sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, alors que l'article 1^{er} de cette Convention était rédigé comme suit : « Tout membre de l'O.I.T. [...] *s'engage à donner effet* aux dispositions suivantes »¹⁸⁶. Pourtant, selon un spécialiste comme N. Valticos, la plupart des dispositions de Conventions internationales du travail ne sont pas *self-executing*¹⁸⁷.

De son côté, le Comité d'experts de l'O.I.T. qui veille à l'application des conventions du travail par les États, ne fait pas toujours preuve de continuité et de logique dans ce domaine. Ainsi, V. Leary¹⁸⁸ cite l'exemple de la Convention n° 13 concernant l'emploi de la céruse dans la peinture, où l'article 1^{er} § 1 prévoit que « [t]out membre de l'O.I.T. qui ratifie la Convention s'engage à interdire [...] l'emploi de la céruse, du sulfate de plomb et de tous produits contenant ces pigments dans les travaux de peinture intérieure des bâtiments [...] »¹⁸⁹, tandis que l'article 3 dispose : « Il est interdit d'employer les jeunes gens de moins de 18 ans et les femmes aux travaux de peinture industrielle comportant l'usage de la céruse [...] »¹⁹⁰. D'un côté, la disposition liminaire de l'article 1^{er} § 1 semble indiquer que la Convention n'est pas *self-executing* ; d'un autre côté, l'article 3, considéré indépendamment de l'article 1^{er} § 1, paraît directement applicable : le Comité d'experts a d'abord laissé entendre que ces deux dispositions étaient *self-executing* avant de conclure ensuite qu'aucune ne l'était !¹⁹¹

Ces quelques exemples montrent que les dispositions liminaires n'éclaircissent pas toujours l'existence ou l'absence d'effets directs des normes qui en dépendent et que parfois même elles tendent à l'obscurcir. Dans ces conditions, où se trouve le critère de l'effet direct ? Nous pensons que dans la mesure où la disposition liminaire apparaît comme

185. *Ibid.*

186. (1950) 68 *R.T.N.U.* 17.

187. Cité par LEARY, *op. cit. supra*, note 182, p. 96.

188. *Id.*, pp. 109 et ss.

189. (1949) 38 *R.T.N.U.* 175.

190. *Ibid.*

191. Voir LEARY, *op. cit. supra*, note 179, pp. 109-111.

la clef de voûte commandant l'applicabilité directe du traité, il appartient aux États d'être clairs. Par conséquent, l'ambiguïté des expressions figurant dans la disposition liminaire ne doit pas nuire — conformément au principe d'interprétation *contra proferentem* — à l'individu qui croit légitimement y trouver la source de ses droits. Lorsque ce dernier invoque un texte qui, sans sollicitation excessive, se prête aussi bien à une interprétation favorable à l'effet direct qu'à une interprétation défavorable, le juge interne devrait choisir la première interprétation et présumer que les États ont voulu assurer un effet direct aux normes en cause.

Cette présomption peut sembler difficilement compatible avec l'étatisme du droit international, mais il faut se rappeler qu'aujourd'hui le droit international reconnaît de plus en plus l'individu comme sujet de droit. Il est donc conforme à l'esprit de cette évolution de privilégier une interprétation qui soit favorable à l'individu et qui lui épargne tout dommage résultant des équivoques, voulues ou non, dont l'État porte la seule responsabilité.

3° Les dispositions liminaires sont parfois non significatives. Certaines conventions commencent par un article stipulant que les États parties « s'engagent à respecter et à faire respecter » les règles qui s'y trouvent. Tel est le cas de la Convention de Genève de 1949 et du 1^{er} Protocole additionnel de 1977¹⁹². Cette clause dont on a déjà évoqué la fonction (ci-dessus, II,A) n'a évidemment aucune influence sur l'effet direct des dispositions qui la suivent. Cet effet doit donc être examiné selon les mêmes critères que ceux applicables aux normes qui ne sont pas précédées de dispositions liminaires.

b) *Instruments dépourvus de dispositions liminaires*

À défaut de dispositions liminaires précisant si les normes de la convention sont directement applicables, l'éventuel effet direct de chaque norme doit se déduire de la norme elle-même. Y a-t-il des critères textuels? Examinons quelques normes relevant du droit à la santé qui ont fait l'objet d'une application directe :

- Convention de Genève du 27 juillet 1929 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les armées de campagne, article 3 :

192. *Supra*, note 39, art. 1^{er} commun.

Après chaque combat, l'occupant du champ de bataille prendra les mesures pour rechercher les blessés et les morts et pour les protéger contre le pillage et les mauvais traitements [...] ¹⁹³.

— Convention de Genève du 27 juillet 1929 relative au traitement des prisonniers de guerre, article 2 :

Les prisonniers de guerre sont au pouvoir de la Puissance ennemie, mais non des individus ou des corps de troupe qui les ont capturés. Ils doivent être traités en tout temps avec humanité et être protégés notamment contre les actes de violence, les insultes et la curiosité publique. Les mesures de représailles à leur égard sont interdites ¹⁹⁴.

— L'article 7 de la même Convention :

Dans le plus bref délai possible après leur capture, les prisonniers de guerre seront évacués sur des dépôts situés dans une région assez éloignée de la zone de combat pour qu'ils se trouvent hors de danger.

