

”Droit à la vie, droit à la santé et Coronavirus. La décision publique face à l’incertitude scientifique”

Élie Tassel-Maurizi

▶ **To cite this version:**

Élie Tassel-Maurizi. ”Droit à la vie, droit à la santé et Coronavirus. La décision publique face à l’incertitude scientifique”. Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 2020, pp.151-170. hal-03898319

HAL Id: hal-03898319
https://paris1.hal.science/hal-03898319

Submitted on 14 Dec 2022

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

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

Cahiers Droit, Sciences & Technologies

11 | 2020
L'humain en transformation

Droit à la santé, droit à la vie et coronavirus

La décision publique face à l'incertitude scientifique

Elie Tassel

Édition électronique
URL : http://journals.openedition.org/cdst/2908
ISSN : 2431-8663

Éditeur
Presses universitaires d'Aix-Marseille - PUAM

Édition imprimée
Date de publication : 30 novembre 2020
Pagination : 151-170
ISBN : 978-2-7314-1180-5
ISSN : 1967-0311

Ce document vous est offert par Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Référence électronique
Elie Tassel, « Droit à la santé, droit à la vie et coronavirus », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* [En ligne], 11 | 2020, mis en ligne le 31 octobre 2020, consulté le 06 novembre 2020. URL : http://journals.openedition.org/cdst/2908

Cahiers Droit, Sciences & Technologies sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution 4.0 International.

Droit à la santé, droit à la vie et coronavirus

La décision publique face à l'incertitude scientifique

Elie Tassel*

Résumé : Le coronavirus a confronté l'État a un défi inédit : celui de la prise de décision publique dans un contexte de profonde incertitude scientifique. La gestion de la crise en France devrait ouvrir la porte de nombreux recours en responsabilité devant le juge administratif. Mais leur succès est loin d'être acquis. Les requérants éventuels pourraient donc être tentés de saisir des juridictions internationales et régionales telles que les deux Comités des Nations unies et la Cour européenne des droits de l'homme. L'exercice fictionnel que nous proposons de réaliser consiste à anticiper leur réaction. La question des crises épidémiques et sanitaires est relativement nouvelle. Mais les juridictions internationales et régionales ont rendu plusieurs décisions en matière de catastrophes naturelles et environnementales. Elles ont donc mobilisé deux droits qui pourraient être transposés au contexte particulier du coronavirus : le droit à la vie et le droit à la santé. Ils ne sont ni protégés par les mêmes textes, ni n'ont la même importance. Mais ils présentent différents avantages sur lesquels les requérants éventuels pourraient chercher à s'appuyer.

Mots-clés : coronavirus, décision publique, responsabilité, droit à la vie, droit à la santé

Abstract: *The coronavirus brought the State a brand-new challenge : public decision-making in a context of deep scientific uncertainty. It is highly likely that the crisis management in France led to a wave of liability claims before the administrative judge. But their success is far from certain. The potential claimants could Be tempted to bring their case to a regional or international tribunal such as the two United Nations Committees and the European Court of Human Rights. The idea is to anticipate their reaction. The question of an epidemic crisis is quite new. But international and regional tribunals ruled on several occasions about natural disasters. Thus, they have made interventions of two particular rights : the right to health and the right to life. Both could be used in the context of coronavirus. Neither of them are protected by the same kind of international instruments nor are they equally important. But they provide different benefits on which potential claimants could rely on.*

Keywords: *coronavirus public decision-making, liability, right to health, right to life*

La crise du coronavirus a confronté l'État à un défi inédit : celui de la prise de décision publique dans un contexte de profonde incertitude scientifique. Dès le mois de décembre 2019, la ville de Wuhan (province de Hubei, Chine) connaît une épidémie de maladie infectieuse respiratoire dont l'origine est inconnue. La découverte du coronavirus (SARS-CoV-2) est annoncée début janvier par l'Organisation mondiale de la santé (OMS). On ignore alors presque tout de lui : caractéristiques, pathologie, vitesse de transmission, taux de mortalité. L'État est tenu d'agir au moment où l'incertitude scientifique est la plus grande. Comment prendre les bonnes décisions – celles les plus à même de limiter la propagation du virus – lorsqu'on dispose de quelques données à peine pour la plupart discutées et remises en question ? À cela s'ajoute un second problème qui,

* Doctorant à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

chronologiquement, se situe avant la crise. L'État était-il prêt à y répondre ? Disposait-il de moyens suffisants ? Si la nature et l'ampleur de la crise sanitaire actuelle sont inédites, d'autres l'ont précédée ces vingt dernières années : syndrome respiratoire aigu sévère (SRAS) en 2003, virus A(H1N1) en 2009, virus Ebola en 2014. Les professionnels de santé alertaient régulièrement les pouvoirs publics sur leurs conditions de travail et la situation plus générale de l'hôpital public. Ils réclamaient, bien avant l'apparition du coronavirus, des moyens humains, matériels et financiers plus conséquents pour mieux accueillir les malades.

Ainsi, dans les semaines et les mois à venir, il n'est pas exclu que le juge administratif soit saisi de recours en responsabilité dirigés contre l'État – pour l'heure, ce sont les mesures prises dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire qui concentrent l'essentiel du contentieux. Les récents scandales sanitaires (amiante, sang contaminé, *Médiator*) sont autant d'exemples d'affaires où la faute de l'État a été retenue. Mais le succès de ces recours pourrait se heurter à deux obstacles. Celui, d'abord, de la méthode employée par le juge administratif : « Elle consiste à apprécier si, au regard des connaissances du danger que l'on pouvait avoir, l'État a agi comme il devait le faire. […] Pour apprécier le comportement de l'État, devraient être pris en compte les difficultés du risque, les dispositifs mis en place pour mieux l'appréhender, les mesures adoptées et leur calendrier de déploiement. Le comportement de l'État serait également comparé à celui adopté par les autres États placés dans la même situation »[1]. Or, il n'est pas certain que la comparaison aille dans le sens des requérants potentiels. Hormis le dépistage massif de la population que seuls quelques États ont réalisé, le gouvernement français a pris à peu de chose près les mêmes mesures que ses voisins. Le second obstacle est celui de la faute elle-même, de sa « temporalité »[2]. Dans les affaires du sang contaminé et du *Médiator*, le juge administratif a situé le point de départ de la faute longtemps après que les premiers cas soient déclarés ou que les risques soient connus et avérés : un an dans l'affaire du sang contaminé[3], quatre dans celle du *Médiator*[4] – seule l'affaire de l'amiante offre un exemple de carence continue[5]. Dans celle, plus récente, de la *Dépakine* (du nom d'un antiépileptique commercialisé par le laboratoire Sanofi), le tribunal administratif de Montreuil a retenu la faute de l'État à partir de 2004, soit vingt-deux ans après l'apparition des premiers cas de malformation génitale et d'autisme[6]. Compte tenu de cette jurisprudence, on n'a pas la certitude sur le moment à partir duquel le juge

1 C. Broyelle, O. Beaud et D. Rebut, « La responsabilité des ministres et de l'État dans la gestion de la crise du Coronavirus », *Le Blog des juristes*, 23 mars 2020.

2 A. Jacquemet-Gauché, « Pénurie de masques : une responsabilité pour faute de l'État ? », *JCP G* 2020, n° 13, p. 618.

3 CE, ass., 9 avr. 1993, n° 138653.

4 CE, 9 nov. 2016, n° 393902.

5 CE, ass., 3 mars 2004, n° 241150.

6 TA Montreuil, 2 juill. 2020, nos 1704275, 1704382 et 1704394. V. F. Béguin, « Scandale de la Dépakine : la justice reconnaît la responsabilité de l'État », *Le Monde*, 4 juill. 2020, p. 13. Le laboratoire Sanofi a été mis en examen le 20 juill. 2020 pour « homicides involontaires ». Cela s'ajoute aux poursuites dont il fait déjà l'objet pour « blessures involontaires » et « tromperie aggravée ».

caractériserait le comportement fautif de l'État. La question de la pénurie de masques et celle des tests de dépistage pourraient donc ne même pas être examinées.

