

Vanessa de Greef, vice-présidente de la LDH et chargée de recherches du FNRS et François Perl, directeur du pôle acteur social et citoyen de Solidaris

# Le droit à la santé : redessiner les contours d'un droit fondamental dans le feu de l'action

La pandémie aura au moins permis une chose, celle de rouvrir le débat public au sujet du droit fondamental à la santé. Et le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il y a des clivages idéologiques sur la portée que ce droit doit avoir, malgré son assise juridique. Ce débat ouvre de manière plus large le débat sur le rapport qui existe et doit exister entre l'Etat et les droits fondamentaux.

## DES ANALYSES CRITIQUES DES DROITS FONDAMENTAUX À LA PANDÉMIE

Dans les analyses critiques sur les droits fondamentaux, ceux-ci sont fréquemment décriés comme proposant « un langage indistinct, dangereusement flou, générateur d'illusions et de fausses revendications impossibles à satisfaire<sup>1</sup> », ayant en outre une fausse prétention à l'universalité et occultant de ce fait les phénomènes de domination et d'exploitation. Ce sont des droits de « l'homme égoïste, l'homme en tant que membre de la société bourgeoise, c'est-à-dire séparé de sa communauté, replié sur lui-même, uniquement préoccupé de son intérêt personnel<sup>2</sup> ». Cette critique des droits de l'Homme concerne aussi ceux dits de la deuxième génération (les droits économiques, sociaux et culturels), parmi lesquels le droit à la protection de la santé et qui figure entre autres à l'article 23 de la Constitution. Ces droits de la seconde génération ont, eux aussi, été décriés comme des droits individuels s'inscrivant « en dehors de tout projet politique collectif », rejoignant cette idée plus générale que les droits de l'Homme sont une des causes de la dévitalisation de la démocratie<sup>3</sup>. A cet égard, réjouissons-nous : le droit fondamental à la santé et sa concrétisation durant la pandémie sont venus nous rappeler que ces critiques devaient être relativisées. Ainsi, la population s'est mobilisée dans sa très grande majorité pour protéger la santé de toutes et de tous – particulièrement celle des plus âgés et des franges de la population les moins favorisées sur le plan socio-économique<sup>4</sup>. S'il ne faut pas sous-estimer les problèmes de non-transfert des maisons de repos vers les hôpitaux et les publics qui n'ont pas eu accès effectivement aux soins de santé, la très grande majorité de la population a pu être soignée.

1 M. Villey, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 154.

2 K. Marx, *La question juive*, Union générale d'éditions, coll. 10/18, n° 0412, Paris, 1968. Voyez à ce sujet J. Lacroix et J.-Y. Pranchère, « Karl Marx fut-il vraiment un opposant aux droits de l'Homme ? Emancipation individuelle et théorie des droits », *Revue française de science politique*, 2012/3, vol. 62, pp. 433-451.

3 C. Bec, *De l'Etat social à l'Etat des droits de l'Homme*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, Coll. « Res Publica », 2007, p. 191. En ce sens, voyez aussi R. Lafore, « Les 'droits sociaux' et le droit social », *La justiciabilité des droits sociaux : vecteurs et résistances*, sous la dir. de D. Roman, Actes du colloque tenu au Collège de France les 25 et 26 mai 2011, Paris, Ed. Pédone, 2012, p. 458.

4 Voyez par ex. S.J. Kim et W. Bostwick, *Social Vulnerability and Racial Inequality in COVID-19 Deaths in Chicago*, *Health Educ Behav.* 2020 May 21:1090198120929677 ; C.L., Niedzwiedz O'Donnell, B.D. Jani et al., *Ethnic and socioeconomic differences in SARS-CoV-2 infection: prospective cohort study using UK Biobank*, *BMC Med* 18, 160 (2020). <https://doi.org/10.1186/s12916-020-01640-8>

Tenir compte des capacités de saturation de nos hôpitaux - d'une donnée chiffrée et collective - est un facteur déterminant tant pour soigner la population que pour prendre en compte le travail du personnel hospitalier soumis à des rudes pressions. Même si un refinancement des hôpitaux publics est un combat capital, il ne fait plus vraiment débat que l'augmentation des capacités hospitalières n'était pas une solution réaliste (et surtout utile) permettant de faire face à la menace que fait peser une pandémie sur notre système de santé.

De ce fait, la question des mesures non pharmaceutiques (confinement total ou partiel sous la forme d'un couvre-feu, fermeture temporaire d'activités) sont apparues rapidement comme un passage obligé, pour limiter la propagation du virus et, par là, assurer la protection du système de santé. Ces mesures doivent donc s'apprécier à la fois au regard des restrictions de certaines libertés qu'elles ont pu entraîner mais aussi en fonction de leur nécessité pour garantir le droit à la santé à l'ensemble de la population (et non pas des « plus faibles »).

Enfin, par rapport à la vaccination, sa dimension collective a été rappelée par plusieurs organes des droits fondamentaux, y compris par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci qui a rendu un arrêt important pendant la pandémie en recourant au concept de « *solidarité sociale* » pour qualifier l'objectif poursuivi par une obligation vaccinale qui est « *de protéger la santé de tous les membres de la société, en particulier des personnes qui sont particulièrement vulnérables face à certaines maladies et pour lesquelles le reste de la population est invité à prendre un risque minimale en se faisant vacciner* »<sup>5</sup>. La Cour a rappelé aussi la notion de couverture vaccinale et l'importance de l'immunité de groupe qui permet de protéger ceux et celles qui ne peuvent pas, pour des raisons médicales, être vaccinés. De manière générale, la dimension collective du droit à la santé a pris de l'ampleur comme jamais comparativement aux dernières décennies.