Ne pourront être maintenus temporairement dans une zone dangereuse que les prisonniers qui, en raison de leurs blessures ou de leurs maladies courraient de plus grands risques à être évacués qu'à rester sur place. Les prisonniers ne seront pas inutilement exposés au danger, en attendant leur évacuation d'une zone de combat.

L'évacuation à pied de prisonniers ne pourra se faire normalement que par étapes de 20 km par jour à moins que la nécessité d'atteindre les dépôts d'eau et de nourriture n'exige de plus longues étapes ¹⁹⁵.

193. (1931-32) 118 *R.T.S.D.N.* 303, tel qu'appliqué dans *In re Schmidt*, U.S. General Military Government Court, Dachau, May 19, 1947, cité dans *Annual Digest and Reports of Public International Law Cases*, 1946, vol. 13, p. 333, [ci-après dénommé *Ann. Dig.*].

194. (1931-32) 118 *R.T.S.D.N.* 343, tel qu'appliqué dans *In re Killinger and Others*, British Military Court, Wuppertal, Germany, Dec. 3, 1945, cité dans *Ann. Dig.*, 1946, vol. 13, p. 290; *In re Buck and Others*, British Military Court, Wuppertal, Germany, May 10, 1946, cité dans *Ann. Dig.*, 1946, vol. 13, p. 293; *Tribunal militaire international de Nüremberg*, 1^{er} octobre 1946, Doc. off., t. I, p. 266; *In re Kappler*, Military Tribunal of Rome, Italy, July 20, 1948, cité dans *Ann. Dig.*, 1948, vol. 15, p. 477; *In re Rauter*, Special Court of Cassation, The Hague, Jan. 12, 1949, cité dans *Ann. Dig.*, 1949, vol. 16, p. 539.

195. *Supra*, note 194, tel qu'appliqué dans *In re Koshiro*, Netherlands East Indies, Temporary Court Martial, Makassar, Feb. 5, 1947, cité dans *Ann. Dig.*, 1947, vol. 14, p. 211; *In re Weizsaecher and Others*, U.S. Military Tribunal, Nüremberg, April 14, 1949, cité dans *Ann. Dig.*, 1949, vol. 16, p. 351.

— L'article 13 :

Les belligérants seront tenus de prendre toutes les mesures d'hygiène nécessaires pour assurer la propreté et la salubrité des camps et pour prévenir les épidémies [...] ¹⁹⁶.

— L'article 14 :

Chaque camp possédera une infirmerie où les prisonniers de guerre recevront les soins de toute nature dont ils pourront avoir besoin [...] ¹⁹⁷.

— L'article 15 :

Des inspections médicales de prisonniers de guerre seront organisées au moins une fois par mois. Elles auront pour objet le contrôle de l'état général de santé [...] ¹⁹⁸.

— Convention n° 3 de l'O.I.T. concernant l'emploi des femmes avant et après l'accouchement, 1919, article 3 :

Dans tous les établissements industriels ou commerciaux, publics ou privés, [...] une femme

- a) *ne sera pas autorisée* à travailler pendant une période de 6 semaines après ses couches ;
- b) *aura le droit* de quitter son travail sur production d'un certificat médical... ;
- c) *recevra* pendant toute la période où elle sera absente [...] une indemnité suffisante pour son entretien et celui de son enfant... ; ladite indemnité [...] *sera prélevée sur les fonds publics* ou *sera fournie par un système d'assurance* ; elle *aura droit*, en outre, aux soins gratuits d'un médecin ou d'une sage-femme [...] ¹⁹⁹.

— Convention n° 55 de l'O.I.T. concernant les obligations de l'armateur en cas de maladie, d'accident ou de décès des gens en mer, 1936, article 2 § 1 :

196. *Supra*, note 194, tel qu'appliqué dans *In re Kondo Shuichi*, Netherlands Indies, Temporary Court Martial, Batavia, Oct. 29, 1946, cité dans *Ann. Dig.*, 1946, vol. 13, p. 399.

197. *Supra*, note 194.

198. *Ibid.*

199. (1949) 38 *R.T.N.U.* 53 ; voir LEARY, *op. cit. supra*, note 182, pp. 88-90 citant Cass. fr., civ. 28 mars 1962 ; l'auteur estime toutefois que l'art. 3c n'est *self-executing* que dans les pays où existe déjà un système d'assurances ou de sécurité sociale.

Les obligations de l'armateur *doivent couvrir* les risques :

- a) de maladie ou d'accident survenus entre la date stipulée dans le contrat d'engagement pour le commencement du service et l'expiration de l'engagement ;
- b) de décès résultant d'une telle maladie ou d'un tel accident²⁰⁰.

Formellement, ces dispositions se caractérisent par le fait que

- elles ne s'adressent pas spécifiquement à l'État, et même lorsqu'elles s'adressent à l'État, c'est pour lui conférer une obligation qui a pour corollaire immédiat un droit dans le chef des individus ;
- elles énoncent généralement des règles de comportement qui concernent les individus en leur reconnaissant des droits et des obligations ;
- elles sont complètes et précises et ne subordonnent pas leur application à l'adoption de normes particulières d'exécution par les États.