Dès lors l'échec prévisible des recours en responsabilité pourrait ouvrir la porte à une internationalisation du contentieux. Les requérants déboutés (associations, familles de victimes) seraient tentés d'aller plaider leur cause devant des juridictions ou quasi-juridictions internationales et régionales comme le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme. Mais elles dépendent du fondement juridique que les requérants choisiront : le droit à la santé, le droit à la vie, qui n'appartiennent ni à la même « catégorie », ni à la même génération de droits fondamentaux. La distinction n'est pas seulement théorique ; elle rejaillit directement sur la « justiciabilité » des droits, et donc sur l'intérêt qu'ils peuvent avoir pour les particuliers. Le droit à santé et le droit à la vie ont toutefois pour caractéristique commune de créer des obligations positives. Les États doivent les respecter, les protéger et les garantir – selon le triptyque de nombreux instruments de protection des droits fondamentaux. Dans un contexte de profonde incertitude scientifique, plusieurs questions se posent : quelles mesures concrètes le droit à la santé et le droit à la vie obligent-ils les États à prendre ? Peuvent-ils leur imposer d'agir dans un sens déterminé ? Jusqu'à quel point les États sont-ils tenus de prévenir les crises épidémiques et sanitaires ? Quelle place les instruments conventionnels de protection des droits fondamentaux ménagent-ils aux contraintes financières et budgétaires qui pèsent sur toute décision publique ? Certes, le Règlement sanitaire international (RSI) oblige les États signataires à intervenir dans deux cas de figure : soit lorsqu'un événement grave vient de se réaliser sur leur territoire – ils doivent notifier à l'OMS « tout événement survenu sur [leur] territoire pouvant constituer une urgence de santé publique de portée internationale »[7] –, soit lorsqu'il y a de sérieuses raisons de penser qu'un événement grave va se réaliser – ils doivent prévenir l'OMS s'ils « dispose[nt] d'éléments indiquant la survenue d'un événement inattendu ou inhabituel sur [leur] territoire »[8]. Mais il ne dit rien ni des mesures concrètes que les États signataires doivent prendre en cas de crise, ni des efforts qu'ils doivent déployer en amont pour prévenir les risques épidémiques et sanitaires. C'est là tout l'intérêt des instruments internationaux et régionaux de protection des droits de l'homme.

L'exercice que nous proposons de réaliser se veut fictionnel. Il part du présupposé que le juge administratif refusera de retenir une faute de l'État. L'exercice consiste à essayer d'anticiper la réponse des juges internationaux et régionaux, en s'appuyant, notamment, sur la jurisprudence rendue en matière de catastrophes naturelles et environnementales qui traite elle aussi du problème de l'incertitude scientifique. À l'appui d'éventuels recours devant des cours et comités régionaux ou internationaux, l'invocation du droit à la santé (I) semble paradoxalement plus fragile que celle du droit à la vie (II).

---

7 OMS, Règlement sanitaire international, 2e éd., 2005, doc. NU WHO(02)/S227, art. 6 § 1.

8 *Id.*, art. 7.

I. Le droit à la santé : un droit paradoxalement inadapté

La gestion d'une crise sanitaire épidémique fait d'abord intervenir le droit à la santé. Il est protégé différemment d'un État à l'autre, mais bénéficie d'une solide assise en droit international[9]. D'un point de vue pratique, celui qui présente le plus d'intérêt est le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels[10]. Il est protégé par un organe quasi juridictionnel, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui, depuis 2013, peut être saisi directement par les particuliers *via* des communications individuelles. Les États doivent lui adresser des rapports initiaux et des rapports périodiques sur la base desquels il leur adresse des observations finales et rédige des observations générales codifiant sa « jurisprudence ». Comme tout instrument conventionnel de protection des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels crée des obligations positives.

Les obligations positives en matière de protection du droit à la santé peuvent d'abord se déduire de l'article 2 § 1 du Pacte, qui ne traite certes pas spécifiquement du droit à la santé (lequel est envisagé à l'article 12), mais de l'ensemble des droits protégés par le Pacte. Qualifiée de « clause parapluie », la disposition est une clause générale par laquelle l'État assure qu'à compter de l'entrée en vigueur du texte, il respectera l'ensemble de ses dispositions et les obligations qu'elles créent. On rencontre ce type de clause le plus souvent en droit international des investissements où il est un classique des traités bilatéraux conclus entre États hôtes et investisseurs étrangers[11]. Il peut aussi apparaître sous d'autres noms : « clause parapluie (*umbrella clause*), clause d'effet miroir, clause de couverture, clause de protection parallèle, clause *pacta sunt servanda* »[12]. Transposée en droit international des droits de l'homme où son apparition est plus récente, la clause générale de respect des engagements met à la charge de l'État une obligation distincte de celles qui peuvent résulter individuellement d'autres dispositions du texte. Mais son autonomie est relative. Elle ne joue qu'à condition d'être combinée à un ou plusieurs droit(s) substantiel(s).

L'article 2 § 1 contraint les États parties au Pacte à « agir, tant par [leur] effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, *au maximum de [leurs] 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 »[13]. On

9 Pour un recensement complet du droit à la santé en droit international, v. CDESC, obs. gén. n° 14 (art. 12 : Le droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint), 2000, doc. HRI/GEN/1/Rev.8, p. 93-113, § 2.

10 Ass. gén., rés. n° 2200 (XXI) A du 16 déc. 1966, doc. NU A/RES/2200(XXI)[A], p. 51-55.

11 V. par ex. J. Cazala, « La clause de respect des engagements », in C. Leben (dir.), *Droit international des investissements et de l'arbitrage transnational*, Paris, A. Pedone, 2015, p. 347.

12 *Id.*

13 C'est moi qui souligne.

relève d'emblée que l'expression « par tous les moyens appropriés » oblige bien l'État à tout mettre en œuvre pour protéger les droits énoncés dans le Pacte. Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels énonce ainsi, dans sa troisième observation générale, que : « [L]'adoption de mesures législatives, qui est expressément prévue par le Pacte, n'épuise nullement les obligations des États parties. Au contraire, il faut donner à l'expression « par tous les moyens appropriés » tout le sens qu'elle a naturellement »[14], ce qui peut désigner des » mesures administratives, financières, éducatives et sociales »[15]. Selon Olivier De Schutter, une utilisation potentiellement très offensive de l'article 2 § 1 pourrait induire un droit de regard sur les choix budgétaires des États parties au Pacte[16]. D'un autre côté, l'article 2 § 1 est loin d'être aussi utile aux requérants qu'il n'en a l'air. L'adverbe « progressivement » a été source d'une première difficulté. Certains États en ont déduit que, contrairement aux droits civils et politiques qui sont d'application immédiate, les droits économiques, sociaux et culturels ne fixaient que des « objectifs programmatiques, des orientations », et les laissaient donc libres de choisir la façon de les atteindre dans leur ordre juridique[17]. Afin de remédier à ce conflit, le Comité a, dans sa troisième obligation générale, estimé que, si l'article 2 du Pacte prévoit bien une « démarche qui s'inscrit dans le temps, autrement dit progressive, [il] ne saurait être interprété d'une manière qui priverait l'obligation en question de tout contenu effectif »[18]. La seconde difficulté est liée à la notion de « ressources disponibles », qui pourrait constituer un motif d'exonération totale ou partielle de la responsabilité dès lors que le Comité précise que, « pour déterminer si un État s'acquitte de ses obligations fondamentales minimum, il faut tenir compte des contraintes qui pèsent sur le pays considéré en matière de ressources »[19]. Si le Comité ne dit rien de la nature ni des formes que ces « contraintes » peuvent prendre, on peut penser qu'une pandémie constitue bien une contrainte au sens de l'article 2 § 1.

En second lieu, les obligations *positives* peuvent se déduire du droit à la santé lui-même qui est prévu à l'article 12 du Pacte. Le premier paragraphe est rédigé dans des termes assez généraux : « Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir du meilleur état de santé physique et mentale qu'elle soit capable d'atteindre ». Le second paragraphe est plus précis et contraint les États parties à garantir le plein exercice du droit à la santé en prenant des mesures concrètes, dont le Pacte donne quelques illustrations : assurer « la prophylaxie et le traitement des

---

14 CEDSC, obs. gén. n° 3 (Art. 2 § 1 : La nature des obligations des États parties), 1990, doc. NU HRI/GEN/1/Rev.8, p. 16-20, § 4.

15 *Id.*, § 7.

16 E. Decaux et O. De Schutter (dir.), *Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Commentaire article par article,* Paris, Economica, 2019, p. 113.