## DE LA PANDÉMIE AU « SACRE » DES DROITS DE L'INDIVIDU, UNE RÉALITÉ TANGIBLE

Toutefois, depuis un an et demi, il n'y a pas eu que des élans ou des mouvements de solidarité. On a ainsi assisté à un certain nombre de rassemblements, en Belgique et ailleurs, qui se limitent à célébrer les libertés individuelles, sans faire part d'aucun attachement à une dimension collective des droits fondamentaux.

« *Ne me piquez pas* », « *ne touchez pas à ma liberté* », sont le type de slogans qu'on a pu lire dans certaines manifestations. Ces phrases ne sont pas simplement des réactions ponctuelles à une façon dont l'Etat gère la crise : elles sont révélatrices de l'importance d'accroître les espaces d'autonomie individuelle comme nouvel horizon politique, horizon qui se marie particulièrement bien avec le déploiement du néolibéralisme. Pendant cette crise, une série de discours étaient critiques de l'action publique - par principe - et faisaient appel à une interprétation libérale des droits fondamentaux visant à éviter toute interventionnisme étatique<sup>6</sup>. Cette évolution nous interroge sur la consécration du « *sacre contemporain des droits de l'individu* »<sup>7</sup>.

5 Cour EDH, Vavříčka et autres c. République tchèque, arrêt du 8 avril 2021.

6 Interprétations libérale et républicaine des droits fondamentaux : P. Gérard, *L'esprit des droits. Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2007.

7 Critiques de Manent et de Gauchet et une critique sur leur critique : J. Lacroix, « Droits de l'homme et politique. 1980-2012 », publié le 11 septembre 2012 sur la vie des idées.fr, [www.laviedesidees.fr/Droits-de-l-homme-et-politique.html](http://www.laviedesidees.fr/Droits-de-l-homme-et-politique.html).

Et de fait, une série de droits fondamentaux (liberté d'aller et de venir, droit au travail, droit à l'épanouissement culturel et social, etc.) ont été plus limités que d'habitude afin de protéger la santé de la population<sup>8</sup>. Il fallait se protéger pour soi mais aussi, si pas surtout, pour les autres. L'espace d'autonomie individuelle a été réduit afin d'atteindre cet objectif à portée collective et certains y ont vu la marque d'un Etat trop interventionniste qui annonçait une ère nouvelle, celle de la dictature sanitaire.

Ce sacre des droits de l'individu - à ne pas confondre avec la défense des droits fondamentaux dans leur ensemble ! - est particulièrement inquiétant dans la mesure où il va en outre de pair avec une remise en question d'études probantes sur l'évolution du virus et sur certaines mesures de prévention, y compris le procédé même de la vaccination. Ces tendances occultent des décennies de combat contre les maladies infectieuses. Face à cela, il est utile de faire à ce stade un double constat. Tout d'abord, celui de la non-effectivité, voire parfois de l'absence de mécanismes collectifs de prévention permettant de limiter le risque épidémique (et ce malgré des systèmes de veille sanitaires qui ont fait des progrès phénoménaux). Ce premier constat en implique un second à savoir notre impuissance à, du moins dans un premier temps, répondre à de nouvelles mesures sanitaires par des mesures pharmaceutiques (vaccins, traitements, etc.), rendant indispensables de ce fait les mesures non pharmaceutiques collectives.

### LA CAPACITÉ D'ACTION D'UN ETAT, UN FACTEUR DE RÉALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

N'en déplaise aux (ultra)libéraux, la pandémie aura été révélatrice de la capacité d'action de l'Etat et de sa capacité à protéger la santé de sa population. Pendant cette crise, il ne fait pas de doute que la santé a pu être une priorité pour l'Etat, au point de fermer des secteurs entiers pour protéger la santé de la population. Bien sûr, il y a matière à discussion sur la réouverture et la fermeture de certains secteurs et de l'influence de certains lobbys. Cela étant dit, on aurait pu - avec deux premiers ministres libéraux pendant ce temps de pandémie - se retrouver dans une situation où les morts étaient bien plus nombreux et où la santé de la population n'était pas prise en compte, comme on a pu le voir au Brésil ou aux Etats-Unis sous Trump.

Cependant, la capacité de réaction de l'Etat belge a été un peu lente, comme dans toute l'Europe d'ailleurs, ne permettant pas d'éviter l'entrée d'un virus sur le territoire, ce qui nous aurait permis d'éviter la restriction de toutes nos libertés individuelles et collectives.

Mais il y a deux façons de tirer les conclusions des mauvaises décisions qui ont pu être prises : l'une est de penser que l'Etat doit agir le moins possible pendant une crise comme celle-ci visant à éviter au maximum l'interventionnisme étatique, l'autre est de l'inciter à agir pour protéger encore davantage la santé de la population tout en tenant compte d'autres éléments (parmi lesquels, la réalisation d'autres droits fondamentaux). L'une est de penser que l'Etat ne doit pas inciter à la vaccination, que tout individu doit pouvoir choisir pour soi alors même que cela a un effet déterminant sur la liberté des autres. L'autre est de penser que l'Etat doit avoir un comportement très actif et entre autres mener des campagnes de vaccination, ce qui rentre d'ailleurs dans ses obligations positives (en requérant de sa part une action et non une simple abstention). Juridiquement, tant sur le plan du droit à la vie que du droit à la santé, un Etat pourrait tout à fait se voir reproché de ne pas avoir mis en place de campagne de vaccination. Mais au-delà de cette question purement technique, le droit fondamental à la santé, et de manière générale le droit fondamental à la sécurité sociale, sont deux droits qui nous invitent à diverger d'une conception individualiste et néolibérale des droits fondamentaux.

<sup>8</sup> Le travail de la Ligue sur toutes ces questions est à retrouver sur <https://www.liguedh.be/?s=covid>