Plus concrètement, on pourrait dire qu'en dehors de leur origine internationale, ni leur formulation, ni leur contenu ne les distinguent des normes *internes* destinées à régir la conduite des individus et directement invocables par ces derniers devant les cours et tribunaux. Il est donc logique de leur reconnaître la même portée.

On notera que l'exigence de précision n'est pas toujours absolue. Des normes du droit humanitaire aussi générales que les principes d'humanité et les exigences de la conscience publique ont parfois fait l'objet d'une application directe par les juridictions internes pour des faits tels que la réalisation d'expériences médicales sur des prisonniers de guerre et des internés civils²⁰¹ ou certaines exécutions d'otages²⁰², tous faits qui n'étaient pas expressément prohibés par le droit international positif.

200. (1949) 40 *R.T.N.U.* 169, tel qu'appliqué dans *Warren v. U.S.*, Supreme Court, 26 fév. 1951, cité dans LEARY, *op. cit. supra*, note 182, pp. 77-80.

201. *U.S. v. Karl Brandt et al. (The Medical Case)*, U.S. Military Tribunal, August 19, 1947, dans *International Law Studies — Documents on Prisoners of War* (1979), vol. 60, pp. 394-396.

202. Cass. belge, 4 juillet 1949, (1948-1949) *Rev. dr. pén. et de crim.* 992 et 994 et une note d'observation n.s. ; comp. cependant Conseil de guerre, Bruxelles, 9 mars 1951, (1950-1951) *Rev. dr. pén. et de crim.* 868-873, note UHLER, p. 989-993.

En résumé, l'examen des normes généralement reconnues comme directement applicables, notamment par la jurisprudence interne des États, ne permet de dégager des critères ni d'une rigueur absolue, ni d'une grande originalité. Les critères dégagés en 1829 par la Cour suprême des États-Unis restent largement valable aujourd'hui, à savoir qu'un traité est directement applicable « chaque fois qu'il est effectif par lui-même sans avoir recours à des dispositions législatives »²⁰³. Tout au plus, avons-nous observé que l'applicabilité directe d'une norme conventionnelle ressort ou bien d'une disposition liminaire de la convention, pourvu qu'elle soit explicite, ou bien du caractère complet et précis de la norme et du fait qu'elle confère au particulier des droits ou des obligations.

En ce qui concerne les normes du droit à la santé qui répondent à ces critères, elles se confondent pour l'essentiel avec un certain nombre de dispositions fondamentales des droits de l'homme et du droit humanitaire, ainsi qu'avec certaines prescriptions du droit social international.

Il existe cependant d'autres expressions du droit à la santé. Celles-ci se trouvent dans des instruments qui, *a priori*, ne s'adressent pas aux individus.

2. — *La norme internationale s'adresse aux États*

Les normes les plus spécifiques du droit à la santé figurent dans des instruments qui, généralement demandent aux États de prendre des mesures propres à mettre ce droit en œuvre. On a déjà vu le cas de l'article 2 § 1 du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels²⁰⁴, la Partie I de la Charte sociale européenne²⁰⁵ et l'article 16 § 2 de la Charte africaine (ci-dessus, II, c).²⁰⁶ On peut y ajouter divers articles de la Charte sociale européenne concernant le droit à la santé. Ainsi, l'article 11, intitulé « Droit à la protection de la santé » :

En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à la protection de la santé, les Parties contractantes s'engagent à prendre, soit directement, soit en

203. *Foster and Elam v. Neilson*, 2 Peters (U.S.) 253 : « Whenever it operates of itself without the aid of any legislative provision » (cité par WAELBROECK, *op. cit. supra*, note 152, p. 161).

204. *Supra*, note 3.

205. *Supra*, note 4.

206. *Supra*, note 12.

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 autres²⁰⁷.

Conformément à une doctrine classique largement confirmée par la pratique et la jurisprudence, ce type de norme, qui requiert la mise en œuvre législative, n'est pas *self-executing*²⁰⁸. En outre, pour M. Waelbroeck,

l'application directe peut se heurter à un obstacle de fait lorsque le traité consacre, en termes généraux, un droit jusque-là inconnu de l'ordre juridique des États contractants et dont la mise en œuvre exige des mesures destinées à en préciser les contours [...]²⁰⁹

Ce type d'interprétation doit toutefois être nuancée. Il faut d'abord rappeler que le simple fait d'énoncer une obligation à charge de l'État n'est pas, en soi, un obstacle au caractère *self-executing* de la norme. C'est ainsi qu'une obligation d'abstention ou de *non facere* conférée à l'État peut entraîner à la charge des individus un droit corrélatif qu'ils seront à même d'invoquer devant les cours et tribunaux de l'ordre interne. Bien connu en droit européen²¹⁰, ce principe a fait l'objet

207. *Supra*, note 4. Voir aussi, dans le même instrument, la rédaction similaire des art. 3 (droit à la sécurité et à l'hygiène dans le travail), art. 7 (droit des enfants et des adolescents à la protection), art. 8 (droit des travailleuses à la protection), etc.