17 *Ibid.*, p. 112. V. aussi E. Riedel, « The Right to Life and the Right to Health, in particular the Obligation to Reduce Child Mortality » in C. Tomuschat, E. Lagrange et S. Oeter (eds), *The Right to Life*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2010 p. 361.

18 CEDSC, obs. gén. n° 3, préc., § 9.

19 *Id.*, § 10.

maladies épidémiques, endémiques, professionnelles et autres, ainsi que la lutte contre ces maladies » [§ 2c)] et créer des « conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie » [§ 2d)]. Le Comité précise qu'il s'agit d'exemples cités « à titre d'illustration et de manière non exhaustive »[20]. Ils sont très intéressants en ce qu'ils font apparaître la dimension préventive (et donc *positive*) des obligations mises à la charge des États parties. La prophylaxie désigne un ensemble de mesures médicales, scientifiques destinées à prévenir l'apparition et la propagation de maladies[21]. L'expression « conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie » laisse entendre qu'il doit y avoir un cadre général permettant à l'hôpital public de soigner tous les malades. En pratique, cela passe par l'octroi de moyens humains, matériels et financiers suffisants.

Si, à première vue, les § 2c) et § 2d) sont adaptés à la crise du coronavirus, l'interprétation qu'en donne le Comité dans son observation générale n° 14 relativise leur intérêt. Le § 2c) suppose, selon lui, la « mise en place d'un système de soins médicaux d'urgence en cas d'accidents, d'épidémies et de risques sanitaires analogues »[22], et le § 2d) « l'accès rapide, dans des conditions d'égalité, aux services essentiels de prévention, de traitement et de réadaptation »[23]. La crise du coronavirus ne semble révéler la violation ni de l'un ni de l'autre. Quoi qu'on pense de sa gestion par le gouvernement français et des conditions dans lesquelles les personnels hospitaliers doivent travailler, tous les hôpitaux disposent de services d'urgence et tous les malades ont été reçus et traités. Le succès ou l'échec du traitement n'est pas un critère pertinent. L'essentiel est que les patients puissent bénéficier « d'une diversité d'installations, de biens, de services et de conditions nécessaires à la réalisation du droit au meilleur état de santé susceptible d'être atteint »[24]. Toute la difficulté est là. Il faut trouver un point d'équilibre satisfaisant entre le simple accès aux soins médicaux qui est trop restreint et le droit à (ou d') être en bonne santé qui est trop large[25].

Dans la suite de son observation générale n° 14, le Comité des droits de l'homme identifie différents types d'obligations positives. Certaines sont requises de manière générale (*in abstracto*), d'autres dans le contexte particulier d'une crise épidémique et/ou sanitaire (*in concreto*). Les obligations générales, tout d'abord, sont celles que le droit à la santé partage avec les autres droits fondamentaux : « Le droit à la santé, à l'instar de tous les droits de l'homme, impose trois catégories ou niveaux d'obligations aux États parties : les obligations de le *respecter*, de le *protéger* et de le *mettre en œuvre* »[26].

---

20 CDESC, obs. gén. n° 14, préc., § 7.

21 P.-E. Littré, *Dictionnaire de la langue française*, t. 3, Le Club français du livre, 1957, p. 5046, [« *s. f.* Terme de médecine. La partie de la médecine qui a pour objet les précautions propres à préserver de telle ou telle maladie »].

22 CDESC, obs. gén. n° 14, préc., § 16.

23 *Id.*, § 17.

24 *Id.*, § 9.

25 E. Decaux et O. De Schutter (dir.), *op. cit.*, p. 316.

26 CDESC, obs. gén. n° 14, préc., § 33. Les italiques sont dans le texte original.

L'obligation de *respecter* ne comporte qu'un devoir d'abstention, celui de ne pas « entraver directement ou indirectement l'exercice [du droit à la santé] »[27]. Le Comité donne des exemples précis : les États ne doivent pas refuser ou amoindrir l'égal accès aux soins de toutes les personnes (minorités, demandeurs d'asile, migrants en situation irrégulière, etc.), interdire ou entraver les méthodes prophylactiques et les pratiques curatives, imposer des pratiques discriminatoires, restreindre l'accès aux moyens de contraception, etc.[28]. La gestion de la crise du coronavirus par l'État français n'entre à l'évidence dans aucun de ces cas de figure. Les obligations de *protection* et de *mise en œuvre* semblent, à l'inverse, davantage appropriées. L'interprétation qu'en donne le Comité est très claire : « L'obligation de protéger le droit à la santé englobe, entre autres, les devoirs incombant à l'État d'adopter une législation ou de prendre d'autres mesures destinées à assurer l'égalité d'accès aux soins de santé et aux soins en rapport avec la santé fournis par des tiers, de veiller à ce que la privatisation du secteur de la santé n'hypothèque pas la disponibilité, l'accessibilité, l'acceptabilité et la qualité des équipements, produits et services sanitaires, de contrôler la commercialisation de matériel médical et de médicaments par des tiers, et de faire en sorte que les praticiens et autres professionnels de santé possèdent la formation et les aptitudes requises et observent les codes de déontologie appropriés »[29]. Si les manquements observables, en France, dans la gestion de la crise sanitaire présente ne sont certes pas le résultat de la privatisation du système de santé, le Comité souligne que les réformes ne doivent pas se faire au détriment de la disponibilité, de l'accessibilité, de l'acceptabilité ou de la qualité du service public de la santé, alors même que, généralement, le Comité se garde d'intervenir dans les « domaines réservés » de l'État. C'est, enfin, à l'obligation de *mise en œuvre* que le Comité donne le champ d'application le plus large. Il souligne d'abord que les États parties doivent prendre toutes mesures « d'ordre législatif, administratif, budgétaire, judiciaire, incitatif ou autre » pour assurer « la pleine réalisation » du droit à la santé[30]. De ce point de vue-là, l'article 12 est très proche de l'article 2. Mais le Comité envisage surtout l'obligation de *mise en œuvre* sous l'angle des maladies épidémiques, considérant que les États parties « sont tenus d'adopter des mesures [...] contre toute menace mise en évidence par des données épidémiologiques »[31].

À ces obligations générales s'ajoutent, ensuite, des obligations spéciales que le Comité divise en deux catégories : les obligations « fondamentales » auxquelles on ne peut déroger, « un État partie ne [pouvant] absolument dans aucun cas justifier [leur] inexécution »[32], et les obligations « tout aussi prioritaires », dont le Comité ne précise pas le régime. Le problème des maladies épidémiques est qu'elles sont envisagées dans les

27 *Ibid.*

28 *Id.*, § 34.

29 *Id.*, § 35.

30 *Id.*, § 33.

31 *Id.*, § 36.

32 *Id.*, § 47.

deux catégories d'obligations. Elles sont donc potentiellement à cheval sur deux régimes juridiques dont les contours ne sont pas clairs. Au titre des obligations fondamentales, le Comité exige que les États mettent en œuvre « au niveau national une stratégie et un plan d'action en matière de santé publique, reposant sur des données épidémiologiques »[33]. Au titre des obligations tout aussi prioritaires, il enjoint les États parties à « prendre des mesures pour prévenir, traiter et maîtriser les maladies épidémiques et endémiques »[34]. Si différence de régime il y a entre les deux catégories d'obligations, l'État français pourrait s'appuyer sur le caractère généralisé, mondialisé de la crise du coronavirus pour justifier certains manquements. Elle touche toutes les régions du monde et éprouve les capacités sanitaires de nombreux États qui, à de rares exceptions près, ont le plus grand mal à contenir la propagation du virus.