208. Attorney Adviser Diven to Legal Adviser Gross, Apr. 22, 1948, dans M. WHITEMAN, *A Digest of International Law*, vol. XIV, p. 305 ; dans le même sens, VELU, *loc. cit. supra*, note 163, pp. 304-305, 314 ; J. MOURGEON, « Les pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », (1967) 13 *A.F.D.I.* 326, à la p. 347 ; McLAUGHLIN dans WHITEMAN, *op. cit.*, p. 302 et ss. ; D. HARRIS, *The European Social Charter* (1984), pp. 290-291 ; LEARY, *op. cit. supra*, note 182, pp. 60 et ss. ; *A.J.R.F.P. v. Minister of Social Affairs*, Council of State, Judicial Decision, September 25, 1980, Rechtspraak Vreemdelingenrecht (1980) n° 79, (1982) 13 *N.Y.I.L.* 335-336 ; Tribunal fédéral, Suisse, 13 oct. 1972, § 2a, *in fine* de l'arrêt, (1974) *A.S.D.I.* 122.

209. *Op. cit. supra*, note 152, p. 175.

210. Dans l'affaire *Van Gend & Loss*, *supra*, note 164, p. 24 la C.J.C.E. justifie l'effet direct de l'art. 12 du traité de la C.É.E. (« Les États membres s'abstiennent d'introduire entre eux de nouveaux droits de douane... »), entre autres

d'applications fréquentes en droit humanitaire. Tel est, par exemple, l'effet des règles interdisant la torture et les mauvais traitements (ci-dessus, 1, b). Mais on peut aller plus loin : le fait qu'une norme oblige l'État à adopter un comportement positif comprenant l'adoption de mesures particulières d'exécution au plan interne ne constitue pas nécessairement un empêchement absolu, pour les individus, de s'en prévaloir au plan interne. Cette éventualité constitue l'objet de la section qui suit.

C. — Les extensions possibles de l'effet direct

Une norme internationale s'adressant aux seuls États peut être invoquée par les individus devant les juridictions internes, soit lorsqu'elle s'apparente aux directives européennes qui, dans certaines conditions, possèdent un effet direct (1), soit lorsque le défaut de mise en œuvre de la norme par l'État peut entraîner la responsabilité de ce dernier pour carence de ses organes (2).

1. — *L'effet direct des directives européennes*

L'article 189, alinéa 3, du traité de la C.É.E. stipule que « [l]a directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens »²¹¹. En d'autres termes, la directive est un acte de droit communautaire par lequel la Commission et, surtout, le Conseil obligent les États membres de la C.É.E. à « adopter un comportement déterminé »²¹² dans un délai fixe tout en laissant aux États le choix des

arguments, par les considérants suivants : « Attendu que le texte de l'article 12 énonce une interdiction claire et inconditionnelle qui est une obligation non pas de faire, mais de ne pas faire ; Que cette obligation n'est d'ailleurs assortie d'aucune réserve des États de subordonner sa mise en œuvre à un acte positif de droit interne ; Que cette prohibition se prête parfaitement par sa nature même à produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables ; Attendu que l'article 12 ne nécessite pas une intervention législative des États ; Que le fait, par cet article, de désigner les États membres comme sujet de l'obligation de s'abstenir n'implique pas que leurs ressortissants ne puissent en être les bénéficiaires. »

211. *Supra*, note 113.

212. *Verbond van Nederlandse ondernemingen contre Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, (1977) 1 C.J.C.E. Recueil, p. 127, att. 3.

moyens à mettre en œuvre pour obtenir ce résultat. Or, est-il imaginable qu'une norme conférant aux États l'obligation de prendre des mesures qu'ils sont seuls aptes à mettre en œuvre, puisse engendrer des effets directs à la charge des particuliers ? La Cour de justice des Communautés européennes le laissait entendre dès 1970 dans un considérant célèbre de l'*affaire Grad* :

Attendu cependant que si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues²¹³.

Les « autres catégories d'actes visés » par l'article 189 comprennent justement les directives. Or, 2 mois plus tard, la Cour reconnaît l'effet direct d'une directive, mais combiné avec l'effet direct des articles 9 et 13 § 2 du traité et d'une décision du Conseil²¹⁴. C'est en 1974 qu'en se fondant sur « l'effet utile » à reconnaître aux directives, la Cour proclame de manière autonome leur effet direct :

Attendu [...] qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées ; que particulièrement dans les cas où les autorités communautaires auraient par directive, obligé les États membres à adopter un comportement déterminé, l'*effet utile* d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire [...] ²¹⁵.

Le principe ainsi dégagé sera rappelé et confirmé dans d'autres affaires par la Cour²¹⁶.

213. *Franz Grad* contre *Finanzamt Traunstein*, (1970) 16 C.J.C.E. Recueil, p. 838, att. 5.

214. *Spa SACE* contre *ministère des finances de la République italienne*, (1970) 16 C.J.C.E. Recueil, pp. 1222-1224.

215. *Yvonne van Duyn* contre *Home Office*, (1974) 20 C.J.C.E. Recueil, p. 1349, att. 12 (nous soulignons).

216. Affaire *Verbond van Nederlandse ondernemingen*, *supra*, note 212, p. 127 ; *Enka B.V.* contre *Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen, Arnhem*, (1977) 2 C.J.C.E. Recueil, pp. 2211-2213 ; *Ministère public* contre *Tullio Ratti*, (1979) 2 C.J.C.E. Recueil, pp. 1641-1642 ; *Commission des Communautés européennes* contre *Royaume de Belgique*, (1980) 2 C.J.C.E. Recueil, p. 1487 ; *Ursula Becker* contre *Finanzamt Münster-Innenstadt*, (1982) 1 C.J.C.E. Recueil, p. 71. Pour un exemple célèbre de refus d'une juridiction interne de reconnaître l'effet direct des directives, voir arrêt *Cohn-Bendit*, C.E.fr. 27 déc. 1978, sur conclusions

Quelles sont les conditions et les conséquences de son application ? En ce qui concerne les conditions de la reconnaissance d'un effet direct aux directives communautaires, la Cour montre implicitement que cet effet n'est ni général, ni automatique :

[...] il convient d'examiner dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les États membres et les particuliers²¹⁷.

Dans une autre affaire, elle dira :

Ce n'est que dans des *circonstances particulières* que la Cour a reconnu le droit pour les justiciables d'invoquer en justice une directive à l'encontre d'un État défaillant²¹⁸.

En outre, pour que le particulier, puisse se prévaloir de l'obligation mise à charge de l'État par une directive, il faut que le texte n'énonce aucune réserve et soit « *self-sufficient* » ; dans l'arrêt *Van Duyn*, la Cour dit que la disposition ne doit être « assortie d'aucune réserve ou condition » et « par sa nature ne [nécessiter] l'intervention d'aucun acte, soit des institutions de la Communauté, soit des États membres »²¹⁹.

Dans les arrêts *Ratti* et *Becker*, la Cour exige que l'obligation mise à charge de l'État soit « inconditionnelle », « suffisamment précise » et assortie d'un délai pour sa mise en œuvre²²⁰.

En ce qui concerne les conséquences de l'effet direct d'une directive non mise en œuvre dans le délai prévu, V. Constantinesco écrit qu'elle s'insère à la place de la norme nationale, se substitue à elle en quelque sorte, pour devenir un élément de la légalité objective s'imposant à l'État, que le particulier peut lui opposer²²¹.

Dans la mesure où bon nombre de directives répondent à ces conditions et entraînent ces conséquences, on en déduit parfois qu'il n'y aurait plus

non conformes du commissaire de la République, Genevois, D. 1979, pp. 155 et ss., note PACTEAU ; pour une critique de l'arrêt, J.V. LOUIS dans MEGRET, LOUIS, VIGNES, DEWOST et VANDERSANDEN, *Le droit de la C.É.E.* (1983), vol. 10, t. 1, pp. 489-490.

217. Arrêt *Van Duyn*, *supra*, note 215, att. 12.

218. Arrêt *Commission c. Belgique*, *supra*, note 216, att. 12 (nous soulignons).

219. Arrêt *Van Duyn*, *supra*, note 215, att. 13.

220. Arrêt *Ratti*, *supra*, note 216, att. 22-23 ; Arrêt *Becker*, *supra*, note 216, att. 25.

221. Note V. CONSTANTINESCO sous les arrêts *Ratti* et *Commission c. Belgique*, *supra*, note 216, *Clunet* (1981), p. 183.

de véritable différence entre directive et règlement²²². C'est oublier que la directive ne s'adresse *a priori*, qu'aux États alors que le règlement concerne directement État et particuliers²²³ et que, comme l'écrit P. Pescatore,

la directive, à la différence du règlement est conçue comme un mécanisme de législation indirecte et médiate... Elle représente une méthode de législation à deux étages : au niveau communautaire sont arrêtés la ligne politique et le modèle législatif ; ensuite, il appartient aux États de traduire ce modèle dans leurs catégories nationales²²⁴.

Assimiler la directive au règlement, c'est ignorer aussi que l'effet direct d'une directive n'est pas automatique alors qu'il l'est pour le règlement²²⁵, que la mise en œuvre de la première est différée dans le temps tandis qu'elle est immédiate pour le second²²⁶ et que cet effet reste « vertical », c'est-à-dire qu'il ne se réalise que dans les rapports entre État et particuliers et non dans les rapports entre particuliers à l'instar des règlements qui, eux, ont un effet « vertical » et « horizontal »²²⁷.

Cette spécificité de la directive confirme notre hypothèse de départ : le fait qu'elle s'adresse aux États n'est pas en soi un obstacle à son invocation par les particuliers si certaines conditions sont remplies. Sans doute, s'agit-il du contexte spécial d'un système caractérisé par une volonté de cohésion, mais cela ne devrait pas empêcher la transposition *mutatis mutandis* des solutions du droit européen au droit international public. Au-delà de l'intégration de ses destinataires, le droit européen apparaît comme un laboratoire dont les « expériences » peuvent enrichir le droit international : les règles de ce dernier qui répondent aux conditions dégagées par la Cour pour reconnaître un effet direct aux directives européennes devraient donc recéler les mêmes virtualités. Dès lors, une règle imposant aux États, en matière de droit à la santé, une obligation de faire pourrait, au nom de l'effet utile à lui attribuer²²⁸, être

222. R. HOEBAER, « La mise en œuvre des directives des Communautés européennes en Belgique », (1983) 19 *C.D.E.* 450, aux pp. 463-464.