Le Comité établit enfin deux distinctions qui confirment ce qui vient d'être dit : l'une entre l'incapacité et le manque de volonté et l'autre entre l'action et l'omission. Il se peut tout d'abord que les difficultés qu'éprouve un État partie à gérer une crise sanitaire ou épidémique ne soit pas le résultat d'un manque de volonté, mais d'un manque de moyens humains, financiers et matériels. Il est alors très difficile de lui reprocher de
158 ne pas en avoir fait assez – à charge pour lui de « démontrer qu'il n'a négligé aucun effort pour exploiter toutes les ressources à sa disposition en vue de s'acquitter […] de ses obligations »[35]. Il se peut ensuite qu'un État dispose de ressources financières, mais soit « dépourvu de la volonté d'utiliser au maximum les ressources à sa disposition pour donner effet au droit à la santé », et qu'il « manque par conséquent aux obligations lui incombant en vertu de l'article 12 »[36]. Cette seconde hypothèse correspond davantage à la situation qu'a connue la France ces dernières semaines. Le Comité estime ensuite qu'un manquement à l'obligation de protéger le droit à la santé peut résulter tant d'une action que d'une omission. Il y a violation de l'article 12 lorsque, notamment, l'État ne prend pas les mesures « voulues pour assurer la pleine réalisation du droit de chacun de jouir du meilleur état de santé physique et mentale possible »[37]. Le problème se pose alors de savoir ce qu'on entend par « ressources disponibles ». Si, en France, tous les personnels hospitaliers ont été mobilisés, la situation est plus délicate d'un point de vue financier. La France consacre certes une part importante de son budget à la santé. Mais la crise du coronavirus a révélé au grand jour les défaillances de l'hôpital public. On voit toutefois mal le Comité s'immiscer dans un problème budgétaire, *i. e.* de politique publique qui relève par principe de la compétence des États. C'est une ligne rouge que les juridictions internationales se gardent bien de franchir – la Cour européenne en est une illustration[38]. Quant aux ressources matérielles (infrastructures, équipements,

33 *Id.*, § 43 f).

34 *Id.*, § 44 c).

35 *Id.*, § 47. V. aussi CDESC, obs. gén. n° 3, préc., § 10.

36 *Ibid.*

37 *Id.*, § 49.

38 V. *infra*.

produits de santé), la question des tests de dépistage, et surtout celle de la gestion du stock de masques, risquent de se poser. Deux interprétations sont possibles, lesquelles dépendent du moment précis où le juge choisira de se placer. Il pourrait d'abord se situer au moment du déclenchement de la crise sanitaire, ce qui le conduirait à n'apprécier le comportement de l'État qu'au regard des moyens matériels dont il disposait à ce moment-là. Il constaterait alors que la France avait peu de masques, et estimerait sans doute qu'en passant commande pour s'approvisionner à l'étranger l'État a agi comme il devait le faire. Le juge ne chercherait donc pas à savoir si celui-ci aurait dû stocker des masques de protection en prévision d'une possible épidémie. Dans la seconde hypothèse, il se placerait avant le début de l'épidémie. Il constaterait alors que le coronavirus n'est pas la première épidémie, loin s'en faut. D'autres crises sanitaires plus ou moins mondialisées se sont produites ces vingt dernières années. Elles ont toutes éprouvé, dans des proportions parfois certes moindres, les capacités des services hospitaliers. Une nouvelle crise épidémique était donc raisonnablement prévisible. L'État aurait dû prévenir le risque en adoptant un plan ou une stratégie, dont les masques et les tests de dépistage font partie.

Pour l'ensemble des raisons que nous venons d'indiquer, le droit à la santé ne semble pas être le fondement le plus adapté. Il n'est donc pas certain qu'il faille se situer sur ce terrain-là. Il convient désormais de se demander s'il n'est pas préférable de substituer un autre fondement juridique au droit à la santé : le droit à la vie.

II. Le droit à la vie : un fondement plus approprié

Le droit à la vie occupe une place centrale en droit international et dans les systèmes régionaux de protection des droits fondamentaux. Les juridictions insistent régulièrement sur sa sacralité[39] et son « indérogeabilité »[40]. On le rattache plutôt aux droits dits de la première génération (les droits civils et politiques) bien qu'il figure exclusivement dans des textes postérieurs à la Seconde Guerre mondiale, contemporains, donc, des droits économiques, sociaux et culturels. Mais la frontière entre les différentes catégories et générations de droits n'est pas toujours étanche, et tous sont organisés autour du même triptyque : *respecter*, *protéger* et *garantir*.

Le droit à la vie possède une double dimension positive et négative. La dimension négative interdit à l'État de priver un individu de son droit à la vie, sauf dans des cas limitativement énumérés et encadrés d'un point de vue procédural. La dimension positive contraint les États contractants à protéger le droit à la vie des personnes relevant de leur compétence (et non pas uniquement des personnes présentes sur leur territoire). L'article 6 § 1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et l'article 2

39 V. par ex., *Çakıcı c. Turquie* [GC], n° 23657/94, § 86, Cour EDH 1999-IV ; *Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 65, Cour EDH 2002-III.

40 V. par ex., *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 sept. 1995, § 147, série A n° 324 et *Giuliani et Gaggio c. Italie* [GC], n° 23458/02, § 174, Cour EDH 2011 (extraits).

§ 1 de la Convention européenne insistent dans des termes légèrement différents sur la protection par la loi du droit à la vie. Mais le Comité et la Cour ont considérablement élargi la portée des deux dispositions.

En premier lieu, les obligations positives que dégage le Comité des droits de l'homme en matière de protection du droit à la vie découlent des articles 2 et 6 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. « Clause parapluie »[41], l'article 2 assigne des objectifs précis aux États parties. Ceux-ci doivent d'abord « respecter et garantir » à toute personne relevant de leur compétence les droits reconnus par le Pacte (§ 1). Les obligations de respect et de garantie ne sont pas de même nature[42]. La première est *négative* et interdit aux États parties de porter atteinte aux droits protégés par le Pacte. La seconde est *positive* et les contraint à agir pour les protéger. Le § 2 leur fait en plus obligation de « donner effet » aux droits en prenant toutes « les mesures d'ordre législatif *ou autre* ». À l'instar de l'article 2 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la loi est citée à titre d'exemple et appelle des mesures alternatives ou complémentaires. La prévention joue là aussi un rôle central. Oscar Schachter rappelle qu'on ne donne jamais autant « effet » à un droit que lorsqu'on le protège et qu'on met tout en œuvre pour anticiper les atteintes qui pourraient lui être portées[43]. Le Comité des droits de l'homme a coutume de se placer sur ce terrain-là pour sanctionner un État. Le § 3 de l'article 2 a, lui, moins d'intérêt. Il oblige les États parties à garantir un « recours » utile à toute personne se prétendant victime d'une violation du Pacte. Son rôle est donc exclusivement curatif. Il intervient en aval de la violation.

Le droit à la vie est prévu à l'article 6 du Pacte. Mais, à l'origine, sa portée est très restreinte. Il n'est en effet conçu que pour répondre aux seuls cas de privation arbitraire du droit à la vie (les exécutions sommaires et les disparitions forcées) et pour encadrer sur le plan procédural les condamnations à mort. Les États doivent protéger le droit à la vie de l'intervention *humaine*. C'est ce qui ressort de la première observation générale consacrée à l'article 6 : « Le Comité considère que les États parties doivent prendre des mesures, *non seulement pour prévenir et réprimer les actes criminels qui entraînent la privation de la vie*, mais également pour empêcher que leurs propres forces de

41 M. Nowak (dir.), *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2e éd., Kehl/Strasbourg/Arlington, Norbert Paul Engel, 1993 [2005], p. 32.

42 CDH, obs. gén. n° 31 (La nature de l'obligation juridique générale imposée aux États parties), doc. NU HRI/GEN/1/Rev.7, p. 219-224, § 6.

43 O. Schachter, « The Obligation to Implement the Covenant in Domestic Law », in L. Henkin (dir.), *The International Bill of Rights. The International Covenant on Civil and Political Rights*, New York, Columbia University Press, 1981, p. 319, [« In Article 2(2) the parties have undertaken to take steps to adopt such legislative or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized. What is meant by "to give effect" is not spelled out, but its implications merit consideration. Clearly, a right is given effect by affording remedies for its violation. […] A right is also given effect if its violation is avoided or prevented. Measures may therefore have to be taken for such avoidance or prevention. What measures depends on circumstances. Most obvious are educational and information activities […]. Administrative controls of official conduct would also help to avoid and prevent violations »].

sécurité ne tuent des individus de façon arbitraire. [...] Les États doivent aussi prendre des mesures spécifiques et efficaces pour empêcher la disparition des individus »[44]. La jurisprudence du Comité des droits de l'homme sur les disparitions forcées est à cet égard intéressante. Ses constatations les plus récentes témoignent d'une évolution considérable de l'article 6, dont les requérants pourraient, à l'avenir, être tentés de se prévaloir. Dans ses premières constatations, le Comité des droits de l'homme n'accepte de retenir la violation de l'article 6 § 1 que lorsque la mort de la victime est prouvée ou présumée[45]. C'est assez récemment qu'il fait intervenir la notion de « risque sérieux ». Il estime que le fait qu'une personne soit exposée au « risque sérieux » de perdre la vie constitue une violation de l'article 6 § 1 du Pacte[46]. La solution n'a pas manqué de faire réagir les membres du Comité. Certains l'ont saluée estimant qu'elle était nécessaire. Le Comité ne pouvait en effet plus se permettre de ne pas retenir la violation directe de l'article 6 § 1 dans des affaires où, plusieurs années après les faits, les familles de victimes n'ont toujours aucune nouvelle de leurs proches et ne savent rien des circonstances dans lesquelles elles ont trouvé la mort[47]. D'autres l'ont décriée, craignant qu'à l'avenir, la notion de « risque sérieux » soit dévoyée et puisse être transposée à des affaires qui ne portent pas sur des cas de disparitions forcées[48]. Il y certes peu de chances pour que le Comité transpose un raisonnement conçu pour les seuls cas de disparitions forcées à un contexte de crise épidémique et sanitaire. Mais, puisque l'exercice se veut ici fictionnel, il est important d'insister sur l'utilisation potentielle d'une notion aussi floue que celle de « risque sérieux ».

En outre, dans la jurisprudence du Comité, le droit à la vie prend aussi une nette coloration économique et sociale, et se rapproche d'autres droits sans se confondre avec eux. C'est, par exemple, le cas du droit à la santé qui, rappelle le Comité des droits de l'homme, « en tant que tel n'est pas protégé par les dispositions du Pacte »[49]. Mais cela ne veut pas dire pour autant que, dans certains cas, le droit à la vie ne puisse pas s'appliquer aux soins de santé. Dans l'affaire *Cabal et Pasini c. Australie*, le Comité considère « que le

---

44 CDH, obs. gén. n° 6 (art. 6 : Le droit à la vie), doc. NU HRI/GEN/1/Rev.1, p. 7-9, § 3-4. C'est moi qui souligne.

45 V. par ex., CDH, *Bleier Lewenhoff c. Uruguay*, 1982, Communication n° R.7/30, Ass. gén., *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Supp. n° 40, doc. NU A/37/40, p. 145-151, § 14.

46 CDH, *Guezout et consort c. Algérie*, 2012, communication n° 1753/2008, Ass. gén., *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Supp. n° 40, doc. NU A/68/40, vol. II, part. I, p. 73-88, § 8.4, [« Le Comité rappelle qu'en matière de disparitions forcées, la privation de liberté, suivie du déni de reconnaissance de celle-ci ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou bien du lieu où elle se trouve, soustrait cette personne à la protection de la loi et l'expose régulièrement à un risque sérieux sur la vie dont l'État doit rendre compte »].

47 V. l'opinion concordante rendue par Fabián Omar Salvioli dans l'affaire *Guezout c. Algérie* (A/68/40, vol. II, part I, p. 91-94).

48 V. l'opinion dissidente rendue par Michael O'Flaherty, Krister Thelin et Rafael Rivas Posada dans l'affaire *Guezout c. Algérie* (A/68/40, vol. II, part I, p. 90).

49 CDH, *Linder c. Finlande*, 2005, communication n° 1420/2005, Ass. gén., *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Supp. n° 40, doc. NU A/61/40, vol. II, p. 677-681, § 4.3.

fait de ne pas isoler les détenus souffrant de maladies contagieuses des autres détenus pourrait soulever des questions au titre du paragraphe 1 de l'article 6 [...] »[50]. Désormais les États doivent protéger le droit à la vie de toute menace, qu'elle soit ou non imputable à l'État. Dans l'affaire *Toussaint c. Canada*, le Comité considère ainsi que « le droit à la vie recouvre le droit des personnes de ne pas subir d'actes ni d'omissions ayant pour but ou résultat leur décès non naturel ou prématuré, et le droit de vivre dans la dignité. De plus, l'obligation des États parties de respecter et garantir le droit à la vie vaut face aux menaces et situations raisonnablement prévisibles qui mettent la vie en danger. Il peut y avoir violation de l'article 6 par les États parties même si de telles menaces ou situations n'ont pas effectivement abouti à la perte de vie »[51]. Ces menaces peuvent prendre la forme de catastrophes sanitaires et de crises sanitaires, notamment épidémiques. Le Comité des droits de l'homme les aborde dans certaines observations finales, rappelant aux États qu'ils doivent attacher une attention particulière à la lutte contre les épidémies : VIH, Ébola, tuberculose, malaria, etc.[52] Dans sa dernière observation générale, le Comité enjoint aux États parties au Pacte de prendre des mesures pour « améliorer les contextes dans la société susceptibles d'engendrer avec le temps des menaces directes pour la
162 vie ou d'empêcher des personnes de jouir de leur droit à la vie dans la dignité »[53]. Il donne quelques exemples *a priori* transposables à la crise du coronavirus : « accidents industriels, pollution de l'environnement, forte prévalence de maladies potentiellement mortelles comme le sida ou le paludisme », etc.[54]. Les États sont tenus de prévenir ce type de phénomène en prenant des mesures positives : renforcement de l'efficacité des soins d'urgence (pompiers, ambulances, forces de police), élaboration de plans d'action « visant à favoriser la jouissance du droit à la vie », adoption de « plans d'urgence et de plans de gestion des catastrophes conçus pour améliorer la préparation aux catastrophes naturelles causées par l'homme qui peuvent compromettre la jouissance du droit à la vie comme les ouragans, les tsunamis, les tremblements de terre, les accidents radioactifs et les cyberattaques massives »[55]. Si l'accent est mis sur les catastrophes naturelles, il n'y a pas de raison de penser qu'à l'avenir le Comité ne recentre pas certaines obligations sur les catastrophes sanitaires, notamment épidémiques.

---

50 CDH, *Cabal et Pasini c. Australie*, 2003, communication n° 1020/2001, Ass. gén., *Rapport du Comité des droits de l'homme*, Supp. n° 40, doc. NU A/58/40, vol. II, p. 334-49, § 7.7.

51 CDH, *Toussaint c. Canada*, 2018, communication n° 2348/2014, doc. NU CCPR/C/123/D/2348/2014, § 11.3. Le principe a depuis été codifié. V. CDH, obs. gén. n° 36, préc., § 7.

52 CDH, obs. fin. Afrique du Sud, 2016, doc. NU CCPR/C/ZAF/CO/1, § 17 ; CDH, obs. fin. Libéria, 2018, doc. NU CCPR/C/LBR/CO/1, § 12-13 ; CDH, obs. fin. Turkménistan, 2017, doc. NU CCPR/C/TKM/CO/2, § 22 ; CDH, obs. fin. Kenya, 2012, doc. NU CCPR/KEN/CO/3, § 9 ; CDH, obs. fin. Uganda, 2004, doc. NU CCPR/CO/80/UGA, § 14, citées in W.A. Schabas, *op. cit.*, p. 166.

53 CDH, obs. gén. n° 36, *op. cit.*, § 30.

54 *Id.*

55 *Id.*

La Convention européenne des droits de l'homme met elle aussi des obligations positives à la charge des États contractants[56]. La Cour y a consacré toute une partie de sa jurisprudence[57]. Comme pour les deux Pactes onusiens, les obligations positives se déduisent directement du texte. La Convention européenne contient d'abord une clause générale de respect des engagements prévue à l'article 1e : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I ». Elle est nettement plus concise que celles prévues aux articles 2 des deux Pactes. Nulle trace du triptyque respecter-protéger-garantir commun à la plupart des instruments conventionnels de protection des droits fondamentaux. Les rédacteurs de la Convention européenne lui préfèrent le verbe « reconnaître » – « *to secure* » dans la version anglaise – qui peut s'interpréter de différentes manières. Mais les auteurs s'accordent à dire que l'article 1er crée des obligations positives et des obligations négatives[58]. C'est par exemple le cas lorsque la Cour l'associe à un droit substantiel dans des affaires de privation arbitraire du droit à la vie[59] ou de torture[60]. Dans l'affaire *Sørensen et Rasmussen*, la Cour rappelle « qu'aux termes de l'article 1 de la Convention chaque État contractant "reconna[ît] à toute personne relevant de [sa] juridiction les droits et libertés définis [dans] la [...] Convention". Cette obligation générale peut impliquer des obligations positives inhérentes à la garantie de l'exercice effectif des droits consacrés par la Convention »[61].

56 V. par ex. D. Xenos, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Londres, Routledge, 2012 ; A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, Oxford/Portland, Hart Publishing, 2004.