223. Note CONSTANTINESCO, *loc. cit. supra*, note 221, p. 183.

224. Cité par LOUIS, *loc. cit. supra*, note 216, p. 482.

225. Note CONSTANTINESCO, *loc. cit. supra*, note 221, p. 183.

226. *Ibid.*

227. LOUIS, *loc. cit. supra*, note 216, p. 490 et ss. ; l'auteur montre cependant les limites de cette distinction et la possibilité d'invoquer l'effet direct « vertical » d'une directive à l'occasion d'un litige entre particuliers, *ibid.*, pp. 492-495.

228. Rappelons que la règle de l'effet utile — *ut res magis valeat quam pereat* — reconnue par la jurisprudence internationale (*Détroit de Corfou*, fond, arrêt,

invoquée par des personnes privées devant les cours et tribunaux de l'ordre interne si l'obligation est, à la fois, précise, complète et inconditionnelle. Refuser cet effet direct reviendrait, comme on l'a dit à propos des directives, à autoriser un État à « invoquer sa propre turpitude »²²⁹.

Tout ceci semblera fort théorique si l'on compare l'organicité du système européen au caractère anarchique du système international. Il est pourtant arrivé que des particuliers aient invoqué des conventions internationales qui imposaient des obligations positives de comportement à charge des seuls États contractants et où le moyen n'avait pas été rejeté au nom de l'absence d'effet direct. Ainsi, dans le domaine qui nous occupe, une demande introduite par la section néerlandaise de l'association *Greenpeace* et d'autres groupements de protection de l'environnement en vue de faire cesser l'immersion dans l'Atlantique de déchets radioactifs au nom de la Convention de Londres, Mexico, Moscou et Washington du 29 décembre 1972²³⁰, a été rejetée sur base, non de l'absence d'effet direct de la Convention, mais seulement de considérations de fait propres à l'espèce²³¹. Pourtant, la Convention ne s'adressait qu'aux États et leur imposait des obligations dont la mise en œuvre impliquait un comportement positif de leur part²³².

C.I.J. Recueil 1949, p. 29) est selon la C.I.J., implicitement visée par l'art. 31 § 1 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (texte, supra, III, A) (1961) 2 *A. Com. D. I.*, p. 239, Doc. N.U. A/CN.4/SER.A/1961/Add.1.

229. Voir LOUIS, *loc. cit. supra*, note 216, pp. 493-494 et les références.

230. Intergovernmental Conference on the Convention on the Dumping of Wastes at Sea, (1972) 11 *I.L.M.* 1291.

231. Décision administrative de la Couronne, dans (1983) 14 *N.Y.I.L.* 422.

232. L'art. II de la Convention stipule : « Les Parties contractantes prendront, conformément aux articles suivants, toutes les mesures appropriées pour prévenir la pollution des mers due à l'immersion, individuellement, selon leurs possibilités scientifiques, techniques et économiques, et collectivement, et harmoniseront leurs politiques à cet égard. » Art. IV-1 : « Conformément aux dispositions de la présente Convention, chaque Partie contractante interdira l'immersion de tous déchets ou autres matières sous quelque forme ou quelque condition que ce soit, en se conformant aux dispositions ci-après :

a) L'immersion de tous déchets ou autres matières énumérées à l'Annexe 1 est interdite. » Etc.

En l'occurrence, les déchets énumérés à l'Annexe 1 comprennent les produits « fortement radioactifs. »

Si les obligations énoncées par cette Convention étaient relativement précises et complètes, il ne faut cependant pas surestimer cette jurisprudence où d'autres facteurs ont pu jouer. L'exemple n'en reste pas moins intéressant car il nous indique le départ de pistes à explorer. Les dimensions de cet exposé ne nous permettent pas de les emprunter, mais il est vraisemblable qu'une étude comparative approfondie de la jurisprudence des États devrait apporter d'autres illustrations d'application directe de normes internationales qui, *a priori*, ne semblent pas *self-executing*.

Il demeure que les normes du droit à la santé atteignent rarement le degré de précision des directives européennes, notamment en ce qui concerne l'existence d'un délai pour leur mise en œuvre. Il existerait alors une autre possibilité pour les individus de s'en prévaloir : le contentieux de la responsabilité de l'État pour carence de ses organes.

2. — *La responsabilité de l'État pour carence de ses organes*

Les dispositions liminaires déjà citées du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (article 2 § 1²³³ et de la Charte sociale européenne (Partie I)²³⁴), cités plus haut, peuvent ne pas apparaître comme inconditionnelles, suffisamment complètes et précises par elles-mêmes pour que les dispositions du droit à la santé qui leur font suite puissent être directement invoquées par les individus dans l'ordre juridique interne des États sans le relais de dispositions légales à prendre par le législateur. Pourtant, ces dispositions énoncent des engagements dont le caractère obligatoire est certain même s'il ne s'agit que d'objectifs à atteindre. Il est dès lors tout aussi certain qu'en ne s'y conformant pas, c'est-à-dire, en ne prenant pas dans l'ordre interne les mesures d'exécution propres à leur donner effet, l'État, d'une part viole son obligation internationale, d'autre part cause un préjudice au particulier qui ne peut se prévaloir des droits prévus par la Convention. La question se pose donc de savoir si le particulier ayant dans une espèce donnée un intérêt direct à agir, n'est pas fondé à mettre en cause la responsabilité de l'État pour carence de ses organes.