57 V. par ex. *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juill. 1968, § 3-4, série A n° 6 ; *Golder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, § 35, série A n° 18 ; *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 31, série A n° 31 ; *Airey c. Irlande*, 9 oct. 1979, § 24, série A n° 32.

58 W. A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 91 ; D. J. Harris, M. O'Boyle, Ed P. Bates & C. M. Buckley (eds), *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 4e ed., 2018, p. 24 ; K. Lemmens, « General Survey of the Convention », in P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn & L. Zwaak (eds), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Cambridge/Anvers/Portland, Intersentia, 2018, p. 11.

59 V. par ex. *McCann c. Royaume-Uni*, préc., § 162 ; *Ergi c. Turquie*, 28 juill. 1998, § 82, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV ; *Salman c. Turquie* [GC], n° 21986/93, § 104, Cour EDH 2000-VII ; *Chypre c. Turquie* [GC], n° 25781/94, § 131, Cour EDH 2001-IV ; *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], n° 43577/98 et n° 43579/98, § 110, Cour EDH 2005-VII ; *Al-Skeini c. Royaume-Uni* [GC], n° 55721/07, § 163, Cour EDH 2001 ; *Armani Da Silva c. Royaume-Uni* [GC], n° 5878/08, § 230, 30 mars 2016.

60 V. par ex. *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 oct. 1998, § 102, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII ; *A. c. Royaume-Uni*, 23 sept. 1998, § 22, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI ; *Mahmut Kaya c. Turquie*, n° 22535/93, § 115, Cour EDH 2000-III ; *Z. et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 29392/95, § 73-75, Cour EDH 2001-V ; *M.C. c. Bulgarie*, n° 39272/98, § 149, Cour EDH 2003-XII ; *Gäfgen c. Allemagne* [GC], n° 22978/05, § 117, Cour EDH 2010.

61 *Sørensen et Rasmussen c. Danemark* [GC], n° 52562/99 et 52620/99, § 57, Cour EDH 2006-I, cité par W. A. Schabas, préc., p. 91.

Les obligations négatives, elles, ne posent pas de problème. Elles interdisent aux États de violer les droits énoncés aux articles 2 à 14 de la Convention et dans les Protocoles additionnels. Les obligations positives à l'inverse, exigent des États qu'ils les protègent[62]. Elles sont très proches de celles sous-tendues par l'article 2 § 1 de la Convention : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi ». La Cour lui associe deux types de mesures : des mesures préventives (ou substantielles) qui obligent les États contractants à protéger le droit à la vie des personnes relevant de leur compétence[63] et des mesures curatives (ou procédurales) qui les contraignent à enquêter efficacement afin d'identifier et de punir les responsables[64]. À l'origine, l'article 2 § 1 est conçu pour répondre aux seuls faits de privation arbitraire du droit à la vie : les exécutions sommaires auxquelles s'ajouteront les disparitions forcées. Mais, à l'instar du Comité des droits de l'homme, la Cour européenne retient une lecture évolutive de la disposition et la détache progressivement de son acception originelle : « [L]'article 2 ne concerne pas exclusivement les cas de mort d'homme résultant de l'usage de la force par des agents de l'État, mais implique aussi, dans la première phrase de son dernier paragraphe, l'obligation positive pour les États *de prendre toutes les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de leur juridiction* »[65].

L'obligation positive de protéger le droit à la vie permet à la Cour d'engager la responsabilité de l'État, soit lorsque la victime est morte[66], soit lorsqu'elle a été exposée au « risque sérieux de perdre la vie »[67]. Dans de très rares cas, elle retient la violation de l'article 2 bien que la victime soit encore en vie[68]. Mais l'engagement de la responsabilité de l'État est soumis à conditions. La Cour rappelle d'abord que l'obligation de protéger n'est requise que lorsque les autorités ont su ou auraient dû savoir que le droit à la vie des personnes placées sous leur juridiction était menacé de manière grave et immédiate[69].

---

62 *Id.*

63 V. par ex. *L.C.B. c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, § 36, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III ; *Osman c. Royaume-Uni*, 28 oct. 1998, § 115, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII.

64 V. par ex. *Yaşa c. Turquie*, 2 sept. 1998, § 98, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VI ; *İlhan c. Turquie* [GC], n° 22277/93, § 91, Cour EDH 2000-VII.

65 *Boudaïeva et autres c. Russie*, n° 15339/02 et a., § 128, Cour EDH 2008 (extraits) ; *L.C.B. c. Royaume-Uni*, préc., § 36 ; *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, n° 46477/99, § 54, Cour EDH 2002-II. C'est moi qui souligne.

66 *Öneryıldız c. Turquie* [GC], n° 48939/99, § 71, Cour EDH 2004-XII.

67 *Brincat et autres c. Malte*, n° 60908/11 et a., § 82, 24 juill. 2014, cité par L. Burgorgue-Larsen, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 3e éd., Paris, LGDJ, « Systèmes », 2019, p. 55.

68 V. par ex. *Colak et Tsakiridis c. Allemagne*, n° 77144/01 et 35493/05, § 29, 5 mars 2000 ; *Makaratzis c. Grèce* [GC], n° 50385/99, § 50, Cour EDH 2004-XI ; *Acar et autres c. Turkey*, n° 36088/97 et 38417/97, § 77, 24 mai 2005 ; *Tzekov c. Bulgarie*, n° 45500/99, § 40, 23 févr. 2006.

69 *Osman c. Royaume-Uni*, préc., § 116 ; *Paul et Audrey Edwards*, préc., § 55 ; *Kılıç c. Turquie*, n° 22492/93, § 62-63, Cour EDH 2000-III ; *Akkoç c. Turquie*, n° 22947/93 et n° 22948/93, § 78, Cour EDH 2000-X ; *Keenan c. Royaume-Uni*, n° 27229/95, § 90, Cour EDH 2001-III ; *Mastromatteo c. Italie* [GC], n° 37703/97, § 68, Cour EDH 2002-VIII ; *Medova c. Russie*, n° 25385/04, § 96, 15 janv. 2009 ; *Fedina c. Ukraine*, n° 17185/02, § 33, 2 sept. 2010 ; *Tikhonova c. Russie*, n° 13596/05, § 69, 30 avr. 2014 ; *Amadayev c. Russie*, n° 18114/06,

Si l'évaluation du risque relève, par principe, de la compétence des États contractants, la Cour exerce néanmoins un contrôle. Dans l'affaire *Tsechoyev c. Russie*, elle estime par exemple qu'au moment des faits, les autorités ne disposaient pas d'informations laissant à penser que le droit à la vie de la victime courrait un risque grave et immédiat[70]. La notion de « risque » est particulièrement délicate à manier, *a fortiori* dans des contextes sanitaires, épidémiques et environnementaux. Dans l'affaire Öneryıldız, le requérant habite dans un bidonville situé à proximité d'une décharge utilisée par des municipalités avoisinantes. Un rapport d'expertise attire l'attention des autorités sur l'absence de mesures pour prévenir une explosion au méthane, laquelle survient deux ans plus tard. La Cour retient la violation de l'article 2 sous son volet substantiel pour défaut de mesures prises[71]. Le raisonnement est sensiblement le même dans l'affaire *Boudaïeva*. Les requérants habitent dans une ville située dans une région montagneuse du Caucase central sujette à des coulées de boue récurrentes. La Cour estime que les « autorités russes ont manqué à leur obligation positive d'établir un cadre législatif et administratif propre à offrir une protection effective contre des menaces pesant sur le droit à la vie comme l'exige l'article 2 de la Convention »[72]. Il faut toutefois préciser que dans ces deux affaires, le risque encouru par les requérants est incontestable : il est attesté par un rapport d'expertise dressé à la demande d'un juge dans la première et la Cour constate, dans la seconde, que « les circonstances montrent l'imminence d'une telle catastrophe *clairement identifiable* », ajoutant qu'il s'agit « d'une calamité récurrente frappant une zone particulière d'habitation ou d'utilisation par l'homme »[73].

Le constat est identique dans la plupart des décisions où la Cour européenne utilise le principe de précaution – bien qu'il soit envisagé sous l'angle du droit au respect de la vie privée (article 8) et non sous celui du droit à la vie (article 2). Le principe de précaution n'a pas force contraignante en droit international et n'est prévu que par des textes à portée déclarative, mais les juridictions s'y réfèrent de plus en plus[74]. La Cour européenne des droits de l'homme le définit dans l'affaire *Tătar c. Roumanie* : « [L]e principe de précaution commande de ne pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages irréversibles à l'environnement en l'absence de certitude scientifique ou technique »[75]. Les faits sont assez proches de ceux de l'arrêt Öneryıldız. Les requérants habitent près d'une mine d'or exploitée grâce à un nouveau procédé technique. Les autorités ignorent alors qu'il est

§ 71, 3 juill. 2014, cité par L.-A. Sicilianos, « Out of herm's way: positive obligations under Article 2 of the European Convention on Human Rights », in L. Early, A. Austin, C. Ovey & O. Chernishova (eds), *The Right to Life under Article 2 of the European Convention on Human Rights, Twenty Years of Legal Developmennt since McCann v. the United Kingdom. In Honour of Michael O'Boyle*, Oisterwijk (Pays-Bas), Wolf Legal Publisher, 2016, p. 31-32.

70 *Tsechoyev c. Russie*, n° 39358/05, § 138-141, 15 mars 2011.

71 *Öneryıldız c. Turquie*, préc., § 97-110.

72 *Boudaïeva et autres c. Russie*, préc., § 159.

73 *Id.*, § 137. C'est moi qui souligne.

74 V. par ex., *Projet Gabčikovo- Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, *arrêt, C.I.J. Recueil* 1997, p. 68, § 113.

75 *Tătar c. Roumanie*, n° 67021/01, § 109, 27 janv. 2009.

dangereux pour l'environnement et pour la santé des habitants. Deux éléments auraient néanmoins dû les conduire à prendre des mesures de prévention et de protection : une étude d'impact réalisé en 1993 alertant sur la dangerosité du nouveau procédé et un accident écologique survenu en 2000. La Cour considère que « l'existence d'un risque sérieux et substantiel pour la santé et pour le bien-être des requérants faisait peser sur l'État l'obligation positive d'adopter des mesures raisonnables et adéquates capables de protéger les droits des intéressés au respect de leur vie privée et leur domicile et, plus généralement, à la jouissance d'un environnement sain et protégé »[76]. La situation est différente dans l'affaire *Vilnes*. Il n'y a cette fois-ci ni certitude scientifique, ni risque avéré. Les requérants se disent victimes d'une violation des articles 2 et 8 du fait des préjudices physiques causés par leur activité de plongeurs sous-marins pour des compagnies pétrolières. Au moment des faits (1965-1990), il n'existe aucun consensus scientifique sur les accidents de décompression. La Cour estime néanmoins que les autorités auraient dû s'assurer que les compagnies pétrolières avaient bien informé les plongeurs des risques encourus[77]. Mais elle ne retient que la violation de l'article 8, considérant qu'il est inutile d'examiner séparément le grief tiré de la violation de l'article 2[78].

166 Les obligations positives de prévention et de protection ne concernent pas que les accidents industriels et environnementaux. Elles s'appliquent aussi au domaine de la santé. La Cour estime que les actes et omissions des autorités peuvent engager la responsabilité de l'État sous l'angle substantiel de l'article 2[79]. Sa jurisprudence est de plus en plus précise. Les États doivent désormais prévenir les risques liés aux maladies potentiellement mortelles : « [L]a Cour a déjà reconnu que la première phrase de l'article 2 § 1 pouvait imposer une obligation positive de l'État : protéger la vie de l'individu [...] contre le risque d'une maladie pouvant entraîner la mort »[80]. À cela s'ajoutent les mesures que la Cour contraint les États parties à prendre pour protéger les malades lorsqu'ils sont hospitalisés : « Les obligations positives impliquent la mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades »[81]. Mais, une fois encore, la Cour n'accepte de retenir la violation de l'article 2 – toujours sous son volet substantiel – à raison des actes et omissions des prestataires de santé que dans de rares cas. Ils correspondent à deux types de circonstances exceptionnelles que la Cour identifie dans l'affaire *Lopes de Souza Fernandes* : le premier « survient dans le cas

---

76 *Id.*, § 107.

77 *Vilnes et autres c. Norvège*, n° 52806/09 et 22703/10, § 224, 5 déc. 2013.

78 *Id.*, § 245.

79 *Powell et Powell c. Royaume-Uni* (déc.), n° 45305/99, Cour EDH 2000-V ; *Nitecki c. Pologne* (déc.), n° 65653/01, 21 mars 2002 ; *Trzepałko c. Pologne* (déc.), n° 25124/09, § 23, 13 sept. 2011 ; *Wiater c. Pologne* (déc.), n° 42290/08, 15 mai 2012, cités par W. A. Schabas, préc., p. 131. V. aussi *Byrzykowski c. Pologne*, n° 11562/05, § 104, 27 juin 2006.

80 *Makaratzis c. Grèce*, préc., § 50.

81 *Lambert et autres c. France* [GC], n° 46043/14, § 140, Cour EDH 2015-III ; *Vo. c. France* [GC], n° 53924/00, § 89, Cour EDH 2004-VIII ; *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], n° 32967/96, § 49, Cour EDH 2002-I.

spécifique où l'on [les personnels de santé] a sciemment mis en danger la vie d'un patient en lui refusant l'accès à un traitement d'urgence vital »[82] ; le second « au cas où un patient n'a pas eu accès à un traitement d'urgence vital en raison d'un dysfonctionnement *systémique ou structurel* dans les services hospitaliers, et où les autorités avaient ou auraient dû avoir connaissance de ce risque et n'ont pas pris les mesures nécessaires pour empêcher qu'il ne se réalise, mettant ainsi en danger la vie des patients en général, et celle du patient concerné en particulier »[83]. Pour qu'un cas relève de la seconde catégorie, poursuit la Cour, plusieurs éléments doivent être réunis. Retenons le plus important : « [L]e dysfonctionnement en cause doit être objectivement et réellement reconnaissable comme *systémique ou structurel et ne doit pas seulement comprendre les cas individuels dans lesquels quelque chose n'a pas ou a mal fonctionné* »[84]. Pour les requérants, la tâche semble presque insurmontable. En jurisprudence, les affaires rentrant dans ce cas de figure se comptent sur les doigts d'une main. La Cour l'a par exemple fait dans l'affaire *Asiye Genç* où un enfant né prématurément était mort après plusieurs transferts dans des hôpitaux ne disposant pas d'incubateurs[85].

Au vu de ce qui précède, l'obligation de protéger le droit à la vie (en matière environnementale ou de santé) et le principe de précaution semblent adaptés à la crise du coronavirus. La première contraint les États à agir pour protéger le droit à la vie des personnes placées sous leur juridiction. La seconde insiste sur le fait que le doute et l'incertitude scientifiques ne doivent pas empêcher les pouvoirs publics d'agir. Plus encore, l'incertitude n'est pas un motif exonératoire. Néanmoins, les obligations positives et le principe de précaution risquent de se heurter à plusieurs obstacles – nous en avons déjà évoqué certains. Le premier et non des moindres est celui de la nature de l'obligation mise à la charge des États parties. L'obligation de protéger le droit à la vie est une obligation de moyens. Autrement dit, les États doivent tout mettre en œuvre pour éviter que le risque se réalise (la mort d'un individu). Ils ne sont pas tenus de remplir l'objectif. On ne saurait en effet leur reprocher de ne pas avoir réussi à maintenir quelqu'un en vie s'ils ont tout fait pour y arriver. C'est un point sur lequel insistent de nombreux auteurs : les États doivent protéger le droit à la vie et non la vie elle-même. L'article 2 n'est pas et ne sera jamais une sorte d'« assurance vie » que l'État devrait garantir aux individus[86]. Ce qui était évident hier l'est beaucoup moins aujourd'hui. On

82 *Lopes de Souza Fernandes c. Portugal* [GC], n° 56080/13, § 191, 19 déc. 2017 cité par D. J. Harris, M. O'Boyle, Ed P. Bates & C. M. Buckley (eds), préc., p. 214. V. aussi, *Mehmet Şentürk et Bekir Şentürk c. Turquie*, n° 13423/09, Cour EDH 2013.

83 *Id.*, § 192. V. aussi *Asiye Genç c. Turquie*, n° 24109/07, 27 janv. 2015. C'est moi qui souligne.

84 *Id.*, § 195. C'est moi qui souligne.

85 *Asiye Genç c. Turquie*, préc.