Lorsque cette question est posée en droit interne, et par exemple en droit belge ou en droit français à propos du manquement de l'Exécutif à

233. *Supra*, note 3.

234. *Supra*, note 4.

prendre les mesures nécessaires à la mise en œuvre d'une loi, une réponse affirmative n'est pas douteuse. La Cour de Cassation belge a en effet reconnu que l'Exécutif engageait sa responsabilité (en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil) lorsqu'il s'abstenait de prendre les mesures réglementaires exigées par la loi pour que celle-ci fût appliquée, et qu'il en résultait un dommage pour le particulier. Chose importante, la Cour a considéré que la mise en œuvre de cette responsabilité n'était nullement subordonnée à l'édiction par la loi d'un délai pour l'adoption de mesures d'exécution :

Même dans les cas où aucun délai n'est prescrit au pouvoir exécutif par une disposition légale pour rendre un règlement, l'abstention de prendre celui-ci peut en application des articles 1382 et 1383 du code civil donner lieu à réparation, si un dommage en est résulté²³⁵.

Le même principe existe depuis longtemps en droit français²³⁶ où en outre, le juge peut annuler, s'il y a lieu, la décision du ministre de ne pas prendre les règlements d'application²³⁷. Ce qui est possible pour la loi devrait l'être *a fortiori* pour le traité qui lui est supérieur.

Deux conditions doivent toutefois être remplies pour qu'aboutisse une action en responsabilité de l'État pour carence de ses organes :

- Il faut que l'État soit *tenu* de prendre des mesures d'exécution. Si l'exécution de ces mesures n'est qu'une simple *faculté* laissée à la discrétion de l'État, son abstention ne sera pas constitutive de faute²³⁸.
- Il faut que l'abstention fautive soit imputable à l'*Exécutif*: il n'existe guère de système juridique interne où le particulier puisse faire sanctionner par les cours et tribunaux internes les manquements de l'organe législatif²³⁹.

235. Cass., 23 avril 1971, *J.T.* 1972, pp. 689-690, note MAYSTADT; voir aussi plus récemment, App. Liège, 9 février 1984, *J.T.* 1985, p. 320, note JADOT.

236. C.E.fr., 6 juillet 1934, *Soc. Van Outryve*, S. 1934, 3, 116; C.E.fr., 27 nov. 1964, *Veuve Renard*, D. 1965, 632, note AUBY.

237. C.E.fr., 13 juillet 1962, *Kevers-Casalis*, D. 1963, 606, note AUBY.

238. Voir note MAYSTADT, *supra*, note 232, p. 690; Concl. KAHN sur C.E.fr., 27 janv. 1961, *Rec. C.E.* 1961, p. 60.

239. Voir toutefois le cas de la R.F.A. où il existe, d'une part, un contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, d'autre part, une possibilité théorique de mettre en œuvre la responsabilité de l'État allemand pour faute du législateur résultant soit du vote d'une loi inconstitutionnelle, soit de l'*abstention de*

Or, dans la plupart des cas, les mesures d'exécution imposées à l'État par la norme internationale consistent en l'adoption d'une législation appropriée. Cela ne signifie cependant pas qu'en pareille hypothèse, le particulier soit totalement désarmé devant les carences du Parlement.

- Dans la mesure où l'Exécutif est compétent pour présenter des projets de loi au Parlement, il serait imaginable — nous disons imaginable car il faut bien reconnaître que nous sommes en pleine spéculation — que le particulier intéressé assigne l'État défaillant en la personne du ministre normalement compétent pour présenter un tel projet²⁴⁰. Il demeure que si un tel projet a été déposé et que le parlement s'abstient d'en discuter ou ne l'adopte pas, le particulier n'aura en principe pas de recours judiciaire dans l'ordre juridique interne.
- En Belgique, un certain nombre de lois habilite l'Exécutif à prendre les arrêtés d'exécution nécessaires à la mise en œuvre des normes internationales. Par exemple, dans le cas du droit à la santé, la loi du 24 janvier 1971 relative à la protection de la santé des consommateurs en ce qui concerne les denrées alimentaires et les autres produits stipule à l'article 20 § 1 :

Le Roi par arrêté délibéré en Conseil des Ministres prendra dans le cadre du champ d'application de la présente loi toutes mesures nécessaires pour assurer l'exécution des obligations résultant des traités internationaux et des actes internationaux pris en vertu de ceux-ci, ces mesures pouvant comprendre l'abrogation ou la modification de dispositions légales²⁴¹.

Il résulte de cet exemple que si, en matière de denrées alimentaires, un traité oblige les États parties à prendre certaines mesures internes de caractère réglementaire pour lui donner effet, si la Belgique partie à ce traité s'abstient d'adopter lesdites mesures et si un particulier subit un

légiférer malgré les exigences de la Constitution, voir B. BENDER, *Staatshaf-tungsrecht* (1974), p. 251 et d'autres auteurs (F. SCHACK et H. ECKERT) cités par J. SOHIER, *La responsabilité de l'État législateur en droit allemand* (1985), p. 10.