86 T. Opsahl, « The Rights to Life », in R. St. J. Macdonald, F. Matscher & H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 1993, p. 211, [« The law cannot cope with death from natural causes, nor can it deal effectively with fundamental aspects of illness, accidents or other threats to individual lives, not even those attributable to societal causes. […] [T]hese are not violations of human rights even when stricter legislation might have prevented, and thus

a en effet le sentiment que depuis quelque temps, un droit *d'*être en vie s'est substitué au droit à la vie. L'État serait désormais tenu par une obligation de résultat : maintenir en vie les individus.

Le second obstacle découle du premier : c'est la marge nationale d'appréciation. Si la Cour contraint les États à tout mettre en œuvre pour protéger le droit à la vie des individus, elle ne dit pas précisément à quels moyens ceux-ci doivent recourir. Elle ne veut pas être trop prescriptive et refuse donc de reprocher à un État d'avoir privilégié un moyen au détriment d'un autre. Dans l'affaire *Fadeïeva*, la Cour constate qu'il existe une « diversité de moyens propres à garantir les droits protégés par la Convention »[87]. Elle en conclut que le « fait pour l'État concerné de ne pas mettre en œuvre une mesure déterminée prévue par le droit interne ne l'empêche pas de remplir son obligation positive d'une autre manière »[88]. Or, cette « autre manière » rentre précisément dans sa marge nationale d'appréciation. Celle-ci s'étend également aux choix budgétaires et opérationnels. En France, on a beaucoup reproché aux exécutifs successifs de ne pas consacrer une part suffisante du budget de l'État à la santé et donc de mettre en danger la vie des personnes. La Cour européenne « estime ne pas avoir qualité pour substituer
168 son propre point de vue à celui des autorités locales quant à la meilleure politique à adopter face aux difficultés […] ; aussi admet-elle [qu']on ne saurait imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif, sans tenir compte notamment des choix opérationnels qu'elles ont à faire en termes de priorités et de ressources […] : il y va de la marge nationale d'appréciation étendue que la jurisprudence de la Cour reconnaît aux États dans des domaines sociaux et techniques difficiles »[89]. La Cour va même plus loin dans le domaine de la santé où elle estime que la marge nationale d'appréciation des États contractants est « plus large encore » lorsqu'il s'agit de « fixer des priorités pour ce qui est de l'affectation des ressources limitées de l'État »[90]. Elle estime que les États sont mieux placés pour procéder à ce type d'évaluation et refuse donc de substituer sa propre appréciation à la leur[91]. La décision *Lopes de Souza Fernandes c. Portugal* précitée est particulièrement intéressante et rappelle ce qui a été dit à propos du Comité des droits économiques, sociaux et culturels : « [L]a Cour rappelle que l'attribution de fonds publics dans le domaine de la santé est une question sur laquelle elle n'a pas à prendre position, et qu'il appartient aux autorités compétentes des États contractants de déterminer la manière dont leurs ressources limitées doivent être allouées, ces autorités étant mieux placées qu'elle pour apprécier les exigences respectives au regard des ressources finies

protected against, loss of life. What is to be protected by law 'is not life, but the right to life'. This must restrict the applicability of the provisions of the Convention […]. Article 2 does not amount to a life insurance guaranteed by the State »].

87 *Fadeïeva c. Russie*, n° 55723/00, § 96, Cour EDH 2005-IV.

88 *Id.*

89 Öneryıldız *c. Turquie*, préc., § 107 ; *Boudaïeva et autres c. Russie*, préc., § 116.

90 *Pentiacova et autres c. Moldavie* (déc.), n° 14462/03, Cour EDH 2005-I ; *Shelley c. Royaume-Uni* (déc.), n° 23800/06, 4 janv. 2008.

91 *Id.*

dont elles disposent et pour assumer la responsabilité des choix difficiles devant être opérés entre différents besoins tous dignes d'être financés »[92].

Au vu de tout ce qui a été dit tant à propos du Comité des droits de l'homme des Nations unies que de la Cour européenne, le droit à la vie est plus adapté que le droit à la santé à la crise du coronavirus. D'abord, et c'est la raison la plus évidente, parce que le premier est mieux protégé que le second. Il est prévu par tous les instruments conventionnels de protection des droits de l'homme et la jurisprudence qui lui est consacrée ne cesse de s'étoffer et de créer, au gré des affaires, des obligations nouvelles touchant un nombre croissant de domaines – notamment économiques et sociaux. Par bien des aspects, la gestion d'une crise épidémique et sanitaire est proche de celle d'une catastrophe naturelle. Les similitudes sont nombreuses. Elles exposent toutes deux les individus au « risque sérieux » de perdre la vie. Elles confrontent toutes deux les pouvoirs publics au défi de l'incertitude scientifique. Elles les contraignent toutes deux à agir pour protéger le droit à la vie des personnes relevant de leur compétence. Mais le succès des recours est loin d'être acquis. Cela tient à la prévisibilité du risque environnemental, sanitaire ou épidémique. L'obligation de protéger le droit à la vie n'intervient que quand la vie est menacée et que les autorités le savent ou devraient le savoir. Le Comité des droits de l'homme et la Cour européenne partagent le même souci : ne pas imposer une charge trop grande aux États parties/contractants. Ils s'expriment d'ailleurs dans les mêmes termes. Dans l'affaire *Toussaint c. Canada*, le Comité précise bien que « l'obligation de protéger le droit à la vie vaut face aux menaces et situations *raisonnablement prévisibles* qui mettent la vie en danger »[93]. Dans l'affaire *Boudaïeva*, la Cour européenne juge que « [d]ans le domaine des secours d'urgence où l'État s'implique directement dans la protection des vies humaines en procédant à l'atténuation des catastrophes naturelles, toutes ces considérations devraient trouver à s'appliquer dans la mesure où les circonstances d'un cas particulier montrent *l'imminence d'une telle catastrophe clairement identifiable* […]. L'étendue des obligations positives imputables à l'État dépend de l'origine de la menace et de la possibilité d'atténuation de tel ou tel risque »[94]. Toute la difficulté est là. Comment déterminer si une menace, une situation était raisonnablement prévisible ou imminente ? Comment apprécier le comportement de l'État et dire s'il a ou non manqué à son obligation de prévention ? Deux lectures pourraient s'affronter. La première consisterait à prendre acte de la nature et de l'ampleur inédites de la crise du coronavirus. Jamais la communauté internationale n'a eu à affronter une épidémie de ce type se propageant à une vitesse foudroyante et touchant toutes les régions du monde. De ce point de vue là, on peut estimer qu'elle était imprévisible et que l'État a fait « ce qu'il a pu » compte tenu des informations qui étaient à sa disposition. La seconde lecture rejoint celle qui a été évoquée plus haut à propos du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Elle consisterait à partir du constat que la crise du coronavirus n'est

92 *Lopes de Souza c. Portugal*, préc., § 175.

93 CDH, *Toussaint c. Canada*, 2018, préc., § 11.3. C'est moi qui souligne.

94 *Boudaïeva et autres c. Russie,* préc., § 137.

pas la première pandémie[95]. Les États étaient avertis et auraient donc dû prévoir un plan d'urgence ou un plan de gestion des catastrophes.

Quoi qu'il en soit, on ne peut pas dire que l'État français n'a rien fait. Dans une période où les informations d'un jour étaient dédites le lendemain, il a pris un ensemble de mesures pour tenter d'enrayer la propagation du virus. Deux questions restent en suspens. Celle, d'abord, du *tempo* : l'État a-t-il agi trop tard ? Celle, ensuite, des moyens : l'État a-t-il pris les bonnes mesures ? La réponse à la première question reste entièrement soumise au pouvoir d'appréciation du juge. Mais il semble que l'État français a agi au même moment que ses voisins européens – *grosso modo* lorsque la situation a commencé à se détériorer en Italie. S'agissant de la réponse à la seconde question, les choses sont loin d'être évidentes. Il est toujours possible *a posteriori* de reprocher à un État, à un gouvernement de ne pas avoir pris les bonnes mesures – nous aurions d'ailleurs tort de ne pas le faire. Mais, à supposer même qu'il y en ait eu d'autres plus efficaces, les juridictions internationales et régionales se gardent généralement bien d'intervenir. Elles estiment que les autorités nationales sont mieux placées pour prendre une décision, *a fortiori* lorsqu'elles font face à une épidémie d'une ampleur inédite.

95 V. *supra*.