240. Code judiciaire belge, art. 705 :

« L'État est cité au cabinet du ministre dans les attributions duquel est compris l'objet du litige... ».

241. Pour une liste des lois belges habilitant l'Exécutif à prendre des arrêtés d'exécution requis pour la mise en œuvre des normes internationales, voir HOEBAER, *loc. cit. supra*, note 222, p. 385.

dommage du fait de cette abstention, il sera théoriquement fondé à demander réparation de ce manquement devant les cours et tribunaux belges en citant l'État belge au cabinet du ministre de la Santé.

Nous n'avons pas de précédent à citer à l'appui de ces deux possibilités d'action, mais on notera que ce type d'éventualité a déjà été envisagé en cas de refus de l'Exécutif d'introduire des directives européennes²⁴².

En résumé, l'applicabilité directe des normes du droit à la santé se confond avec celle des droits de l'homme qui répondent à cette qualification. Dans la mesure où certaines de ces normes s'apparentent à des droits économiques et sociaux et dans la mesure où ces droits apparaissent comme médiatisés à travers le prisme des règles ne liant et ne concernant que les États, ils semblent *a priori* rebelles à toute applicabilité directe. Nous avons tenté de corriger cette impression en montrant que ces règles peuvent pourtant être invoquées par des particuliers dans les hypothèses correspondant *mutatis mutandis*, aux cas où les directives européennes sont directement applicables dans l'ordre juridique interne ; aux cas de responsabilité de l'Exécutif pour défaut de mesures d'application nécessaires à la mise en œuvre des normes du droit à la santé.

Techniquement possibles, ces hypothèses méritent d'être approfondies davantage. En attendant, elles sembleront peut-être utopiques, mais l'utopie n'est-elle malheureusement pas — pour une partie de l'humanité tout au moins²⁴³ — une des caractéristiques du droit à la santé?

* * *

242. P.F. RYZIGER, *Les techniques nationales de protection contre les violations du droit communautaire*, rapport au 9^e congrès international (1980), reproduit dans *Conflict in implementation of Community Law-Conclusion*, cité par LOUIS, *loc. cit. supra*, note 216, p. 488, n^o 129. Cette hypothèse n'est d'ailleurs nullement écartée dans les conclusions rendues par le Commissaire de la République, Genevois, dans l'affaire *Cohn-Bendit*, *supra*, note 216, pp. 155 et ss. et note PACTEAU.

243. Beaucoup d'États ont en effet repris, sous une forme ou une autre, dans leur Constitution, le principe du droit à la santé et ont réalisé des systèmes parfois très perfectionnés d'assurances sociales, voir M. GANJI, *Mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels ; problèmes politiques, progrès*, Doc. N.U. E/CN.4/1108/1131/Rev. 1 (1975), pp. 18, 194-201, 244-268.

Au terme de cette longue présentation du droit à la santé, où l'on s'est pourtant borné à survoler les concepts et les systèmes, il pourrait sembler que le droit à la santé ne se distingue finalement guère du droit de la santé en général²⁴⁴. L'assimilation est d'autant plus tentante qu'il s'agit de règles qui ont la personne humaine pour ultime objet. C'est pourquoi le droit à la santé doit être considéré comme une ramification du droit de la santé, ramification qui, pour l'essentiel, se compose des normes dont les individus sont fondés à se prévaloir ; quant au droit de la santé, il comprend, en plus du premier, diverses règles se rapportant aux seuls rapports interétatiques.

Cela étant, il est bien difficile d'assigner des limites précises à ce droit : à cheval sur le droit humanitaire, les droits de l'homme, le droit social international, le droit pénal international, voire le droit économique international, le droit des relations amicales et le droit du désarmement, ce droit tend à se diluer dans un ensemble de règles tellement nombreuses et variées qu'il en perd son identité.

En vérité, la spécificité de ce droit ne peut résulter que d'une définition plus étroite et plus restrictive de la santé que celle qui figure dans le préambule de la Constitution de l'O.M.S. et qui a constitué le vecteur de notre démarche. Cette définition limitée du droit à la santé privilégierait le droit de l'individu à une protection sociale efficace contre les accidents et la maladie au lieu de vouloir y inclure tout ce qui contribue à son épanouissement.

Cette limitation de la définition de la santé n'a cependant qu'une importance purement *formelle* ; elle permettrait seulement d'améliorer la systématique du droit à la santé ; pour le reste, il ne serait nullement dérangeant qu'on dise que le droit à la santé implique le droit au désarmement si cette définition du premier pouvait avoir un quelconque effet sur la réalisation du second... Cependant, dans un domaine où l'inflation verbale semble parfois fournir une réponse appropriée à l'inflation des horreurs du monde actuel, il convient de se rappeler que les formules généreuses et incantatoires servent, peut-être, à se donner bonne conscience et à exorciser une certaine culpabilité, mais elles ne suffisent pas, hélas, à résoudre les grands problèmes de l'heure.

244. Sur cette partie du droit international, voir M. BÉLANGER, *Droit international de la santé* (1983), 336pp., et l'article du même auteur dans la présente *Revue*.